



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**“El interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia.”**

**Trabajo de Titulación para optar al título de Abogada de los  
Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

**Autores:**

**Córdova Ocaña, Jhosselyn Anabel**

**Moposita Chicaiza, Johanna Gissela**

**Tutor:**

**Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez Phd.**

**Riobamba, Ecuador. 2026**

## DECLARATORIA DE AUTORÍA

Yo, **Jhosselyn Anabel Córdova Ocaña**, con cedula de ciudadanía **060514276-9** y **Johanna Gissela Moposita Chicaiza**, con cédula de ciudadanía **185067084-3**, autor (as) del trabajo de investigación titulado: El interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia, certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenidos y conclusiones expuestas son de mí exclusiva responsabilidad.

Asimismo, cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital; en esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos. La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autor (a) de la obra referida, será de mí entera responsabilidad; librando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones.

En Riobamba, 05 de febrero de 2026.

**Jhosselyn Anabel Córdova Ocaña**

**C.I.060514276-9**

**Johanna Gissela Moposita Chicaiza**

**C.I.185067084-3**

## **DICTAMEN FAVORABLE DEL PROFESOR TUTOR**

Quien suscribe, **EDUARDO VINICIO MEJÍA CHÁVEZ** catedrático adscrito a la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas por medio del presente documento certifico haber asesorado y revisado el desarrollo del trabajo de investigación titulado **“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO RECTOR FRENTE A LA RETENCIÓN INDEBIDA DE MENORES SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL DE TENENCIA”** bajo la autoría de **Jhosselyn Anabel Córdova Ocaña Y Johanna Gissela Moposita Chicaiza** ; por lo que se autoriza ejecutar los trámites legales para su sustentación.

Es todo cuanto informar en honor a la verdad; en Riobamba, a los 22 días del mes de Julio de 2025.



---

**Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez. Ph.D.**

**C.I: 060183106-8**

## CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Quienes suscribimos, catedráticos designados Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación “**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO RECTOR FRENTE A LA RETENCIÓN INDEBIDA DE MENORES SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL DE TENENCIA**”, presentado Jhosselyn Anabel Córdova Ocaña, con cédula de ciudadanía 060514276-9 y Johanna Gissela Moposita Chicaiza, con cédula de ciudadanía 185067084-3, bajo la tutoría de Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez. PhD; certificamos que recomendamos la APROBACIÓN de este con fines de titulación. Previamente se ha evaluado el trabajo de investigación y escuchada la sustentación por parte de su autor; no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba 05 de febrero de 2026.

Dr. Hugo Roberto Miranda Astudillo

**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE GRADO**

Dr. Jorge Eudoro Romero

**MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO**

Dra. Hillary Patricia Herrera Avilés

**MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO**



Dirección  
Académica  
VICERRECTORADO ACADÉMICO

*en movimiento*



SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD

UNACH-RGF-01-04-08.17

VERSIÓN 01: 06-09-2021

## CERTIFICACIÓN

Que, **JHOSSELYN ANABEL CÓRDOVA OCAÑA** con CC: **0605142769**; y **JOHANNA GISSELA MOPOSITA CHICAIZA** con C.C: **1850670843** estudiantes de la Carrera de **DERECHO**, Facultad de **CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**; han trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado " **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO RECTOR FRENTE A LA RETENCIÓN INDEBIDA DE MENORES SIN RESOLUCIÓN JUDICIAL DE TENENCIA**", cumple con el 6 %, de acuerdo al reporte del sistema Anti plagio y 3% de IA, porcentajes aceptados de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 7 de enero de 2026

PhD. Eduardo Vinicio Mejía Chávez  
**TUTOR**

## **DEDICATORIA**

**Dedico esta tesis, en primer lugar, a Dios.**

A mí misma, por no rendirme, por levantarme aun con el alma cansada y por demostrarme que incluso desde el dolor se puede seguir adelante.

A mi padre, Ángel, por su esfuerzo, su apoyo y por ser un pilar firme a lo largo de este camino y ser el ejemplo de admiración en mi vida. A mi madre, Blanca, a quien dedico no solo esta tesis, sino cada uno de mis logros, tú ausencia dejó un vacío inmenso, pero tu amor, tu valentía y tu ejemplo viven en mí todos los días, cada paso que doy, cada meta alcanzada y cada sueño cumplido llevan tu nombre, porque eres y serás siempre el amor de todas mis vidas y la razón más profunda de todo lo que soy y de todo lo que intento ser.

Martin y Martina, con todo el amor y por todo el amor, han hecho de mi vida más ligera desde su llegada, siendo mis compañeros de muchas noches sin luz, y darme los motivos para poder seguir.

A mi amiga y compañera de tesis, Gissela, gracias por caminar a mi lado, por tu apoyo constante y por no soltar mi mano cuando más lo necesitaba.

***Jhosselyn Anabel Córdova Ocaña***

## **A mi madre**

Dedico con todo mi corazón esta tesis a mi madre Carmen Chicaiza a esa mujer que se convirtió en padre y madre aquella que luchó inalcanzablemente para que yo pueda alcanzar mis sueños, la que siempre ha sostenido mi mano en las buenas y en las malas. Gracias por cada palabra de aliento por secar mis lágrimas en los momentos más difíciles y recordarme que soy capaz de superar cualquier obstáculo, gracias por creer en mí incluso cuando yo dudaba de mí. Sin tus sacrificios, dedicación y esfuerzo nada de esto sería posible, este logro es tan tuyo como mío todo lo que soy es gracias a ti. Madre querida, te amo más de lo que las palabras puedan expresar y estoy eternamente agradecida por todo lo que has hecho por mí, que esta tesis sirva como un testimonio duradero de amor y gratitud hacia ti.

## **A mis hermanos**

A mi hermano Wilmer un claro ejemplo de insistir, persistir, resistir y nunca desistir que a pesar de la distancia siempre ha estado presente en mi corazón que con sus palabras de aliento me han impulsado a seguir adelante y que es mi inspiración, A mi hermana Daniela, a ella que ha sido mi confidente, mi amiga, mi pañuelo de lágrimas, gracias por estar en cada paso de este camino por tu compañía silenciosa en los momentos difíciles y por tu alegría en los momentos de triunfo.

## **A mis abuelitos**

Por ser esa raíz, guía y refugio, por enseñarme el valor del esfuerzo la humildad y el amor verdadero, gracias por sus oraciones por sus historias que inspiran, por su fe en mí incluso en la distancia, este logro también les pertenece porque su ejemplo ha sido faro en mi formación y en mi vida.

## **A mi amiga**

Finalmente, a mi amiga Jhosselyn por convertirse en esa amistad hermosa en el trayecto de la vida universitaria la que me acogió en una ciudad completamente desconocida para mí, pero gracias a su compañía me hizo sentir como en casa, por eso y más infinitas gracias.

*Johanna Gissela Moposita Chicaiza*

## **AGRADECIMIENTO**

Ante todo, agradecemos a Dios fuente de fortaleza, sabiduría y esperanza por habernos guiado en cada paso de este camino académico, permitiéndonos culminar con éxito esta investigación. Su presencia constante nos dio serenidad en los momentos de incertidumbre y motivación para seguir adelante incluso en los días más difíciles.

Extendemos nuestros más sinceros agradecimientos a la Universidad Nacional de Chimborazo, por abrirnos las puertas y brindarnos una formación académica integral que ha sido fundamental en nuestro desarrollo profesional y personal, esta institución ha sido el escenario donde crecimos como estudiantes y como ser humanos.

De manera especial, expreso mi profunda gratitud al Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez tutor de esta tesis por su evaluable guía, compromiso y acompañamiento durante todo este proceso de investigación, su dedicación, criterio personal y disposición permanente para orientar y corregir cada detalle fueron pilares indispensables para la elaboración de este trabajo.

A nuestra familia, gracias por su refugio incondicional, su apoyo emocional palabras de aliento y paciencia en cada etapa de este proceso que nos sostuvieron con amor y nos recordaron el propósito de nuestros esfuerzos. A nuestros amigos, por su cercanía y comprensión incluso cuando el tiempo y la presión nos alejaban les agradecemos de corazón.

Nuestra gratitud también se extiende a todos los docentes que nos formaron a lo largo de la carrera, por compartir sus conocimientos y fomentar en nosotras el pensamiento crítico, el compromiso ético y el amor por el Derecho.

Finalmente, a todas las personas que de una u otra forma colaboraron en la recolección de información y que contribuyeron con su tiempo y disposición, muchas gracias.

***Jhosselyn Córdova y Johanna Moposita***

## ÍNDICE GENERAL

DECLARATORIA DE AUTORÍA

DICTAMEN FAVORABLE DEL PROFESOR TUTOR

CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

CERTIFICADO ANTIPLAGIO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE DE TABLAS

ÍNDICE DE FIGURAS

RESUMEN

ABSTRACT

CAPÍTULO I .....	16
1. Introducción .....	16
1.2. Planteamiento del problema .....	18
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	20
1.4. Objetivos .....	21
1.4.1. General.....	21
1.4.2. Específicos.....	21
CAPÍTULO II .....	22
2. Marco teórico .....	22
2.1. Estado del arte .....	22
2.2. Aspectos teóricos.....	24
2.2.1. Unidad I.-El interés superior del niño .....	24
2.2.2. Definición de tenencia, patria potestad, custodia, retención indebida, y el principio del interés superior del niño .....	24
2.2.3. Tenencia.....	24
2.2.4. Patria potestad.....	25
2.2.5. Custodia.....	25
2.2.6. Retención Indebida.....	26
2.2.7. Interés superior del niño .....	27
2.2.8. Interpretación judicial del Interés superior del niño en el contexto del Derecho de Familia.....	28

2.2.9. El Interés superior del niño y el conflicto entre progenitores.....	30
2.3. Unidad II.- Análisis del procedimiento judicial en casos de retención indebida .....	31
2.3.1. Rol del juez en Niñez y Adolescencia frente a la retención de menores.....	31
2.3.2. Limitaciones procesales y vacíos normativos en caso de retención de menores sin tenencia judicial determinada.....	34
2.4. La recuperación de los menores, su procedimiento y las sanciones establecidas en casos de retención indebida .....	35
2.4.1. Recuperación de menores.....	35
2.4.2. Procedimiento.....	36
2.4.3. Sanciones.....	38
2.5. Unidad III.- Análisis de la sentencia No.200-12-JH/21 .....	38
2.5.1. Criterios de la Corte Constitucional sobre la tenencia no judicialmente determinada.	38
2.5.2. La aplicación del artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. ....	41
2.5.3. Vulneración de los derechos de niño, niña y adolescente en la aplicación de la sentencia No.200-12-JH/21 .....	42
CAPÍTULO III.....	44
3. Metodología .....	44
3.1. Unidad de análisis. ....	44
3.2. Métodos.....	44
3.2.1 Método jurídico-analítico.....	44
3.2.2 Método dogmático.....	44
3.2.3 Método deductivo. - .....	44
3.3. Enfoque de investigación .....	44
3.4. Tipo de investigación .....	45
3.5. Diseño de investigación .....	45
3.6. Población y muestra .....	45
3.6.1. Población .....	45
3.6.2. Muestra .....	45
3.6.3. Técnicas e instrumentos de investigación.....	46
CAPITULO IV.....	47
4. RESULTADOS Y DISCUSION.....	47
4.1. Resultados .....	47

4.2. Discusión.....	60
CAPÍTULO V.....	63
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	63
5.1. Conclusiones .....	63
5.2. Recomendaciones.....	63
ANEXOS .....	68

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1.</b> Entrevista Dr. Walter Parra.....	47
<b>Tabla 2.</b> Entrevista Dr. Sebastián Ortega.....	50
<b>Tabla 3.</b> Entrevista Dr. Soledad Manosalvas .....	52
<b>Tabla 4.</b> Entrevista Dr. Jorge Castillo .....	55
<b>Tabla 5.</b> Entrevista Dr. Roberto Tapia .....	58

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Gráfico 1.</b> Motivos más frecuentes de retención indebida (según entrevista y análisis) .....	62
--	----

## RESUMEN

La presente investigación analiza cómo se aplica el principio del Interés Superior del Niño en casos de retención indebida sin resolución judicial de tenencia en Ecuador, la retención de menores por parte de un progenitor sin respaldo judicial es una práctica frecuente que vulnera los derechos del niño y genera inseguridad jurídica. A través del estudio de casos y entrevistas a jueces especializados se evidencia que la falta de tenencia judicial impide una actuación inmediata por parte de las autoridades obligando a procesos judiciales formales que afectan la estabilidad emocional del menor. La sentencia No.200-12-JH/21 de la Corte Constitucional ha generado controversias pues exige la existencia previa de una resolución judicial para recuperar al menor incluso en situaciones urgentes esto ha provocado vacíos operativos afectando el acceso a justicia efectiva y oportuna. Esta investigación propone reinterpretar dicho fallo bajo el principio por persona, priorizando medidas ágiles y garantistas que restituyan los derechos del niño sin recurrir a castigos innecesarios ni dilaciones, el estudio concluye que el sistema debe fortalecer mecanismos de protección inmediatos centrados en el bienestar del menor.

**Palabras clave:** El interés superior del niño, retención indebida, tenencia judicial, derechos de la niñez, protección integral.

## ABSTRACT

This research analyzes how the principle of the best interests of the child is applied in wrongful retention cases without a court order in Ecuador. The retention of minors by a parent without judicial support is a common practice that violates the rights of the child and creates legal uncertainty. Through case studies and interviews with specialized judges, it is evident that the lack of a court order prevents the authorities from taking immediate action, forcing the minor to undergo formal legal proceedings that affect the minor's emotional stability. Judgment No. 200-12-JH/21 of the Constitutional Court has generated controversy because it requires a prior court order to recover the child, even in urgent situations. This has led to operational gaps that affect access to effective, timely justice. This research proposes reinterpreting this ruling under the pro persona principle, prioritizing agile and protective measures that restore the child's rights without resorting to unnecessary punishment or delay. The study concludes that the system must strengthen immediate protection mechanisms focused on the well-being of the minor.

**Keywords:** Best interests of the child, wrongful retention, judicial custody, children's rights, comprehensive protection.



Reviewed by:  
Mgs. Hugo Romero  
**ENGLISH PROFESSOR**  
C.C. 0603156258

## CAPÍTULO I

### 1. Introducción

El principio del interés superior del niño constituye uno de los fundamentos esenciales del sistema jurídico ecuatoriano en materia de niñez y adolescencia, este principio, recogido en la Constitución de la República del Ecuador y desarrollado ampliamente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tiene como propósito orientar todas las decisiones que afecten a los menores de edad, asegurando su desarrollo integral, bienestar físico y emocional, y protección contra cualquier forma de violencia o vulneración de derechos.

En el Ecuador la retención indebida de menores es una situación problemática, social ya que esto afecta moral y psicológicamente al menor pues este necesita cariño y el buen cuidado de sus padres; el menor nada tiene que ver en los problemas del hogar, el menor de edad, es un indefenso que necesita la protección de los padres y autoridades; según la historia, el niño, niña y adolescente ya contaba con la protección

En su investigación (Acosta, 2019) expone un análisis jurídico sobre los impactos secundarios derivados del proceso de retención indebida, en su estudio, concluye que esta situación conlleva la vulneración de diversos derechos fundamentales, como la integridad personal en sus dimensiones física, psicológica, cultural, afectiva y sexual; así como la libertad individual, la dignidad, la autoestima, la reputación, el honor, la imagen personal y el derecho a la protección de la intimidad familiar y privada. Todos estos derechos están garantizados tanto por la Constitución como por instrumentos internacionales.

Por otro lado, las sentencias emblemáticas de la Corte Constitucional, ha insistido en la necesidad de tratar a los menores como sujetos activos de derechos y no como objetos de disputa entre padres. Según (Ortega, 2020) la recuperación inmediata de un niño, niña o adolescente ilegalmente retenido por uno de sus progenitores que no posea su tenencia ni orden de cuidado, constituye una transgresión a su derecho al desarrollo integral del niño, niña y adolescente, así como al Principio Interés Superior del Niño, es así que la investigación tiene un enfoque en casos reales donde se presente retención indebida sin resolución judicial de tenencia, con el fin de examinar cómo se está aplicando el principio rector del Interés Superior de Niño, y si las decisiones adoptadas responden realmente a una visión integral de protección.

En virtud de ello, la Constitución de la República del Ecuador (2008) señala "Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad, recordemos que el Estado reconoce y garantiza la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción ahora bien las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar"

A partir de lo señalado, resulta evidente que el marco constitucional ecuatoriano establece una protección integral para los niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como titulares plenos de derechos, esta normativa no solo garantiza su desarrollo en condiciones dignas, sino que también impone al Estado y a la sociedad la obligación de priorizar su interés superior, en este sentido, cualquier acción u omisión que afecte su integridad física, emocional o su entorno familiar, como es el caso de la retención indebida sin resolución judicial, constituye una vulneración directa de estos principios.

El presente proyecto de investigación es de enfoque cualitativo, se utilizó un método basado en el análisis y la recolección de datos no estandarizados, con el fin de lograr una comprensión profunda y detallada de criterios objetivos vinculados al tema investigado. Su relevancia se justifica por el valor académico y profesional que representa, especialmente para los abogados, al permitirles una visión más integral del derecho, y para los estudiantes de la carrera de derecho, en tanto se busca aportar soluciones a los problemas actuales que surgen en torno a los criterios judiciales respecto al Interés Superior del Niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia.

La estructura del presente trabajo de investigación se ha organizado conforme a lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento de Titulación Especial de la Universidad Nacional de Chimborazo. Dicha estructura incluye: portada, introducción, planteamiento del problema, objetivos (general y específicos), estado del arte, marco teórico, metodología, presupuesto, cronograma del trabajo investigativo, referencias bibliográficas, anexos y el visto bueno del tutor.

## 1.2. Planteamiento del problema

La Constitución de la República del Ecuador reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, es decir, que el Estado, la sociedad y la familia deben priorizar su desarrollo integral y garantizar sus derechos, aplicando siempre el principio del interés superior del niño el cual prevalece sobre los derechos de los demás (Murillo, Banchon, & Vilela, 2020).

Este mandato jurídico se encuentra plasmado de manera sucinta en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador donde se exige que las autoridades judiciales y administrativas adopten medidas que garanticen efectivamente el desarrollo integral del menor.

Sin embargo, en la actualidad y su práctica diaria se evidencian serias dificultades en la aplicación de este principio cuando uno de los progenitores retiene al menor sin existir una resolución judicial previa que determine la tenencia legal, esta situación, que configura una retención indebida, expone al niño a vulneraciones que contradicen los fines protectores del ordenamiento jurídico vigente. Remache-Suárez et al. (2024), señalan que la falta de celeridad compromete no solo la eficacia de las decisiones judiciales, sino también el bienestar del menor al no resolverse oportunamente su situación familiar esta demora pone en duda la capacidad del sistema para garantizar realmente ese principio constitucional (Villareal, Isea, & Camargo, 2024).

La problemática se centra en la ausencia de una tenencia judicial determinada esto crea un vacío operativo que impide a las instituciones actuar con la celeridad y contundencia que la situación requiere, en muchos casos, el progenitor que retiene al menor justifica su accionar en la creencia subjetiva de estar protegiéndolo, sin considerar las implicaciones legales ni el derecho del niño a mantener vínculos significativos con ambos padres, esta conducta termina afectando la estabilidad emocional del menor, obstaculizando la convivencia familiar armónica y debilitando el rol del otro progenitor, al margen de cualquier análisis técnico-jurídico, lo más grave es que las respuestas institucionales no siempre son oportunas ni uniformes, lo que genera inseguridad jurídica y expone al niño a ser tratado como objeto del conflicto y no como sujeto de derechos.

La aplicación del artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ha generado controversia a raíz de la interpretación que algunos operadores de justicia han hecho de la Sentencia 200-12-JH/21 emitida por la Corte Constitucional pues en dicha sentencia señala que ante una alegación de retención indebida quien solicite la recuperación del menor debe demostrar que cuenta con una resolución judicial que le confiere la tenencia o tutela.

Por ende, esta interpretación ha sido asumida de forma literal desconociendo que muchas veces no existe una resolución previa debido a la dinámica real de las familias al exigir dicha prueba como requisito previo, impide que el juez valore el interés superior del niño en contextos urgentes o conflictivos, en consecuencia, se vulnera el principio de protección integral, al permitir que un menor permanezca retenido sin control judicial esta visión formalista afecta los derechos del niño a la estabilidad, al entorno familiar y a ser oído.

Ante este panorama, surge la necesidad de realizar un análisis profundo, a través del estudio de casos concretos, sobre cómo se está interpretando y aplicando el principio del interés superior del niño en el contexto de retenciones indebidas sin tenencia judicial en Ecuador, es por ello, que es imperativo identificar si las actuaciones judiciales y administrativas están orientadas realmente a la protección integral del menor o si existen distorsiones en la práctica que perpetúan la vulneración de derechos la finalidad de este estudio es visibilizar estas inconsistencias, proponer criterios jurídicos y sociales ajustados a la realidad ecuatoriana y promover mecanismos de resolución centrados en el bienestar del niño sin recurrir necesariamente a reformas normativas, sino optimizando las herramientas ya existentes dentro del sistema.

### **Pregunta de investigación**

- ¿De qué manera la aplicación del principio del interés superior del niño puede garantizar una respuesta judicial oportuna frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia en el contexto jurídico ecuatoriano?

### **1.3. JUSTIFICACIÓN**

Es importante investigar sobre la aplicación del interés superior del niño frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia porque esta problemática afecta directamente los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Este trabajo aporta herramientas teóricas y prácticas que permiten comprender como el sistema judicial en su estado actual presenta limitaciones que obstaculizan respuestas eficaces y oportunas frente a estos casos.

El presente estudio busca generar un aporte académico y jurídico que permita repensar el rol del principio del interés superior del niño y su jerarquía frente a formalismos procesales que si bien buscan garantizar el debido proceso pueden derivar en omisiones que afectan gravemente la estabilidad emocional del menor.

Esta investigación beneficiara a jueces, defensores públicos, abogados en libre ejercicio y estudiantes de Derecho al proporcionar una visión crítica y propositiva sobre cómo deben actuar las autoridades cuando no existe tenencia judicial previa, proponiendo el uso del principio pro persona y de normas más favorables para proteger al menor.

La pertinencia del tema radica en la necesidad urgente de fortalecer los mecanismos de protección judicial en casos de retención indebida, ya que muchas veces las autoridades se ven limitadas por interpretaciones restrictivas del art.125 del Código de la Niñez y Adolescencia, como la que establece la Sentencia No. 200-12-JH/21 de la Corte Constitucional esta realidad demanda soluciones jurídicas que equilibren el respeto al debido proceso con la garantía efectiva de los derechos de los NNA.

Las instituciones del sistema judicial como la DINAPEN, la defensoría del pueblo y los órganos especializados en niñez podrán servirse de esta investigación para revisar sus procedimientos y adoptar una perspectiva más protectora que responda al estándar constitucional e internacional de protección integral de la niñez.

## **1.4. Objetivos**

### **1.4.1. General**

Analizar, mediante el estudio de casos la aplicación del principio orientado al interés superior del niño en situaciones de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia, en base a la sentencia No. 200-12-JH/21, con el fin de identificar prácticas jurídicas y sociales que contribuyan a una resolución centrada en los derechos del menor.

### **1.4.2. Específicos**

- Identificar y clasificar casos judiciales, donde se presente retención indebida sin resolución de tenencia, para estudiar los criterios utilizados por las autoridades.
- Determinar los derechos vulnerados de los menores de edad en base al Código Orgánico de la Niñez y adolescencia y sus normas supletorias.
- Interpretar críticamente la sentencia 200-12 JH/21 en relación con el interés superior del niño, especialmente en cuanto a la afectación de su estabilidad y continuidad en el entorno familiar al que estaba acostumbrado.

## CAPÍTULO II

### 2. Marco teórico

#### 2.1.Estado del arte

Respecto del tema” El interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia.” no se han realizados trabajos investigativos iguales; sin embargo, existen algunos similares al que se pretende realizar, cuyas conclusiones más importantes son las siguientes:

Roberta Huacho, en el año 2022, para obtener el título de Abogado en la Universidad Nacional de Chimborazo de la ciudad de Riobamba, realizó un trabajo investigativo titulado “Retención indebida del hijo y la necesidad de una reforma legal efectiva para la recuperación de niños, niñas o adolescentes en materia familiar”, cuyo objetivo fue analizar la problemática jurídica derivada de la retención indebida de menores y proponer la necesidad de una reforma legal que permita su recuperación efectiva. La investigación, de carácter jurídico-dogmático, se basó en el análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, como resultado, identificó que la legislación ecuatoriana carece de un procedimiento específico y eficaz para la restitución de menores retenidos sin resolución judicial de tenencia, lo que dificulta la aplicación efectiva del principio del interés superior del niño. Asimismo, reveló conflictos de competencia entre autoridades y vacíos normativos que obstaculizan la protección inmediata de los derechos del niño, en la cual el autor llega a la conclusión y plantea la urgencia de una reforma legal que establezca un procedimiento claro y expedito para la recuperación de los menores retenidos indebidamente, garantizando su protección integral con base en el principio rector del interés superior del niño.

Paola Viviana Villarreal Pérez, Josía Jeseff Isea Argüelles y Tanya Tupamara Camargo-Martínez, en el año 2023, publicaron un artículo en la Universidad Regional Autónoma de los Andes (Ecuador), titulado “Recuperación por retención indebida del menor incumpliendo el principio de celeridad”, cuyo objetivo fue analizar cómo la ineficiencia procesal en casos de retención indebida de menores vulnera el principio de celeridad y afecta el interés superior del niño, el estudio es de enfoque cualitativo con análisis jurídico-normativo, utilizando fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales nacionales e internacionales, como resultado, los autores evidencian que el retardo injustificado en los procesos de restitución de menores indebidamente retenidos produce graves vulneraciones a los derechos del niño, especialmente al principio de celeridad procesal, al no existir un procedimiento ágil y efectivo, para aquello los autores concluyen que es urgente reformar la legislación procesal ecuatoriana para garantizar procedimientos rápidos y eficaces que permitan la recuperación oportuna del menor, evitando daños emocionales y psicológicos, y garantizando así la protección integral de sus derechos conforme al principio del interés superior del niño.

Magaly Nataly Aguilar Gordon, Eva Luzmila Quinde Narváez y Holger Geovanny García Segarra (2025), en Ecuador, en el artículo titulado “Análisis del procedimiento jurídico para

determinar la tenencia del niño, niña o adolescente a partir de la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional”, el objetivo de los autores fue:

Analizar trece parámetros jurídicos establecidos por la Corte Constitucional que deben ser aplicados por los jueces para decidir sobre la tenencia, garantizando el principio del interés superior del niño, la igualdad entre progenitores y el derecho de los menores a ser escuchados. El estudio concluye que, si bien la sentencia representa un avance sustancial para erradicar prácticas discriminatorias y estereotipadas, aún existen vacíos legales que afectan la protección efectiva de los derechos de los menores, especialmente cuando no pueden expresar su voluntad, por lo que recomiendan incorporar dichos parámetros en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia mediante una reforma legal (Aguilar, Quinde, & Garcia, 2025).

Julio César Acosta Solís, en el año 2018, para obtener el título de Abogado en la Universidad Regional Autónoma de Los Andes (UNIANDES), realizó un trabajo investigativo titulado: “La recuperación en la retención indebida del hijo o la hija, y la patria potestad”, donde el autor concluye el mismo señalando que:

El procedimiento actual para la recuperación de un menor retenido indebidamente puede vulnerar el principio del interés superior del niño, ya que no contempla un análisis profundo de las causas de la retención ni el estado emocional del progenitor custodio. El estudio propone un anteproyecto de ley reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para eximir de responsabilidad al padre que retiene al menor cuando este se encuentra en peligro o riesgo inminente, resaltando la necesidad de adaptar la norma a contextos reales que protejan tanto al menor como a los derechos del progenitor (Acosta, 2018).

En la Sentencia No. 200-12-JH/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en el año 2021, bajo la ponencia del juez Enrique Herrería Bonnet, esta sentencia tiene como objetivo analizar los conflictos derivados de la retención de menores sin resolución judicial expresa sobre la tenencia, partiendo de casos en los que padres o familiares ejercen la custodia de hecho sin respaldo legal. En este contexto, se examina el impacto de la falta de una tenencia formalmente definida en el ejercicio de derechos fundamentales, tanto de los niños como de sus progenitores. A partir del estudio de casos reales entre ellos, el de una madre adolescente cuya hija fue retenida por la familia paterna sin una orden judicial previa, la Corte concluye que la ausencia de una resolución judicial sobre tenencia impide aplicar medidas como el apremio personal, pues no se configura la figura de “retención indebida” contemplada en el artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, esta decisión subraya la necesidad de que los jueces especializados determinen previamente la situación jurídica del menor antes de disponer medidas coercitivas, destacando que el interés superior del niño exige claridad legal y procesal en decisiones que afectan su entorno familiar (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

## **2.2. Aspectos teóricos**

### **2.2.1. Unidad I.-El interés superior del niño**

### **2.2.2. Definición de tenencia, patria potestad, custodia, retención indebida, y el principio del interés superior del niño**

El modelo familiar clásico, padre, madre e hijos, es el más reconocido socialmente, pero debido a distintas situaciones, esta estructura se puede adoptar múltiples configuraciones, surge cuando existe conflictos en la relación parental, como divorcios o separaciones, los menores suelen quedar al cuidado exclusivo de uno de los padres, esto modifica de manera significativa la dinámica del núcleo familiar.

En la Constitución de la República del Ecuador, en su art.67 reconoce la diversidad de estructuras familiares en la actualidad principalmente establece que, “se reconoce la familia en sus diversos tipos”, evidentemente el estado protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecuencia de sus fines, por lo que, la norma constitucional exige que el Estado salvaguarde y promueva las condiciones necesarias para poder garantizar los derechos y objetivos de todos los modelos familiares (Pico, 2023).

### **2.2.3. Tenencia**

Los derechos de los menores en materia de tenencia, se ha consolidado a lo largo del tiempo gracias a importantes hitos históricos, estas conquistas son el producto de la evolución humana y social, que en la actualidad forman parte integradora dentro de nuestro marco jurídico.

La tenencia, en el Art. 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia estipula que, en beneficio del desarrollo integral del menor “el juez podrá asignar la tenencia, es decir, el cuidado y crianza a uno de los progenitores sin afectar el ejercicio compartido de la patria potestad”. Asimismo, el juez tiene la facultad de delegar tenencia junto con algunos derechos u obligaciones vinculados con la patria potestad, siempre y cuando lo estime conveniente para el bienestar del niño. En la versión anterior del Código (Código de menores), se contempla que, si los padres no convivían, la tenencia se decidirá por mutuo acuerdo, siempre que este favoreciera al menor y se estableciera las medidas necesarias para su ejecución.

La figura tenencia radica en la separación familiar, esta situación causa una disputa entre la justicia y la igualdad de derechos para poder ejercer la responsabilidad de los progenitores en la crianza de los menores de edad Pico (2023). Para Aguilar (2009), hace alusión que la tenencia refleja la convivencia que tienen los padres con sus hijos, esto lleva a que la aplicación de los derechos se vea reflejado en el cumplimiento de los deberes y derechos, esto significa que la palabra vida en común hace énfasis en vivir de un mismo techo; estas acotaciones personales que se hace entre padres e hijos construyen la base para así poder solidificar que se operen los demás atributos de patria potestad.

En correlación con el Art.106, la Corte Constitucional en su sentencia No. 28-15-In/21, se declara como inconstitucionales tanto el numeral 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez Y Adolescencia, por el mismo hecho que estipula, cuando en igualdad de condiciones tanto de padres, el juzgador se daría preferencia a la madre, esto produce una vulneración de igualdad según se encuentra tipificado en el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador y en los artículo 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En lo principal, es importante aclarar que la tenencia compartida se llega a destacar por promover relaciones parentales equitativas, donde que se base en el interés superior del niño, sin embargo se debe resaltar que su efectividad se tienen que depender de la adaptabilidad a las situaciones en las que se encuentra dando así una colaboración efectiva entre los padres y la consistencia en su aplicación judicial, por ese mismo hecho la valoración de la evaluación debe ser cuidadosa de cada caso debe ser crucial donde que se considere la aplicación judicial.

#### **2.2.4. Patria potestad**

Espinoza (2022) señala que la patria potestad constituye una institución jurídica que confiere a los padres tanto derechos como responsabilidades respecto a sus hijos es decir este derecho es irrenunciable siempre y cuando no se vulnere la integridad del menor, corresponde a los progenitores resguardar a sus hijos y garantizar su bienestar físico, emocional, psicológico y espiritual por ello no basta con atender únicamente sus necesidades materiales es primordial y que va de la mano con el apoyo afectivo y brindarles un entorno en el que se sientan protegidos valorados y amados(Fiallo Santamaria,2018).

Según afirma Cabanellas (1993), la patria potestad “es el conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso, a la madre corresponde en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados”. Por su parte, Montero Duhalt (1985), la define como “la institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de los descendientes menores de edad” (Espinoza, 2022).

#### **2.2.5. Custodia**

En el ámbito del derecho de familia este concepto se emplea para describir el vínculo jurídico y las responsabilidades que asume uno de los progenitores respecto del hijo cuando la relación entre ambos padres ha llegado a su fin es decir, situaciones como el divorcio, la separación o la nulidad del vínculo conyugal puede generar que los hijos no continúen conviviendo con ambos progenitores por lo que uno de ellos debe asumir el rol de cuidador principal y responsable de las decisiones cotidianas y relevantes del menor, en tales escenarios corresponde a los jueces determinar con cuál de los padres residirá el niño decisión que se adopta tomando como parámetro fundamental la protección y el resguardo del interés superior del menor (Genith, 2017).

La custodia también denominada guarda legal se refiere a la situación jurídica en la que un juez mediante sentencia asigna el cuidado y la supervisión de un menor de edad o de una persona

incapaz a uno o varios adultos esta figura se aplica en distintos contextos aunque frecuentemente surge a raíz de un divorcio momentos en los cuales los jueces deben determinar cual de los progenitores asumirá la custodia sin confundirse esta atribución con la patria potestad, también pueden presentarse en casos de orfandad en los que es necesario designar a un individuo o institución que garantice la protección y atención del menor. La custodia implica una serie de obligaciones para quien la ejerce entre las cuales incluye la manutención, el cuidado cotidiano y la asunción de todas las responsabilidades inherentes al bienestar del niño o incapaz (Stuardo, 2013).

### **2.2.6. Retención Indebida**

La retención indebida ocurre cuando el progenitor, abusando de los derechos abismales, como el de visitas, retiene al menor de forma arbitraria o dolosa, contrariando la tenencia o patria potestad establecida a favor del otro padre. En el Art.125 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia hace mención que quien impida el régimen de visitas puede ser judicialmente obligado a devolver al niño de inmediato, y la misma deberá compensar los perjuicios causados.

Lo que establece en el Artículo.125 del Código Orgánico de la niñez y la Adolescencia son dos escenarios tanto sobre que es la retención indebida y lo que es la obstaculización al régimen de visitas, en este sentido siendo el primer caso cuando uno de los progenitores o cualquier persona retenga de menor de forma indebida sobre el cual la patria potestad, tenencia o tutela se debe ser encargadas a otro el cual procederá a presentar una demanda de manera independiente, en este escenario como se habla del interés superior del niño se debe atender con inmediatez, por el peligro grave que pueda correr la niña, niño y adolescente, el allanamiento del inmueble en donde se encuentre o se presuma que se encuentra para poder lograr la recuperación.

Cuando exista una retención indebida por parte de alguno de los progenitores u otras personas, y que hayan sido legalmente atribuida a un tercero, esta se debe solicitar una medida ante la autoridad competente debido que se encuentran en un riesgo eminente, estas situaciones donde se impida el incumplimiento del régimen de visitas, será obligatorio informar al juez que dictó dicha medida, por tratarse de un incumpliendo que esté dispuesto por una autoridad (Corte Nacional de Justicia, 2021).

Por lo que, en el caso de desobedecer, el juez puede imponer el apremio personal y autorizar el allanamiento del lugar donde se encuentre el menor, por lo mismo, en la práctica esta disposición no tiene el efecto disuasorio esperado. La falta de sanciones contundentes permite que el progenitor reincida en la retención, pues se sabe que, aun siendo aplicada una orden judicial no se aplica con eficacia.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia establece mecanismos de protección frente al traslado o retención ilegítima de los niños, niñas y adolescentes, en específico cuando se vulneran estos derechos ya antes mencionados, en tal virtud, los menores afectados se conservan el derecho fundamental a mantener vínculos con su familia, esto para poder organizar dicho derecho, el Estado es el principal en implementar todas las acciones necesarias que se permita el

retorno y la reintegración familiar, en este sentido las instituciones del sistema judicial, junto con el respaldo de DINAPEN, tienen en deber de poder ejecutar las medidas requeridas para asegurar la recuperación.

Cabe recalcar que la retención indebida se debe entender como una conducta contraria a lo que se dispone por una decisión judicial legítima que confía la tenencia o visitas a los progenitores, quienes están obligados a proteger el bienestar y la seguridad del menor. Este tipo de acciones, lamentablemente, suelen causar alejamiento perjudicial del entorno familiar del niño, niña y adolescente, generando consecuencias negativas en su desarrollo emocional y social.

### **2.2.7. Interés superior del niño**

Entre los siglos XVIII y XX, los menores de edad se encontraban en una posición jurídica notable inferior respecto a los adultos, es decir que durante este periodo las legislaciones nacionales no contemplaban medidas legales claras para proteger derechos esenciales de la infancia, como, por ejemplo, la vida, la integridad física y mental, la seguridad sexual o el acceso al trabajo digno. Esta falta de regulación facilitó el surgimiento de fenómenos como el trabajo infantil en condiciones inseguras, la explotación sexual de niños y niñas, la negación del derecho a la educación y altos índices de desnutrición infantil, derivados de la ausencia de políticas públicas que garantizan la salud y una alimentación adecuada (Cangas, Iglesias, Mosquera, & Puerta, 2019).

Según Humanium, el reconocimiento del interés superior del niño tuvo lugar por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, esencialmente en su segundo principio donde establece que todo menor debe contar con protección especial y acceso a servicios y oportunidades que le permitan un desarrollo pleno físico, mental, moral, espiritual y social en un ambiente saludable, libre y digno.

Por otra parte, la UNICEF, menciona que un año más tarde este principio fue reforzado a nivel internacional con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la cual lo incorpora de manera explícita en su artículo 3:

Numeral. 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”

Es así como, en la Revista Judicial Derecho Ecuador, hace alusión al acuerdo sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en situaciones de Vulnerabilidad, que fue firmado entre los Estados parte del MERCOSUR y sus Estados Asociados y que fue respaldado por el Estado ecuatoriano mediante un procedimiento constitucional. Específicamente el 6 de abril de 2009, la Asamblea Nacional del Ecuador resolvió emitir dicho instrumento internacional a la Comisión Especializada de las Relaciones internacionales y seguridad pública para su aprobación sosteniéndose en la decisión tomada por el dictamen 0001-09-DTI-CC, emitida por la Corte Constitucional el 17 de febrero de 2009, en el

que se concluyó que el acuerdo era compatible con la Constitución de la República del Ecuador y por ende se autorizó la continuación del proceso legislativo correspondiente para su ratificación.

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Ecuador marco una transformación profunda en el derecho nacional y se replicó en diversas jurisdicciones del mundo, la finalidad ha sido asegurar que los jueces y autoridades administrativas protejan los derechos de la infancia de forma progresiva reconociendo a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, en contraposición a su concentración historia como entes de objetos legales.

Por lo tanto, es fundamental que lo jueces y demás autoridades del sistema de justicia ecuatoriana, al momento de resolver conflictos que puedan ser involucrados a menores y que estas se aplican no solo el principio del interés superior del niño, sino también a otros principios conexos consagrados en la Convención, esto otorga mayor legitimidad y precisión a sus decisiones, los principios del CIDN, especialmente en el desinterés superior del niño se utilizan como base para poder resolver discordancias entre derechos, abarca dicho principio adquiere una función prioritaria al interpretar los artículos del mismo, o de la legislación interna (Becar, 2020).

### **2.2.8. Interpretación judicial del Interés superior del niño en el contexto del Derecho de Familia**

En el ámbito nacional, la incorporación de diversos tratados internacionales orientados a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes especialmente en la relación con el principio del interés superior del niño ha generado un cambio profundo en la legislación interna del Ecuador, esta transformación también ha sido adoptada por otros estados con el objetivo de que tanto jueces como autoridades administrativas garanticen de forma progresiva los derechos de los menores.

En el principio jurídico garantista, que potencia el reconocimiento de los derechos a favor de todos los niños, niñas y adolescentes y su efectiva vigencia se rige sobre toda medida o norma porque cualquier decisión que tenga relación con niñez se debe ampliamente tener en cuenta aquello que aporte el reconocimiento como sujeto de derechos, lo que incluye en este aspecto es que se tendrá que garantizar su participación en el proceso de la toma de decisiones, su opinión y el ejercicio efectivo de sus derechos generales.

La norma del procedimiento implica que se debe realizar un correcto análisis sistematizado y también proyectivo sobre las implicaciones del proyecto de Ley donde se debe aprobar en las garantías de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto quiere decir, como una ley previamente determinada aporta para la promoción de los derechos, así mismo los posibles impactos de ley, de manera autónoma de su ámbito u objeto en el ejercicio de los derechos establecidos de los niños.

Por tal motivo, el proceso de discusión y su aprobación de ley, solicita sopesar todos los derechos, y en el caso que sea oportuno, determinar medidas de recaudo para evitar así las medidas

de mitigación o los efectos que sean nocivos como consecuencia no deseable, garantizando las condiciones normativas para el ejercicio pleno.

Si bien es cierto que el Estado Ecuatoriano ha ratificado diversos instrumentos internacionales que promueven el respeto y la aplicación correcta del principio del interés superior del niño, es importante precisar ciertos aspectos:

En un primer momento, este principio debe entenderse como una norma de carácter garantista lo que implica que cualquier decisión relacionada con los derechos de niños, niñas y adolescentes debe orientarse a asegurar la protección integral y efectiva de sus derechos subjetivos, priorizando siempre su bienestar y desarrollo pleno.

En segundo lugar, es importante destacar que el principio del interés superior del niño tiene un alcance amplio que va más allá del ámbito legal y judicial, en este contexto, el principio compromete a todas las autoridades e instituciones del Estado que deben integrarlo en la creación y ejecución de políticas públicas garantizando con ello la protección del entorno familiar del niño.

En tercer lugar, este principio cumple una función interpretativa dentro del ordenamiento jurídico teniendo en cuenta que su aplicación toma como referencia fundamental la Convención sobre los derechos del Niño, permitiendo resolver conflictos en los que se vean involucrados otros derechos o diferentes titulares de derechos, es así que su uso como criterio interpretativo exige un análisis sistemático, orientado a garantizar una protección más sólida y efectiva de los derechos de los menores. En otras palabras, esto responde al mandato de la Convención que prohíbe cualquier forma de restricción o limitación que afecte a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y establece que sus intereses deben tener un peso prioritario frente a los intereses colectivos (Viteri, 2022).

En el contexto familiar, según (Viteri, 2022) de acuerdo con una definición tradicional, se entiende familia “al conjunto de personas unidas por vínculos consanguíneos y formadas por el padre, la madre y los hijos, que viven en un hogar persiguiendo un mismo fin de superación y progreso considerada con justicia la célula social por excelencia” (Ramos, 2007). Es así que la familia es una institución natural que constituye un entorno social de una persona, donde los vínculos de parentesco o unión generan derechos y deberes siempre con respeto a la dignidad y bienestar de sus miembros.

El derecho de familia desempeña un papel fundamental dentro del sistema jurídico ya que su propósito fundamental es proteger los derechos de quienes integran el núcleo familiar, haciendo un énfasis especial en la niñez y adolescencia, es así que la rama del derecho establece procedimientos y medidas orientadas a garantizar el bienestar familiar promoviendo soluciones legales que prevengan conflictos y eviten vulneraciones de derechos.

Por consecuencia, se reconoce a los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a su etapa de desarrollo físico y emocional pues se entiende que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad frente a los posibles abusos, incluso dentro de su entorno familiar, por ello el

derecho de familia busca asegurar una protección integral que abarque todos los aspectos de su vida y desarrollo.

### **2.2.9. El Interés superior del niño y el conflicto entre progenitores**

La aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, tiene su origen en el año 1989, esto conlleva a un progresivo desarrollo en el ámbito de protección de los derechos del menor, esto se viene desarrollando como un objeto de muchas vulneraciones que surgió antes del siglo XX, por lo que hoy en la actualidad se propone una masiva difusión a los Estados dispuesta en la Convención, con el fin de disminuir y así poder erradicar posibles vulneraciones de derechos humanos, niñas y adolescentes (Sillero).

Según Sillero, se debe entender bajo el término interés superior del niño, lo cual no nace de las palabras como tal, sino que depende de quien las interprete y las transforme en decisiones y resoluciones. Analizando desde una perspectiva crítica Van Bueren (1998) plantea que uno de los aspectos fundamentales al hablar del interés superior del niño consiste en determinar si este principio debe entenderse únicamente como el bienestar del menor o si, por el contrario, implica el reconocimiento efectivo del derecho de los menores a participar activamente en las decisiones que afectan su vida.

Es decir que no basta con solo considerar a los niños como titulares de derechos, más allá que eso es imprescindible reconocerlos como actores sociales es decir que cuyas vivencias, necesidades y perspectivas deben ser tomadas en cuenta para que sus derechos sean significativos en su cotidianidad. En conclusión, el reconocer a los menores como sujetos de derechos no es suficiente si estos no pueden ser escuchados y tomados en cuenta como personas activas en la sociedad.

Uno de los principales conflictos que suelen atravesar los padres y los hijos (Rahman, Zaid, Din, & Haider, 2023), deducen que:

El conflicto parental afecta significativamente el crecimiento del comportamiento de los niños, lo que lleva a respuestas emocionales negativas como el miedo, la ansiedad, la ira, la tristeza y la depresión. Los niños expuestos a frecuentes discusiones entre padres tienen un mayor riesgo de experimentar efectos perjudiciales en su desarrollo.

Por otro lado, (Kairiene, Ciuladiene, & Balionis, 2022) mencionan que los conflictos entre padres separados o divorciados pueden tener un impacto emocional significativo en los hijos, especialmente cuando surgen desacuerdos respecto a la crianza, la toma de decisiones o la cooperación mutua, debido a estas tensiones dificultan la creación de un ambiente estable y seguro para los niños quienes en muchos de los casos se sienten atrapados entre ambas partes, limitados en su relación con uno o ambos progenitores. Esta situación trae consigo una alta probabilidad de que los menores generen sentimientos de inseguridad, ansiedad y confusión, afectando así su bienestar emocional y su desarrollo. Esto muchas veces se ven reflejadas por la falta de

comunicación efectiva y la persistencia de disputas que conlleva al malestar infantil, haciendo que el proceso de adaptación al divorcio sea más complejo y doloroso.

Por tal motivo, en su Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “El estado, la sociedad y la familia promoverán, de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes. El interés superior será primordial en todas las decisiones y actuaciones del Estado y se atenderá al principio de su desarrollo integral.”

El vínculo emocional con el progenitor ausente les permite a los hijos generar un límite en su vínculo con el progenitor que tiene la guarda, esto refleja un papel esencial que juega la presencia emocional y afectiva de ambos padres en el desarrollo del niño, no debe ser forzado a demostrar cual progenitor es “mejor”, ya que esto rompe con su neutralidad afectiva y atenta contra su derecho a mantener relaciones personales y el contacto directo con ambos padres según lo establece en el Art. 29 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y en el Art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño.

El vínculo favorece la autonomía emocional de menor y se previene fenómenos como la dependencia excesiva, alienación parental, lo que esto repercute directamente en su capacidad futura de establecer relaciones sanas. El conflicto entre progenitores referente a la manipulación como forma de maltrato, causando daño moral y psicológico.

Esto se enmarca en lo que en la doctrina y en algunos fallos se puede denominar la alineación la alienación parental, una forma de manipulación donde uno de los progenitores deteriorada la imagen del otro en la mente del menor, en el Art. 67 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia establece que: Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir protección contra toda forma de violencia, abuso, negligencia trato de negligente por parte de sus progenitores.

La retención indebida del menor, muchas veces motivada por rencillas entre los padres, pueden construir una infracción judicial e incluso penal, esto puede provocar en el menor actitudes de rebeldía y desestabilidad emocional, la Corte Constitucional ha señalado que el interés superior de niño está por encima de cualquier conflicto entre adultos, y que el estado debe garantizar mecanismos eficientes para la protección del derecho respecto al menor a mantener contacto con ambos padres, salvo existencia de riesgo comprobado

### **2.3. Unidad II.- Análisis del procedimiento judicial en casos de retención indebida**

#### **2.3.1. Rol del juez en Niñez y Adolescencia frente a la retención de menores**

El rol de juez tiene dos enfoques principales según la estructura del pensamiento de Rudolf Stammler: el formalismo jurídico y el ideal del derecho justo, el primer enfoque resalta la importancia de seguir un marco legal con base en criterios estrictamente formales y, por otro lado, el segundo enfoque va más allá de la estructura legal vigente es decir que el juez debe procurar que su aplicación conduzca siempre a una justicia genuina y equitativa (Uribe, 2012).

En el Ecuador, como es de conocimiento general la creación de normas es responsabilidad del órgano legislativo, es decir, la Asamblea Nacional esta función debe cumplirse garantizando que todas las leyes y normas se ajusten tanto en su forma como en su contenido a lo establecido por la Constitución de tal manera que se respete los principios de legalidad y reserva legal, es por ello que los jueces a través de sus decisiones judiciales generan jurisprudencia que al tener carácter vinculante puede aplicarse en casos similares. Por consiguiente, los jueces dejan de ser meros intérpretes de la ley y se convierten en verdaderos creadores de derecho.

Es importante mencionar que gracias a la inclusión de nuevos principios y atribuciones concedidas por el legislador mediante diversas normas el juez asume un papel central en los procesos judiciales, ya no se limita a ser un mero arbitro, sino que ahora dirige el proceso, investiga por su cuenta, incorpora y evalúa las pruebas según su criterio personal e incluso tiene la posibilidad de alterar principios como el dispositivo y el de congruencia. En este sentido, existe consenso entre los autores en que las reformas han fortalecido significativamente las funciones de los jueces de familia con el objetivo según varios especialistas de alcanzar la justicia y descubrir la verdad en los casos que deben resolver (Prado, Cacpata, Campaña, & Chuico, 2020) .

Según (Ares & Vasallo, 2021) mencionan que el rol del juez:

Se considera que es una analogía interesante para analizar vinculado al tema del juez de familia, su rol y sus facultades dentro del proceso de familia. El juez ocupa dentro del poder judicial el rol primordial de garantizar la aplicación correcta de las normas y de interpretarlas conforme a derecho, lo que debe realizarlo desprovisto de todo tipo de vicios o abusos que puedan perturbar su función.

En la sociedad contemporánea, la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes representa uno de los principios esenciales del sistema judicial, en este escenario, el papel del juez de familia cobra una importancia crucial, al ser quien vela por la protección y el bienestar de los menores en contextos de vulnerabilidad, este análisis tiene como objetivo profundizar en cómo, mediante la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, el juez de familia contribuye activamente a la defensa de los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia dentro del marco legal ecuatoriano. A través del estudio de los casos significativos y una evaluación crítica de la legislación nacional e internacional aplicable, se busca evidenciar como las resoluciones judiciales influyen directamente en la vida y en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes garantizando en un entorno seguro y favorable para su crecimiento, esta investigación no solo pretende delimitar el alcance de la función judicial en estos casos, sino también presentar propuestas concretas para poder fortalecer el sistema de protección infantil en el Ecuador, promoviendo así una justicia centrada en el interés superior del niño como principio rector en cada decisión judicial.

El juez de familia juega un papel relevante en la protección de los derechos, mismos que en el enlace de su intervención se garantiza que los niños, niñas y adolescentes sean protegidos de situación de riesgo y que sus derechos sean respetados, la jurisprudencia en derecho de familia muestra numerosos casos donde la actuación judicial ha sido plenamente determinada para poder defender el bienestar, que debe estar basado en la normativa legal vigente y en los principios que se encuentra tipificado en convenios internacionales que estas guían las decisiones de los jueces, asegurarte la protección integral y efectiva.

La protección de niñas, niños y adolescentes en el sistema judicial es una de las prioridades primordiales, puesto que representan a un grupo vulnerable que necesitan ser amparados, la importancia de esta protección se centra en aspectos fundamentales, tales como el interés superior de niñas, niños y adolescentes, la premisa es básica en cualquier decisión judicial donde compromete a dicho sector con el objetivo de promover el bienestar físico, emocional, social, y educativo.

Por otro lado, la prevención del maltrato y abuso en relación con el sistema judicial tienen como responsabilidad de bloquear todo tipo de abuso, negligencia y maltrato infantil, es de suma importancia el poder identificar para así poder prevenir la situación que pueda hacer algún tipo de daño ya sea físico, psicológico a las niñas, niños y adolescentes.

Las niñas, niños y adolescentes deben crecer en espacios donde se garanticen su seguridad y estabilidad emocional, el deber del sistema judicial es intervenir en aquellos casos donde que los menores estén expuestos a entornos peligrosos o inadecuados, procurando su reubicación en hogares o instituciones que favorezcan su desarrollo integral, cuando la justicia actúa, suele hacerlo en coordinación con distintas redes de apoyo, incluyendo atención psicológica, programas educativos y servicios de rehabilitación los cuales son esenciales para poder promover el bienestar del menor que este atravesando por experiencias negativas.

Las funciones judiciales de familia en asuntos donde se involucre este sector vulnerable, son amplias y de gran trascendencia, pues conllevan decisiones determinantes para el porvenir, estas atribuciones se suelen dividir en distintos ámbitos fundamentales: custodia y responsabilidad parental, aquí el juez es el encargado de poder dictaminar con quien permanecerá los menores bajo cuidado físico y judicial, analizando cuál de los progenitores, o en ciertos casos, otros parientes, para que brinde mejores condiciones de ofrecer un entorno equilibrado, seguro y protector.

En consecuencia, también está la revisión de custodias previas, estas están facultadas cuando surgen alteraciones importantes en la situación de los padres, el juez tiene la capacidad de revisar y ajustar las decisiones anteriores sobre el cual recayó el cuidado de los menores. La asignación de tutela se efectúa siempre y cuando ninguno de los progenitores es apto para poder asumir la crianza, aquí la autoridad puede designar a otro familiar u otra persona responsable para poder asumir la tutela legal del niño, niña y adolescente (Silva, Parrales, Jimenez, & Wong, 2024).

### **2.3.2. Limitaciones procesales y vacíos normativos en caso de retención de menores sin tenencia judicial determinada**

Uno de los principales problemas en el tratamiento legal de la retención de menores sin resolución judicial de tenencia está definida en la existencia de vacíos legales y sin resolución judicial de tenencia definida, es la existencia de vacíos legales y disposiciones institucionales que se encuentran dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Estas falencias hacen que se dificulte una respuesta efectiva ante las situaciones donde uno de los progenitores retiene al menor de forma unilateral, misma que sin que exista una orden judicial que regule la tenencia, en este caso genera conflictos que afectan directamente en el interés superior del niño.

A pesar que en la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 44, donde establece que: como obligación prioritaria del Estado, la sociedad y la familia el garantizar el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, la normativa vigente no proporciona mecanismos procesales adecuados para poder resolver con efectividad y justicia en este tipo de casos, donde que la falta de una regulación donde no este clara sobre la tenencia compartida será sumada al retardo en la reforma del Código, impide proteger efectivamente a este grupo vulnerable, violando sus derechos fundamentales según lo estipula.

Se tiene en consideración los efectos y consecuencias que tienen sobre los hijos tanto de la separación como el divorcio de los padres, esto podría ser primordial que se indica que es fundamental en el desarrollo en el interés superior del niño, y que esto permita que los padres gocen de igualdad de condiciones para poder cumplir con sus obligaciones de educar, formar y contribuir con el desarrollo integral de sus hijos, así mismo se favorecerá al menor al permitirle mantener el vínculo efectivo constante con ambos padres en su vida cotidiana, lo cual contribuye a satisfacer su necesidad emocional de contar con una figura materna que lo orienten y lo acompañen en su desarrollo.

Según la doctora (Jami, 2020), menciona que:

“El Cuidado personal de los niños y adolescentes en la familia separada; criterios de resolución de conflictos de interés entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia”.

De acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador (2008), el país se consolidó como un estado constitucional de derechos y justicias, lo que supuso una transformación profunda del sistema jurídico nacional, en especial en lo relativo a los derechos humanos. En este marco, los niños, niñas y adolescentes son reconocidos como un grupo de atención prioritaria en su Art. 35, y el Art. 44 donde que establece de manera clara que su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos deben estar garantizados por el estado, la sociedad y la familia, en este sentido se incorpora además el principio del interés superior del niño, lo que implica que sus derechos deben prevalecer sobre los de cualquier otra persona.

Consecuente a este, el mandato constitucional, existen serias limitaciones procesales y vacíos normativos cuando se trata de casos de retención de menores sin una resolución judicial

determinada, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, carece de disposiciones claras y efectivas que regulen adecuadamente estas situaciones, dejando así un margen de ambigüedad que puede ser aprovechado por alguno de los progenitores para retener al menor de forma unilateral sin que exista alguna consecuencia legal inmediata, la falta de esta regulación afecta directamente la garantía del desarrollo integral del niño y su derecho a mantener relaciones que estén sólidas y estables para ambos padres.

Además, la carencia de procedimientos expeditos es necesarios para resolver con prontitud estos conflictos provocan que, en la práctica, muchos niños y niñas vivan situaciones prolongadas de incertidumbre, alejamiento de uno de los progenitores y vulneración emocional, esto contraviene el entorno familiar, social y afectiva donde que asegure que la Constitución exija como parte del desarrollo integral de la niñez.

Sin embargo, en el marco constitucional reconoce ampliamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la falta de una legislación secundaria adecuada y de mecanismos procesales eficientes en casos de tenencia y retención ilegal donde constituye una debilidad estructural que requiere de una reforma urgente, esta reforma se debe basar en no, únicamente la protección del menor, sino también la igualdad de condiciones para ambos padres en el ejercicio de sus derechos y deberes parentales que se rijan bajo el principio rector del interés superior del niño (Jami, 2020).

## **2.4. La recuperación de los menores, su procedimiento y las sanciones establecidas en casos de retención indebida**

### **2.4.1. Recuperación de menores**

La restitución de menores que han sido retenidos de manera ilegal en concordancia con el principio de celeridad procesal, representan retos constitucionales de alta relevancia, esta problemática cobra especial importancia cuando se la examina desde la perspectiva del interés superior del menor el cual constituye un pilar fundamental en los sistemas jurídicos contemporáneos por ende este principio se encuentra consagrada en el Art.44 de la Constitución de la República del Ecuador y también en los instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989), donde exige que toda actuación judicial que involucre a los niños, niñas y adolescentes sea tramitada con carácter urgente puesto que su finalidad es asegurar el desarrollo integral de los menores y proteger el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Por otro lado, diversos estudios doctrinarios coinciden en que la implementación práctica de este principio enfrentan restricciones estructurales y operativas que afectan negativamente su eficacia (Villarreal, Isea, & Camargo, 2024).

Desde una perspectiva jurídica y la protección de derechos al hablar de recuperación de menores hace referencia específica al retorno inmediato del niño, niña o adolescente a la custodia de sus progenitores o representantes legales. En consecuencia, el estado tiene la obligación ineludible de asegurar que todo menor que haya sido separado de su entorno familiar sea restituido de manera oportuna y en condiciones que garantice su bienestar integral, esta restitución debe

ejecutarse con pleno respeto a su dignidad humana y sin transgredir ninguno de sus derechos fundamentales.

Por una parte, el termino recuperación alude al proceso mediante el cual una persona o cosa regresa a su estado anterior especialmente luego de haber experimentado una situación adversa, en el caso de menores de edad, que implica la restitución de sus condiciones personales, familiares y sociales a través de su reintegración al entorno que es propio garantizando así su estabilidad emocional y desarrollo integral.

La retención de un menor se configura cuando tras haber sido desplazado de manera generalmente ilícita de su residencia habitual por uno de sus progenitores, esta situación constituye una forma de obstaculizar del ejercicio del derecho de los menores a mantener relaciones personales y contacto regular con ambos padres de conformidad con los principios establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño (Quilca, 2017).

#### **2.4.2. Procedimiento**

En la normativa vigente del Ecuador no existe en si un procedimiento legalmente tipificado que regule de manera expresa el proceso de recuperación de menores. Sin embargo, en la práctica judicial tales acciones se tramitan bajo la figura del procedimiento sumario de medidas de protección lo cual en lo cual se ha observado diversas inconsistencias, pues al carecer de una vía procedimental uniforme los juzgadores suelen aplicar criterios disimiles, conforme a su interpretación personal o su sana crítica situación que no siempre garantiza decisiones que prioricen efectivamente el interés superior del niño, niña y adolescente (Quilca, 2017).

Esta ausencia de un marco procedimental definido puede derivar en una vulneración indirecta de los derechos de los niños, niñas y adolescentes especialmente cuando el enfoque judicial no responde a los principios de protección integral de conformidad con el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia(2015), es decir que toda interpretación y aplicación normativa debe realizarse a favor del niño, niña o adolescente siendo inadmisibles que cualquier autoridad sea judicial o administrativa alegue vacíos normativos o ausencia de procedimiento para justificar decisiones que atenten contra los derechos fundamentales de esta población.

Por este hecho, todas las disposiciones del ordenamiento jurídico, así como los actos y contratos que involucren directa o indirectamente a menores de edad deben entenderse e interpretarse bajo el interés superior del niño principio rector de la legislación en materia de los menores (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2015).

A pesar de la existencia de vacíos o lagunas procesales si existen normas claras respecto en el accionar de la Policía Nacional y la Oficina de la Niñez y Adolescencia que deben ser aplicadas una vez que se haya emitido una autorización judicial según lo estipulado en el Art. 268 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2015), ambas entidades tienen la obligación de intervenir en investigaciones destinadas a:

Ubicar a los niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar, presuntamente perdidos, desaparecidos o plagiados; y,

Identificar y ubicar los lugares de residencia del padre, la madre o parientes dentro del tercer grado de consanguinidad ausentes o desaparecidos del niño, niña o adolescente. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2015)

Estas atribuciones representan un instrumento operativo fundamental pero su efectividad depende de la actuación coordinada entre jueces, policías y técnicos de protección, así como la celeridad en la emisión de órdenes judiciales, pero lamentablemente en muchos de los casos la respuesta institucional es lenta o fragmentada lo cual profundiza la situación de vulnerabilidad del menor.

La DINAPEN constituye una unidad especializada de la Policía Nacional del Ecuador, esta es creada con el objetivo de prevenir, investigar y actuar ante situaciones que vulneren los derechos de los menores de edad, es decir que su rol dentro de los procesos de recuperación de menores es esencial ya que colabora con la localización de niños, niñas y adolescentes extraviados, retenidos o sustraídos de su entorno familiar siempre que este sea mediante mandato judicial y en coordinación con las autoridades competentes.

De igual manera las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son órganos administrativos de nivel operativo, autónomos funcionales y administrativas que forman parte del sistema descentralizado de protección teniendo en cuenta que su finalidad es que esta garantice la protección integral y la reparación de derechos individuales o colectivos de niños, niñas y adolescentes en el ámbito cantonal.

Es así como los juzgados de familia, mujer, niñez y adolescencia constituyen órganos jurisdiccionales de primer nivel ya que su competencia abarca principalmente en el conocimiento, tramitación y resolución de causas que involucren conflictos relacionados con los derechos de mujeres, niños y adolescentes específicamente en materias de violencia intrafamiliar, tenencia, régimen de visitas, pensiones alimenticias y medidas de protección (Quilca, 2017).

Ahora bien, según el autor (Huacho, 2021), manifiesta que el procedimiento para la recuperación de los menores se debe tomar en cuenta que:

Cuando la niña, niño o adolescente es retenido indebidamente, significa una situación urgente para el bienestar del menor, la acción para la recuperación del mismo debe tramitarse por juicio Sumario de acuerdo con el Art.332 # 3 del COGEP, con términos disminuidos a la contestación de la demanda y para la audiencia única, aunque constituye a un procedimiento más expedito al que existía anteriormente la corte Nacional de Justicia se expresa ante la consulta planteada en el 2017, manifestando que se podría plantear que sea una medida cautelar de recuperación y no un proceso judicial (pag,34).

### **2.4.3. Sanciones**

La retención indebida de un menor por parte de uno de los progenitores constituye una forma de vulneración al derecho a la convivencia familiar y al libre desarrollo integral del niño, niña y adolescente, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece específicamente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se han previsto medidas de protección que pueden conllevar a sanciones específicas para quien incurra en este tipo de conducta.

Por ende, dentro del Art.125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que el progenitor que haya retenido de manera indebida a su hijo:

[...] quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32).

## **2.5. Unidad III.- Análisis de la sentencia No.200-12-JH/21**

### **2.5.1. Criterios de la Corte Constitucional sobre la tenencia no judicialmente determinada.**

El análisis de esta sentencia es imprescindible puesto que es punto principal para tratar la problemática de retención indebida sin resolución judicial determinada es así como la Corte Constitucional en la sentencia No.200-JH/21(2021), específicamente en el numeral 85 establece que:

Ante la alegación de que un menor se encuentra retenido indebidamente, la persona que realice la solicitud de recuperación debe demostrar, previamente, que se le confió judicialmente la tenencia o la tutela de las niñas, niños y adolescentes involucrado; de lo contrario, el Art.125 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no sería aplicable.

(pag,17-18).

Desde la perspectiva jurídica y de protección de derechos de los niños, la sentencia establece un criterio normativo que condiciona la admisibilidad de las acciones de recuperación de menores retenidos a la existencia previa de una resolución judicial que otorgue la tenencia, patria potestad o alguna medida de protección a favor del solicitante, pero acatar este requerimiento llega a generar serias tensiones con el derecho al acceso a la justicia debido a que al exigir como condición previa una resolución judicial formal se deja de lado el análisis individualizado del caso concreto y se corre el riesgo de obstaculizar el acceso efectivo a mecanismos de tutela judicial

debido a que si no se cumple con el requisito formal se puede archivar la demanda, especialmente en situaciones donde el progenitor carece de medios económicos o acompañamiento legal para obtener dicha resolución es decir que tal limitación puede llegar a traducirse en una denegación de justicia, particularmente en contextos de vulnerabilidad contraviniendo el principio del interés superior de niño.

Adicional aquello, la exigencia de contar con una resolución judicial previa podría generar un efecto perverso en el proceso ya que esto terminaría beneficiando injustamente al progenitor que ha incurrido en retención indebida del menor, ahora bien, esto ocurre porque se impone una carga procesal adicional al progenitor que busca legítimamente recuperar al niño o niña, colocándole en una desventaja frente a quien actúa al margen de la legalidad. En consecuencia, esta condición puede vulnerar el principio de igualdad procesal al no garantizar condiciones equitativas para que ambas partes puedan ejercer plenamente su derecho a la defensa dentro de un proceso judicial.

Consecuentemente, existe una preocupación en cuanto a la manera de que los jueces y operadores de sistema de justicia interpretan y aplican de forma coherente establecido en la Sentencia No. 200-12-JH/21, de cierta manera la ambigüedad en torno a los requisitos que deben cumplirse para acreditar la tenencia, la patria potestad o alguna medida de protección puede dar lugar a valoraciones discrecionales generando resoluciones contradictorias entre distintos juzgados, esta falta de uniformidad no solo vulnera el principio de seguridad jurídica sino que también dificulta a los progenitores afectados anticipar razonablemente el desenlace de sus procesos especialmente en contextos de disputa por la custodia o recuperación de menores, por ende, garantizar el derecho a un juicio justo exige asegurar procedimientos judiciales accesibles. Claros y equitativos evitando cargas procesales excesivas o confusas que obstaculicen el acceso a la justicia y que puedan repercutir negativamente en los derechos tanto de los progenitores y en especial del niño, niña o adolescente involucrado.

El derecho a la tutela judicial efectiva implica que todas las personas deben contar con la posibilidad real y garantizada de acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener resoluciones debidamente motivadas pues este derecho opera como un pilar esencial para la protección integral de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, para que este principio se materialice en la práctica resulta indispensable contar con los jueces imparciales e independientes así como con profesionales del derecho que actúen con compromiso ético y competencia técnica por otro lado, la existencia de un sistema judicial sólido transparente y orientado hacia la justicia es una condición indispensable para la realización efectiva de estos valores democráticos y constitucionales.

Ahora bien, con lo expuesto anteriormente en concordancia con el numeral 79 de la sentencia se puede identificar una existencia de contradicciones entre los dos párrafos en cuanto a la retención indebida:

De tal forma, la retención indebida puede provocar una doble afectación, por un lado, las niñas, niños y adolescentes retenidos, el cual tiene el derecho a ser reintegrado a su medio familiar y ejercer plenamente sus derechos; y, por otro, a la persona que se le priva de su derecho a ejercer la tenencia, o tutela (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

En el párrafo 85, la Corte Constitucional establece que el Art.125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, solo puede aplicarse si quien solicita la recuperación de lo menores que se demuestra previamente que se le confirió judicialmente la tenencia o tutela, es decir, se impone como requisito previo una resolución judicial que formalice la situación del solicitante como titular de la tenencia o tutela de lo contrario no procede el uso del Art.125 ni la recuperación ni la recuperación forzada ni el apremio personal. Sin embargo, en el numeral 79 la misma sentencia sostiene que la retención indebida puede producir una doble afectación el niño, niña o adolescente retenido quien se ve privado de su entorno familiar y, por lo tanto, de sus derechos y a la persona a quien se ha privado del ejercicio de la tenencia o tutela. Esto implica, al menos implícitamente que la persona que reclama la recuperación si pudiera estar siendo afectada por una retención indebida incluso sin resolución judicial previa ya que su vínculo con menor existe y está siendo desconocido fácticamente.

Por otra parte, en los numerales 80 y 81 de la Sentencia No. 200-12-JH/21 reconoce expresamente que el alejamiento del entorno familiar habitual afecta gravemente al niño, niña o adolescente se señala que dicho alejamiento puede vulnerar derechos fundamentales como:

- El derecho a la vida privada.
- El derecho a la integridad personal.
- El derecho al desarrollo integral.

Es así como, en el numeral 81 afirma que una retención indebida implica una alteración unilateral del entorno familiar que ya estaba consolidado y que esta alteración representa una privación del derecho del NNA a la convivencia familiar establecida (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

Finalmente, la Corte afirma que la retención indebida podría constituir una injerencia arbitraria en la vida del niño, niña o adolescente está apelando directamente al Art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Art. 16 de la Convención sobre los derechos del Niño ambos ratificados por Ecuador, estos artículos prohíben interferencias ilegales o arbitrarias en la vida privada y familiar del niño. Además, se alude al principio de que la protección de los derechos de los menores debe ser inmediata, prioritaria y sin obstáculos innecesarios conforme al enfoque de protección integral.

Una vez analizado los párrafos de la sentencia se puede observar que existe una incongruencia normativa y argumentativa dentro de la misma sentencia mientras unos párrafos valoran la afectación real y material de los derechos del niño como suficiente para accionar mecanismos de protección, el numeral 85 condiciona dicha protección al cumplimiento previo de

un requisito formal lo que puede dejar desprotegidos a muchos menores y a sus cuidadores legítimos de hecho.

Desde una perspectiva de derechos, esta contradicción debilita la eficacia del principio del interés superior del niño y puede resultar en la denegación de justicia efectiva especialmente en contextos de vulnerabilidad económica o falta de asesoría jurídica.

### **2.5.2. La aplicación del artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.**

Es importante realizar un análisis detallado y crítico del Art.125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya que su aplicación en la práctica ha generado múltiples tensiones jurídicas, especialmente en lo que respecta a la protección efectiva del interés superior del niño en contextos de retención indebida, este artículo establece lo siguiente:

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

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

Este artículo del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, regula un aspecto importante en los conflictos familiares la retención indebida de hijos e hijas, esta disposición legal establece de forma clara cuando uno de los progenitores o cualquier persona retiene al niño o adolescente de forma ilegal, contraviniendo decisiones judiciales que han asignado la tenencia, patria potestad o régimen de visitas a otro, se configura una infracción que puede dar lugar a consecuencia judicial inmediata, incluyendo el apremio personal, allanamiento del domicilio y la obligación de indemnización de los daños ocasionados.

En relación, este artículo tienen una doble función, por un lado, protege el derecho del niño o adolescente a mantenerse relaciones estables con el progenitor al que le haya otorgado la tenencia o régimen de visitas y por otro lado, respalda el principio de legalidad, el cumplimiento de resoluciones judiciales que son pilares fundamentales del Estado de Derecho.

En la práctica jurídica ecuatoriana, tomando en consideración se ha observado que este artículo suele ser subestimado o mal aplicado, exclusivamente en contextos en los que uno de los progenitores retiene al menor de forma prolongada, escudándose en argumentos subjetivos o en el supuesto interés superior del niño, sin respaldo judicial, esta conducta puede traducirse en una grave vulneración de derechos, tanto del menor como del otro progenitor, puesto que al impedir la convivencia familiar se está obstruyendo el vínculo efectivo, lo cual puede causar afectaciones emocionales severas.

La Corte Constitucional del Ecuador, a través de la sentencia ya mencionada con anterioridad, aborda un caso emblemático de retención indebida del menor, este caso permitió evidenciar como la aplicación inadecuada o interesada en el artículo, puede derivar en una vulneración de derechos constitucionales, particularmente del derecho a la defensa, tutela judicial efectiva, y al principio de unidad familiar. Lo importante aquí es destacar que no solamente tipifica una conducta reprobable, sino que aplicar herramientas eficaces y de aplicación inmediata al sistema judicial para remediar la posibilidad de ordenar el allanamiento de domicilio donde se pretende que se encuentre el menor es una medida excepcional pero necesaria, cuyo objetivo es evitar la dilación y poder garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales. Asimismo, la obligación de indemnizar los daños provocados por la retención como los costos de los procesos judiciales, trasladados o afectaciones emocionales, esto refleja un enfoque importante reparador y sancionador al mismo tiempo.

Desde un punto de vista del interés superior del niño, como principio rector del sistema de protección integral, la retención indebida nunca puede considerarse justificada si contraviene de una decisión legalmente adoptada por una autoridad competente, los progenitores no pueden, bajo ninguna circunstancia erigirse con jueces de sus propias causas ni relacionar el régimen de tenencias o visitas por voluntad propia, al hacerlo constituye una forma de violencia institucional y familiar que afecta directamente el desarrollo integral del niño, su derecho a la identidad, a vivir en familia, y al acceso efectivo a la justicia.

Además, este artículo cobra relevancia en el contexto de conflictos postura entre padres, donde muchas de las veces los hijos se convierten en un objeto de manipulación emocional o venganza, en estos casos, la intervención judicial debe ser rápida, firme y proporcional, utilizando el Art.125, de la misma ley, no solo es un mecanismo de restitución, sino como una herramienta de prevención de conflictos más profundos donde se puedan dañar el bienestar del niño o el adolescente.

En complemento, es trascendental que los operadores de justicia, desde los jueces hasta los abogados y autoridades de protección, conozcan y apliquen de forma diligente, así asegurando que los derechos de los niños y adolescentes no se vean relegados frente a intereses particulares, el cumplimiento efectivo de esta norma es un elemento vital para poder fortalecer el Estado de Derecho y garantizar el respeto irrestricto de los derechos humanos en el ámbito familiar.

### **2.5.3. Vulneración de los derechos de niño, niña y adolescente en la aplicación de la sentencia No.200-12-JH/21**

La Sentencia de la Corte Constitucional se constituye un hito en el tratamiento jurídico de la retención indebida de niños, niñas y adolescentes, a su vez también la obstaculización del régimen de visitas, si bien es cierto el objetivo primordial y especial que hace mención el Art.125 de Código de la Niñez y Adolescencia es proteger el derecho de las niñas, niños y adolescentes, a vivir en un entorno familiar adecuado y a mantener vínculos afectivos con sus progenitores, en la

práctica judicial analizada por la misma Corte Constitucional se evidencia la preocupación de la vulneración de sus derechos fundamentales que se derivan de una aplicación incorrecta y punitiva de dicha norma.

Una vez analizada la sentencia establecida por la Corte Constitucional se pueden identificar ciertos derechos que se llegan a vulnerar:

### **1.- Vulneración del derecho al Interés superior del niño**

El derecho al interés superior del niño se vulnera cuando la autoridad judicial subordina la protección efectiva de los derechos del niño, niña y adolescente a requisitos formales no previstos en la ley como la exigencia de una resolución judicial previa de tenencia para configurar la retención indebida es decir que impide una respuesta inmediata, prioritaria y eficaz frente a situaciones que afectan el desarrollo emocional y afectivo del menor además, desconoce que el interés superior del niño debe prevalecer sobre conflictos entre adultos y formalidades procesales.

### **2.- Vulneración del derecho a la convivencia y unidad familiar**

Se vulnera el derecho a la convivencia familiar cuando mediante una interpretación restrictiva se legitima la separación arbitraria del niño de uno de sus progenitores permitiendo que la retención indebida se mantenga mientras no exista una resolución judicial de tenencia esta afectación se concreta en que se tolera la interrupción injustificada del vínculo parento-filial, se priva al niño de su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores y se compromete la estabilidad emocional y psicológica del menor afectando su desarrollo integral.

### **3.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva**

Este derecho se ve vulnerado cuando el acceso a la justicia se condiciona a la presentación de una resolución judicial previa limitando la posibilidad de activar mecanismos de protección frente a una vulneración actual de derechos en este caso se impone una carga procesal excesiva al progenitor reclamante, se impide una intervención judicial oportuna frente a una situación de urgencia finalmente se convierte en un obstáculo en lugar de un medio para garantizar derechos.

### **4.- Vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica**

Estos principios se ven afectados cuando una interpretación jurisprudencial introduce requisitos no establecidos expresamente en la norma legal, modificando el alcance del artículo 125 del CONA de esta manera genera incertidumbre en la aplicación del derecho debilitando así la confianza en el sistema de protección de derechos de la niñez.

## CAPÍTULO III

### 3. Metodología

La metodología de investigación jurídica comprenderá en su desarrollo un análisis jurídico-analítico, análisis de casos, deductivo, y dogmático dentro de la cual se aborda principalmente la vulneración del interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia con un enfoque de investigación cualitativo, el tipo de investigación será de tipo descriptiva, pura e histórico- jurídica; de diseño no experimental; Ubicado en la ciudad de Riobamba; con técnicas para la recolección de la información y datos a través de la entrevista.

#### 3.1. Unidad de análisis.

La presente investigación se ubica exactamente en la ciudad de Riobamba, Provincia de Chimborazo, en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia, esto correspondiente a las unidades judiciales de la Corte Provincial de Chimborazo, lugar donde se estudiará y analizará los criterios de 5 jueces de la Unidad de Familia, Niñez y Adolescencia para identificar en base a que criterios, normas, reglas y resoluciones niegan o aceptan la retención indebida de los menores.

#### 3.2. Métodos.

**3.2.1 Método jurídico-analítico.** - Permite estudiar el contenido normativo de los principios constitucionales y su aplicabilidad, descomponiendo el fenómeno jurídico en sus partes para su mejor comprensión, esto posibilita una investigación más profunda del marco legal aplicable en casos de retención indebida de menores. (Zamudio, 2000).

**3.2.2 Método dogmático.** - La dogmática jurídica no crea derecho, sino que lo sistematiza e interpreta a partir de su estructura normativa y sus principios rectores, teniendo en consideración la tenencia y protección del menor deben interpretarse bajo la óptica del interés superior del niño este método interpreta las normas jurídicas en su conjunto, como un sistema coherente. (Vega, 2003).

**3.2.3 Método deductivo.** - Es un enfoque lógico y de investigación que parte de principios generales o leyes universales para llegar a conclusiones específicas o particulares, en el presente tema, se parte del principio constitucional del interés superior del niño para concluir que cualquier retención de un menor sin orden judicial puede vulnerar sus derechos fundamentales. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021)

#### 3.3. Enfoque de investigación

Por las características que posee la investigación, se empleará un enfoque de investigación aplicando el método cualitativo.

### **3.4. Tipo de investigación**

Por la problemática que aborda esta investigación, así como también tratar de suplir los objetivos trazados, por los métodos que se van a emplear en el estudio del problema jurídico y por el tipo de investigación, el diseño es no experimental.

**Investigación jurídica descriptiva.** - Este tipo de estudio se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta en una situación espacio-temporal dada, justamente por eso se habla de descripción. Aquí el investigador se centra en dar a conocer las características del fenómeno en evaluación (Tantalean, 2015). La investigación jurídica descriptiva permite conocer cómo se aplica el interés superior del niño en casos reales de retención indebida sin resolución judicial, describe las características del fenómeno y la actuación de las autoridades.

**Investigación pura.** - La investigación pura es un tipo de enfoque investigativo cuya finalidad es lograr la mejor comprensión de un tema, de un fenómeno o de un área. Este tipo de investigación se centra principalmente en el avance del conocimiento en lugar de en resolver problemas específicos (Doctorado en Ciencias Empresariales, 2020). Analiza su fundamento jurídico y doctrinario en casos de retención indebida, su finalidad es aportar al desarrollo del conocimiento en el ámbito del Derecho de Familia.

**Investigación histórica-jurídica.** - Este tiene un acercamiento entre la historia del derecho y otras disciplinas del campo de las humanidades no ha sido unidireccional. (Duve, 2016), la investigación histórico-jurídica ayuda a comprender la evolución del principio del interés superior del niño y su incorporación en el ordenamiento jurídico, permite analizar cómo han cambiado las normas y criterios sobre la tenencia y la protección de menores. Así, se contextualiza jurídicamente el problema de la retención indebida.

### **3.5. Diseño de investigación**

Por la problemática que aborda esta investigación, así como también tratar de suplir los objetivos trazados, por los métodos que se van a emplear en el estudio del problema jurídico y por el tipo de investigación, el diseño es no experimental

### **3.6. Población y muestra**

#### **3.6.1. Población**

Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba.

#### **3.6.2. Muestra**

Es de tipo intencional ni probabilística, bajo los siguientes criterios de aceptación consensuada de formar parte de la investigación del cual los cinco jueces accedieron a formar parte del estudio, por lo tanto la muestra fue de cinco.

### **3.6.3. Técnicas e instrumentos de investigación**

Las técnicas de investigación que se realizarán serán la entrevista a los jueces y funcionarios públicos de la función judicial de la corte provincial de Justicia con ayuda de una guía de entrevista como principal instrumento para la recolección de información. El objetivo de esta técnica será obtener criterios jurídicos, valoraciones prácticas y experiencias reales relacionadas con casos de retención indebida de menores y la aplicación del principio del interés superior del niño.

## CAPITULO IV

### 4. RESULTADOS Y DISCUSION

#### 4.1. Resultados

*Tabla 1. Entrevista Dr. Walter Parra*

---

#### **Pregunta 1.**

¿Con qué frecuencia se presentan en su institución casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia?

#### **Respuesta**

Sí, efectivamente aquí los casos de retención indebida se presentan casi a diario. Padres o madres que sin haber obtenido la sentencia judicial retienen a sus hijos. Entonces hay muchos casos de eso.

#### **Pregunta 2.**

¿Cómo se interpreta y se aplica el principio del interés superior del niño en casos donde no existe una resolución judicial previa de tenencia?

#### **Respuesta**

Aquí no se trata de aplicar o no aplicar el interés superior del niño. Hay un mandato constitucional, la sentencia de la Corte Constitucional es clara y textual y dice que debemos aprender a diferenciar el artículo 125 del Código de la Niñez de Adolescencia, retención indebida por incumplimiento del régimen de visitas, que no es el problema, ¿no? se ha fijado, el juez ha fijado un régimen de visitas, la mamá no le quiere mandar al niño, retención indebida. Inmediato se dispone a la DINAPEN que se quite al niño y se le entregue al papá para que cumpla el régimen de visitas.

Al revés, el papá tiene el régimen de visitas y no le entrega, no le devuelve a la hora señalada, retención indebida, se llama a la DINAPEN para que le recupere al menor y le devuelva inmediatamente a la mamá. Ahora la otra, cuando no se ha otorgado tenencia judicialmente se llama recuperación de menor, ¿sí? entonces vamos a recuperar de menor y ahí viene la importancia de esta sentencia de la Corte Constitucional con la cual no comparto. Si bien es cierto la Corte Constitucional es el máximo organismo de interpretación constitucional, es menos cierto que por supuesto que aquí está en juego el interés superior del niño, porque dice que para recuperar a ese menor primerito tiene que demostrarme que el juez le dio la tenencia.

Los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la niñez, fueron declarados inconstitucionales, si mal no recuerdo, por Ramiro Ávila Santa María, cuando ejerció la juez

de la Corte Constitucional, ahí estaba el derecho preferente de la madre. Entonces eliminados estos, obviamente para tener la tenencia hay que reclamar, lo que yo aconsejo siempre ahora, ¿le dieron la tenencia? no, reclame rápido para que un juez le dé la tenencia en caso de que pasen estos hechos, que el padre o la madre le retienen al hijo indebidamente entonces para poder recuperarlo debe demostrar primero al juzgador que tiene la tenencia.

Sí, para mí sí hay una afectación al interés superior del niño porque le estamos apartando de ese vínculo familiar que creó, le estamos apartando para enfrascarnos de un proceso judicial innecesario entonces por supuesto que hay una afectación al interés superior del niño, pero como les digo es un mandato constitucional y los jueces lo que hacemos es acatar las disposiciones de la ley, la Constitución y la Corte Constitucional.

### **Pregunta 3.**

Según la mencionada sentencia se debe privilegiar el interés superior del niño sobre formalismos procesales, ¿cómo se garantiza esto en la práctica?

### **Respuesta**

La misma Corte Constitucional dice que garantiza el interés superior del niño, pero para mí no está garantizando, porque le estamos apartando y le estamos obligando a que ya inicié un proceso sumario para nada más devolverle al niño, que siempre estuvo con la mamá en el caso extremo, o estuvo con el papá en el otro extremo, y se les llevó la mamá.

Entonces, si la misma Corte Constitucional dice que debemos propender al interés superior del niño, por supuesto, no tenía que decir que presente la tenencia, ¿no es cierto? Ahorita, ¿qué nos van a llevar a nosotros? demandas de tenencia. Sí, porque todo el mundo va a querer tener la tenencia para, en caso de estas retenciones indebidas, de quien no ejerce la tenencia. A ver, ¿qué es la tenencia? El 118 del Código de la Niñez de Adolescencia nos dice que tenencia es la orden de cuidado que da el juez a uno de los progenitores.

Entonces, tampoco vamos a confundir ahí, la tenencia es exclusiva de papá y mamá les hago esta aclaración porque, por ejemplo, yo he escuchado aquí, incluso abogados, he visto demandas, me han presentado demandas de abuelos reclamando la tenencia. Pero el 118 es claro, la tenencia es exclusiva de papá y mamá.

Y no confundamos entre tenencia y patria potestad, la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que tenemos los padres frente a los hijos, ¿no es cierto? y tenencia es la orden de cuidado que le da. Tenemos la patria potestad de papá y mamá, pero el juez le dio la tenencia a mamá, ¿sí? No quiere decir que uno tenga la patria potestad, yo sigo teniendo la patria potestad, que es el conjunto de derechos y obligaciones de los padres frente a los hijos.

### **Pregunta 4**

¿Qué mecanismos existen para atender con celeridad casos de retención indebida y evitar vulneración de los derechos del menor?

### **Respuesta**

La misma Corte Constitucional en la sentencia aludida dice que este es un caso especial que se va a tramitar por procedimiento sumario y con términos reducidos, eso es lo que dice.

Entonces ya le queda al juez de primer nivel, porque somos los jueces de primer nivel quienes disponemos de esta recuperación del menor cuando nos ejerce la tenencia, entonces esa es nuestra sana crítica, pero tiene que ser en términos reducidos y ahí sí juega papel importante el interés superior del niño. No nos olvidemos que en el Estado Constitucional de Derechos todos los derechos son iguales, pero la misma Constitución dice, sin embargo, el interés superior del niño estará por arriba de los más derechos entonces acá se hace una cosa, presenta la recuperación del menor, obviamente presenta la sentencia que elabora la resolución que el juez le ha dado a la tenencia, se ordena la recuperación y se dispone que vaya a recuperarla.

Si la recupera no hay problema, no pasa nada, si la entrega tenga, si es verdad tenga, se archiva la causa el problema viene cuando no le entrega que tenemos que abrir el procedimiento sumario, tiene que citarse de que él tiene que contestar la demanda y obviamente convocar a la audiencia para hacer la prueba y ahí el juez toma la decisión de si le devuelve a la mamá o le entrega al papá para que vaya a reclamar la tenencia. Pero vuelvo a repetir, es un proceso sumario, pero la misma Corte Constitucional dice que en base a este interés superior del niño deben ser en términos reducidos, y tiene lógica, ¿no?

### **Pregunta 5.**

¿Cómo se asegura que los procesos relacionados con tenencia y retención indebida respeten las garantías del debido proceso, tanto como para el niño como para los progenitores?

### **Respuesta**

A ver, todo proceso judicial, absolutamente todo proceso judicial, por mandato constitucional 76.7 de la Constitución de la República, garantiza el debido proceso. Es decir, tanto en el juicio de recuperación, cuanto en el proceso de tenencia se va a respetar el debido proceso. Y obviamente, yo siempre digo que el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica son tres derechos que siempre están juntos.

Si vio el debido proceso, por supuesto que estoy violando la seguridad jurídica. Si vio la seguridad jurídica, por supuesto que estoy violando la tutela judicial efectiva. 75, 76, 87 y 82 de la Constitución de la República.

¿Qué es la seguridad jurídica? La aplicación de normás previas, claras, públicas. ¿No es cierto? La Corte Constitucional dice que así hay que hacer el trámite para la recuperación del

menor. El Código General de Procesos dice que así se tramita la tenencia en procedencia judicial.

Está plenamente establecido, por lo tanto hay que respetar las garantías básicas del debido proceso. Entonces acá viene la recuperación del menor, ¿no? Si no le recuperamos al menor, empieza el proceso sumario con términos reducidos. ¿Qué tenemos que garantizar? El derecho a la legítima defensa, el debido proceso.

¿No es cierto? Entonces hay que respetar tanto en la tenencia o mandato constitucional, voy a repetir, no solo en tenencia de recuperación del menor, en todos los procesos judiciales, sean judiciales o administrativos, hay que respetar estas garantías básicas del debido proceso que las encontramos en el 76-7 de la Constitución de la República

### **Pregunta 6**

¿Qué medidas consideran necesarias para poder fortalecer la protección del interés superior del niño en casos sin resolución judicial de tenencia?

### **Respuesta**

Yo pienso que se debería revocar la sentencia de unidad de la Corte Constitucional cuando no había esa sentencia de la Corte Constitucional, era automático. El padre de mi hijo se llevó sin el consentimiento al niño, que así el juez recupere a ese menor inmediatamente, y listo, y se iba y se recuperaba. Incluso el mismo 125 del Código de la Niñez dice que se dispondrá del allanamiento del lugar donde está retenido el niño y se dispondrá el apremio de todo aquel que se oponga a la recuperación. Vuelvo a repetir, mi criterio es muy personal, no estoy de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional.

---

*Nota: La tabla muestra las respuestas del entrevistado (Walter Parra).*

*Fuente: Walter Parra, (2025).*

*Elaborado por: Jhosselyn Córdova y Johanna Moposita, (2025)*

### **Tabla 2. Entrevista Dr. Sebastián Ortega**

---

#### **Pregunta 1.**

¿Con qué frecuencia se presentan en su institución casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia?

#### **Respuesta**

Sobre la retención o el incumplimiento de devolver a los menores ya sea por un régimen de visitas o tenencia, es un proceso que no se frecuente muy a menudo en el tiempo que ya voy aquí en la esta unidad Judicial de Familia, alrededor de un año o cinco meses, pues solo he

---

tenido un caso que ha sido ejecutado legalmente y unos tres a cuatro que se han archivado por no cumplir con los requisitos que determina el artículo 125 y la sentencia de la Corte Constitucional.

**Pregunta 2.**

¿Cómo se interpreta y se aplica el principio del interés superior del niño en casos donde no existe una resolución judicial previa de tenencia?

**Respuesta**

El principio interés superior del menor es un principio que le da un rango de garantía reforzada a la Constitución, es decir, en caso de que exista conflicto, ya sea en aplicación de la norma o en la interpretación, siempre se va a favorecer a los menores, niños, niñas y adolescentes, sin embargo, recordemos que la Constitución de la República no solo garantiza el interés de los menores, sino también el debido proceso y a pretexto de cumplir el interés superior de los menores, niños, niñas y adolescentes, no se puede vulnerar el debido proceso.

**Pregunta 3.**

¿Qué mecanismos existen para atender con celeridad casos de retención indebida y evitar vulneración de los derechos del menor?

**Respuesta**

Al momento de establecer la tenencia o el régimen de visitas, el juzgador tiene la obligación de indicar que en caso de cumplir los derechos y obligaciones entre los padres, es decir, si el papá le lleva a los niños, tiene que devolverlo en un lugar, en lo restablecido, en caso que cumplan esto, entonces, yo generalmente advierto que pueden ser requeridos por la Fuerza Pública, como así lo establece el Código de Niños y Adolescentes, su artículo 125, el mismo que dice en caso de que de incumplimiento o realizar obstáculos de visitas se procederá con eso. Esa es la directa en la que estaba pendiente, la de la sentencia.

**Pregunta 4.**

Según la mencionada sentencia se debe privilegiar el interés superior del niño sobre formalismos procesales, ¿cómo se garantiza esto en la práctica?

**Respuesta.**

Si bien el interés superior es un derecho reforzado constitucionalmente, así como en los tratados internacionales, sin embargo, este beneficio debe cumplir los requisitos que establece la propia ley y la Corte Constitucional. Recordemos que la Corte Constitucional solicitó que, en caso de retención indebida, la parte que así lo requiera debe justificar la tenencia judicialmente otorgada o el régimen de visita, porque en el caso que se analizó la Corte Constitucional, creo que no se había justificado eso, el padre o la madre creo que estaba en

derecho de compartir con el niño. Y a objeto de evitar una pena privativa de libertad, que también es un derecho fundamental como los menores, injusta causa, entonces se debe continuar con el debido proceso.

#### **Pregunta 5.**

¿Cómo se asegura que los procesos relacionados con tenencia y retención indebida respeten las garantías del debido proceso, tanto como para el niño como para los progenitores?

#### **Respuesta**

Yo creo que un tema principal aquí, las dificultades prácticas son, ya que por diversas situaciones, los padres, ya sean cónyuges o parejas en unión, de hecho, o solteros, procrean a un niño. El distanciamiento se debe a cuestiones propias y no más del menor, entonces mediante esas cuestiones propias generalmente son conflictos en el ámbito sentimental, entonces a objeto de venganza no tienen una buena relación, sabiendo que el único perjudicado son los menores. En este caso, como reiteraré la otra pregunta, es ministerio indicarles que deben cumplir un ambiente de cordialidad entre los padres, aunque no se lleven, ¿para qué? para que el niño pueda compartir las relaciones propias de una familia, aunque no se encuentren en el mismo techo.

#### **Pregunta 6.**

¿Qué medidas consideran necesarias para poder fortalecer la protección del interés superior del niño en casos sin resolución judicial de tenencia?

#### **Respuesta**

Yo me mantengo firme y concursante con todas las preguntas que previamente había establecido, si bien los menores gozan de ese interés superior, pero este no puede cuartar los derechos más, ya sea del padre o de la madre, que puedan ser requeridos judicialmente.

Establecer otro mecanismo, que ya sí lo establece el artículo 125 del CONA y que ha sido abordado ya de manera más detallada por la Constitución de la República, entonces yo no ~~le creyera conveniente para la aplicación en estos casos prácticos que, al fin y al cabo, la~~ consecuencia jurídica es la pena privativa de libertad por llevarse al niño sin autorización, pero siempre y cuando se justifique de por medio la prueba que acredite. Eduardo, eso sería todo.

*Nota: La tabla muestra las respuestas del entrevistado (Sebastián Ortega).*

*Fuente: Sebastián Ortega, (2025).*

*Elaborado por: Jhosselyn Córdova y Johanna Moposita, (2025)*

**Tabla 3.** Entrevista Dr. Soledad Manosalvas

---

**Pregunta 1.**

¿Con qué frecuencia se presentan en su institución casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia?

**Respuesta**

Realmente no existe mucha frecuencia de presentación de este tipo de procesos.

Desde la experiencia que llevo en mi despacho, que es aproximadamente cinco meses, he tenido dos casos en concreto de recuperación de un menor

**Pregunta 2.**

¿Cómo se interpreta y se aplica el interés superior del niño en casos donde no existe una resolución judicial previa de tenencia?

**Respuesta**

Bueno, partimos desde que la Constitución de la República del Ecuador determina en su artículo 35 como grupo de atención prioritaria a los niños, niñas y adolescentes esto guarda concordancia con el artículo 44 y 45 de la misma norma legal, en el que principalmente el interés superior del menor está garantizado.

Todos los procesos en sí que llegan a esta adjudicatura deben ser tramitados con celeridad, tomando en consideración ciertos aspectos, como la opinión en este caso del niño, hablemos de la retención indebida, la opinión del niño, de la niña o del adolescente, que es básico para tomar una decisión específica cuando se vean involucrados los intereses de ellos

**Pregunta 3.**

¿Qué mecanismos existen para atender con celeridad casos de retención indebida y evitar vulneración de los derechos del menor?

**Respuesta**

Este es un trabajo en conjunto en sí, la adjudicatura inicia principalmente con el acto de proposición que ingresa a través de las ventanillas de esta dependencia judicial.

Una vez que existe esta alarma o un proceso de retención indebida, inmediatamente se comunica al señor actuario de este despacho y pone a disposición del juez para adoptar los mecanismos necesarios. Es importante tomar en consideración si cuando una retención indebida deviene por un incumplimiento de un régimen de visitas, en sí por el tema de la tenencia mismo, a lo que se refiere la sentencia de la Corte Constitucional.

**Pregunta 4.**

Según la mencionada sentencia se debe privilegiar el interés superior del niño sobre formalismos procesales, ¿cómo se garantiza esto en la práctica?

### **Respuesta**

En la práctica, indistintamente, en el primer auto se ordena o se requiere la recuperación en sí del menor, que no es otra cosa que a través de los funcionarios de la DINAPEN ejecuten la disposición judicial, es decir, de forma inmediata acudir donde presuntamente esté el niño retenido de forma indebida y solicitar su requerimiento.

### **Pregunta 5.**

¿Cómo se asegura que los procesos relacionados con tenencia y retención indebida respeten las garantías del debido proceso, tanto como para el niño como para los progenitores?

### **Respuesta**

El juzgador está en la obligación, de conformidad con el artículo 76 de la Constitución de la República en sí, asegurar o garantizar el derecho al debido proceso, tomando en consideración que en esta clase de causas hay una particularidad como les mencionaba, generalmente el tema de competencia del juzgador es lo que está un poquito y está poco familiarizado, considero, con los señores abogados del libre ejercicio, pues el momento en que se emite o se solicita una recuperación del menor debe considerarse las particularidades a las que ya me referí.

Esto es, determinar si existe un incumplimiento de un régimen de visitas, por ejemplo, si un juez de la Ciudad de Guano es quien estableció el régimen de visitas, la retención indebida a estos incidentes debe ser tramitadas ante el juez de la Unidad Judicial de Guano más no iniciar un nuevo proceso en esta judicatura la judicatura de competencia que mantiene la ciudad de Riobamba es precisamente ahí donde existe, es decir, el desconocimiento es lo que obliga muchas veces a no contar con la celeridad que amerita este tipo de casos.

Pero en la actualidad, debido a la sentencia constitucional en la que se menciona, me parece que la 200, generalmente ese es el inconveniente hablo desde la experiencia personal en este corto tiempo que he permanecido en este despacho realmente he tenido, me parece, unos dos o tres casos y precisamente uno de aquellos es donde viene en el incumplimiento de un régimen de visitas, considerando también que la excepción de la competencia únicamente se puede plantear en audiencia.

Pero el juzgador debe advertir la falta de competencia porque ya existe un juicio principal que se fijó régimen de visitas.

### **Pregunta 6**

¿Qué medidas consideran necesarias para poder fortalecer la protección del interés superior del niño en casos sin resolución judicial de tenencia?

### **Respuesta**

Sin resolución judicial de tenencia bueno, el interés superior del niño, como les decía, debe ser observado en todo tiempo. A más de los operadores de justicia en sí, la protección o la corresponsabilidad que existe entre padres precisamente en el tema del régimen de visitas se coartan muchos derechos, o se vulneran muchos derechos, lamentablemente, de los niños toda vez que estos mecanismos, este tipo de juicio es lo que permite fortalecer esta relación parento filiar, precisamente por eso existe.

Sin embargo, cuando no se ha establecido un régimen de visitas, generalmente estos lazos se rompen, se quiebran, se quebrantan, porque no hay la disponibilidad muchas veces de sus padres visitar a sus hijos y generalmente sucede todo lo contrario, pese a que existe ya, hablemos de un juicio de divorcio, donde es necesario resolver la situación de visitas, alimentos y tenencia. Se fija un régimen de visitas, hablemos de forma cerrada, un día determinado, una hora determinada, y muchas veces tiene que concurrir a DINAPEN a retirarles a sus hijos y a recogerles a sus hijos.

¿Qué sucede? que los padres nunca se acercan a cumplir entonces, desde los padres mismos, como sociedad, como núcleo familiar, es donde estamos incumpliendo, estamos menoscabando los derechos de los niños. Porque quizás como operadores de justicia lo hacemos, emitimos una decisión, pero el cumplimiento corresponde a cada uno de los padres.

*Nota: La tabla muestra las respuestas del entrevistado (Soledad Manosalvas).*

---

*Fuente: Soledad Manosalvas, (2025).*

*Elaborado por: Jhosselyn Córdova y Johanna Moposita, (2025)*

**Tabla 4.** Entrevista Dr. Jorge Castillo

---

### **Pregunta 1.**

¿Con qué frecuencia se presentan en su institución casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia?

### **Respuesta**

Frecuente es frecuente es las demandas por retención indebida de los hijos que se presentan en las unidades.

### **Pregunta 2.**

¿Cómo se interpreta y aplica el principio del interés superior del niño en casos donde no existe una resolución judicial previa de tener?

### **Respuesta**

A ver, el interés superior del niño está establecido en el artículo 11 del código de la niñez y 44 y siguiente de la constitución. Interés superior debe primar sobre cualquier situación.

Es decir, si ponemos a ponderar entre un niño y un adulto mayor, siempre prevalecerá el interés superior niña. ¿Sí? Sobre el adulto mayor y el adulto mayor muchas veces pasa a ser un buen, ¿no es cierto? por la edad, siempre se preside a alguien. Entonces, el interés superior del niño en una retención indebida establecer la edad del niño para entregarle a quien tener en caso de madre, 100% de madre.

Si ustedes revisan el 106 del Código de la Niñez, ahí establece la regla para la patria potestad. Y la patria potestad se rige también para lo que es la tenencia. ¿No es cierto? entonces, 100% es malo, salvo que se pueda justificar de que la mamá es mala influencia para ella entonces, ahí se da esa situación

### **Pregunta 3.**

¿Qué mecanismos existen para atender con celeridad los casos de retención indebida y evitar la vulneración de derechos del menor?

### **Respuesta**

A ver nosotros una vez que conocemos la causa abocamos conocimiento disponemos de un requerimiento judicial cuando se trata de recuperación al niño o la retención indebida, porque son dos causas totalmente diferentes, ¿no es cierto?

Si hablamos de la retención indebida, aplicamos el 125 del Código de la Iniciadores. cuando se da la retención en los asuntos de cumplir un régimen de visita o el régimen de visita que se haya fijado en una tenencia porque obligatoriamente se debe fijar en el asunto de tenencia o un régimen de visita cuando se da esa situación estamos frente a una retención a una retención de pero cuando se da la recuperación del niño es cuando no se está cumpliendo un régimen de visitas no tenemos el juicio de visitas o de tenencia en donde se haya fijado un régimen de visitas , procedemos de igual manera a hacer un requerimiento judicial para la recuperación con la DENAPEN y se puede incluso allanar sin necesidad de autorización judicial el lugar en donde se encuentre el niño. Recuperarlo y entregarlo a quien deba tenerlo

### **Pregunta 4**

Según la sentencia mencionada sentencia ¿qué debe privilegiar el interés superior del niño sobre formalismo procesal? ¿Cómo se garantiza esto en la práctica?

### **Respuesta**

Nosotros garantizamos haciendo la recuperación del menor o pidiéndole la restitución del niño a quien deba tener la sentencia, efectivamente nosotros quitamos las medidas de la

recuperación del menor o la recuperación del menor nosotros quitamos la insolvencia y eso tiene que cumplir una vez que se cumpla o si él no quiere entregar al niño esto pasa en la vida diaria y hacemos una audiencia, le citamos a él o a ella tiene conocimiento una sola audiencia y se evita la resolución y pasó la fase de ejecución. Entonces ahí sí se puede allanar y se puede dar la detención del señor hasta que asome el niño y sea entregado. Sí, debemos establecerse no solo el 125 tenemos el derecho del niño tratados del derecho del niño tenemos muchos tratados internacionales que se deben aplicar en cuanto a la ascensión de vida o a la recuperación de los niños aplicamos la sentencia correcta, pero una vez que dicha la sentencia, pero la primera providencia es la recuperación de niños si hay oposición, ahí sí nosotros vamos a tener que hacer la audiencia y evitar la sentencia y pasar a la fase de eje de cuestión a buscarle al niño, si es por retención, recuperarlo. Si es por recuperación del niño, de igual manera a través de la policía especializada en niñez y adolescencia, al niño.

#### **Pregunta 5.**

¿Cómo se asegura que los procesos relacionados con tenencia y retención indebida respetan las garantías del debido proceso tanto para el niño como para los progenitores?

#### **Respuesta**

Nosotros cumplimos con el debido proceso, cuando es el debido proceso no invadir o contravenir normas expresas, ¿no es cierto? ese es el debido proceso el debido proceso es citar al señor para que conozca que en contra de él hiciste la demanda y darle la oportunidad de que se defienda es decir que está en igualdad de armas, aquí no hay privilegio de nadie y nosotros lo que tenemos que velar es el debido proceso la seguridad jurídica la tutela efectiva de los derechos conservada en la constitución nosotros cumplimos con esto el interés superior es muy importante pero el interés superior no hace para que nosotros tengamos que revertir el procedimiento ni cosa que se le parezca nosotros cumplimos con todos los procedimientos de la constitución y más el interés superior buscando siempre que no se violen los derechos del mismo.

Y debemos entregarle a quien lo deba hacer cuando nosotros hacemos el juicio de tenencia o el de visitas clarito se les dice se regula el de visitas en tal horario si dentro de este horario el niño no regresa, el padre lo tiene que hacer en una recesión, la retención es obligatoria. fuera de los horarios de prejubilación. Sí, eso está tan así. Bueno, como última pregunta,

#### **Pregunta 6**

¿Qué medidas se consideran necesarias para fortalecer la protección del interés superior del niño en casos de sin resoluciones judiciales de tenencia?

#### **Respuesta**

Es que los casos de tenencia no pueden quedar sin el niño obligatoriamente tiene que resolver esto. Obligatoriamente tiene que ser respuesta a la causa o sentencia, respuesta porque la resolución si bien es cierto pone fin al juicio pero es susceptible de reedición si usted pone la frase sacramental administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador que es su fin y ley de la república usted pone fin al juicio y se acabó y no hay nada que hacer pero si nosotros tenemos que resolver en niñez de adolescencia todo se resuelve todos nosotros se piden de revisión no puedo evitar una sentencia que es el capítulo ahí se dice pero de ahí en lo demás nosotros necesitamos resolución de alimentos, resolución de tenencias de todo.

---

*Nota: La tabla muestra las respuestas del entrevistado (Jorge Castillo).*

*Fuente: Jorge Castillo, (2025).*

*Elaborado por: Jhosselyn Córdova y Johanna Moposita, (2025).*

### **Tabla 5. Entrevista Dr. Roberto Tapia**

---

#### **Pregunta 1.**

¿Con qué frecuencia se presentan en su institución casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia?

#### **Respuesta**

Más o menos uno o dos casos al mes, son muy escasos, recordando que cuando nosotros hablamos, la mayoría de personas que plantean una acción de esta naturaleza son porque obstaculizan el régimen de visitas.

#### **Pregunta 2.**

¿Cómo se interpreta y aplica el principio de interés superior del niño en casos donde no existe una resolución judicial previa de tenencia?

#### **Respuesta**

Cuando hablamos del interés superior del niño, hablamos primero de un interés, de un derecho o un principio interpretativo. ¿A qué me refiero con eso? que el derecho de las personas está en el mismo nivel, pero cuando hablamos de un interés superior del niño los derechos del niño están sobre las otras personas, bajo esa lógica cuando estamos ante un caso de retención del niño, una recuperación de menores, ¿qué es lo que tenemos que hacer? es escucharle al niño. La Corte Constitucional ha dicho ya en varias sentencias que el juez debe primero escuchar al niño de forma forzada el juez no puede escucharle, pero lo hace a través de los órganos que van y que aplican una orden. Por ejemplo, el juez califica un proceso para recuperación de menor y dispone a la DINAPEN que proceda con la ubicación, proceda con la entrega ¿no es cierto? Entonces la DINAPEN va y a un niño o un adulto, a un adolescente le

pregunta, ¿usted está bien en esta casa o el niño demuestra de forma clara que no quiere ir con la persona que le mandó? La DINAPEN le deja en esta casa, sentando razón de que el niño presenta su posición y lo deja en la casa. Pero ¿cuál es la característica principal? Es que escucha al niño por eso es interés superior del niño. ¿En qué sentido? En que yo le escucho al menor y se queda con quien esté el menor, pero el proceso no se termina ahí. Como se trata de un proceso sumario, se lo cita, se abre causa, se lo cita, se presenta la contestación y en audiencia se decide.

### **Pregunta 3.**

¿Qué mecanismos existe para atender con celeridad los casos de retención indebida y evitar la vulneración de los derechos del menor?

### **Respuesta**

En la Corte Constitucional, justo en la sentencia que está en sus manos, la 212, o en su defecto vamos a lo que expone el Código de la Niñez de Adolescencia en su artículo 125 es clarísimo que mientras menor tiempo sea para proceder con la recuperación del menor, es mejor. Por lo general, administrativamente las unidades judiciales están ya adoctrinadas respecto de que cuando llega una retención indebida, de forma inmediata llega donde el juez y el juez de forma inmediata la tramita.

### **Pregunta 4.**

Según la mencionada sentencia, se debe privilegiar el interés superior del niño sobre formalismos procesales. ¿Cómo se garantiza esto en la Practica?

### **Respuesta**

Este formalismo procesal sería simple y llanamente proceder con la recuperación del menor sin escucharla no es así, en cumplimiento del principio de interés superior del niño como les he indicado se le escucha primero a él con los órganos de auxiliar, que sería la DINAPEN, la DINAPEN dice no puedo con la recuperación se abre la causa a prueba, comienza el proceso judicial pide a su madre y en audiencia nuevamente se le escucha al menor y ahí, por lo general el juez, cuando no es un niño muy pequeño cumple lo que dice, pero de un niño de 6, de 4, de 3, de 2, hasta de meses tengo casos yo, de forma inmediata se les vuelve a la madre inmediato. Ahí sí no cabe función de escuchar a los niños, porque no están en la capacidad de hacerlo.

### **Pregunta 5.**

¿Cómo se asegura que los procesos relacionados con tenencia y retención indebida respetan las garantías del debido proceso tanto para el niño como para los progenitores?

### **Respuesta**

las dificultades prácticas son, ya que, por diversas situaciones, los padres, ya sean cónyuges o parejas en unión, de hecho, o solteros, procrean a un niño el distanciamiento se debe a cuestiones propias y no más del menor, entonces mediante esas cuestiones propias generalmente son conflictos en el ámbito sentimental, entonces a objeto de venganza no tienen una buena relación, sabiendo que el único perjudicado son los menores. En este caso, como reiteraré la otra pregunta, es ministerio indicarles que deben cumplir un ambiente de cordialidad entre los padres, aunque no se lleven, ¿para qué? para que el niño pueda compartir las relaciones propias de una familia, aunque no se encuentren en el mismo techo.

#### **Pregunta 6.**

¿Qué medidas consideran necesarias para poder fortalecer la protección del interés superior del niño en casos sin resolución judicial de tenencia?

#### **Respuesta**

A ver, vamos por partes el problema está que el juez, por naturaleza, no puede iniciar un proceso de tenencia tienen que las partes procesales presentar una demanda bajo esa lógica, el juez no puede hacer nada con todos los procesos que no existen tenencia, si estos no han sido judicializados sólo con la judicialización, el juez camina solo.

---

*Nota: La tabla muestra las respuestas del entrevistado (Roberto Tapia).*

*Fuente: Roberto Tapia, (2025).*

*Elaborado por: Jhosselyn Córdova y Johanna Moposita, (2025).*

## **4.2. Discusión**

### **Entrevistado 1**

El Dr. Parra Juez de la Unidad Judicial de Familia con sede en el cantón Riobamba, señala que los casos de retención indebida de menores sin sentencia judicial son frecuentes, explica que el interés superior del niño debería primar, pero critica que la actual jurisprudencia exige demostrar la tenencia judicial para recuperar al menor. Esto, según él, genera que los procesos sean innecesarios que afecten el vínculo familia. También aclara que la diferencia entre tenencia y patria potestad, a su vez indica que los procesos deben seguir el debido proceso con celeridad conforme a lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, plantea que se debería avisar las disposiciones de la Corte Constitucional para poder facilitar la recuperación inmediata del menor, en su intervención reitera que los derechos del niño deben estar por encima de los formalismos legales.

### **Entrevistado 2**

En esta entrevista, explica que los casos de retención indebida no son frecuentes en su despacho, y que solo unos pocos llegan a ejecutarse. Sostiene que el principio del interés superior del niño debe respetarse, pero nunca en detrimento del debido proceso ni de los derechos de los padres, a su vez interpreto que hay una visión legalista que debe buscar el equilibrio entre proteger al menor y evitar que existan abusos judiciales, pero que a veces puede ser excesivamente formalistas. El Dr. Ortega hace mención que se debe insistir en que la tenencia debe ser judicialmente determinada para tomar acciones, lo que puede retasar las soluciones urgentes que se puedan llegar a determinar, personalmente considero que este enfoque puede dejar desprotegido al menor frente a los conflictos familiares no resueltos, si bien es cierto es primordial proteger los derechos de ambos padres, como el bienestar emocional del niño debería prevalecer, es necesario buscar mecanismos ágiles que garanticen la justicia sin sacrificar el interés superior del niño.

### **Entrevistada 3**

La Dra. Manosalvas, tiene aproximadamente cinco meses de experiencia en el despacho de la Unidad Judicial de Familia con sede en el Cantón Riobamba, hace mención que existe pocos casos de retención indebida y que todos los procesos debe garantizar el interés superior del niño, recogiendo incluso su opinión para poder tomar decisiones adecuadas, se reconoce que, aunque la ley prioriza este interés, muchas veces el desconocimiento del procedimiento, y la falta de competencia obstaculizan el cumplimiento ágil. También hace alusión que a pesar de las disposiciones legales, la realidad practica revela una fragilidad institucional y social donde que protege en la protección efectiva de menores, la Dra. critica que los padres muchas de las veces incumplen con el régimen de visitas, vulnerando así los derechos de los hijos, a criterio personal esto refleja que no solo se necesita fortalecer el sistema judicial, si no también la corresponsabilidad parental, no basta con emitir resoluciones: el interés superior del niño protege con compromiso familiar y coherencia social.

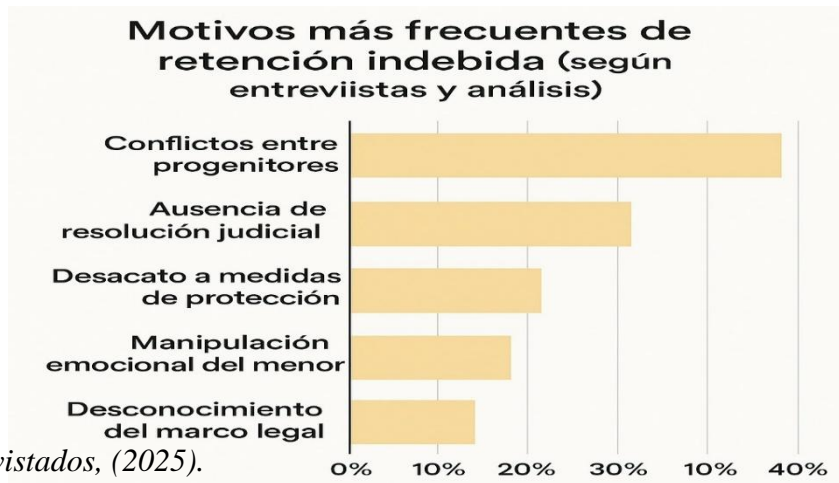
### **Entrevistado 4**

La entrevista indica que la retención indebida de menores sin resolución judicial es una situación frecuente, donde el interés superior del niño se encuentra consagrado en la Constitución y en el Código de la Niñez, debe prevalecer en todo momento, es importante señalar en su intervención que, aunque se respeta el debido proceso, en la práctica se prioriza su recuperación rápida del menor para poder proteger los derechos, aun cuando esto implique medidas excepcionales como allanamientos. Esto evidencia un equilibrio complejo en la protección urgente del niño y las garantías legales de las partes involucradas. La interpretación muestra que el interés superior del niño funciona no solo como principio jurídico, sino también como criterio operativo en decisiones judiciales en ausencia de sentencias firmes. Asimismo, refleja las limitaciones normativas actuales y la necesidad de agilizar el proceso para poder evitar vulneraciones y conflictos familiares.

### **Entrevistado 5**

En esta intervención con el Dr. Tapia, se indica que los casos de retención indebida sin resolución judicial de tenencia son escasos, aproximadamente entre uno o dos al mes, suelen relacionarse con obstáculos del régimen de visitas, del mismo modo menciona que el principio superior del niño implica escuchar al menor, principalmente a través de sus órganos auxiliares como DINAPEN, quienes valoran la voluntad del niño y aseguran su permanencia en el lugar donde se sienta seguro, aunque el proceso continúa con audiencia y decisión judicial. La institución prioriza la celeridad en la recuperación del menor, en concordancia con la sentencia de la Corte Constitucional y en el artículo 125 del Código de la Niñez, procurando evitar vulneraciones de derechos, se resalta que el interés superior del niño debe privilegiar sobre formalismos procesales, garantizando que se escuche al menor en la medida de su capacidad. Finalmente, se reconoce las imitaciones del juez para poder iniciar el proceso de tenencia sin demanda, subrayando la importancia de la judicialización para poder avanzar con el proceso del menor.

**Gráfico 1.** *Motivos más frecuentes de retención indebida (según entrevista y análisis)*



**Fuente:** Entrevistados, (2025).

**Elaborado por:** Jhosselyn Córdova y Johanna Moposita, (2025)

## CAPÍTULO V

### 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1. Conclusiones

Del estudio realizado, tomando como base la sentencia No. 200-12-JH/21, se evidencia que la aplicación del principio del interés superior del niño aún presenta vacíos interpretativos en los casos de retención indebida sin resolución judicial de tenencia, si bien es cierto el marco normativo ecuatoriano prioriza la protección integral y la estabilidad emocional del menor, en la práctica persisten criterios dispares entre los operadores de justicia, lo cual afecta la resolución oportuna y centrada en los derechos del niño. El análisis del caso seleccionado permitió evidenciar que, cuando el interés superior del niño es aplicado de manera estricta, a decisión judicial se orienta hacia la protección efectiva de un entorno seguro y estable previo a la retención.

La revisión y clasificación de casos relacionados con retención indebida sin sentencia de tenencia mostro dos tenencias, la primera se trataba sobre donde prevalece la literalidad normativa, y la segunda trata en donde se prioriza una valoración psicosocial amplia, esta falta de uniformidad genera incertidumbre jurídica y afecta a la protección del menor, por ende se concluye que la ausencia de criterios unificados limita la correcta aplicación del interés superior del niño, especialmente cuando se ignora el contexto emocional y afectivo existe antes de la retención.

A partir del análisis del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y normas supletorias donde se determina que en los casos de retención indebida se vulneran de manera recurrente los derechos esenciales tales como, el derecho a la estabilidad emocional, y el derecho a mantener relaciones significativas con quienes conforman su círculo afectivo primario. La retención indebida altera abruptamente el entorno del niño generando afectaciones que pueden escalar a daños psicológicos si no se actúan con celeridad y enfoque de derechos.

La tenencia estudia las evidencias un avance jurisprudencial importante al reconocer que la estabilidad, continuidad efectiva y permanencia del niño en su entorno habitual prevalecen sobre cualquier disputa parental, el fallo destaca que el interés superior del niño se materializa cuando se restablece el ambiente original en el cual a la necesidad se desarrolla de manera segura, por este mismo motivo, la sentencia también revela la necesidad de fortalecer las herramientas judiciales y administrativas, para evitar que la retención indebida les genere afectaciones profundas en la dinámica familiar del menor.

#### 5.2. Recomendaciones

Se recomienda que los operadores de justicia adopten protocolos unificados para la resolución de casos de retención indebida, tomando como eje la estabilidad emocional del menor, esto permitirá garantizar las decisiones coherentes en todas las instancias y evitar las interpretaciones dispares que afecten la protección del niño.

Es fundamental que los jueces, fiscales y defensores de familia priorice evaluaciones psicosociales rápidas y especializadas para determinar con precisión los impactos emocionales generados por la retención indebida, estas evaluaciones deben convertirse en un insumo obligatorio para cualquier decisión judicial.

Se sugiere implementar medidas administrativas y judiciales urgentes, como el seguimiento familiar y activación inédita de la autoridad de protección, para evitar que la retención indebida se prolongue y genere mayor afectación al menor.

La sentencia 200-12-JH/21, debe ser incorporada en capacitaciones para operadores de justicia y profesionales del ámbito jurídico, con el fin de promover decisiones que priorice la estabilidad, continuidad afectiva y bienestar integral del niño.

## BIBLIOGRAFÍA

Acosta, J. (2018). *La recuperacion en la retencion indebida del hijo o la hija, y la patria potestad*. Ambato: UNIANDES. Obtenido de <chromeextension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/9194/1/PIUAAB087-2018.pdf>

Aguilar, M., Quinde, E., & Garcia, H. (2025). Análisis del procedimiento jurídico para determinar la tenencia del niño, niña o adolescente a partir de la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional. *Digital Publisher*. Obtenido de [https://www.593dp.com/index.php/593\\_Digital\\_Publisher/article/view/3020](https://www.593dp.com/index.php/593_Digital_Publisher/article/view/3020)

Ares, A., & Vasallo, S. (2021). Redefiniendo el rol del juez en el proceso de familia. *Revista de Derecho Romano*. Obtenido de <file:///C:/Users/hp/Downloads/admin,+5.+REDEFINIENDO+EL+ROL+DEL+JUEZ+EN+EL+P+ROCESO+DE+FAMILIA..pdf>

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Codigo Organico de la Niñez y Adolescencia*. Quito.

Becar, E. (2020). El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno. *Actualidad Juridica*. Obtenido de <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P527.pdf>

Cangas, L., Iglesias, J., Mosquera, M., & Puerta, Y. (2019). *El interés superior del niño y el estricto respeto al principio de la convencionalidad de las normás*. UNIANDES Episteme. Obtenido de <https://revista.uniandes.edu.ec/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1774/1027>

Corte Nacional de Justicia. (2021). *Retencion Indebida*. Quito. Obtenido de [chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas\\_absueltas/No\\_Penales/Familia/143.pdf](chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/No_Penales/Familia/143.pdf)

Huacho, R. (2021). *Retencion indebida del hijo y la necesidad de una reforma legal efectiva para la recuperacion del niño, niña o adolescentes en materia familiar*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo. Obtenido de <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/8947/1/7.->

Huacho%20Iturralde%2C%20R%20%282022%29%20Retenci%C3%B3n%20indebida%20del%20hijo%20y%20la%20necesidad%20de%20una%20reforma%20legal%20efectiva%20para%20

Jami, M. (2020). La tenencia compartida y los vacíos legales en el código de la Niñez y Adolescencia. *UNIANDÉS*. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/15400/2/PEXCUPAB%200039-2020.pdf

Kairiene, B., Ciuladiene, G., & Balionis, A. (2022). Garantizar el Interés Superior del Niño en conflictos paternos: Experiencias de familias en divorcio. *Sociedad, Integración, Educación*. Obtenido de https://journals.rta.lv/index.php/SIE/article/view/6872

Murillo, K., Banchon, J., & Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Scielo*. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S2218-36202020000200385

Ortega, N. (2020). *La vulneración del principio de interés superior del niño en el proceso de recuperación inmediata del niño, niña o adolescente*. Puyo: UNIANDÉS. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/15391/1/PEXCUPAB%200031-2020.pdf

Pico, A. (2023). Análisis Doctrinario de la Tenencia Compartida en el Ecuador: Criterios y Factores de Valoración. *Ciencia Latina Revista Multidisciplinar*. Obtenido de https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/5729

Prado, E., Cacpata, W., Campaña, L., & Chuico, J. (2020). Garantías al justiciable. El rol del juez y su legitimidad en la legislación ecuatoriana. *Uniandes EPISTEME*. Obtenido de file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-GarantiasAlJusticiableElRolDelJuezYSuLegitimidadEn-8298052.pdf

Quilca, I. (2017). *El procedimiento de recuperación de menores, el principio superior del niño y su desarrollo integral*. Ambato: UNIANDÉS. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7401/1/TUAEXCOMAB042-2017.pdf

Rahman, Z., Zaid, R., Din, M. I., & Haider, S. Z. (2023). Efecto psicosocial de los conflictos parentales en el desarrollo del comportamiento de los jóvenes. *Journal of social sciences review*. Obtenido de https://ojs.jssr.org.pk/index.php/jssr/article/view/177

Sillero, B. (s.f.). *Interés Superior del niño y responsabilidades parentales compartidas*. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/12189/INTER%20C3%29S%20SUPERIOR%20DEL%20NI%C3%91O%20Y%20RESPONSABILIDADES%20PARENTALES%20COMPARTIDAS.pdf?sequence=3https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream

Silva, R., Parrales, F., Jimenez, P., & Wong, S. (2024). El rol del juez de familia en la protección de niñas, niños y adolescentes. *Sinergia Academica*. Obtenido de <https://sinergiaacademica.com/index.php/sa/article/view/209/420>

Uribe, C. (2012). El Rol del Juez en el Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia. *Dialnet*. Obtenido de <file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-ElRolDelJuezEnElEstadoDemocraticoYSocialDeDerechoY-6713638.pdf>

Villarreal, P., Isea, J., & Camargo, T. (2024). Recuperación por retención indebida del menor incumpliendo el principio de celeridad. *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Obtenido de <https://revistasinstitutoperspectivasglobales.org/index.php/verdadyderecho/article/view/232/485>

Viteri, M. (2022). La Garantía del principio de protección integral y el interés superior del niño frente a la alineación parental en el divorcio o separación de hecho en el Ecuador. *Universidad del Azuay*. Obtenido de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/11658/1/17187.pdf>

## ANEXOS

### ANEXO 1. Consentimiento informado - Entrevista



**Fecha:** \_\_\_\_\_ **Hora:** \_\_\_\_\_

**Lugar (ciudad y sitio específico):** \_\_\_\_\_

**Entrevistador:**

**Entrevistado (a):** \_\_\_\_\_

**Introducción:** La presente entrevista está dirigida a Jueces del Consejo de la Judicatura en el de familia, servidores públicos de la Función judicial de la Ciudad de Riobamba, Provincia de Chimborazo y tiene por objeto es obtener información directa, técnica y fundamentada desde la perspectiva judicial sobre cómo se aplica en la práctica el principio del interés superior del niño en casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia, con el objetivo de enriquecer el análisis doctrinal, normativo y práctico de tu investigación jurídica, para recabar información en el Proyecto de Investigación titulado “El interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia”, la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

#### **Consentimiento informado**

Estimado/a participante: Le agradecemos por su disposición a participar en esta entrevista, cuyo objetivo es explorar el alcance de la normativa legal ecuatoriana y el impacto la retención indebida a menores de edad. Esta entrevista está dirigida a jueces de familia, para obtener una comprensión más profunda de estos aspectos, únicamente para fines académicos de la Universidad Nacional de Chimborazo, su participación es voluntaria y sus respuestas serán tratadas de manera confidencial. No se recopilará información que pueda identificarle personalmente. Los resultados de esta entrevista serán utilizados únicamente con fines de investigación académica.

#### **Cuestionario**

##### **Contexto y Experiencia**

1. ¿Con qué frecuencia se presentan en su institución casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia?

##### **Aplicación del interés superior del niño**

2. ¿Cómo se interpreta y aplica el principio del interés superior del niño en casos donde no existe una resolución judicial previa de tenencia?

#### **Actuación institucional y judicial**

3. ¿Qué mecanismos existen para atender con celeridad casos de retención indebida y evitar la vulneración de derechos del menor?

#### **Marco normativo y sentencia 200-12-jh/21**

4. Según la mencionada sentencia, se debe privilegiar el interés superior del niño sobre formalismos procesales. ¿Cómo se garantiza esto en la práctica?

#### **Garantías procesales y derechos del niño**

5. ¿Cómo se asegura que los procesos relacionados con tenencia y retención indebida respeten las garantías del debido proceso, tanto para el niño como para los progenitores?

#### **Perspectivas y propuestas**

6. ¿Qué medidas considera necesarias para fortalecer la protección del interés superior del niño en casos sin resolución judicial de tenencia?

Le agradecemos enormemente por su tiempo y por compartir sus experiencias y opiniones. Sus respuestas son de gran valor para esta investigación, y confiamos en que contribuirán al desarrollo de propuestas para fortalecer el uso de las pruebas electrónicas en el sistema judicial ecuatoriano.

Jhosselyn Anabel Córdova Ocaña

Estudiante

C.I. 0605142769

Johanna Gissela Moposita Chicaiza

Estudiante

C.I. 1850670843

## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

### ANEXO 2. Matriz de validación de instrumentos por especialistas.

#### MATRIZ DE VALIDACION DE INSTRUMENTOS POR ESPECIALISTAS

**Nombre de Especialista Validador:** Dr. Segundo Walter Parra Molina.

**Especialidad:** Derecho Civil y Familia.

**Título de la investigación:** El interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial determinada.

**Objetivo del instrumento:** El presente instrumento tiene como finalidad identificar y analizar la aplicación del principio del interés superior del niño en casos de retención indebida de menores sin resolución judicial determinada, con el propósito de evaluar si las decisiones y actuaciones de los actores involucrados garantizan efectivamente los derechos del menor y priorizan su bienestar integral conforme a los estándares nacionales e internacionales de protección infantil.

Preguntas	Claridad en la redacción		Coherencia interna		Introducción a la respuesta (Sesgo)		Pertinencia		Calificación de las preguntas			Observaciones (Por favor indique si debe eliminarse o modificar algún ítem)
	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	Esencial	Útil pero no esencial	No Importante	
1	✓		✓			✓	✓		✓			
2	✓		✓			✓	✓		✓			
3	✓		✓			✓	✓		✓			
4	✓		✓			✓	✓		✓			
5	✓		✓			✓	✓		✓			
6	✓		✓			✓	✓		✓			
7	✓		✓			✓	✓		✓			
8	✓		✓			✓	✓		✓			
9	✓		✓			✓	✓		✓			
10	✓		✓			✓	✓		✓			
11	✓		✓			✓	✓		✓			
12	✓		✓			✓	✓		✓			
13	✓		✓			✓	✓		✓			
14												
15												
16												

*(Firma manuscrita)*  
Firma de Validador

Nombre: Dr. Segundo Walter Parra Molina.

Cédula: 0602456766

### MATRIZ DE VALIDACION DE INSTRUMENTOS POR ESPECIALISTAS

**Nombre de Especialista Validador:** Edison Fernando Bonifaz Aranda

**Especialidad:** Metodología de Investigación

**Título de la investigación:** El interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución de tenencia.

**Objetivo del instrumento:** El presente instrumento tiene como finalidad identificar y analizar la aplicación del principio interés superior del niño en casos de retención indebida de menores sin resolución judicial de tenencia, con el propósito de evaluar a loas decisiones y actuaciones de los actores involucrados garantizan efectivamente los derechos del menor y priorizan su bienestar integral conforme a los estándares nacionales e internacionales de protección infantil.

Preguntas	Claridad en la redacción		Coherencia interna		Introducción a la respuesta (Sesgo)		Pertinencia		Calificación de las preguntas			Observaciones (Por favor indique si debe eliminarse o modificar algún ítem)
	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	Esencial	Útil pero no esencial	No Importante	
1	/		/			/	/		/			
2	/		/			/	/		/			
3	/		/			/	/		/			
4	/		/			/	/		/			
5	/		/			/	/		/			
6	/		/			/	/		/			
7	/		/			/	/		/			
8	/		/			/	/		/			
9	/		/			/	/		/			
10	/		/			/	/		/			
11	/		/			/	/		/			
12	/		/			/	/		/			
13	/		/			/	/		/			
14												
15												
16												

**Firma de Validador**

**Nombre:** Edison Fernando Bonifaz Aranda

**Cédula:** 0603032269

## MATRIZ DE VALIDACION DE INSTRUMENTOS POR ESPECIALISTAS

**Nombre de Especialista Validador:** Luis Antonio Zurita Avalos.

**Especialidad:** Derecho Constitucional.

**Título de la investigación:** El interés superior del niño como principio rector frente a la retención indebida de menores sin resolución judicial determinada.

**Objetivo del instrumento:** El presente instrumento tiene como finalidad identificar y analizar la aplicación del principio del interés superior del niño en casos de retención indebida de menores sin resolución judicial determinada, con el propósito de evaluar si las decisiones y actuaciones de los actores involucrados garantizan efectivamente los derechos del menor y priorizan su bienestar integral conforme a los estándares nacionales e internacionales de protección infantil.

Preguntas	Claridad en la redacción		Coherencia interna		Introducción a la respuesta (Sesgo)		Pertinencia		Calificación de las preguntas			Observaciones (Por favor indique si debe eliminarse o modificar algún ítem)
	Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	Esencial	Útil pero no esencial	No Importante	
1	✓		✓			✓	✓		✓			
2	✓		✓			✓	✓		✓			
3	✓		✓			✓	✓		✓			
4	✓		✓			✓	✓		✓			
5	✓		✓			✓	✓		✓			
6	✓		✓			✓	✓		✓			
7	✓		✓			✓	✓		✓			
8	✓		✓			✓	✓		✓			
9	✓		✓			✓	✓		✓			
10	✓		✓			✓	✓		✓			
11	✓		✓			✓	✓		✓			
12	✓		✓			✓	✓		✓			
13	✓		✓			✓	✓		✓			
14												
15												
16												

**Firma de Validador** 

**Nombre:** Luis Antonio Zurita Avalos.

**Cédula:** 0604411249.