



# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**

**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y**

**ADMINISTRATIVAS**

**Carrera de Derecho**

## **Título**

**"LA VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL NIÑO BAJO EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR Y SU INCIDENCIA FRENTE A LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN DE TENENCIA ORDENADA POR LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA EN EL PERÍODO DICIEMBRE 2014".**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

## **Autor:**

**Valeria Carolina Rodríguez Naranjo**

## **Tutor:**

**Dr. Juan Pablo Cabrera Vélez**

## **Año**

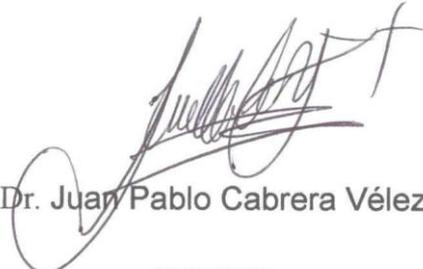
**2016**

## **APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR**

Dr. Juan Pablo Cabrera Vélez, Catedrático de la Escuela de Derecho, de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, de la Universidad Nacional de Chimborazo.

### **CERTIFICO:**

Haber asesorado y revisado detenida y minuciosamente el informe final de la Tesis titulada **" LA VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL NIÑO BAJO EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR Y SU INCIDENCIA FRENTE A LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN DE TENENCIA ORDENADA POR LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA EN EL PERÍODO DICIEMBRE 2014"**, realizada por la señorita Valeria Carolina Rodríguez Naranjo, razón por la cual autorizo para que sea presentada ante el Tribunal correspondiente para su defensa.



Dr. Juan Pablo Cabrera Vélez

**TUTOR**

## HOJA DE CALIFICACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

## TEMA:

"LA VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL NIÑO BAJO EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR Y SU INCIDENCIA FRENTE A LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN DE TENENCIA ORDENADA POR LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN RIOBAMBA EN EL PERÍODO DICIEMBRE 2014"

Proyecto de Tesis previó a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de La República del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, y ratificado con sus firmas.

## MIEMBROS DEL TRIBUNAL

DR. VINICIO MEJÍA  
PRESIDENTE DEL  
TRIBUNAL

10

CALIFICACIÓN

FIRMA

DRA. ROSITA CAMPUZANO  
MIEMBRO DEL  
TRIBUNAL I

10

CALIFICACIÓN

FIRMA

DR. JUAN PABLO CABRERA  
MIEMBRO DEL  
TRIBUNAL II

10

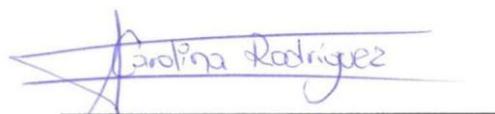
CALIFICACIÓN

FIRMA

NOTA FINAL.....10.....

## **DERECHOS DE AUTORÍA**

Yo, **VALERIA CAROLINA RODRIGUEZ NARANJO**, declaro ser responsable de las ideas, doctrinas, resultados y propuesta expuesta en el presente trabajo de investigación y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.

A handwritten signature in blue ink that reads "Carolina Rodríguez". The signature is written over a horizontal line and includes a stylized initial 'C'.

**VALERIA CAROLINA RODRÍGUEZ NARANJO**  
C.I: 060424074-7

## AGRADECIMIENTO

De manera primordial, al ser supremo, mi Dios creador, por sus bendiciones recibidas todos los días de mi vida hasta la culminación de mi vida profesional.

A mis padres Gualberto y Nelly, quienes con su arduo trabajo han logrado sacar adelante a sus hijos, a pesar de las múltiples adversidades que la vida tan caótica presenta a diario, a mis hermanos Mayra, Verónica y Cristian, quienes desde el inicio de mi carrera han sido los pilares fundamentales para alcanzar el éxito, motivándome a diario y empujándome a salir adelante.

A la Universidad Nacional de Chimborazo, lugar donde recibí los conocimientos, representada por mis maestros quiénes además de impartirme la cátedra, supieron ser verdaderos amigos, el reconocimiento especial para el Dr. Juan Pablo Cabrera Vélez, ilustre catedrático, quien dedico su tiempo para guiarme en mi trabajo y formación, y de la misma manera el Dr. Oswaldo Ruiz Falconi, reconocido profesional y amigo incondicional, de quien he recibido conocimientos y apoyo desinteresado.

A mi compañero de aventuras, quien ha sabido respaldarme y acompañarme en los arduos trabajos que año tras año debía cumplir para aprobar los diferentes niveles de estudio Bryan.

Y a mis amigas Mae y Pris quienes demostraron que no se necesita una amistad larga, sino una de calidad.

CAROLINA.

## DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a mis hermanos Mayra, Verónica y Cristian, quienes con sus palabras de apoyo incondicional, paciencia y empuje han sido de ejemplo para culminar mi formación.

Mis sobrinos Daniel Alejandro, Christian Alexander, Bianka Isabella, Luciana Valentina y Manuelle Emilio, seres inocentes llenos de amor y alegría, han sido fuente inspiradora para salir adelante.

En especial a mis amados padres Nelly y Gualberto, quienes han sido los motores incondicionales dentro de la vida de cada uno de sus hijos, su tiempo, esfuerzo y paciencia porque sus hijos podamos formarnos y ser profesionales llenos de valores, para ellos siempre será dedicado cada uno de mis logros porque son ellos quienes nunca perderán la fe en los hijos.

CAROLINA.

## ÍNDICE GENERAL

<b>Contenido</b>	<b>Páginas</b>
<b>PORTADA</b>	
APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR .....	II
HOJA DE CALIFICACIÓN .....	III
DERECHOS DE AUTORÍA .....	4
AGRADECIMIENTO .....	V
DEDICATORIA .....	VI
ÍNDICE GENERAL.....	VII
ÍNDICE DE CUADROS .....	X
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	XI
RESUMEN .....	XII
SUMMARY .....	XIV
INTRODUCCIÓN.....	XVI
CAPÍTULO I.....	1
1. MARCO REFERENCIAL.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	2
1.3. OBJETIVOS.....	2
1.3. 1 OBJETIVO GENERAL.....	2
1.3. 2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	3
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	3
CAPÍTULO II .....	5
2. MARCO TEÓRICO.....	5
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	5
UNIDAD I .....	6
2.2.1. OPINIÓN DEL MENOR.....	6
2.2.1.1. Reseña Histórica.....	6
2.2.1.2. Interés Superior del Niño. ....	7
2.2.1.2.1. El principio del Interés Superior del Niño como garantista. ....	13

## VIII

2.2.1.2.1. Nivel de Responsabilidad en la realización del Interés Superior del Niño.....	14
2.2.1.2.2. Definición de Niño, Niña y Adolescente. ....	14
2.2.1.2.3. Derecho del Menor.....	15
2.2.1.3. Definición de la Opinión del Niño .....	18
2.2.1.4. Objeto. ....	18
2.2.1.5. Alcance.....	19
2.2.1.6. Sentencia de la Corte Constitucional respecto al Interés Superior del Niño.....	21
UNIDAD II .....	24
2.2.2. TENENCIA .....	24
2.2.2.1. Reseña Histórica.....	24
2.2.2.1. Antecedentes históricos, la familia en las diferentes sociedades.....	24
2.2.2.2. Concepto.....	27
2.2.2.3. Diferencia Terminológica y Jurídica entre Patria Potestad y Tenencia.....	29
2.2.2.4. Objeto.....	32
2.2.2.5. Características.....	33
2.2.2.6. Marco Constitucional.....	34
2.2.2.6. Sujetos.....	36
2.2.2.7. Fijación.....	39
2.2.2.7.1. Trámite de Divorcio por mutuo consentimiento.....	40
2.2.2.7.2. Trámite Contencioso General.....	44
UNIDAD III.....	47
2.2.3. EFECTOS QUE PRODUCE LA OPINIÓN DEL NIÑO EN EL TRÁMITE DE TENENCIA.....	47
2.2.3.1. Orienta el criterio del Operador de Justicia.....	47
2.2.3.2. Asiste a la postura del progenitor que solicita el cambio del régimen de tenencia. ...	48
2.2.3.3. Ayuda a la convicción de la opinión del juez, a favor del progenitor con condiciones suficientes para la tenencia del menor.....	49
UNIDAD IV .....	50
2.2.4. HIPÓTESIS .....	50
2.2.4.1 VARIABLES.....	50
2.2.4.1.1 VARIABLE INDEPENDIENTE.....	50
2.2.4.1.2 VARIABLE DEPENDIENTE.....	50
2.2.4.4. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.....	51
CAPÍTULO III.....	54

3. MARCO METODOLÓGICO.....	54
3.1. MÉTODO .. .. .	54
3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	54
3.1.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN .....	54
3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA .....	55
3.2.1 POBLACIÓN.....	55
3.2.2. MUESTRA.....	55
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	55
3.4. TÉCNICAS DE PROCEDIMIENTO PARA EL ANÁLISIS.....	55
3.4. Procesos de Tenencia, tramitados en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba en el período Diciembre 2014.....	56
CUADRO Nº 3 .....	56
3.7.1 Procesamiento de resultados.....	57
3.8 Tabulación de resultados en base a las preguntas realizadas.....	58
3.8.1 Procesamiento de Datos.....	59
3.8.2 Discusión de los Resultados.....	64
3.9 Comprobación de Hipótesis.....	65
CAPÍTULO IV .....	68
4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	68
4.1 Conclusiones.....	68
4.2 Recomendaciones .....	70
CAPÍTULO V .....	71
5. PROPUESTA .....	71
5.1 EXPRESIÓN DE MOTIVOS:.....	72
5.2 OBJETIVOS .....	72
5.2.1 Objetivo General.....	72
5.2.2 Objetivos Específicos.....	72
5.3 DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA. ....	73
CAPÍTULO VI .....	78
6. MATERIALES DE REFERENCIA .....	78
6.1 BIBLIOGRAFÍA.....	78
ANEXO 1 .....	82
Convención Sobre los Derechos del Niño, ONU 1990.....	82

ANEXO 2 .....	107
JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	107
ANEXO 3 .....	116
Sentencia de la Corte Constitucional respecto al interés superior del niño.....	116

## ÍNDICE DE CUADROS

<b>Contenido</b>	<b>Páginas</b>
<b>CUADRO N° 1.....</b>	<b>52</b>
<b>CUADRO N° 2.....</b>	<b>53</b>
<b>CUADRO N° 3.....</b>	<b>56</b>
<b>CUADRO N° 4.....</b>	<b>58</b>
<b>CUADRO N° 5.....</b>	<b>59</b>
<b>CUADRO N° 6.....</b>	<b>60</b>
<b>CUADRO N° 7.....</b>	<b>61</b>
<b>CUADRO N° 8.....</b>	<b>62</b>
<b>CUADRO N° 9.....</b>	<b>63</b>
<b>CUADRO N° 10.....</b>	<b>65</b>
<b>CUADRO N° 11.....</b>	<b>65</b>
<b>CUADRO N° 12.....</b>	<b>65</b>

**ÍNDICE DE GRÁFICOS**

<b>Contenido</b>	<b>Páginas</b>
<b>GRÁFICO Nº 1 .....</b>	<b>57</b>
<b>GRÁFICO Nº 2 .....</b>	<b>59</b>
<b>GRÁFICO Nº 3 .....</b>	<b>60</b>
<b>GRÁFICO Nº 4 .....</b>	<b>61</b>
<b>GRÁFICO Nº 5 .....</b>	<b>62</b>
<b>GRÁFICO Nº 6 .....</b>	<b>65</b>
<b>GRÁFICO Nº 7 .....</b>	<b>66</b>

## RESUMEN

La presente investigación va dirigida a determinar las consecuencias que produce la opinión del niño en los juicios de fijación de Tenencia, para identificar el alcance de los efectos.

El primer capítulo denominado Marco Referencial, en el que se da a conocer cuáles fueron los antecedentes de la investigación, esto es el planteamiento del problema, también en este capítulo consta el problema formulado, especificándose el problema que se estudia, para lo cual se ha establecido un objetivo general y objetivos específicos, y finalmente se da a conocer la importancia de este trabajo investigativo.

En el segundo capítulo denominado Marco Teórico, consta la información que se ha podido obtener del ordenamiento jurídico, y en el presente caso, será necesario realizar un estudio de los tratados internacionales sobre los derechos de los niños, doctrina y jurisprudencia.

Este capítulo está conformado por cuatro unidades: La primera unidad trata sobre la opinión del menor, la misma que contiene la referencia histórica, el principio del interés superior del niño, nivel de responsabilidad en la realización del interés superior del niño, el derecho del menor, diferentes definiciones de opinión del menor, el objeto que persigue, el alcance, un estudio sobre el fallo de la Corte Constitucional respecto al interés superior del niño. La segunda unidad refiere a la Tenencia, en su contenido esta la reseña histórica, el concepto, diferencia terminológica y jurídica entre patria potestad y tenencia, objeto, características, Marco Constitucional, los sujetos que intervienen en el régimen de tenencia, la fijación y los procesos por los que se puede iniciar el régimen de tenencia, esto es el divorcio por mutuo consentimiento y contencioso general. La tercera unidad se refiere a los efectos que produce la opinión del niño en el trámite de tenencia, estableciendo las nociones generales sobre los efectos jurídicos.

En el tercer capítulo denominado Marco Metodológico se realiza la comprobación de las hipótesis en base al procesamiento e interpretación de los resultados obtenidos en el desarrollo de la investigación, para lo cual se han utilizado los

### XIII

métodos inductivo y descriptivo, mientras que la técnica que se utilizó fue la entrevista a través la guía de entrevista.

En el cuarto capítulo se establecen conclusiones y recomendaciones realizadas de conformidad a los resultados obtenidos de la investigación realizada.

En el quinto capítulo se pone a consideración una propuesta de reforma al inciso segundo del Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que contenga como requisito obligatorio escuchar al menor dentro de un juicio de tenencia, omitiendo para el efecto la edad que los niños o adolescentes.

A este trabajo investigativo se adjunta los materiales de referencia y anexos del mismo.



## SUMMARY

This research is aimed at determining the effects that the child's Opinion exerts in court, fixing tenure to identify the extent of the effects.

The first chapter called Reference Framework, which discloses what the backgrounds of the research were, this is the statement of the problem, the formulated problem is in this chapter, specifying the problem studied, for which it has set a general objective and specific objectives, and finally it discloses the importance of this research work.

In the second chapter called Theoretical Framework, appears the information that has been obtained from the legal system, and in this case a study of international treaties on the rights of children, doctrine and jurisprudence is necessary to conduct

This chapter is made of four units: The first unit deals with the opinions of the child, it contains the historical reference, the principle of the best interests of children, the level of responsibility in carrying out the interests of the child, the child's rights, different definitions of the child's opinion, the object pursued, the scope, a study on the ruling of the Constitutional Court regarding the interests of the child. The second refers to the holding unit and its content, it also comprises, the historical review, the concept, terminology and legal difference between custody and possession, object, features, Constitutional Framework, the persons involved in tenure, and the fixing processes that can start tenure, this is a divorce by mutual consent and contentious general. The third unit refers to the effects that the children's opinions exert in the tenure process, thus, establishing general notions about the legal effects.

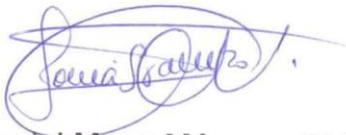
In the third chapter called methodological framework of the hypothesis, testing is performed based on the processing and interpretation of the results obtained in

the course of the investigation, for which the inductive and descriptive methods, are used, while the technique used was the one done through the interview guide.

Conclusions and recommendations made in accordance with the results of the investigation are set out in the fourth.

A proposed amendment to the second paragraph of Article 106 of the Code of Childhood and Adolescence is called to be considered in the fifth chapter, which contains a mandatory requirement to hear the child in possession of a trial, omitting for the effect, the age of children or teenagers

In this research, paper reference, materials and annexes are attached.

x 

Revisado por Dr. Daniel Mena Márquez PhD.

CENTRO DE IDIOMAS



## INTRODUCCIÓN

Dentro de la formación profesional que hemos recibido en la Universidad, en especial los conocimientos impartidos por los profesores durante los 5 años en lo que hemos cursado las aulas, cuya única finalidad fue y será siempre la de formar profesionales a fin de que en el libre ejercicio, nuestro desempeño sea de calidad.

Es así que como Abogados y profesionales del Derecho, para poder alcanzar la justicia en una causa o proceso, es menester que se cumplan ciertos requisitos y no se omitan pasos, ya que una causa equivale a un sistema y debe cumplir ciertos requisitos para que se lo maneje con transparencia y sin dilatar el mismo.

Es de entendimiento universal que en nuestro sistema jurídico, todos los ecuatorianos somos concedores de las leyes, teniendo en cuenta que la gran mayoría no ha tenido la oportunidad de prepararse, por lo que se ven obligados a recurrir a los abogados en casos de conflictos legales, con la finalidad de ser patrocinados por profesionales y que las causas sean llevadas con éxito.

Esto encierra el cumplimiento de los derechos que establece la Constitución, de manera prioritaria a los niños, niñas y adolescentes, quienes por su condición no son capaces jurídicamente de tomar ciertas decisiones, para ello el Estado obliga a los padres, funcionarios y demás organismos competentes velar por el cumplimiento total de la aplicación a favor de este grupo vulnerable.

Con la evolución de la sociedad, las leyes deben ir de acuerdo a sus necesidades, en la actualidad, el hombre y la mujer han logrado equiparar en su totalidad sus derechos y condiciones, de manera que no haya distinción al momento de obtener un trabajo, ostentar alguna dignidad y como es claro cumplir con los deberes para sus hijos. En el juicio de tenencia, se busca que uno de los progenitores que esté a cargo del menor, le de las condiciones adecuadas para que su desarrollo sea óptimo, de manera que su crecimiento y madurez vaya de la mano con su edad.

Conocemos muy bien que la cantidad de juicios existentes en los juzgados es increíble, sobre todo aún en las Unidad Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, las cuales en nuestra ciudad que a un inicio eran 3 juzgados de

niñez, se vio la necesidad de crear dos Juzgados Adjuntos al Primero y al Segundo para ayudar a descargar la cantidad de tramites rezagados. Hoy en día se ha transformado en una Unidad Judicial, encargada de todos los trámites concernientes al ámbito familiar, con el trabajo de diez jueces que conocen todo tipo de procesos, como divorcios, alimentos, posesión efectiva, tenencia, etc.

De esta manera se pretende brindar un mejor servicio a la sociedad, dando una justicia equitativa, en el caso de un juicio de tenencia, se busca una justicia para el menor, buscando a profundidad su bienestar, de manera que el juez, quien aplica al hecho el derecho, conozca la realidad de los hechos, sin omitir a un menor el derecho a ser consultado, por lo que por medio del presente trabajo pretendo analizar cada efecto que puede acarrear el escuchar al menor, ver las causas que los originan y las posibles soluciones.

## **CAPÍTULO I**

### **1. MARCO REFERENCIAL**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La tenencia se origina con la separación de los padres, sea esto por vínculo matrimonial o unión de hecho, esto ocasiona que los menores sean quienes sufran las consecuencias, presentando para ellos problemas no solo sociales sino jurídicos de los cuales son partícipes.

Para poder determinar claramente el efecto directo que tiene la valoración de la opinión del niño, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia; el mismo que faculta al administrador de justicia confiar el cuidado del menor a uno de sus progenitores, cuando lo considere conveniente.

Bajo este aspecto, se debe tomar en consideración que el Juez es garantista de derechos, y más aún si se habla de grupos vulnerables que en este caso constituyen los niños.

El objetivo principal de éste trabajo constituye el identificar la razón por la cual los juzgadores omiten la aplicación de esta norma, dejando a un lado el interés superior que le asiste a los niños, niñas y adolescentes y únicamente empleando para el efecto el trámite monótono que se realiza, sin solicitar, ni evaluar la opinión de un niño.

En el Art. 118 *ibídem*, se determina claramente la potestad que tiene un juzgador para poder decidir la tenencia a uno de los progenitores, creando la oportunidad de otorgarla a cualquiera de ellos, estableciendo la posibilidad tanto al padre como a la madre.

En un juicio de tenencia, en la actualidad el menor está sujeto a valoraciones tanto psicológicas como médicas, y en base a ello será la decisión que tome un juez.

Pero de la misma manera, la ley señala que se podrá escuchar al menor, actuación que se lo hace en la práctica bajo petición de la parte interesada, pero que no sirve de fuente necesaria para la resolución de un juez de la niñez, en otras palabras esta actuación se lo realiza con la única finalidad de cumplir con una mera formalidad por parte de la justicia.

Con esta investigación se determinará si en efecto la valoración de la opinión del niño incide en las resoluciones emitidas por los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, aplicando para ello el principio interés del menor y que otros efectos puede desencadenar sus fallos.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cómo incide la valoración de la opinión del niño bajo el principio del interés superior frente a la fijación del régimen de tenencia en los juicios ordenada por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba, en el periodo diciembre 2014?

## **1.3. OBJETIVOS**

### **1.3. 1 OBJETIVO GENERAL**

- Determinar cómo incide la valoración de la opinión del niño bajo el principio del interés superior frente a la fijación del régimen de tenencia ordenada por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba, en el periodo diciembre 2014, a fin de demostrar sus ventajas y desventajas en el presente análisis.

### 1.3. 2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un análisis crítico y jurídico de la valoración de la opinión del niño en los juicios de tenencia.
- Conocer y estudiar las disposiciones que facultan al juzgador valorar la opinión del niño, antes de emitir su resolución.
- Determinar si el juzgador valora la opinión del niño, o lo realiza como una simple formalidad.
- Conocer el porcentaje de juicios tramitados en este período, que la resolución de tenencia del niño haya sido favorable para el otro progenitor.

### 1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia, amparado esto en el Art. 66 numeral 4 mismo que establece el derecho de igualdad formal, igualdad material y no discriminación del que están asistidos los ecuatorianos, así como el Art. 44 inciso segundo ibídem, que textualmente señala:

“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.” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008) <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Constitución de la República del Ecuador, Publicación oficial de la Asamblea Nacional. Quito. 20 de Octubre de 2008.

Se origina la necesidad de hacer un análisis sobre el régimen de tenencia, partiendo del hecho Constitucional que favorece a los menores a ser consultados en los asuntos que ellos sean partícipes.

El Código de la Niñez y Adolescencia, da en orden de preferencia a la madre la tenencia de sus hijos, quedando a facultad del otro progenitor solicitar la tenencia del menor, bajo las reglas que dicta el Art. 106 ibídem; para ello es necesario que el Juez escuche al menor, apreciando su criterio y no dejando a un lado el principio del interés superior.

Con ello se efectiviza el derecho del menor a ser escuchado en todas las etapas del proceso, en el cual se encuentra inmerso, tal como lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia , así como la Convención de derechos del niño.

Es por ello, que se ha visto la necesidad e importancia de realizar un trabajo investigativo, en el cual se determine las causales por las que el operador de justicia, no valora a profundidad el criterio de un niño, a pesar de estar dispuesto en ley, sea esto tomando a consideración su opinión de acuerdo a su madurez, y por el contrario se limite única y exclusivamente a ser un mero aplicador de normas escritas y no garantista de derechos.

Consecuentemente, también se realizara un análisis en los escasos procesos, de los cuales los menores han intervenido con su opinión, y el alcance que ésta ha alcanzado al momento de que el Juez competente haya emitido su resolución.

## **CAPÍTULO II**

### **2. MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Después de realizar una investigación documental y bibliográfica en las principales bibliotecas de la ciudad de Riobamba; y, en especial en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo, se determina que no existen trabajos relacionados con la presente investigación se establece que aún no se ha realizado una investigación sobre la valoración de la opinión del niño bajo el principio del interés superior y su incidencia frente a la fijación del régimen de tenencia ordenada por la unidad judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Riobamba en el período diciembre 2014, por lo mismo será un aporte de enorme consideración para los profesionales del derecho y los usuarios de la Función Judicial del cantón Riobamba así como también para la sociedad universitaria.

#### **2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

La presente investigación se fundamenta en la teoría del conocimiento científico, crítico, teórico, por cuanto, toda la información recopilada será analizada, razonada y criticada jurídicamente, con el propósito de poder llegar a tener un nuevo conocimiento sobre la problemática.

La fundamentación teórica del presente trabajo se encuentra en el Código de la Niñez y Adolescencia, que abarcan un conjunto de temas, subtemas, que tienen estrecha relación con el problema a investigarse.

## UNIDAD I

### 2.2.1. OPINIÓN DEL MENOR

#### 2.2.1.1. Reseña Histórica.

La Convención de los Derechos del Niño, es aprobada con fecha 20 de noviembre de 1989, como resultado de lucha y evolución de la sociedad. Como historia se conoce que en la antigüedad los niños eran considerados como un objeto, nadie estaba dispuesto a ofrecer un cuidado especial a los niños. En la edad media, esta perspectiva cambia, considerándolos como adultos pequeños. En Francia a mediados del siglo XIX, nace la idea de dar protección de manera especial a los niños, dando como resultado un desarrollo para configurar derechos a los menores. Desde el año de 1941, las leyes vigentes empiezan a proteger a los niños en lugares de trabajo, y es hasta 1881 en las que las leyes francesas comenzaron a garantizar el derecho a menores a la educación. En el siglo XX, la protección de los menores, abarca un número mayor de áreas como la social, sanitaria e incluso la jurídica, originándose desde Francia y extendiéndose a toda Europa.

En el año de 1919, se crea la Liga de las Naciones, hoy conocida como la ONU, quien da más importancia al tema, creando un Comité para la Protección de los Niños; posteriormente aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, en la que se otorga varios derechos a los niños y da responsabilidades a los adultos. En la segunda guerra mundial deja miles de víctimas en gran número a niños, como consecuencia se crea el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, quién tiene una organización internacional permanente.

A inicios este organismo, centra sus funciones en brindar ayuda a jóvenes víctimas de la guerra mundial. En el año de 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó a Declaración de los Derechos del Niño, describiéndolos éstos derechos en diez principios. Posteriormente se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que cuenta con 54 artículos, reconociendo

expresamente como función principal el bienestar, crianza y cuidado de los niños sobre sus progenitores y la sociedad en general.

De éstos instrumentos, y de otros como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y las diferentes leyes vigentes, han dado origen a la solución de conflictos en los cuales los niños se vean involucrados.

### **2.2.1.2. Interés Superior del Niño.**

El término Interés, según Guillermo Cabanellas, manifiesta “Provecho, beneficio, utilidad, ganancia. Relación más o menos directa con una cosa o persona que, aún sin estricto derecho, permite ejercer una acción procesal”. (GUILLERMO CABANELLAS, 2007)<sup>2</sup>.

Superior, basándonos en el mismo texto, nos define como “Jerarquía más elevada” (GUILLERMO CABANELLAS, 2007)<sup>3</sup>.

Niño, según Juan Pablo Cabrera: “Palabra con la que se limita al ser humano, que se halla en un período comprendido entre la natalidad y la adolescencia; entendiéndose universalmente que la edad para ser considerado adulto es la de 18 años”. (CABRERA, 2008)<sup>4</sup>.

El interés superior del niño, no se debe considerar como nuevo, claramente aparece en el derecho internacional, y su uso se ha tenido en sistemas jurídicos nacionales, como los de anglosajón y el derecho codificado. La similitud que existe en un análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en los diferentes sistemas jurídicos, refleja una característica similar, esto es, los derechos de los niños y niñas han seguido un proceso gradual; en un primer nivel en las que son personas ignoradas de derecho, y únicamente se protegían

---

<sup>2</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Edición actualizada 2007. Pp. 209.

<sup>3</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Edición actualizada 2007. Pp. 375.

<sup>4</sup> CABRERA, Juan. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. 2010. Pp. 21

jurídicamente las facultades discrecionales, esto tiene que ver únicamente con sus progenitores. Los niños y sus intereses eran asunto privado. Consecutivamente, se puede observar un incremento en la preocupación de sus derechos, y se los reconoce como actos jurídicos diversos al de sus padres.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos utilizado para el avance del proceso de considerar al niño como un interés que debe ampararse públicamente, y por consecuencia jurídicamente protegido por el Estado. Se puede conocer como un éxito, que en su momento, sirvió para resolver conflictos de familia, como es el caso de Asia, Oceanía y África y aún mayor en el imperio Británico. (Cirello)<sup>5</sup>

Estos mecanismos, rompieron con el paradigma de considerar al menor como objeto de compasión, y otorgando el reconocimiento a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Sus directrices constituyen un marco renovado, obligando de esta manera a repensar y modificar los derechos de los menores hacia fuentes nuevas normativas

Constituye un eje transversal del Corpus Juris Internacional de los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes, formando parte como ya se lo ha visto de la Convención sobre los derechos del Niño de 1989, es destacada por ser el tratado internacional más ratificado en el mundo, esto es que en sus leyes y normas contemplan y respetan los derechos y deberes que el Estado debe dar a los menores, aceptando la fuerza vinculante que se origina.

A lo largo de los años, su concepto ha ido variando, y adecuándose a las necesidades y evoluciones de las sociedades. Diversas son las opiniones acerca de cómo se entiende, o qué es el interés del menor, así han sido las perspectivas tanto psicosociales como jurídicas. Para ello se dará a conocer los más adecuados para un correcto entendimiento.

Se debe iniciar con términos bastante preciso en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,

---

<sup>5</sup> CIRELLO BRUÑOL, Miguel. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Pp. 7.

las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”. (ONU, 1989)<sup>6</sup>.

Isaac Revetllat Ballesté señala: “El principio del interés superior el niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad” (Ballesté)<sup>7</sup>.

Miguel Cillero, el término del interés superior es una garantía de que las niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos.

Gatica y Chaimovic, conceptualizan al principio del modo siguiente:

“El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño /niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estad pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos niño/niña” (Gática & Chaimovic, 2002)<sup>8</sup>.

De lo anterior, se debe considerar que éste, debe ser calificado como el rector de la doctrina de la protección integral recogida y desarrollada por el Código de la Niñez y Adolescencia. Al ser reconocidos los niños, niñas y adolescentes como un grupo vulnerable, es lógico que tanto la sociedad como el Estado, asocien esta vulnerabilidad con un hecho de supra importancia dentro del ámbito jurídico. Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico y psicosocial, que constituiría una excusa en la toma de decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón del interés superior de un tipo extrajurídico.

Pero esta idea resulta adversa a la idea original o de la cual parte este principio,

---

<sup>6</sup> CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Pp. 2

<sup>7</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Issac. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Pp. 91

<sup>8</sup> GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia. LA JUSTICIA NO ENTRA A LA ESCUELA. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Mayo 2002.

pues si bien es cierto, su conceptualización es amplia, corresponde a la sociedad, y a los jueces equilibrar el interés superior del niño, orientándolo a la materia o normativa legal aplicable al caso concreto, pero en definitiva debe ser de aplicación imperativa e inmediata, custodiando la protección de los menores.

Es necesario considerar que los Estados partes, en nuestro caso, la noción que se presenta, conlleva una compleja discusión, empezando por el hecho de que el interés superior del niño, implica que todas las medidas concernientes a los niños, que vayan a ser tomadas por las instituciones públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos de cada país, consideren que sus actos deben ser realizados bajo una perspectiva primordial.

En opinión con lo afirmado por Miguel Cirello, nos resulta indicado afirmar que en términos globales el interés superior del niño funge la satisfacción integral de los derechos fundamentales, tendiendo como características:

- Garantía, debe ser considerada como tal, porque toda decisión que concierna a un niño o niña debe razonar primordialmente sus derechos.
- Amplitud, ya que no solo obliga al legislador, sino en general a todas las instituciones públicas y privadas, autoridades y en especial a los padres e cumplimiento estricto.
- Norma de interpretación, con su aplicación puede resolver conflictos jurídicos.
- Orientación política, ayuda al Estado a formular nuevas políticas públicas para la infancia.

De las características anotadas, sugiero que debe añadirse como característica fundamental la exigibilidad, su cumplimiento debe ser correcto e inmediato. Todo interés superior, debe estar mediado por referirse de manera estricta a lo declarado derecho; de esta manera es necesario citar a Delpiano Lira, quien señala que debe estudiarse en tres niveles debidamente diferenciados:

- 1) Como un principio regulador de la normativa de los derechos del niño.
- 2) Como una norma de interpretación de las disposiciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su aplicación a la niñez.

- 3) Como un límite a la discrecionalidad del Estado y de los particulares en la elaboración de políticas públicas y decisiones que involucren a los niños, niñas y adolescentes.

La formulación adoptada se traduce discursivamente en la voluntad de dejar cierto margen en la interpretación de la noción, dado que su significado e implicancias podrían variar según el contexto (Cantwell, 2010). Ante la crítica al carácter difuso y difícilmente aplicable del concepto se argumenta que, precisamente por su imprecisión y su amplitud, el interés superior del niño puede ser aplicable en diferentes contextos culturales, sociales o económicos. (ALEGRE)<sup>9</sup>

El empleo de conceptos jurídicos indeterminados es frecuente en todos los ámbitos judiciales, la aplicación de éste principio exige una doble labor, considerando en un primer punto, como el de precisar el significado y contenido del concepto, esto es en qué consiste el interés superior, y posterior, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se les da el valor que ha pretendido orientar una norma. Esta técnica engloba ventajas e inconvenientes, una ventaja principal radica en la generalidad de su enunciado, a modo de principio multicomprendivo, permitiendo el entendimiento de una norma ante su dificultad, indicar al momento y persona que debe aplicar la norma y el concepto, con la correspondiente adecuación a cada supuesto concreto.

Sin embargo, los inconvenientes que se presentan son mayores, empezando por la indeterminación del concepto y del efecto jurídico acotado que acompaña a que la generalidad, la remisión para su precisión efectiva a los criterios de quien haya de aplicar el concepto indeterminado a sus consideraciones valorativas y opinión personal. Ello supone el desplazar la dificultad y la solución, así como la necesidad de una valoración puntual, con dosis de subjetivismo, mismo que debe incorporar las convicciones y experiencias personales de quien hace esa valoración.

Es por ello, que viene a ser labor de gran responsabilidad emitida por el Estado, principalmente al poder judicial, y a su vez a los jueces de las diferentes

---

<sup>9</sup> ALEGRE, Silvina y, HERNANDEZ Camille. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. INTERPRETACIONES Y EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS. Pp. 6

instancias. Delimitando su actuar bajo los intereses y derechos de los menores, como nos reza el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia en concordancia con el inciso primero del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, que en forma detallada señalan:

- Art. 11.-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. (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>10</sup>
- Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia, promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>11</sup>

De igual manera, nuestro país garantiza el interés de los menores, ratificando entre sus tratados la Convención de los Derechos del Niño, y su obligatoria ejecución y aplicación según lo dispuesto en el Art. 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador.

---

<sup>10</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003.

<sup>11</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 20 octubre 2008.

### **2.2.1.2.1. El principio del Interés Superior del Niño como garantista.**

Partamos de lo que nos indica el Código de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 1, en el cual dice “este Código dispone 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.” (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>12</sup>.

Al hablar de una protección integral que otorga el Estado, a favor de este grupo vulnerable se puede señalar este principio obliga a una sociedad en general a estimar el interés superior del niño, como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque dicho interés sea considerado socialmente como algo valioso, sino que en la medida en la que los derechos de los niños deben ser respetados, asegurando por parte de las autoridades administrativas o los órganos legislativos un estudio necesario previo a tomar una medida respecto de ellos y se adopten aquellas que promuevan y protejan los derechos.

Dworkin, considera que “los principios deben ser conocidos como proposiciones que describen derechos, y su cumplimiento entra en el plano de una exigencia de la justicia. Los principios en el marco de un sistema jurídico basado el mismo en un reconocimiento de los derechos, se puede decir que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos reconocidos de igual manera” (DWORKIN, 1989)<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, Segunda Edición, 1989.

Como es conocida la convención sobre los Derechos del Niño, en su Art. 3 promueve la teoría en la que un principio debe imponerse a una autoridad, dicho de otra manera, los actos que realicen una institución pública son obligatorios.

Como consecuencia, debe entenderse que, la idea que se mantiene es equivocada, al creer que el interés superior del niño (principio) debe meramente inspirar a una decisión judicial. Sino al contrario este principio lo que dispone es una limitación a la administración de justicia; una obligación de carácter imperativo a un juez.

#### **2.2.1.2.1. Nivel de Responsabilidad en la realización del Interés Superior del Niño.**

Es necesario diferenciar el principio materia de estudio en los niveles de responsabilidad que para el efecto se presenta:

- **PRIVADO:** Se remite a las decisiones que toman los adultos, como son los tutores, profesores, padres, y en general toda persona que sea responsable de un menor, teniendo como objeto primordial el cuidado, protección y bienestar posible, bajo este aspecto el Estado se ubica como garante, y es encargo de otras personas aplicar el interés superior del niño.
- **PÚBLICO:** Este nivel engloba una dimensión extensa, en la que toda decisión administrativa y más aún judicial toda actuación de servicios que afecte a los niños, debe necesariamente atender a su interés superior. Esto incluye dos aspectos, la legislación y políticas públicas, que deben referirse a su salud y educación; y, la que tiene impacto en su condición de vida, como vivienda.

#### **2.2.1.2.2. Definición de Niño, Niña y Adolescente.**

Manuel Ossorio se limita a señalar que niño o niña es el ser humano durante la niñez; adolescente, y clarificando este conocimiento de manera general como niñez, periodo de la vida humana desde el nacimiento hasta los siete años cumplidos, en que se sitúa genéricamente el comienzo del raciocinio. En lo civil implica plena incapacidad de obrar, y en lo penal, total inimputabilidad. Y

adolescencia como edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta edad adulta. El concepto ofrece importancia jurídica, porque, por regla general, las legislaciones hacen coincidir la entrada en la adolescencia con la capacidad para contraer matrimonio, aun cuando no es ésta una regla absoluta. El período de adolescencia influye también en la responsabilidad penal que dentro de ciertos límites, puede estar disminuida y afectar el modo de cumplimiento de la condena. (OSSORIO)<sup>14</sup>

El Código de la Niñez y Adolescencia, conceptualiza y diferencia como niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.<sup>15</sup>

En tal virtud conocemos que materia del presente estudio se centra en la opinión o criterio específicamente del niño o niña. De tal modo diremos que niño, abarcando su género comprende un individuo con pocos años de vida, cursado el período de la niñez, considerado como una persona incapaz por no ser consiente para afrontar sus actos. El término niño es de origen latín “infans” que significado “el que no habla”.

### **2.2.1.2.3. Derecho del Menor**

El derecho de un niño a opinar y ser escuchado se introduce en la Convención sobre los derechos del niño, con fecha 20 de noviembre de 1989, que es un tratado internacional sobre los derechos humanos, de manera específica de la infancia; apareciendo como un principio que atrae como límites la edad y la madurez que hayan alcanzado para definir un juicio o un criterio propio. Se orienta a la democratización de un niño o niña frente a las relaciones con adultos, que no pueden ser vistas como relaciones de acatamiento sino más bien de equilibrio. Este derecho se puede definir como la vía que permite a un niño dar a conocer a los adultos sus diferentes formas de pensar y a su vez demostrar que su capacidad de pensar y de actuar está acorde a los cambios favorables de acuerdo al entorno del que se rodea. Este derecho de acuerdo a nuestra legislación está expresado en la Constitución como norma suprema en su artículo 45 inciso segundo, “Las

---

<sup>14</sup> OSSORIO, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES. Edición Electrónica.

<sup>15</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003.

niñas, niños y adolescentes gozaran 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; a respeto de la libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”.<sup>16</sup>.

De la misma manera se contempla en su propia norma como es el Código de la Niñez y Adolescencia artículo 60 “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”.<sup>17</sup>

Este derecho debe estar activo de manera especial en los procedimientos administrativos y judiciales, en el que las decisiones que se tomen puedan afectar de alguna manera sus derechos, intereses o algún tipo de garantía.

En relación a la facultad de opinar de los niños, niñas y adolescentes es necesario hacer precisiones entendiendo su contenido y alcance:

- Los niños, tienen derecho a expresarse, entendiéndose como sus criterios personales, juicios de valor, ideas, visiones, sentimientos, sobre un determinado hecho que los afecte.
- La opinión de los niños, niñas y adolescentes debe necesariamente ser expresada de manera libre y sin presiones o algún tipo de injerencia, de manera especial luego de haber sido informado sobre el tema o situación y

---

<sup>16</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 20 octubre 2008.

<sup>17</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003.

las consecuencias o efectos que estos pueden acarrear con su opinión.

- De igual manera, las opiniones vertidas de los menores deben ser personales, tomando como manera excepcional en procedimientos judiciales o administrativos en los cuales la ley es permisible, y otorga a un tercero la facultad de intervenir en un caso, verificando la legalidad del procedimiento a favor de un menor.
- El derecho a opinar, se puede tornar como una facultad que los niños tienen de emitir sus opiniones, en todos los asuntos que afecten; como lo manda norma expresa, no solo nacional sino convenios internacionales ratificados por el País, puesto que la norma no hace ningún tipo de distinción para el caso.
- Se puede hacer una estrecha relación entre el ejercicio de este derecho con relación al desarrollo evolutivo de los menores, ya que se ejerce en que “esté en condiciones de formarse un juicio propio”, como necesariamente alude el reconocimiento de su capacidad de ejercicio especial.

Pero se debe señalar, que este derecho también incluye a las personas adultas, o mayores a oír la opinión de un niño, considerando que las personas que se relacionan con los niños, niñas y adolescentes tienen el deber de solicitar, en nuestro caso a autoridad competente la opinión previo a emitir cualquier decisión que les afecte. Las opiniones que de ellos vierta deben ser valoradas, ponderadas o tomadas en cuenta por las personas llamadas a escucharlas, eso genera que dichas expresiones sean incorporadas dentro del proceso de construcción o elaboración de una idea que el Juzgador debe realizarse tomando en cuenta sus derechos y madurez.

Las opiniones de los niños, niñas y adolescentes en función no solo de su razonamiento sino en su edad, nos remite nuevamente a relacionar esta acción con su capacidad de ejercicio progresiva, que se ostenta de acuerdo a lo previsto en el Art. 5 de la Convención sobre los derechos del Niño: 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, consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.<sup>18</sup>

### **2.2.1.3. Definición de la Opinión del Niño**

No existe una definición específica de lo que es la opinión de un niño o menor, pero es necesario realizar una conceptualización, frente a expresar la opinión sobre sus asuntos, para ello analizaremos las definiciones de sus componentes que nos da tanto Manuel Ossorio, como Guillermo Cabanellas.

MANUEL OSSORIO, define a Opinión como: “Parecer de una persona o grupo social, acerca de una cuestión o un conjunto de ellas”.<sup>19</sup>.

De la misma manera da el significado de Niño: “El ser humano durante la niñez”.<sup>20</sup>

Por su parte Guillermo Cabanellas precisa Opinión: “Parecer, concepto, juicio, dictamen acerca de alguna cosa o asunto. Fama, idea que se merece algo o alguien”.<sup>21</sup> Sin dar una conceptualización de niño, y limitarse a hacerlo de niñez, expresado: “Edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento, hasta los siete años, época en la que comienza el uso de la razón”<sup>22</sup>

De lo anotado, y a manera de juicio propio, se puede explicar que la opinión del niño, constituye el derecho del cual goza un menor a emitir su criterio, o forma de pensar sobre un tema en específico, de manera especial sobre asuntos de los cuales se sientan parte. Este derecho no puede ni debe ser inculcado por persona alguna, para lo cual el Estado garantiza las medidas necesarias para su correcta aplicación.

### **2.2.1.4. Objeto.**

Como se ha mencionado anteriormente el derecho del menor a opinar sobre asuntos que se crean inmersos, este derecho nace con la finalidad, por un lado el

---

<sup>18</sup> CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Pp. 3

<sup>19</sup> OSSORIO, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES. Edición Electrónica

<sup>20</sup> OSSORIO, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES. Edición Electrónica

<sup>21</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Edición actualizada 2007. Pp. 281

<sup>22</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Edición actualizada 2007. Pp. 268

derecho del niño a expresar libremente en toda cuestión que le concierne y por otro lado cumplir con la aplicación de regla expresa, organizando de qué forma debe ser puesto en práctica el derecho del niño, niña o adolescente.

Al respecto el Comité de los Derechos del Niño, explica del siguiente modo:

“El párrafo 2 del Artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño. El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían por ejemplo, decisiones sobre educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje. El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño”. (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2009)<sup>23</sup>

Razonando, se puede apreciar que el objetivo primordial que persigue este derecho, resalta en obtener el cuidado integral de un niño, cuidando su apreciación frente a sus deseos y su bienestar emocional y físico, mismo que tiene que ser interpretado en el ámbito administrativo, social y judicial.

#### **2.2.1.5. Alcance.**

En términos generales, se puede afirmar que se ha producido un cambio dentro de la perspectiva hacia el tema de la infancia. En la actualidad el niño, ya no se le considera como un sujeto pasivo, sino más bien un sujeto en igualdad de condiciones frente a la igualdad jurídica y derechos de resto de personas, sin

---

<sup>23</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009.

distinción alguna, sino al contrario buscando mediante la creación y aplicación de normas, la aplicación de los derechos que les asisten. Los niños y niñas, son considerados ahora como personas en proceso de un crecimiento, desarrollo y maduración.

De esta manera la sociedad ha logrado evolucionar en el tema de los Derechos, brindando a éstos sujetos la importancia dentro de la población. Para ello, los diferentes administradores de justicia, tienen el deber de brindar la protección necesaria al momento de emitir un fallo, lo que ha generado que la Administración de Justicia, cumpla con los estándares necesarios que aconsejan los Tratados Internacionales, para lo cual la capacitación continua tanto de los Jueces de diferentes niveles, como funcionarios judiciales sea necesaria, buscando como fin el perfeccionamiento de los derechos de los niños.

Dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 8, conceptualiza la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, de siguiente modo:

“Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna”. (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>24</sup>

El Art. 14 *ibídem*, refleja la obligatoriedad de una capacitación continua por parte de la función judicial, frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de ésta manera:

“Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y

---

<sup>24</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003

contratos en que intervengan niños, niñas y adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al interés superior del niño”. (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>25</sup>

Resumiendo, su alcance se centra en atender las necesidades del menor, respetando los derechos que le acuden, otorgando a autoridad competente la obligación de velar por el cumplimiento de la ley, que para el efecto se ha creado.

### **2.2.1.6. Sentencia de la Corte Constitucional respecto al Interés Superior del Niño.**

DATOS GENERALES:

- ✚ FECHA: Quito 01 Septiembre 2011.
- ✚ SENTENCIA N° 021-11-SEP-CC
- ✚ CASO N° 0317-09-EP
- ✚ JUEZ CONSTITUCIONAL SUSTANCIADOR: Dr. Edgar Zárate Zárate.

#### **Análisis:**

Es importante tomar en consideración todos los puntos que engloba la sentencia, uno de ellos es la competencia de la Corte Constitucional para conocer la sentencia objeto de análisis, conociendo que dicho órgano judicial tiene la potestad de dar su fallo respecto a las acciones de protección propuestas sobre sentencias, autos definitivos y resoluciones que posean carácter de sentencia, como lo manda el Art. 94 y 437 de la Constitución de la República, mismos que en su parte pertinente exponen:

“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del

---

<sup>25</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003

derecho constitucional vulnerado“. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).<sup>26</sup>

“Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008)<sup>27</sup>

Atendiendo lo mencionado, la Corte Constitucional, tiene total competencia, entendiéndose que para el efecto se analiza, el auto de fecha 23 de enero del 2008, a las 09h13, expedido por la Jueza Primera de la Niñez y Adolescencia del Guayas, la resolución emitida el 18 de julio del 2008 a las 11h35, dictada por la Juez Suplente del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas, y por último el auto interlocutorio de fecha 23 de marzo del 2009, a las 16h15, expedido por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; habiéndose de esta manera cumplido con lo ordenado en norma expresa antes descrita y agotando los medios legales, que para el efecto se dispone.

Es admitida la acción extraordinaria de protección, por cumplir con los requisitos de procedibilidad que establece la Constitución de la República del Ecuador y en las reglas de procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, y por tanto es admitida para el trámite correspondiente. Se toma en consideración las diferentes leyes, que guardan estrecha relación frente al problema objeto del presente fallo, tales como los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador, así como artículos 15 y 26 del Código de la Niñez y Adolescencia. Concluyendo que los niños, niñas y adolescentes,

---

<sup>26</sup> Constitución de la República del Ecuador, Publicación oficial de la Asamblea Nacional. Quito. 20 de Octubre de 2008.

<sup>27</sup> Constitución de la República del Ecuador, Publicación oficial de la Asamblea Nacional. Quito. 20 de Octubre de 2008.

gozan de los mismos derechos que un adulto, derechos fundamentales que el Estado debe asegurar su cumplimiento, para un correcto desarrollo integral, con prevalencia frente a los derechos de otras personas, atendiendo de forma indiscutible el principio del interés superior reconocido en la Constitución de la República, Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador, y el Código de la Niñez y Adolescencia.

Al efecto, la Corte considera que tanto la convención sobre los derechos del niño, así como las demás normas inherentes al caso, no brindan una definición clara al principio, la doctrina cree que el mismo, tiene una inclusión respecto al desarrollo del menor en el aspecto físico, mental, espiritual, social y moral. Por lo tanto considerando la protección del niño o niña, la Corte ha considerado que el reconocimiento de los derechos de los niños, implica que el mismo va a tener el primer lugar, con relación a las demás personas, estos derechos le protegen de las actuaciones de los poderes e instituciones públicas, de igual manera en otro plano, proteger de las actuaciones de las entidades y miembros de la sociedad en la que vive y en tercer lugar proteger sus derechos en las actuaciones de sus padres y tutores.

En el presente caso, la Corte Constitucional, analiza de una manera estricta la ley, es decir se sujeta solo a lo que dicta la norma, dejando a un lado para mi criterio el cumplimiento del interés superior del niño, y a su vez la potestad que les enviste de ser creadores de derechos, de acuerdo a las necesidades de los menores. La motivación que hacen con respecto no solo de la tenencia de la menor, sino en su profundidad los intereses y estilo de vida en la que se desenvuelve, genera contradicción con respecto de que si se está tomando en consideración los beneficios y la esencia del principio del interés superior de niño, o solo se aplica el texto íntegro de la norma.

Debe tomarse en cuenta que el interés superior del niño, la doctrina lo ha definido a lo largo de los años como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los niños debe obligatoriamente ser prioritaria, aunque esto quiera decir omitir la aplicación de una ley.

## UNIDAD II

### 2.2.2. TENENCIA

#### 2.2.2.1. Reseña Histórica.

No existe una historia definida sobre el origen de la tenencia, únicamente en nuestro país ha ido evolucionando de acuerdo a los cambios de la sociedad, incluyéndose en las normas, respecto al hecho de la separación de los cónyuges y de las diferentes tipos de familia que existen en el país. Según la doctrina, existe una relación frente a la patria potestad, en términos generales podemos afirmar que la tenencia nace desde la figura de la patria potestad, sin dejar a un lado que en la actualidad son dos temas diferentes.

Tratadistas como Rubén Aguirre, sostienen que la evolución de la patria potestad procede de una manera considerable desde el Derecho Romano, viéndosela condición del padre de familia, que implicaba una autoridad o mando entre los derechos y obligaciones de los hijos, estimándose como una propiedad absoluta que le pertenecía al padre.

La Patria Potestad incluso se extendía hacia los descendientes en línea recta, si los hijos aun ganado por sí mismos, no eran dueños de algún tipo de bien, no podían otorgar un testamento mientras su padre viva. Hoy en día, la doctrina ha realizado énfasis en la investigación traduciendo teorías de modo en que las legislaciones actuales, han creado un nuevo concepto sobre los derechos y las facultades al padre y madre, sobre los menores

#### 2.2.2.1. Antecedentes históricos, la familia en las diferentes sociedades.

En un principio, todos los pueblos de la antigüedad, se confundía las situaciones administrativas, políticas y sociales con las situaciones religiosas, sagradas y divinas.

Por ello citaremos algunas de éstas culturas:

**Derecho Babilónico.** El principal monarca fue Hammurabi, el cual formó el Código de Hammurabi aproximadamente hace 2000 A.C.

Eran numerosas y detalladas las disposiciones concernientes a las relaciones familiares. Los derechos supremos dentro de la familia eran del padre. La patria potestad otorgaba derechos absolutos, hasta el extremo de que el padre podía vender o arrojar del hogar a su mujer y sus hijos.

Los matrimonios se arreglaban mediante una forma contractual. Los padres entregaban un dote a su hija y el pretendiente correspondía haciendo regalos a sus futuros suegros. En ambos casos, el marido debía restituir a su mujer la totalidad de su dote y en algunos casos se le acordaba a ella la tenencia de sus hijos. Si la mujer no tenía hijos, el marido podía divorciarse de ella dándole bienes. El marido podía dar a su mujer e hijos como prenda del pago de una deuda pero solo durante tres años. El adulterio se castigaba con la muerte.

Por lo que podemos concluir que en Babilonia no existía la importancia de otorgar la prestación alimenticia a los hijos, ya que eran considerados como una propiedad y el totalitarismo del padre hacia toda la familia ya que podía disponer de ellos como objeto incluso de negocio.

**Derecho Egipcio.** En ésta época se basaba en la autoridad paterna, mientras que en las dinastías III y IV, a medida que se fortalecía la autoridad real, se rompen los lazos familiares y señoriales. El primer documento jurídico que se conoce sobre el derecho de familia en la biografía de Metén, de época de la III Dinastía y la sucesión de hijos e hijas en el testamento. Este derecho de la familia se revela esencialmente individual está bajo las dinastías III y IV, estando la familia reducida a su forma más estricta: padre, madre e hijos. La mujer figuraba, generalmente, al lado del marido y el orden de los herederos estaba regulado por la ley.

Aquí podemos apreciar que en una forma similar existían transacciones legales tales como los contratos de venta, arreglos nupciales, divorcios, transferencia de la propiedad a la esposa y a sus hijos y el usufructo de estos, pero en ninguna

parte encontramos prestaciones alimenticias de padre a hijos.

**Derecho Hindú.** Se caracteriza por las diversas clases de matrimonios que existían según las castas, se admitía la poligamia, la ley considera la procreación como parte esencial del matrimonio pero no hacía referencia con respecto a los alimentos en caso de separación.

**Derecho Hebreo.** Varios Tratadistas coinciden que, el Derecho Hebreo en sus inicios la poligamia era aceptada, pero con el transcurso del tiempo ésta fue prohibida. La familia era lo más importante de la cultura hebrea, el matrimonio tenía la condición inherente de entregar una dote por parte del futuro marido.

El derecho Hebreo se distingue de los imperios antiguos debido a que las hijas eran mantenidas con la herencia del padre hasta el matrimonio, aquí ya nace la importancia que tenían los hijos en el núcleo familiar pero en ninguno de los casos referencia sobre el derecho de alimentos.

**Derecho Musulmán.** Los diversos eruditos del Derecho Musulmán aseguran que el padre ejercía todo el poder hacia la familia, éste podía tener hasta cuatro mujeres pero el matrimonio no produce ningún género de comunidad de bienes y cada cónyuge administra individualmente sus bienes, no existe la importancia hacia las prestaciones alimenticias de padres a hijos. Existen pilares históricos sobre el derecho de alimentos que fueron la base de la actualidad normativa.

**Derecho Helénico.** El tratadista Vodanovic manifiesta sobre el derecho de alimentos en la Antigua Grecia que en Atenas el padre tenía la obligación de mantener y educar a la prole. Tal deber, según recuerda Platón, estaba sancionado por las leyes. Los descendientes, a su vez, en prueba de reconocimiento, tenían la obligación de alimentar a sus ascendientes.

Sin embargo, esta obligación desaparecía cuando el padre no había dado al hijo una educación favorable o promovía su prostitución. En el derecho de los papiros aparecen también en los contratos matrimoniales frecuentes alusiones a la obligación alimenticia del marido con la mujer, el derecho de la viuda o divorciada de recibir alimentos hasta que fuera restituida la dote.

**Derecho Romano.** El mismo tratadista nos manifiesta que la mayor aportación de roma al mundo es su inmenso cuerpo de leyes y normas en jurisprudencia. El ideal de una ley escrita que proteja al individuo contra el abuso de los demás o del Estado es un concepto que los romanos ponían en práctica. Según la filosofía del imperio Romano, desde sus inicios crearon un sistema jurídico por lo tanto no necesitaron acudir a otras legislaciones para crear su propio derecho, el mismo que fue paralelo con sus intereses sociales y a su estructura económica.

Roma se especializó en el derecho civil puesto que trataron en su legislación a las personas, bienes, obligaciones y contratos ya que gustaban de la propiedad privada, riqueza y territorio.

Roma fue el primer imperio de la edad antigua que logró separar las situaciones sagradas o religiosas de las situaciones humanas. El deber de prestar alimentos en Roma se introduce en la época imperial, en la expedición de la XII Tablas, en la Tabla IV surge el Derecho de la Familia al manifestar sobre las personas, el derecho de alimentos o Cibaria emana con obligación legal entre padres, hijos, abuelos y nietos.

Una prueba en este sentido la constituye Ulpiano que, después de expresar que en la obligación alimenticia palpita la justicia y el afecto de la sangre.

#### **2.2.2.2. Concepto.**

Concepto de Tenencia.- “La Tenencia es una de las facultades de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente del menor a uno de sus padres, esto no obstaculiza al otro padre de ejercer su Patria Potestad sobre el menor, ya que el hecho de que su tenencia habitual esté subordinada, no quiere decir que la toma de decisiones en su desenvolvimiento, excluya al otro padre.” (CABRERA, 2008, pág. 26).

Bajo el pensamiento de algunos tratadistas, sostienen:

“La Tenencia de Menores es una Institución Jurídica contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan

consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total; derecho este que puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor; y, cuando el mismo se encuentre en situación no apta para su desarrollo e integridad”. (AGUIRRE, R. A., AGUIRRE M., & AGUIRRE, V., pág. 33)<sup>28</sup>

Para Cabanellas, define la Tenencia como: “es la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. Antiguamente se empleaba esta voz por caudal hacienda o haberes” (GUILLERMO CABANELLAS, 2007, pág. 379).

En el concepto, escrito en líneas anteriores, se relaciona sobre la posesión de una cosa u objeto, por lo que no se considera apropiado para el trabajo investigativo, sin embargo, en derecho se le asigna el sentido de los roles atribuidos a los padres por la ley, en éste caso esta expresión está reconocida en nuestra legislación.

López de Carril, refiriéndose a tenencia señala:

”La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una ocupación y posesión actual y corporal de una cosa sino que el vocablo guarda es el acertado desde cualquier Angulo que se lo contemple. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos – función que le corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual”. (CARRIL, 1999, pág. 280)<sup>29</sup>

Considerado los conceptos expuestos por los diferentes autores, considero que en términos generales, se puede asociar a la Tenencia de menores, como el debido cuidado que debe prestar uno de los padres que esté a cargo del menor, considerando para el efecto todas las necesidades que el niño requiere en su desarrollo, sin dejar a un lado el criterio del otro padre, en la crianza del hijo.

---

<sup>28</sup> Aguirre, R. A., Aguirre M., & Aguirre, V. La Tenencia De Menores. P.p 33

<sup>29</sup> López del Carril. Julio. Derecho de Familia Buenos Aires. 1999. Pp.280

### **2.2.2.3. Diferencia Terminológica y Jurídica entre Patria Potestad y Tenencia.**

Para poder diferenciar el término de tenencia de la patria potestad, nos es necesario trasladarnos al hecho en el que se genera, y no es otra cosa que la separación de los cónyuges, o solo de los padres del menor, colocándonos en un punto de vista actual, distinguiéndose de la patria potestad.

**PATRIA POTESTAD.-** La patria potestad es considerada como una institución del Derecho Civil, en su origen significó el poder del jefe de familia, quien era el varón más antiguo que permanecía vivo, su fin era unir los derechos sobre las personas y los bienes. Los hijos que hubieren nacido en justas nupcias, eran sometidos a este hecho los hijos legítimos, así como los hijos nacidos de los descendientes nacidos de los hijos varones de la familia, para determinar si un hijo ha sido nacido dentro de las justas nupcias, pero el padre solo era el que estaba casado con la madre, por lo que, el matrimonio debía ser configurado en los periodos en cuestión, para que el hijo recién nacido se lo pueda adjudicar al padre, caso contrario, él podría impugnar su paternidad.

Esta institución, significaba incorporar al adoptado a la familia, generando un vínculo de patria potestad sin la existencia de algún lazo sanguíneo que les pueda unir; dentro de la adopción cabía distinguir aquella adopción *alieni iuris*, o sea de una persona que ya se encontraba bajo el poder de un pater y pasaba a pertenecer o depender de otro. Para poder instituir a la patria potestad, en ese entonces, se requería que el pater adquirente o en su caso el adoptante, volviera a emanciparlo de una forma ficticia, para que de esta manera no estuviera ya en *mancipium*. Si era el caso, en esta situación el pater adoptante intentaba contra el padre natural, si había falta de oposición del padre biológico el adoptivo obtenía la patria potestad, por decisión del magistrado. Según el criterio jurídico de Cabrera: “Es la facultad que la ley otorga a los padres para que ejerzan sus derechos sobre su prole, entendiéndose que éstos derechos pueden ser ejercidos mientras los hijos sean incapaces”. (CABRERA, 2008, pág. 24).<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Cabrera Vélez. Juan Pablo. Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica. Quito. 2008. Pp.24

Guillermo Cabanellas, la patria potestad: “Conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados”. (GUILLERMO CABANELLAS, 2007, pág. 297)<sup>31</sup>

En nuestra legislación, el Código Civil, en si Título XII, Art. 283, define a la patria potestad como: “El conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”. (CÓDIGO CIVIL, 2005)<sup>32</sup>

El Art. 105 del Código de la Niñez y Adolescencia de nuestra legislación manifiesta: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.” (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>33</sup>.

En una acepción sencilla de lo anotado, se puede concluir que patria potestad, significa el conjunto de deberes correlativos, y facultades conferidas a los padres, o abuelos e incluso a los adoptantes, destinadas a la protección de menores no emancipados, refiriéndose a todo lo concerniente a su persona y bienes.

TENENCIA.- Previo a dar un concepto de esta figura jurídica, es importante mencionar que existe mucha confusión alrededor de ella, marcaremos entonces, argumentando que la tenencia como una figura de derechos, posee el objeto fundamental de velar por el bienestar de un niño o niña, no mostrando problemas al momento en el que una familia se encuentra unida, sino cuando se ha disuelto, momento en el que el Derecho debe intervenir, con el fin de dar una solución al conflicto y mediar la situación de los más vulnerables, en este caso los menores.

Es por ello necesario mencionar que para el efecto, en la legislación así como en la doctrina, no existe una conceptualización clara, que pueda dar una noción

---

<sup>31</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Edición actualizada 2007. Pp. 297

<sup>32</sup> CÓDIO CIVIL. Registro Oficial 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>33</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003

clara, la cual nos pueda guiar al desarrollo del tema, recurriendo para ello a las definiciones vertidas de algunos autores, para acercarnos al estudio.

Paralelamente, existen varios autores, que piensan que el termino tenencia, no es el adecuado, como es el caso de Belluscio, quien manifiesta que: “el vocablo tenencia es un término inapropiado, pues parece aludir más a las cosas que a las personas” (Hollweck, 2001, pág. 1)<sup>34</sup>

Del párrafo anterior, la controversia del término nace en el hecho de relacionar a una persona como cosas, a las cuales si se las puede poseer, y de las cuales se tiene una idea errónea creyendo ser propietario, hecho altamente cuestionable, sobre todo cuando en materia de niñez y adolescencia manda la doctrina de la protección integral. Dentro del cual:

“Se requiere la protección de las niñas y niños, no en instituciones para menores sino en el sistema multiparticipativo y abierto de la ciudadanía social, cuyos sujetos son ancianos, ancianas, adultos, adolescentes, niñas y niños. En este sistema son sujetos y son ciudadanos”. (SÉDA, 2010, pág. 113)<sup>35</sup>

Rubén Aguirre, y otros autores consideran que: “De acuerdo al Derecho Universal, y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, y es así como los diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española, así como otros autores, toman la similitud en sus definiciones” (AGUIRRE, R. A., AGUIRRE M., & AGUIRRE, V., pág. 32)<sup>36</sup>

Según Edmundo Fuchslocher señala: “Tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad”

---

<sup>34</sup> Medina, M. y Hollweck, G. 2001. Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares. Recuperado el 19 de noviembre de 2015 de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta-el-regimen.pdf>

<sup>35</sup> Séda, E. 2010. El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina. Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. Primera Edición. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

<sup>36</sup> Aguirre, R. A., Aguirre M., & Aguirre, V. La Tenencia De Menores. P.p 379

(FUCHSLOCHER., 1983, pág. 245).<sup>37</sup>

De igual manera, la doctrina considera que la Tuición es aquel Derecho que otorga el legislador al padre, a la madre, o a los ascendientes, y aun a quienes no les liga parentesco alguno, de un menor de edad que requiere un cuidado y protección de determinada persona o personas idóneas.

Nuestro Código Civil, no incluye la figura de tenencia de menores, únicamente la hace bajo el concepto de la mera tenencia de una cosa, es por ello que solo se puede hacer referencia de acuerdo a lo que establece el Código de la Niñez y Adolescencia, en su Título III, Art. 118: “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o de la 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”. (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>38</sup>

Tomando en cuenta tanto los conceptos de tenencia y tuición, considero que el término más adecuado para referirse a un niño o niña, es la tuición, debido a que hace mejor referencia al cuidado de personas, en términos simples viene a ser el conjunto de responsabilidades que poseen los padres respecto de sus hijos menores de edad. Por su parte el término de tenencia se le puede aplicar de una forma sui géneris, en sus inicios en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, hoy Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

#### **2.2.2.4. Objeto.**

Como es conocido el único objeto que persigue la tenencia, ha sido a lo largo de la historia el cuidar, proteger y defender el bienestar y la seguridad de un menor. La institución de la tenencia es creada para la protección de los menores, por separación de los padres, desintegración de la familia, el abandono de los progenitores, o el hecho de que uno de sus padres haya muerto, la familia o el

---

<sup>37</sup> Fuchslocher, E. Derechos de Menores, De la Tuición. 1983. P.p 245.

<sup>38</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003

vínculo familiar se desintegra y los derechos de los menores se pueden ver mancillados.

La figura jurídica de la tenencia, ha sido incorporada a la legislación entendiéndose la necesidad que presenta un menor, otorgándole al padre en mejor condición no solo económica ni emocional, sino al más apto, su cuidado, reservando al otro progenitor, el derecho que le asiste de visitas, tratando de esta manera generar una relación satisfactoria con el menor.

El legislador, confiando en la responsabilidad de los padres, y que sus decisiones se vean encaminadas en las Reglas, el Derecho y Justicia, y que de la misma manera sirva para la protección de los menores, ha creído necesario incrementar ésta figura, para que tanto las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y de esta manera resolver las diversas situaciones a las que se enfrentan los menores luego del rompimiento de sus padres. Frente a esta situación, constituye una necesidad por parte no solo del Estado, sino de la sociedad generar e incorporar métodos que controlen esta problemática familiar, e agregar procesos que garanticen que la separación de la familia no va a influir en el desarrollo del niño.

#### **2.2.2.5. Características.**

Según el criterio del autor Juan Pablo Cabrera sostiene que la figura de la tenencia es:

- **CARÁCTER PERSONALISIMO.**- O también llamado Intuito Personae, derecho que puede ser requerido por los titulares, de forma exclusiva sobre el niño, aportando una característica de restringibilidad.
- **DERECHO RESTRINGIDO.**- Se le debe aplicar única y exclusivamente a niños, quienes según la doctrina por su edad y situación son incapaces, requiriendo para el efecto cuidado especiales, por lo mismo, esta característica no debe extenderse a mayores de edad, ni bajo el concepto de incapacidad.
- **DIVISIBLE.**- Característica, con la cual se puede aportar un acuerdo de los padres para el tiempo de su hijo, generando en la práctica, varias formas

de ejercer la tenencia.

- **CONDICIONAL.-** Es decir, que la permanencia del niño con su padre, se deriva de las acciones de éste último y de forma en la que este brinde sus deberes parentales.
- **PROVISIONAL Y DEFINITIVA.-** Por el hecho de que el progenitor que posee la tenencia, incumple con los deberes, la ley prevé un cambio de régimen, entendiendo que por el bienestar del niño, las resoluciones que un operador de justicia dicte puedan ser modificadas, atendiendo de manera prioritaria el Interés Superior del niño.
- **TRANSMISIBLE.-** Tiene su grado de relación con la característica mencionada en líneas anteriores, porque en caso de que el padre que ostenta la tenencia incumple con las funciones que la ley exige para su permanencia, se transmitirá al otro progenitor.
- **GRATUITA.-** Al ser considerada la figura de tenencia como libre, no se la puede relacionar con algún tipo de remuneración, sino al contrario, los padres están en la obligación de velar y proteger al niño para el desarrollo óptimo y adecuado de éste.

#### **2.2.2.6. Marco Constitucional.**

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del año 2008, dentro de su capítulo III, Sección 5ta, que se refiere a niñas, niños y adolescentes, en su Art. 45, señala:

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir

información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas". (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008)<sup>39</sup>.

Del enunciado anterior, >>a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria<<se puede claramente observar que éste es el fundamento constitucional para que proceda la figura de Tenencia en nuestro país, creándose en nuestra legislación como una institución jurídica encargada de dar protección a los niños. Es necesario hacer énfasis en una clara distinción sobre este tema, y es que de manera general, lo que se suele creer, es el hecho de que la figura jurídica de la Tenencia, nace con la finalidad de dar a los padres del menor el beneficio de su cuidado y protección, cuando lo real y correcto es que, tanto el Estado como el legislador busca crear e implementar garantías constitucionales que satisfagan las necesidades del niño para con su familia, y de manera muy directa con sus padres.

Otra consideración a tomarse en cuenta, es relativo al principio constitucional de Tenencia, enunciado de igual forma por el Art. 45 íbidem, en el cual, el Estado se compromete para con los menores su >>integridad física y psíquica<<, palabras que son fuente de varias apreciaciones, en el caso que nos ocupa, viene a ser obligación del Estado Ecuatoriano frente con los niños, niñas y adolescentes, brindando la seguridad no solo judicial sino a su vez proveer y prevenir a los ciudadanos, la responsabilidad judicial al que se somete el debido cuidado y crianza de un menor, misma que está garantizada por la Constitución, la cual orienta al operador de justicia, a valorar y determinar de una manera muy completa quien de los padres es el más apto para el cargo.

Es muy necesario que tanto el Estado como los operadores de justicia aseguren el cabal cumplimiento de las normas constitucionales, sobre todo en materia de niñez y adolescencia, considerando como el grupo de atención prioritaria que la

---

<sup>39</sup> Constitución de la República del Ecuador, Publicación oficial de la Asamblea Nacional. Quito. 20 de Octubre de 2008.

Carta Magna tan acertadamente lo ha llamado. A manera de una rápida reflexión la Constitución de 1998 en su Art. 37 exponía: “El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges”. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 1998)<sup>40</sup>.

Claramente del artículo anterior, se nota contraposición entre estas dos Cartas Supremas, en la actualidad, se ha dejado a un lado el reconocimiento del Estado en defensa de precautelar la unión de la familia en toda su extensión, ahora a pesar de conocerla como una Constitución garantista y reconocedora de derechos, ha dejado a lado la esencia que encierra el desarrollo integral de un niño dentro de una familia. Es cierto que las normas van sufriendo cambios de acuerdo a las necesidades y desarrollo de la sociedad, pero no es menos cierto que un menor siempre va a tener un mejor progreso junto a su familia completa. Esto ha generado también, que exista un incremento acelerado de causas de divorcio, alimentos, tenencia, situación de riesgo en las diferentes Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, a nivel nacional.

#### **2.2.2.6. Sujetos.**

Dentro de la figura jurídica de la Tenencia, se destacan tres sujetos, el hijo, los padres, y de manera excepcional terceras personas:

**HIJO.-** El principal protagonista de la Tenencia, es el hijo, entendiéndose para el efecto que es el menor que está sin protección, incapaz, sosteniendo que es de suma importancia situarlo bajo el cuidado de quien presente las mejores garantías para el cumplimiento de los derechos que le asisten.

---

<sup>40</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, Quito. 10 de Agosto de 1998.

Como ya se ha indicado, la figura jurídica de la Tenencia, se establece bajo la imperiosa necesidad de brindarle al menor la protección, determinar su situación física de manera permanente.

El Art. 21 del Código Civil Ecuatoriano expresa: “Se entenderá por infante o niño quien no ha cumplido 7 años. Impúber el varón que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12 años, mayor de edad quien ha cumplido 18 años y menor de edad quien no ha cumplido 18 años”. (CÓDIGO CIVIL, 2005, pág. 13)<sup>41</sup>

Independientemente de lo anotado, como requisito para que proceda la Tenencia, es que el hijo no haya cumplido los 18 años de edad, al igual que cualquier otra figura del Código de la Niñez y Adolescencia y a pesar de su incapacidad, la ley faculta al Juez a escuchar al menor y que dé su opinión sobre los asuntos que le afectan. Al respecto el autor Juan Pablo Cabrera, refiere: “la opinión del niño ante esta figura se ve disminuida, por cuanto el menor, no está en la capacidad de ver lo más conveniente para sí y, de aplicarse esta regla, se estaría proponiendo a otorgar la tenencia al padre que mayor libertad ofrezca al menor” (CABRERA, 2008, pág. 60)<sup>42</sup>.

De lo anotado, sostengo un criterio diferente, por el hecho de que en la actualidad, el niño no solo prefiere el cuidado del padre que ofrezca mayor libertad, como señala el autor, al contrario el busca el lugar en el cual esté libre de cualquier tipo de violencia y le genere tranquilidad al niño, independientemente de la libertad que uno de los progenitores le brinde.

**LOS PADRES.-** Seguido del menor, constituyen sujetos dentro de esta figura jurídica, se entiende que la tenencia puede ser ostentada por cualquiera de los progenitores, sea el padre o la madre, son quienes dieron la vida al niño y son los llamados a brindar el cuidado y protección a sus hijos.

Cabrera, subdivide a los padres, como tenencia de la madre y tenencia del padre.

- **TENENCIA DE LA MADRE.-** Después de la separación de los padres, por cualquiera de las razones que se originara, la tenencia será otorgada a la

---

<sup>41</sup> CÓDIGO CIVIL. Registro Oficial 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>42</sup> Cabrera Vélez. Juan Pablo. Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica. Quito. 2008. Pp.60

madre, tal y como manda el Código de la Niñez y Adolescencia, de manera preferente, salvo las excepciones que para el efecto también dicta la ley. esto puede llamarse como los inconvenientes que presente la madre del menor con un sentido moral, que impidan el encargo del niño.

- **TENENCIA DEL PADRE.-** Se presenta de forma muy ocasional, justificándose única y exclusivamente por dos casos, el primero cuando el hijo solicite al Juez vivir con su padre, y el segundo, cuando el comportamiento de la madre represente un riesgo para el desarrollo del niño.

**TERCEROS.-** Luego del rompimiento de vínculo entre los padres, y generalmente en los divorcios por mutuo consentimiento se precisa establecer la tenencia del menor, si dado el caso los padres no cuenten con todas las aptitudes exigidas, la ley brinda a los abuelos éste derecho, así lo manda el numeral 6 del Art. 108 concordante con el Art. 393 del Código Adjetivo Civil Ecuatoriano; pero es necesario establecer que la ley prevé este evento únicamente cuando se pruebe la peligrosidad en los actos de sus padres.

A pesar de ser una contingencia necesaria, no se ha implementado dentro de nuestra legislación, esto no solo representa que no se la ponga en práctica, sino que no existe en el Código de la Niñez y Adolescencia la opción de entregar al menor a los abuelos, situación que debe ser analizada de manera inmediata, al ser un país que sufre de una innumerable migración, razón que obliga a los progenitores entregar el cuidado completo de sus hijos a sus abuelos.

Existe una contradicción entre la práctica, el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil, éste último señala:

Art. 393: “Los llamados a la guarda legítima son:

- En primer lugar, el padre del menor;
- En segundo lugar, la madre;
- En tercer lugar, los demás ascendientes;

- En cuarto lugar, los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar a la guarda del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones” (CÓDIGO CIVIL, 2005, pág. 127) <sup>43</sup>

Del enunciado anterior, se puede identificar claramente, que la ley faculta no solo al juez a dar la tenencia de un menor a un tercero, de acuerdo a los lugares que para el efecto la ley determina, sino el derecho de cualquiera de los antes descritos a reclamar la tenencia de un niño. Es necesario analizar que el legislador ha creado una ley exclusiva para que regule los derechos y procedimientos a seguir en materna de niñez y adolescencia, pero esta ley ha dejado puntos sueltos, como es el caso descrito en líneas anteriores.

#### **2.2.2.7. Fijación.**

El Código de la Niñez y Adolescencia, dentro de su Libro Segundo, respecto a los niños, niñas y adolescentes en sus relaciones de familia; el Título III hace referencia a la Tenencia.

En términos muy generales, la ley nos describe a la fijación de un régimen de tenencia de acuerdo al mandato del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, de su texto tenemos que el Juez analizará y estima más conveniente para el desarrollo integral de menor, confiará su cuidado al otro progenitor, sin alterar el ejercicio de la patria potestad que poseen ambos en conjunto.

Está facultado a respetar el acuerdo al que lleguen los padres, en el caso de no poder determinar un arreglo, el operador de justicia considerara la conveniencia de que el menor siga bajo el cuidado del progenitor con el cual ha vivido largo tiempo. Se dará en orden de preferencia a la madre, para el cuidado de los hijos

---

<sup>43</sup> CÓDIGO CIVIL. Registro Oficial 46 de 24 de junio del 2005.

impúberes, esto es sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad; en cambio los hijos púberes estarán al cuidado del padre que ellos elijan.

Como es conocido, en materia de niñez y adolescencia, no existe ejecutoria dentro de una resolución emitida por autoridad competente, el Juez puede modificarla o alterarla a favor de los derechos del menor. El cambio de la tenencia se la hará propendiendo a que no ocasionen daños psicológicos al niño.

Si existe la necesidad, los fallos de tenencia se efectuarán de manera inmediata, inclusive con apremio personal o allanamiento del domicilio donde se presume se encuentra el menor.

De las resoluciones emitidas por los jueces A quo pueden ser modificadas y apelables pero en efecto devolutivo, esto es volver las cosas al estado anterior.

#### **2.2.2.7.1. Trámite de Divorcio por mutuo consentimiento.**

El divorcio por mutuo consentimiento o también llamado consensual, la doctrina nos dice que se le puede definir como aquel en que se decide por un acuerdo existente entre los cónyuges, dicho de otra manera se representa una conformidad entre los dos contratantes de separarse. Como consecuencia, podemos decir que este tipo de divorcio, únicamente debe mediar la voluntad de los padres del menor, haciendo del mismo un procedimiento sencillo y rápido.

Para dar inicio a un trámite especial de divorcio, es necesario que la demanda cumpla los requisitos establecidos en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo los lineamientos que para el efecto propone el Art. 107 del Código Civil:

“Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por si o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

- 1.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;
- 2.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,

3.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos”. (CÓDIGO CIVIL, 2005, pág. 39)<sup>44</sup>

Se puede identificar en el numeral segundo claramente, que la norma exige a los cónyuges dar detallado los nombres y la edad de los hijos concebidos durante su matrimonio. Cabrera Vélez al respecto afirma: “Desde aquí parte la tramitación de la tenencia en el campo civil; la razón de esto es que el juez debe conocer la edad de los menores para suscribir el acuerdo de los padres según las reglas de la tenencia, o a su vez contravenirlo por ser perjudicial para el menor” (CABRERA, 2008, pág. 131)<sup>45</sup>.

Una vez que se da cumplimiento a los requisitos propuestos por el Art. 107 del Código Civil, se sigue el trámite judicial en la forma que especifica el Art. 108 ibídem, esto es, transcurridos dos meses luego de la presentación de la demanda, sea por los cónyuges o los procuradores especiales, el Juez a petición de parte convoca a audiencia de conciliación.

Como su nombre lo indica la audiencia de conciliación tiene como fin, llegar a una armonía entre las partes, buscando dar fin a la idea de una ruptura matrimonial y por ende familiar; en el caso de no haber un arreglo conciliatorio que ponga fin al proceso, las partes deberán afirmar de consuno y a viva voz su deseo de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une. En la misma audiencia, los cónyuges o los procuradores especiales, debe tratar sobre la situación económica, protección personal y educación en la que sus hijos menores de edad quedaran después de la disolución del matrimonio.

Con la finalidad de que no se conculquen los derechos de los menores, serán representados durante este procedimiento por un tercero, llamado curador ad-litem, generalmente lo insinúan los padres, en el caso de no acordar el juez nombrara prefiriendo a parientes cercanos de los menores.

---

<sup>44</sup> CÓDIGO CIVIL. Registro Oficial 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>45</sup> Cabrera Vélez. Juan Pablo. Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica. Quito. 2008. Pp.131

En el caso de que las partes, no lleguen a un consenso, referente al tema de los menores, el juez apertura el término probatorio por seis días, vencido el mismo debe dictar sentencia sujetándose a las siguientes reglas:

“1.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad:

2.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan:

3.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos a cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará el cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medio económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo el tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, solo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda” (CÓDIGO CIVIL, 2005, pág. 40).<sup>46</sup>

En el caso de que exista un acuerdo entre los padres, el juez deberá aceptar el acuerdo e incluir dentro de su fallo, el acuerdo al que han llegado; pero es necesario hacer un breve análisis respecto a lo extensivo que se puede presentar un consenso dentro de este aspecto, si bien por una lado el juez deberá respetar la decisión que han tomado los padres con la situación de sus hijos menores de edad, crea un liberalismo y no se pone límites, garantizando y analizando si el acuerdo cumple con los requisitos no solo constitucionales sino legales evitando el incumplimiento o la violación de derechos de los menores.

Caso contrario se presenta al no haber un convenio entre los progenitores, la ley es demasiado rígida para resolver el contexto de los hijos y el juez únicamente debe regirse bajo los parámetros establecidos y dar su resolución.

---

<sup>46</sup>CÓDIGO CIVIL. Registro Oficial 46 de 24 de junio del 2005.

Posteriormente, se puede iniciar una tenencia contenciosa, analizando el hecho de que una de las partes no se sienta conforme con la situación en la que los menores han quedado, para ello el juez debe abrir causa a prueba por el término de seis días, para que las partes justifiquen sus aseveraciones, la prueba que se presenta es la misma que establece el Código de la Niñez y Adolescencia.

A pesar de ser una sentencia de divorcio por mutuo consentimiento, mientras se resuelva la situación de los menores, en el caso que nos ocupa la tenencia, es apelable al superior.

#### **2.2.2.7.2. Trámite Contencioso General**

La competencia para la tramitación de este tipo de juicios radica en las Unidades Judiciales Especializadas de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

La demanda, es el escrito inicial en el cual se propone la acción, expresando su solicitud y requerimiento que va a ser lo principal del cual se busca un fallo a favor, debe cumplir los requisitos establecidos en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, esto es:

- “1.- La designación de la jueza o juez ante quien se la propone;
- 2.- Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
- 3.- Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
- 4.- La cosa, cantidad o hecho que se exige;
- 5.- La determinación de la cuantía;
- 6.- La especificación del trámite que debe darse a la causa;
- 7.- La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,

8.- Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.” (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2009, pág. 29)<sup>47</sup>

El trámite a darse, en este tipo de causa es el Contencioso General, mismo que se encuentra establecido en el Art. 271 del Código de la Niñez y Adolescencia, que en su parte pertinente expresa: “Las normas de la presente sección se aplicaran para la sustanciación de todos los asuntos relacionados con las materias de que trata el Libro Segundo, las del Libro Tercero cuya resolución es de competencia privativa del Juez de la Niñez y Adolescencia y en las cuales una persona legitimada activamente plantee una pretensión jurídica” (CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2014)<sup>48</sup>

Se ha mencionado anteriormente, que lo referente a Tenencia, se encuentra regulado en el Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que claramente aplica el trámite a todo lo contemplado en la sección figurada.

Una vez que es presentada la demanda, con los requisitos que la ley exige, es ingresada a la sala de sorteos, esto tiene como finalidad buscar una justicia sin parcialización a ninguna de las partes, sustanciada la causa por un juez legal. El juez, una vez que ha revisado la demanda, si reúne los requisitos, calificará y aceptará a trámite ordenando la citación a la parte demanda, para que pueda hacer valer los derechos del cual se crea asistida. En el caso de que la demanda no contare con los requisitos establecidos en la ley, esto es el cumplimiento de lo establecido en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, ordenará completarla bajo prevenciones de ley, dicho de otra manera, si el actor no cumpliera con esta orden el Juez se inhibirá de conocer la causa.

Citada la parte demandada, se realizará la Audiencia de Conciliación, en la que el Juez debe tratar de llegar a un acuerdo con las partes, buscando el beneficio para el menor, de no encontrar una solución al conflicto, el juez escuchará a la parte demandada, para la contestación a la demanda, y luego al actor quien podrá replicar a esta.

---

<sup>47</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Editorial Jurídica del Ecuador. 2009.

<sup>48</sup> CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial 737 del 03 enero 2003

Concluidas las intervenciones de las partes, oirá al adolescente, de forma necesaria y al niño o niña que se encuentre en edad y condiciones de hacerlo.

Previo a finalizar la audiencia, el juez insistirá en una conciliación, si no la hay y existen hechos que tienen que probarse, se convocara a las partes a la audiencia de prueba, la misma que debe realizarse no antes de quince ni después de veinte días del señalamiento.

Antes de realizarse la audiencia de prueba, tanto el actor como la parte demandada deben presentar todas las prueba que judicializaran en la audiencia, iniciada la diligencia se dará paso primero al actor y luego a la demandada, quienes deben presentar las pruebas que han anunciado con anticipación, posteriormente se realizará los alegatos de las partes. Fenecido el término, el Juez dará su fallo en cinco días posteriores a la audiencia.

Del auto resolutivo que emite el juez, se puede interponer recurso de apelación, siguiendo las reglas que para el efecto dicta la norma, esto es dentro de tres días de notificado.

El escrito de apelación, debe precisar los puntos en los que se contrae el recurso, en el caso de que la parte apelante omitiera este punto, el juez superior le tendrá como no interpuesto.

### UNIDAD III

#### **2.2.3. EFECTOS QUE PRODUCE LA OPINIÓN DEL NIÑO EN EL TRÁMITE DE TENENCIA.**

##### **2.2.3.1. Orienta el criterio del Operador de Justicia.**

Como se ha mencionado anteriormente, la opinión del niño en los asuntos que los incluya no solo es un derecho del cual están ellos asistidos, sino a su vez produce resultados dentro de un proceso judicial.

El Operador de Justicia, al escuchar la opinión del niño, no solo conoce a profundidad la situación, sino que puede tener el contacto directo junto a este ser vulnerable, de esta manera puede tener mayor seguridad sobre el resultado que pretende dar en su fallo.

El Juez de familia, al momento de escuchar y realizar las preguntas necesarias al menor, palpa por sus propios sentidos, la realidad en la que se encuentra el niño, es por ello que es de vital importancia una reforma al Art. 106 inciso segundo, que hace referencia a la opinión de acuerdo a la edad de los hijos menores de doce años, será valorada de acuerdo al grado de su desarrollo. Se debe tomar en consideración que las normas deben ir en constante cambio, de acuerdo a la necesidad de las personas, en la actualidad, con el avance de la sociedad, ha generado un crecimiento rápido en cuanto a la educación y madurez de los niños, entendiéndose que desde sus inicios de vida estudiantil, son conocedores de los derechos que les asisten, generando de esta manera una diferencia sustancial entre los niños y su grado de desarrollo con generaciones anteriores, a las actuales.

Resulta importante recalcar que así como el Código Orgánico de la Función Judicial reconoce como un principio la inmediación, esto es el contacto directo que el Juez debe tener con las partes procesales, resulta un hecho muy similar, pues si bien es cierto el niño es representado judicialmente por su madre, no es menos cierto que oír la condición emocional del niño, ayuda al operador de justicia analizar, y tratar de aplicar al caso concreto, todas las normas, leyes e instrumentos internacionales que vayan acorde con la realidad, de esta manera

lograr una justicia equitativa, dando el bienestar a las partes, pero otorgando un equilibrio tanto emocional como en su desarrollo al niño, aplicando el principio del Interés Superior.

### **2.2.3.2. Asiste a la postura del progenitor que solicita el cambio del régimen de tenencia.**

Un proceso de tenencia, se origina claramente cuando el otro progenitor, considera que el menor no se encuentra en el desarrollo adecuado, o que no cuenta con todas las condiciones necesarias para su crecimiento.

Se puede tener en claro, que la mayoría de veces, el proceso de un cambio de régimen de tenencia se inicia por la enemistad existente entre los progenitores, lo que da como resultado que no solo exista una acumulación de procesos de niñez, sino que evita un despacho óptimo en las Unidades de Familia; pero a su vez existen trámites de los cuales se genera una realidad total, por esta razón los jueces de familia, son los encargados de revisar y dar el trámite correspondiente a todos los procesos judiciales, de esta manera brindar una justicia equitativa e igualitaria a toda la sociedad.

Un progenitor que considere que el menor no se encuentra en condiciones adecuadas, o que crea que el desarrollo que está teniendo no es el mejor para su edad y futuro, puede solicitar al juez un cambio de régimen de tenencia.

El Código de la Niñez y Adolescencia, claramente es una ley, que a mi juicio presenta un porcentaje de parcialización, ya que se da en orden de preferencia a la madre, dejando en desigualdad de condiciones al padre; es por ello que el progenitor solicitante del cambio de tenencia, en su mayoría son padres, quienes deben demostrar sus aseveraciones, pero resulta un poco difícil el hecho de poder probar sus afirmaciones, existiendo una ley muy limitante para el efecto.

De lo expuesto, es necesario dar una reforma total al artículo antes mencionado, de manera que intervenga en todos los procesos de tenencia, la colaboración obligatoria del equipo técnico.

El juez al momento de escuchar a un menor, visualiza una realidad diferente,

generando un vínculo entre las pretensiones del solicitante, con la realidad que presenta el menor. Por este motivo es muy valiosa la opinión del niño, en este tipo de trámites judiciales, pudiendo considerarse como un tipo de prueba, que ayuda al accionante demostrar la realidad de su solicitud.

### **2.2.3.3. Ayuda a la convicción de la opinión del juez, a favor del progenitor con condiciones suficientes para la tenencia del menor**

Para determinar el alcance que puede tener la opinión de un niño dentro de un proceso de tenencia, es necesario hacer un análisis de todo el proceso que esto conlleva, de tal manera que el juzgador necesita una plena seguridad sobre la decisión que va a tomar sobre el proceso.

Tomando en consideración que el papel que presenta el Juez, es muy delicado, ya que no solo se está tramitando el derecho de los padres, en este caso como partes procesales, sino el bienestar, desarrollo social y emocional de un niño, considerado Constitucionalmente como grupo vulnerable.

Por esto es necesario que el operador de justicia, tome en serio y realce un examen general previo a dar su fallo. Como se mencionó en líneas anteriores, las partes, y en especial el accionante, debe demostrar que cuenta con mejores condiciones que la contraparte para obtener la tenencia del menor, resulta entonces un trabajo arduo, es por ello que el menor una vez que ha tenido contacto con el juez, y ha podido dar su versión del caso, dar a conocer el modo y estilo de vida con el progenitor que ha venido gozando de su tenencia; esto asegura y persuade el pensamiento del juez y certifica la resolución positiva sobre el padre que demuestre mejores condiciones.

## **UNIDAD IV**

### **2.2.4. HIPÓTESIS**

La valoración de la opinión del niño bajo el principio del interés superior incide en la fijación del régimen de tenencia ordenada por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el período Diciembre 2014.

#### **2.2.4.1 VARIABLES**

##### **2.2.4.1.1 VARIABLE INDEPENDIENTE**

La Valoración de la Opinión del Niño bajo el principio del interés superior.

##### **2.2.4.1.2 VARIABLE DEPENDIENTE**

Fijación del Régimen de Tenencia.

## 2. 2.4.4. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

**CUADRO N° 1**

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA	INSTRUMENTO
La Valoración de la Opinión del Niño bajo el principio del interés superior.	Apreciación que realiza el administrador de justicia sobre el criterio vertido de un menor, aplicando lo más favorable.	Principio.  Juez  Procedimiento	Inocencia.  Igualdad.  Legalidad.  Obligatoriedad.  Generalidad.  Induvio Pro-Reo.  Proporcionalidad.  Legítima defensa.  Motivación  Tratados internacionales,	Entrevistas a Jueces, se realizará de manera directa y en forma verbal, para obtener datos e información que ayuden a la investigación.  Observación, trasladándose a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para observar las resoluciones.	Guía de entrevista cuestionario  Guía de Observación.

			doctrina  Leyes, códigos, jurisprudencias.  Pasos para la realización.  Jurisdicción y competencia.  Código de la Niñez y Adolescencia.		
--	--	--	---	--	--

CUADRO Nº 2

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA	INSTRUMENTO
Fijación del Régimen de Tenencia.	Disposición emitida por el Juez, sobre el cuidado de un hijo a uno de sus padres, de manera obligatoria.	Proceso Judicial  Juicio	Leyes, doctrina, jurisprudencias.  Civil.  Ordinario.  Ejecutivo.  Verbal Sumario.  Laboral.  Penal.  Administrativo.	Entrevistas a Jueces, se realizará de manera directa y en forma verbal, para obtener datos e información que ayuden a la investigación.  Observación, trasladándose a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para observar las resoluciones.	Guía de entrevista, cuestionario.  Guía de observación.

## **CAPÍTULO III**

### **3. MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1. MÉTODO**

El método que se aplicará en la presente investigación es el Inductivo y Descriptivo, puesto que se analizará y estudiará las resoluciones emitidas en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba, para obtener conclusiones de carácter general y determinar la situación jurídica y social a la que se someten los jueces cuando resuelven la situación de tenencia.

El objetivo principal de este proceso de investigación es llegar al descubrimiento de los efectos que se generan en la opinión del niño en un trámite de tenencia, para lo cual analizará las resoluciones.

#### **3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

- Esta investigación es exploratoria porque va a indagar los archivos de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.
- Es además descriptiva y explicativa, porque a través de la investigación se detallará los datos encontrados identificando cual es la situación jurídica y social de las partes procesales, al momento que se resuelve un trámite de tenencia.

#### **3.1.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

La presente investigación es:

- Descriptiva, porque durante la investigación no se manipula ninguna variable.
- Campo, porque para la realización se deberá trasladar a los archivos de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

## **3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA**

### **3.2.1 POBLACIÓN**

- 10 Jueces de Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.
- 20 Personas que laboran en los diferentes despachos de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.
- 30 personas son el total del personal que trabaja en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

### **3.2.2. MUESTRA**

Las causas a observarse y analizarse son 5 aproximadamente, por lo que en la presenta investigación los casos no sobre pasan de 50, por lo que no es necesario extraer la muestra.

## **3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Técnica: Entrevista, se realizará de manera directa y en forma verbal, para obtener datos e información que ayuden a la investigación.

Técnica: Observación, trasladándose a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y observar, analizar las resoluciones.

Instrumento: Guía de entrevista cuestionario.

Instrumento: Guía de Observación.

## **3.4. TÉCNICAS DE PROCEDIMIENTO PARA EL ANÁLISIS.**

Para el procesamiento de datos se utilizarán cuadros y gráficos estadísticos.

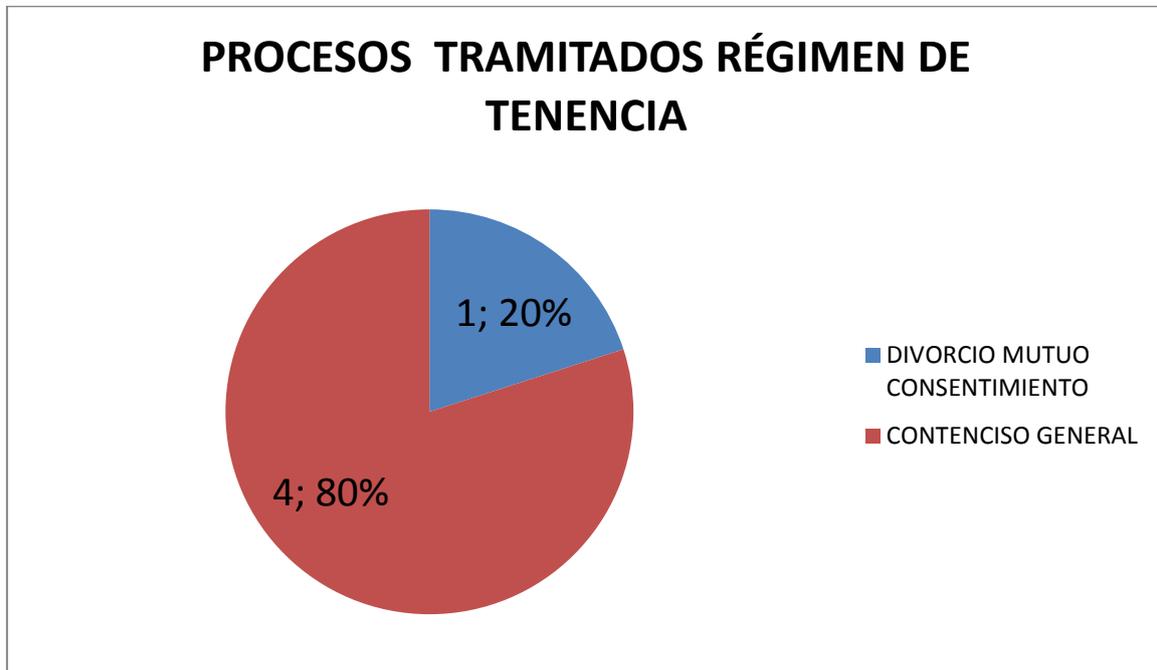
**3.4. Procesos de Tenencia, tramitados en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba en el período Diciembre 2014.**

**CUADRO N° 3**

JUICIO	DR. JORGE CASTILLO	DR. WALTER PARRA	DRA. MARIA VALENCIA	DRA. IRMA CARRERA	DR. RAÚL ARAQUE	DR. ALEX GAMBOA	DR. CARLOS PAZMIÑO	DR. ANDRES VÁSQUEZ	DR JUAN PACA	DRA. MARÍA GALARZA
RÉGIMEN DE TENENCIA		1	1		1			1	1	
SUMA		1	1		1			1	1	
TOTAL DE JUICIOS TRAMITADOS	5									

### 3.7.1 Procesamiento de resultados

GRÁFICO N° 1



**Fuente:** En base a la observación realizada en los archivos de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba, sobre procesos de régimen de tenencia.

**Elaboración:** Valeria Carolina Rodríguez Naranjo.

### 3.7.2 Análisis de los resultados:

De los datos obtenidos, se colige que los procesos durante el período Diciembre del año 2014 en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba, corresponden a 4 procesos de régimen de tenencia, por la vía contencioso general, los cuales constituyen el 80%, mientras que 1 solo proceso que constituye un 20% se refiere al régimen de tenencia que nace de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento, dando un total de 5 procesos sujetos a régimen de tenencia durante el mes de Diciembre del 2014.

**3.8 Tabulación de resultados en base a las preguntas realizadas****CUADRO N° 4**

<b>PREGUNTA</b>	<b>ALTERNATIVAS</b>		
	<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>TOTAL</b>
1	30	0	30
2	23	7	30
3	21	9	30
4	29	1	30
5	22	8	30

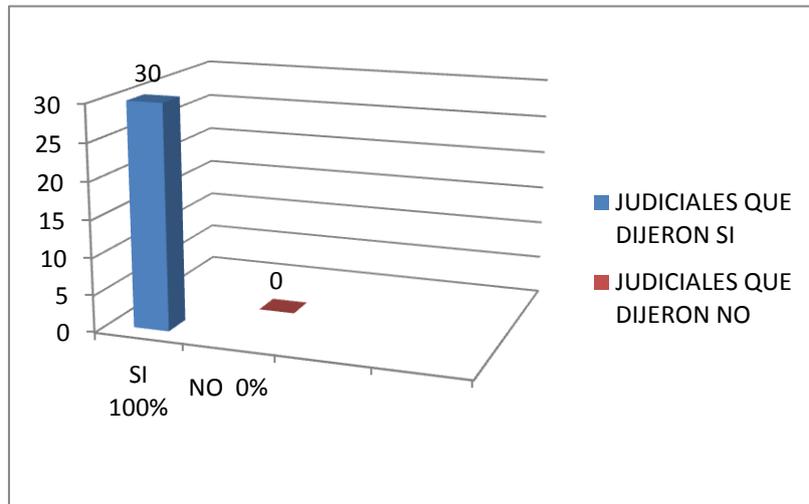
### 3.8.1 Procesamiento de Datos

En base a la pregunta N° 1. ¿Conoce usted qué es un juicio de régimen de Tenencia y que Juez es el competente para su tramitación?

CUADRO N° 5

JUDICIALES		TOTAL
SI	NO	
30	0	30
100%	0%	100%

GRÁFICO 2



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Funcionarios que trabajan en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

**Elaboración:** Valeria Carolina Rodríguez Naranjo.

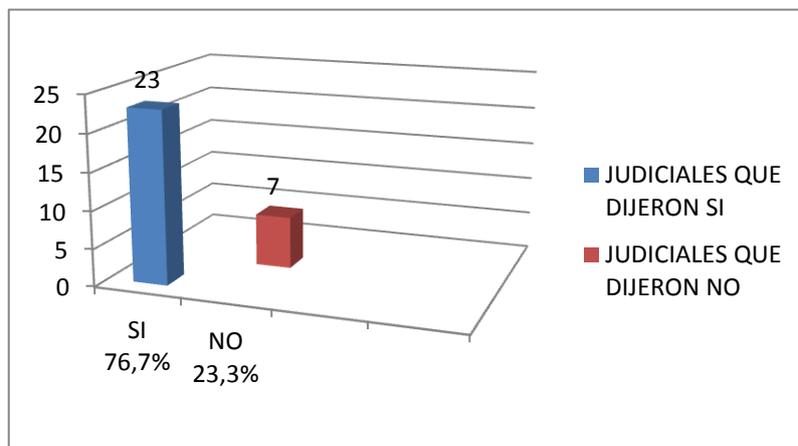
**Análisis de los resultados:** De 30 personas consultadas, 30 que representan un 100% manifiestan que tienen conocimiento sobre un proceso de régimen de tenencia, así como el procedimiento que se realiza en virtud de la ley, pues sólo la ley puede establecer el nacimiento de la competencia, disposiciones que se encuentran determinadas en el Código Orgánico de la Función Judicial.

**En base a la pregunta N° 2. ¿Considera usted que la opinión del niño puede acarrear algún efecto sobre la resolución del juez?**

**CUADRO N° 6**

JUDICIALES		TOTAL
SI	NO	
23	7	30
76.7%	23.7%	100%

**GRÁFICO N° 3**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Funcionarios que trabajan en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

**Elaboración:** Valeria Carolina Rodríguez Naranjo.

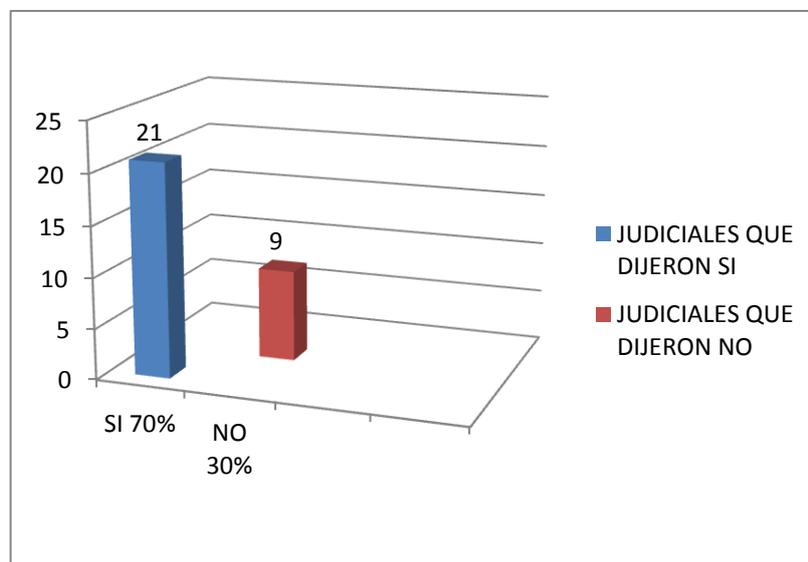
**Análisis de los resultados:** De 30 personas entrevistadas, 23 que representan un 76.7% consideran que la opinión del niño acarrea algún efecto sobre la resolución que emite el juez de familia, cambiando su criterio y ayudando a una mejor toma de decisión al momento de resolver, mientras que 7 personas que constituyen un 23.3% expresan que la opinión de un menor no es valorada por el juez, omitiendo su aplicación en varios trámites, pese a que así lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, y que sólo se toma en cuenta las pruebas aportadas por las partes, sin tomar en consideración el interés superior del menor.

**En base a la pregunta N° 3. ¿Considera que en los juicios de tenencia, la opinión del niño es valorada?**

**CUADRO N° 7**

JUDICIALES		TOTAL
SI	NO	
21	9	30
70%	30%	100%

**GRÁFICO N° 4**



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Funcionarios que trabajan en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

**Elaboración:** Valeria Carolina Rodríguez Naranjo.

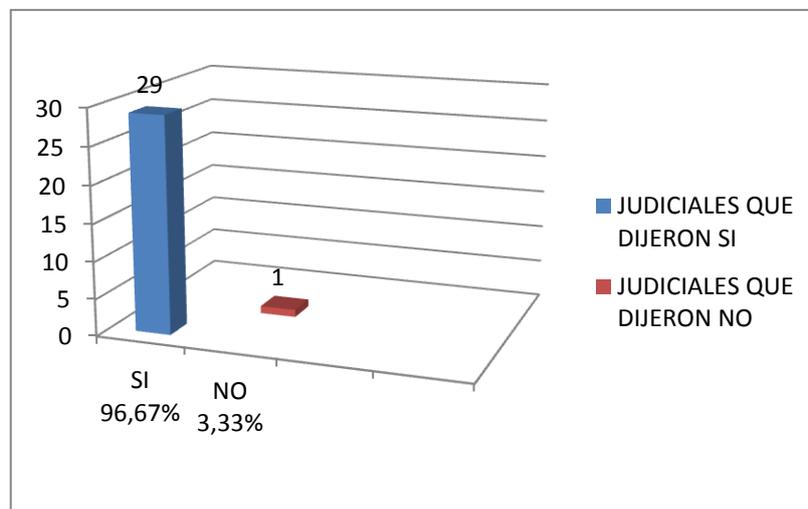
**Análisis de los resultados:** De 30 personas entrevistadas, 21 que representan el 70% manifiestan que en un proceso de régimen de tenencia, la opinión de un menor si es valorada por el operador de justicia, cumpliendo así lo que dispone el Código de la Niñez y Adolescencia; por su parte 9 de las personas encuestadas, representando el 30%, señalan que la opinión del niño no es tomada en consideración por el juzgador, por lo que no tiene incidencia en la decisión del caso.

En base a la pregunta N° 4. ¿Cree usted que en el régimen de tenencia en la mayoría de veces se le otorga a la madre?

CUADRO N° 8

JUDICIALES		TOTAL
SI	NO	
29	1	30
96.67%	3.33%	100

GRÁFICO N° 5



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Funcionarios que trabajan en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

**Elaboración:** Valeria Carolina Rodríguez Naranjo.

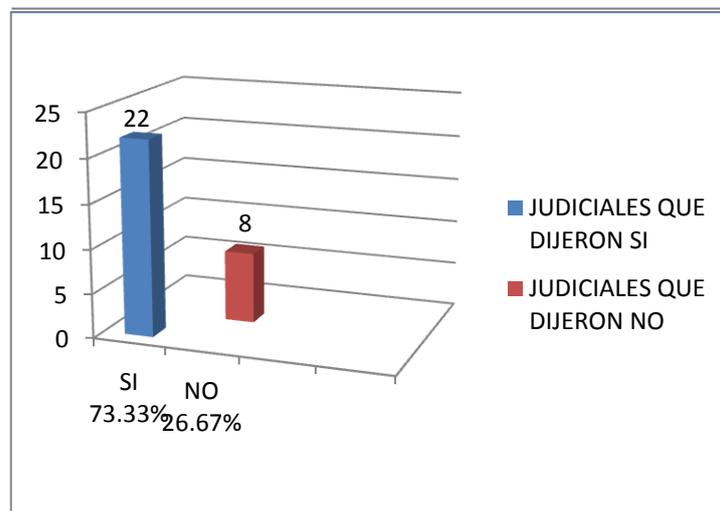
**Análisis de los resultados:** De 30 personas consultadas, 29 que constituyen un 96.67% manifiestan en la mayoría de resoluciones se da preferencia a la madre, dejando a un lado el análisis sobre la situación del padre, es decir no se hace un estudio a profundidad sobre el bienestar del niño, y se limita a aplicar la ley, mientras que 1 de los consultados manifiestan que no las resoluciones varían de acuerdo a la situación en la que se encuentre el menor, por lo que se considera en su mayoría las condiciones en las que se encuentran los dos progenitores.

En base a la pregunta N° 5. ¿Considera que debe haber una reforma a la ley, en cuanto a la tenencia?

CUADRO N° 9

JUDICIALES		TOTAL
SI	NO	
22	8	30
73.33%	26.67%	100%

GRÁFICO N° 6



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Funcionarios que trabajan en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

**Elaboración:** Valeria Carolina Rodríguez Naranjo.

**Análisis de los resultados:** De 30 personas consultadas, 22 que constituyen el 73.33% manifiestan que es necesario una reforma sobre el régimen de tenencia que se acople a los derechos e intereses de los menores, siendo necesario la intervención del equipo técnico en todo asunto de menores y brinde una igualdad de oportunidades tanto al padre como a la madre de un menor, sin distinción de su género. Por su parte, de los consultados, 8 personas que reflejan el 26.67% opinan que no es necesaria una reforma a esta ley, señalando que el procedimiento que se lleva en la actualidad es el adecuado para la sustanciación de estos procesos.

### **3.8.2 Discusión de los Resultados**

De los resultados obtenidos se puede determinar que la sustanciación de un régimen de tenencia, está reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de manera primordial el derecho que claramente está incluida en la Constitución de la República del Ecuador de manera directa el Art. 44 que asegura que el Estado, la sociedad y la familia deben promover de forma prioritaria del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, asegurando para el efecto el cumplimiento de sus derechos y atendiendo el principio del interés superior y que en virtud de la ley, nace el derecho de los padres a solicitar un cambio de régimen de tenencia para sus hijos, la misma que para hacer efectivo su derecho debe cumplir con los requisitos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia, que dispone al juez analizar lo más conveniente para el desarrollo integral de un menor de manera excepcional los artículos 118 y 106 ibídem, así también el Código Orgánico de la Función Judicial, que otorga la competencia a los jueces de familia para la tramitación de dichos procesos, el Código de Procedimiento Civil, establece los requisitos que debe cumplir una demanda al momento de solicitar al juez. Un proceso de régimen de tenencia, se inicia por la separación de los progenitores, de manera general en un divorcio, sea consensual o controvertido. A pesar de ser un derecho de los padres, la resolución a favor del padre no siempre es posible, puesto que claramente el Código de la Niñez y Adolescencia da en orden de preferencia a la madre, resulta un poco contradictorio que la situación del padre sea mejor que el de la madre del niño, pues a esta situación se acompaña el derecho de alimentos, pensión que debe ser asumida por el progenitor que no goza de la tenencia. Para la presentación de la demanda de cambio de régimen de tenencia, se debe establecer lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil vigente, caso contrario el juez debe mandar a completar dicha demanda, en el término de tres días, si el accionante no cumple el requerimiento del juez para poder dar inicio al trámite, el operador de justicia debe abstenerse de tramitar la causa, mandando a devolver la documentación. El proceso de régimen de tenencia produce efectos jurídicos y sociales; los efectos jurídicos del se dan cuando el Estado a través de sus funcionarios, cumplen a cabalidad la aplicación de norma correcta, sin vulnerar derechos de las partes y propiciando el

interés superior del menor, lo que da como resultado que el Estado cumple su función con la sociedad; mientras que las situaciones sociales que se observan son las de índole familiar, porque se da un cambio emocional para con el niño y en la familia, colocando al menor en el sitio adecuado para su desenvolvimiento.

### 3.9 Comprobación de Hipótesis

**CUADRO Nº 10**

Variable Independiente	De Acuerdo		No de acuerdo			
	Ni.	%	no.	%		
Pregunta 1	30	100%	0	0%		
Pregunta 2	23	76.7%	7	23.7%		
Pregunta 3	21	70%	9	30%		
	74		16		90	
Total	82.22 %		17.78%			100%

**CUADRO Nº 11**

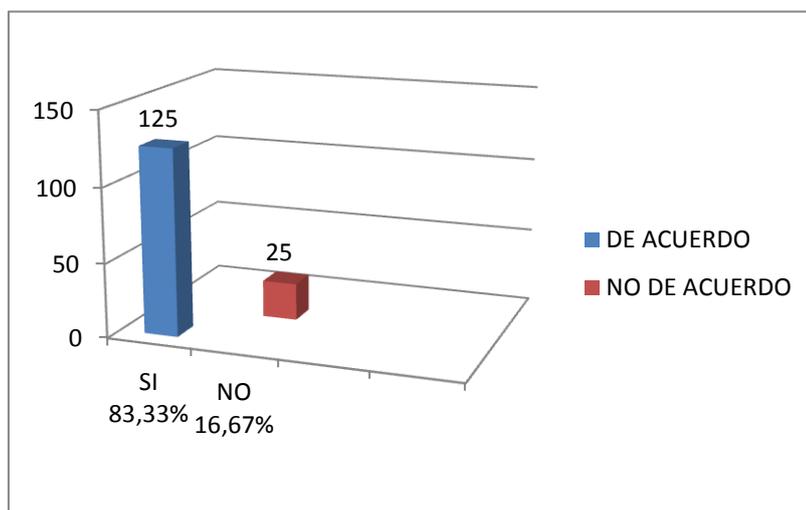
Variable Dependiente	De Acuerdo		No de acuerdo			
	Ni	%	Ni	%		
Pregunta 4	29	96.67%	1	3.33%		
Pregunta 5	22	73.33%	8	26.67%		
Total	51	85.00%	9	15.00%	60	100%

**CUADRO Nº 12**

		D.A	N.D.A		
<b>Suma</b>	<b>V.I.</b>	74	16		
	<b>V.D.</b>	51	9		
		125	25	150	100%
		83.33%	16.67%		

## GRÁFICO Nº 7

## COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS



**Fuente:** Encuesta aplicada a los Funcionarios que trabajan en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Riobamba.

**Elaboración:** Valeria Carolina Rodríguez Naranjo.

Mediante la entrevista realizada a los jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y a los demás empleados judiciales que laboran en el lugar, se puede determinar que el 83.33% de los consultados manifestó que la opinión de un niño atendiendo el principio del interés superior incide en la fijación del régimen de tenencia, puesto que una vez que se escucha al niño, es valorada por los sentidos del juez, logrando un mejor conocimiento del tema, ubicando una resolución justa proporcionando el desarrollo del menor y otorgando el derecho del acceso a la justicia de las partes. De esta manera se cumple a cabalidad lo que manda irrestrictamente la Constitución como deber primordial del Estado, generando que el niño cuente con un equilibrio emocional que le genere estabilidad en todo aspecto, como es el derecho de convivir en un ambiente sano junto a su familia, disfrutando de salud, educación, vivienda, recreación y todos y cada uno de los derechos que les asiste a los niños, sin que esto altere en su totalidad la relación parento-filial y evitando crear más diferencias entre sus progenitores. La opinión del menor crea un estudio que debe cumplir el juez previo a emitir su resolución, teniendo que considerar que caso contrario, el futuro del menor puede estar sujeto no solo a sufrimiento, sino que a su vez puede

generar efectos resarcibles ocasionando un daño al menor, a su familia y a la sociedad en un futuro. Claramente señalan que el trabajo que cumple un juez de familia puede tener como uno de los más considerados, por el estudio profundo que debe tener cada proceso, puesto que cada Mientras que el 16.67% manifiesta que la opinión del menor no produce ningún efecto para la resolución del juez, esto no solo en los casos de tenencia, sino en una manera general, no es relativamente importante y el juez aplica esencialmente lo que dice la norma, sin tomar en consideración si su fallo, cumple o no una justicia que brinde seguridad jurídica a las partes y el goce y acceso a la misma.

En la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en base a la observación y a las entrevistas realizadas, se puede establecer que la mayoría de resoluciones se refieren a tramites por la vía contenciosa general, con una minoría en divorcio por mutuo consentimiento, en muchos de estos casos existen hijos, que son sujetos y están inmersos en estos procesos así pues el efecto social que se observa es que, los niños o jóvenes no se desarrollan dentro de un ámbito familiar adecuado.

## CAPÍTULO IV

### 4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 4.1 Conclusiones

Las presentes conclusiones son establecidas en base a la investigación realizada, especialmente en cuanto a las entrevistas aplicadas:

- El procedimiento sobre el cambio del régimen de tenencia, se encuentra en el ordenamiento jurídico interno, pero debe seguir los mismos lineamientos que un proceso de patria potestad, lo que genera un método de aplicación de derechos similar, en casos que pueden ser totalmente distintos por la situación en la que se encuentre inmerso el menor.
- De manera general la resolución que emita el juez, dentro de un juicio de tenencia no afecta a las personas, pero de manera particular si, puesto que afecta a quienes se encuentran inmersos en los procesos, especialmente al progreso de los niños, los que deben desarrollarse en un ambiente familiar, gozando de cada uno de los derechos que les asisten, de igual manera al progenitor que solicita el cambio de régimen de tenencia, pues su solicitud se forma cuando considera que su hijo no está rodeado de un ambiente apropiado.
- Con la aplicación de la opinión del niño, en un procedimiento, así como el reconocimiento del derecho a ser consultado en asuntos que le afecten, generan una convicción y un mejor conocimiento del tema, para el operador de justicia, encargado de velar por la aplicación de una justicia imparcial, de modo que el fallo que dé, sea el correcto, brindando un estudio y análisis completo del tema, que no genere violación a los derechos de las partes, y de manera primordial del menor.
- Además se puede concluir que es necesario una reforma de manera inmediata al Código de la Niñez y Adolescencia, en lo concerniente al régimen de tenencia y la opinión del niño, ya que si bien es cierto no existen muchos procesos en los que la tenencia del menor sea requerida, la norma que regula su aplicación, no refleja los requerimientos ni

necesidades que necesita el menor, con el paso del tiempo, así como las condiciones en las que se encuentran los progenitores para poder ser valoradas, dando como derecho de preferencia a la madre. Por lo que se necesita de manera primordial la ayuda del equipo técnico, quien busque todos los detalles en cada proceso, propiciando una calidad de vida para el menor, y analizando a sus padres de manera conjunta, quien cumple con los requisitos y mejores condiciones para encargarse del cuidado y protección del menor, sin distinción de género.

## 4.2 Recomendaciones

En base a las conclusiones realizadas, expreso las siguientes recomendaciones:

- Que se legisle sobre el régimen de tenencia, de manera separada a lo que tiene que ver la patria potestad, de modo que conste en la ley de forma expresa, cual es el procedimiento, el trámite que se debe seguir, las etapas en las que las partes puedan hacer uso del derecho a la defensa.
- Que los jueces de familia garanticen a las partes el derecho de defensa, en igualdad de condiciones, pues se trata de un litigio sometido a conocimiento y resolución, por lo que se debe garantizar los medios de defensa necesarios.
- Que se escuche de manera obligatoria al menor, en todos los procesos de tenencia, considerando su grado de madurez, pero con la cooperación del equipo técnico y de manera esencial, el psicólogo quien emita un informe sobre la situación emocional del niño.
- Que se creen mecanismos de solución para que la ejecución de la resolución, no altere de forma drástica la situación por la que se encuentra el niño, propiciando un acuerdo entre las partes por el bienestar del menor.

## **CAPÍTULO V**

### **5. PROPUESTA**



## **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**

**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y**

**ADMINISTRATIVAS**

**Carrera de Derecho**

### **Título**

**"PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA".**

### **Autora:**

Valeria Carolina Rodríguez Naranjo

### **Asesor:**

Dr. Oswaldo Ruíz Falconi

### **Año**

2016

## **5.1 EXPRESIÓN DE MOTIVOS:**

Con la propuesta de reforma del inciso segundo del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que trata sobre las Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, que trate de forma obligatoria escuchar la opinión de los hijos e hijas sin importar su edad.

Que el artículo que se utiliza en la actualidad, si bien reconoce la opinión del menor, se lo hace de forma facultativa de juez cuando su edad sea menor a doce años, y únicamente obliga al operador de justicia escuchar la de adolescentes.

Que en los procesos de tenencia actué como requisito el informe emitido por el equipo técnico y la opinión del niño, niña o adolescente, considerando el grado de desarrollo de quien lo emite.

## **5.2 OBJETIVOS**

### **5.2.1 Objetivo General**

Reformar el inciso segundo del Artículo 196 del Código de Niñez y Adolescencia, sobre la opinión de los hijos e hijas menores de doce años, creando un mecanismo que verse sobre un requisito de manera obligatoria para la sustanciación de un juicio de tenencia, con la finalidad de que el proceso guarde los principios de interés superior del menor y congruencia con el texto constitucional.

### **5.2.2 Objetivos Específicos**

- Proponer una reforma al inciso segundo del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en la Sustanciación de los Juicios de Tenencia.
- Proponer un procedimiento para la tramitación de los juicios de régimen de tenencia con el fin que se garantice el derecho de ambas partes y se aplique el derecho del niño a ser consultado.
- Proponer que dentro de la tramitación del proceso se cuente de manera obligatoria con la intervención del equipo técnico, buscando de esta manera un análisis profundo de la situación del menor.

### **5.3 DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA.**



**REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

**EI PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL**

**CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre del 2008 determina que “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”.

Que el artículo 45 de la Constitución de la República vigente establece: " Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse

de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

Que, el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República vigente establece: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

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

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

Que, el artículo 11 numeral 7 de la Constitución de la República vigente establece: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

Que el numeral 1 artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño señala: “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”.

Que el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño afirma: “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 del procedimiento de la ley nacional”.

Que, el numeral 1 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador dice: “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

Que, el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador dice: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

En el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, previstos en el Art. 134 numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador; resuelve expedir la siguiente:

Ley Reformatoria al **inciso segundo del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia**

**Art. 1** Sustitúyase el segundo inciso del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia Civil, por el siguiente:

**Art.- 106 Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.-**

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

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

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

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez

psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

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

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

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

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

**Art.- 106 Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.-**

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

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

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

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad

se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

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

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

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

La opinión de los niños, niñas y adolescentes será de manera obligatoria, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral, actuación que deberá ser examinada con anticipación al hecho; en el caso de los niños y niñas, se requerirá el informe del equipo técnico que para el efecto se incluirá en la primera providencia; se desarrollará de oficio o a petición de parte, la misma que será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita.

**Art. 2** Deróguese el segundo inciso del Art. 106 vigente en el Código de la Niñez y Adolescencia.

“Esta norma entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial”.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala del Plenario de las Comisiones Legislativas de la Asamblea Nacional Constituyente, a los 15 días del mes de enero del dos mil quince.

## CAPÍTULO VI

### 6. MATERIALES DE REFERENCIA

#### 6.1 BIBLIOGRAFÍA

Alegre, S. & Hernández C. (s. f). *El interés superior del niño. Interpretaciones y Experiencias Latinoamericanas. Buenos Aires.*

Aguirre, R. A., Aguirre M.,& Aguirre, V. (s.f.). *La tenencia de menores.* Gráficas Cárdenas.

Cabanellas, G. (2007). *Diccionario jurídico elemental.* Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Cabrera, J. P. (2008). *Tenencia; legislación, doctrina y práctica.* Quito: Editora Juridica Cevallos.

Carril, J. L. (1999). *Derecho de familia.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cirello, M. (2000). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos de niño.*

Comité de los derechos del niño. (2009). *Observación general N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.* Obtenido de: [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12_sp.doc)

Dworking, R. (1989). *Los derechos en serio. Segunda Edición.*

Fuchslocher, E. (1983). *Derecho de menores, de la tuición.* Editorial Jurídica de Chile.

Gática, N. & Chaimovic, C. (2002). *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principios contenidos en la convención sobre los derechos del niño.*

Hollweck, B. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa en determinados conflictos familiares.*

Obtenido de: <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta-el-regimen.pdf>

López del Carril, J. (1999). *Derecho de familia*. Buenos Aires.

Medina, M. & Hollweck, G. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. Obtenido de:

<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Importante-precedente-que-acepta-el-regimen.pdf>

Ossorio, M. (s. f). *Diccionario de ciencias políticas y sociales. Edición electrónica*.

Ravetllat, I. (s.f). *El interés superior del niño*.

Séda, E. (2010). *El nuevo paradigma de la niña y el niño en américa latina. Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral. (1era ed.)*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

## **Normas Legales**

Código Civil. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2014). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial 737.

Código de Procedimiento Civil. (2009). Contenido mínimo obligatorio de la demanda. En C. D. CIVIL, *Código de Procedimiento Civil* (pp. 29). Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Publicación Oficial.

Constitución Política de la República del Ecuador. (1998). *Unesco*. Obtenido de: [http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/ecuador/ecuador\\_constitucion\\_politica\\_1998\\_spa\\_orof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/ecuador/ecuador_constitucion_politica_1998_spa_orof.pdf)

Convención sobre los derechos del niño. (1989). *Unicef*. Obtenido de: [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf)

Corte Constitucional para el período de transición. (2011). *Sentencia. 021-11-SEP-CC Caso 0317-09-EP.*

Corte Nacional de Justicia. (2014). *Sala especializada de la familia, niñez, adolescencia y adolescentes infractores, resolución no. 0081-2014.*

**ANEXOS**

## **ANEXO 1**

### **Convención Sobre los Derechos del Niño, ONU 1990.**

#### **PARTE I**

##### **Artículo 1**

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

##### **Artículo 2**

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

##### **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.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

#### **Artículo 4**

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

#### **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.

#### **Artículo 6**

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

#### **Artículo 7**

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

### **Artículo 8**

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

### **Artículo 9**

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

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.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede,

a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

### **Artículo 10**

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los

Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los

Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

### **Artículo 11**

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

### **Artículo 12**

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.

### **Artículo 13**

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
  - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
  - b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

### **Artículo 14**

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

### **Artículo 15**

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

### **Artículo 16**

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

### **Artículo 17**

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

### **Artículo 18**

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

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

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

### **Artículo 19**

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos

antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

### **Artículo 20**

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

### **Artículo 21**

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

## **Artículo 22**

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

## **Artículo 23**

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

#### **Artículo 24**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

### **Artículo 25**

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

## **Artículo 26**

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

## **Artículo 27**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

## **Artículo 28**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

## **Artículo 29**

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

### **Artículo 30**

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

### **Artículo 31**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

### **Artículo 32**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

### **Artículo 33**

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

### **Artículo 34**

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

### **Artículo 35**

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

### **Artículo 36**

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

### **Artículo 37**

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

### **Artículo 38**

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.
3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

#### **Artículo 39**

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

#### **Artículo 40**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a

quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

#### **Artículo 41**

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

### **PARTE II**

#### **Artículo 42**

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

#### **Artículo 43**

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se

establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.

3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el

Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.
8. El Comité adoptará su propio reglamento.
9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.
10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.
11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.
12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

#### **Artículo 44**

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:
  - a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;
  - b) En lo sucesivo, cada cinco años.
2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento

de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

#### **Artículo 45**

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

- b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;
- c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;
- d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

### **PARTE III**

#### **Artículo 46**

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

#### **Artículo 47**

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

#### **Artículo 48**

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

#### **Artículo 49**

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario

General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

### **Artículo 50**

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario

General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la

Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

### **Artículo 51**

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

#### **Artículo 52**

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

#### **Artículo 53**

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

#### **Artículo 54**

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

## **ANEXO 2**

### **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

#### **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

#### **SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES**

**Jueza Ponente: Roció Salgado Carpio**

**Quito, a 14 de mayo de 2014, las 08h17.**

**Referencia: Resolución No. 0081-2014**

**VISTOS:**

**1.- ANTECEDENTES.-** Luis Javier Martínez Hurtado, presenta demanda de impugnación del reconocimiento del niño Santiago Javier Martínez Castro, en contra de este último y de Hilda Cecilia Castro Pozo, su representante legal.

Sustanciada la causa en la Unidad Judicial Especializada Segunda de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Ibarra Provincia de Imbabura, rechaza la demanda por falta de prueba, así como la reconvención planteada por no haberse justificado conforme a derecho. El demandado interpone recurso de apelación, ante la Sala Multicompetente de esa provincia, que resuelve revocar la sentencia dictada por la jueza a quo, y aceptar la demanda, declarando que Santiago Javier Martínez Castro, no tiene como padre biológico al actor.

La demandada interpone recurso de casación, aceptado a trámite en auto de 7 de abril de 2014, las 08h20, por la Sala Especializada de Conjuces de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.

**2.- COMPETENCIA.-** Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por juezas nacionales, nombradas y posesionadas por el

Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; y designadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para actuar en esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, mediante Resolución No. 03-2013 de 22 de julio de 2013. Su competencia para conocer los recursos de casación interpuestos, se fundamenta en lo previsto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con los artículos 183 y 189 del Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;1, y 1 de la Ley de Casación.

**3.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** La casacionista alega infracción de los artículos: 1, 11, 44, 45, 46, 75, 82, 169 y 426 de la Constitución de la Republica; 131 del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia; 263 del Código de Procedimiento Civil; 131 del Código Orgánico de la Función Judicial y, 251 del Código Civil. Funda su recurso en la causal primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, además, la infracción de normas constitucionales.

**4.- SOBRE LA CASACIÓN.-** Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias, provenientes por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad, el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. En desarrollo de tal marco, una vez más debe la Sala reiterar que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y desarrollos jurisprudenciales fijados para su procedencia, pues un acto procesal de esta naturaleza y categoría está sometido en su formulación a una técnica lógico-jurídica especial y rigurosa, que, al incumplirse, conduce a que el recurso extraordinario resulte inestimable, imposibilitando el estudio de fondo de los cargos o dando al traste con los mismos. Ha de insistirse también en que éste medio extraordinario de impugnación no constituye una tercera instancia, y por ende, no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los

litigantes le asiste la razón, puesto que la labor de la Corte Nacional, siempre que el recurrente sepa plantear la acusación, se limita a enjuiciar la sentencia con el objeto de establecer si el juez de apelaciones, al proferirla, vulneró o no la ley sustancial de alcance nacional que estaba obligado a aplicar para rectamente dirimir el conflicto.

Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras de la seguridad jurídica, principio fundamental del Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

## **5.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

5.1.- Este Tribunal, realiza la confrontación de la sentencia recurrida con la normativa jurídica pertinente, para verificar la existencia de los vicios acusados. La técnica jurídica, recomienda el orden en que deben ser analizadas las causales y subraya que en los casos, como éste, cuando se denuncia la violación de normas constitucionales corresponde iniciar el estudio por aquellas; en un estado constitucional de derechos y justicia, la administración de justicia se rige por el principio de supremacía constitucional, su aplicabilidad directa e inmediata, y el carácter de garantes de los derechos de las y los jueces.

De comprobarse los vicios alegados, en estas normas, haría inoficioso el análisis de los restantes cargos, dado el carácter privilegiado de estos principios y reglas.

5.2.- La recurrente, manifiesta: “La ausencia de un examen de ADN en los términos expuestos y señalados no constituyen ser un signo de mala fe sino un acontecimiento concordante con las circunstancias y justificable (Art. 263 del Código de Procedimiento Civil).- Esta circunstancia no le atribuye al operador para emplearlo dolosamente en contra del menor, por el contrario sus derechos deben ser siempre reconocidos y protegidos en forma preferente conforme así lo exige el Art. 44, 45, 46 de la Constitución de la República en los que textualmente

el Estado garantiza por entre todas las personas o seres humanos el derecho preferente del menor”. 5.3.- Ahora bien, en acuerdo al principio del interés superior de los niños y niñas, consagrado en el artículo 44 de la Constitución, en armonía con el 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, subraya el reconocimiento y la obligación del estado, la familia y la sociedad en la tutela y garantía del ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el reconocimiento de su condición de sujetos de plenos derechos, y, en la protección especial atendiendo a su condición de seres humanos en desarrollo.

Este interés superior es una noción relacional, que deja claro que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, éste, prevalece por sobre el de los padres, las madres, la sociedad y el estado, consecuentemente, en todo proceso judicial o administrativo que involucre a estos actores sociales, los jueces y juezas están obligados a privilegiarlos y tutelarlos de forma efectiva. En esta misma línea, la jurisprudencia internacional señala que, “no basta con afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad”, por tanto, que las decisiones que se tomen, en cada caso, deben ser traducidas en acciones que garanticen, las condiciones de dignidad en correspondencia con su condición de personas en formación y que se materialicen en calidad de vida, de forma tal, que ellos/ellas lo sientan y lo perciban en la cotidianidad. En ese orden de ideas, se recuerda que este principio está en la base de la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente, como sujeto portador de “todos los derechos...”, doctrina, que al haber sido asumida, formalmente, por el Ecuador, en la firma de los tratados internacionales que la proclaman, hace parte del bloque de constitucionalidad, por cuanto ha sido formalmente asumida por el estado. 5.4. En esta línea de reflexión, nuestra Carta Mayor reconoce un núcleo duro de derechos de los niños y niñas, entre estos, el derecho a la identidad personal y colectiva “que incluye tener nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos, y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y

sociales”<sup>5</sup> (el énfasis nos pertenece). 5.5.- En este orden de ideas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo VI; la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17, al proclamar protección social y estatal de la familia, personas reconocen el derecho la de todas las a ser parte de una familia, en el entendido que ésta, como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 67 de la Constitución) protege a sus integrantes, sus derechos e igualdad. opinión de John Rawls, En este contexto, conviene traer la necesidad social de fortalecer varias instituciones básicas, entre las que se encuentra la familia: “el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social...Tomadas en conjunto, como un esquema, las instituciones más importantes definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga”. 5.6.- En esta lógica, el doctrinario francés Malaurie, afirma, en materia de filiación no existe una sola verdad, sino muchas: “la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”)<sup>7</sup>. En otras palabras, además de la dimensión biológica, se debe tomar en cuenta la existencia de otras, la sociológica, cultural, social y psicológica, que son claves en la construcción de la identidad de las personas, y consecuentemente, deben ser ponderadas al momento de la aplicación del derecho. La relevancia jurídica de esta línea de examen, permite anotar la opinión del experto en derecho de familia: Luis Mizrahi: “... en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato”. 5.7.- La Corte Constitucional, al amparo de la supremacía constitucional y tratados internacionales de derechos humanos, en protección del derecho de los y las niñas y adolescentes a su identidad, nombre y ciudadanía, de su interés superior y con base en los artículos 1, 3.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en expresa, sobre el tema en su condición de garante del

interés superior, análisis:

“Es obvio que las Convenciones Internacionales no se ocupan de los casos en los cuales un niño es privado de su identidad "legalmente", como en el ejemplo (del presente caso): El niño, a quien la ciencia le ha dicho que la persona que aparecía como su padre, no lo es; y- paradójicamente- pretendiendo proteger su identidad, le dejan sin ninguna. El efecto de la sentencia ha profundizado la incertidumbre del niño. Durante todos los años de vida del niño fue reconocido entre su familia, su entorno social, su medio educativo, su barrio, sus parques y sus relaciones; ese niño fue conocido y reconocido con el nombre y apellidos con los que -posiblemente- fue bautizado”. Si bien el juez plural cita un fragmento de una sentencia que contiene una conceptualización del Principio del interés superior, la cita, no forma parte del análisis de fondo, pues se limita a la valoración de la prueba, en especial, a la inasistencia injustificada de la demandada y su hijo a la práctica del examen de ADN “cuyos resultados otorgarían este una verdad procesal rector, insustituible”, aplica desconociendo palmariamente, principio además, indebidamente la presunción negativa de hecho contenida en el artículo innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, como “presunción de no paternidad”, en consideración a que la madre ni su hijo se practicaron el examen de ADN.

Este Tribunal ha señalado, que las presunciones deben constar en la ley, y, deben aplicarse a favor de quienes han sido previstas, en el caso de la presunción de hecho de la norma citada, ésta ha sido concebida en favor de los niños, niñas y adolescentes, frente a la negativa del demandado o demandada a someterse a la prueba de ADN; “La presunción constante de la norma transcrita constituye una prueba tasada que tiene por objeto establecer la filiación como efecto de la negativa a la práctica de esta prueba científica para fundamentar la imposición de una pensión alimenticia y no prevé otro presupuesto, ni otro efecto jurídico, constituye una excepción al sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba, asumido por la legislación ecuatoriana, que no se puede aplicar de manera inversa; la presunción positiva como consecuencia de un hecho negativo implica el presumir como cierto el hecho desconocido de la paternidad o

maternidad, presunción positiva que no puede trastocarse por voluntad de las partes o el juez en presunción negativa, para destruir la validez jurídica de un acto legalmente realizado como el reconocimiento voluntario de paternidad, que resulta un hecho conocido.

De lo señalado este Tribunal, deja establecida la improcedencia de aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa al examen de ADN, para destruir la filiación establecida en forma legal”.

En tal virtud se acepta el cargo. 5.8.- Este Tribunal recuerda que el reconocimiento voluntario, una de las formas de obtener la filiación, no es revocable, pero, puede ser impugnado por el hijo y por toda persona que pruebe interés actual en ello. La doctrina mantiene una línea uniforme respecto del reconocimiento de la filiación considerándola como el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de admitir la paternidad o maternidad de un hijo/a y señala para éste las siguientes características: a) unilateral; b) formal y expreso irrevocable, aunque, sujeto a impugnación. Nuestra legislación, expresamente se refiere a la naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario, y sostiene que es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. Los seres humanos gracias a la libertad somos dueños de nuestros actos. Un acto voluntario tiene los siguientes momentos: el entendimiento, la deliberación, la decisión, la ejecución y la asunción de responsabilidades; jurídicamente los vicios de la voluntad hacen posible la anulación de los actos lícitos. 5.9.- Ahora bien, el accionante en su demanda, señala que luego de una “aventura amorosa” con la demandada, supo que ella había tenido un hijo y que: “ella me pidió de favor que le diera el apellido a su hijo, en virtud de que el abuelo del menor, había decidido donarle un terreno y para lo cual, requería que el menor consta en su partida de nacimiento, con el nombre del padre.

Ante tanta insistencia y sin precaver los hecho que podrían suscitarse a futuro, por un acto de humanidad, acepté reconocer al indicado menor (sic)”, y, presenta como prueba, únicamente, dos de la cruz roja ecuatoriana que dan cuenta que la demandada y su hijo no concurrieron para la práctica del examen de ADN, por lo que el estudio no pudo realizarse, sin embargo, es importante remarcar que este

medio de prueba científico es idóneo para la impugnación de la paternidad, sin que, en este caso, haya sido objeto de discusión la relación paterno filial, pues, lo que se impugna es el reconocimiento voluntario. 5.10.- con estos lineamientos, este Tribunal recuerda que la voluntad tiene importancia capital en el derecho civil “como expresión concreta de la iniciativa individual (la que) efectivamente genera, modifica, transforma, aniquila, extingue los derechos y las situaciones jurídicas, pero no por el solo imperio del libre albedrío, sino en cuanto es conducta humana reglada por el derecho...La voluntad individual aparece en todas las instituciones...”. Ahora bien, para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad<sup>14</sup> se requiere del concurso de los siguientes requisitos: “que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita”.

Por ello, la voluntad tanto en su formación (entendimiento, deliberación, decisión), como en su exteriorización (ejecución y asunción de responsabilidades), debe estar libre de vicios del consentimiento: de error, vicio causado por el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado en la ignorancia o incompleto conocimiento; de fuerza, falta de libertad física o moral, y de dolo, falta de conocimiento provocado, engaño; debe, además, tener objeto y causa lícita, “el error y el dolo, afectan al acto voluntario en el elemento que el Código Civil argentino denomina intención, es decir en la etapa de reflexión, nombre que le da Savigny; el otro, la violencia, priva de libertad al agente, en el momento en que debe decidir...”<sup>15</sup>. Por el contrario, cumplidos los requisitos para la vinculatoriedad de la declaración de voluntad, el acto jurídico, en este caso, el reconocimiento del niño, produce plenos efectos (derechos y obligaciones). Ciertamente que, la ley prevé requisitos para hacer viable su impugnación por vía de la nulidad, con fundamento en la existencia de los vicios del consentimiento, objeto o causa ilícita, sin embargo no considera razones de cambio de voluntad; sin que obre del proceso que el reconociente, haya probado la existencia de alguno de los vicios del consentimiento, objeto o causa ilícita.

**6.- DECISIÓN:** En coherencia con los postulados que anteceden, este Tribunal de

la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, casa la sentencia impugnada en los términos de este fallo y desecha la demanda propuesta por improcedente. Sin costas ni multas. Notifíquese y devuélvase. F) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL, Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA, que certifica.

## **ANEXO 3**

### **Sentencia de la Corte Constitucional respecto al interés superior del niño.**

#### **CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN**

**Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Edgar Zárate Zárate**

**Quito, 01 de Septiembre del 2011.**

**Sentencia No. 021-11-SEP-CC**

**Caso Nº 0317-09-EP**

ANTECEDENTES.- De la Solicitud y argumentos: La señora María Fátima Ruiz, amparada en lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, presenta una acción extraordinaria de protección en contra de los siguientes fallos: 1. Auto de fecha 23 de enero del 2008 a las 09h13, mediante el cual se aceptó y tramitó el juicio de tenencia N| 2785-2007 y se entregó la custodia provisional de la niña María José González Ruiz al padre, señor José Manuel González Rodríguez, emitido por Alemania Centeno Henk de Adum, quien actuó como Jueza Primera Titular del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas; 2. Resolución del 18 de julio del 2008, a las 11h35, emitida por la Ab. Marcia Montero Trujillo, Jueza Suplente del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayaquil, que concedió la tenencia de la niña María José González Ruiz, al padre José Manuel González Rodríguez; y 3. Auto interlocutorio de fecha 23 de marzo del 2009 a las 16h15, que dentro del juicio 868-2008 dictaron los Jueces Provinciales de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante el cual desestimaron el recurso de ampliación, revocatoria, nulidad, poniendo fin a la instancia y ordenando que por agotada la tramitación del proceso en ese nivel, se lo devuelva al juzgado de origen, quedando firme la resolución del 18 de julio 2008. La accionante manifiesta que de la relación mantenida con el señor José

Manuel González Rodríguez, procrearon una niña, María José González Ruiz, nacida el 16 de septiembre del 2004, sin constituir hogar de hecho, puesto que el referido ciudadano vivía en el Km. 1 vía Samborondón. Afirma que en el mes de Julio del 2007, al ser víctima de violencia, procedió a desocupar el inmueble ubicado en la Cdla. La Garzota y retorno con su hija al hogar bien constituido de sus padres en el barrio Valle Hermoso del recinto Riochico, Cantón Portoviejo, Provincia de Manabí. Durante aquel tiempo, señala que el señor González Rodríguez visitaba a su hija, sin beneficiarse de una pensión de alimentos, siendo la accionante quien mantenía el hogar con lo que producía en un taller de costura que implementó, dejando a la menor durante las horas de trabajo en el Centro de Desarrollo Integral del INNFA Nuevos Amigos, en donde se constataba su normal evolución La accionante señala que el 14 de diciembre del 2007, el señor José González Rodríguez trasladó a la menor a la ciudad de Guayaquil, argumentando una supuesta entrega de presentes navideños, negándose a entregarla una vez llegado a su domicilio en la referida ciudad, y planteó posteriormente la demanda de tenencia en el Juzgado Primero de la Niñez de Guayaquil.

Considera que sin tener competencia por razón del territorio, la Jueza de Guayaquil aceptó la demanda de tenencia N.º 2785-2007, pese a que en la misma demanda consta que el domicilio de la accionante es en la parroquia de Río Chico del Cantón Portoviejo, provincia de Manabí, acompañado incluso de un croquis del domicilio. En igual forma, señala que la demanda no cumplió con los requisitos de admisibilidad, dado que el padre de la niña no justificó el pago de alimentos. A pesar de lo expuesto, manifiesta que, sin fundamentó, la jueza dispuso el 23 de enero del 2008 a las 9h13, que la niña María José González Ruiz continúe bajo los cuidados del padre, regulando visitas a favor de la accionante los días sábados y domingos desde las 1h00 hasta las 18h00 en la vivienda del padre. De esta forma, la jueza desacató la orden de recuperación de la niña ordenada dentro del trámite de recuperación por la Jueza Primera de la Niñez de Portoviejo, desconociendo el juicio de recuperación y el juicio de competencia N.º 109 del 2008, entablado en el Juzgado Primero de la Niñez de Manabí.

En este orden, considera evidente el ocultamiento por parte de la Jueza Primero de la Niñez de Guayaquil del acta de inspección judicial, realizada al domicilio de

la accionante, en Ríochico, cantón Portoviejo, provincia de Manabí, el día 16 de mayo del 2008, para favorecer al demandante. Tanto es así que para cumplir con la diligencia judicial ordenada en el proceso por segunda ocasión, para el 16 de mayo del 2008 a las 11h00, la Jueza Dra. Alemania Centeno Henk de Adum se trasladó en avioneta a la ciudad de Portoviejo y en vehículo llegó al domicilio de la accionante, acompañada del Secretario del Juzgado, Ab. Carlos Pinela, del actor José Manuel González y su abogada, y como constató que la niña no vivía en condiciones de pobreza ni de promiscuidad ni rodeada de gente de mal vivir y que la casa no era de un solo ambiente, sino amplia para vivir, optó por no dejar constancia procesal de la inspección que realizó, además de las pruebas practicadas.

A juicio de la accionante, tomando en consideración que la resolución de primera instancia viola el debido proceso, derechos fundamentales, leyes adjetivas y sustantivas, especiales y orgánicas e instrumentos internacionales, interpuso recurso de apelación, correspondiendo mediante sorteo a la Primera Sala de lo laboral, Niñez y Adolescencia, el cual fue aceptado y tras la realización de la audiencia, se dictó auto interlocutorio el 23 de marzo del 2009, que declaró no interpuesto el recurso, por incumplir lo dispuesto en el artículo 279 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Por lo expuesto, sostiene que se han violado los artículos 44, 45, 75 y numerales 1, 4 y 7, literales k, l y m del artículo 76 de la Constitución de la República, por la falta de competencia, independencia, imparcialidad, falta de motivación al no explicarse la pertinencia de las normas y principios jurídicos a los antecedentes de hecho, falsa valoración de las pruebas e indebida actuación de las mismas, entre otras.

### **PRETENSIÓN CONCRETA**

La accionante expresamente solicita que se declare "que se han violado las garantías del debido proceso y mis derechos fundamentales, declarando la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia y ordenen la entrega de mi hija María José González Ruiz a mi favor, la restitución de la tenencia de mi hija y ordenen la correspondiente reparación integral de los derechos que como madre

tengo sobre mi hija María José González Ruiz, sin perjuicio de que el padre provea los alimentos necesarios".

### **RESOLUCIONES IMPUGNADAS**

Parte pertinente del Auto dictado por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas, de fecha 23 de enero del 2008 a las 9h13, dentro del juicio de tenencia N.º 2785-2007: "JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL GUAYAS TENENCIA.- VISTOS: Cumplida la Audiencia de Conciliación entre las partes, esta autoridad dispone provisionalmente que la niña María José González Ruiz, continúe bajo los cuidados y protección del padre, regulándose visitas a favor e la madre MARÍA FÁTIMA RUÍZ CARREÑO, todos los días sábados y domingos, desde las 1h00 hasta las 18h00, visitas que se deberán realizar en el domicilio del señor JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, ubicado en la Urbanización Villa Nueva, de la Vía a Samborondón Villa No.79,(...) "Parte pertinente de la Resolución del 18 de julio del 2008 a las 11h35, dictada por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas, dentro del juicio de tenencia No.º 2785-2007:

"JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL GUAYAS

Causa: DEMANDA DE TENENCIA No. 2785-2007 Guayaquil, 18 de julio de 2008.- Las 11h35.- VISTOS: (...) RESUELVE: DECLARAR CON LUGAR LA PRESENTE DEMANDA DE TENENCIA PRESENTADA POR EL SEÑOR JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ EN CONTRA DE LA SEÑORA MARÍA FÁTIMA RUÍZ CARREÑO, POR LO QUE CONSECUENTEMENTE LA MENOR MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ RUÍZ ESTARÁ BAJO LA TENENCIA, CUIDADOS Y PROTECCIÓN DE SU PADRE SEÑOR JOSÉ GONZÁLEZ, Y SE REGULAN LAS VISITAS A FAVOR DE LA MADRE SEÑORA MARÍA RUÍZ CARREÑO LOS DÍAS SÁBADOS Y DOMINGOS EN EL HORARIO DE 11H00 A 18H00 EN QUE SERÁ REINTEGRADA AL HOGAR PATERNO; ASÍ MISMO PASARÁ CON LA MADRE, EL DÍA DE LAS MADRES, NAVIDAD, FIN DE AÑO, EN EL MISMO HORARIO ESTABLECIDO.- Este fallo se encuentra amparado en lo que disponen los artículos 11 y 118 del Código de la Niñez y Adolescencia.- LÉASE Y NOTIFÍQUESE.-"

Parte pertinente del auto interlocutorio de fecha 23 de marzo del 2009 a las 16h15,

que dentro del juicio 868-2008 dictaron los Jueces Provinciales de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas: "Guayaquil, 23 de marzo del 2009.- Las 16h15.- VISTOS: (...) Cuatro.- De lo analizado y expuesto, corresponde a este Tribunal únicamente cumplir con lo imperativamente normado en el segundo inciso del Art. 269 del Código de la Niñez y Adolescencia, esto es, declarar no interpuesto el recurso de apelación propuesto.. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Laboral y la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **DECLARA NO INTERPUESTO** el recurso de apelación planteado por la demandada y ordena la devolución del proceso al Juzgado de origen (...)".

## **DE LA CONTESTACIÓN Y SUS ARGUMENTOS**

En atención a lo previsto en los literales a y A del artículo 56 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, publicadas en el Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, que establece que la Sala de Sustanciación en el auto inicial avocará conocimiento del proceso y dispondrá la notificación a la jueza o juez o tribunal que expidió la decisión judicial impugnada, disponiendo la presentación de un informe debidamente motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda, así como la comunicación a la contraparte del accionante para que, de considerarlo pertinente, se pronuncie en el plazo de quince días, exclusivamente respecto de la presunta vulneración en el proceso de juzgamiento de los derechos reconocidos en la Constitución, mediante providencia de fecha 27 de enero de 2010 a las 10h31 se dispone notificar con el contenido de la providencia y de la demanda respectiva a la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, a fin de que presenten un informe debidamente motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda y señalar para el día miércoles 10 de febrero del 2010 a las 11h00 la realización de la audiencia; así como hacer conocer el contenido de la demanda a la contraparte, señor José Manuel González Rodríguez, para que se pronuncie en el plazo de quince días. Dando cumplimiento a la providencia emitida por la Segunda Sala de la Corte

Constitucional, de fecha 27 de enero de 2010 a las 10h31, los doctores Efraín Duque Ruiz, Luis Riofrío Terán y Francisco Morales Garcés, jueces de la Primera Sala de lo

Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante escrito presentado el 5 de febrero del 2010, manifiestan lo siguiente: En virtud del sorteo realizado el 16 de noviembre del 2008, correspondió a la ahora ex Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil el conocimiento de la resolución en segunda instancia del proceso de tenencia propuesto por José Manuel González Rodríguez, juicio proveniente del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia, en el que la Juez suplente, Ab. Marcia Montero, el 18 de julio del 2008, dictó la resolución materia de la presente acción, declarando con lugar la demanda, disponiendo que la niña María José González esté bajo la tenencia, cuidado y protección de su padre y establece el régimen de visitas para la madre. Observan que de las actuaciones procesales habidas en la causa, la interposición del recurso de apelación no cumple con lo dispuesto en el artículo 279 del Código de la Niñez y Adolescencia, puesto que no fue fundamentado, y la accionante María Ruiz así lo reconoce cuando en el numeral 2 de su escrito manifiesta "Ante el superior sabré justificar mis justos y legítimos derechos" y en el numeral 5 expresa "en mérito de lo expuesto elévese los autos ante el superior jerárquico, por ser legal, donde fundamentaré la barbarie cometida en mi contra", sin que se precise los puntos a los que se contrae el recurso.

Consideran así que la exigencia antes señalada se encuentra vigente al haber sido ratificada en el segundo inciso del artículo innumerado 40 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia dictada por la Asamblea Constituyente el 14 de julio del 2009.

Por las consideraciones anotadas, esto es, al no haberse cumplido lo previsto en el artículo 279 del Código de la materia, al no haberse precisado los puntos a los que se contrae el recurso de apelación, el 23 de marzo del 2009 los accionados declaran no interpuesto el recurso de apelación planteado.

Respecto a la no declaratoria de nulidad por falta de competencia, se deja constancia que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 255 del Código de la Niñez y Adolescencia, se estableció la administración de justicia especializada

de la niñez y adolescencia integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

Por ello, en su criterio, la Jueza Primero de la Niñez y Adolescencia era competente para el conocimiento y resolución del proceso materia de estudio, ya que en el cantón Samborondón no existe Juez de la Niñez y Adolescencia, sino Juez de lo Civil.

De los argumentos de otros accionados con interés en el caso

Una vez fenecido el plazo se deja constancia de que no se ha presentado ningún informe por parte del señor José Manuel González Rodríguez, habiendo notificado.

## **II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **Competencia**

El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en atención a lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República; en el presente caso, sobre el auto de fecha 23 de enero del 2008 a las 09h13, expedido por la Jueza Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas, dentro del juicio de tenencia N.º 2785-2007; la resolución del 18 de julio del 2008 a las 11h35, emitida por la Juez Suplente del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas, en el juicio de tenencia N.º 2785-2007 y el auto interlocutorio de fecha 23 de marzo del 2009, a las 16h15, expedido por la

Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro del juicio de tenencia N.º 868-2008.

Mediante auto de fecha 6 de octubre del 2009 a las 15h47, la Sala de Admisión considera que la acción extraordinaria de protección cumple con los requisitos de procedibilidad establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 52 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, y por tanto, admite a trámite la presente acción extraordinaria de protección.

## Problema jurídico planteado

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, deberá establecer si las resoluciones impugnadas, expedidas por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas y por la Primera Sala de lo Laboral y la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, violaron los derechos a la tutela efectiva, imparcial y expedita y al debido proceso de la accionante, señora María Fátima Ruiz Carreño, en el juicio de tenencia instaurado por el señor José Manuel González Rodríguez.

Como se señaló, la presunta vulneración de derechos constitucionales devino de la actuación de los jueces en el juicio de tenencia instaurado por el padre de la menor, niña María José González Ruiz, en contra de la señora María Fátima Ruiz Carreño; por ello, previo a resolver el problema jurídico de fondo, es necesario señalar algunas líneas respecto a la naturaleza de la tenencia en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes y los derechos de los padres.

## Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes

A nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño "establece un mínimo estándar de protección de los derechos de la infancia, aplicables a todas las personas menores de 18 años, reconociendo además con igual énfasis la importancia del disfrute tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales

y culturales"<sup>1</sup>. Por su parte, la Constitución de la República, en su artículo 44, consagra: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales".

En efecto, en atención al mandato constitucional, en el artículo 45 ibídem se establece que: "las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas".

Concretamente, el Código de la Niñez y la Adolescencia prevé en su artículo 15 que: "... Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad...". De esta forma, en otros derechos se reconoce el derecho a tener una familia y a la convivencia familiar, en los siguientes términos:

"Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral...".

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

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

En atención a tales postulados constitucionales y legales se desprende que los niños, niñas y adolescentes gozan de un cúmulo de derechos fundamentales, que aseguran su desarrollo integral, que tienen prevalencia frente a los derechos de las demás personas y, en consecuencia, en el ordenamiento jurídico interno se prevé una serie de mecanismos para proteger los referidos derechos; uno de ellos es el juicio de tenencia, a más de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el acceso a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral<sup>2</sup>. Es por ello que "hoy por hoy, a pesar de algunas reticencias teóricas, es evidente que el menor tiene derechos que le protegen de ciertos abusos o situaciones que pudieran enfrentarse a sus intereses de gozar de un desarrollo personal, social y moral pleno que garantice al máximo sus necesidades afectivas y de bienestar social".

En tal virtud, y por su importancia, el principio de interés superior del niño y su especial protección, se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos: "Art. 3.- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...". Conforme se lee, no se trata de una definición clara respecto a este principio; sin embargo, la doctrina considera que "el mismo incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del /la niño/a"; otros consideran que el artículo mencionado constituye "una provisión paraguas en el sentido que provee de protección o sirve de referencia en situaciones o condiciones no especificadas".

Al respecto, el Código de la materia, en su artículo 11 establece: "Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está

orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

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".

De esta forma, respecto a la protección del niño o niña "el reconocimiento de los derechos implica que éste va a tener, en primer lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de los poderes y las instituciones públicas; en segundo lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de los miembros y entidades de la sociedad en la que vive y, en tercer lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de sus padres y tutores".

Respecto de la tenencia, prevista en el Código de la Niñez y Adolescencia

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia establece la procedencia de la tenencia, así tenemos: "Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior".

La necesaria remisión que realiza el Código de la materia al artículo 106 del referido cuerpo legal nos lleva a seguir las reglas previstas para confiar el ejercicio de la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil. Es decir, los jueces competentes, al resolver sobre el juicio de tenencia, deberán observar las reglas dispuestas en el artículo 106 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia, así como, en forma preminente, cumplir lo dispuesto en la

Constitución de la República, para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La tenencia está encaminada "a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta" . En este caso, el juez de la niñez y adolescencia es el encargado de decidir en forma justa y conveniente a quien otorga la tenencia sea provisional o definitiva de las niñas, niños o adolescentes, en atención a las características especiales de cada caso. Por ello, "el principio general y básico que domina la materia es el siguiente: debe tenerse en cuenta, primordialmente, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y, aun sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos, resolverse en función de ese interés, sin que el marido o la esposa puedan alegar preferente derecho, salvo, por supuesto, la preferencia que a favor de la madre otorga la ley respecto de los hijos menores de cinco años.. ."

A continuación se detallan algunos criterios que las juezas y jueces de la niñez y adolescencia deben tomar en consideración a la hora de decir a cuál de los padres encargan la tenencia:

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

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

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

- La presunción de "el/la dador/a de cuidados básicos": Según esta doctrina, Los /las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los /las niños/as". En esta línea se han desarrollado otros factores a ser tomados en cuenta por los jueces, a saber: "- Los deseos del/la niño/a para su custodia,

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

Finalmente, concientes de la compleja tarea que desarrolla la jueza o juez, consideramos que al tomar una decisión en el juicio de tenencia, a más de los parámetros señalados, es imperativo que exista un justo equilibrio entre los principios y derechos en pugna, es decir, entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos de los padres, y el principio de igualdad y no discriminación por razones de género. En otras palabras, la jueza o juez no podría ciegamente dar preferencia a la madre por el hecho de serlo y por considerar que es quien tradicionalmente provee de cuidado y atención a los hijos, sino atendiendo el principio de interés superior del niño, y siempre y cuando los padres se encuentren en igualdad de condiciones, salvo la la residencia donde vivía la menor no es precaria, y cuenta con las comodidades necesarias para su desarrollo integral (según memoria gráfica que obra de autos).

Otro argumento recurrente expuesto por el padre es el presunto mal estado de salud de la menor cuando se encontraba a cargo de su madre, en el campo, presentando al efecto un certificado médico de carácter privado. Frente a ello, constan también certificados y recetas médicas que demuestran que la madre en igual forma se preocupaba por la salud integral y nutrición de su hija, sin

observarse diagnósticos graves que hicieran presumir un deterioro en la salud de la menor.

Por otra parte, cabe mencionar que las visitas autorizadas a la madre de la menor no se han realizado en forma normal, por disposición unilateral del padre, teniendo la accionante que someterse a sus disposiciones con la única finalidad de visitar a su hija, aún más considerando la distancia, puesto que la progenitura tiene su residencia en el cantón Portoviejo.

La preocupación del padre se centra en considerar que la niña, al no estar rodeada de comodidades, no pueda desarrollarse en debida forma, señalando que mientras se encontraba bajo su cuidado todas sus necesidades estaban satisfechas. Sin embargo, la estabilidad psicológica de la menor no está únicamente en satisfacer sus necesidades de recreación, de educación, de deporte, entre otras, que como padre responsable brindaba a su hija mientras se encontraba en armonía con la madre, sino principalmente en la expresión de afecto y compañía que demanda una niña de su edad, que promueva su desarrollo integral; lazos emocionales que resultan estrechos con su madre, al ser la única familia estable en el núcleo familiar, conforme se mencionó, y por ende con su familia en línea materna.

Por otra parte, se le priva a la menor de su derecho a tener una familia, no solamente con la separación de su madre, sino también al desconocer la Jueza Primera de la Niñez y Adolescencia en su fallo, que la menor estuvo viviendo con su hermano uterino, que si bien no tiene ningún parentesco ni relación afectiva con el demandante, no se puede desconocer que existe un lazo de filiación que no puede ser negado por el padre de la menor, aduciendo a su juicio que es un "chico trastornado y agresivo que por inseguridades tiene problemas serios para hablar y comunicarse", hecho que tampoco es probado dentro del proceso.

Ello nos hace ver que si bien el padre ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones económicas, que devienen en la satisfacción de las necesidades de la niña, brindándole educación, salud, alimentación, recreación, deporte, etc., en óptimas condiciones, con el único objetivo de protegerla de todo peligro, cumpliendo con su deber como progenitor, no es aceptable que pretenda suplantar injustificadamente la filiación materna, es decir, separar a la niña de su medio familiar que ha estado presente desde su nacimiento y que ha contribuido a

su desarrollo tanto físico como emocional y, en consecuencia, romper los lazos afectivos que unen a la niña con su familia.

Por lo expuesto, la Corte, atendiendo al interés superior de la menor, deberá determinar su bienestar por sobre las diferencias existentes entre sus padres, los cuales, conforme se mencionó, tienen el deber de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece el Código de la materia; en consecuencia, los progenitores deben: "1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto; 2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio; 3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa; 4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso; 5. Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales; 6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo; 7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica; 8. Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente; y, 9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalan en este Código y más leyes<sup>1</sup>. En este orden, la separación de su madre debió ser justificada, es decir, debió probarse que la menor se encontraba en situación de vulnerabilidad, y no únicamente alegarse tal hecho, conforme consta en la demanda: "en la actualidad la madre de mi hija ha incurrido en las siguientes causales mientras ha mantenido bajo su custodia a mi antedicha hija: 1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija; 5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; 6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija". Hecho que no ocurrió, puesto que la Jueza de Instancia en su fallo se remite a establecer la diferencia del entorno y lugar en el que se encontraba viviendo la menor en la ciudad de Guayaquil y el

lugar donde vivía en la provincia de Manabí, hecho que fue determinante, a su entender, para otorgar la tenencia al demandante.

Al respecto, cabe señalar que a más de lo manifestado, no es justificable que la Jueza de Instancia conciba como sinónimo, de bienestar la situación suntuaria en la que vive el padre, y a la que fue conducida la menor, pues recordemos que antes de su traslado a Portoviejo, la niña María José vivía con su madre en la Cdla. Garzota en la ciudad de Guayaquil, en condiciones normales, sin contar tampoco con las comodidades que se aprecian en el hogar del demandante, conforme consta en la propia sentencia. Cabe recordar lo dispuesto en el artículo 114 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece: "Art. 114.- Improcedencia de limitar, suspender o privar la patria potestad por razones económicas.- La circunstancia de carecer de suficientes recursos económicos no es causal para limitar, suspender o privar al padre o a la madre de la patria potestad. Tampoco se lo hará cuando por causa de migración motivada por necesidades económicas, el padre, la madre o ambos deban dejar temporalmente al hijo o hija bajo el cuidado de un pariente consanguíneo en toda la línea recta o hasta el cuarto grado de la línea colateral. En este caso sólo podrá suspenderse la patria potestad para efectos de confiar la tutela al pariente que recibió el encargo". En este orden, se sustenta la improcedencia de concederle la tenencia al padre y privarle a la madre de su cuidado basados en la carencia de recursos económicos de la demandada, quien demuestra laborar en su taller de costura y contar con medios económicos para sostener a su familia.

Igualmente, la jueza de instancia en su fallo desconoce lo previsto en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuando se determina que en caso de falta de acuerdo de los progenitores para confiar la patria potestad, el cuidado de los hijos que no han cumplido doce años se confiará a la madre<sup>13</sup>, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija<sup>14</sup>. Además, de no considerar que en el caso de que ambos progenitores demuestren iguales condiciones se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija<sup>15</sup>. En el caso concreto, no ocurrió, conforme se señaló en líneas anteriores, puesto que si la jueza, a su entender, estimó que encargar la tenencia a la madre ocasionaba un perjuicio a los derechos de la niña, debió demostrar o sustentar su afirmación en hechos relevantes (conducta de los padres, edad de la

niña, medio familiar, lazos afectivos) y no únicamente basarse en que el entorno del padre ofrece mejores condiciones. En este sentido, "es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre (...) Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos"16. De acuerdo con esta posición, el padre deberá continuar cumpliendo sus deberes de progenitor, contribuyendo económica y afectivamente con el desarrollo integral de la niña, por demostrar que tiene los medios suficientes para hacerlo y con la única finalidad de proteger sus derechos y procurar que continúe atendiendo sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, más aún tomando en cuenta que es su obligación el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de su hija, particularmente cuando los padres se encuentran separados por cualquier motivo, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 69 de la Constitución de la República. Por tanto, se deja claro que el otorgamiento de la tenencia a favor de uno de los padres "no implica el cese para el otro del derecho - deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos".

Con las argumentaciones emitidas, se colige que la decisión motivo de la presente acción se torna en una actuación judicial arbitraria, sin fundamento y violatoria de derechos. Al respecto, al considerar las circunstancias que rodean al caso y poniendo especial atención a la edad de la menor se evidencia vulneración de sus derechos fundamentales, a más del derecho al debido proceso de la accionante, por existir falta de motivación y contradicción de la normativa constitucional y legal.

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de

la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

### **SENTENCIA**

1. Declarar violados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en contra de la señora María Fátima Cruz Carreño, y el derecho a tener una familia, a favor de la niña María José González Ruiz y, en consecuencia, aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por la accionante, dejando sin efecto legal las siguientes resoluciones: 1. Auto expedido por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayaquil, de fecha 23 de enero del 2008, dictado a las 09h13, en el juicio de tenencia N.º 2785-2007, mediante el cual se entregó la custodia provisional de la niña María José González Ruiz al padre, señor José Manuel González Rodríguez; 2. Resolución del 18 de julio del 2008 a las 11h35, expedida por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayaquil, mediante el cual concedió la tenencia de la niña María José González Ruiz al padre, José Manuel González Rodríguez; y, 3. Auto interlocutorio de fecha 23 de marzo del 2009 a las 16h15, dentro del juicio 868-2008, dictado por los Jueces Provinciales de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Atendiendo el interés superior de la niña María José González Ruiz, se otorga la tenencia a su madre, señora María Fátima Ruiz Carreño, disponiendo la inmediata entrega de la niña a su favor y, en consecuencia, su retorno al núcleo familiar materno, hecho para el cual la jueza de instancia deberá utilizar los mecanismos que le franquea la Constitución y la ley.

2. El régimen de visitas a favor del padre y la pensión alimenticia que debe proporcionar a la niña serán determinados por la jueza de instancia, en concordancia con las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia.

3. Remítase copia de esta sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que investigue la actuación de la funcionaria.

4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.