



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

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales y juzgados de la república

TRABAJO DE TITULACIÓN

“Los efectos jurídicos asociados a la retención indebida del menor y sus consecuencias al desarrollo integral y convivencia familiar”

AUTORA

Luisa Johanna Padilla Cruz

TUTOR

Dr. Ángel Polibio Alulema del Salto

Riobamba – Ecuador

2020

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO



FACULTAD DE CIENCIA POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

"LOS EFECTOS JURÍDICOS ASOCIADOS A LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL MENOR Y SUS CONSECUENCIAS AL DESARROLLO INTEGRAL Y CONVIVENCIA FAMILIAR"

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador, aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, ratificado con sus firmas.

CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dr. Polibio Alulema	<u>10</u>	<u>[Firma]</u>
TUTOR	CALIFICACIÓN	FIRMA
Dr. Hugo Hidalgo	<u>9</u>	<u>[Firma]</u>
MIEMBRO I	CALIFICACIÓN	FIRMA
Dr. Robert Falconi	<u>9</u>	<u>[Firma]</u>
MIEMBRO II	CALIFICACIÓN	FIRMA

NOTA FINAL: 9,33

CERTIFICACIÓN

Dr. Ángel Polibio Alulema del Salto, docente de pregrado de la Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo.

CERTIFICO

Que durante el desarrollo del presente proyecto investigativo denominado **LOS EFECTOS JURÍDICOS ASOCIADOS A LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL MENOR Y SUS CONSECUENCIAS AL DESARROLLO INTEGRAL Y CONVIVENCIA FAMILIAR**, he cumplido con las actividades de tutoría y acompañamiento de la estudiante Luisa Johanna Padilla Cruz, tal como lo establece el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Chimborazo.

Para tal efecto, sugiero se proceda con los trámites correspondientes a fin de que la Srta. Luisa Johanna Padilla Cruz lleve a cabo la disertación del presente proyecto de investigación.

Riobamba, 23 marzo de 2020.

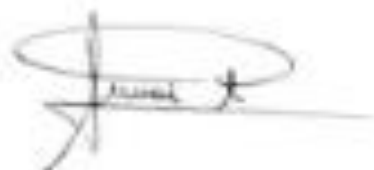


Dr. Ángel Polibio Alulema del Salto

TUTOR

AUTORÍA

Yo, Luisa Johanna Padilla Cruz, estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Chimborazo, con cédula de ciudadanía No. 0605939107 autora del proyecto de titulación denominado **"LOS EFECTOS JURÍDICOS ASOCIADOS A LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL MENOR Y SUS CONSECUENCIAS AL DESARROLLO INTEGRAL Y CONVIVENCIA FAMILIAR"**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que lo he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos a la obtención del título de abogada de los tribunales y juzgados de la república, de igual manera declaro que los derechos de autoría le corresponden a la Universidad nacional de Chimborazo.



Luisa Johanna Padilla Cruz

C.C. 0605939107

DEDICATORIA

En primer lugar, dedico este proyecto de investigación a DIOS por ser mi guía en este camino por darme la sabiduría para culminar esta meta.

A mi hermano Paul Padilla Cruz, que no se encuentra presente pero su alma siempre vive en mi corazón, porque fue la persona que me inculco valores y gracias a sus consejos logre terminar una de mis metas, fue mi inspiración para lograr lo que algún día quiso que fuera.

A mí por jamás rendirme, por ser perseverante, a pesar de las adversidades de la vida jamás abandone mis estudios y luche hasta el final.

A mi madre Lloconda Cruz Puentes, por su amor y apoyo incondicional, a mis hermanos Jenny Padilla Cruz y Luis Padilla Cruz, por estar presentes y compartir esta etapa de mi vida, que de alguna u otra forma siempre estuvimos juntos, y a mis sobrinos que formaron parte fundamental en mi formación profesional.

A Mario ese ser especial en mi vida, por brindarme su amor, paciencia y estar siempre presente, quien con sus palabras de aliento no me dejaba decaer para que siguiera adelante y cumpla con mis metas.

Luisa Johanna Padilla Cruz

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Chimborazo por su expresión académica impartida en mi etapa universitaria, por haberme aceptado ser parte de ella y estudiar mi carrera, así como también a los diferentes docentes que me brindaron sus conocimientos.

Expreso mi profundo agradecimiento a mi tutor de tesis al Doctor Polibio Alulema del Salto, que con su paciencia y sabiduría impartió sus conocimientos para lograr realizar mi proyecto de investigación, con sus consejos del saber y la experiencia.

Para todos un agradecimiento infinito.

Luisa Johanna Padilla Cruz

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRELIMINAR.....	1
CARÁTULA.....	1
AUTORÍA	Error! Bookmark not defined.
DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTO	6
ÍNDICE GENERAL.....	7
ÍNDICE DE TABLAS	9
RESUMEN	10
SUMARY O ABSTRACT	Error! Bookmark not defined.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
1.1. Problema	4
1.2. Justificación.....	5
1.3. Objetivos.....	6
1.3.1. Objetivo General	6
1.3.2. Objetivo Específicos.....	6
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	7
2.1. Estado del arte relacionado a la temática.....	7
2.2. Marco Teórico	10
2.2.1. LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS.....	10
2.2.1.1. Definición de tenencia y régimen de visitas	10
2.2.1.2. La tenencia y régimen de visitas en la legislación ecuatoriana.....	13
2.2.1.3. Procedimiento de determinación de la tenencia y del régimen de visitas	17
2.2.2. LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA	19
2.2.2.1. Definición de retención indebida	19
2.2.2.2. La retención indebida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	21
2.2.2.3. Procedimiento de recuperación del menor retenido.....	22
2.2.2.4. Sanciones de la retención indebida del hijo o hija.....	24

2.2.3.	DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	25
2.2.3.1.	Los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria	25
2.2.3.2.	El interés superior de los niños, niñas y adolescentes	26
2.2.3.3.	El derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes	29
2.2.3.4.	El derecho a la convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes	30
CAPÍTULO III. METODOLOGÍA		38
3.1.	Métodos:.....	38
3.2.	Enfoque de la Investigación: Cualitativo.....	38
3.3.	Tipo de la investigación.....	38
3.4.	Diseño de la investigación	38
3.5.	Unidad de análisis.....	39
3.6.	Población.....	39
3.7.	Tamaño de muestra.....	39
3.8.	Técnicas de recolección de datos	39
3.9.	Instrumentos de investigación	40
3.10.	Técnicas de análisis e interpretación de la información	40
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN		41
CONCLUSIONES		55
RECOMENDACIONES.....		57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		58
ANEXOS		60

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Retención Indevida.....	41
Tabla 2 Obstaculización al régimen de visita y la retención indebida y su efecto en el desarrollo integral del menor	43
Tabla 3 Obstaculización al régimen de visita y la retención indebida y su efecto en el derecho a la convivencia familiar del menor	46
Tabla 4 Efectos sociales y jurídicos que causan a partir de la retención indebida del hijo o hija	48
Tabla 5 Garantía de los derechos de convivencia y desarrollo integral del niño y adolescente	51
Tabla 6 Reparación y tratamiento del menor retenido.....	53

RESUMEN

La retención indebida del niño, niña o adolescente se encuentra establecida en el Artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, determina que el progenitor que retenga indebidamente a su hijo tendrá como sanción, la indemnización y reparación al padre afectado por la retención e incluso puede dictarse en su contra un apremio personal; resulta clara tal precisión realizada por la normativa, más sin embargo, nos encontramos en un dilema al dejar de lado el daño o afectación que la retención indebida puede causar en el menor, consecuencias psicológicas, educativas, jurídicas, emocionales y afectivas en los niños o adolescentes; ante tal enunciado el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, deja de lado y carece de un tipo de indemnización o recuperación del menor retenido indebidamente, por otro lado se ven menoscabados dos derechos sustanciales de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a su desarrollo integral y el derecho a la convivencia familiar, derechos afectados principalmente por discordias y desavenencias entre sus progenitores. En el presente proyecto investigativo se pretende realizar un análisis jurídico y doctrinario tanto a las figuras jurídicas de la tenencia y régimen de visitas como a la retención indebida del menor, determinar los efectos que tal retención causa al menor, especialmente a sus derechos de desarrollo integral y convivencia familiar.

Palabras Claves: tenencia, régimen de visitas, retención indebida, desarrollo integral, convivencia familiar.

ABSTRACT

The improper withholding of the child or adolescent is established in Article 125 of the Organic Code for Children and Adolescents. It determines that the parent who wrongly retains his child will have a penalty, compensation, and reparation to the father affected by the retention and may even issue a personal urgency against him or her. It is apparent such precision made by the regulations. However, we are in a dilemma by neglecting the damage or affectation that improper withholding can cause in the child. The consequences range might vary from psychological, educational, legal, emotional, and affective consequences in the child, girls, or teenager. Given this statement, the Organic Code for Children and Adolescents neglects and lacks a type of compensation or recovery of the improperly retained child. On the other hand, two substantial rights of children and adolescents are undermined, the right to their integral development, and the right to family life, rights mainly affected by disagreements among their parents. This research project intends to carry out a legal and doctrinal analysis of both the legal figures of the tenure and visitation regime and the child's improper withholding and determine the effects that such retention causes to the child, mainly their development rights integral and family life.

Keywords: tenure, visitation, improper withholding, integral development, family life.



Abstract review by Dr. Narcisa Fuertes PhD

Professor at Linguistic Competences Unit at UNACH.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 34), y esta será:

El espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente y corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 2)

Es así que, bajo mandato normativo la familia tiene la obligación de promover, respetar y exigir el cumplimiento de todos los derechos que la Constitución reconoce a favor de los niños, niñas y adolescentes; la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 44 y 45 estipula los derechos que este grupo de atención prioritaria posee, por un lado, el derecho al desarrollo integral entendido como “el proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 23), y por otro lado el derecho a “tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 23)

La importancia del tema surge de una situación un tanto contradictoria a la referida en líneas anteriores, ya que hay ocasiones en que la familia se separa por diversos motivos, el caso más habitual es por el divorcio y separación de los cónyuges o padres de familia, y lamentablemente son los hijos los que sufren las consecuencias de dichas separaciones, más que los propios cónyuges; por ello si bien ambos progenitores siguen compartiendo la patria potestad de los menores, uno de ellos deberá encargarse de la tenencia del niño, niña o adolescente, conforme lo establece el Art. 118 del CONA, el cual indica que procederá la tenencia “cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 30)

En este escenario, uno de los progenitores conservará la tenencia del niño, niña o adolescente, para cuidarlo y criarlo, pero el otro progenitor que no posee la tenencia de su hijo podrá efectivizar su derecho de visitas, al respecto el CONA, en su artículo 122 consigna: “en todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 30), de esta manera mantener la relación familiar y personal con su hijo, y velar por su desarrollo integral, crianza y cuidado.

Sin embargo, hay muchos casos en los que el progenitor que mantiene la tenencia de su hijo prohíbe que el otro progenitor efectivice su derecho a visitas, privándole de visitar y en general convivir con su hijo, dicha actitud recae en el artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia define como la retención indebida del hijo o hija:

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32)

Esta situación evidentemente provocaría un impacto negativo hacia los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente al desarrollo integral ya que, cuando uno de los padres retiene indebidamente a su hijo está atentando a su derecho a la integridad física pero sobre todo psíquica, además de afectar también a su derecho a una convivencia familiar, es por ello que la importancia de la presente investigación radica en determinar cómo se puede reparar los derechos afectados a los menores por estas retenciones indebidas, partiendo de la premisa que los menores están dentro de los grupos de atención prioritaria, a más de que les cobija el principio del interés superior del menor, del cual indudablemente se está haciendo caso omiso cuando se le priva de la convivencia familiar.

Bajo los antecedentes expuestos, la presente investigación tiene como propósito determinar a través de un estudio jurídico, doctrinario y crítico los posibles efectos que puede provocar la retención indebida en los derechos de desarrollo integral y convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes, para alcanzar este objetivo, se han planificado las siguientes actividades: realizar un estudio doctrinario y jurisprudencial a la retención indebida y a los derechos de desarrollo integral y convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes; analizar casos en los que se haya retenido indebidamente a los hijos o hijas y posteriormente se determinará los efectos jurídicos y personales causados por la retención indebida.

Finalmente, se utilizarán los métodos inductivo, analítico y descriptivo; la unidad de análisis se ubica en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba; la investigación tendrá un enfoque cualitativo; será de tipo bibliográfica, documental y descriptiva, la población involucrada está constituida por los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba y los miembros del equipo técnico de dicha Unidad Judicial, a quienes se les aplicará una guía de entrevista; para el tratamiento de la información se emplearán técnicas informáticas y lógicas. El trabajo investigativo estará estructurado conforme lo establece el art. 6 numeral 9 del Reglamento de Titulación Especial de la UNACH.

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Problema

Las familias al momento de separarse o dividirse por cualquier motivo, deberán tomar decisiones trascendentales en torno al cuidado y a la crianza de los hijos dependientes, ante ello se ha establecido la figura jurídica de la tenencia, cuya procedencia se encuentra establecida en el artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de igual manera el juzgador al momento de determinar la tenencia a favor de uno de los progenitores, deberá fijar el derecho de visitas que tendrá el otro progenitor que no mantiene la tenencia de su hijo, sin embargo se han evidenciado muchos casos en donde el padre que ejerce la tenencia del menor, entorpece o prohíbe al otro padre ejercer su derecho a las visitas, y poder mantener una relación con el menor.

Esta situación se enmarca en la denominada retención indebida del hijo o hija, estipulada en el artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y de igual manera se encuentra establecida la sanción que procederá en contra del progenitor que retenga indebidamente a su hijo, se consigna que:

- a) Podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y;
- b) Quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.
- c) Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.
(Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32)

Por consiguiente, el CONA establece únicamente las medidas sancionatorias hacia el progenitor o la persona que haya efectuado la retención indebida del hijo o hija, y de igual manera establece la forma en la que se indemnizará y se cubrirá con los daños y gastos causados por el requerimiento y la restitución, posterior

a la retención indebida, a favor del progenitor que mantiene la tenencia de su hijo; es decir que este cuerpo normativo, muestra como única persona perjudicada de la retención indebida, al progenitor que ostenta la tenencia de su hijo, más sin embargo no se realiza un análisis profundo de quién en realidad resultaría más afectado de todo este proceso de retención indebida, requerimiento judicial y restitución al hogar, siendo el menor retenido la persona más afectada de todo este litigio.

Partiendo de aquel orden de ideas, el problema de la investigación se centrará en establecer, cómo se debe reparar la afectación del derecho al desarrollo integral como a la convivencia familiar a favor del menor que ha sido ilegal e indebidamente retenido por alguno de sus progenitores o cualquier persona, ya que la normativa del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a la retención indebida, no está direccionada a restituir los derechos lesionados del menor, sino única y exclusivamente a sancionar al progenitor o persona que retuvo indebidamente al menor, y reparar al progenitor que mantiene la tenencia del hijo; así como también el determinar cuáles son los efectos jurídicos y personales que causa la retención indebida en el menor retenido.

1.2. Justificación

Resulta sumamente necesaria la realización del presente proyecto investigativo, en razón de que el artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tras estipular las sanciones hacia el progenitor que retuvo indebidamente al hijo, establece la *indemnización y reparación* que deberá recibir el padre afectado, a quien se le privó de convivir con su hijo; pero lo que no se establece es el daño o afectación que la retención indebida causa en el menor, y de igual manera, no se estipula las maneras o formas de reparar e indemnizar al niño, quien sufre directamente, y de manera más cruda la problemática de sus progenitores. Por consiguiente, la retención indebida crea consecuencias psicológicas, afectivas y emocionales en el niño, niña o adolescente retenido, y concomitantemente se vulnera sus derechos al desarrollo integral y al derecho a la convivencia familiar. Queda así justificada la necesidad de realizar el presente trabajo investigativo, para marcar un

precedente y una posible solución a la problemática causada por la retención indebida.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

- Describir a través de un estudio jurídico, doctrinario y crítico los posibles efectos que puede provocar la retención indebida del hijo o hija, en los derechos de desarrollo integral y convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes.

1.3.2. Objetivo Específicos

- Realizar un estudio jurídico y doctrinario a la retención indebida del hijo o hija y lo relacionado a los derechos del desarrollo integral y convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes.
- Analizar casos en los que se haya retenido indebidamente a un niño, niña o adolescente.
- Determinar los efectos jurídicos y personales que causa la retención indebida en los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Estado del arte relacionado a la temática

Tras realizar una minuciosa revisión, tanto a material jurídico como bibliográfico que guarde similitud y relación con la presente investigación titulada: “Los efectos jurídicos asociados a la retención indebida del menor y sus consecuencias al desarrollo integral y convivencia familiar”, se tiene lo siguiente:

- Diego Paúl Silva Velastegui, en el año 2018, previo a optar por el grado de Licenciado en Jurisprudencia, presenta una tesis denominada: “Reparación integral objetiva a cargo del progenitor que ha retenido indebidamente a la niña, niño o adolescente, impidiendo disfrutar la convivencia familiar de visitas” (Silva, P. 2018, pág. 1), en donde concluye que:

Como efectos la repercusión en la integridad psicológica del niño en su estado emocional, porque se afecta directamente su comportamiento y conducta hacia las demás personas; que puede llegar a infundir odio, rencor y venganza en algunos casos, por ello con la terapia psicológica se busca restablecer su tranquilidad y paz interior para que comparta su felicidad con los demás, por otro lado la vulneración del derecho de visitas del progenitor, afecta psicológicamente al padre e hijos considerando su incapacidad y su vulneración y afectación emocional que le conlleve a ser una víctima de mayor repercusión en sus estados sentimentales y afectivos con sus familiares que también resultarían afectados en sus integridades personales, pero el más perjudicado sería el niño, porque a esa temprana edad, no comprenden el motivo de la falta de visita, sino más bien por consejos del custodio, lo llenan de rencor contra el padre que no llegó a visitarlos o que no lo pudo ver la fecha señalada. Otro efecto sería que el obstáculo al régimen de visitas iría contra la orden del Juez, habría un desacato ante la autoridad. (Silva, P. 2018, pág. 68)

El autor realiza una determinación de aquellos efectos que tiene la retención indebida y la falta de visitas por uno de los progenitores en su hijo, y pese a que el CONA, establece únicamente sanciones para la persona que retiene al hijo, y una reparación o indemnización para el progenitor que mantiene la tenencia, el cuerpo legal no establece ningún tipo de reparación integral para el niño, niña o adolescente retenido, y en este caso vemos que quien más sufre las consecuencias de todas estas acciones son los hijos.

Vemos así efectos a nivel emocional y psicológico, que puede llevar al hijo a tomar acciones de odio, de venganza hacia la sociedad y hacia el progenitor con el que no ha podido convivir, esto en cuanto a efectos emocionales y psicológicos del menor; por otro lado también existen efectos jurídicos, uno de ellos es el desacato a la autoridad, esta sanción iría en contra del progenitor encargado de la tenencia que no deja visitar a su hijo al otro progenitor, esta conducta se encaja en el delito incumplimiento de decisión legítima de autoridad competente, ya que por orden del juez el progenitor que no ejerce la tenencia del hijo, tiene derecho a visitarlo, en la forma que haya determinado la autoridad judicial.

- Carlos David Valladares Vélez, en el año 2015, previo a obtener el título de Abogado de los Tribunales de la República, presenta una tesis de grado denominada: “La entrega inmediata del menor y sus incidencias socio jurídicas por la falta de inmediatez y celeridad en los procesos que se ventilan en las unidades judiciales de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas” (Valladares, C. 2015, pág. 1), en donde concluye que:

La retención indebida del hijo o la hija cuya patria potestad, no la tiene el padre o la madre es un problema socio jurídico ya que el afectado es el menor, es por ello que es importante crear una sanción al padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro. En el Código de la Niñez y Adolescencia, sólo establece como sanción lo pecuniario y boleta de apremio, esta meta que será justificable, ya que dentro de un hogar se dan estos casos, que el menor no tiene nada que ver con la separación de los padres, el menor observando el problema de los padres le causa daño moral y psicológicos, de igual manera los litigios por recuperación inmediata, conlleva graves consecuencias en la vida futura del menor. (Valladares, C. 2015, pág. 70)

El autor Valladares, concuerda con el anterior escritor, en virtud que, determina de igual manera ciertos efectos tanto sociales como jurídicos que conlleva la retención indebida del hijo o hija, como efectos jurídicos tenemos la sanción que establece el art. 125 del CONA, hacia el progenitor que retenga al hijo y la orden de apremio personal, por otro lado tenemos los efectos sociales y personales, que afectan gravemente al hijo o hija que ha evidenciado en primer lugar la separación de sus padres y en segundo lugar evidencia todo el escenario

de la retención indebida y la recuperación del menor, acciones que le generan al menor, daño a nivel moral y psicológico que generará consecuencias en la vida futura del niño, niña o adolescente.

- Jakeline Salomé Arévalo Franco, en el año 2015, previo a obtener el título de Abogada, presenta una tesis de grado titulada: “Suspensión provisional de la patria potestad por retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al art. 125 y 112 del código de la niñez y adolescencia” (Arévalo, J. 2015, pág. 1), en donde concluye que:

La manipulación es un maltrato que la madre realiza frente a su hijo, que tiene la custodia, tanto así que tal manipulación causa daño moral y psicológico en el menor, a tal punto de hacerle llegar a una confusión y por ende al odio hacia el otro progenitor y que al no prestar las facilidades de visita de los hijos, por parte del cónyuge que tiene la custodia, está influyendo en rebeldía demostrándonos que cuando un hijo crece en un ambiente disfuncional no tiene una estabilidad emocional y por ende correría el peligro de no elegir el camino correcto de su vida. (Arévalo, J. 2015, pág. 92)

En este caso, la autora evidencia el escenario en el que el progenitor a cargo de la tenencia, obstaculiza y manipula a su hijo a fin de que no quiera ver ni tener relación con el otro progenitor que mantiene el derecho de visitas, y que tal manipulación le genera confusión e incluso un sentimiento de odio hacia el padre con el que no convive, causando afectaciones a nivel emocional y conductual en el menor, quien a futuro podría evidenciar graves secuelas.

- Iván Josué Quilca Esparza, en el año 2017, previo a obtener el título de Abogado de los Tribunales de la República, presenta un proyecto de examen complejo titulado: “El procedimiento de recuperación de menores, el principio superior del niño y su desarrollo integral” (Quilca, I. 2017, pág. 1), en donde concluye que:

Cuando se trata del estudio de los derechos de niñas, niños y adolescentes es indispensable tomar en cuenta que se trata de un grupo de atención prioritaria y cuya protección se funda en convenciones y tratados de derechos internacionales a gran escala, para lo cual cada Estado suscriptor es el responsable de velar por el bienestar de ellos tomando todas las medidas que se consideren necesarias para garantizar sus derechos, en este caso específico materia de la investigación el Ecuador al ser

un estado garantista debe establecer en su ordenamiento jurídico todo un conjunto de mecanismos legales y de protección en beneficio de las niñas, niños y adolescentes en los cuales se establezcan como prioridad los procedimientos judiciales que versen sobre menores. (Quilca, I. 2017, pág. 34)

El autor manifiesta que al hablar de menores es indispensable tomar en cuenta que se trata de un grupo de atención prioritaria, por ende es obligación del Estado adecuar el ordenamiento jurídico para garantizar procedimientos judiciales efectivos para salvaguardar sus derechos, en el caso de estudio, se ha evidenciado que la normativa de la retención indebida se enmarca únicamente en establecer la sanción hacia el progenitor que retiene indebidamente al hijo y a determinar la reparación que surtirá efecto a favor del progenitor que mantiene la tenencia; más sin embargo, se deja de lado a la verdadera víctima de éste problema socio jurídico, ya que son los menores los que en realidad sufren las consecuencias negativas de aquel accionar.

2.2. Marco Teórico

2.2.1. LA TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

2.2.1.1. Definición de tenencia y régimen de visitas

El tipo de familia tradicional, general y socialmente conocido, se conforma por padre, madre e hijos, sin embargo, por diversas circunstancias, esta unidad básica de la sociedad puede tomar diversas formas de constitución, evidenciando casos en los que por problemas familiares o por el rompimiento de la relación afectiva entre los padres por divorcios o separaciones, los hijos deben mantenerse al resguardo de uno de sus progenitores, alternando completamente la forma en la que el tipo de familia convencional se conforma.

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 67 establece en primer lugar que, “se reconoce la familia en sus diversos tipos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 34), tomando en cuenta lo mencionado en el párrafo anterior; y en segundo lugar que “El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.” (Constitución de la

República del Ecuador, 2008, pág. 34), por consiguiente, el estado ante los diversos tipos de familia existentes en el país debe garantizar condiciones que favorezcan los derechos y fines de la familia.

En el caso específico de familias en los que los padres hayan decidido separarse, y que sus hijos deban vivir con uno de sus progenitores, el estado ecuatoriano, ha visto necesario establecer dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, figuras legales que le permitan a uno de los padres, encargarse jurídicamente de sus hijos, *la tenencia*, y al otro progenitor poder visitar y convivir con sus hijos, ya que no vive o reside con ellos, *régimen de visitas*.

Tenencia:

Como se dijo, existen casos en los que los progenitores se separan o se divorcian, y tienen que velar por el amparo, protección y seguridad de sus hijos, ante ello la tenencia es una figura jurídica que dota legalmente a uno de los progenitores para ser quien se encuentre al cuidado principal de sus hijos, esta tenencia debe ser autorizada por una autoridad jurisdiccional, siempre velando por el derecho del interés superior del menor.

El tratadista Rubén Aguirre y otros, por su parte, señalan que la tenencia es:

Una Institución Jurídica contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total; derecho este que puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor; y, cuando el mismo se encuentre en situación no apta para su desarrollo y su integridad” (Aguirre, Aguirre, Aguirre & Aguirre, s.f., pág. 33).

Como se puede observar, la tenencia es una figura jurídica que faculta a uno de los progenitores a tomar el resguardo y la protección de sus hijos, si bien esto no interfiere en la patria potestad, interfiere principalmente con que padre vivirá el menor, de igual manera, el autor señala que la tenencia no sólo podrá ser exigida por los progenitores, sino también por familiares cercanos quienes puedan estar a cargo de los niños, y sobre todo que puedan velar por el cumplimiento de los derechos de los menores.

De la misma manera, el autor Rubén Aguirre establece que “de acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, y es así como los diccionarios de La Real Academia de la Lengua Española, así como otros autores, toman la similitud en sus definiciones.” (Aguirre, Aguirre, Aguirre & Aguirre, s.f., pág. 32) Como lo ha determinado el autor la figura jurídica de la tenencia, también es conocida como *tuición*, y algunos autores desarrollan esta definición; al respecto, Edmundo Fuchslocher sostiene que:

Tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad. (Fuchsloser, E. 1983, pág. 245)

De las citas anteriores, podemos concluir en primer lugar que *tenencia* y *tuición* son términos sinónimos en el ámbito jurídico, y segundo que, tratan a la misma institución jurídica como aquella en la que el juez autoriza y delega a uno de los progenitores o a uno de los familiares más cercanos del hijo a su cuidado, protección y resguardo, velando por el estricto cumplimiento de los derechos que este grupo de atención prioritaria goza.

Régimen de visitas:

Al limitar la facultad que tiene el padre de poder compartir cada momento con su hijo, o velar por su resguardo, protección y cuidado, al no ostentar la tenencia del mismo, es necesario que el estado establezca dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las condiciones necesarias para cumplir con el fin de la familia establecido en el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, para que pueda el padre que no vive con su hijo, pasar tiempo, visitar y poder corresponder al desarrollo integral y convivencia familiar de su hijo y velar en parte como corresponsables, conjuntamente con el estado, de efectivizar el interés superior del menor.

Con respecto al régimen de visitas, el autor Juan Pablo Cabrera Vélez, establece que:

El derecho de visitas fomenta la relación entre familia dentro de cualquier grado y el menor, por tanto, actúa como ente organizador de las relaciones familiares; pero además de esto juega un papel básico, en las veces que permite que la familia que ostenta el régimen de visitas pueda de cierto modo fiscalizar la crianza del menor, ya que, de observar malestar, podría solicitar un cambio en la tenencia. (Cabrera, J. 2009, pág. 27)

Siendo así que, el régimen de visitas tiene como fin primordial garantizar el cumplimiento de los derechos al desarrollo integral y convivencia familiar del menor, para que el distanciamiento o separación de uno de sus padres del vínculo familiar principal, no altere su correcto desarrollo y pueda repercutir en su desenvolvimiento afectivo y emocional; también el régimen de visitas busca solucionar la incomunicación que existe entre el padre no custodio y sus hijos.

Por su parte, el autor Fernando Alban, sobre el régimen de visitas señala que es “la facultad de todo progenitor con el fin de visitar periódicamente al niño, niña o adolescente por efecto de una resolución judicial de tenencia o ejercicio de patria potestad” (Albán F. 2010, pág. 161)

Como se puede evidenciar, el régimen de visitas es un derecho del padre que no tiene la tenencia de su hijo, y tiene como fin principal mantener el contacto y la comunicación entre progenitor e hijos, cuando por algún motivo se encuentren separados, de esta manera se logra satisfacer las necesidades afectivas, psicológicas y emocionales de los niños, niñas y adolescentes, para que se pueda efectivizar un correcto desarrollo integral y una buena convivencia familiar.

2.2.1.2. La tenencia y régimen de visitas en la legislación ecuatoriana

Previo a establecer la normativa específica en la que se desarrolla el contenido de las figuras jurídicas de la tenencia y el régimen de visitas, es preciso realizar algunas consideraciones constitucionales que ayudarán a entender de mejor manera las figuras jurídicas estudiadas en el presente subtema, por una parte se encuentra el derecho al interés superior del menor, enmarcado en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador que consigna: “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. [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 23)

Este artículo muestra la corresponsabilidad tripartita que tiene el estado, la sociedad y la familia en cuanto a uno de los derechos más importantes que tienen los niños, niñas o adolescentes, el derecho a un desarrollo integral, que contempla diversos ámbitos, tanto emocionales, educativos, alimenticios, de vivienda, etc., por otro lado, el artículo 45 ibidem también establece otro de los derechos primordiales que tienen los menores, siendo el de “[...] tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 23)

Como se aprecia, ambos derechos resultan esenciales para todo niño, niña o adolescente, pero pueden verse alterados o limitados en los casos en los que los menores no puedan convivir con toda su familia, lo que conllevaría una falta de desarrollo integral del menor; en el presente proyecto investigativo ambos derechos serán estudiados a un nivel más profundo respectivamente.

En este sentido, para precautelar los derechos de los menores, la Constitución de la República del Ecuador, determina también que:

Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 35) el subrayado me corresponde.

La constitución también prevé, los casos en los que los progenitores no puedan establecerse junto a sus hijos y puedan brindarles el resguardo, protección y cuidado de manera directa, ante ello el estado, en concordancia con el artículo 67 ibidem, ha creado condiciones necesarias para que los padres, si bien no se encuentren con sus hijos, no se menoscabe en sus derechos, específicamente en el derecho al desarrollo integral y al derecho de la convivencia familiar. Estas condiciones se enmarcan en las figuras jurídicas de la tenencia y del régimen de visitas.

Tenencia:

Tras las consideraciones constitucionales expuestas con anterioridad, corresponde ubicar a las figuras jurídicas de la tenencia y del régimen de visitas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en primer lugar, sobre la tenencia, el Código Civil Ecuatoriano, hace alusión en su artículo 108 donde determina que “Para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.” (Código Civil, 2019, pág. 33) es así que el Código Civil ecuatoriano determina que las normas, reglas y directrices sobre la tenencia se encuentran desarrolladas en el CONA.

Al respecto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 determina que procederá la tenencia:

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. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 31)

Por consiguiente, cuando el juez considere que es más conveniente para el desarrollo del menor que conviva con uno de sus padres, le dará a este su tenencia, sin embargo el artículo mencionado evidencia un caso en el que uno de los progenitores demuestre una actitud perjudicial para el desarrollo de los menores, más sin embargo, existe en su gran mayoría el caso de que los padres hayan decidido de manera pacífica terminar con su vínculo afectivo y no seguir viviendo juntos, en este caso ambos padres serían dignos de ostentar la tenencia de sus hijos, sin embargo por regla general únicamente uno de ellos debe tenerla.

Para poder determinar la tenencia a favor de uno de los padres, el CONA, establece en su artículo 106, ciertas condiciones o directrices que el juzgador deberá tener en cuenta para poder otorgar la tenencia a uno de los progenitores, estas reglas son:

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

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

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

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

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

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

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 28)

Régimen de visitas:

Con respecto al derecho de régimen de visitas, el CONA determina en su artículo 122 que “En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 31)

Este derecho se constituye únicamente a favor del padre que no posee la tenencia de su hijo, y se constituye en un mecanismo para prevenir la descomposición de la convivencia familiar y garantizar el correcto desarrollo integral del menor, a más de ello en eliminar barreras emocionales y afectivas entre progenitores e hijos que pudieran suceder por la falta de comunicación causada por la separación de los progenitores.

El juzgador, previo a formar su resolución acerca de la fijación del régimen de visitas, deberá tomar en cuenta las reglas establecidas en el artículo 106 del

CONA, reglas tratadas en el tema anterior, en especial la regla estipulada en el numeral 1 y en el último inciso del artículo 106, esto es que, las visitas no deberán ser perjudiciales en ningún caso para el correcto desarrollo integral del menor, y que los criterios vertidos por el niño menor de 12 años será valorada por el juzgador, mientras que los criterios del adolescente serán obligatorios a tomarse en cuenta al momento de la resolución por parte del juzgador.

2.2.1.3. Procedimiento de determinación de la tenencia y del régimen de visitas

Para que se pueda determinar la tenencia de un menor y el régimen de visitas debe necesariamente existir una separación de los progenitores a través de una separación o un divorcio, en donde ambos padres no puedan vivir bajo el mismo techo con sus hijos, ante tal escenario será procedente fijar la tenencia de los hijos a favor de uno de los progenitores y a favor del otro progenitor que no mantendrá la guarda o cuidado de su hijo se fijará el régimen de visitas.

Ante este enunciado, el Código Civil determina en su artículo 115 estipula que en los procesos o causas de divorció:

Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. [...] (Código Civil, 2003, pág. 37,37)

Es decir que en la resolución que determine el divorcio, debe obligatoriamente resolverse también sobre aspectos de alimentos, tenencia, régimen de visitas y demás asuntos concernientes a la situación de los menores. Es decir que la determinación de la tenencia y régimen de visitas se realizará dentro del proceso de separación o terminación del vínculo matrimonial o de unión de hecho de los progenitores.

[...] Se acordará también al cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación. (Código Civil, 2003, pág. 37,37)

De igual manera, El Código Civil Ecuatoriano prevé, que estas resoluciones, en cuanto a la tenencia y al régimen de visitas no causan ejecutoría y que podrán ser modificadas, de haber variado las circunstancias y hechos que sirvieron de base para fijar tanto la tenencia como el régimen de visitas; el juez, concomitantemente deberá realizar un análisis a las condiciones que rodeen al menor, al momento de determinar la tenencia o régimen de visitas, tomando en consideración las reglas que el Código de la Niñez y Adolescencia establece en su artículo 106 para tales efectos.

En el caso de la tenencia, debe sujetarse tal modificación a lo establecido en el artículo 119 del CONA, el mismo que determina que: “Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoría. 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.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 31)

Por otra parte, en el caso del régimen de visitas, la modificación de tal régimen debe sujetarse a lo manifestado en el artículo 123 Ibidem, que consigna

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32)

En razón de lo indicado, las modificaciones tanto en la tenencia como en el régimen de visitas deben ser resueltas mediante resoluciones emitidas por el juzgador competente, estos incidentes deben ser sometidos a jurisdicción a través del Procedimiento Sumario, establecido en el artículo 332 del Código Orgánico General de procesos, donde indica que se podrán someter al procedimiento sumario: “La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. [...]” (Código Orgánico General de Procesos, pág. 85)

Del estipulado citado, se puede colegir que, tanto la prestación de alimentos, como todos los asuntos establecidos en la ley de la materia, siendo esta el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como la tenencia y el régimen de visitas, por ende, estos incidentes de modificación serán tratados y resueltos mediante procedimiento sumario, cuya característica principal es la forma de su audiencia, la misma que:

Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. La segunda fase se desarrollará en el siguiente orden: debate probatorio, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final. (Código Orgánico General de Procesos, pág. 86)

Concluyendo así con el presente tema, que las resoluciones al respecto de la tenencia y régimen de visitas, se llevan a cabo mediante incidentes presentados ante los jueces competentes, en este caso de las Unidades judiciales de familia, mujer y adolescencia, a través del procedimiento sumario, cuyas resoluciones no causan ejecutoria ya que podrán ser modificadas, cuanta vez fuere necesaria, con el objetivo de asegurar los derechos de los menores.

2.2.2. LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL HIJO O HIJA

2.2.2.1. Definición de retención indebida

La retención indebida, se configura como un accionar ilegítimo que atenta al derecho al desarrollo integral y al derecho a la convivencia familiar del niño, niña o adolescente, pueden existir dos escenarios en los que se pueda dar esta retención indebida; en el primer caso cuando el progenitor que posee la tenencia de su hijo, impide al otro progenitor que lo pueda visitar o frecuentar, ante ello, el padre que tiene la tenencia e impide el pleno ejercicio del régimen de visitas recae en la retención indebida, y el segundo escenario, cuando el padre que tiene el derecho de visitas, retiene a su hijo por mucho más tiempo del que el juzgador ha determinado mediante resolución.

Al respecto, algunos autores manifiestan que la retención indebida “es un acto de infracción a las normas que regulan los derechos de custodia y visita y que por lo general quien realiza estos actos ilícitos es muchas veces el progenitor que goza del derecho de visitas.” (Cano, 2017)

La autora, expresa uno de los casos mencionados en líneas superiores, en donde el progenitor que tiene su derecho de visitas retiene de manera indebida e ilegítima a su hijo, alejándolo de su lugar habitual de residencia, y del padre que mantiene su tenencia, esta retención indebida conlleva ciertas consecuencias negativas, tanto a nivel jurídico, emocional y psicológico del menor, aspectos que serán estudiados de una manera más profunda respectivamente.

Con respecto a otro de los casos mencionados, se puede entender también como retención indebida a:

Aquella por la cual el progenitor, tutor o tercera persona impiden o dificultan el ejercicio pleno de la patria potestad, tenencia, tutela o régimen de visitas decretado por el juez competente a favor del otro, impidiendo el retorno con la persona bajo la cual se halla el niño, niña o adolescente. (Yáñez, 2017)

En este caso, se evidencia el escenario en el que la persona que mantiene la guarda o tenencia del niño, niña o adolescente impide que el otro progenitor pueda acercarse, visitar o convivir con su hijo, para poder garantizar en cierta medida todos los derechos que tiene el menor, para considerarse indebida a la retención, la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado, ha establecido dos casos en específico, contenidos en el Convenio sobre los aspectos civiles de sustracción de menores, que en su artículo 3 establece que:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. (Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado, 1980, pág. 12)

Finalmente, la retención indebida del menor debe considerarse como un acto ilegítimo, contrario a una resolución judicial en donde se ha confiado tanto la tenencia como el régimen de visitas a los progenitores, quienes como

corresponsables del cuidado, seguridad y protección del menor, deben evitar recaer en tal actuar, ya que, los únicos perjudicados son los niños, niñas o adolescentes, quienes pueden tener secuelas, derivadas de todos estos que hasta cierto punto pueden tornarse traumáticos para los menores.

2.2.2.2. La retención indebida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Tanto la tenencia como el régimen de visitas se constituyen en mecanismos o condiciones que los legisladores han visto oportuno incluir dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en el estudio que comprende el presente proyecto investigativo, principalmente los derechos de desarrollo integral y de convivencia familiar.

Sin embargo, salta a la duda la interrogante de que pasaría si los progenitores se encasillan en un abuso de estas figuras jurídicas, por una parte el padre que mantiene la tenencia y obstaculiza el derecho de visitas de su otro progenitor, y por otro lado, el padre que ostenta el derecho de visitas y se sobrepasa en el tiempo o en la forma en la que el juzgador estableció tal derecho y no lo restituye a su domicilio habitual; ante este contexto, también ha sido oportuno establecer dentro de la normativa legal ecuatoriana, el contenido normativo acerca de estas retenciones indebidas, por una parte el Art. 77 del CONA, consigna que:

Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país.

Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes de conformidad con lo previsto en este Código. [...] (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 20)

Esta prohibición normativa, anticipa y previene a los progenitores, tanto al que mantiene la tenencia como al que ejerce su derecho a visitas, de evitar recaer en el accionar ilegítimo de la retención, ya que los menores tienen el derecho a residir en su domicilio habitual, pero también tienen el derecho de convivir con sus progenitores, y poder desarrollarse integralmente; de igual manera el Art.

125 ibidem, contextualiza y define que es la retención indebida, señalando lo siguiente: “El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, [...]” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32)

Una vez delimitado el desarrollo normativo concerniente a la retención indebida del menor, dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, corresponde determinar el camino que puede tomar el progenitor afectado para poder restituir a su hijo en su domicilio habitual o poder visitarlo, dependiendo el caos, a través de mecanismos que no alteren ni afecten el desarrollo integral del menor y su derecho a la convivencia familiar.

2.2.2.3. Procedimiento de recuperación del menor retenido

Tras haber realizado ciertas consideraciones en lo que respecta a la retención indebida del niño, niña o adolescente, tanto a nivel doctrinario como normativo, podemos concluir parcialmente que, la retención indebida, cualquiera sea el caso o escenario, afecta a los derechos de los niños retenidos, tanto a su desarrollo integral, afectivo, emocional y psicológico, como al derecho a la convivencia familiar.

Ahora bien, corresponde determinar el procedimiento que deberá impulsar el progenitor afectado por la retención indebida de su hijo, para poder recuperarlo y restituirlo a su domicilio habitual o para poder visitarlo y poder convivir con su hijo; el artículo 121 del CONA, expresa el caso en el que se haya retenido a un menor y se lo haya sacado fuera del país, determinando que:

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. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32)

Pues bien, la norma es clara en cuanto al caso específico en el que, tras la retención indebida del menor, se lo haya sacado del país, sin embargo, la norma no determina el proceder ante los casos en los que se obstaculice el derecho a las visitas por parte del progenitor que mantiene la tenencia, o que el padre con el derecho a visitas retenga a su hijo y lo lleve fuera de su domicilio habitual.

Ante tal circunstancia, se puede colegir que para la recuperación del menor retenido, necesariamente deberá realizarse un requerimiento judicial, concordantemente con lo que establece el Art. 125 del CONA, que determina que en los casos que se retenga indebidamente a un menor, el progenitor retenedor “ [...] podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo [...]” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32) bajo el procedimiento sumario, con el fin de que el juzgador conozca del percance y pueda, mediante medidas de protección, recuperar al hijo indebidamente retenido y restituirlo a su domicilio habitual.

El CONA, en su artículo 77 establece en su último inciso que: “El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 20), estas medidas de protección a tomarse se encuentran establecidas en el Artículo 79 ibidem, sin embargo, no todas las medidas detalladas pueden ser aplicables al caso de la retención indebida, por ello, las medidas de protección que más se adaptan a tal contexto de la retención son las siguientes:

1. Allanamiento del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente, víctima de la práctica ilícita, para su inmediata recuperación. Esta medida sólo podrá ser decretada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, quien la dispondrá de inmediato y sin formalidad alguna;
5. Amonestación al agresor;
10. Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña;
13. Seguimiento por parte de los equipos de trabajo social, para verificar la rectificación de las conductas. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 20)

Estas medidas de protección son de inmediata aplicación para poder recuperar al menor retenido indebidamente, medidas como el allanamiento del lugar donde se encuentra el menor, para poder recuperarlo inmediatamente y llevarlo a su domicilio habitual; amonestaciones a los progenitores que retengan indebidamente al menor, amonestaciones que serán tratadas en el tema siguiente; suspensión del agresor o retenedor en las tareas que desempeña, como modificaciones de la tenencia y del régimen de visitas; y lógicamente al haber incurrido en la retención indebida, resulta imperante un control por parte de los equipos técnicos de las unidades judiciales con el fin de que verifiquen la rectificación de las conductas, en este caso de la retención indebida del menor.

2.2.2.4. Sanciones de la retención indebida del hijo o hija

En el tema anterior, se pudo determinar ciertas sanciones inmersas dentro de las medidas de protección que establece el artículo 79 del CONA, hacia el progenitor que retenga indebidamente a su hijo, sanciones que van desde amonestaciones, allanamiento del lugar donde se tenga retenido al menor, suspensión de las funciones que el retenedor desempeñaba y un acompañamiento posterior para verificar que este accionar cese.

Dentro de la amonestación más grave se encuentra la establecida en el Art. 125 del CONA, en la que el progenitor que retuvo indebidamente a su hijo:

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

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

Coligiendo así que, las amonestaciones o sanciones más graves resultan en una restitución, sea dineraria o psicológica hacia el progenitor afectado por la restitución, quien tuvo que incurrir en gastos para poder restituir y recuperar a su hijo, mediante la vía judicial, otra sanción que considero grave es el apremio

personal en contra del padre que retuvo indebidamente a su hijo, privándolo de su libertad por recaer en esta actividad ilegítima.

Como quedó determinado en el planteamiento del problema del presente proyecto investigativo, si bien el CONA determina sanciones y restituciones e indemnizaciones entre los padres, desde el progenitor que retuvo a su hijo hacia el padre afectado, la normativa no establece que medidas de restitución tendrá el menor, que indemnización gozará, ya que el niño, niña o adolescente es quien más sufre de todos estos problemas causados principalmente por discordia de sus padres, este tema será tratado de una mejor manera a continuación.

2.2.3. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

2.2.3.1. Los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria

Antes de referirnos a los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria debemos especificar que a las personas se las considera tanto niños como adolescentes, en tal sentido, el marco normativo del país señala que se define y se considera niño o niña a la “persona que no ha cumplido doce años. Y adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, p. 1).

Por otra parte, es menester definir y comprender que son los grupos de atención prioritaria, en tal sentido el Ministerio de Inclusión Económica y Social sostiene que los grupos de atención prioritaria son aquellos que históricamente, por su condición social, económica, cultural y política, edad y origen étnico, se encuentran en condición de riesgo lo que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores condiciones de vida. (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2016, p. 1)

Es por ello que, los niños, niñas y adolescentes son considerados por parte del Estado como un grupo de atención prioritaria, así lo determina el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador y en concordancia el artículo 44 indica que:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán

sobre los de las demás personas. (...). (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 23)

De forma general se puede colegir que es sumamente importante y acertado que se haya catalogado e incluido a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria, ya que su condición de una edad aún no madura los hace más susceptibles y frágiles a sufrir riesgos, a ser sujetos de vulneración de sus derechos entre otras circunstancias más, que pueden afectarlos y tenerlos en una constante situación de peligro. Por estas razones son considerados grupos de atención prioritaria y deben recibir la atención como tal, por parte del Estado, como lo indica la misma Constitución los menores gozarán de los derechos propios como seres humanos, pero también de derechos propios de su edad y que les permita una protección integral.

2.2.3.2. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes

El Interés Superior del Niño como se lo conoce de manera general, goza de reconocimiento internacional y nacional; en su inserción tanto en varios tratados y convenios internacionales, en la legislación nacional y en la jurisprudencia lo incorporan como elemento clave del régimen de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y la Constitución de la República del Ecuador lo consagra como un principio de rango constitucional a favor de los niños, niñas y adolescentes ya que, el artículo 44 de la CRE, así lo cataloga, en concordancia el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia refiere que:

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, judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño,

niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, p. 3)

Entendiendo con ello que es un principio que lo deben respetar y aplicar todas las personas en pro de los menores, así como también el Estado en su calidad de protector hacia este grupo de personas que también es un grupo vulnerable; el Estado lo efectiviza a través de políticas públicas, de normativa, de mecanismos de vigilancia del respeto y cumplimiento de este principio por parte de la sociedad, también a través de la realización de un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan a los niños, niñas y adolescentes vivir plenamente y alcanzar su máximo bienestar posible.

A nivel jurisdiccional la aparición de este principio, propició un cambio en la toma de decisiones de los jueces y de los sistemas más amplios de protección de derechos de los niños, situando el interés y protección de los menores como la piedra angular sobre la cual se debe decidir y actuar respecto de sus derechos y obligaciones, y tomándolos como eje central en cualquier decisión que los involucre de manera directa o indirecta, pues los menores actualmente son considerados sujetos activos de derechos.

También se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro. Ahora desde la perspectiva directa de los menores según el programa "Para cada niño" que lo desarrolló Unicef ellos perciben y entienden este principio como "todo aquello que nos hace falta para estar bien: educación, amor, casas, necesidades...".

Desde el ámbito doctrinario muchos estudios del derecho indican que:

El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

- Se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña.
- Es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales. (ACNUR, 2018, p. 44).

Mientras que el principio como concepto jurídico indeterminado por ser considerado (principio, derecho y norma) tiene como fin buscar y evaluar la situación integral de los derechos de los menores frente a situaciones jurídicas contrarias a su bienestar, que afecten o incluso vulneren o conculquen sus derechos; razón por la cual se debe involucrar en la esfera jurídica de una situación fáctica del niño para determinar la idoneidad de esta situación para el goce de sus derechos. Esto establece no sólo la necesidad del desarrollo de una estructura normativa para aplicar el Interés Superior del Niño en cuanto a las dimensiones anteriormente establecidas, sino que llama a constituir al concepto como punto de condensación del régimen de derechos humanos con respecto de los niños y adolescentes.

Teniendo así que, al “interés superior del menor” se lo concibe de muchas maneras y aristas, pero destacando su finalidad, se puede decir que en la práctica funciona como una barrera protectora en favor de los niños, niñas y adolescente y de sus derechos, ya que a través de aquel; al existir una situación en la que se tenga que ponderar derechos de un menor y otra persona, siempre prevalecen los derechos de este grupo de atención prioritaria, así como también todo persona natural o jurídica de derecho público o privado debe siempre proteger, respetar cumplir y sobre poner los derechos de los niños, niñas y adolescente sobre los otros derechos.

2.2.3.3. El derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes

Los niños, niñas y adolescentes como personas y ciudadanos ecuatorianos gozan de derechos y garantías, más aún al estar dentro del grupo de atención prioritaria, en tal sentido el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador consagra que:

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008. p. 23)

El derecho al desarrollo integral del que gozan los niños, niñas y adolescentes, es un derecho sumamente importante por lo que menciona y abarca, su composición es compleja, pues como se puede evidenciar el texto constitucional refiere que es un proceso en el que se debe garantizar justamente ese desarrollo integral de los menores, desde la etapa de crecimiento, hasta su total desarrollo, en todos los ámbitos en los que se desenvuelvan los menores.

Muchos organismos internacionales se han pronunciado al respecto, en tal sentido Según la ACF International Network:

El desarrollo infantil es un proceso continuo, donde el/la niño/a va aprendiendo a dominar procesos cada vez más complejos de movimiento, pensamiento, afectos y relación con los otros. Es un proceso que se despliega en interacción con su propio medio (su familia, otros sujetos sociales que participan en el desarrollo del niño, su cultura, instituciones, creencias y representaciones sociales, etc.). (Otsubo, N. 2007. p. 15)

Así también, la Organización Panamericana de Salud (OPS) señala que:

Las bases para el Desarrollo Infantil Integral parten desde la preconcepción, la gestación, el nacimiento, la lactancia, el período preescolar y la educación primaria; una adecuada atención a cada una de estas etapas refleja las capacidades, recursos y soportes disponibles de sus familias, por una parte, y por otra, políticas y programas

que atienden efectivamente el Desarrollo Infantil. (Organización Mundial de la Salud, 2014, p. 27)

Comprende la intervención de toda la sociedad, partiendo desde la familia, hasta el Estado como ente administrativo, público y político que tiene la obligación de crear un entorno adecuado para el desarrollo de los menores, pero que también lo garantice, a través de políticas públicas, planes y controles; este derecho es sumamente importante por cuanto tiene como objetivo garantizar el entorno más óptimo para un cabal y adecuado desarrollo de los niños, niñas adolescentes ya que, justamente están en una etapa de desarrollo y crecimiento, donde se deben sentar las bases firmes de autodeterminación como personas y ahí radica cuán importante es que se cumpla y garantice este derecho a favor de los menores, ya que, la atención adecuada y óptima desde los primeros años de vida del ser humano, lo que comprende desde su nacimiento, hasta una etapa de maduración, marcan significativamente el desarrollo de la persona, por ende es una etapa crucial y medular donde mientras más óptimas son las condiciones del entorno, emocionales, físicas, entre múltiples factores más, mejor será el desarrollo de la persona.

Estudios científicos incluso han demostrado “que las experiencias durante el Desarrollo Infantil Integral marcan el desarrollo del cerebro, y que las habilidades, destrezas, actitudes, capacidades, emociones y en general conductas, se van moldeando a lo largo de estos primeros años de vida.” (Shonkorff y Phillips, 2000), es por ello que se ratifica la importancia de este derecho, el cual es vital además para proteger y garantizar los otros derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.3.4. El derecho a la convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes

Otro de los derechos consagrados a favor de los niños, niñas y adolescentes, es el derecho a la convivencia familiar, a nivel constitucional lo señala el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador y de manera más detallada lo establece el artículo 22 del Código Orgánico de la niñez y adolescencia:

Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. (Código Orgánico de la niñez y adolescencia, 2003, p. 5).

Así como el derecho al desarrollo integral, valga la redundancia incide en todo el desarrollo y etapas del menor, el derecho a la convivencia familiar de igual manera es un derecho que ayuda al pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes a lo largo de todas sus etapas de desarrollo, ya que la familia es el núcleo fundamental de la formación y desarrollo tanto personal, emocional, social, educativo del menor, pues allí radica justamente la importancia del derecho de los menores a la convivencia familiar.

Por otra parte, la Convención de Derechos del Niño y la Convención Americana, atribuyen y otorgan a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los niños, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida. De esta manera, la CDN establece que:

El Estado tiene la obligación de promover y propiciar un apoyo adecuado a las familias para que éstas puedan cumplir con sus responsabilidades parentales compartidas en el cuidado y crianza de los hijos, y de ese modo garantizar la protección de los niños y de sus derechos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. p.5)

Determinando así, que la familia juega un rol sumamente importante en el desarrollo de los menores, por ende, se garantiza a la convivencia familiar como un derecho de los niños, niñas y adolescentes para que de esa manera se lo respete y se lo proteja y sobre todo se le dé su posicionamiento legal y jurídico.

2.2.4. EFECTOS CAUSADOS POR LA RETENCIÓN INDEBIDA EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

2.2.4.1. Análisis de un caso de retención indebida del hijo o hija

- **Situación Fáctica**

El presente caso, nace de una ruptura familiar (el divorcio de los padres), por lo cual, tras el respectivo juicio, el juzgador determinó que la tenencia la mantendría la madre, mientras que al padre se le asignó un régimen de visitas, como la ley indica, justamente para salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente el derecho al desarrollo integral y a la convivencia familiar.

Más resulta que el día 9 de marzo del 2019, la madre le solicita a su hija que se dirija a su local y la menor sale de la casa, pasaron algunas horas, y le llaman de la Dinapen a informarle que su hija se encuentra ahí, junto con su padre, seguidamente la madre acude al lugar, pero el momento que llega ya no se encontraba ni su hija ni su padre, el personal de la Dinapen le informó a la madre que el padre para abandonar dicho lugar había indicado que sólo va a la farmacia con su hija a comprar una pastilla pero no regreso más.

El personal de la Dinapen le indicó a la madre que regrese el día sábado para ver que se podía hacer, pero ese día no obtuvo una respuesta, la madre se dirigió al domicilio del padre para tratar de recuperar a la hija, pero no obtuvo resultados ya que nadie salió de dicho domicilio.

Pasaron alrededor de 3 días, y la madre denunció tal hecho como “Retención Indebida” por cuanto las circunstancias parecían encajar en aquel accionar. Por lo que accionó el aparato jurisdiccional y denunció al padre de la menor amparada en lo que establece el artículo 125 del CONA.

- **Resolución de Juez**

El juzgador tras conocer y analizar la situación descrita, como primera medida, ordenó que el padre devuelva a la menor a su madre de forma inmediata, con la ayuda de la Dinapen, y en caso de que el padre no cumpliera con dicha orden

se dispondría el apremio personal; pese a ello el progenitor que apartemente estaba reteniendo a la menor se negó y no cumplió.

Por lo que el juez previo a disponer el apremio personal dispuso que se lleve a cabo una audiencia reservada, ello justamente para salvaguardar el interés superior de la menor y por ende sus Derechos.

Como primera medida, lógicamente al tener la madre la tenencia de la menor el juez dispuso que sea devuelta a su progenitora; más sin embargo sucedió algo que le hizo cambiar de opinión al juez (la menor se puso a llorar el momento en el que tenía que regresar con su madre, manifestando que ella no lo quiere hacer por cuanto la madre le grita y golpea.)

Ante tal situación el juzgador dispuso que la menor siga con su padre, justamente para evitar la vulneración a sus derechos y los hechos no se calificaron como retención indebida ya que el juzgador manifestó que la menor no estaba en contra de su voluntad.

Finalmente resolvió archivar la causa, ya que no había merito suficiente para determinarse que el padre había recaído en una retención indebida de su hija.

- **Análisis y Crítica personal**

En el presente caso, si bien al inicio los hechos hacían ver que el padre incurrió en una retención indebida de la menor, con las circunstancias que acontecieron posteriormente con el relato de la menor (el maltrato que recibía por parte de su madre) el juzgador en este caso anteponiendo el interés superior de la menor y pese a la que la madre tenía la tenencia de su hija, el juzgador dispuso que la menor se podía quedar con su padre todo ello para salvaguardar su integridad ya que posiblemente estaba siendo víctima de maltrato, y en general para evitar vulneraciones a sus derechos

De forma general se puede evidenciar y destacar que en este caso el juzgador veló por los derechos de aquella menor, lo cual es muy importante ya que justamente ese es el rol del juzgador; también debiendo indicar que el juez demostró no ser tan legalista, sino más bien ponderó los derechos de la menor, y determinó la situación que menos le afecte.

2.2.4.2. Afectación de los derechos de desarrollo integral y convivencia familiar

Como ya se señaló en apartados anteriores, tanto el derecho al desarrollo integral como a la convivencia familiar, indican mucho en la formación a nivel física, psicológica y social del menor, por ello es sumamente importante que se protejan y se cumplan estos derechos. Lamentablemente hay muchos casos y situaciones que propician un escenario para atentar y vulnerar tanto el derecho al desarrollo integral como a la convivencia familiar de los menores, y justamente uno de ellos es la “retención indebida” que incurren en algunos casos los padres, obstruyendo el derecho a las visitas o inversamente y con ello provocando que los menores no puedan gozar de la convivencia armónica con sus progenitores.

Esta situación surge y se produce ante el rompimiento o separación de la familia por el divorcio de los padres, en referida situación jurídica los padres seguirán compartiendo de mutuo la patria potestad de sus hijos menores de edad, pero sólo uno de ellos quedará con la tenencia de los hijos, y el otro progenitor por derecho y justamente por no afectar de forma muy agresiva al derecho de la convivencia familiar, se le asignará un período de visitas a sus hijos, el cual puede ser un régimen abierto lo que implica que lo podrá visitar en cualquier momento, o cerrado en el cual se asignarán días y horas específicas de visita.

El problema y la afectación tanto al derecho, al desarrollo integral como a la convivencia familiar surge cuando el padre que posee la tenencia de sus hijos obstaculiza el régimen de visitas del otro progenitor a favor de sus hijos, o viceversa el padre que goza del derecho a las visitas no devuelve a su hijo tras terminado el tiempo o días de visita, cayendo así en una retención indebida, lo cual tiene consecuencias legales para el progenitor que incurre en dicha retención indebida de su hijo o hijos.

Entendiendo así que, la retención indebida de los hijos es la detención de manera arbitraria e ilegal de los hijos más del tiempo que la ley le ha establecido o permitido. Así por ejemplo si en el régimen de visitas el juez concede al otro progenitor que no goza de la tenencia, para que pueda tener a su hijo o hijos los fines de semana y este no los restituye a su madre, estamos frente a una

retención indebida, o viceversa si el progenitor que goza de la tenencia de los hijos obstruye el régimen de visitas a favor del otro progenitor.

Pero los realmente afectados de la situación descrita y planteada en los párrafos que anteceden, son los hijos menores, pues las repercusiones son múltiples tanto a nivel físico, psicológico y emocional, ya que se ha demostrado mediante estudios que estas prácticas realizadas por los padres, de no permitirles convivir con su otro progenitor afecta indudablemente a su desarrollo en todas las esferas y ámbitos.

Además que a nivel legal, se estarían atentando a varios de los derechos de los niños, niñas y adolescentes especialmente al derecho al desarrollo integral y a la convivencia familiar, ya que si los menores no pueden disfrutar del amor y de los cuidados proporcionados tanto por la madre como el padre, su desarrollo integral no estaría completo y lógicamente al no poder ver a uno de sus padres no existiría la convivencia familiar que de igual manera es muy importante y significativa para los menores, por ente es evidente que al no permitirles convivir con uno de sus progenitores se afecta los derechos de los niños.

Efectos jurídicos causados por la retención indebida de los niños, niñas y adolescentes

Como ya se señaló existe una afectación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando uno de sus progenitores lo retiene indebidamente, eso conlleva específica y directamente a que se afecte el derecho al desarrollo integral y a la convivencia familiar de los menores, afectación que lógicamente trae consigo efectos a nivel legal y jurídico. En este punto lamentablemente existe un sesgo jurídico, ya que la ley de la materia refiere que:

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 32)

El artículo 125 del CONA, también señala que, si el padre que retiene indebidamente a los hijos y tras el juez ordenar que lo devuelva o entregue al progenitor que corresponde y el padre no cumple con dicha orden, el juez en atribución a sus facultades jurisdiccionales, podrá incluso ordenar el apremio y si es necesario el allanamiento del lugar donde este el niño o adolescente retenido, con el fin de salvaguardar justamente sus derechos (derecho a un desarrollo integral y a la convivencia familiar).

Otro de los efectos jurídicos, producto de la retención indebida de los hijos por parte de sus padres, lo señala el artículo 119 del CONA “Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. - Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoría. 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”, en tal sentido es lógico que la retención indebida limita y afecta a ciertos derechos de los menores, por ello como efecto jurídico se puede producir el cambio de la tenencia o del régimen de visitas entre los progenitores, dependiendo quien incurrió en este actuar que limita y vulnera los derechos de los menores. Ya que referida situación indudablemente atenta a los derechos indicados del menor y por ende afecta al menor en todo su desarrollo evolutivo, que paradójicamente es responsabilidad de la familia, con ayuda o intervención del Estado a través de políticas públicas, planes, programas y de una adecuada normativa.

Otra de las consecuencias, producto de la retención indebida incluso puede ser el procesamiento por el delito establecido en el artículo 282 del COIP, esto es por el delito de Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

Por otra parte el sesgo jurídico que se hizo mención en líneas anteriores se presenta dentro de lo contenido en el artículo 125 del CONA ya que como se puede evidenciar la ley sólo enfatiza en que el padre que retenga indebidamente al hijo deberá de manera obligatoria indemnizar los daños que ocasione la retención indebida, lo cual implica una sanción económica, o en el caso de rehusarse podría ser privado de su libertad, lo que a criterio de la autora no es suficiente, ya que, si partimos de la perspectiva del principio del interés superior

del menor, esta afectación a dos de sus derechos sustanciales, debería implicar mayor intervención por parte del Estado, a favor de los verdaderamente afectados, que en este caso son los menores.

2.2.4.3. Efectos personales causados por la retención indebida de los niños, niñas y adolescentes

La retención indebida de los niños, niñas y adolescentes trae consigo un sin número de efectos, lastimosamente negativos para los menores; uno de ellos es los efectos personales que produce en los niños y adolescentes:

Las consecuencias que describe Kliksberg (2000) con la ausencia de uno de los padres en las familias, afectan el rendimiento educativo producido por el pobre clima socioeducativo del hogar, la afectación de la inteligencia emocional, refiriéndose a la escasa capacidad de enfrentar adversidades, la salud en general y las sensaciones de inferioridad, agresividad, aislamiento, entre otras conductas perjudiciales que adoptan los menores cuando no pueden convivir de manera adecuada con su padre y madre. En este sentido, no sólo se trata de una problemática social, sino que también se relaciona con efectos psicológicos que no les permiten a los menores desarrollarse íntegramente, ya que por ejemplo pueden desarrollar el “síndrome de alienación parental”, el cual se produce justamente por no mantener esa convivencia familiar con los progenitores, teniendo como consecuencia que se produzcan en los menores trastornos de ansiedad, trastornos en el sueño y en la alimentación y trastornos de conducta, lo cual evidentemente no permitiría que el menor se desarrolle adecuadamente.

Es vital para los menores saber que cuentan durante su desarrollo tanto con la figura paterna como materna, ya que es un complemento indispensable para el desarrollo evolutivo, social, psicológico y pedagógico de los niños, niñas y adolescentes, por ende, queda por sentado que a causa de la retención indebida que contradictoriamente la ocasionan los mismos padres, los menores sufren efectos negativos a nivel personal, ya que se irrespeta totalmente tanto el derecho al desarrollo integral como a la convivencia familiar del que deberían gozar siempre los menores.

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA

3.1. Métodos:

El método por emplearse en la presente investigación será el Método lógico-inductivo

3.1.1. Método lógico-inductivo: mediante la utilización y aplicaciones de las técnicas que aporta este método investigativo se podrá describir en todo su contexto al problema planteado, para poder obtener soluciones concretas y aplicables; desde un estudio de lo particular a lo general. Es decir, investigando casos particulares hasta llegar a una perspectiva general.

3.2. Enfoque de la Investigación: Cualitativo

Por cuanto esta investigación no requiere de medición numérica, y se basará en la observación del fenómeno en estudio, además que se estudiará la realidad en su contexto natural.

3.3. Tipo de la investigación

Por los objetivos planteados que se desea alcanzar en la presente investigación será documental, en razón de que en la presente investigación se han utilizado documentos físicos y digitales que contribuyeron a la investigación documental/bibliográfica.

3.4. Diseño de la investigación

El diseño de la presente investigación será descriptiva, documental-bibliográfica y de campo.

3.4.1. Investigación descriptiva: Este nivel de profundidad de la investigación, permitirá describir todo lo relacionado al problema planteado, desde una óptica jurídica, doctrinaria y social.

3.4.2. Investigación documental-bibliográfica: Permitirá recopilar información de varias fuentes bibliográficas como la concerniente normativa legal, libros, artículos científicos y sentencias.

3.4.3. Investigación de campo: Permitirá realizar un trabajo de investigación de campo aplicando entrevistas a los jueces de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba y a los miembros del equipo técnico de dicha dependencia judicial.

3.5. Unidad de análisis

La unidad de análisis de la presente investigación se fija en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba (Jueces y Miembros del Equipo Técnico)

3.6. Población

La población que intervendrá en la presente investigación está conformada por los Jueces y Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

3.7. Tamaño de muestra

Debido a que la población no es extensa, no se aplicó el estudio a una muestra, si no al total de la población.

3.8. Técnicas de recolección de datos

- **Observación:** Permitirá observar el problema y fenómeno en estudio, para poder interpretarlo y así comprenderlo.
- **Estudio y revisión de documentos:** Tales como la Constitución, leyes, códigos y sentencias.
- **Entrevista:** Se aplicará esta técnica a expertos del tema (Jueces y Miembros del Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer,

Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba) que puedan aportar con sus conocimientos de experticia en el problema investigado.

3.9. Instrumentos de investigación

- Guía de entrevista

3.10. Técnicas de análisis e interpretación de la información

Una vez que se recoja y se cuente con toda la información conseguida a través de la aplicación de los instrumentos de investigación, se organizará la misma y los datos obtenidos y proporcionados por los entrevistados, para proceder a revisarlos y prepararlos para el análisis respectivo. Para de esa forma poder generar el contenido teórico de la presente investigación, a más de generar explicaciones y dar una respuesta al problema y objetivos planteados, a través de las conclusiones y recomendaciones respectivas.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el presente proyecto investigativo, se usó el instrumento de investigación, la entrevista, ya que el mismo fue el óptimo y oportuno para poder llegar a los resultados planteados y deseados, cabe mencionar también que la guía de entrevista se aplicó a los jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Riobamba y a los miembros del equipo técnico de la Unidad Judicial referida.

Pregunta No. 1

1. ¿Qué entiende usted por retención indebida del hijo o hija?

Tabla 1 Retención Indebida

Entrevistas	Respuesta
Entrevista 1	Cuando se encarga la tenencia a uno de los padres o cuando se fijan visitas y el otro progenitor que no tiene la tenencia no entrega a su hija o hijo, se configura la retención indebida o cuando se pasa del tiempo de la visita.
Entrevista 2	Es el acto por el cual uno de los padres que no tiene la tenencia en forma arbitraria y sin el consentimiento del padre o madre que si posee la tenencia la mantiene en su poder al hijo o hija.
Entrevista 3	Es cuando uno de los padres que no tiene la tenencia lo retiene de manera no justificada sin orden judicial.
Entrevista 4	Estos casos se dan cuando, quien no tiene la tenencia de los hijos arbitrariamente se los lleva con ellos.
Entrevista 5	Es cuando alguno de los cónyuges se le lleva a la fuerza sin la voluntad, para causar daño cuando se refiere a un divorcio cuando se le da la tenencia a uno de los progenitores entonces se está irrespetando la resolución judicial.
Entrevista 6	Es cuando uno de los padres teniendo la tenencia legalmente o simplemente por voluntad propia lleva al niño a otro lugar con las intenciones que no conviva con la otra persona sea el padre o madre.

Entrevista 7	La persona que goza del régimen de vistas no ha cumplido con la devolución del menor en su debido tiempo, lo cual estamos diciendo que se encuentra en la retención indebida es decir porque no quiere devolver al lugar de su casa o a quien goza de su tenencia.
Entrevista 8	Es cuando el padre o madre intencionalmente retienen a su hijo o hija aprovechando el régimen de visitas sin el consentimiento de su padre que tiene la tenencia incluso contra la misma voluntad del niño o niña se lo llevan.

*Fuente: Entrevista realizada a Jueces y al Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba
 Autora: Luisa Johana Padilla Cruz*

Interpretación de los Resultados:

De los 8 entrevistados, los 8 concuerdan en que la retención indebida del hijo o hija se produce por parte de uno de los progenitores cuando lo retiene de manera ilegal, arbitraria e intencional y no lo devuelve a la casa o al lugar que le corresponde en la hora y fechas indicadas por el juez que haya adoptado esa resolución tras la fijación de la tenencia y el régimen de visitas.

Discusión de Resultados:

En relación con la primera pregunta que fue, que entienden por retención indebida del hijo o hija, todos señalan que es el actuar en el cual pueden incurrir los progenitores, cuya tenencia ha sido encargada al otro progenitor, o a su vez el padre que obstaculiza el régimen de visitas, en otras palabras, el padre que interfiera en la convivencia de los hijos con uno de sus padres, concordando dichas respuestas con lo que establece el artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, evidenciándose con ello que en efecto tanto los jueces como los miembros del equipo técnico de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba tienen pleno conocimiento de lo que es la retención indebida en materia de niñez y adolescencia.

Pregunta No. 2

2. ¿Considera usted que el obstáculo al régimen de visitas y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho de desarrollo integral de sus hijos?

Tabla 2 Obstaculización al régimen de visita y la retención indebida y su efecto en el desarrollo integral del menor

Entrevistas	Respuesta
Entrevista 1	No, el ambiente óptimo para el desarrollo del niño es su familia, que el padre se pase una hora o menos del tiempo de la visita, no afecta su desarrollo integral, los problemas se hacen los padres.
Entrevista 2	Sí, porque el régimen de visitas es un derecho de los hijos y al no permitir que el padre o la madre que se encuentra separado de el por alguna razón estaría conculcando ese derecho.
Entrevista 3	Sí, pero de ahí debemos entender que existe dos cuestiones que se considera el obstáculo de visitas al obstaculizar el régimen de visitas estoy hablando de la persona quien ejerce la tenencia es decir que esa persona se le puede ejercer la acción de retención indebida conforme el Art. 125 de CONA y puede ser detenida hasta que entregue al hijo para el régimen de visitas, y en el otro que dice retención indebida estamos hablando del que padre que está haciendo uso del derecho de visitas lo retiene indebidamente y para eso la madre o quien tenga la tenencia active el aparato jurisdicción conforme el CONA requiera al hijo que no ha sido entregado en las horas señaladas.
Entrevista 4	Si afecta al desarrollo de los hijos ya que se vulneran los derechos que se encuentran en la Constitución de la República del Ecuador.
Entrevista 5	Si afecta ya que el desarrollo integral es un conjunto de derechos los progenitores tienen la obligación de cumplir y proteger a sus hijos, es una responsabilidad de los dos padres de proveer, garantizar todos los derechos como vestimenta, creación, afecto y cuidado y aquí se está haciendo caso omiso.

Entrevista 6	Si afecta ya que existe un abandono la necesidad de crecer en un hogar y ellos necesitan tener a sus padres cerca en un ambiente lleno de paz.
Entrevista 7	Si afecta el hecho del régimen de vistas y la retención afecta al desarrollo social, psicológico y afectivo de la niña niño y adolescente en lo que es un desarrollo a futuro porque no se da un espacio familiar ya que los menores deben estar en ambiente sano de hogar y caso del régimen priva que se desarrolló en un ambiente adecuado para el menor.
Entrevista 8	Claro por el solo hecho de separar de alguno de los padres se afecta de manera directa al menor y se vulnera sus derechos ya que se encuentran dentro del grupo de atención prioritaria y el desarrollo integral es un derecho muy indispensable en su vida.

*Fuente: Entrevista realizada a Jueces y al Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba
 Autora: Luisa Johana Padilla Cruz*

Interpretación de los Resultados:

De los 8 entrevistados, 7 señalan que, en efecto, la obstaculización al régimen de visitas y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho de desarrollo integral de los menores, por otro lado, un entrevistado indica que, la obstaculización al régimen de visitas y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia no afecta el derecho de desarrollo integral de los menores; sin embargo de aquello se determina que la mayoría de entrevistados creen y sostienen que esas prácticas si afectan indudablemente el derecho de desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Discusión de Resultados:

En cuanto al cuestionamiento acerca de si el obstaculizar el régimen de visitas y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho de desarrollo integral de los menores, la mayoría a excepción de un entrevistado sostienen que indudablemente si afecta por muchas razones, entre ellas por que los niños tienen derecho a convivir con sus progenitores, tanto

madre como padre, ya que aquello es indispensable para el desarrollo integral de los menores, a nivel, social, emocional, afectivo, etc. lo cual se debería respetar por el interés superior del menor que es la garantía que tienen, de que todos sus derechos se respeten y prevalezcan sobre cualquier otro derecho, o circunstancia que se presente.

Pregunta No. 3

3. ¿Considera usted que el obstáculo al régimen de visita y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho a la convivencia familiar de sus hijos?

Tabla 3 Obstrucción al régimen de visita y la retención indebida y su efecto en el derecho a la convivencia familiar del menor

Entrevistas	Respuesta
Entrevista 1	No, por las mismas razones expresadas en la respuesta anterior.
Entrevista 2	Se quita la relación entre los padres, ya que se terminará de deteriorar este vínculo familiar.
Entrevista 3	Claro que si porque no puede ejercer este derecho el padre tomando en cuenta que cuando hablamos de protección integral conforme el 44 y 45 de la CRE al hablar del derecho de familia estamos hablando que tiene derecho papá y mamá respecto del hijo, pero teniendo en cuenta que el derecho de visitas no sólo implica el derecho de distracción sino también tiene que darse la obligación del cuidado y protección como es alimentación en caso de sean niños pequeños aseo y demás hechos a su padre.
Entrevista 4	Desde luego los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un grupo de atención prioritaria, por lo que el Estado la sociedad y la familia deben promover la unión familiar, sus derechos estipulados en la ley, por lo cual si afecta los derechos de los menores.
Entrevista 5	De igual manera se afecta ya que hay un irrespeto tanto del progenitor como del otro porque no se está garantizando el bienestar, el derecho a vivir en paz, en armonía si les afecta porque se producen traumas, ya que algunas ocasiones tienen relaciones con progenitores que son agresivos con violencia que tienen instancias judiciales si les afecta mucho.
Entrevista 6	Claro ya que la convivencia familiar es un derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes y por ende va a afectar el ámbito familiar cuando existes estos tipos de casos por la separación del menor de su madre o como puede ser del padre.

Entrevista 7	Si afecta el obstáculo de visitas y la retención indebida ya que el menor necesita tener a sus padres siempre a su lado y por ende se vulneran los derechos del menor.
Entrevista 8	Como mencionó en la anterior pregunta si se afecta ya que es un derecho más que se vulnera al momento de ocasionar una retención indebida contra el menor, ya que un niño sin familia es más vulnerable desde lo emocional a lo social pues carece de vínculos afectivos.

*Fuente: Entrevista realizada a Jueces y al Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba
Autora: Luisa Johana Padilla Cruz*

Interpretación de los Resultados:

De los 8 entrevistados, 7 señalan de manera concordante que, la obstaculización al régimen de visitas y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho a la convivencia familiar de los menores, por otro lado, uno de los entrevistados indica que, la obstaculización al régimen de visitas y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia no afecta el derecho a la convivencia familiar de los menores; pese a ello la mayoría se ratifica en que si existe una afectación al derecho de desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Discusión de Resultados:

En cuanto a la pregunta de que, si los entrevistados consideran que el obstáculo al régimen de visitas y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho a la convivencia familiar de los menores, la mayoría concuerda en que si se afecta al referido derecho por varias razones, entre ellas porque si no se permite una adecuada convivencia con sus progenitores, no existirá el vínculo familiar y por ende se afectaría el derecho a la convivencia familiar, otra de las múltiples razones es que, un niño sin familia es más vulnerable desde lo emocional a lo social pues carece de vínculos afectivos, lo que es producto de esa falta de convivencia familiar demostrando así que, son muchas las razones por las que tanto la retención indebida, como la obstaculización al régimen de visitas afecta al derecho a la convivencia familiar del que legalmente gozan los niños, niñas y adolescentes.

Pregunta No. 4

4. ¿Qué efectos sociales y jurídicos se causan a partir de la retención indebida del hijo o hija por parte del progenitor que mantiene la tenencia del menor?

Tabla 4 Efectos sociales y jurídicos que causan a partir de la retención indebida del hijo o hija

Entrevistas	Respuesta
Entrevista 1	Primero el incumplimiento de una orden judicial que está penalmente sancionado en el Código de la Niñez regula y sanciona esta clase de actitudes.
Entrevista 2	Los efectos sociales es la separación, la falta de afecto que se produce al no permitir el régimen de visitas y en lo jurídico sanciona los efectos como son el allanamiento, el apremio que obstaculiza dicho régimen.
Entrevista 3	El efecto social es el hecho de la inestabilidad emocional tanto en el padre que lo retuvo, en la persona en contra de quien se retuvo como el hecho del hijo, porque se mantienen en una zozobra y por el hecho de hablar por la retención va a la policía a requerir siempre existen problemas y conflictos, problemas jurídicos también porque puede ser detenido y aprehendido el padre que este ejerciendo indebidamente la retención del hijo al igual que puede iniciarse una acción de un delito tipificado en el Art. 282 del COIP
Entrevista 4	En lo social se da en el menor de edad como es emocionalmente, psicológicamente en lo educativo lo cual tendría problemas en su vida diaria, en lo jurídico existe sanciones penales
Entrevista 5	En lo social hay casos de suicidio, también de afección psicológica, en cuanto a los efectos jurídicos pues producto de ello vienen muchos juicios pasan años gastando en abogados, no hay una seguridad para el menor en cuanto a su estabilidad emocional afectiva y más que nada si deteriora al juez el hecho de disolver el vínculo matrimonial el hecho de estar en problemas legales si les afecta económicamente y afecta también el desarrollo integral de los menores y es una carga para el Estado porque movilizan a todo el aparataje judicial.

Entrevista 6	En lo social se da en menores lo que en lo psicológico, emocional como también en sus padres ya que al separarlo de su hijo o hija causa un daño emocional, en cuanto a lo jurídico existe demasiada carga judicial al existir estos efectos sobre la retención indebida del menor.
Entrevista 7	Efectos sociales que se están vulnerando son el desarrollo en un ambiente sano, tranquilo y en lo jurídico haciendo caso omiso a las resoluciones emitidas por los juzgadores.
Entrevista 8	En lo social que el menor crezca con traumas, con miedo de entablar una relación con alguno de sus padres, en lo jurídico sería un alto índice de procesos judiciales sobre este aspecto, en cuanto a la vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

*Fuente: Entrevista realizada a Jueces y al Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba
 Autora: Luisa Johana Padilla Cruz*

Interpretación de los Resultados:

Los 8 entrevistados, todos refieren que son varios los efectos tanto sociales como jurídicos que se ocasionan a partir de la retención indebida del hijo o hija por parte del progenitor que mantiene la tenencia del menor, ninguno de ellos ha manifestado que no se produzcan efectos sociales y jurídicos ocasionados a partir de la retención indebida del hijo o hija por parte del progenitor que mantiene la tenencia del menor.

Discusión de Resultados:

En cuanto a la pregunta que se planteó que, los entrevistados indiquen que efectos sociales y jurídicos se causan a partir de la retención indebida del hijo o hija por parte del progenitor que mantiene la tenencia del menor, fueron muchos los efectos que señalaron, en cuanto a los efectos sociales mencionaron que se produce una inestabilidad emocional en el menor, también que se da una afectación a nivel emocional, psicológico, en lo educativo lo cual ocasionaría problemas en su vida diaria, así como también que crezcan con traumas y temores lo que no permitiría un adecuado desarrollo integral de los menores;

mientras que los efectos a nivel jurídico de igual manera son múltiples entre ellos, que el padre que retienen indebidamente al hijo sea sujeto incluso de sanciones penales, ya que estaría incumpliendo una orden judicial lo cual está penado incluso como delito en el artículo 282 del COIP, también que sean sujetos de allanamientos o incluso que se les prive de su libertad como señala el artículo 125 del CONA.

Pregunta No. 5

5. ¿De qué manera cree usted que se logre garantizar el derecho de convivencia y desarrollo integral del niño y adolescente, cuando existen obstáculos en el régimen de visitas, por parte del custodio?

Tabla 5 Garantía de los derechos de convivencia y desarrollo integral del niño y adolescente

Entrevistas	Respuesta
Entrevista 1	Solucionando los desacuerdos entre los progenitores, sino es posible hay que aplicar la sanción del Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia y Art. 282 del COIP.
Entrevista 2	En la comunicación entre los padres del niño, sabiendo que cada uno tiene derechos y obligaciones que cumplir.
Entrevista 3	Simple y llanamente a través de la orden, a través de la DINAPEN, para que la persona quien custodia verifique la entrega del niño o niña en las horas respectivas.
Entrevista 4	El juez es el encargado de hacer cumplir sus resoluciones basado en el amparo de la ley.
Entrevista 5	Bueno a nivel jurisdiccional se dicta medidas de apremio, como es incumplimiento de una orden judicial,
Entrevista 6	Esta es una competencia que tenemos los jueces encargados de estos efectos ya que dictamos en base a la ley para que se cumplan las respectivas resoluciones.
Entrevista 7	Se podría garantizar la convivencia en el régimen de visitas en lo accesible con el tiempo que sea más extenso que sea un régimen abierto no cerrado siempre y cuando tomando en cuenta los antecedentes de cada cónyuge para así poder garantizar los derechos de los menores y cumplir con lo establecido en la ley.
Entrevista 8	Pues ayudando al menor con tratamientos, que acuda donde la visitadora social, psicóloga que los padres traten de llegar a un acuerdo para que no exista estos conflictos, y se garantice una verdadera convivencia y desarrollo integral de los hijos.

Interpretación de los Resultados:

De los 8 entrevistados, 4 indican que se lograría garantizar el derecho de convivencia y desarrollo integral del niño y adolescente, cuando existe obstaculización en el régimen de visitas, respetando y haciendo cumplir con lo que indica la ley, uno de ellos específicamente a referido que se debe aplicar según amerite el artículo 182 del COIP, o el artículo 125 del CONA, dos de ellos han expresado que se debería acatar las resoluciones de los jueces y finalmente uno indica que se lograría garantizar el derecho tanto de convivencia como de desarrollo integral, ayudando al menor con tratamientos, que acuda donde la visitadora social, psicóloga que los padres traten de llegar a un acuerdo para que no exista estos conflictos, y se garantice una verdadera convivencia y desarrollo integral de los hijos.

Discusión de Resultados:

En cuanto a la interrogante acerca de qué manera se lograría garantizar el derecho de convivencia y desarrollo integral del niño y adolescente, cuando existen obstáculos en el régimen de visitas, por parte del custodio, las respuestas fueron alternas y variadas, pues unos indicaron que se debería acatar la normativa legal que existe para el efecto, otros que se deberían acatar las resoluciones de los jueces para de esa manera garantizar el derecho de convivencia y desarrollo integral del niño y adolescente y otros que se debería dar apoyo y ayuda a nivel psicológico por ejemplo a través de la ayuda de una visitadora social para que pueda brindar ayuda a los padres y a sus hijos, en fin son muchas las alternativas y todas obedecen a lo establecido en la normativa legal ecuatoriana vigente, determinando así el conocimiento de respuestas para poder garantizar el cumplimiento y protección de los derechos referidos en pro de los menores por parte de los jueces y miembros del equipo técnico de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

Pregunta No. 6

6. ¿Considera usted que el Art. 125 del CONA, a más de establecer la sanción a la persona que retiene indebidamente al hijo o hija, debe establecer la reparación y el tratamiento que el menor retenido necesita tras sufrir estos actos?

Tabla 6 Reparación y tratamiento del menor retenido

Entrevistas	Respuesta
Entrevista 1	Si lo hace, pero no se aplica.
Entrevista 2	Considero una vez justificada la afectación del niño el padre o madre responsable si debería asumir los gastos y costos que demanda el tratamiento del hijo o hija.
Entrevista 3	Ese artículo no contempla el derecho de reparación para eso tenemos otras vías , en el caso de que sea una acción fuerte respecto del cometimiento de un delito del 282 del COIP cuando se habla de no cumplir una orden judicial o en su defecto estamos hablando de una medida de protección para tratar de solventar o reparar los daños ocasionados cuando hablamos de reparación integral no sólo hablamos de dinero sino de daños emocionales que puede el juez a través de las decisiones mandar trabajo social psicológico para garantizar el desarrollo integral de los niños.
Entrevista 4	No en este tipo de casos no debe existir reparación.
Entrevista 5	Si debe existir una reparación, en el CONA lo manifiesta, pero falta especificar una sanción, en el COIP está el incumplimiento de la orden judicial, pero en el CONA habla sólo la indemnización de daños, pero a sus progenitores mas no de una reparación al menor lo cual no se está respetando el derecho de los menores.
Entrevista 6	Claro debe existir una respectiva reparación en cuando a los menores ya que son estos los más perjudicados al momento de enfrentar esta situación y existir un tratamiento que necesita al sufrir estos efectos jurídicos.
Entrevista 7	Efectivamente el Art. 125 del CONA debería manifestar que se le tenga que dar una reparación integral al menor siempre y cuando funcione el equipo técnico valoriza y haga

	uso de la psicóloga y visitadora social para saber de qué forma la menor estuvo afecta para que determine un grado de afectación y en base a eso exista la reparación integral.
Entrevista 8	Específicamente en el Art. 125 del CONA debe regularse el goce y ejercicio de los derechos de los menores en estipular una verdadera reparación hacia el menor que ha sido afectado con este efecto jurídico que se da en la vida diaria, para de esta manera hacer cumplir los derechos vulnerados.

*Fuente: Entrevista realizada a Jueces y al Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba
 Autora: Luisa Johana Padilla Cruz*

Interpretación de los Resultados:

De los 8 entrevistados, 6 han respondido que el artículo 125 del CONA, a más de establecer la sanción a la persona que retiene indebidamente al hijo o hija, si debiese establecer la reparación y el tratamiento a favor del menor retenido, tras haber sufrido este acto que menoscaba algunos de sus derechos; uno de los entrevistados señaló que si lo hace pero no se aplica y otro a señalado que en este tipo de casos no se debe contemplar reparación; estableciéndose así que la mayoría de los entrevistados ha determinado que si es importante en el caso de la retención indebida a más de establecer la sanción a la persona que retiene indebidamente al menor, establecer la reparación y el tratamiento adecuado para el menor que sufrió este hecho.

Discusión de Resultados:

En cuanto a la pregunta de que, si entrevistados consideran que el artículo 125 del CONA, a más de establecer la sanción a la persona que retiene indebidamente al hijo o hija, debe establecer la reparación y el tratamiento que el menor retenido necesita tras sufrir estos actos, la mayoría a señalado que en efecto así debería ser por cuanto los verdaderamente afectado de esta situación “retención indebida” son los menores y hacia ellos deben direccionarse todos los esfuerzos por resarcir las secuelas y restaurar sus derechos vulnerados especialmente el derecho a un desarrollo integral y a la convivencia familiar.

CONCLUSIONES

- La retención indebida del hijo o hija es una práctica lamentable en la que recaen los progenitores, las consecuencias de aquel accionar están establecidas en el artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, articulado que se refiere básicamente que es la retención indebida, la cual consiste en la retención indebida o ilegal del menor por parte del padre o la madre o a su vez cualquier persona cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o también se considera retención indebida cuando el padre que posee la tenencia obstaculiza el régimen de visitas; las consecuencias que derivan de aquel accionar recaen en contra del padre que incurra en esta práctica, la cual indudablemente afecta derechos sustanciales de los menores como es el derecho al desarrollo integral, ya que, si un menor no puede desarrollarse en presencia de sus progenitores, lógicamente tenga afectaciones a nivel psicológico, social evolutivo entre otros y de igual manera se afecta al derecho a la convivencia familiar el cual está consagrado a nivel constitucional como un derecho de los niños, niñas y adolescentes.
- Los casos en los que se ha retenido indebidamente a un menor son frecuentes, en el caso que se analizó en el presente proyecto investigativo, si bien los hechos al inicio parecieron encuadrar en lo que determina el artículo 125 del CONA, tras las circunstancias propias que se produjeron en el caso, el juzgador fue más allá de un análisis de legalidad de la norma, si no que amparado en el interés superior del menor veló por sus derechos, que al final de todo proceso en el que se discute derechos de los menores es lo que importa y lo que se busca, que se respeten y protejan los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Son múltiples y varios los efectos que causa la retención indebida en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a nivel jurídico los efectos que produce en contra del padre que recae en este accionar, son los establecidos en el artículo 125 del CONA, esto es que el juez requiera judicialmente a la persona que está reteniendo al menor inmediatamente

para la devolución del mismo a la persona correspondiente, otro de los efectos es que el padre que ocasionó la retención indebida cubra todos los gastos ocasionados de aquella, en el caso que se resista y no cumpla puede ser sujeto de un allanamiento del lugar donde tiene retenido al menor, o incluso de una apremio personal, a nivel penal también puede ser procesado por el delito establecido en el artículo 282 del COIP, esto es por el incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente; mientras que los efectos personales que sufren los menores se producen a nivel psicoevolutivo, afectivo, psicológico, social, ya que no tienen una adecuada convivencia familiar, incluso algunos menores sufren del “síndrome de alienación parental” el cual se produce justamente por no tener una relación idónea con sus progenitores, todo ello innegablemente afecta a los derechos de los menores especialmente al derecho al desarrollo integral y a la convivencia familiar.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los padres de los menores, que atraviesan situaciones de ruptura familiar, no caigan en esta lamentable situación de la retención indebida, ya que los verdaderamente afectados son los hijos, ellos sufren graves secuelas producto de la falta de convivencia familiar y por ende su derecho al desarrollo integral se ve seriamente afectado, por otra parte se recomienda también al Estado aportar con planes y programas que ataquen al problema desde su raíz, por ejemplo con terapias familiares, o con una verdadera reparación de los derechos lesionados a favor de los menores que atraviesan esta situación, todo ello en virtud de la corresponsabilidad que tiene toda la sociedad en beneficio del cuidado de los niños, niñas y adolescentes.
- La recomendación va dirigida para los jueces de familia, mujer niñez y adolescencia, que son los encargados de dilucidar estas controversias donde se encuentra en litigio derecho de los menores, como en el caso que se analizó y se observó una adecuada y acertada decisión del juez, se recomienda a los juzgadores que siempre protejan y garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Una vez que se han determinado los efectos tanto jurídicos como personales que causa la retención indebida, se recomienda que se trabaje por eliminar esta mala práctica que tanto afecta a los menores, especialmente a sus derechos de convivencia familiar y de desarrollo integral, ya que, si se logra eliminar o reducir los índices de la retención indebida, los efectos desaparecerían, o también disminuirían pero sobre todo se eliminaría esa vulneración a los derechos que tanto afecta a los menores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUR (2008). *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*. Ginebra, Suiza.
- Aguirre, R. A., Aguirre, R. L., Aguirre, M., & Aguirre, V. (s.f.). *La Tenencia de Menores*. Graficas Cárdenas. Graficas Cárdenas
- Albán, F. (2010). *Derecho de la Niñez y Adolescencia* (3ª Ed.). Ecuador: Gemagrafic
- Alegre, S. & Hernández, C. (2013). *El interés superior del niño*. Buenos Aires, Argentina: Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.
- Arévalo, J. (2015). *Suspensión provisional de la patria potestad por retención indebida del hijo o hija al obstaculizar el régimen de visitas conforme al Art. 125 y 112 del Código de la Niñez y Adolescencia*. Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja.
- Cabrera, J. P. (2009). *Visitas; Legislación, doctrina y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Cano, S. (4 de agosto de 2017). *La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en derecho internacional privado español*. Obtenido de <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1>
- Código Civil. (2019) [Codificación 10, de 2018]. R.O: 46. Quito. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015) [Ley 0 de 22 de mayo de 2015]. R.O: 506. Quito. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Derecho del niño y niña a la familia*. San José, Costa Rica.
- Constitución de la República del Ecuador. [Const.] (2008). Quito. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Conferencia de la Haya del Derecho Internacional Privado. (1980). Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores. Haya, Países Bajos.
- Fuchslocher, P. E. (1983). Derecho De Menores, De La Tuición.
- Ministerio del Trabajo. (2016). Dirección de Atención a Grupos Prioritarios Rendición de Cuentas 2016. Quito, Ecuador.
- Moral Sarmiento, R. (2005). La Familia en el Derecho Civil Ecuatoriano. Guayaquil, Ecuador: Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil.
- Otsubo, N (2007). *Manual de Desarrollo Integral de la Infancia*. Buenos Aires, Argentina: EGRAF
- Quilca, I. (2017). El procedimiento de recuperación de menores, el principio superior del niño y su desarrollo integral. Ambato, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Silva, P. (2018). Reparación integral objetiva a cargo del progenitor que ha retenido indebidamente a la niña, niño o adolescente, impidiendo disfrutar la convivencia familiar de visitas. Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja.
- Valladares Vélez, C. (2015). La entrega inmediata del menor y sus incidentes socio jurpídicas por la falta de inmediatez y celeridad en los procesos que se ventilan en las unidades judiciales de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas. Santo Domingo de los Tsáchilas, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Yáñez, E. (08 de mayo de 2017). Régimen de Visitas. Obtenido de RETENCIÓN INDEBIDA DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.: http://derechoalasvisitas.blogspot.com/p/blog-page_15.html

ANEXOS



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

GUÍA DE ENTREVISTA

Fecha y hora: _____

Lugar: _____

Entrevistadora: Luisa Johanna Padilla Cruz

Entrevistado (a): _____

Introducción: La presente entrevista tiene por objeto recabar información para la realización del Proyecto de Investigación titulado “LOS EFECTOS JURÍDICOS ASOCIADOS A LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL MENOR Y SUS CONSECUENCIAS AL DESARROLLO INTEGRAL Y CONVIVENCIA FAMILIAR”, la misma que tendrá fines eminentemente académicos; y está dirigida a los Jueces y al Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Cuestionario:

1. ¿Qué entiende usted por retención indebida del hijo o hija?
2. ¿Considera usted que el obstáculo al régimen de visita y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho de desarrollo integral de sus hijos?
3. ¿Considera usted que el obstáculo al régimen de visita y la retención indebida por parte del progenitor que mantiene la tenencia afecta el derecho a la convivencia familiar de sus hijos?
4. ¿Qué efectos sociales y jurídicos se causan a partir de la retención indebida del hijo o hija por parte del progenitor que mantiene la tenencia del menor?

5. ¿De qué manera cree usted que se logre garantizar el derecho de convivencia y desarrollo integral del niño y adolescente, cuando existen obstáculos en el régimen de visitas, por parte del custodio?

6. ¿Considera usted que el Art. 125 del CONA, a más de establecer la sanción a la persona que retiene indebidamente al hijo o hija, debe establecer la reparación y el tratamiento que el menor retenido necesita tras sufrir estos actos?

Gracias por la colaboración prestada.