



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

**“REFORMA AL PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS DE
TENENCIA, SOBRE LOS ADOLESCENTES ENTRE 12 Y
MENORES DE 18 AÑOS”**

AUTOR:

AB. ALCÍVAR SALINAS LAURA VANESSA

**TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL**

Guayaquil, a los 16 del mes de marzo del año 2021.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abg. Laura Vanessa Alcívar Salinas**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Procesal**.

REVISORES

Dr. Francisco Obando Freire
(Revisor Metodológico)

Dr. Alfredo García Cevallos, Ph.D
(Revisor de Contenido)

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, a los 16 días del mes de marzo del año 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Laura Alcívar Salinas

DECLARO QUE:

El examen complejo **Reforma al Procedimiento en los Juicios de Tenencia, sobre los Adolescentes entre 12 y menores de 18 Años**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 16 días del mes de marzo del año 2021

EL AUTOR

Ab. Laura Alcívar Salinas



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Laura Alcívar Salinas

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **Reforma al Procedimiento en los Juicios de Tenencia, sobre los Adolescentes entre 12 y menores de 18 Años**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 16 días del mes de marzo del año 2021

EL AUTOR:

Ab. Laura Alcívar Salinas



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface with the following details:

- Documento:** Examen complejo Laura Aldivar 08 de septiembre 2020.docx (D82933900)
- Presentado por:** Andrés Isaac Obando Ochoa (ling.obandoo@hotmail.com)
- Recibido:** santiago.velazquez.ucs@analisis.urkund.com
- Mensaje:** RV: Examen complejo Laura Aldivar Salinas. [Mostrar el mensaje completo](#)
- Summary:** 4% de estas 37 páginas, se componen de texto presente en 4 fuentes
- Lista de fuentes:**

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/25062/1/FJCS-DE-1003.pdf
	https://repositorio.uesigla21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/16936/RICOTTI%20YOHA...
	https://repositorio.uesigla21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13823/PEREZ%20Natalia...
	https://crra.ac.uk/download/pdf/5101567.pdf
- Fuentes alternativas:** Fuente externa
- Matched Text (96%):**

el Artículo 3 numeral 1, manifiesto: "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" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

En el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños, niñas y Adolescentes, se expresa: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo.
- Source External (96%):**

el 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."

AGRADECIMIENTO

A mis padres, quienes han estado a mi lado en cada paso importante de mi vida, guiándome y enseñándome a tener como base fundamental en mi vida a Dios y a la Virgen María.

A mis hermanos, por creer en mí y motivarme a seguir adelante, y a mi tía Patricia Salinas, quien me brindó su hogar en este largo camino de preparación profesional, y en todo momento me hizo sentir acompañada.

A mis compañeras de maestría Andrea y Eugenia, por brindarme su valiosa amistad y guía en todo momento.

DEDICATORIA

Dedico esta meta profesional, a mi amado esposo Luis Santana, aquel que me ha apoyado y guiado a cada momento, y me anima cada día a mejorar y salir adelante, recordándome que cree en mí.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. DESARROLLO.....	4
1.1. Marco doctrinal	4
1.1.1. Fundamentación filosófica.....	4
1.1.2. Campo legal	4
1.1.3. Tenencia.....	8
1.1.4. Interés Superior.....	10
1.1.5. Derecho a Ser Consultados	16
1.1.6. Principio de Autonomía Progresiva.....	22
2. CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO	27
2.1. Unidades de análisis	28
2.2. Categorías analíticas.....	28
2.3. Plan de tabulación y análisis.....	28
2.4. Argumentación jurídica	41
3. CAPÍTULO III. PROPUESTA Y VALIDACIÓN POR EXPERTOS	43
4. CONCLUSIONES	45
5. RECOMENDACIONES	46
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47
APÉNDICE.....	50

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Resultados de la pregunta 1.....	29
Tabla 2. Resultados de la pregunta 2.....	30
Tabla 3. Resultados de la pregunta 3.....	31
Tabla 4. Resultados de la pregunta 4.....	32
Tabla 5. Resultados de la pregunta 5.....	33
Tabla 6. Resultados de la pregunta 6.....	34
Tabla 7. Resultados de la pregunta 7.....	35
Tabla 8. Resultados de la pregunta 8.....	36
Tabla 9. Resultados de la pregunta 9.....	37
Tabla 10. Resultados de la pregunta 10.....	38
Tabla 11. Resultados de la pregunta 11.....	39
Tabla 12. Resultados de la pregunta 12.....	40

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Métodos de valoración aplicados por los Jueces	29
Figura 2. Medios que aplica el juez para dictar resolución en los juicios de tenencia	30
Figura 3. Factores que inciden en la elección del progenitor al que se le otorga la tenencia	31
Figura 4. Influencia de la opinión del adolescente en el desarrollo del juicio de tenencia	32
Figura 5. Percepción del juez respecto al ámbito familiar adecuado	33
Figura 6. Percepción de los jueces respecto a la capacidad de los adolescentes sobre los asuntos familiares	34
Figura 7. Los jueces toman en consideración lo manifestado por el informe de la oficina técnica y la opinión del adolescente.....	35

Figura 8. Relación entre la importancia de la afiliación familiar y la situación económica de uno de los progenitores 36

Figura 9. Percepción del juez respecto a la capacidad jurídica de los adolescentes para emitir un criterio sobre sus deseos de con quien mantener un vínculo familiar . 37

Figura 10. Influencia del criterio del adolescente en la resolución del juez 38

Figura 11. Percepción del juez acerca de la aplicación correcta del interés superior del niño y el derecho a ser escuchado a través de la legislación ecuatoriana..... 39

Figura 12. Percepción del juez respecto a la influencia de considerar el deseo del adolescente desde el inicio del juicio de tenencia 40

RESUMEN

La presente investigación se constituye en un proyecto de reforma sobre el procedimiento de los Juicios de Tenencia en los adolescentes. Los sujetos a investigar conforman uno de los grupos de atención prioritaria y protección especial, como son los adolescentes y su interés superior, puesto que, en caso de conflicto, los derechos de los adolescentes prevalecerán por sobre los demás, imponiendo a todas las autoridades administrativas o judiciales, el deber de ajustar sus decisiones y acciones, de acuerdo a los intereses de los menores de edad; y es así, donde el principio a ser escuchados dentro del juicio de tenencia, adquiere una gran importancia, ya que, con los preceptos establecidos en los Tratados Internacionales y Códigos internos, los adolescentes están reconocidos como ciudadanos y ciudadanas con derechos, que pueden exigir o demandar el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad, donde su decisión sea fundamento justificativo para que el Juez dicte una resolución inmediata. El método a utilizar en la presente investigación será cualitativo, y se procederá a entrevistar a los Jueces y Juezas de las Unidades Judiciales Especializadas de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, a fin de obtener la viabilidad de reformar el procedimiento de los Juicios de Tenencia, aplicando el derecho que poseen los adolescentes de ser escuchados.

Palabras claves: juicios de tenencia, opinión del adolescente.

ABSTRACT

This research constitutes a reform bill on the procedure Tenure Trials in adolescents. The subjects to investigate are one of the priority groups and special protection, such as adolescents and their best interests, since, in case of conflict, the rights of adolescents prevail over others, imposing on all administrative authorities or judicial duty to adjust their decisions and actions, according to the interests of minors; and so, where the first to be heard in the trial of tenure, becomes very important, because with the standards laid down in international treaties and domestic codes, adolescents are recognized as citizens with rights, which may require or demand the establishment of protection mechanisms, warranty or liability, which is justifying its decision basis for the judge impose an immediate resolution. The method used in this research is qualitative, and proceed to interview the judges of the Specialized Judicial Units of Family, Women, Children and Adolescents, in order to obtain the feasibility of reforming the procedure Judgments Tenure, applying the right of adolescents has to be heard.

Keywords: holding trials, opinion adolescents.

INTRODUCCIÓN

La estructura temática del presente Examen Complexivo a desarrollar, permitirá abordar, un estudio temático y analítico sobre la situación actual de los adolescentes en los Juicios de Tenencia, los problemas que surgen a raíz de la pugna originada por los padres, dejando a un lado los verdaderos actores del juicio, los adolescentes. El trámite legal que se lleva a efecto actualmente en los Juicios de Tenencia, crean en su proceso etapas procesales, que en su momento se vuelven innecesarias, puesto que, se debe considerar desde un principio del Juicio, la opinión de los adolescentes entre 12 y menores de 18 años, ya que, según estudios científicos ellos tienen la capacidad para poder sumir decisiones, buscando el bien propio.

Y en busca de solucionar dichos problemas y con el afán de hacer cumplir su derecho a ser escuchados, aplicando sobre todo el interés superior de ellos, se desarrollará la presente investigación, tomando como base los siguientes aspectos: el objeto de estudio se basará en el Derecho Procesal, cuyo campo de acción será en el Derecho Procesal Familiar. Según datos publicados en la página oficial del Instituto Nacional de Estadística y Censos, con fecha 29 de Julio del 2015, se puede observar, que entre el año 2004 y 2013 los divorcios se incrementaron en un 87,73% al pasar de 11.251 a 21.122 durante este período, en estos nueve años el matrimonio disminuyó un 14,71%, En el año 2014, de acuerdo a la Tabla de divorcios a nivel nacional, entre el periodo del año 2014, se registraron 24.771 divorcios, teniendo una tasa de 15.46%, registrándose en la provincia de Manabí, dentro de este porcentaje 1653 casos, según los datos del INEC.

Lo que ocasiona, no solamente incremento de procesos de divorcios en el sistema judicial ecuatoriano, sino también, la generación de controversias por la tenencia de los menores de edad contraídos en el matrimonio, donde provoca la pugna constante entre los padres, sobre cuál de los dos progenitores es apto, para tener la guarda de sus hijos, tomando en consideración el lado económico y buen vivir del menor, dejando a un lado en ocasiones el lado filial entre el menor y el derecho que tiene éste a la convivencia

familiar. En los Juicios de Tenencia, es primordial proteger el interés superior del niño y colocarlo en el ambiente que le permita desarrollarse de una forma adecuada.

En esta clase de figura el Juez debe ser siempre crítico, ya que, una decisión que no esté en apego a los intereses del menor, puede causar un gran afecto a largo plazo. Actualmente en Ecuador, entre los postulados básicos del referido marco normativo que rige a nuestro país, figura el denominado principio de interés superior del niño, cuya mayor mención se encuentra determinada en la Constitución de la República del año 2008, en donde se busca garantizar el desarrollo integral y el disfrute pleno de derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un marco de libertad, dignidad y equidad. El derecho a ser consultados, es un derecho contemplado no solamente en los Tratados Internacionales, sino también en el Código de la Niñez y Adolescencia, que rige en la actualidad el campo de la infancia a nivel nacional, y por lo tanto al adolescente, se le debe tomar en cuenta lo que siente, desea, conoce, piensa; procurando de esta última su atención y escucha consciente; hoy los adolescentes no son objetos, sino **sujetos de derechos**.

Y las causas que provocan este conflicto, son las sentencias en los juicios de tenencia donde en algunos casos no es aplicado la opinión del adolescente; y los procesos judiciales, donde mientras se obtiene la resolución sobre la tenencia, se violenta el interés superior del niño, por la pugna generada entre los padres a lo largo del proceso, sin considerar que desde un principio a través de la opinión del adolescente, se puede identificar la decisión final de su tenencia a favor de un progenitor. Teniendo así como efectos los siguientes, donde los juicios de tenencia infantil han sido complejos en sus procesos, por cuanto existe el dilema con que familiar quedaría el infante; y al igual forma, no se está considerando a los adolescentes como parte activa y principal de los juicios de Tenencia, y se deja a un lado el precepto legal, de que ellos amparados por la Constitución de la República del Ecuador, son sujetos de derecho, y tienen el derecho a ser consultados, y al no considerar sus derechos, se está incumpliendo esta norma.

Por lo que, en virtud de lo analizado en el presente examen complejo, se determinará la forma de contestar la siguiente pregunta científica de: ¿cómo contribuir

al Derecho Procesal Familiar, a través de la reforma al procedimiento en los juicios de Tenencia sobre los adolescentes de 12 a 18 años?. Se debe indicar, que la presente investigación, constituye en un aporte en materia de niñez y adolescencia, para poder analizar la realidad que se da durante los procesos judiciales en el campo de la niñez, específicamente en los Juicios de Tenencia. Los principales beneficiarios de la presente investigación constituyen uno de los grupos de atención prioritaria y protección especial, como son los adolescentes, en pro de considerar ante todo el interés superior de ellos, puesto que, en caso de conflicto, los derechos de los adolescentes prevalecerán por sobre los demás, imponiendo a todas las autoridades administrativas o judiciales, el deber de ajustar sus decisiones y acciones, de acuerdo a los intereses de los menores de edad.

Y es así, donde el principio a ser escuchados dentro del juicio de tenencia, adquiere una gran importancia, ya que, con los preceptos establecidos en los Tratados Internacionales y Códigos internos, los adolescentes están reconocidos como ciudadanos y ciudadanas con derechos, que pueden exigir o demandar el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad, donde su decisión sea fundamento justificativo para que el Juez dicte una resolución inmediata. Así pues, con lo antes indicado, se determina que la premisa de este examen complejo se construye, teniendo, como base la falta de aplicación correcta del derecho a ser consultados de los adolescentes y los procesos judiciales extensivos, donde se evidencia la violación de sus derechos, se elaborará una reforma al procedimiento en los juicios de tenencia sobre los adolescentes de 12 a 18 años, minimizando el proceso judicial, aplicando estrictamente la opinión del menor de edad.

1. CAPÍTULO I. DESARROLLO

1.1. Marco doctrinal.-

1.1.1. Fundamentación filosófica.-

La investigación se ubica en el paradigma crítico-propositivo; crítico porque se cuestionarán los procedimientos establecidos en la ley y la aplicación de los derechos de los adolescentes, en los juicios de tenencia en el estado ecuatoriano, y propositiva porque se busca plantear una solución al presente estudio de caso, donde se planteará una reforma al procedimiento en los procesos mencionados anteriormente, que versan sobre los adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 años.

1.1.2. Campo legal.-

La presente investigación tiene como fundamento legal la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños, niñas y Adolescentes, en el Artículo 3 numeral 1, manifestó: “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” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

En el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños, niñas y Adolescentes, se expresa:

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

En la Constitución del Ecuador, en el artículo 44 en su inciso primero, se estableció: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”. (Asamblea Constituyente, 2008).

En el artículo 45, inciso segundo, se menciona:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (Asamblea Constituyente, 2008) .

En el artículo 11, del Código de la Niñez y Adolescencia, se estipuló:

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

En el artículo 13, del Código de la Niñez y Adolescencia, se estipuló:

Ejercicio progresivo. - El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código (Congreso Nacional, 2003).

En el artículo 15, del Código de la Niñez y Adolescencia, se estipuló: “Titularidad de derechos.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad”. (Congreso Nacional, 2003). En el artículo 60, del Código de la Niñez y Adolescencia, indicó: “Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión” (Congreso Nacional, 2003).

El Código de la Niñez y Adolescencia con respecto a la tenencia nos dice:

Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará

de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores.

Art. 120.- Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto.

Art. 121.- Recuperación del hijo o hija.- Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente.

Art. 291.-Motivación del auto resolutorio.- El auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído. (Congreso Nacional, 2003).

De acuerdo a las normas manifestadas anteriormente, se colige que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran contemplados en las leyes internacionales y nacionales; todo Estado, debe brindar y garantizar protección integral en cada tema que gire alrededor de sus intereses. Sobre todo, en este trabajo se precisa considerar que en los juicios de tenencia, donde se decide la tutela del menor de edad a favor de uno de los progenitores, debe estar siempre basado sobre su interés superior, buscando ante todo, que el adolescente se encuentre en un ambiente adecuado para su desarrollo y que su opinión vertida dentro del proceso, haya sido considerada al momento de dictar la resolución los señores Jueces y Juezas al resolver la Tenencia, por ello pasaremos a considerar su definición.

1.1.3. Tenencia.-

En el libro de Cabrera-Vélez (2008), cuyo tema es “Tenencia; legislación, doctrina y práctica”, definió tenencia como:

Una de las facultades de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente de al menos a uno de sus padres, esto no obstaculiza al otro padre de ejercer su Patria Potestad sobre el menor, ya que el hecho de que su tenencia habitual esté subordinada, no quiere decir que la toma de decisiones en su desenvolvimiento, excluya a su otro padre (pág. 26).

Otra definición sobre tenencia fue propuesta por Wallerstein & Blakeslee (1990), al expresar que en la técnica judicial, en el libre ejercicio:

Decimos por supuesto, que cuando avocamos la palabra tenencia es porque entre padre e hijo se verifica efectivamente una convivencia total o parcial. Sin embargo, vía de una extensión terminológica, cierta doctrina clasifica así la tenencia: a) en sentido amplio o legal (que sería poseer los atributos emergentes del ejercicio de la patria potestad), y b) en sentido estricto o tenencia *física* (que importaría tener al hijo consigo, ser titular de su guarda). De este modo la tenencia en sentido amplio quedaría compatibilizada para regir como “compartida”, no obstante, que la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre. (pág. 352).

La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho o de derecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar, teniendo como regla el interés superior del niño, niña y adolescente resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres, ella le corresponderá al otro. Cuando los padres estén separados de hecho o de derecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes se determina en pocas ocasiones de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña y el adolescente. En el presente examen complejo, se analizará los casos, en donde no llega a existir un acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, las cuales son las tenencias que se resolverán a través de un Juez

especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, tomando en consideración que se debe escuchar la opinión del niño, niña y adolescente.

La tenencia busca la seguridad y bienestar del niño, niña y adolescente, donde se debe asegurar que éstos se encuentren en un constante cuidado y sean protegidos integralmente. Que el ambiente donde se desarrollen sea el adecuado, tomando como referencia no precisamente el ámbito económico, ya que está prohibido por preceptos constitucionales otorgar la tenencia de un menor de edad, a un progenitor solo por su estatus económico que pueda gozar, sino que, se tome como referencia la conducta del padre o madre, y que él o ella estén pendientes del menor de edad en cada ámbito de su vida, hasta que estos sean mayores de edad, y en virtud de las doctrinas en las que ellos adquieran obligaciones.

Diferentes estudios determinan los diversos problemas que surgen a raíz de una separación o divorcio entre una pareja, que por lo general son devastadores y de larga duración, sin tomar en cuenta la calidad de vida que se tuvo durante esa convivencia conyugal. Entre los conflictos que surgen comúnmente, es la decisión a tomar, en cuestión de separación de los bienes obtenidos, los resentimientos a causa de los posibles motivos de la ruptura, los estados de ánimo que por lo general sufre aquel o aquella a quien se ha abandonado o solicitado el divorcio. Y en medio de esta realidad social, los más afectados son siempre los hijos, porque ellos no entienden ni aceptan las razones de una separación, no importa la edad que tengan, porque para todo hijos vital la unidad entre sus padres.

En vista de esto, el legislador ha previsto la figura jurídica de la tenencia, como el instrumento para la protección del menor de edad, ante las situaciones detalladas en el anterior párrafo, ya que en pro de su interés superior y en base a lo actuado dentro de este tipo de procesos, el Juez o la Jueza, otorga la guarda al padre, con el que se pueda evidenciar una afiliación paterna entre padre e hijo (a) más idónea. Pero aun así, es imposible evadir, el derecho que mantiene el otro progenitor, de un régimen de visitas, por lo que, se debe establecer métodos en donde la tenencia otorgada este apegada a garantizar una estabilidad emocional correcta para el niño, niña o adolescente, en donde se desenvuelva en un ambiente favorecedor a sus deseos y opinión.

1.1.4. Interés Superior.-

1.1.4.1. Denominación.-

El principio del Interés Superior fue reconocido por primera vez en 1959 en la Declaración de los Derechos del Niño: Principio 2:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado de todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” (Organización de las Naciones Unidas, 1959).

Cabrera-Vélez (2010) en su libro “Interés Superior del Niño”, mencionó:

Que se puede definir el principio en tres palabras, siendo éstas: a) Interés.- Deviene del latín *interesse*, que significa importar, es decir que este principio convella a reflejar sobre el valor importante dentro de sí mismo; b) Superior.- Se refiere en cuanto a su utilidad, sobre otros, este principio prevalece más. El interés superior, es un derecho de primera generación; c) Niño.- Comprende desde el período entre la natalidad y la adolescencia, considerándose a una persona ya adulta a partir de los 18 años. (págs. 20,21).

El Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes, ha sido creado para proyectarse, en las personas menores de edad, garantizando la protección de sus derechos fundamentales en general. Considerando como factor primordial, que el menor es titular de derechos fundamentales, porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento; el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales.

En consecuencia, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en torno a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío en la norma, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que por sus

condiciones de responsabilidad determinadas en la Ley, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad y protección. Ya que, tal es el efecto que produce el interés superior, que si se brinda un cuidado especial a este grupo prioritario, en pro de sus derechos, se otorgará un bien común a la sociedad, al ser la niñez el futuro de la humanidad.

El interés superior del niño, precautela de forma integral al niño, niña y adolescente, pues estos requieren protección y cuidado especiales. Su aplicación será directa, por ende, no puede ser alegada su inobservancia por la falta de normativa expresa o ambigüedad de la existente. Este principio debe ser considerado como una regla de interpretación jurídica, aquella que debe ser más favorable al pleno ejercicio de derechos de la niñez y adolescencia. Esta protección integral se encuentra estipulada, en tratados internacionales, y en las normativas ecuatorianas, por tanto, constituye un principio de carácter vinculante a los organismos del Gobierno ecuatoriano, de cualquier categoría y no solamente a los ministerios e instituciones creadas por la protección de la niñez.

Couso-Salas (2006), en el libro “El Niño como sujeto de Derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”, hizo mención que:

En aplicación del Interés Superior por parte de los Juzgadores, es evidente la característica paternalista que se genera al momento de generar decisiones en asuntos relacionados con los menores de edad, en donde se decide sobre la vida de ellos, de acuerdo a lo que se cree que esté apegado a lo moral y buenas costumbres, sin tener la certeza de que dicha resolución este en total acuerdo con el deseo del menor de edad, violentando el derecho a ser oído; puesto que no se observa la visión del niño, niña y adolescente, quitándole su rol protagónico en los asuntos que le conciernen (pág. 146).

En efecto, el Código de la Niñez, en su libro tercero, artículo 190, estipula la creación del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y anunció lo siguiente:

El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia es un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales.

Toda política pública debe ser creada en función de la niñez y adolescencia y estar dirigida hacia el desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes, en donde se prevea que el desenvolvimiento de ellos, en los entornos habituales de su infancia y adolescencia, estén regidos por buenas normas de conducta, que mantenga un buen vivir a partir de su núcleo familiar, educativo, social y salud, con el objeto de que, a medida de que sus etapas de crecimiento vayan desarrollándose de forma correcta, tanto física y psicológicamente, para que en el futuro, se encuentren capacitados para construir su propio plan de vida.

Defensor del Pueblo (2014) mencionó que según el Informe del Secretario General a la Asamblea de las Naciones Unidas, relativo a la situación de la Convención, de 2 de agosto del 2013, señaló en su párrafo 52:

Varios Estados han intentado incorporar el derecho de los niños a ser escuchados en sus procedimientos administrativos y jurídicos. Sin embargo, siguen siendo motivos de preocupación, la insuficiente claridad y la limitada aplicación práctica de las disposiciones jurídicas, en particular las salvaguardias y los mecanismos para garantizar el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados sin ser objeto de discriminación, manipulación o intimidación (pág. 9).

1.1.4.2. Características del Interés Superior del Niño:

Interés Superior del Niño, se diferencia por tener las siguientes características:

- **Derecho de primera generación.-** De acuerdo a lo enunciado en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo tercero, instituye que es un principio, que debe ser interpretado y empleado para motivar toda decisión que afecte a los niños, niñas y adolescentes, y de ser el caso, de que llegue a existir un conflicto de ponderación sobre otro derecho de interés social, el interés superior del niño debe prevalecer ante dicho derecho.
- **Rector-guía:** El autor citado considera que el Principio del Interés Superior, por la magnitud que representa, se ha convertido en un rector-guía para la Convención, cualquier pronunciamiento que realice esta institución deberá regirse en pro de este principio.
- **In dubio pro homine:** Pinto (1997) estableció que el principio pro homine:
 Implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. En relación a esto, el interés superior del niño, guarda una estricta relación con este principio, ya que, se convierte en un derecho humano de los menores (pág. 81).
- **Interpretativo:** El interés superior, cumple una función hermenéutica, ya que permite interpretar y explicar los parámetros del derecho familiar o niñez y adolescencia, cumpliendo con la base fundamental de este principio, que es la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Todos los derechos en pro de la infancia contemplados en la norma, deben estar entrelazados entre sí, ya que solo de esta forma, se puede asegurar un cuidado especial, en todo el entorno que los rodea.
- **Llena los vacíos legales:** Así como se mencionó en párrafos anteriores, el interés superior, goza del privilegio de considerar como una

aplicación directa en las decisiones judiciales, por ende, no puede ser alegada su inobservancia por la falta de normativa expresa o ambigüedad de la existente. Este principio debe ser considerado como una regla de interpretación jurídica, aquella que debe ser más favorable al pleno ejercicio de derechos de la niñez y adolescencia.

- **Es prioridad de las políticas públicas:** La Convención Internacional Sobre los Derechos de los niños, niñas y Adolescentes, en su artículo 3 numeral 1, proyecta al interés superior del niño hacia las políticas públicas. Al respecto Ferrajoli (2001), detalló: “es una obligación de la autoridad pública, asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales” (pág. 45).
- **Reviste especial gravedad en caso de violación:** En relación a este punto, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha establecido que en los casos en donde se identifique la violación de uno de los derechos que protegen al menor de edad, serán considerados como agravantes, debido a la condición de atención prioritaria que gozan los niños, niñas y adolescentes. Privilegio, que se encuentra contemplado en las políticas públicas internacionales y las de cada Estado (Cabrera Vélez, 2010, pág. 33).

1.1.4.3. El interés superior como plena satisfacción de los derechos:

Cillero-Buñol (2004), propuso identificar el interés superior con la plena satisfacción de sus derechos, pues la Convención:

Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en las medidas que existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad que se trata que ella no constituya soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción,

no sola en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente (pág. 86).

Cillero-Buñol (2004) señaló que:

El interés superior del niño debe dejar de ser un objetivo social deseable y pasar a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad. Y las funciones del interés superior del niño en este contexto son: a) Iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta; b) Cumplir una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones; c) El principio sirve como resolución de conflictos de derechos contemplados en la Convención, puesto que si en el contexto de una vida social en la que todos los menores de edad gozan de diferentes clases de derechos, y si llegará a suscitarse alguna situación, donde sea complicado el ejercicio conjunto de dos o más derechos, el principio de interés superior actúa, para resolver dicho conflicto de ponderación; d) Es base fundamental para la creación de toda política pública de los estados en pro, del desarrollo armónico de los derechos de la infancia y adolescencia (pág. 98).

Defensor del Pueblo (2014), mencionó:

Ha de ser escuchado todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Ahora bien, debe partirse de la presunción de que el niño está en condiciones de formarse dicho juicio y no procede a establecer límites mínimos de edad, sino que ha de determinarse caso por caso. Para la primera infancia, ha de contemplarse como una opción adecuada a estos efectos el reconocimiento y respecto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias (pág. 15).

1.1.4.4. Principio fundamental in dubio proinfante:

Albán-Escobar (2003)(2003, p. 21-22) mencionó:

Que en los campos administrativos y judiciales, sus resoluciones deben fundamentarse, en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. La autoridad que administre justicia en el campo de la niñez y adolescencia, no podrá alegar falta de norma o oscuridad de la ley, puesto que, es su obligación analizar en cada caso en materia de menores de edad, lo que sea más favorable para éstos; en toda resolución deberá invocar el principio *In Dubio Proinfante*.

El estado ecuatoriano, estipula dentro de la normativa nacional, este principio, específicamente en el artículo 14 del Código de la Niñez y Adolescencia, señalando:

Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervenga niño, niñas y adolescentes, o que se refieran a ellos deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño (Congreso Nacional, 2003).

1.1.5. Derecho a Ser Consultados.-

La Constitución de la República del Ecuador, conjuntamente con el Código de la Niñez y Adolescencia, a través de sus artículos, reconocen el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser consultados o ejercer su derecho de opinión; este derecho busca determinar el deseo de cada infante y adolescente, sobre los asuntos que puedan afectar su vida cotidiana. Aunque la norma señala, que la opinión de los menores de edad, será considerada de acuerdo a su grado de madurez; los Jueces y Juezas en los casos en donde intervienen los adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 años, se encuentran obligados a escuchar la opinión de éstos, y en base a lo manifestado, deberán aplicar su sana crítica y dictaminar su resolución. Mason (2004, pág. 122) menciona: “un representante de niños debe ser más que un abogado, debe tener un conocimiento sustancial del desarrollo de los niños y las herramientas adecuadas para comunicarse con ellos. Tan sólo trabajar con el niño no es suficiente”.

Por su parte, Pérez-Contreras (2013, pág. 1163) menciona:

El derecho a participar de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en los que se analizan y adoptan resoluciones que les afecten en sus personas, en sus derechos o en sus relaciones, en este caso, con sus progenitores, es el resultado del reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos. Gonzalez-Perret (2002, pág. 3,4) menciona: “sin duda, los mecanismos procesales que se utilicen para hacer efectiva la participación de los niños/as y adolescentes en este proceso judicial, determinarán los alcances y límites para el ejercicio de este derecho”. El escuchar a los menores en los procedimientos que se consideran o afectan en sus derechos es obligatorio, tanto por la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño como por lo dispuesto en los códigos civiles y familiares en el mismo sentido, se puede llevar a cabo, atendiendo a la edad de los hijos, a través de la entrevista directa de los niños, las niñas y los adolescentes con el Juez o Magistrado de la causa, o a través de un examen psicológico realizado por profesionales, que pueden o deben trabajar en equipo y que puede integrarse por psicólogos, psiquiatras, abogados, trabajadores sociales y a través de esto se pueda definir y explicar cual es la relación de los hijos con sus padres, y poder así establecer las mejores condiciones, por ejemplo en un caso de divorcio, para establecer la guarda y custodia. El Ministerio Público Tutelar (2011, pág. 9) señala: “Ello, dado que cuando el niño tiene madurez suficiente, sus opiniones tienen que ser tomadas en cuenta al punto en que si se refiere a la moral privada, no deberían contradecirse en función de consideraciones diferentes a lo que éste expresa”.

1.1.5.1. Reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos:

Farith (2008, p.175) menciona que, la infancia y adolescencia, mantiene derechos reconocidos como todo ser humano que sea considerado mayor de edad, además, de aquellos creados de acuerdo a su edad. Por lo tanto, los niños, niñas y adolescentes desde que son procreados son considerados como sujetos de derecho, es decir tienen igualdad de condición con los adultos, salvo en casos, que la Ley no otorgue la posibilidad de poder ejercer y suscribir algún tipo de documento que genere responsabilidad; pero en materia de derechos serán protegidos con una atención

especial, y siempre tendrán participación como actores activos, dentro de los espacios sociales donde se desarrollen.

Albán-Escobar (2003, pág. 13) menciona que:

Los sujetos del Derecho de la Niñez y la Adolescencia, son precisamente los niños, niñas y adolescentes”. De acuerdo a este autor se puede determinar que, “los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías, y como tales gozan de todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. El Código de la Niñez, es la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos ellos.

1.1.5.2. Capacidad de niños, niñas y adolescentes: legitimación activa y representación:

Ávila-Santamaría & Corredores-Ledesma (2010, pág. 474) dentro de la consolidación realizada en su libro, citan a Farith Simón, quien señala que “a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afecten sus vidas”. Asimismo, Farith manifiesta que:

La clave del principio a ser consultados es la autonomía y como llegan a alcanzarla los niños, niñas y adolescentes a medida que van creciendo, ocupando un lugar central, ya que se respeta el derecho que tienen, de hacer sus propias elecciones, expresar su propia opinión. Pero se debe recordar que el cumplimiento de los derechos del niño no puede depender de su capacidad de ejercer la autonomía o del hecho de que hayan alcanzado una edad determinada. Todos los derechos del niño se aplican a todos los niños.

Además, Farith de acuerdo a su análisis hace una referencia según los manifestado por Landsdown. El autor citado propone un examen de la evolución de las facultades, basado en los derechos, a partir de tres nociones: noción evolutiva, noción participativa o emancipadora y noción protectora. En la noción evolutiva, por la que se reconoce en qué grado la realización de los derechos enunciados en la Convención promueven el desarrollo, la competencia

y la gradual autonomía personal del niño. En la noción participativa o emancipadora se destaca que el niño tiene derecho a que se respeten sus capacidades, por tanto hay una transferencia de los derechos de los adultos en función de su nivel de competencia. En este nivel la Convención impone la obligación de respeto a esos derechos. En la noción protectora, que se constituye a partir del reconocimiento de que el niño está en proceso de desarrollo, éste tiene el derecho a recibir la protección del Estado, la sociedad y la familia contra la participación o la exposición a actividades perjudiciales, pero esta protección va a disminuir a medida que sus facultades evolucionen. En este ámbito la Convención sobre los Derechos del Niño impone la obligación de proteger los derechos.

De igual forma, Farith (2008, pág. 293), haciendo referencia a lo indicado por Alessandro Baratta, cita lo siguiente:

La extensión de los tres derechos disminuye en el pasaje del primero al segundo y del segundo al tercero. La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar la opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Sólo con relación a estas situaciones el primer párrafo del artículo 12 de la Convención prevé que su opinión sea tomada debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Y es así como la Convención reúne un conjunto de derechos. Cillero-Bruñol (1999a, pág. 13) la define como: “la relación del niño con la familia, los derechos y deberes de los padres y la responsabilidad de la sociedad civil respecto de la infancia en general”.

1.1.5.3. Elementos del derecho a ser consultados:

(Farith, 2008) detalla que el derecho ser consultados, debe ser analizado en base a tres elementos, que determinan la obligación e importancia que tiene la opinión de los niños, niñas y adolescentes, en los casos donde se determinen aspectos importantes sobre su situación familiar, sea a nivel judicial o administrativo:

- **A ser consultados en todos los asuntos que les afecten:** La Convención Internacional Sobre los Derechos de los niños, niñas y Adolescentes, en articulado numeral 12, enuncia, que al referirse a todo asunto que le afecte, será en temas judiciales o administrativos que afecten sus derechos. En relación a esto Alessandro (1998, pág. 45) señala que, “el único derecho propiamente dicho, es el derecho a ser escuchado, ya que se configura como, un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos; está formulado mediante un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella. Por esto también la Convención adopta una formulación bastante débil utilizando el término oportunidad y no el término derecho”.

Ante lo citado, crea cierta preocupación al creer que el derecho de ser consultados, no llegue a tener una obligación vinculante para los administradores de justicia en el campo de la niñez y adolescencia, pero ante este supuesto vacío legal, se deberá aplicar estrictamente el interés superior del niño, y cumplir a cabalidad el precepto Constitucional determinado, en el artículo 45, en el párrafo segundo, donde se indica claramente que tendrán el derecho de ser consultados en los asuntos que les afecten. Y además de esta norma Constitucional prioritaria, el Código de la Niñez y Adolescencia también indica que esta opinión será escuchada, sobre todo para confiar el ejercicio de la patria potestad y la tenencia.

Farith (Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales) se refiere a la posición del español Francisco Rivero Hernández, quien opina que:

Cuando no llegue a los doce años a partir de la cual es preceptivo escucharle, pues ello dependerá de su madurez psicológica y desarrollo espiritual, que cada caso debe tomarse en consideración tanto para decidir si hay lugar o no a tal audiencia, como el valor que se puede conceder a los escuchados. De lo que se deduce que, salvo los casos en que por razón de la edad quede excluido al inicio de la audiencia del

menor, será aconsejable que a partir de una edad razonable, debe ver el Juez al niño para comprobar inicialmente por sí mismo si tiene suficiente juicio para contar algo útil; y luego, si de una primera conversación saca el juez la conclusión favorable, pasar ya a la verdadera audiencia o exploración de su opinión y voluntad (2008, pág. 297).

- **La opinión deber ser tomada en cuenta en función de la edad y madurez.-**
A medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores se reduce la necesidad de recibir orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas. En el Código de la Niñez, se determina que a partir de los 12 años, será obligación de los jueces escuchar la opinión del adolescente, el deseo que llegue a indicar el menor de edad, será considerado por la autoridad siempre y cuando no sea perjudicial para este. Mas, si el adolescente demuestra un grado de madurez y una capacidad para establecer lo bueno y lo malo para su entorno, al momento en que los funcionarios de las oficinas técnicas realizan las diferentes entrevistas y análisis del comportamiento; el Juez, Jueza o funcionario administrativo, deberá emitir su resolución cumpliendo su derecho a ser consultados.
- **No pueden ser obligados o presionados de cualquier forma para expresar su opinión.** - Bajo ninguna circunstancia el adolescente deberá ser obligado para emitir su opinión en los asuntos que les afecte, no deberán ser utilizados medios de fuerza o presión. Toda autoridad que administre justicia en materia de niñez, deberá ser capacitada en la forma de cómo dialogar con el adolescente. Este diálogo deberá ser en un ambiente propicio para el menor de edad, y de ser el caso, solicitar la presencia de un funcionario de la oficina técnica, siempre y cuando los jueces crean conveniente; con el único propósito de evitar, algún tipo de problema psicológico en estos sujetos de derecho, como son los adolescentes.

Al considerar al menor de edad como sujeto de derecho, para Gil-Domínguez et al. (2006, pág. 540) se genera una nueva teoría del menor de

edad como sujeto de derecho en la relación filial con sus padres, debido a que la convivencia que tienen, es producto de la interacción y compartimiento entre ellos, y no como una relación que se basa únicamente en estar bajo la obediencia y opinión de los padres, generando sobre el menor de edad, el control de sus decisiones. De igual forma García-Méndez (2004, pág. 65) señala: “la Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de infancia. Del menor como objeto de compasión-represión, a las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar esas transformaciones.”

Minryersky (2004, pág. 132) afirmó que los niños, niñas y adolescentes al ser sujetos de derecho, ya no se los considera como personas con limitaciones o con falta de madurez, sino como ser humanos capaces, y con la facultad de hacer uso y goce de sus derechos y sobre todo aquellos que le brindan una mayor protección y especial atención.

El derecho a expresar la opinión impone la obligación de respetar, es decir no se puede impedir el ejercicio del derecho, pero además de garantía, ya que debe tomar todas las medidas necesarias para que los niños, niñas y adolescentes tengan las condiciones para expresarla, por lo que el derecho a la participación (que incluye el derecho a opinar) deber ser ampliamente reconocido y garantizado, se debe aprobar una normativa que lo incluya, debe promoverse su respeto, entrenar a los profesionales que tiene contacto con la niñez y adolescencia, se debe difundir ampliamente su importancia, se debe asegurar que estén informados y que cuenten con los espacios y medios para hacerlo.

1.1.6. Principio de Autonomía Progresiva.-

El Principio de Autonomía Progresiva tiene conexión con el Interés Superior del Niño y el Derecho a ser oído. Dichos principios son los que determinan la teoría de considerar a los menores de edad como sujetos de derechos, determinando su

participación en la sociedad. El ejercicio de este principio de Autonomía por parte del niño, niña y adolescente genera diversos actos jurídicos, pues se debe crear un plan estratégico que permita poner en práctica el ejercicio de dicho principio, en donde se deberá definir el actuar de los padres y/o representantes legales y el Estado.

El menor de edad, adquirirá responsabilidades a través de su crecimiento, desarrollándose cada vez más en su entorno, tomando protagonismo en su vida, en donde crece su opinión propia, pudiendo dar a conocer sobre sus propias necesidades, y que éstas estén en pro de su bienestar personal. Si se llega a considerar al menor de edad, como una persona capaz de hacer un juicio correcto sobre su situación actual, teniendo la suficiente capacidad para la toma de decisiones, se generaría una igualdad jurídica en los juicios en donde se determine el destino de ellos, e incluso no se llegaría a generar una especie de discriminación al menor de edad, al tomar en cuenta su edad, por creer que ésta sea un impedimento para hacer uso de su autonomía y voluntad consagrada en los preceptos legales.

Zeledón (2015) menciona: “los niños gozan de una Autonomía Progresiva, que busca el desarrollo de ciertas prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes, entregándoles libertades acordes a su madurez y en las diferentes etapas de la infancia; ya no son sólo los padres quienes deciden por ellos, sino que su rol es de orientación y dirección propia, para que el niño ejerza sus derechos”. He ahí cuando la Convención sobre los Derechos del Niño, dentro de sus preceptos legales, establece fundamentos para considerar a los menores de edad, ya no como personas objetos de protección, sino como sujetos de derecho, aceptando que sus pensamientos, manifestaciones y decisiones deben ser tomadas en cuenta, siempre y cuando no afecten su entorno personal, familiar y social y éstas no pueden ser negadas tan solo por tener la idea errónea de que “son solo niños”.

El niño, niña y adolescente es considerado en el Artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, capaz de ejercer sus derechos reconocidos en la Convención y en las normas legales dentro del territorio nacional en donde vivan, y sus padres serán

quienes los guíen en su proceso de evolución, a través de una dirección y orientación adecuada que no perjudique el bienestar y el bien común del menor de edad.

Grosman (2007, pág. 254) menciona:

El niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades y esa totalidad es completa en función de su etapa vital, por lo que podemos decir que existen diferencias entre las necesidades y la subjetividad de un niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre, la que va a construir el parámetro del grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos. Montejo-Rivero (2012, pág. 30) menciona: “En este sentido, la exploración de la voluntad del niño, niña y adolescente de acuerdo a su madurez, resulta pauta concreta para determinar su interés superior”.

Se debe reconocer al niño, niña y adolescente como los principales actores en su vida, y que su autonomía ira tomando cambios en las diversas etapas de crecimiento. Esta autonomía deberá ser considerada con mayor importancia de acuerdo a la etapa en la que se encuentre el menor de edad, así lo menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002):

Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y formación que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto (de niños). La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

Cillero-Bruñol (1999b) menciona:

Ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es

conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.

Para el autor mencionado, la CDN, busca entonces establecer una igualdad entre la persona adulta y el menor de edad, por lo cual no debe generarse una diferencia en relación a su capacidad de toma de decisiones por su edad, sexo u otra condición. Se debe considerar que se trata de personas, que están en un proceso de aprendizaje y adaptación al entorno social, y en esta etapa sus ideas se irán fundamentado en el bienestar propio. Surgiendo así la igualdad jurídica para cada ser humano, teniendo la facultad de ser titulares de derechos y exigir el cumplimiento de estos y obteniendo a su vez obligaciones.

Según Montejo-Rivero (2012, pág. 30):

En Cuba, el Proyecto de Código Familiar recepta el criterio de la madurez psíquica y mental del niño, sin hacer referencia a una edad determinada para participar en las instituciones familiares. Así, en la adopción y la guarda y cuidado de los hijos, el Tribunal podrá explorar la voluntad del niño atendiendo a su capacidad natural; eliminándose la edad de 7 años en los procesos de adopción y se establece con carácter obligatorio la exploración del menor. Dinámica loable de las nociones de “capacidad progresiva” y “evolución de las facultades del niño” en plena armonía con el principio de Interés Superior.

2. CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO

El diseño de la investigación es cualitativo, según (Hernández Sampieri, 2010) se expresa que:

El enfoque cualitativo, por lo común, se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación. A veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis. Con frecuencia se basa en métodos de recopilación de datos sin medición numérica, como las descripciones u observaciones. Por lo regular, las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso investigativo y éste es flexible, y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en reconstruir la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido.

Para Latorre-Beltran (2007) “el objetivo de la investigación cualitativa es resolver los problemas detectados en un contexto situacional, adoptando los investigadores el papel de agentes de cambio, en colaboración directa con la comunidad, a quienes va dirigida la propuesta de mejora continua en Derecho”. Es decir, que la investigación permite ver los acontecimientos, acciones, normas, valores, etc. desde la perspectiva de la persona que está siendo estudiada, por tanto, hay que tomar la perspectiva del sujeto. En la investigación cualitativa, se hace la distinción entre los significados impuestos por el investigador y los generados por los investigados, teniendo especial importancia las percepciones, motivaciones y demás, de los propios sujetos de análisis, que se convierten en las bases de las conclusiones analíticas.

En la realización de la presente investigación, se desarrolló una metodología de tipo Jurídico-comparativo, ya que, se analizaron argumentaciones de diferentes tratadistas, sobre la aplicación del derecho de los adolescentes de 12 a 18 años, a ser consultados, en apego al cumplimiento de interés superior, en los Juicios de Tenencia, con el fin de encontrar instituciones jurídicas que puedan sustentar una reforma al procedimiento a darse en estos juicios en el Estado ecuatoriano, aplicando así, la metodología Jurídico-

propositivo, debido a que se evaluaron las fallas de los sistemas o normas, a fin de proponer o aportar posibles soluciones.

2.1. Unidades de análisis:

Las unidades de observación analizadas son:

- Jueces y Juezas de las Unidades Judiciales Especializadas de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
- Juicios de Tenencia que versan sobre los adolescentes mayores de 12 años y menores de 18 años de edad.

2.2. Categorías analíticas:

Las categorías de análisis son:

- Falta de aplicación correcta del derecho a ser escuchados y el Interés Superior del adolescente.
- Inaplicabilidad de garantías.
- Falta de intervención del niño, niña y adolescente.
- Proceso judicial extensivo donde se evidencia la violación de estos derechos.
- Diligencias innecesarias que no evidencian la opinión de los adolescentes.

2.3. Plan de tabulación y análisis:

Se procedió a entrevistar a los Jueces y Juezas de las Unidades Judiciales Especializadas de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, que ejercen sus funciones en el Palacio de Justicia de Manta, con la respectiva coordinación y vigilancia de la Eco. Geoconda Vera, Coordinadora de esta entidad pública judicial, y de acuerdo a esto, se procede a detallar la tabulación de datos obtenidos en las entrevistas realizadas.

Pregunta #1 de la entrevista:

¿Qué métodos de valoración aplica, para considerar la opinión del adolescente?

Tabla 1. Resultados de la pregunta 1

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Se guían con la ayuda de los funcionarios de las oficinas técnicas, a través de sus informes	3	60%
A través de una audiencia previa con el adolescente	2	40%
Total	5	100%

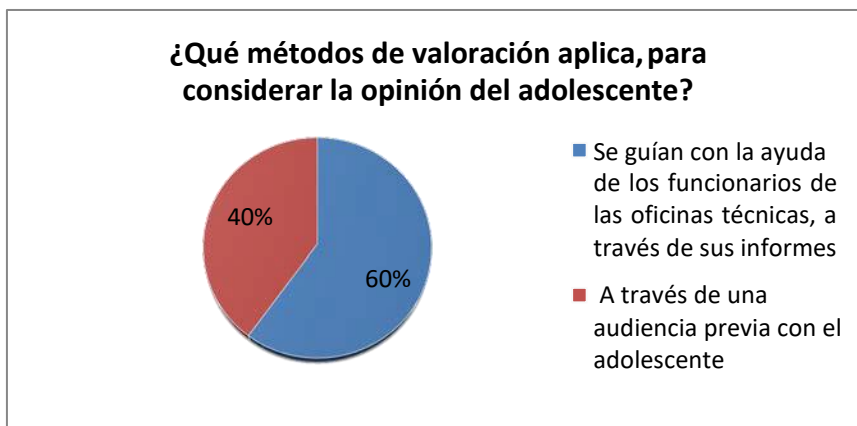


Figura 1. Métodos de valoración aplicados por los Jueces

Análisis de resultado:

En esta pregunta se puede observar que el 60% de los entrevistados indicaron que al momento de valorar la opinión del adolescente, solicitan la ayuda del psicólogo del departamento técnico, para que este entreviste al adolescente, y pueda emitir un informe sobre la actitud y opinión demostrada por el adolescente. El 40% de los Jueces y Juezas, indicaron que ellos solicitan tener una audiencia previa con el adolescente, y analizan su grado de madurez, y le consultan su situación de convivencia con los padres de familia.

Pregunta #2 de la entrevista:

¿Qué estudia o analiza para dictar resolución en los juicios de tenencia?

Tabla 2. Resultados de la pregunta 2

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Las contempladas en el artículo 106 y art. 113 del CNA	1	20%
Los informes de la oficina técnica.	2	40%
El entorno en que se rodea el adolescente.	1	20%
La opinión del adolescente.	1	20%
Total	5	100%

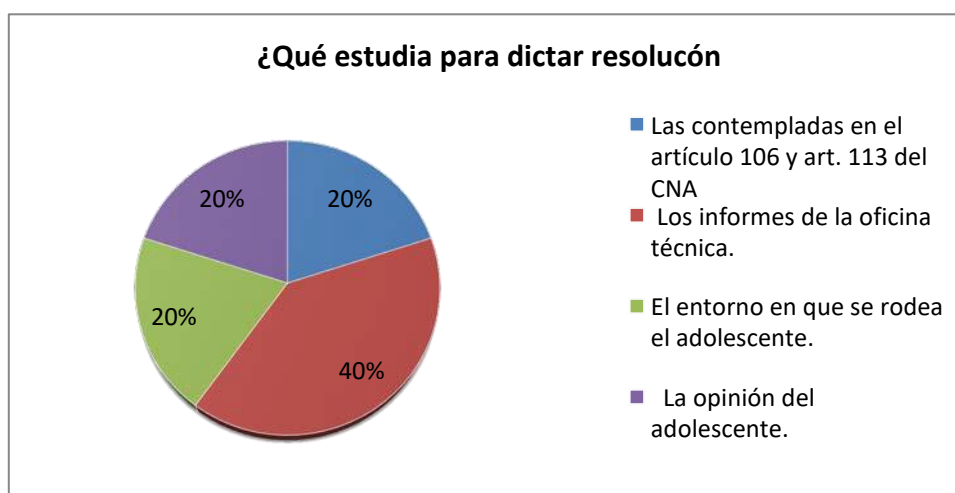


Figura 2. Medios que aplica el juez para dictar resolución en los juicios de tenencia

Análisis de resultado:

En esta pregunta se puede observar que el 40% de los entrevistados indicaron que para dictar sentencia se basan en los informes entregados por los funcionarios de la oficina técnica. Un 20% verifica las reglas contempladas en el artículo 106 y art 113 del Código de la Niñez y Adolescencia, las mismas que son aplicadas también en materia de patria potestad. Otro 20% indicó que se basan al entorno en que se rodea el adolescente habitualmente, si éste no afecta la vida social, educativa, familiar, salud del adolescente. Y el último 20% señaló que determinan su resolución basándose en la opinión vertida por el adolescente dentro del proceso.

Pregunta #3 de la entrevista:

¿Qué considera primordial, al momento de decidir, a qué progenitor otorga la tenencia, del adolescente?

Tabla 3. Resultados de la pregunta 3

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
La situación psicológica de los padres y del adolescente	2	40%
La opinión del menor de edad	2	40%
Las necesidades que tiene el adolescente en todos sus aspectos	1	20%
Total	5	100%

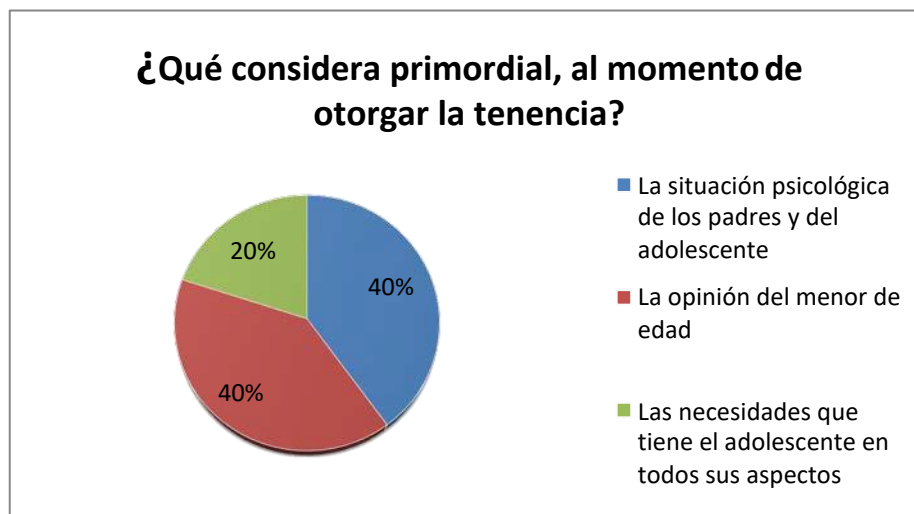


Figura 3. Factores que inciden en la elección del progenitor al que se le otorga la tenencia

Análisis de resultado:

En esta pregunta se puede evidenciar que el 40% de los entrevistados indicaron que para otorgar la tenencia a uno de los progenitores, revisan la situación psicológica de los padres y del adolescente, para conocer cómo son sus estados emocionales y comportamiento frente al niño. Un 40% indica que consideran primordial la opinión del adolescente, en virtud, de que se encuentran en una edad, en donde tienen desarrollado un grado de madurez importante, aquel que los puedes llevar a tomar decisiones adecuadas para su entorno y sobre todo, porque escuchando al adolescente se cumple con la norma constitucional contemplada en el art. 45. Y un 20%, considera

todas las necesidades que tiene ese adolescente, ya sean, afectivas, morales, psicológicas, debido a que todo es un conjunto que debe analizarse.

Pregunta #4 de la entrevista:

¿Cree usted, que si no considera la opinión del adolescente, se estaría violentando su estado como sujeto de derecho?

Tabla 4. Resultados de la pregunta 4

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Si	5	100%
No	0	0%
Total	5	100%

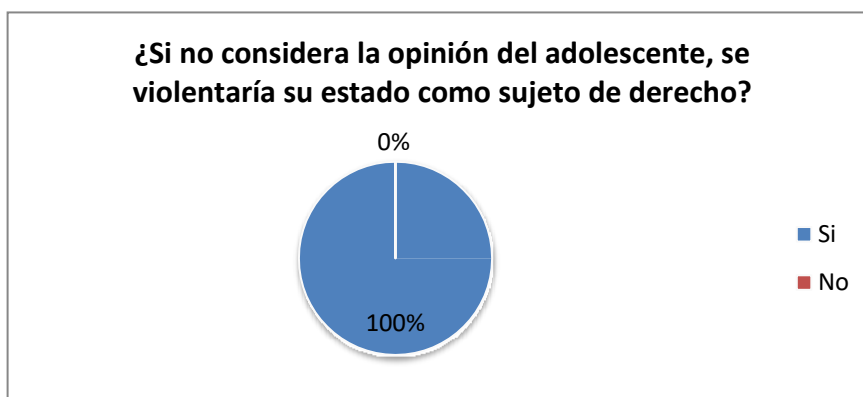


Figura 4. Influencia de la opinión del adolescente en el desarrollo del juicio de tenencia

Análisis de resultado:

En esta pregunta se puede demostrar que el 100% de los entrevistados están de acuerdo en que si no se considera la opinión de los adolescentes en estos juicios, se violentaría su derecho, puesto que, la norma constitucional indica que serán escuchados en todos los casos, en donde se decidirá la vida de ellos. Y de igual forma, este precepto está determinado en las normas internacionales que buscan la protección del niño, niña y adolescente.

Pregunta #5 de la entrevista:

Favor, exponga ¿qué es para usted un ámbito familiar adecuado?

Tabla 5. Resultados de la pregunta 5

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Aquel que este compuesto de valores.	2	40%
Aquel que por encima de todo tenga un desarrollo pleno integralmente.	3	60%
Total	5	100%

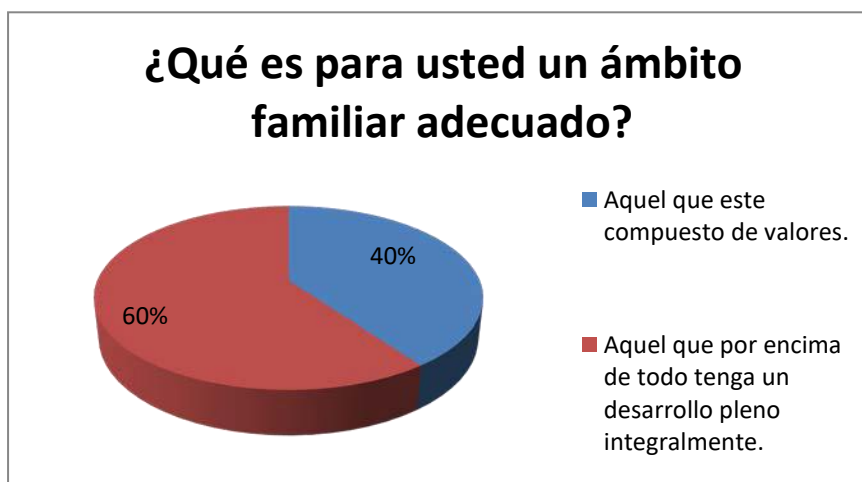


Figura 5. Percepción del juez respecto al ámbito familiar adecuado

Análisis de resultado:

Un 40% de los entrevistados indicaron que el ámbito familiar adecuado deberá estar compuesto de valores morales impartidos por los padres hacia sus hijos. Y un 60% de los entrevistados indicaron que se refiere al desarrollo pleno integralmente, tomando como referencia el núcleo social que tiene el niño, en donde forja su personalidad correctamente, y que el padre y madre asuman el rol que demanda la Constitución y el Código de la Niñez.

Pregunta #6 de la entrevista:

¿Cree usted que los adolescentes entre los 12 y menores de 18 años, tienen capacidad de decisión sobre los asuntos que afecten su entorno familiar?

Tabla 6. Resultados de la pregunta 6

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Se encuentra limitado su capacidad de decisión	3	60%
Si	2	40%
Total	5	100%

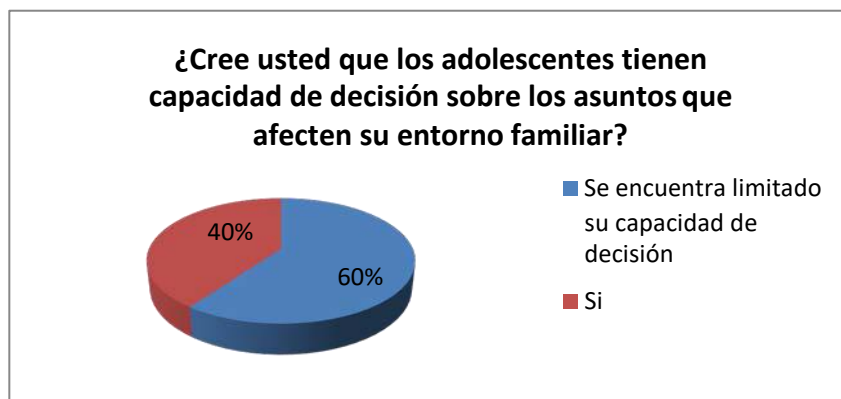


Figura 6. Percepción de los jueces respecto a la capacidad de los adolescentes sobre los asuntos familiares

Análisis de resultado:

El 60% de los entrevistados indicaron que como decisión no se aplicaría, ya que, para ellos la Ley habla de opinión, para eso, está sometido la controversia del Juez o Jueza, y ellos deben determinar qué es lo más favorable para el adolescente, él no decide, su derecho se encuentra limitado. Y un 40% de los entrevistados indicaron, que en los juicios de Tenencia, en ocasiones algunas personas pueden creer que la opinión de los adolescentes se encuentra influenciada por terceras personas, pero en el momento en que la autoridad se entrevista con el menor de edad, esta duda debe ser discernida, puesto que, su Señoría se encuentra capacitado para deliberar y determinar, si la opinión del adolescente corresponde a sus verdaderos deseos o no, y la mayoría de veces los menores de edad ya tienen determinado con que progenitor quedarse, que en múltiples ocasiones es con quien ellos han estado conviviendo.

Pregunta #7 de la entrevista:

¿Toma en consideración lo manifestado por el informe de la oficina técnica y la opinión del adolescente?

Tabla 7. Resultados de la pregunta 7

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Si	5	100%
No	0	0%
Total	5	100%



Figura 7. Los jueces toman en consideración lo manifestado por el informe de la oficina técnica y la opinión del adolescente

Análisis de resultado:

El 100% de los entrevistados manifiestan que si consideran los informes técnicos y la opinión del niño, ya que las pruebas se toman en su contexto y estos informes son muy importantes, porque son el estudio del campo a investigar y se escucha la opinión del adolescente, observando sus circunstancias personales.

Pregunta #8 de la entrevista:

¿Considera más importante la afiliación familiar o la situación económica de unos de los progenitores más favorable al menor?

Tabla 8. Resultados de la pregunta 8

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
La afiliación familiar	5	100%
Situación económica	0	0%
Total	5	100%

**Figura 8.** Relación entre la importancia de la afiliación familiar y la situación económica de uno de los progenitores**Análisis de resultado:**

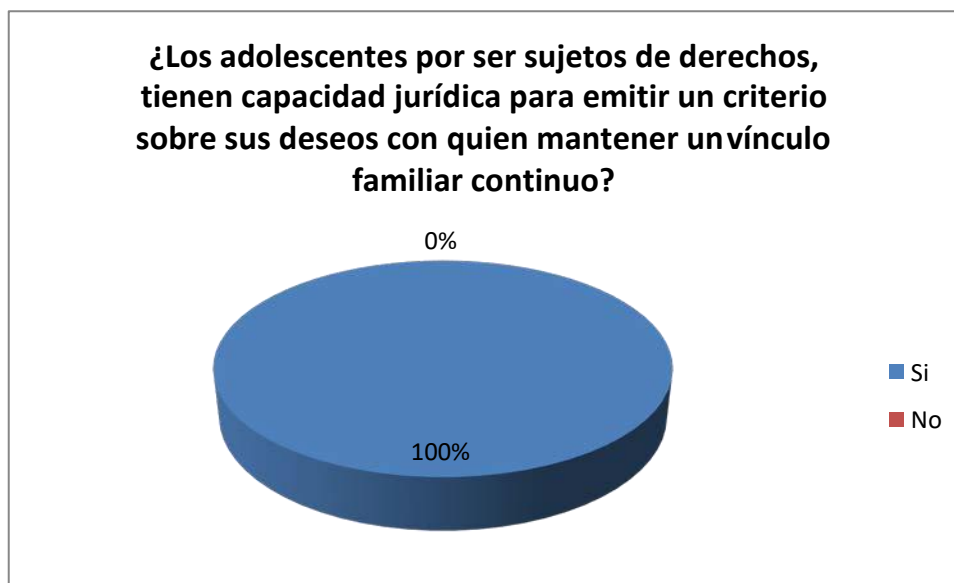
El 100% de los entrevistados, indicaron que se basan siempre en considerar la afiliación familiar, debido a que, la ley prohíbe la situación de pobreza en un hijo o hija para apartarse de uno de los progenitores. Esta situación no es limitante, puesto que no es un presupuesto el que define el dictamen de la tenencia.

Pregunta #9 de la entrevista:

¿Los adolescentes por ser sujetos de derechos, tienen capacidad jurídica para emitir un criterio sobre sus deseos con quien mantener un vínculo familiar continuo?

Tabla 9. Resultados de la pregunta 9

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Si	5	100%
No	0	0%
Total	5	100%

**Figura 9.** Percepción del juez respecto a la capacidad jurídica de los adolescentes para emitir un criterio sobre sus deseos de con quien mantener un vínculo familiar**Análisis de resultado:**

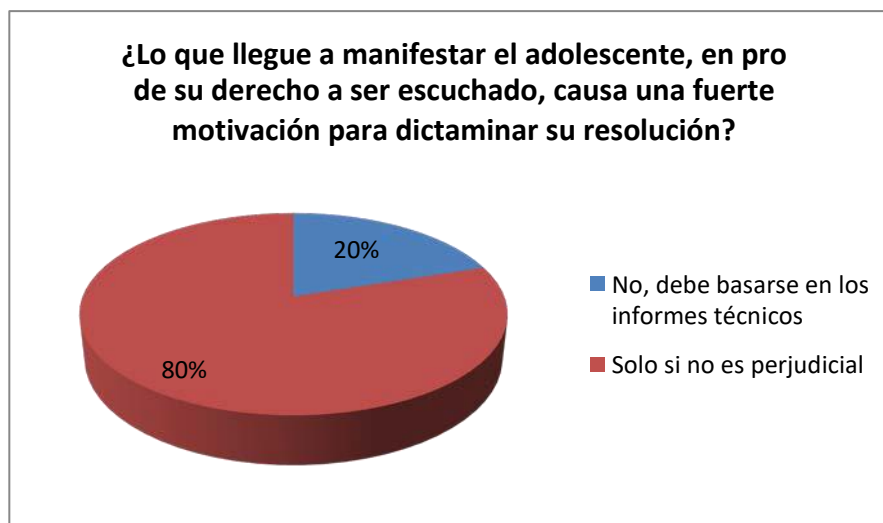
El 100% de los entrevistados contestaron que sí tienen la capacidad jurídica para emitir su criterio, por tanto, es una parte vital dentro del proceso legal, así analizan la situación del niño frente a la contienda o situación familiar, para saber que es lo que necesita, cómo vive con sus padres, que desearía tener o hacer.

Pregunta #10 de la entrevista:

¿Lo que llegue a manifestar el adolescente, en pro de su derecho a ser escuchado, causa una fuerte motivación para dictaminar su resolución?

Tabla 10. Resultados de la pregunta 10

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
No, debe basarse en los informes técnicos	1	20%
Solo si no es perjudicial	4	80%
Total	5	100%

**Figura 10.** Influencia del criterio del adolescente en la resolución del juez**Análisis de resultado:**

El 20% de los entrevistados indicaron que los juicios no se deciden visceralmente, se deciden objetivamente, mediante los informes técnicos o sobre la base de una prueba. Y un 80% indica que sí, lo que manifiesta el adolescente, luego de realizar un análisis de todo lo actuado en su momento, no es perjudicial para éstos, su fallo será motivado de acuerdo a lo manifestado por el menor de edad.

Pregunta #11 de la entrevista:

¿Considera, que la actual legislación ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia, permite aplicar correctamente por parte de las autoridades que administran justicia, el interés superior del niño y el derecho a ser escuchados?

Tabla 11. Resultados de la pregunta 11

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Si	5	100%
No	0	0%
Total	5	100%

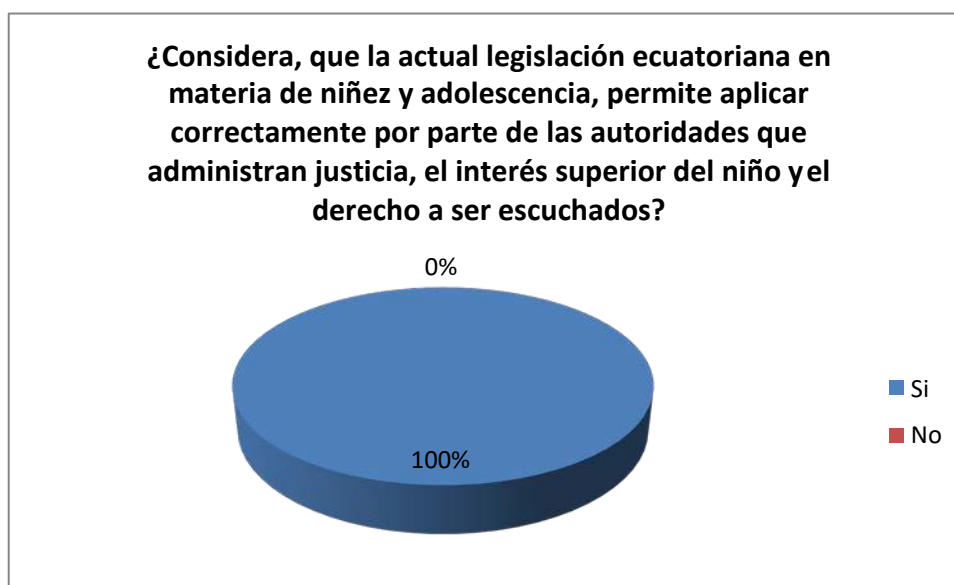


Figura 11. Percepción del juez acerca de la aplicación correcta del interés superior del niño y el derecho a ser escuchado a través de la legislación ecuatoriana

Análisis de resultado:

El 100% de los entrevistados indicaron que la normativa ecuatoriana no adolece de la falta de esos derechos, operativamente desde hace algunos años, el tema de conocer la opinión del adolescente, es obligatorio para los jueces y juezas, y las personas que están al frente del campo de la niñez, y no es solamente por obligación, sino también, por hacer prevalecer su interés superior y para saber la posición de ellos.

Pregunta #12 de la entrevista:

¿Considera usted, que si se llegare a tener como base principal el deseo del adolescente sobre con quién desea convivir, desde el inicio del Juicio de Tenencia, previo al informe técnico; se evitaría alargar el proceso, y lograr una economía procesal a nivel judicial?

Tabla 12. Resultados de la pregunta 12

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
Si	3	60%
No, se debe agotar todas las pruebas.	2	40%
Total	5	100%

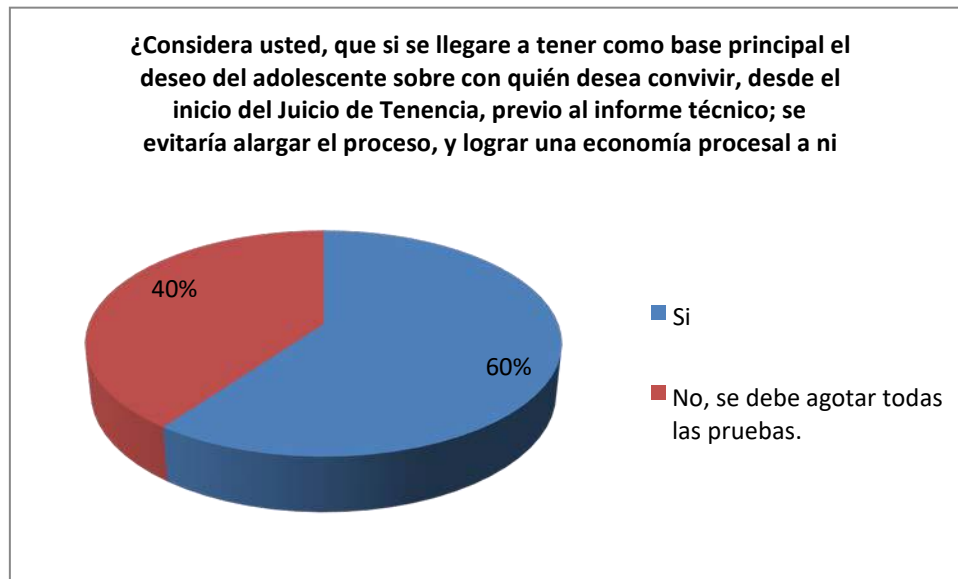


Figura 12. Percepción del juez respecto a la influencia de considerar el deseo del adolescente desde el inicio del juicio de tenencia

Análisis de resultado:

El 40% de los entrevistados consideran que no es posible dejar de agotar todas las pruebas, debido a que a veces los adolescentes tienen un apego con uno de los progenitores, y la situación en la que viven no es la más adecuada. Y el 60% de los entrevistados, indican que si lo analizado por el departamento técnico en el campo de la niñez y adolescencia, no demuestra que la opinión del adolescente sea contraria a su

protección integral y está apegado al interés superior, sería factible que en la audiencia de conciliación se llegue a un acuerdo basándose en los mencionado previamente.

2.4. Argumentación jurídica:

Del análisis de resultados, se puede evidenciar, que los Jueces y Juezas consideran de manera primordial lo estudiado por el departamento técnico de las Unidades Judiciales de la Niñez y Adolescencia, ya que, en el trabajo de campo que realizan visitan el hogar en donde se encuentra el adolescente, e incluso visitan los centros educativos en donde estudian, en aras de profundizar más el ámbito social de ellos, de igual forma el psicólogo, cuando entrevista al menor de edad, puede determinar si su opinión se encuentra influenciada por parte de algún progenitor que ejerza presión sobre éste para la toma de su decisión o también si el adolescente, demuestre un grado de importancia, en permanecer con un progenitor, solo por el hecho de que éste le llegue a consentir en cualquier aspecto que desee.

En consecuencia, la mayoría de los Jueces y Juezas, consideran que no basta con la entrevista personal que mantienen con el adolescente para valorar su opinión, sino también, se necesita que el menor de edad, hable con algún experto en la materia, ya que conocen tácticas o normas, que determinan la realidad social y psicológica que tienen las personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad. No obstante, están conscientes, que la Constitución de la República en su artículo 45, manifiesta que ellos tendrán derecho a ser consultados en todos los asuntos que afecten en su entorno y que el artículo 291 del Código de la Niñez y Adolescencia, les obliga a tomar en consideración lo manifestado por el adolescente durante la audiencia, para dictar su resolución; todo en base a que, los adolescentes a la edad antes detallada y según lo contemplado en la ley pueden emitir su criterio y tomar decisiones en pro de sus derechos como sujetos de derechos activos en esta clase de procesos, pero si, esta decisión es perjudicial para su vida y no le permite desarrollarse de una forma correcta y adecuada, de acuerdo a las bases morales y de bien común, se verán obligados, aplicando el interés superior del niño, niña y adolescente, a limitar su derecho de opinar.

Pero si al contrario, se observa que la opinión del adolescente no es perjudicial para su entorno, y la misma se encuentra apegada, a lo estudiado por los funcionarios de las oficinas técnicas y a las pruebas vertidas en el proceso, el derecho a ser consultados deberá ser aplicado estrictamente en su resolución, puesto que, de no hacerlo, conlleva una violación grave a su derecho, debido a que, no se estaría aplicando el interés superior del adolescente, y sería perjudicial en ocasiones, alejar al menor de edad del ámbito familiar al que se encontraba adaptado y donde había construido una afiliación familiar primordial para su desarrollo. Los Jueces y Juezas indicaron que los juicios de tenencia son procesos delicados donde juega siempre el deseo del adolescente y lo que es bueno para él, por tanto, estos dos criterios deben ser analizados uniformemente.

3. CAPÍTULO III. PROPUESTA Y VALIDACIÓN POR EXPERTOS

En virtud de los antecedentes se propone la “Reforma al proceso en los Juicios de Tenencia, sobre los adolescentes entre 12 y menores a 18 años, en virtud de la economía procesal y aplicando estrictamente la opinión del menor de edad, en pro del cumplimiento del interés superior del niño, a regirse en casos especiales”:

La reforma propuesta consiste en reformar el Capítulo III: Procedimiento Sumario en sus Artículos 332 y 333 del Código Orgánico General de Procesos “COGEP”:

Agréguese a continuación del numeral 3 del Artículo 332 el siguiente: “**4. Régimen de tenencia en casos especiales de adolescentes mayores a 12 y menores de 18 años, bajo los siguientes requisitos:**

- *Que el menor haya tenido una convivencia familiar por lapso considerado de tiempo no menor a 5 años ininterrumpidos con uno de los progenitores.*
- *Que el menor de edad mantenga el deseo de seguir viviendo con dicho progenitor.*
- *Que se proteja el interés superior del adolescente”*

Agréguese a continuación del numeral 3 del Artículo 333 lo siguiente: “**Petición especial de oficio, en Régimen de tenencia en casos especiales de adolescentes mayores a 12 y menores de 18 años:** En caso de considerar el Juez o Jueza, en virtud de lo determinado en el escrito de demanda y contestación a la demanda presentados por las partes, que cumple los requisitos para los casos especiales, se seguirá el procedimiento determinado:

En el auto de calificación, proveerá que actúen dentro del proceso los funcionarios de la Oficina Técnica, de acuerdo con lo manifestado en el art. 260 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Los funcionarios judiciales de la oficina técnica entregarán sus exámenes técnicos, en el término otorgado por el Juez. Así también, señalará día y hora, para que él o la adolescente, acuda a su despacho, acompañado de su representante legal, con el fin

de escuchar reservadamente la opinión del menor de edad, sujeto de derecho en el Juicio de Tenencia.

Audiencia especial.- *Analizados los informes técnicos, y después de haber escuchado la opinión del adolescente mayor de 12 y menor de 18 años de edad, en los Juicios de Tenencia en casos especiales; si el Juez determina que la opinión del menor de edad, se encuentra acorde a lo indicado por la Oficina Técnica, y ésta no perjudica su desarrollo integral, convocará a una audiencia especial, en donde se receptorán los testimonios, de los funcionarios judiciales que emitieron sus informes técnicos; del actor y demandado; y del adolescente sobre quien se está decidiendo la tenencia.*

La audiencia especial será conducida personalmente por el Juez, quien, solicitará que las partes demuestren, si uno de los progenitores ha incurrido en algún numeral determinado en el artículo 113 del Código de la Niñez y la Adolescencia; de ser el caso, el Juez dará por concluido la audiencia especial y en días posteriores señalará día y hora para que se lleve a efecto la audiencia única y proseguir con el trámite normal contemplado en la Ley.

Si las partes no tienen prueba suficiente que justifique lo enunciado en el párrafo anterior, se procederá a escuchar la opinión de cada uno de los intervinientes, sobre la situación actual del adolescente en el ámbito social, psicológico, familiar, educativo, de salud, etc.

Concluida las intervenciones, el Juez, si cree necesario, solicitará escuchar la opinión del adolescente una vez más, de forma reservada.

En virtud de lo actuado y de acuerdo al art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el art.291 del Código de la Niñez y Adolescencia de la presente norma, el Juez procederá a dictar resolución, a favor de lo manifestado por el menor de edad, en ejercicio de su derecho de ser consultado en los asuntos que afecten su entorno.

El Juez deberá señalar un régimen de visitas para el progenitor, a quien fue negada la tenencia del menor de edad.

4. CONCLUSIONES

- Los Jueces y Juezas consideran primordial, lo investigado por los miembros de las Oficinas Técnica, puesto que, es una prueba contundente dentro del proceso, ya que, son ellos quienes realizan el trabajo de campo, en donde analizan con evidencias, la situación de cada adolescente.
- La Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia, no cuenta con un protocolo que le permita determinar pasos a seguir o técnicas al momento de entrevistar al menor de edad y que este sea escuchado en condiciones adecuadas debido a que se realiza de forma empírica.
- Es sumamente importante que el adolescente demuestre un grado de madurez al tomar sus decisiones, en virtud, que, para dictar una resolución en los Juicios de Tenencia, el Juez debe corroborar que esta opinión no esté influenciada ni produzca una afectación negativa a la vida del adolescente ya que este es considerado como sujeto de derecho.
- Con la promulgación de esta reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, se pretende minimizar el proceso judicial en los Juicios de Tenencia en casos especiales, siempre y cuando cumpla con los preceptos determinados y de esta manera no causar daños psicológicos en los adolescentes.
- Al ser el adolescente la parte procesal principal en los Juicios de Tenencia, éste no cuenta con un defensor judicial que abogue por sus intereses y exponga ante el Juez las disconformidades que pueden afectarle en dicho proceso y posterior al mismo.

5. RECOMENDACIONES

- Es necesario que los jueces y juezas para avocar conocimiento de los Juicios de Tenencia, tengan además del apoyo del departamento técnico de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia, una preparación en ámbitos no específicamente jurídicos, que le permitan analizar la situación emocional y la verdadera problemática del adolescente, al momento de entrevistarlo.
- Diseñar un protocolo que rija la audiencia con el adolescente, el cual incluya lineamientos a cumplirse para poder interpretar de forma correcta la opinión del menor de edad en temas que afecten sus intereses.
- En necesario considerar y establecer mecanismos que determinen si la decisión del adolescente está influenciada y deberá sustentarse mediante un informe técnico del equipo psicosocial perteneciente a la Unidad Judicial, lo que conllevaría al Juez o Jueza a dictar una resolución que no afecte la vida del adolescente.
- Es necesario agregar reformas al actual Código de la Niñez y la Adolescencia las cuales permitan contar con una celeridad procesal en los Juicios de Tenencias y así evitar causar algún efecto psicológico en los Adolescente, de esta forma se cumplirá con lo dispuesto en la actual Constitución de la República del Ecuador.
- El Estado como garantizador de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, deberá designar a un defensor público el cual patrocine al Adolescente y este garantice el cumplimiento de sus derechos e intereses expuestos por él, al ejercer su derecho a ser escuchado en los Juicios de Tenencia.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán-Escobar, F. (2003). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Quito Sprint.
- Alessandro, B. (1998). *Infancia y Democracia*. Bogotá: Temis.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi-Manabí: Registro Oficial n°449 del 20 de octubre del 2008.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra: ONU
- Ávila-Santamaría, R., & Corredores-Ledesma, M. (2010). *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Quito: V & M Gráficas.
- Cabrera-Vélez, J. P. (2008). *Tenencia; legislación, doctrina y práctica*. Quito: Cevallos editora jurídica.
- Cabrera-Vélez, J. P. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito: Cevallos librería jurídica.
- Cillero-Bruñol, M. (1999a). *Infancia Derecho y Justicia Infancia, derecho y justicia: situación de los derechos del niño en América Latina y la reforma legislativa en la década de los noventa*. Santiago de Chile: Bravo y Allende.
- Cillero-Bruñol, M. (1999b). *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios. UNICEF IIN, Derecho a Tener Derechos Tomo IV*.
- Cillero-Bruñol, M. (2004). *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Bogotá: Temis.
- Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial No. 737, de 3 de enero de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Opinión Consultiva N°17*. San José, Costa Rica.
- Couso-Salas, J. (2006). El Niño como sujeto de Derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. *Revista de Derechos del Niño número tres y cuatro, UNICEF*, 146.
- Defensor del Pueblo. (2014). *La Escucha y el Interés Superior del Menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, 9. Madrid, España.

Obtenido de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

- Farith, S. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*. Quito: Cevallos editora jurídica.
- Ferrajoli, L. (2001). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- García-Méndez, E. (2004). *Infancia: De los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Gil-Domínguez, A., Fama, M., & Herrera, M. (2006). *Derecho constitucional de familia, Volumen 1*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Gonzalez-Perret, D. G. (2002). La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia. *Justicia y Derechos del Niño*, 3. UNICEF, Argentina.
- Grosman, C. P. (2007). *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: LexisNexis S.A.
- Hernández-Sampieri, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. México D. F.: Interamericana Editores.
- Latorre-Beltrán, A. (2007). *La investigación-acción*. Barcelona: Graó.
- Mason, M. A. (2004). ¿Una voz para el niño?. *Revista de Derechos del Niño Número dos*, 122.
- Ministerio Público Tutelar. (2011). *Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal*. Documentos de trabajo, N° 06. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de: <https://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/Las%20Decisiones%20de%20los%20Ni%C3%B1os,%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20a%20la%20Luz%20del%20Principio%20de%20Autonom%C3%ADa%20Personal.pdf>
- Minryersky, N. (2004). El Niño como sujeto de Derecho. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 132.
- Montejo-Rivero, J. M. (2012). Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar contemporáneo. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (2). 23-36. <https://doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>

Organización de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Ginebra: ONU.

Pérez-Contreras, M. D. (2013). El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: Una aproximación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), 1151-1168.

Pinto, M. (1997). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Wallerstein, J. S., & Blakeslee, S. (1990). *Padres e Hijos después del Divorcio*. Buenos Aires: Javier Vergara Editor S.A.

Zeledón, M. (2015). La Autonomía Progresiva en la Niñez y Adolescencia. *Revista Jurídica Digital "Enfoque Jurídico"*. Obtenido de: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2005>

APÉNDICE

**ENTREVISTA
UNIVERSIDAD CATÓLICA
SANTIAGO DE GUAYAQUIL
Sistema de Posgrado
Facultad de Jurisprudencia**

Nombre del Entrevistado

Profesión:

Lugar de Trabajo:

Edad:

Sexo: M F

JUSTIFICACIÓN

Distinguido(a) Sr. (a):

Soy la Abogada Laura Alcívar Salinas, estudiante de la Maestría de Derecho Procesal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y requiero hacer una entrevista acerca de los Juicios de Tenencia en materia de niñez y adolescencia, sobre los adolescentes entre 12 y menores de 18 años de edad, y la aplicación de su derecho de ser consultados.

Le agradezco, su colaboración valiosa, para la presente investigación.

1.- ¿Qué métodos de valoración aplica, para considerar la opinión del adolescente?

2.- ¿Qué estudia o analiza para dictar sentencia en los juicios de tenencia?

3.- ¿Qué considera primordial, al momento de decidir, a qué progenitor otorga la tenencia, del adolescente?

4.- ¿Cree usted que si no considera la opinión del adolescente, se estaría violentando su estado como sujeto de derecho?

5.- Favor, exponga ¿qué es para usted un ámbito familiar adecuado?

6.- ¿Cree usted que los adolescentes entre los 12 y menores de 18 años tienen capacidad de decisión sobre los asuntos que afecten su entorno familiar?

7.- ¿Toma en consideración lo manifestado por el informe de la oficina técnica y la opinión del adolescente?

8.- ¿Considera más importante la afiliación familiar o la situación económica de unos de los progenitores más favorable al menor?

9.- ¿Los adolescentes por ser sujetos de derechos, tienen capacidad jurídica para emitir un criterio sobre sus deseos con quien mantener un vínculo familiar continuo?

10.- ¿Lo que llegue a manifestar el adolescente, en pro de su derecho a ser escuchado, causa una fuerte motivación para dictaminar su resolución?

11.- ¿Considera, que la actual legislación ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia, permite aplicar correctamente por parte de las autoridades que administran justicia, el interés superior del niño y el derecho a ser escuchados?

12.- ¿Considera usted, que si se llegará a tener como base principal el deseo del adolescente sobre con quién desea convivir, desde el inicio del Juicio de Tenencia, previo al informe técnico; se evitaría alargar el proceso, y lograr una economía procesal a nivel judicial?

GRACIAS POR SU AYUDA, QUE TENGA UN BUEN DÍA

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Alcívar Salinas Laura Vanessa, con C.C: # 131250436-6 autor/a del trabajo de titulación: Reforma al Procedimiento en los Juicios de Tenencia, sobre los Adolescentes entre 12 y menores de 18 Años. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 16 de marzo del 2021.



f. _____

Nombre: Alcívar Salinas Laura Vanessa

C.C: 131250436-6



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Reforma al Procedimiento en los Juicios de Tenencia, sobre los Adolescentes entre 12 y menores de 18 Años		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Alcívar Salinas, Laura Vanessa		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Francisco Obando Freire; Dr. Alfredo García Cevallos, Ph. D		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	16 de marzo del 2021	No. DE PÁGINAS:	52
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Juicios de tenencia, opinión del adolescente.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>La presente investigación se constituye en un proyecto de reforma sobre el procedimiento de los Juicios de Tenencia en los adolescentes. Los sujetos a investigar conforman uno de los grupos de atención prioritaria y protección especial, como son los adolescentes y su interés superior, puesto que, en caso de conflicto, los derechos de los adolescentes prevalecerán por sobre los demás, imponiendo a todas las autoridades administrativas o judiciales, el deber de ajustar sus decisiones y acciones, de acuerdo a los intereses de los menores de edad; y es así, donde el principio a ser escuchados dentro del juicio de tenencia, adquiere una gran importancia, ya que, con los preceptos establecidos en los Tratados Internacionales y Códigos internos, los adolescentes están reconocidos como ciudadanos y ciudadanas con derechos, que pueden exigir o demandar el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad, donde su decisión sea fundamento justificativo para que el Juez dicte una resolución inmediata. El método a utilizar en la presente investigación será cualitativo, y se procederá a entrevistar a los Jueces y Juezas de las Unidades Judiciales Especializadas de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, a fin de obtener la viabilidad de reformar el procedimiento de los Juicios de Tenencia, aplicando el derecho que poseen los adolescentes de ser escuchados.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0988618794	E-mail: lauris_alcivar@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Obando Ochoa, Andrés		
	Teléfono: 0992854967		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			