UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

Proyecto de Trabajo de Integración Curricular previo a la obtención del Grado de Abogado

TEMA

"La fijación del régimen de tenencia y la opinión del niño, niña o adolescentes, en el cantón San Miguel, año 2022"

AUTOR

Diego Alexander Tonato Sasintuña

TUTOR

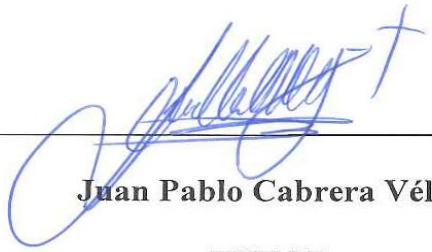
Juan Pablo Cabrera Vélez

GUARANDA – ECUADOR

2023

CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Integración Curricular, presentado por **Diego Alexander Tonato Sasintuña**, para la obtención del título de Abogado; cuyo título es: **"La fijación del régimen de tenencia y la opinión del niño, niña o adolescentes, en el cantón San Miguel, año 2022"**considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.



Juan Pablo Cabrera Vélez

TUTOR

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA

Yo, **Diego Alexander Tonato Sasintuña**, portador de la cédula No. 0504369398, por cuanto he culminado mis estudios de la malla respectiva de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro de forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación, con el tema **"La fijación del régimen de tenencia y la opinión del niño, niña o adolescentes, en el cantón San Miguel, año 2022"**, ha sido realizado por mi persona con la dirección del tutor, **Juan Pablo Cabrera Vélez** docente de la carrera de Derecho, por tanto, es de mi autoría. En tal sentido, debo dejar constancia que las expresiones vertidas en el desarrollo de este documento se han elaborado en base a la recopilación bibliográfica, tanto de libros, revistas, medios de comunicación, publicaciones y demás formas necesarias para la producción de esta investigación.



Diego Alexander Tonato Sasintuña

Autor

NOTARÍA PRIMERA DEL CANTÓN SALCEDO

ESCRITURA Nº. 20240505001P00028

DECLARACION JURAMENTADA

OTORGA.- DIEGO ALEXANDER TONATO SASINTUÑA

CUANTÍA: INDETERMINADA

COPIA: Segunda

En la ciudad de San Miguel, cantón Salcedo, provincia de Cotopaxi; **hoy día miércoles tres de enero del dos mil veinticuatro**; ante mi **Doctor AUGUSTO MOLINA VITERI**, Notario Primero del cantón Salcedo, comparece con plena capacidad, libertad y conocimiento a la celebración de la presente escritura, el señor **DIEGO ALEXANDER TONATO SASINTUÑA**.- El compareciente declara ser de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil soltero, de ocupación estudiante, domiciliado en el barrio Chimbacalle, parroquia Mulalillo, cantón Salcedo, provincia de Cotopaxi, teléfono número cero nueve ocho siete dos seis siete siete ocho ocho, con correo dtonato@mailes.ueb.edu.ec.- Advertido el compareciente por mí el Notario de los efectos y resultados de esta escritura, así como examinado que fue en forma aislada y separada de que comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción, amenaza, temor reverencial, ni promesa o seducción, me pide que eleve a escritura pública está su **DECLARACIÓN JURAMENTADA**; al efecto juramentada que le fue en legal y debida forma, advertido de las penas del perjurio y de la obligación de decir la verdad, expone y manifiesta: Yo, Diego Alexander Tonato Sasintuña, portador de la cédula número cero cinco cero cuatro tres seis nueve tres nueve ocho (0504369398), por cuanto he culminado mis estudios de la malla

respectiva de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro de forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación, con el tema "La fijación del régimen de tenencia y la opinión del niño, niña o adolescentes, en el cantón San Miguel, año dos mil veintidós", ha sido realizado por mi persona con la dirección del tutor, Juan Pablo Cabrera Vélez docente de la carrera de Derecho, por tanto, es de mi autoría. En tal sentido, debo dejar constancia que las expresiones vertidas en el desarrollo de este documento se han elaborado en base a la recopilación bibliográfica, tanto de libros, revistas, medios de comunicación, publicaciones y demás formas necesarias para la producción de esta investigación. - Hasta aquí la DECLARACIÓN JURAMENTADA del compareciente. Para la celebración y otorgamiento de la presente escritura se observaron los preceptos legales que el caso requiere, y, leída que le fue por mí el Notario al compareciente, aquel se ratifica en la aceptación de su contenido y firma conmigo, todo en unidad de acto, se incorpora al protocolo de esta Notaría la presente escritura, de todo lo cual doy fe.-

DIEGO ALEXANDER TONATO SASINTUÑA

C. C. 0504369398

C. V. 54423068

DR. AUGUSTO MOLINA VITERI

NOTARIO PRIMERO DEL CANTÓN SALCEDO

Ouriginal by Turnitin

Document Information

Analyzed document	Tesis Tonato -.docx (D173037951)
Submitted	8/22/2023 9:17:00 PM
Submitted by	
Submitter email	dtonato@mailes.ueb.edu.ec
Similarity	7%
Analysis address	jcabrera.ueb@analysis.urkund.com

Sources included in the report

Entire Document

Hit and source - focused comparison, Side by Side

Submitted text	As student entered the text in the submitted document.
Matching text	As the text appears in the source.



UEB | UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

BIBLIOTECA GENERAL

DERECHOS DE AUTOR

Yo; Diego Alexander Tonato Sasintuña, portador de la Cédula de Identidad No 0202025391 en calidad de autor titular de los derechos morales y patrimoniales del Trabajo de Titulación: **"La fijación del régimen de tenencia y la opinión del niño, niña o adolescentes, en el cantón San Miguel, año 2022"** Modalidad presencial, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, concedemos a favor de la Universidad Estatal de Bolívar, una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservamos a mi/nuestro favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo/autorizamos a la Universidad Estatal de Bolívar, para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Digital, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El (los) autor (es) declara (n) que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Diego Alexander Tonato Sasintuña

Autor

DEDICATORIA

Dedico mi trabajo a todas las personas que fueron parte de este proceso de formación en la “Universidad Estatal de Bolívar” con su apoyo moral, emocional, físico y económico.

Diego Alexander Tonato Sasintuña

AGRADECIMIENTO

Encabezando agradezco al creador por brindarme la vida y el amparo hasta la actualidad, logrado alcanzar el lugar que actualmente me encuentro cursando.

A mis padres, por su esfuerzo y apoyarme económicamente y moralmente a pesar de su edad, a mis hermanos y familia en general por ser un pilar fundamental evitado que desista de esta carrera, que termino siendo un sueño cumplido y la puerta en mi independencia.

A la Universidad Estatal de Bolívar por abrirme sus puertas y darme la oportunidad de aprovechar sus conocimientos, logrado la formación de mi vida profesional en el área del Derecho en la facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas.

Al equipo de trabajo de la Notaria primera del cantón Salcedo, por brindarme de su experiencia académica y su compañía laboral.

Diego Alexander Tonato Sasintuña

ÍNDICE GENERAL

CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN II
DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA III
DEDICATORIA VII
AGRADECIMIENTO VIII
ÍNDICE GENERAL IX
Índice de tablas XII
Índice de ilustraciones XIII
RESUMEN XIV
INTRODUCCIÓN. XVIII
CAPÍTULO I: 1
PROBLEMA 1
1.1. Planteamiento del problema 1
1.2. Formulación del problema 2
1.3. Hipótesis 2
1.4. Variables 2
1.4.1. Variable independiente 2
1.4.2. Variable dependiente 2
1.5. Objetivos 3
1.5.1 Objetivo General. 3
1.5.2. Objetivos Específicos 3
1.6. Justificación 3
CAPÍTULO II 4
Marco Teórico 4
Unidad I 4
La tenencia 4
2.1.1 Definición de tenencia 4
2.1.2 La corresponsabilidad parental 5
2.1.3 Fundamentación en la Convención Sobre los Derechos del Niño 8
2.1.4 Fundamentación constitucional 11

2.1.5 Fundamentación del Código Civil 15
2.1.6 Fundamentación en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia 15
Unidad II 19
La opinión del niño o niña 19
2.2.1 Las condiciones para que el niño o niña preste su opinión 19
2.2.2 La figura en la Convención Sobre los Derechos del Niño 21
2.2.3 El marco constitucional ecuatoriano 22
2.2.4 La disposición en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia 23
Unidad III 28
Aplicación de la opinión del niño o niña 28
2.3.1 Aplicación de la opinión del niño o niña por parte de los administradores de justicia 28
2.3.2 Fundamentación en la Convención sobre los Derechos del Niño 31
2.3.3 Fundamentación constitucional 33
2.3.4 Fundamentación legal 34
Unidad IV 38
Derecho comparado 38
2.4.1 Derecho comparado en Colombia 38
2.4.2 Legislación en España 41
CAPÍTULO III: 44
METODOLOGÍA 44
3. Método de la investigación 44
Técnicas **45**
Instrumento **45**
Análisis de documentos **45**
Guía de análisis de documentos **45**
Encuestas **45**
Guía de encuestas **45**
Criterio de inclusión y criterio de exclusión **46**
Población y muestra **46**

Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel..... 46

CAPÍTULO IV: 47
RESULTADOS Y DISCUSIÓN. 47
4.1. Resultados. 47

4.1.1. Presentación de resultados. 47
4.1.2. Beneficiarios.....54
4.1.2.1. Beneficiarios directos. 54
4.1.2.2. Beneficiarios indirectos. 54

4.2. Discusión..... 54

CAPÍTULO V:.....55
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. 55
5.1. CONCLUSIONES. 55

5.2. RECOMENDACIONES. 55

BIBLIOGRAFÍA. 56
ANEXOS 60

Índice de tablas

Tabla 1 ..... *47*

Tabla 2 ..... *48*

Tabla 3 ..... *49*

Tabla 4 ..... *50*

Tabla 5 ..... *51*

Tabla 6 ..... *52*

Tabla 7 ..... *53*

Índice de ilustraciones

Ilustración 1 ..... *47*

Ilustración 2 ..... *48*

Ilustración 3 ..... *49*

Ilustración 4 ..... *50*

Ilustración 5 ..... *51*

Ilustración 6 ..... *52*

Ilustración 7 ..... *53*

RESUMEN

La investigación titulada: *"La fijación del régimen de tenencia y la opinión del niño, niña o adolescentes, en el cantón San Miguel, año 2022"* Se centró en la realidad de la familia ecuatoriana, la cual frecuentemente opta por la fragmentación familiar sea en el modo del divorcio o de la separación de las parejas, lo cual deja en una situación de inestabilidad a los hijos e hijas menores de edad, ante lo cual el Derecho debe pronunciarse garantizando sus derechos. No obstante, debe indicarse que cuando la familia se fragmenta la situación de los padres deja de ser trascendente, porque el Derecho se concentra en resolver la situación de los hijos e hijas menores de edad, principalmente en lo que respecta al cuidado o tenencia, para lo cual, la normativa del Código Civil determina que, se habrá de confiar el cuidado a cualquiera de los padres que preste las mejores condiciones. Adicionalmente a esto también debe considerarse que los menores de edad tienen el derecho de comparecer a juicio y dar su opinión en los asuntos que les afecten como es el caso de la tenencia, quedando a consideración del administrador de justicia el considerar dicha opinión en función del grado de madurez que presenten. Habrá de basarse en el Método Interpretativo, porque se aproxima al análisis y la interpretación (interpretación literal y sistemática). El tipo de investigación, por su profundidad fue descriptiva, según el grado de manipulación de las variables es no experimental porque estudió el tema en su contexto natural sin ningún tipo de alteración. Es una investigación pura o teórica, por lo cual, la técnica de estudio fue la revisión bibliográfica concentrada principalmente en la normativa, la doctrina referente y la jurisprudencia. Es prudente indicar que la investigación pura o teórica se validó con la opinión de expertos, por lo cual, fue necesario el levantamiento de encuestas tanto a los administradores de justicia, como a los abogados en libre ejercicio. Por estas consideraciones, los instrumentos utilizados fueron: la guía de documentos y la guía de encuestas. Finalmente, el trabajo de investigación determinó

como conclusión principal que la opinión del niño o niña debe ser valorada por el administrador de justicia, en el juicio de tenencia; en tanto que, la opinión del adolescente debería ser de aplicación obligatoria en función del grado de su madurez.

Palabras clave: Tenencia, derecho a la opinión, desarrollo integral del menor, fragmentación familiar, derechos minoriles.

ABSTRACT

The research entitled: "The establishment of the custody regime and the opinion of the child or adolescent in the canton of San Miguel, year 2022" focused on the reality of the Ecuadorian family, which often opts for family fragmentation either in the form of divorce or separation of couples, which leaves in a situation of instability to minor children, before which the law must pronounce guaranteeing their rights. However, it should be noted that when the family is fragmented, the situation of the parents is no longer transcendental, because the Law concentrates on resolving the situation of the minor sons and daughters, mainly with regard to the care or custody, for which the regulations of the Civil Code determine that the care shall be entrusted to whichever of the parents provides the best conditions. In addition to this, it should also be considered that minors have the right to appear in court and give their opinion in matters that affect them, as is the case of custody, leaving it to the consideration of the administrator of justice to consider such opinion according to the degree of maturity that they present. It will be based on the Interpretative Method, because it approaches analysis and interpretation (literal and systematic interpretation). The type of research, due to its depth, was descriptive, according to the degree of manipulation of the variables, it is non-experimental because it studied the subject in its natural context without any type of alteration. It is a pure or theoretical research, therefore, the study technique was the bibliographic review concentrated mainly on the regulations, the referring doctrine and the jurisprudence. It is prudent to indicate that the pure or theoretical research was validated with the opinion of experts, therefore, it was necessary to survey both the administrators of justice and the lawyers in free practice. For these considerations, the instruments used were: the document guide and the survey guide. Finally, the research work determined as main conclusion that the opinion of the child should be valued

by the administrator of justice in the custody trial, while the opinion of the adolescent should be of obligatory application according to the degree of his or her maturity.

Key words: custody, right to an opinion, integral development of the minor, family fragmentation, minor's rights.

INTRODUCCIÓN.

La sociedad en sus inicios era ortodoxa, los hombres y las mujeres contraían matrimonio y solían permanecer casados, adicionando el hecho de que en varias culturas los matrimonios no podían disolverse, porque la figura del divorcio no existía. Lo cual en gran medida pudo deberse a la influencia de la Iglesia Católica. *"En el Derecho Canónico el matrimonio es considerado desde doble ángulo, es un sacramento y a la vez un contrato, pero un contrato muy especial entre el hombre y la mujer para realizar una vida en familia de manera indisoluble y elevada a la calidad de sacramento."* (Requena, 2013, p.49)

Por lo cual este tipo de familia ortodoxa era considerada como el núcleo más pequeño de la sociedad, ya que se esperaba que los hijos e hijas se críen en su seno, para posteriormente pasar a ser ciudadanos activos que aporten positivamente al medio social. Es tanto así que, según las últimas estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, la tasa de divorcio en Ecuador a incrementado dramáticamente: "En el año 2021 existió una tasa de matrimonio del 32.1%, mientras que la tasa de divorcio en el mismo año ascendió a 12.7%. Por tanto, por cada 2 matrimonio, existe 1 divorcio a corto plazo." (INEC, 2021, p.7)

Incluso podría decirse que en la actualidad las parejas en su mayoría optan por vivir juntas, pero inclusive cuando viven en unión libre pueden optar por separarse, sin que este tipo de fragmentación familiar se registre en algún tipo de estadística. "El divorcio está ligado al aumento de la cohabitación o unión libre, puesto que constituye uno de los principales indicadores de la transición demográfica, específicamente de los cambios en la formación y disolución familiar, consistentes tanto en el aumento de las separaciones y divorcios, como en la disminución de los matrimonios…" (Tamez & Ribeiro, 2016, p.231)

Por otra parte, debe citarse la realidad de las familias ampliadas, las cuales aparentemente son una norma generalizada en la actualidad, en la que el padre o la madre a cargo del menor decide convivir con su grupo familiar paterno o materno, e incluye al menor

dentro de esta denominada: “familia amplia” “Las familias amplias proveían de mayores fuentes de ejemplo, experiencia, autoridad y corrección de las generaciones jóvenes del núcleo familiar, era un trabajo de conjunto donde la capacidad de asignar roles, determinar sanciones y premiaciones por parte de abuelos, tíos, padres y hermanos mayores era similar.” (Rodríguez, 2010, p.48)

Sin menoscabo de la situación en la que se encuentren los padres lo verdaderamente importante de la familia son los hijos e hijas menores de edad, debido a que se trata de seres que requieren la protección que proporcionaba la familia en su conjunto y que por la separación se ven obligados a vivir con uno solo de los padres, el cual estará a cargo de la crianza de forma íntegra, a lo cual se le conoce como “tenencia”.

Es por esta importancia que los niños, niñas y adolescentes poseen el derecho a expresar su opinión en los asuntos que les involucren, desde la emisión de la Convención Sobre los Derechos del Niño en 1989, año en que la Organización de las Naciones Unidas creó el instrumento internacional, para garantizar el derecho, establecido en el artículo 12, numeral 1: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.” (Organización de las Naciones Unidas, 1989)

Actualmente, todos los Estados suscriptores de la Convención Sobre los Derechos del Niño, han incorporado en su texto el derecho del niño a opinar en los asuntos que le afecten, Ecuador lo tiene presente a partir de la emisión del Código e la Niñez y la Adolescencia en el año 2003. El motivo del presente trabajo es conocer la aplicación por parte de los administradores de justicia dentro del trámite de tenencia, luego de la fragmentación familiar de padres.

CAPÍTULO I:

PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

Mientras los padres -padre y madre- cohabitan en el mismo hogar, ambos participan de la crianza de sus hijos haciendo uso de la corresponsabilidad parental enunciada en la Constitución de la República del Ecuador, artículo 69, numeral 5. No obstante, cuando los padres dejan de cohabitar el mismo hogar, subsiste el problema de determinar cual de ellos habrá de cuidar a los hijos menores de edad, puesto que las distancias y el trabajo dificultan la convivencia familiar.

El tema de la fijación de la tenencia, no era un problema en el pasado porque el Código Civil establecía tajantemente que la tenencia le correspondía a la madre, especialmente de los hijos infantes y de las hijas de toda edad. Conforme lo determina el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 106, numerales 2 y 4.

Sin embargo, en el año 2021, el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, fue reformado haciendo constar que la tenencia debe ser asumida por aquel de los padres que preste mejores condiciones para la crianza de sus hijos; es decir, que el padre también podría asumir el cuidado diario y permanente de los hijos, si demuestra mejores condiciones que la madre.

"En el Ecuador, actualmente se reforma la ley y se considera la tenencia para padre y madre de forma igualitaria, sin embargo, se concluye que debe contemplarse de forma más profunda el Principio de Interés Superior del Niño a la hora de emitir una sentencia." (Briones, 2022, p.2085)

En este contexto, se plantea la trascendencia de la opinión del niño o niña como un medio para establecer la tenencia en cualquiera de los padres, porque la doctrina y los fallos jurisprudenciales han determinado que la opinión del niño o niña debe ser valorada en

consonancia con su edad y facultades, según lo establece el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, en concordancia con el principio del interés superior del niño.

Por tanto, si el administrador de justicia determina que el niño o niña está en la capacidad de dar una opinión objetiva sobre su tenencia, debería en teoría acogerla o al menos considerarla.

1.2. Formulación del problema

¿En qué medida la opinión del niño, niña o adolescentes incide en la fijación del régimen de tenencia, en el cantón San Miguel, en el año 2022?

1.3. Hipótesis

Hipótesis investigativa

Para la fijación del régimen de tenencia se debería considerar favorablemente la opinión del niño, niña o adolescente.

Variable

La opinión del niño, niña o adolescente es un derecho constitucionalizado que, debe expresarse en los asuntos que le afecten, en el caso de la niñez el juzgador debe evaluarla y en el caso del adolescente esta debe ser tomada en cuenta. Por ello, para la fijación del régimen de tenencia debería considerarse favorablemente la opinión del niño, niña o adolescente.

1.4. Variables

1.4.1. Variable independiente

La fijación del régimen de tenencia

1.4.2. Variable dependiente

La opinión del niño, niña o adolescentes

1.5. Objetivos

1.5.1 Objetivo General.

- Evaluar la importancia de la opinión del niño, niña o adolescentes para la fijación del régimen de tenencia, en el cantón San Miguel, en el año 2022.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Revisar la aplicación del interés superior del niño dentro del trámite.
- Jerarquizar la importancia de la opinión del niño, niña o adolescentes.
- Analizar el juicio de tenencia.

1.6. Justificación

La presente investigación se orienta a garantizar un derecho a la opinión de la niñez y la adolescencia, por ende, queda especificada su importancia, ya que los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria, conforme la Constitución de la República del Ecuador, artículo 35: *"...atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado."*

Por otra parte, debe indicarse el profundo contexto social que posee la tenencia de los menores, ya que al ser la regla la fragmentación familiar por la separación de las parejas -divorcio-, se vuelve imperioso establecer el cuidado diario que deben recibir los hijos menores de edad.

CAPÍTULO II

Marco Teórico

Unidad I

La tenencia

2.1.1 Definición de tenencia

La patria potestad confiere como atributo de los progenitores el derecho a tener a sus hijos consigo, de esta premisa surge el término de "Tenencia", vocablo que no parece del todo congruente en el ámbito del Derecho de Familia, dado que, en realidad alude a la posesión material, evocando una especie de dominio, el cual puede resultar más adecuado en el contexto de los objetos , tal como se halla en diversos diccionarios, donde al abordar la tenencia, se hace referencia al control sobre determinadas cosas.

No obstante, en el ámbito legal que concierne a los menores de edad, este concepto se aplica como una cualidad inherente a los padres con respecto a sus hijos, aludiendo al hecho de que los progenitores tienen a sus hijos bajo su cuidado y amparo, el cual debe contribuir a su desarrollo integral.

Ciertamente, Llanos (2009) señala que:

> *"Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo*

legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad." (p.192).

En vista de ello, se destaca que la "tenencia" no solo se refiere a la mera presencia física, sino a la base sobre la cual se construye y ejerce la patria potestad en su totalidad. Es una relación esencial que no solo implica vivir bajo el mismo techo, sino también compartir una vida cotidiana y una conexión afectiva que habilita la realización de otros aspectos importantes de la responsabilidad parental.

Como resultado de esta perspectiva, consideramos que ha llegado el momento propicio para contemplar una terminología más acorde con la noción de la relación personal que debe existir entre padres e hijos. Esto podría implicar el reemplazo del término "tenencia" por "el derecho de mantener una relación personal con sus hijos", un concepto más amplio que engloba no solo la convivencia, sino también la coresponsabilidad entre ambos padres en todos los asuntos relativos a los intereses de los hijos.

En consecuencia, es fundamental comprender que el derecho de tenencia no debe interpretarse únicamente como un privilegio que los padres pueden demandar. Al otorgar este derecho, es imperativo tener en cuenta también el derecho de los niños a vivir en compañía de sus padres. Por lo tanto, la opinión de los niños resulta crucial, especialmente en aquellos casos en los que estén en condiciones de expresarla. Incluso en situaciones en los que su desarrollo evolutivo no les permita formar una opinión propia, se torna esencial considerar primordialmente los intereses de los niños antes de tomar una decisión en torno a la tenencia.

2.1.2 La corresponsabilidad parental

La patria potestad al ser un conjunto de derechos y responsabilidades legales que los padres tienen sobre sus hijos no emancipados, abarca aspectos sustanciales relacionados con el cuidado, la crianza, la educación y la toma de decisiones en su nombre. Además, se enfoca en

proteger y promover el bienestar de los niños, garantizando que se satisfagan sus necesidades físicas, emocionales y mentales.

En este sentido, se presenta la correlación parental que consiste en compartir el cuidado y la responsabilidad en la crianza de los hijos, reconociendo que ambos padres tienen un rol indispensable en su desarrollo y bienestar, se resalta en el Artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador: *"Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos."* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

De este modo, el Estado muestra su compromiso en relación a los deberes y a la protección de los derechos recíprocos de las personas dentro de las familias, estableciendo una serie de medidas progresistas y centradas en fomentar relaciones equitativas y respetuosas, fortaleciendo su cohesión y bienestar, que no solo impacta las relaciones familiares, sino que también tiene efectos en la percepción de género y la dinámica social en general.

> *"De la misma manera, como se expresa en el artículo 83 de la misma norma:*
>
> *Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten."* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

El artículo en cuestión, expone un conjunto de obligaciones y deberes que recaen sobre los ciudadanos ecuatorianos, con un alcance que se ajusta a lo dispuesto en la Constitución y la ley, detallando varios compromisos esenciales que los individuos deben cumplir en relación con sus hijas e hijos, abordando áreas fundamentales como la asistencia, alimentación, educación y cuidado. Un elemento de considerable relevancia es el reconocimiento explícito

de que este deber no recae únicamente en madres o padres de manera independiente, sino que se establece como una corresponsabilidad compartida entre ambos, equitativamente distribuida.

Igualmente, enfatiza la significancia de erradicar las desigualdades de género en las labores de crianza y establece un pilar fundamental en la promoción de la equidad dentro del ámbito familiar, agregando un matiz adicional al determinar que, en momentos en los que las madres y padres requieran asistencia, también corresponde a las hijas e hijos contribuir a estos deberes. Esta visión intergeneracional y colaborativa destaca la importancia del apoyo mutuo dentro de la familia y refuerza la noción de solidaridad en el contexto familiar.

Es relevante destacar que, basándonos en el artículo 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuerpo normativo que refleja la firme convicción de la sociedad y el Estado en la importancia primordial de garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo no solo derechos y responsabilidades, sino también un compromiso profundo con el desarrollo pleno y seguro de las nuevas generaciones. Nos menciona que:

> *"La finalidad de este Código es disponer sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

El fragmento citado es una referencia al propósito del código, el cual es asegurar el desarrollo completo y el disfrute pleno de los derechos de este grupo demográfico, dentro de un contexto de libertad, dignidad y equidad, regulando cómo estos derechos, deberes y

responsabilidades deben ser ejercidos, gozados, garantizados y protegidos, respetando el principio del interés superior de la niñez y adolescencia y la doctrina de protección integral. En este aspecto, implanta un marco legal para el desarrollo óptimo de los niños y adolescentes, al tiempo que promueve su participación activa en la sociedad y su respeto como individuos con derechos propios.

2.1.3 Fundamentación en la Convención Sobre los Derechos del Niño

En este tratado internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, se consagra un conjunto universal de derechos fundamentales para todos los niños, sin importar su nacionalidad ni ubicación geográfica; Reconociendo que los niños, niñas y adolescentes, tienen derechos individuales y colectivos que deben ser protegidos y respetados, tal y como se enuncia en su artículo 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."* (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

En relación a este punto, se aborda que en cualquier acción o decisión que involucre a niños, ya sea por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o órganos legislativos, se debe priorizar el interés superior del niño como consideración primordial. Esto significa que, en todas las circunstancias, las necesidades y el

bienestar del niño deben ser la guía principal en la toma de decisiones y en la implementación de políticas y prácticas.

De hecho, evidencia el compromiso de los Estados Partes de proporcionar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar de los niños. Esto implica que los Estados deben garantizar que los niños reciban un ambiente seguro y adecuado que promueva su desarrollo físico, mental y emocional, equilibrando los derechos y responsabilidades de los padres, tutores u otras personas responsables del niño ante la ley. Esto significa que, si bien se busca proteger al niño, también se debe considerar la capacidad y el papel de los padres u otros cuidadores en su vida.

Asimismo, como lo manifiesta en su artículo 5:

> *"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 la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."* (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

Así pues, refleja una perspectiva profundamente equilibrada y culturalmente sensible en relación con las responsabilidades y derechos de los padres, tutores y cuidadores en la crianza y el desarrollo de los niños. Este artículo reconoce que el ejercicio de los derechos de los niños debe estar en armonía con su crecimiento y maduración, y se logra a través de una dirección y orientación apropiadas, para alcanzar el desarrollo integral del menor.

Los Estados Partes, a través de esta disposición, se comprometen a respetar y valorar tanto las obligaciones como los derechos inherentes a los roles parentales y de tutela. A su vez, se establece la flexibilidad para considerar las diversas formas de cuidado y crianza dentro de la familia ampliada o la comunidad, en línea con las tradiciones y costumbres locales,

demostrando una comprensión profunda de la importancia de la conexión entre el desarrollo del niño y el entorno cultural-social en el que se cría. La articulación específica sobre "la evolución de sus facultades" acentúa la necesidad de adaptar la guía y el apoyo a medida que el niño crece y desarrolla sus habilidades y conocimientos.

Por último, en su artículo 9 se reconoce la cuestión de la separación de los niños de sus padres, estableciendo un marco que protege los derechos del niño y, al mismo tiempo, reconoce la necesidad de intervención en situaciones excepcionales o de peligro para el menor:

> *"1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."* (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

Desde su inicio, este artículo establece que los Estados tienen la responsabilidad de salvaguardar que los niños no sean separados de sus padres en contra de la voluntad de estos últimos. Sin embargo, se valida que existen circunstancias excepcionales en las que la separación puede ser necesaria para el interés superior del niño. Este enfoque refleja la delicada

tarea de equilibrar el derecho fundamental de los padres a mantener la custodia de sus hijos con la necesidad de proteger a los niños de situaciones de maltrato o negligencia.

De la misma forma, esta disposición distingue que cualquier decisión sobre la separación debe ser tomada por autoridades competentes y de acuerdo con los procedimientos legales pertinentes que sean transparentes y justos en el cual se considere cuidadosamente la situación de cada niño. Siendo así, que la determinación de separación debe ser basada en el interés superior del niño, lo que subraya la primacía de su bienestar en cualquier consideración.

Por ende, se contempla el derecho del menor separado de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, siempre que esto no sea contrario a su interés superior, preservando vínculos afectivos y continuidad en la vida del niño. En el texto constitucional ecuatoriano este derecho se llama: comunicación familiar.

Al mismo tiempo, trata la relevancia de mantener la participación de todas las partes interesadas en el proceso, es decir que, en cualquier procedimiento relacionado con la separación, se ofrezca la oportunidad a todas las partes involucradas, incluyendo padres, niños y otros interesados, para expresar sus opiniones. Esto enfatiza el derecho de las partes a ser escuchadas y contribuir a la toma de decisiones que afectan la vida del niño.

2.1.4 Fundamentación constitucional

En la construcción de una sociedad justa e inclusiva que valora y protege a sus miembros más jóvenes, se alza un compromiso inquebrantable con la pertinencia de asegurar un futuro propicio en el que cada infante y joven ecuatoriano pueda florecer y ejercer plenamente su potencial en un entorno que promueve su dignidad y bienestar de manera integral. En este contexto, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44, dispone el siguiente principio central:

> *"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."* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

La presente disposición normativa plasmada en nuestra Carta Magna, recalca una orientación inequívoca hacia la protección y el necesario desarrollo integral de las generaciones jóvenes, en el cual convergen tanto el Estado como la sociedad y la familia. De manera prioritaria, se establece la obligación de fomentar el crecimiento integral de las niñas, niños y adolescentes, asegurando que puedan ejercer en plenitud sus derechos fundamentales.

El principio de velar por el interés superior del niño se erige como un faro orientador en este escenario, puesto que, se pone de manifiesto el compromiso de tomar decisiones y acciones que busquen, por encima de todo, el beneficio y el bienestar de los menores, reconociendo que los derechos y necesidades de los niños y adolescentes deben ocupar un lugar central en cualquier consideración, acentuando la importancia de salvaguardar su integridad física, emocional y psicológico.

Un aspecto particularmente notable es la afirmación de que los derechos de las niñas, niños y adolescentes prevalecerán sobre los de las demás personas, lo que incluye los derechos de los padres. Al consagrar esta supremacía de derechos, se establece un marco legal y ético que no permite que sus derechos sean ignorados o menoscabados por otros intereses.

Por otra parte, en el artículo 45 del mismo cuerpo normativo se expresa 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."* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

Evidentemente, las niñas, niños y adolescentes poseen una diversidad de derechos que engloban tanto los aspectos generales de la condición humana como aquellos específicos de su etapa de desarrollo. El Estado, como protector de estos derechos, debe asegurar la vida desde la concepción, preservar su integridad física y psíquica, garantizar su identidad, salud y nutrición, facilitar su acceso a la educación, cultura, deporte y recreación, proveer seguridad social, promover la convivencia familiar y comunitaria, permitir su participación social y respetar su libertad y dignidad. Además, se debe considerar su criterio en asuntos que les afecten, brindar educación en sus idiomas y contextos culturales, proporcionar información sobre sus orígenes y familiares, salvo en situaciones perjudiciales.

Enmarcando la visión de nuestra norma suprema en relación con la protección de los derechos fundamentales de todas las personas integrantes de la familia, se enuncian regulaciones específicas en el artículo 69:

> *"Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. 5. El Estado promoverá la*

> *corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos."* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

Con este fin, se hace énfasis en la promoción de la maternidad y paternidad responsables como un pilar imprescindible para el bienestar de las hijas e hijos. Resulta evidente que, tanto la madre como el padre tienen la obligación de velar por el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo y protección de los derechos de sus descendientes, una responsabilidad que prevalece incluso cuando las circunstancias los separan. También, predomina el compromiso estatal de resguardar a las madres, padres y quienes encabezan el hogar, en el ejercicio de estas obligaciones, haciendo especial hincapié en las familias que enfrentan desafíos de desintegración.

Retomando lo expresado anteriormente, es preciso analizar la necesidad de promover la corresponsabilidad materna y paterna, mientras se establece la vigilancia por parte del Estado para garantizar el cumplimiento equitativo de las obligaciones y derechos entre las partes involucradas. Por otro lado, en relación con las responsabilidades y deberes ciudadanos, se delinean los siguientes preceptos en el artículo 83 de nuestra Constitución:

> *"Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten"* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

De esta manera, se plantea la obligación de asistir, alimentar, educar y cuidar a los hijos. Este deber es definido como una corresponsabilidad compartida en igual proporción entre madres y padres, lo que implica la participación activa de ambos progenitores en el cuidado y crianza de los mismos. Además, el artículo introduce un aspecto novedoso al señalar que este

deber también puede ser asumido por las hijas e hijos cuando las madres y padres lo requieran. Esta medida evidencia un espíritu de apoyo y solidaridad entre las generaciones familiares, promoviendo la cooperación y el respeto mutuo. En conjunto, reafirma el compromiso del Estado ecuatoriano con el bienestar de las familias y la promoción de valores de igualdad y responsabilidad compartida.

2.1.5 Fundamentación del Código Civil

Dentro de las disposiciones legales que regulan los aspectos fundamentales de la convivencia y responsabilidades familiares, el Código Civil presenta un artículo de particular relevancia. En este sentido, el artículo 108 establece pautas claras en relación con el cuidado y crianza de las hijas e hijos menores o incapaces, independientemente de su edad o género. Sin embargo, la disposición hace énfasis en que la normativa del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia prevalece como guía definitiva en esta materia: *"Para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2005). Resaltando la interconexión y coherencia entre diferentes instrumentos legales en la protección y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en función de su desarrollo integral.

2.1.6 Fundamentación en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

En el marco jurídico que regula los aspectos fundamentales vinculados a la crianza y tutela de los menores, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 expone:

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

> *del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

De este modo, el artículo aborda de manera profunda y cuidadosa el proceso legal mediante el cual se puede decidir la tenencia de un hijo o hija de familia. Establece que el Juez, en su función de velar por el bienestar y desarrollo integral del menor, tiene la autoridad de determinar si es más conveniente otorgar la responsabilidad del cuidado y crianza a uno de los progenitores.

Es importante destacar que esta medida no debe afectar el ejercicio conjunto de la patria potestad, evidenciando así la consideración por el rol de ambos padres en la vida del menor. La conexión entre este artículo y el artículo 106, es una guía que debe ser seguida, mostrando la coherencia del sistema legal. En consecuencia, se fija la posibilidad de que la tenencia vaya acompañada de la atribución de derechos y obligaciones propios de la patria potestad, lo que denota una comprensión profunda de las responsabilidades parentales. Considerando la conveniencia mencionada anteriormente, se evidencia una preocupación constante por el bienestar y la estabilidad del menor. Posteriormente, en su artículo 119 plantea aspectos cruciales en relación con las resoluciones de tenencia:

> *"Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003)

Se pone de relieve la dinámica de las decisiones judiciales en cuanto a la tenencia de hijos o hijas de familia, alegando que dichas resoluciones no adquieren carácter definitivo, ya que el Juez posee la facultad de modificarlas en cualquier momento. Esta posibilidad de alteración se justifica en función del bienestar óptimo y el ejercicio adecuado de los derechos del menor.

Desde luego, se caracteriza por su perspectiva empática en relación con las implicancias psicológicas que podrían surgir el cambio de tenencia en el hijo o hija. Para evitar perjuicios en este aspecto, se establece la obligación del Juez de implementar medidas de apoyo tanto para el menor como para los progenitores involucrados, sustentándose en su preocupación por la estabilidad emocional del menor y en su voluntad de salvaguardar su interés superior. En el apartado concerniente al artículo 120, se examina la cuestión relativa a la ejecución inmediata de las determinaciones relacionadas con la tenencia.

> *"Ejecución inmediata. Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presuma se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

En primer lugar, se presenta la necesidad de cumplir estas decisiones sin dilación, resaltando la importancia de garantizar una implementación efectiva y pronta, contemplando la posibilidad de recurrir al apremio personal y al allanamiento del domicilio en el que se presume que se encuentra el menor, niña o adolescente, estas medidas son consideradas necesarias para asegurar la ejecución de la resolución de tenencia.

Asimismo, visibiliza la igualdad ante la ley entre el padre y la madre, al establecer que no se reconocerá ningún tipo de privilegio que pueda obstaculizar o dificultar el cumplimiento de lo que ha sido resuelto. Esta disposición garantiza que las resoluciones judiciales en materia

de tenencia sean aplicadas sin excepciones indebidas. Dicho de otra manera, asegura que no existan barreras legales que puedan obstaculizar el cumplimiento de dichas decisiones. Para la cuestión de la recuperación de un hijo, hija o adolescente en circunstancias particulares como la problemática vinculada al traslado no autorizado al extranjero, en contravención de las disposiciones legales establecidas en el Código y de las decisiones judiciales que afectan a la patria potestad, la tenencia e incluso las visitas, se menciona en su artículo 121:

> *"Recuperación del hijo o hija. Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

Con el texto se argumenta que, cuando un niño, niña o adolescente es llevado al extranjero de manera ilegal, los organismos estatales competentes deben actuar de manera inmediata y tomar todas las medidas necesarias para asegurar su regreso al país de origen y el Juez encargado del caso tiene la responsabilidad de exhortar a los jueces competentes en el país donde se encuentra el menor, niña o adolescente.

Esta exhortación tiene como finalidad colaborar en la recuperación del menor y garantizar su reintegración a su lugar de origen. Por lo tanto, se realza la urgencia de esta situación y la necesidad de una acción pronta y determinada por parte del Estado y la cooperación entre jurisdicciones nacionales e internacionales para garantizar la recuperación y protección de los menores afectados.

Unidad II

La opinión del niño o niña

2.2.1 Las condiciones para que el niño o niña preste su opinión

El derecho conferido al niño, niña y adolescente a ser escuchado y que su opinión sea adecuadamente considerada se encuentra intrínsecamente enlazado y se desarrolla a partir del interés del menor, entendido como la garantía integral de sus derechos, dado que, no se puede alcanzar plenamente la satisfacción de sus derechos sin brindarle la oportunidad de ser escuchado. Este principio se encuentra cimentada en la Convención sobre los Derechos del Niño, y radica en la obligación de los Estados de asegurar que todo menor con la aptitud de formar su propio criterio tenga el derecho de expresar su opinión de manera libre, y que esta sea tomada en cuenta de acuerdo a su edad y nivel de madurez.

Con el propósito de cumplir este cometido, se le concederá al menor la oportunidad de ser escuchado, en cualquier proceso legal o procedimiento administrativo que tenga incidencia sobre él, ya sea de manera directa, por medio de un representante legal o un organismo adecuado (Art.12). Sobre todo, aplicar el derecho del niño a ser oído emerge como una condición primordial para discernir el interés preeminente del menor en la situación particular.

La Corte de Apelaciones de Santiago, al hacer referencia a un veredicto de la Corte Suprema, ha indicado que este derecho constituye un principio primordial *"Según el cual, cada infante y adolescente ostenta el derecho de manifestar sus puntos de vista en los diversos ámbitos de su vida. Aunque la obligación de atender al menor no equivale a concederle sus deseos, su manifestación posee un peso significativo al ser considerada en conjunto con otros antecedentes del proceso, con la intención de contribuir a la adopción de una decisión más beneficiosa para su bienestar."*

Por su parte, la Observación General N°12 emitida por el Comité de los Derechos del Niño ha evaluado este principio como uno de los cuatro principios fundamentales de la

Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo, y la preponderancia del interés superior del niño. Esto subraya que este artículo no solo establece un derecho per se, sino que además debe ser considerado al interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

La Observación establece directrices que deben implementarse para asegurar el pleno cumplimiento del derecho del niño a ser escuchado y establece condiciones básicas para su acatamiento. De igual forma, señala que el derecho del niño a ser escuchado guarda una relación con los artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, supervivencia y desarrollo), 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información) y 5 (progresión de las facultades del niño, niña y adolescente y orientación adecuada de los padres), siendo muestra clara de interdependencia con el interés principal del menor.

Analizando el artículo 12.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, podemos afirmar que se garantiza a cada menor que cuente con la capacidad para formarse un juicio propio, el derecho a expresar su punto de vista de forma no coaccionada en todas las cuestiones que lo afecten, siendo consideradas sus opiniones en función de su edad y grado de madurez. Le corresponde el derecho a manifestar sin restricciones sus deseos y emociones, las cuales deben ser ponderadas al tomar decisiones relativas a su situación, manteniendo un vínculo directo con el principio de la autonomía progresiva.

Lo expuesto implica que deben ser reconocidos como titulares de derechos y al encontrarse en los estados que la norma indica, es imperativo que sus voces sean atendidas de manera que se inicie un intercambio comunicativo y un diálogo con ellos.

Debe señalarse que, el " derecho de expresar su opinión libremente " conlleva que el niño, niña y adolescente tienen la capacidad de expresar sus opiniones sin coacción, pudiendo elegir si desean ejercer o no su derecho a ser escuchados. El término "sin restricciones" denota

que el menor no puede ser objeto de manipulación ni estar sujeto a influencias o presiones indebidas.

Consecuentemente, se sostiene que el derecho a emitir opiniones constituye una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, ya que se impone la obligación a los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los menores, fijando pautas de interpretación que orientan al juez y al legislador en la regulación explícita del derecho de los niños a ser escuchados en todas las decisiones que puedan influir en su vida futura, considerándolo como un derecho de participación que debe ser entendido en armonía con el principio del interés preponderante del menor y con el desarrollo progresivo de su autonomía.

2.2.2 La figura en la Convención Sobre los Derechos del Niño

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño emitida por la Organización de las Naciones Unidas en el año 1989, hace notar la importancia de garantizar a cada niño que cuente con la aptitud para discernir su propia opinión, el derecho de manifestar sus puntos de vista de manera libre en todos los asuntos que afecten al niño, considerando las opiniones del menor en función de su edad y grado de madurez:

> *"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*
>
> *2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."* (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

Este enunciado dividido en dos apartados, subraya que los Estados tienen la responsabilidad de asegurar que los niños con la capacidad de discernir cuenten con el derecho de expresar libremente sus opiniones en todos los asuntos que los involucran, en línea con el principio de respeto por su autonomía y desarrollo. Se explica así, la necesidad de brindar a los niños la oportunidad concreta de ser escuchados en procesos judiciales o administrativos que tengan impacto en su situación.

Esta oportunidad puede darse tanto de manera directa como a través de un representante o un órgano apropiado, de acuerdo con los procedimientos legales vigentes en el país. Esta cláusula recalca el compromiso de incluir la perspectiva del niño en los procesos legales y administrativos, contribuyendo a una toma de decisiones más justa y equitativa.

2.2.3 El marco constitucional ecuatoriano

Citando el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador en el cual encontramos un conjunto de disposiciones que reconocen y aseguran los derechos inherentes a este segmento de la población, en concordancia con su etapa de desarrollo y necesidades específicas: *"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…ser consultados en los asuntos que les afecten…"* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

Específicamente, alude a la obligación estatal de reconocer y salvaguardar los derechos de los menores, destacando el papel protector y promotor que el Estado asume en garantizar su bienestar y desarrollo, así como de otorgar a los niñas, niños y adolescentes el derecho a ser consultados en los asuntos que les incumben.

Al enfocarse en el derecho de consulta o a expresar su opinión, se empodera a los menores, alentando la toma de decisiones que consideren sus perspectivas y experiencias. La integración de los niños y adolescentes en el proceso de decisión se alinea con el espíritu de la

Convención sobre los Derechos del Niño y fortalece la noción de que su voz es un componente valioso.

2.2.4 La disposición en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia

El artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, orienta hacia la promoción y aseguramiento del ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, demanda a todas las autoridades administrativas, judiciales e instituciones tanto públicas como privadas, la responsabilidad de alinear sus decisiones y acciones para su cumplimiento:

> *"El interés superior del niño. El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

La norma acentúa que la apreciación del interés superior del niño implica encontrar un equilibrio adecuado entre los derechos y deberes de los menores, de modo que se fomente la realización de sus derechos y garantías. Esta prioridad prevalece incluso sobre el principio de diversidad étnica y cultural, ilustrando su posición central en la toma de decisiones. Por ello,

este principio del "Interés superior del niño" es considerado un enfoque interpretativo para la ley. No obstante, no puede ser invocado en contra de una norma explícita y que la opinión del niño, niña o adolescente involucrado debe ser escuchada previamente, siempre y cuando esté en condiciones de expresarla, refiriendo al componente “madurez”.

A su vez el articulo 60 consagra el "Derecho a ser consultados", reconociendo y validando la voz de los menores en asuntos que les atañen:

> *“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.”* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

Como se ha dicho, consolida el principio de consulta al afirmar que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho inalienable de ser escuchados en cuestiones que impactan directamente en sus vidas, reforzando su estatus como actores fundamentales en la toma de decisiones que les conciernen y reconociendo la evolución cognitiva y emocional de los menores.

Una dimensión esencial radica en que este derecho a la consulta se establece como una prerrogativa autónoma, libre de coacción o presión, por ende, prohíbe cualquier forma de obligación para expresar opiniones, asegurando que las contribuciones de los menores sean genuinas y reflejen sus propias perspectivas.

Concretamente, en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, establece criterios específicos para valorar la opinión de los hijos e hijas en asuntos judiciales:

> *“La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será*

obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral." (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

Reflejándose que la opinión de los adolescentes es de carácter obligatorio para el juez en su evaluación, a menos que su expresión sea claramente perjudicial para su desarrollo, reconociendo su creciente autonomía y madurez, al mismo tiempo que garantiza su protección y garantiza su desarrollo integral y bienestar. La estipulación que permite omitir la opinión si esta resulta dañina indica la responsabilidad de las autoridades de velar por el interés superior del menor, incluso en el contexto de su participación en los procedimientos legales.

Ahora bien, las directrices que deben ser consideradas por el juez en casos en los que se busca confiar el ejercicio de la patria potestad para asegurar un ambiente propicio para el desarrollo integral de los hijos e hijas en situaciones en las que esta potestad es delegada, se estipula en su artículo 106:

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

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

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

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

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

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

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales." (Congreso Nacional del Ecuador, 2003)

Estas reglas amparan las decisiones tomadas en relación con la patria potestad para que se alineen con el interés superior del menor y promuevan su bien. Más aun, al otorgar prioridad al acuerdo entre los progenitores, resalta el valor de la cooperación parental en beneficio de los hijos e hijas. En los casos en los que no se alcance un acuerdo entre los progenitores o cuando lo acordado no sea favorable para el interés del menor, sentando criterios específicos para determinar la confianza de la patria potestad. La madurez emocional y psicológica del progenitor, así como su capacidad para proporcionar un entorno estable y adecuado para el desarrollo de sus hijos, se destacan como factores decisivos.

La preferencia por la madre en situaciones de igualdad entre los progenitores es establecida, siempre y cuando esta preferencia no vaya en detrimento del interés superior del menor, alineándose con el principio fundamental de seguridad de los menores. Dicho esto, también se fijan restricciones, como la exclusión de la potestad a padres o madres que se encuentren en circunstancias que puedan afectar negativamente el bienestar del hijo o hija, de acuerdo a lo establecido en el artículo 113.

A través de la Resolución de la Corte Constitucional No. 28, emitida y publicada en el Registro Oficial Suplemento 262 el 17 de enero de 2022, se ha llevado a cabo una declaración de inconstitucionalidad por el fondo con respecto a ciertas frases contenidas en el artículo

mencionado. Específicamente, se han cuestionado y declarado inconstitucionales las siguientes frases:

“(i) "la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre" y (ii) "se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija", que se encuentran presentes en los numerales 2 y 4 de dicho artículo. La resolución ha emitido este pronunciamiento en relación a la congruencia de dichas frases con los preceptos constitucionales, lo que reviste gran relevancia en el ámbito de la regulación legal de la patria potestad y los derechos de los niños, niñas y adolescentes.” (Corte Constitucional, 2022)

Unidad III

Aplicación de la opinión del niño o niña

2.3.1 Aplicación de la opinión del niño o niña por parte de los administradores de justicia

El artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia cobra relevancia al establecer el concepto de "Interés superior del niño". Mediante el cual se describe de manera precisa este principio que tiene como objeto defender y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

> *"El interés superior del niño establecido en este artículo, define su objeto como la de satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, extendiendo a todas las autoridades administrativas y judiciales, quienes deben considerar este principio al tomar decisiones, logrando un equilibrio justo entre los derechos y responsabilidades de esta población joven. Además, se establece que este principio tiene prioridad sobre otros principios relacionados con la diversidad étnica y cultural."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

La norma es clara y precisa. Inicialmente, establece de manera enfática que el principio del interés superior del niño posee un propósito central y primordial: asegurar la plena materialización de los derechos infantiles. En otras palabras, su alcance debe ser evaluado desde una perspectiva holística con el propósito de garantizar la inviolabilidad de los derechos de los segmentos más vulnerables de la sociedad, en este caso, los menores. Este principio, conocido como el interés superior del niño, conlleva a considerar con antelación la opinión de los niños, niñas y adolescentes, siempre y cuando estén en condiciones de expresarla.

En esencia, explicamos este principio como una guía fundamental orientada a asegurar la plena realización de los derechos inherentes a los menores, pues se extiende a todas las

instancias administrativas y judiciales, lo distingue la necesidad de mantener un equilibrio justo entre los derechos y las responsabilidades que recaen sobre los niños, niñas y adolescentes. Una característica relevante es que este principio ostenta una jerarquía superior en comparación con otros principios, específicamente aquellos relacionados con la diversidad étnica y cultural.

De modo similar, en el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, promueve un marco sólido y orientado en el bienestar integral de los menores en la sociedad ecuatoriana, en relación con la forma en que los derechos, garantías, deberes y responsabilidades de los menores deben ser ejercidos y cumplidos:

> *"Ejercicio progresivo. El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se llevará a cabo de forma gradual, según su nivel de desarrollo y madurez. Se encuentra prohibida toda restricción al ejercicio de estos derechos y garantías, a menos que esté expresamente establecida en este Código."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

De manera concisa, el artículo destaca que el ejercicio de estos elementos se llevará a cabo de forma gradual, adaptada a la etapa de desarrollo y nivel de madurez de los menores, es decir, ajustando la aplicación de los derechos y deberes en consonancia con las capacidades y evolución de los jóvenes; evitando cualquier restricción no establecida explícitamente en el Código.

Esto asegura que los derechos y garantías de los niños y adolescentes sean respetados plenamente, sin excepciones no previstas en la normativa para que el desarrollo integral y el bienestar de los menores sean protegidos y promovidos a través de una implementación cuidadosa y progresiva de sus derechos y responsabilidades, respetando sus capacidades, necesidades y dignidad.

Análogamente, en su artículo 14 delimita pautas claras para las autoridades judiciales y administrativas en la toma de decisiones y en la interpretación de normas legales relacionadas con los menores:

> *"Aplicación e interpretación beneficioso al niño, niña y adolescente. Ninguna autoridad judicial o administrativa puede alegar falta o insuficiencia de norma o procedimiento específico como justificación para vulnerar o desconocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las regulaciones del ordenamiento jurídico, las cláusulas y disposiciones de los actos y contratos en los que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben ser interpretados conforme al principio del interés superior del niño."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

Dicho de otra forma, la norma impone una directriz donde los derechos de los infantes tienen preeminencia. Sin embargo, surge la interrogante sobre si esta disposición legal posee eficacia normativa real, puesto que, el juez puede ignorar la normativa o rehusarse a aplicarla alegando la necesidad de interpretar su espíritu.

Con la promulgación del Código de la Niñez y Adolescencia en Ecuador, se marca un quiebre con la antigua perspectiva que consideraba a los niños como sujetos pasivos del derecho. Esta concepción previa implicaba que, en situaciones relacionadas con los derechos de los niños y adolescentes, porque anteriormente eran los tutores legales quienes ejercían la toma de decisiones en su nombre, sin tener en cuenta su opinión.

La implementación del Código conlleva un cambio sustancial en esta dinámica, brindando una mayor participación y protagonismo a los niños y adolescentes en cuestiones que afectan directamente sus vidas. Esto modifica el paradigma hacia la consideración de su bienestar y puntos de vista, estableciendo un marco legal que busca salvaguardar sus derechos y fomentar su desarrollo integral, de conformidad con los principios de autonomía y respeto

por su dignidad. Este avance es esencial para construir una sociedad en la cual los derechos de los jóvenes sean reconocidos y respetados de manera genuina y efectiva.

Cabe destacar, que en el artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia se procura conferir a los jóvenes la oportunidad de expresar sus opiniones y ser partícipes activos en las decisiones que les afectan directamente con la comprensión adecuada de sus circunstancias individuales, evitando imposiciones indebidas o decisiones desproporcionadas: *"Derecho a ser consultados. Los niños, niñas y adolescentes tienen la prerrogativa de ser consultados en todas las cuestiones que les afecten. Esta perspectiva será valorada considerando su edad y madurez"* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003). Esto se aleja de la tradicional visión paternalista y dando lugar al compromiso de la legislación ecuatoriana en promover la participación, la autonomía y el respeto hacia la voz y opinión de los niños y adolescentes en todas las esferas de sus vidas.

Empero, resulta llamativo que a pesar de la existencia de normativas internacionales en vigor que respaldan estos derechos, su implementación suele quedar en un estado de inacción, dado que los jueces y las entidades gubernamentales no aplican sus mandatos. Esta situación refuerza la urgencia de proporcionar formación y evaluación a los jueces y a los funcionarios administrativos.

2.3.2 Fundamentación en la Convención sobre los Derechos del Niño

Es conveniente aclarar que, conforme al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, insta a los Estados Partes a garantizar no solo la libertad de expresión de los niños, sino también a considerar sus opiniones de manera adecuada, nuevamente teniendo en cuenta su nivel de madurez y edad:

> *"1 Los Estados Partes garantizarán al niño que tenga capacidad para discernir el derecho de expresar su opinión de manera libre en todos los asuntos que repercutan*

> *en su vida, teniéndose de manera adecuada sus opiniones en función su edad y nivel de madurez. 2. Con esta finalidad, se brindará al niño la posibilidad de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo involucre, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano idóneo, en concordancia con los protocolos establecidos por la legislación nacional."* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1978).

El mandato de considerar debidamente las opiniones del niño precisa la necesidad de respetar, valorar las perspectivas y deseos del niño como elementos fundamentales en la toma de decisiones que impacten su vida. Además, de brindar oportunidades concretas para que los niños sean escuchados en procedimientos judiciales o administrativos que los afecten, ya sea de manera directa o a través de representantes designados. Esto resalta la imperatividad de facilitar canales eficaces de participación y consulta que posibiliten a los menores expresar sus opiniones y preocupaciones en situaciones legales o administrativas que repercutan sobre ellos.

En concordancia con las estipulaciones consagrados particularmente en su artículo 13, focalizado en la libertad del niño para buscar, recibir y compartir informaciones e ideas de diversa naturaleza, trascendiendo las barreras geográficas y culturales. A través de medios tanto orales como escritos, impresos, artísticos o cualquier otro medio elegido por el niño, se consolida una plataforma que empodera al infante en la expresión de sus pensamientos y percepciones:

> *"El niño gozará del derecho a la libertad de expresión; este derecho comprenderá la libertad de indagar, recibir y compartir informaciones e ideas de toda índole, sin importar fronteras, ya sea de manera oral, escrita, impresa, en forma artística o por cualquier otro medio seleccionado por el niño."* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1978).

La normativa en cuestión enfatiza que este derecho comprende tres dimensiones cruciales: la búsqueda, recepción y difusión de información. Esta triada refleja la apertura y amplitud del espectro de posibilidades que se le brinda al niño, en consonancia con su capacidad para interactuar con distintos medios y modalidades. Así, se establece un entorno propicio para el enriquecimiento cognitivo y cultural del niño al permitirle explorar, adquirir y compartir conocimientos sin restricciones indebidas.

Se reconoce la diversidad de canales que el infante puede utilizar para ejercer su libertad de expresión. Esta variedad de opciones refuerza el respeto a la singularidad de cada niño, permitiéndole utilizar el medio que mejor se adapte a su estilo comunicativo y sus habilidades. Pero, debemos considerar que este derecho no opera en aislamiento, sino en un equilibrio con otros derechos y responsabilidades.

La Convención no solo garantiza la libertad de expresión del niño, sino también su protección de contenidos inapropiados y perjudiciales. La supervisión y guía de adultos se vuelven fundamentales para asegurar que el ejercicio de este derecho se dé en un ambiente seguro y educativo.

2.3.3 Fundamentación constitucional

En el artículo 45, Párrafo Segundo de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce la importancia de salvaguardar la integridad tanto física como psicológica de esta población, considerando aspectos fundamentales de su identidad, como su nombre y ciudadanía, garantizando así su reconocimiento y pertenencia en la sociedad. Poniendo énfasis en asegurar la salud integral y nutrición de los niños, así como su acceso a la educación, la cultura, el deporte y la recreación:

> *"Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a la preservación de su integridad tanto física como psíquica; a su identidad, nombre y pertenencia ciudadana; al*

cuidado completo de su salud integral y nutrición; al acceso a la educación y cultural, al involucramiento en actividades deportivas y recreativas; a la seguridad social; al goce de una familia y la vivencia de relaciones familiares y comunitarias plenas; a la participación social; al respeto por su libertad y dignidad; a ser consultados en decisiones que les afecten." (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008).

La mención de estos derechos refuerza la obligación de brindar a esta población condiciones adecuadas para su crecimiento, formación integral y la oportunidad de acceder a experiencias enriquecedoras. La seguridad social, la convivencia familiar, comunitaria y la participación social también figuran en este artículo, señalando la necesidad de crear un entorno propicio para su desarrollo y participación activa en la sociedad. Asimismo, se prepondera su derecho al respeto de la libertad y dignidad, consolidando su estatus como individuos con plenos derechos y autonomía.

Finalmente, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten valida su opinión en decisiones que involucran sus propias vidas, contribuyendo a la respetabilidad de su capacidad de expresión.

2.3.4 Fundamentación legal

El principio rector del "Interés superior del niño" interés superior del niño" no es meramente un elemento accesorio, sino una guía para la interpretación y aplicación de la ley, para asegurar el pleno bienestar de los menores en todas las instancias judiciales y administrativas. Tal como se manifiesta en el último párrafo del artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: *"El interés superior del niño es un principio para interpretar de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin antes haber escuchado la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que se encuentre en condiciones de expresarla"* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

En función de lo planteado, este principio no puede ser utilizado de manera arbitraria, sino que debe ser aplicado en armonía con las normas expresas establecidas en la legislación. Se acentúa el deber de escuchar y atender la opinión de los propios niños, niñas y adolescentes afectados antes de adoptar cualquier determinación que los involucre, otorgándoles participación significativa en los asuntos que conciernen a sus vidas.

Considerando la notoriedad de defender los derechos y la participación activa de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 60 plasmado en la referida disposición, establece claramente el "Derecho innegable a ser consultados", donde se contempla el papel central que deben desempeñar los menores en la toma de decisiones que impacten sus vidas y bienestar:

> *"Derecho a ser consultados. Los niños, niñas y adolescentes cuentan con el derecho de ser escuchados en todas las cuestiones que les incumben. Esta opinión se tomará en consideración de acuerdo a su edad y madurez. En ningún caso se deberá someter a ningún niño, niña o adolescente a obligaciones o presiones para expresar su opinión."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

Es por ello que, se reafirma el compromiso del Estado en el reconocimiento de la capacidad de los menores para contribuir y expresar sus opiniones, demostrando una evolución en la percepción de los niños como sujetos activos y no simplemente receptores pasivos de decisiones. La inclusión de esta garantía en el marco legal refleja la importancia de considerar sus perspectivas únicas en la formulación de políticas, programas y medidas que afecten su bienestar. Esto avala que sus puntos de vista sean genuinos reflejen sus deseos y necesidades reales, evitando influencias indebidas que podrían distorsionar su capacidad de decisión, preservando la autenticidad de su voz, con seriedad y respeto por las autoridades pertinentes.

Es conveniente acotar que, en el último párrafo del artículo 106 del mismo Código, se presenta parámetros para confiar del ejercicio de la patria potestad en situaciones definidas por el artículo 325 (ahora 307) del Código Civil:

> *"El Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en capacidad de manifestar su opinión, acatará los siguientes lineamientos: La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será considerado por el Juez, tomando en consideración el nivel de desarrollo de quien lo exprese. El de los adolescentes será vinculante para el Juez, a menos que se evidencie claramente que resulta perjudicial para su desarrollo integral."* (Congreso Nacional del Ecuador, 2003).

Esta etapa inicial aclara el compromiso de permitir que los menores involucrados compartan su punto de vista en situaciones que afectarán sus vidas y relaciones familiares. Luego, expone las reglas que el Juez debe seguir al considerar las opiniones de los menores. Para los hijos e hijas menores de doce años, la disposición establece que sus opiniones deben ser valoradas por el Juez. Sin embargo, esta valoración debe estar en sintonía con el grado de desarrollo del niño o niña que emite la opinión. Esta consulta se convierte en un mecanismo que reconoce que la comprensión y el grado de madurez pueden variar según la edad y la etapa de desarrollo.

Ahora bien, como se da a conocer en el artículo 31 del Código Orgánico General de Procesos que, de manera categórica todas las personas cuentan con capacidad legal para comparecer ante un proceso judicial, a menos que existan excepciones previstas por la ley, igualmente, la participación activa de las niñas, niños y adolescentes en procesos que involucren sus derechos:

> *"Capacidad procesal. Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, excepto en los casos previstos por la ley. Las y los jóvenes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales destinadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, de conformidad con las disposiciones legales. En situaciones en las que ciertos incapaces asuman obligaciones, su comparecencia será aceptada en relación con tales asuntos de acuerdo con las regulaciones legales. Cuando se refiera a*

> *comunidades, pueblos, nacionalidades o grupos, estos serán representados por sus representantes legales o voluntarios. Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procedimientos en los cuales se aborde la cuestión de sus derechos."* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

En definitiva, se refuerza el principio de igualdad ante la ley, la autonomía y el derecho de cualquier individuo a ser parte en procedimientos legales que lo involucren. Uno de los aspectos sobresalientes del artículo es el reconocimiento explícito de la capacidad procesal de los adolescentes, quienes tienen la facultad de ejercer directamente acciones judiciales que busquen la protección y ejercicio de sus propios derechos y garantías que atañen a su bienestar, siempre de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

La situación de ciertos incapaces que contraen obligaciones y establece que su comparecencia en los procesos será conforme a las leyes correspondientes. Esto muestra la preocupación por asegurar que las personas con limitaciones sean representadas de manera adecuada y en cumplimiento con las normativas legales.

La inclusión de comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos en este artículo es relevante porque se determina que su comparecencia en procesos judiciales será a través de representantes legales o voluntarios. Por ende, explora la diversidad de formas de organización y participación en la sociedad, consolidando que estos grupos estén representados de manera adecuada en el ámbito legal.

Unidad IV

Derecho comparado

2.4.1 Derecho comparado en Colombia

La Corte Constitucional, en su empeño por salvaguardar los derechos fundamentales de los menores de edad, ha emitido un pronunciamiento de suma relevancia en relación con el proceso de entrevistas, interrogatorios y contrainterrogatorios realizados por psicólogos a víctimas jóvenes. En el marco de esta resolución, se establece con claridad que dichos procedimientos deben llevarse a cabo en un entorno sereno y relajado, propicio para fomentar la comunicación y la sinceridad en las declaraciones. Por consiguiente, con el propósito de atender la delicadeza emocional de los menores, la Corte menciona la importancia de incorporar actividades recreativas apropiadas para la edad de las víctimas. Este enfoque no solo promueve la comodidad, la empatía y la capacidad de ponerse en el lugar del otro, sino que también facilita la expresión genuina de los sucesos traumáticos que puedan haber experimentado. Igualmente, enfatiza la apremiante necesidad de establecer un entorno de confianza mutua durante estas conversaciones, por lo que, resulta esencial evitar que los menores se sientan obligados a responder de una manera específica, con el fin de asegurar que sus relatos fluyan de manera espontánea, natural y sin alteraciones inducidas.

El objetivo primordial de estas medidas es erradicar cualquier posibilidad de revictimización en el proceso de entrevistas y testimonios de menores de edad. Dicho esto, la Corte Constitucional se erige como un defensor incansable de los derechos y el bienestar de los niños, destacando la importancia de proteger su integridad emocional y psicológica en todo momento. En este sentido, la justicia se configura no solo como un acto de diligencia procesal, sino como una garantía firme de la defensa de los derechos de los menores en situaciones de vulnerabilidad.

De igual manera, se ha llegado a determinar que la normativa promulgada por el legislador en relación con la entrevista pericial llevada a cabo con infantes y adolescentes no constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la equidad, al debido proceso, a la defensa, a la contradicción y al acceso efectivo a la administración de justicia. Esta regulación se aplica con una perspectiva arraigada en el interés superior del menor y en el principio pro infans; asimismo, se hace hincapié en que los menores que han sido víctimas de abuso sexual no deben ser tratados de la misma forma que los adultos que han experimentado circunstancias similares.

Adicionalmente, la Corte ha emitido una advertencia contundente en relación con las pautas que rigen la presentación de testimonios por parte de menores en los procedimientos penales, ya sea en calidad de víctimas o de testigos. Esta directriz es un imperativo ineludible para las instancias judiciales y administrativas, delineando de manera precisa el curso del proceso, las determinaciones que se toman en relación con las decisiones adopten en materia de decreto y práctica de pruebas. Considerando lo expuesto, aclara de manera enfática que no existe una restricción que impida a niños, niñas y adolescentes emitir testimonios en contextos judiciales. Por el contrario, se ha instaurado una regulación específica con el propósito de agilizar dicho procedimiento y, al mismo tiempo, garantizar la protección de sus derechos, así como el resguardo del derecho de defensa del acusado.

En el ámbito de los procedimientos judiciales relacionados con asuntos familiares, los menores desempeñan un papel significativo como testigos de sucesos acontecidos dentro del entorno de su hogar. Estos eventos pueden abarcar desde situaciones de violencia entre los padres hasta agresiones dirigidas hacia sus propios hermanos. En este contexto, sus testimonios adquieren una relevancia sustancial, especialmente en casos vinculados a la determinación de la custodia, donde se debe evaluar con cuál de los progenitores vivirán.

En estos casos, persiste la preocupación por la vulnerabilidad del niño, niña o adolescente al tener que relatar los acontecimientos acaecidos en presencia de sus padres u otros miembros familiares, puesto que, existe la posibilidad de manipulación o intimidación. En virtud de esta realidad, la implementación de la Cámara Gesell emerge como una herramienta de suma eficacia en todas aquellas instancias que involucren a menores de edad. Consecuentemente, en procesos investigativos que involucra a menores de edad, el abordaje de la entrevista adquiere una dimensión valiosa, dado que, el entrevistador, con un enfoque profesional y comprensivo, internalice la premisa de que la entrevista no constituye un interrogatorio. En cambio, debe brindar al menor la oportunidad de expresar los sucesos que ha vivido o presenciado en su forma más íntegra, sin sufrir ningún tipo de interferencia o influencia externa.

Para ello, debe contar con un espacio propicio para que el menor pueda compartir su relato en un entorno de tranquilidad y confianza. Esta aproximación cuidadosa y respetuosa busca mitigar cualquier posibilidad de revictimización y asegurar la autenticidad de las declaraciones. Una vez que el menor haya proporcionado su narrativa, el entrevistador podrá, de manera pertinente, plantear las preguntas que sean necesarias para aclarar aspectos o para colaborar en la corroboración de hechos ya conocidos dentro del proceso.

La atención diligente y empática en la realización de estas entrevistas no solo garantiza la obtención de información precisa y útil, sino que también preserva el bienestar del menor involucrado. La implementación de estas estrategias responde al compromiso ineludible de las autoridades y profesionales para avalar que el proceso investigativo se lleve a cabo en conformidad con los estándares legales y éticos, sin menoscabo de la integridad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente implicado. De hecho, el entrevistador debe ejercer una sensibilidad particular y una adaptación acorde a las circunstancias excepcionales que caracterizan este tipo de interacción, de modo que, el uso del lenguaje y la regulación del ritmo

conversacional deben ser calibrados meticulosamente en función de las capacidades y particularidades del entrevistado, así como en consonancia con la índole propia del proceso.

La adecuación del lenguaje se convierte en un elemento cardinal de este procedimiento, la elección de palabras y estructuras lingüísticas debe considerar la edad, nivel de comprensión y grado de madurez del niño, niña o adolescente, garantizando así su pleno entendimiento y la precisión de sus respuestas. Asimismo, el ritmo de la entrevista debe ser modulado para asegurar que el menor no se sienta abrumado por la situación, permitiendo un diálogo fluido y sin presiones indebidas.

Finalmente, es imperativo que el entrevistador esté alerta a las señales de incomodidad o malestar que el menor pueda manifestar durante la entrevista. Ante tales indicios, la ética y la responsabilidad dictan que el entrevistador debe proceder con la suspensión inmediata de la entrevista, sin importar la etapa en la que se encuentre. En este caso, el bienestar emocional del menor adquiere prioridad, se le brinda un espacio para relajarse y recuperar la tranquilidad antes de continuar con el proceso. Pero, en situaciones más extremas, si se requiere, la entrevista puede ser pospuesta o cancelada, siempre en aras de proteger la salud mental y emocional del menor de edad entrevistado.

2.4.2 Legislación en España

La consideración de la opinión del menor en los procesos judiciales alcanza un grado de trascendencia que ha sido destacad por la Defensora del Pueblo de España. Esta instancia ha ido más allá en la valoración de la perspectiva del menor, al afirmar que únicamente en casos de circunstancias excepcionales y debidamente justificadas la decisión del juez podría apartarse de dicha opinión, reflejando un reconocimiento significativo de la capacidad del menor para expresar sus deseos y preferencias en asuntos que lo conciernen directamente.

La voz del menor se consolida como un factor influyente en la toma de decisiones judiciales que afectan su bienestar, brindándole un espacio de participación activa en procesos que pueden incidir en su vida presente y futura. No obstante, la posibilidad de que el juez tome una determinación diferente a la opinión del menor no queda descartada por completo. La Defensora del Pueblo, en correspondencia con los principios legales, establece que para que tal desviación ocurra, es indispensable que existan fundamentos excepcionales que deben ser claramente justificados. Por lo tanto, esta cautela garantiza que cualquier desviación de la opinión del menor se base en argumentos sólidos y debidamente respaldados, amparando así la integridad del proceso y el interés superior del menor. Por su parte, la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, implementa un abordaje global en lo concerniente a la consideración de la edad y madurez de los menores, otorgándoles una doble función que abarca tanto la interpretación y aplicación de su interés superior como la ponderación de criterios generales.

Esta legislación reafirma la relevancia de los aspectos individuales de los menores en la toma de decisiones, enmarcados en su evolución personal y desarrollo. La primera dimensión de esta perspectiva se manifiesta en la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar gradualmente en los procesos que afecten su interés superior. En consecuencia, la ley enfatiza el ejercicio de este derecho por parte de los niños, niñas y adolescentes en cuestiones que tengan un impacto directo en sus vidas, evidenciando la importancia de su voz y perspectiva en el proceso decisional.

Por otro lado, la ley también contempla la edad y madurez del menor como un elemento fundamental en la evaluación de los criterios generales establecidos en su artículo 2. Esta distinción adquiere un alcance más amplio, trascendiendo el ejercicio del derecho a ser escuchado para abarcar la formulación de decisiones en sí. De esta manera, la relación entre la

edad física, psicológica del menor y la medida a adoptar se convierte en un factor determinante en la búsqueda de soluciones adecuadas y proporcionadas a las circunstancias individuales.

CAPÍTULO III:

METODOLOGÍA

3. Método de la investigación

Esta sección se describirán los procesos de recopilación y análisis de datos, así como el diseño del trabajo, las metodologías, las técnicas y las herramientas que se utilizarán. Para que cualquier otro investigador pueda replicar fácilmente el estudio, esta sección debe contener toda la información requerida.

Método

Dependiendo del tipo de investigación a realizar, se pueden combinar diferentes metodologías, métodos y herramientas desde metodologías cuantitativas, cualitativas y mixtas. Sin embargo, en el presente trabajo se utilizará la segunda metodología, que es equivalente a la metodología cualitativa se basa en un enfoque fenomenológico e interpretativo, en el cual la realidad social se construye a partir de un marco subjetivo que se refiere a observar los comportamientos y acciones de los sujetos. Por tanto, a partir de las cuestiones de estudio, los hechos o fenómenos sociales son observables, explicables y comprensibles

Método interpretativo:

Interpretación literal. - Interpreta documentos legales desde su sentido literal y su uso común.

Interpretación Sistemática. - Se examina el contenido de estos documentos según las circunstancias de su registro. Se abarca y examina toda la legislación de manera sistemática.

Interpretación Histórica. - Examinar el origen y progreso de todos los documentos legales y su contexto histórico. De igual modo, la evolución en la doctrina de esa figura jurídica específica.

Tipo de investigación

Debe incluirse el tipo de investigación utilizada para desarrollar el trabajo, para lo cual, se considera lo siguiente:

- Se trata de una investigación explicativa, según la profundidad del tema de estudio, porque se intentará establecer en qué medida la opinión del menor incide en la fijación de su tenencia.
- La investigación es de tipo cualitativa, porque en el Derecho se discute sobre la ley, doctrina y jurisprudencia, por tanto, todos son argumentos repletos de cualidades.
- El tipo de investigación es no experimental, debido a que, no existe la manipulación intencional de las variables.
- Dependiendo del tipo de inferencia, esta es una investigación del método deductivo.
- Según la duración del estudio, esta es de tipo longitudinal.
- Finalmente, de completarse el objetivo general, se habrá determinado que la investigación es de tipo aplicada.

Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos

Técnicas	Instrumento
Análisis de documentos	Guía de análisis de documentos
Encuestas	Guía de encuestas

Criterio de inclusión y criterio de exclusión

Criterio de inclusión:

- Parejas que se separan y deben resolver la situación de los hijos.

- Niños, niñas y adolescentes

Criterio de exclusión:

- Administración de justicia

Población y muestra

la población inmersa se compone por los Jueces de la Unidad Multicompetente del cantón San Miguel. Debido a que la muestra se compone de 4 Jueces no existe la necesidad de tomar una muestra, sino que se trabajará con el universo.

Número	Cargo
4	Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel

Localización geográfica del estudio

En virtud de la línea investigativa y por los objetivos que se pretende alcanzar, la determinación geográfica del estudio corresponde a: Provincia de Bolívar, cantón San Miguel.

CAPÍTULO IV:

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

4.1. Resultados.

4.1.1. Presentación de resultados.

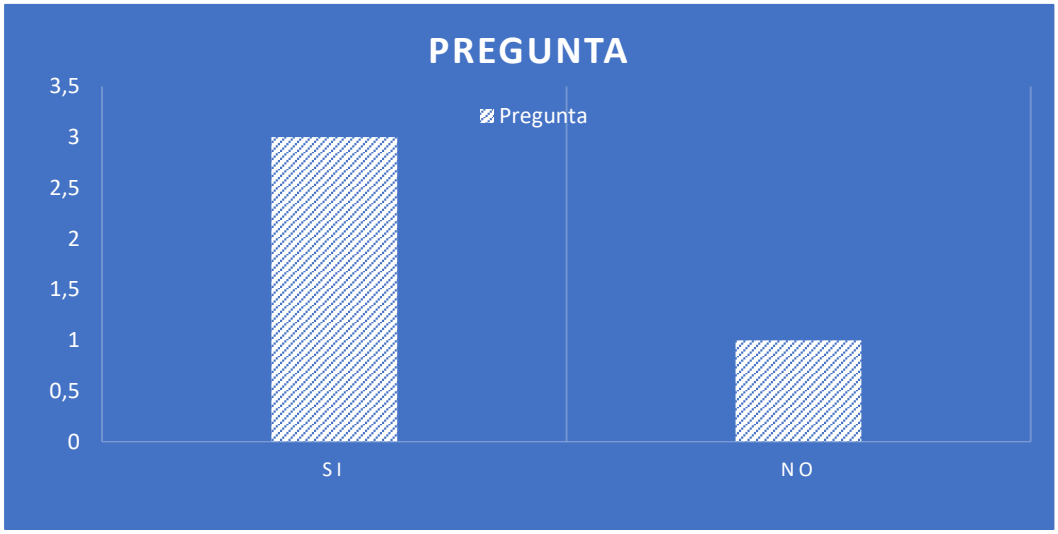
Pregunta 1: ¿Considera Ud. que, la tenencia de los hijos se produce por la fragmentación familiar?

Tabla 1

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	25%
No	1	75%
Total	**4**	**100%**

Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Ilustración 1



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Interpretación:

Los 3 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel, consideran que, la tenencia de los hijos se produce por la fragmentación familiar. Uno de los jueces indica que no porque los padres no siempre viven juntos.

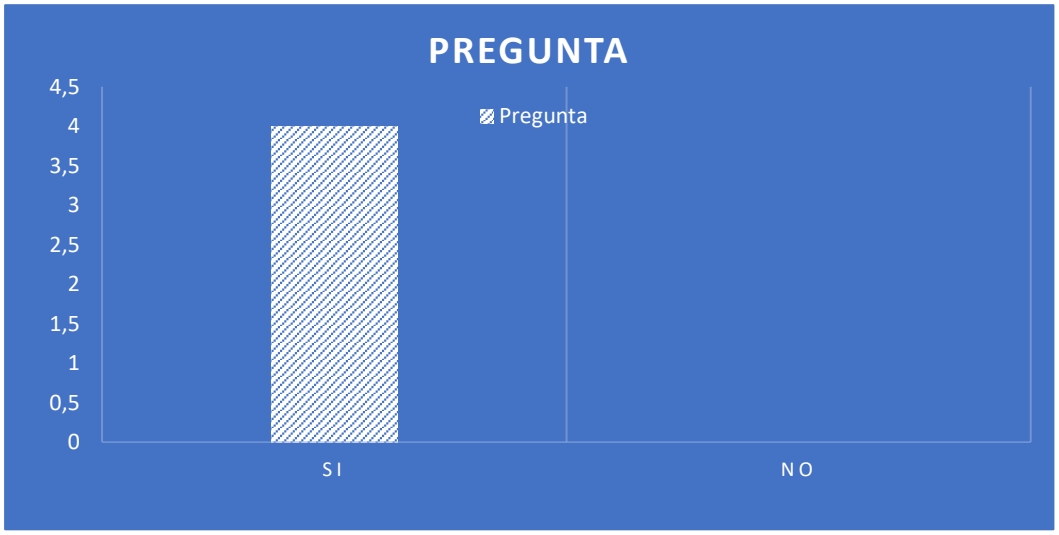
Pregunta 2: ¿Considera Ud. que, la tenencia de los hijos debe fijarse al padre o madre que presente las mejores condiciones para el menor?

Tabla 2

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	100%
No	0	0%
Total	**4**	**100%**

Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Ilustración 2



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Interpretación:

Los 4 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel, consideran que, la tenencia de los hijos debe fijarse al padre o madre que presente las mejores condiciones para el menor, con lo cual se corrobora el deber constitucional de la corresponsabilidad parental y la igualdad de derechos entre hombre y mujer.

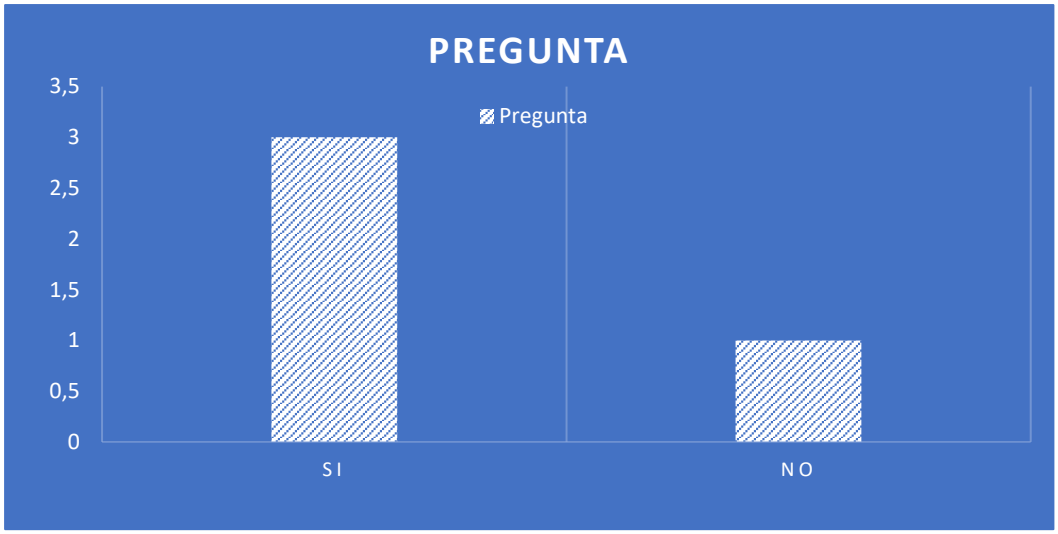
Pregunta 3: ¿Considera Ud. que, la tenencia de los hijos contribuye a la crianza y al desarrollo integral de menor?

Tabla 3

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	75%
No	1	25%
Total	**4**	**100%**

Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Ilustración 3



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Interpretación:

Los 3 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel, consideran que, la tenencia de los hijos contribuye a la crianza y al desarrollo integral de menor. Uno de los Jueces indica que la tenencia es una parte del desarrollo integral del menor, no todo.

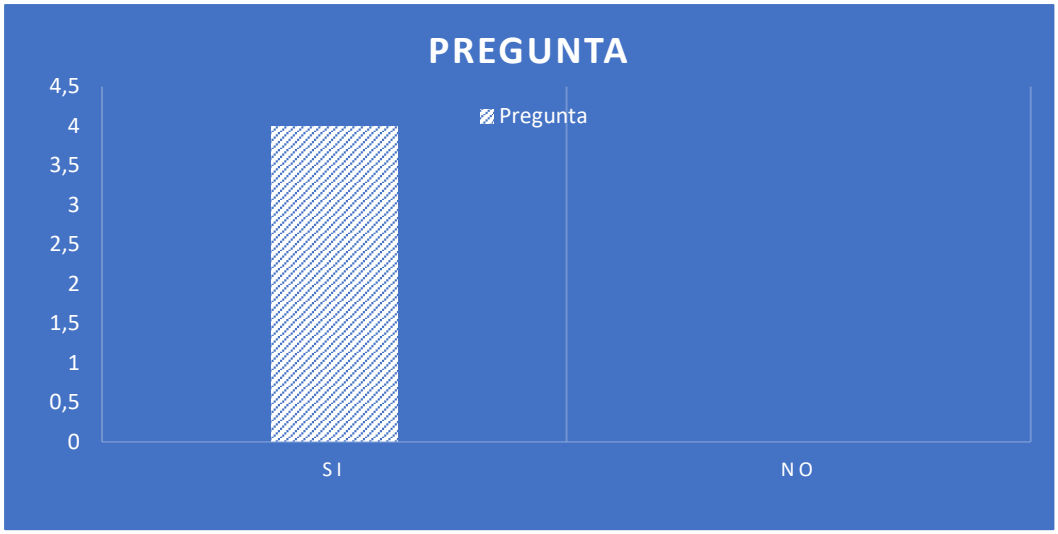
Pregunta 4: ¿Considera Ud. que, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en los asuntos que les afecten?

Tabla 4

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	100%
No	0	0%
Total	**4**	**100%**

Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Ilustración 4



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Interpretación:

Los 4 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel, consideran que, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en los asuntos que les afecten, especialmente cuando se trata de la fase judicial en la cual se discuten sus derechos.

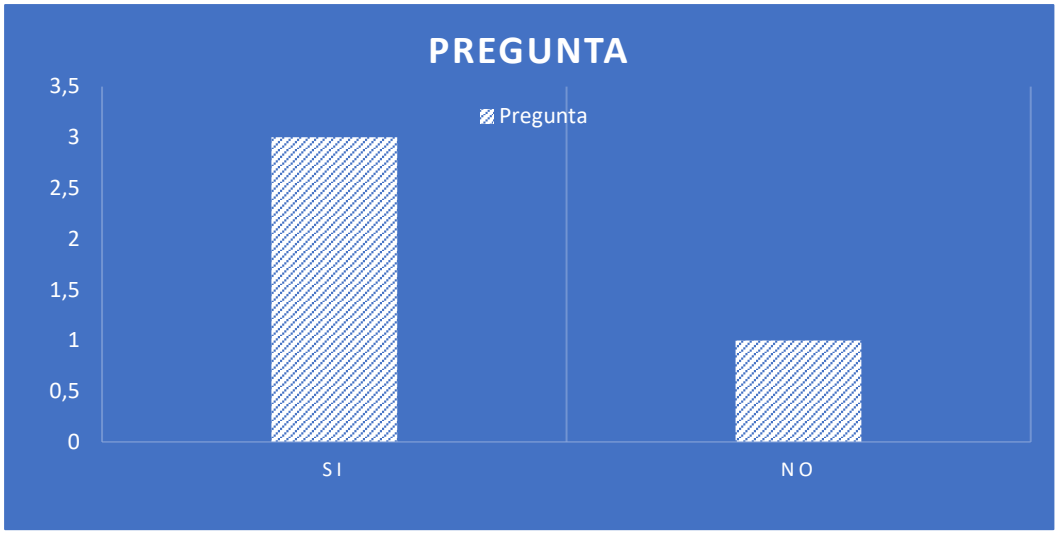
Pregunta 5: ¿Considera Ud. que, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en la fijación de su tenencia?

Tabla 5

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	75%
No	1	25%
Total	**4**	**100%**

Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Ilustración 5



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Interpretación:

Los 3 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel, consideran que, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en la fijación de su tenencia. El Juez restante indica que, en muy raras ocasiones debe considerarse la opinión del menor, porque lo correcto es verificar las condiciones que ofrece cada padre.

.

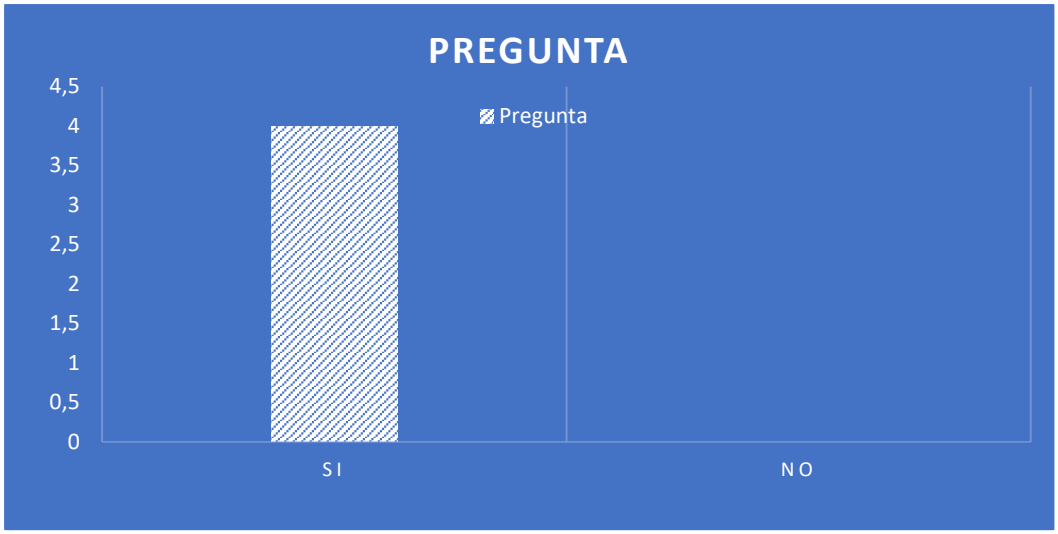
Pregunta 6: ¿Considera Ud. que, la administración de justicia debe valorar la opinión del menor en función de su madurez?

Tabla 6

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	100%
No	0	0%
Total	**4**	**100%**

Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Ilustración 6



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Interpretación:

Los 4 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel, consideran que, la administración de justicia debe valorar la opinión del menor en función de su madurez, porque el menor puede permitir conocer de mejor forma el ambiente en el cual vive.

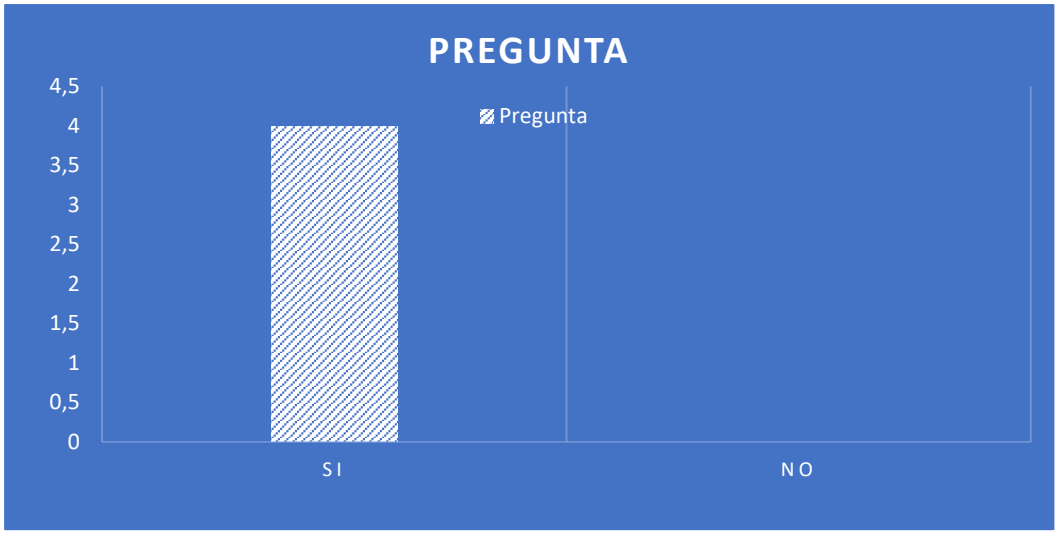
Pregunta 7: ¿Considera Ud. que, la administración de justicia debe valorar la opinión del menor para fijar su tenencia?

Tabla 7

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	100%
No	0	0%
Total	**4**	**100%**

Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Ilustración 7



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel
Elaborado por: Diego Alexander Tonato Sasintuña

Interpretación:

Los 4 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel, consideran que, la administración de justicia debe valorar la opinión del menor para fijar su tenencia, porque esto permite conocer con cuál de los padres, el menor se siente protegido.

4.1.2. Beneficiarios

4.1.2.1. Beneficiarios directos.

Niños, niñas y adolescentes, que provienen de hogares fragmentados

4.1.2.2. Beneficiarios indirectos.

Padres y madres que se separan y deben resolver la situación de sus hijos e hijas.

4.2. Discusión.

Cuando las parejas se separan debe resolverse el problema del cuidado de los hijos, aunque generalmente el cuidado siempre queda en la madre, el Código Civil fue reformado en el año 2015 estableciendo que la tenencia de los hijos se confiará al padre que presente las mejores condiciones, por lo que, en teoría el padre también podría ejercer la tenencia.

El derecho del menor de edad a expresar su opinión en asuntos que el afecten incluye proceso judicial de tenencia, no obstante, el menor de edad generalmente habrá de hacer aquello que su padre o madre le ordene, por lo cual, el administrador de justicia debe valorar el grado de madurez del menor.

El objetivo de la presente investigación es determinar el grado de aplicación de la opinión del menor dentro del proceso de tenencia y la posible utilización de la figura del Ombudsman.

CAPÍTULO V:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. CONCLUSIONES.

- El derecho del menor de edad a expresar su opinión en asuntos que el afecten como un proceso judicial, es un derecho constitucionalizado y presente en los Instrumentos Internacionales.
- El proceso de tenencia es uno por el cual un juzgador determina cuál de los padres debe ejercer el cuidado diario de un hijo o hija menor de edad.
- El menor de edad debe poder expresar su opinión dentro de un proceso judicial en donde se discute su tenencia, porque esta trata de su cuidado diario y permanente.

5.2. RECOMENDACIONES.

- Se recomienda que el administrador de justicia tome en cuenta la opinión del menor de 12 años, en consideración de su madurez.
- Se recomienda que el administrador de justicia tome en cuenta la opinión del menor comprendido entre los 12 y los 17 años, de forma obligatoria.
- Se recomienda la creación la figura jurídica del Ombudsman propia del derecho alemán, para que la opinión del menor no pueda ser manipulada por los padres.

BIBLIOGRAFÍA.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1989) Convención Sobre los Derechos del Niño

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR (2008) Constitución de la República del Ecuador

BRIONES, M. (2022). ¿Preferencia materna para la tenencia de los hijos? Búsqueda de la igualdad de género en el Ecuador. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, 6(2), 2085-2113. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.2014

CARDENAS, D. (2020). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Nacional del Altiplano, con el tema: La influencia de la alienación parental en la decisión jurisdiccional, de los procesos de divorcio y tenencia del menor en el distrito judicial de Puno, Perú, 2018. https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3223694

CAMPOS, J., VALENCIA, A., & HURTADO, B. (2021). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Autónoma de ICA, con el tema: Análisis de la legislatura de la tenencia del menor en el marco de la conciliación extra-judicial, Ica, Perú. http://repositorio.autonomadeica.edu.pe/handle/autonomadeica/1308

CORTE CONSTITUCIONAL. (2017). Sentencia T- 116. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2010). Sentencia C- 059. M. P. Humberto Sierra Porto.

CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR (2005) Código Civil

CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR (2005) Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

CORTE CONSTITUCIONAL. (2013). Sentencia T- 117. M. P. Alexei Julio Estrada.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2014). Sentencia C-117. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2008). Sentencia con radicado 27.192. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CUELLAR, J. (2023). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, con el tema: Criterios de los jueces para determinar la tenencia del menor, Lima Perú. http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/7048

CUYA, G. (2018). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Cesar Vallejo, con el tema: Proceso de tenencia de menor otorgada a los abuelos frente al interés superior del niño Juzgados Lima Norte, Perú 2017. https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/34714

ESCOBAR, A.; BRAVO, F., ISSN-e: 2477-9083Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Catolica de Cuenca, con el tema: Obstrucción del régimen de visitas por parte del progenitor que posee la tenencia del menor. Religación: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, 2023, vol. 8, no 35, p. 10, Ecuador. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8910607

FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. (2012). Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Chile.

ESTRADA, L. (2019). La cámara Gesell: una herramienta para la entrevista de niños en los procesos de familia. Inter: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da ufrj, 2(1). de https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/view/25557/14780

GONZALES, G. (2022). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, con el tema: La consejería familiar, en los procesos de tenencia y régimen de visitas para garantizar el desarrollo integral del menor. Lambayeque Perú https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/11111

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (2021) Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios

JABBAZ, M. (2021). Infancia alterada en pleitos por la custodia de menores. Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales, (42), 39–50. https://doi.org/10.6018/areas.464101

LÁZARO, I., EZQUERRA, J., & EZQUERRA, J. (2012). El "derecho de custodia" en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores. ICADE. Revista De La Facultad De Derecho, (83-84), 291–336. Recuperado a partir de https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/127

LLANOS, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. Derecho & Sociedad, (32), 191-197

MANGA, Y., CÓDIGO ORCID: 0000-0002-7813-0599 (2023). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Peruana de las Américas, con el tema: El divorcio y la tenencia del menor en el código procesal civil, Lima Perú. http://190.119.244.198/bitstream/handle/123456789/3375/14%20TRABAJO%20PARCIAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MORÓN, A. (2019). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad de Huánuco, con el tema: el régimen de visitas por tenencia como afectación al desarrollo integral del menor en el juzgado de familia de la zona judicial de Huánuco, 2017. Jirón, Perú. http://distancia.udh.edu.pe/handle/123456789/1761

PÉREZ, E. "El Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, veinte años después". Estudos en Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Volumen I

QUIÑONES, A., y otros. Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo. Las Rozas (Madrid). La Ley –Actualidad. 2005.

REQUENA, S. (2013). Análisis de conflicto en situación de procesos de divorcio. Revista de Investigacion Psicologica, (9), 47-54. Recuperado en 02 de agosto de 2023, de

http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2223-30322013000100005&lng=es&tlng=es.

RIVERA, K. (2016). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Central del Ecuador, con el tema: La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa (Bachelor's thesis, Quito: UCE). http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/6069

RODRÍGUEZ, R. (2010) Juventud, familia y posmodernidad: (des)estructuración familiar en la sociedad contemporánea Fermentum. Revista Venezolana de Sociología y Antropología, vol. 20, núm. 57, pp. 39-55

RODRÍGUEZ, S. (2020): "Lo que dice el poder judicial sobre la guarda y custodia", en Marcela Jabbaz Churba y Capitolina Díaz Martínez (coords.), Menores en disputa: custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad Valenciana. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 199-223

RODRÍGUEZ, E. "Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador". La Ley Año XXI. Número 4986, 7 de febrero de 2000.

SEGUNDA, S., ARIAS, T. & LIDLEY X. (2022). Tesis para la obtención del título de abogado en la Universidad Autónoma de ICA, con el tema: Los informes multidisciplinarios y la determinación de la tenencia del menor, en el distrito de Cellaria-Ucayali, año 2020, Ica, Perú http://repositorio.autonomadeica.edu.pe/handle/autonomadeica/1895

TAMEZ, B., & RIBEIRO, M. (2016). El divorcio, indicador de transformación social y familiar con impacto diferencial entre los sexos: estudio realizado en Nuevo León. Papeles de población, 22(90), 229 263 https://doi.org/10.22185/24487147.2016.90.040

ANEXOS

Trabajo de titulación:
"La fijación del régimen de tenencia y la opinión del niño, niña o adolescentes, en el cantón San Miguel, año 2022"

AUTOR
Diego Alexander Tonato Sasintuña

Encuesta: 4 Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Miguel

Escoja la respuesta:

1.- ¿Considera Ud. que, la tenencia de los hijos se produce por la fragmentación familiar?
Si ( ) No ( )

2.- ¿Considera Ud. que, la tenencia de los hijos debe fijarse al padre o madre que presente las mejores condiciones para el menor?
Si ( ) No ( )

3.- ¿Considera Ud. que, la tenencia de los hijos contribuye a la crianza y al desarrollo integral de menor?
Si ( ) No ( )

4.- ¿Considera Ud. que, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en los asuntos que les afecten?
Si ( ) No ( )

5.- ¿Considera Ud. que, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión en la fijación de su tenencia?
Si ( ) No ( )

6.- ¿Considera Ud. que, la administración de justicia debe valorar la opinión del menor en función de su madurez?
Si ( ) No ( )

7.- ¿Considera Ud. que, la administración de justicia debe valorar la opinión del menor para fijar su tenencia?
Si ( ) No ( )