



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

*Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los
Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador*

TÍTULO:

“La falta de aplicación del principio del interés superior en resoluciones de tenencia”

Autor:

Esthefanny Paola Hernández Negrete

Tutor:

Dr. Ángel Polibio Alulema del Salto

Riobamba – Ecuador

Año 2020

HOJA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL



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

TITULO

“LA FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN RESOLUCIONES DE TENENCIA”

Informe final del 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.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dr. Polibio Alulema del Salto	<u>10</u>	
TUTOR	CALIFICACIÓN	FIRMA
Dr. Robert Falconí	<u>10</u>	
MIEMBRO 1	CALIFICACIÓN	FIRMA
Dr. Walter Parra	<u>9</u>	
MIEMBRO 2	CALIFICACIÓN	FIRMA
NOTA FINAL	<u>9,66</u>	

CERTIFICACIÓN

DR. POLIBIO ALULEMA DEL SALTO CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE - GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO: Haber asesorado y revisado minuciosamente durante todo su desarrollo, el proyecto final de Investigación previa a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador titulado: **“LA FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN RESOLUCIONES DE TENENCIA”**, realizado por Esthefanny Paola Hernández Negrete C.C.060355051-8, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.

Riobamba, 07 de diciembre del 2020




Dr. Polibio Alulema del Salto

TUTOR

AUTORÍA

Los criterios emitidos dentro del presente trabajo investigativo, como también los contenidos, ideas, análisis y conclusiones, son personales y acorde a la investigación que se efectuó, por lo tanto, es de mi exclusiva responsabilidad intelectual, moral, legal y académica. Los demás derechos de autoría le pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.

Riobamba, 07 de diciembre del 2020



Esthefanny Paola Hernández Negrete

C.I: 060355051-8

AUTORA

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, quiero agradecer a Dios por brindarme su bendición a lo largo de mi carrera. A su vez a mi querida Universidad Nacional de Chimborazo, junto con todo su personal administrativo como docente. De manera muy especial a mi tutor el Dr. Polibio Alulema del Salto por ser una guía para lograr concluir con esta meta planteada.

A mis abuelitos Enma y José que desde el cielo me derraman sus bendiciones. A mi abuelita materna Aide por dejar todo de lado por cuidarme y cada consejo que me ha brindado.

A mis padres Marcelo y María, por darme la vida, y apoyarme en cada locura o acierto. Por saber que si me tropiezo ellos van a estar a cada lado de mi ser para proceder a levantarme. Por sus consejos, regaños y sabiduría.

A mi pequeño Allan José por ser el motor que cada día me empujo a superarme y ser mejor en todos los aspectos de mi vida.

A mi amado esposo Jhonattan que se convirtió en mi equipo, y sin dudarlo decidió caminar lo que nos resta de la vida juntos, hasta lograr un siempre.

A mi familia y amigos que me han apoyado cada paso que he dado.

Sin todos ustedes este logro no sería posible.

Esthefanny Paola Hernández Negrete

DEDICATORIA

El presente proyecto de investigación quisiera dedicar a mis padres, hijo y esposo. Por ser los pilares fundamentales de mi vida.

Y apoyarme en cada paso que he dado y estar para mí en cada tropiezo.

Esthefanny Paola Hernández Negrete

ÍNDICE GENERAL

PORTADA.....	1
HOJA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL	2
CERTIFICACIÓN	3
AUTORÍA	4
AGRADECIMIENTO.....	5
DEDICATORIA	6
ÍNDICE GENERAL	7
ÍNDICE DE TABLAS	9
ÍNDICE DE GRÁFICOS	9
RESUMEN	10
ABSTRACT	11
1. INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I.....	13
2. PROBLEMATIZACIÓN	13
2.1 Planteamiento del problema	13
2.2. Justificación.....	14
3. OBJETIVOS	15
3.1 Objetivo General.....	15
3.2 Objetivos Específicos	15
CAPÍTULO II.....	16
4. ESTADO DEL ARTE	16
4.1 Consideraciones generales.....	16
5. MARCO TEÓRICO	18
5.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	18
5.1.1 Reseña histórica del principio del interés superior del niño.....	18
5.1.2 Definición.....	19
5.1.3 El interés superior del niño en el contexto internacional.....	22
5.1.4 El interés superior del niño en el Ecuador	24
5.1.5 Jurisprudencia acerca del principio del interés superior del niño.....	26
5.2 LA TENENCIA	28
5.2.1 Definición de tenencia	28
5.2.3 Las resoluciones de tenencia.....	34
5.2.4 Pérdida de la tenencia	35
5.2.5 Diferencia entre patria de potestad y tenencia.	36

5.3	ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO	38
5.3.1	Análisis de la normativa legal de la figura de tenencia en el Ecuador 38	
5.3.2	Análisis de las consecuencias jurídicas y sociales sobre la falta de aplicación del principio del interés superior del niño en resoluciones de tenencia.....	39
5.3.3	Análisis de la sentencia N°021-11-SEP-CC, bajo el Caso N°0317-09-EP acerca de una resolución de tenencia que fue violentada y donde no se aplicó en principio del interés superior del niño.....	41
CAPÍTULO III		44
6.	METODOLOGÍA	44
6.1	Método	44
6.2	Enfoque de investigación.....	44
6.3	Tipo de investigación	44
6.4	Diseño de investigación.....	45
6.5	Unidad de Análisis	45
6.6	Población y muestra.....	45
6.7	Técnicas e instrumentos de investigación	45
6.7.1	Técnicas de investigación	45
6.7.2	Instrumentos de investigación	45
6.8	Técnicas para el tratamiento de información.....	45
7.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	46
7.1	Resultados.....	46
8.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	48
8.1	Conclusiones	48
8.2	Recomendaciones	49
9.	MATERIALES BIBLIOGRÁFICOS.....	50
10.	ANEXOS.....	52
10.1	ANEXO 1: Entrevista	52
10.2	ANEXO 2: Procesamiento de la información Entrevista.....	54

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Casos emblemáticos que son jurisprudencia para el interés superior del niño.....	27
Tabla 2. Significado de los principios de la administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia.....	31
Tabla 3. Doctrinas relevantes de las resoluciones de tenencia	33
Tabla 4. Diferencias y semejanzas entre la tenencia y la patria potestad.	37
Tabla 5. Análisis del Caso N°0317-09-EP	41
Tabla 6. Pregunta 1	54
Tabla 7. Pregunta 2	55
Tabla 8. Pregunta 3	56
Tabla 9. Pregunta 4	57
Tabla 10. Pregunta 5	58
Tabla 11. Pregunta 6	59
Tabla 12. Pregunta 7	60

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Definiciones del principio del interés superior del niño	20
Gráfico 2. Clasificación de la tenencia.....	29
Gráfico 3. Pregunta 1	54
Gráfico 4. Pregunta 2	55
Gráfico 5. Pregunta 3	56
Gráfico 6. Pregunta 4	57
Gráfico 7. Pregunta 5	58
Gráfico 8. Pregunta 6	59
Gráfico 9. Pregunta 7	60

RESUMEN

En Latinoamérica en la normativa jurídica nos encontramos con la figura de Tenencia la cual no se encuentra totalmente regulada, en el caso de Ecuador no es la excepción. Los jueces de materia, para resolver los diferentes casos deben ponderar el principio del Interés Superior del Niño, el cual lo encontramos en las principales normas que rigen la materia de la niñez y adolescencia; para ser más específico gira entorno a todo lo que se refiere a derecho de familia, pero en algunos casos este no es considerado al momento de dictar las resoluciones.

Este proyecto investigativo está basado en el estudio documental – bibliográfico, los resultados fueron obtenidos por medio de la aplicación de entrevistas a los jueces de esta especialidad judicial, y la doctrina. Analizando e interpretando esta información, se busca generar conciencia en los reguladores de justicia y de esta forma apliquen los parámetros en base a este fundamento.

Con el aumento de divorcios y separaciones, los más afectados son los menores. Entonces, pude comprobar como los magistrados que resuelven acerca de tenencia a falta de norma expresa usan su criterio, pero en algunos casos pasan por alto ciertos aspectos que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran de relevancia, por las consecuencias que estas decisiones generan en el correcto desarrollo social y psicológico de los infantes y adolescentes, como lo dicen algunos expertos todo dependerá de la crianza y el entorno en el que estos se desenvuelvan.

Palabras clave: Tenencia, derechos, interés superior, niños, adolescentes, aplicación, norma.

ABSTRACT

In Latin America, we find Tenure'a figure in the legal regulations, which is not fully regulated. In the case of Ecuador, it is not an exception. To solve the different circumstances, the subject judges must weigh the Child's Higher Interest; this is found in the central norms that govern childhood and adolescence. To be more specific, it revolves around everything that refers to family law, but in some cases, this is not considered when issuing resolutions.

This research project is based on a documentary-bibliographic study. The results were obtained by applying interviews to the judges of this judicial specialty and the doctrine. It concluded by analyzing and interpreting this information. The aim is to generate awareness in the justice regulators and, in this way, apply the parameters based on this foundation.

With the increase in divorces and separations, the most affected are the children. Then, I was able to verify how the magistrates who decide about possession in the absence of an express rule use their criteria. In some cases, they still overlook certain aspects and consider relevant both doctrine and jurisprudence due to these decisions' consequences generally in the correct social and psychological development of infants and adolescents. As some experts say, all dependent on upbringing the environment in which they develop.

Keywords: Tenure, rights, best interests, children, adolescents, application, the norm.

Reviewed by:

Ms.C. Ana Maldonado León

ENGLISH PROFESSOR

C.I.0601975980

1. INTRODUCCIÓN

La tenencia o tuición tienen su origen en una de las figuras del derecho de familia en donde el juzgador es el encargado de determinar cuál de los progenitores es el mejor para brindar los cuidados necesarios a los hijos que se quedarán bajo su custodia y de esta manera hacer ejercer su patria potestad, este litigio tiene como principio el interés superior que “Cumple una función hermenéutica, en tanto permite que se haga una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia” (Alegre, Hernández, & Roger, 2014, pág. 8). Debemos considerar que no existe norma para poder aplicarlo, gracias a tener esta característica vemos que puede adaptarse a los diversos casos que se llegaren a presentar.

Los jueces al momento de decidir sobre la tenencia deben considerar este principio, cabe destacar sobre la sentencia N°021-11-SEP-CC, bajo el Caso N°0317-09-EP; la cual se decidió otorgar la custodia al padre de la menor, es importante agregar que dentro de este caso existió la vulneración por parte del juzgado debido a que, se violaron los derechos y garantías constitucionales; una falla que hay que resaltar es que no se dedicaron a obtener las correspondientes pruebas para tomar la decisión de otorgar la tenencia a este progenitor, de esta forma ocasionado una ruptura del seno familiar de la niña y obligándola a trasladarse a un lugar que nunca había conocido; es por ello que la contra parte solicitó la reparación integral de los derechos que goza como madre.

El objetivo de la presente es estudiar que ocasiona la falta de aplicación del interés superior del niño en resoluciones de tenencia, acotando que se comete el quebrantamiento de los derechos de los menores, y otros inherentes de sus padres; por parte de los jueces. Siendo en muchos de los casos perjudiciales para la salud psicológica de los niños y adolescentes, sin dejar de mencionar que se les estaría obligando a la adaptación de un ambiente distinto al de crianza, lo que puede causar daños irreparables, generando como resultado una sociedad desajustada a los valores y principios familiares. Para de esta manera generar conciencia en los administradores de justicia y profesionales del derecho al momento de ejecutar y decidir sobre estos procesos; para evitar incumplimiento de los preceptos constitucionales.

La presente investigación será realizada mediante el método analítico-descriptivo, puesto a que se basará en el análisis de la sentencia señalada anteriormente, de igual forma se usará un enfoque documental – bibliográfico ya que se extraerá información de las

diferentes fuentes de consulta que tenemos en nuestro medio. Para lograr determinar nuestro objetivo planteado.

CAPÍTULO I

2. PROBLEMATIZACIÓN

2.1 Planteamiento del problema

Las autoridades judiciales suelen tomar decisiones que llegan a ser trascendentales para el correcto desarrollo de los menores que se encuentran inmersos dentro de los procedimientos de tenencia, para lo cual además de considerar la norma ya planteada se debe apreciar ciertos criterios que han nacido de la jurisprudencia y la doctrina. Al analizar ciertas resoluciones de tenencia podemos notar la falta de aplicación del principio del Interés Superior del Niño, comúnmente se suele ignorar en ciertos casos y como consecuencia de ello vemos como se vulneran preceptos constitucionales, que buscan la protección de los derechos de los infantes.

Los procesos de tenencia son cada vez más comunes, la razón sería según un artículo del diario El Comercio en donde nos dice: “De acuerdo con los datos del INEC, de 76 354 actos de matrimonio inscritos en el Registro Civil en el 2008, la cifra se redujo a 60 849 en 2018”. (Elcomercio.com, 2019). Siendo esta la razón por la cual he podido realizar el presente proyecto de investigación, recordando que, a nivel de América Latina, esta figura jurídica no se encuentra totalmente codificada, brindando como consecuencia de esto, que los jueces cometan errores cuando realizan sus resoluciones, en los diversos casos.

Con esta investigación se pretende realizar un análisis profundo a procedimientos de tenencia que han culminado en la vulneración de los derechos de los menores al no considerar el principio antes mencionado, y a través de ello crear conciencia en el estado cómo principal ente de tutela judicial efectiva en el mismo sentido, es importante que los actuales y futuros profesionales del derecho sean formados con el necesario amor y vocación por la justicia no sólo protegiendo a los niños y adolescentes sino, asegurando los derechos de los progenitores, para que de esta manera se puedan obtener buenos resultados y futuras resoluciones de tenencia debidamente justificadas.

Una vez considerada la sentencia N°021-11-SEP-CC del caso N°0317-09-EP, los artículos de las normas principales que regulan a los menores, la jurisprudencia y teoría; que nos hablan acerca de los temas cuestionados. En donde indague acerca de la falta de aplicación del precepto del interés superior del niño en decisiones de la figura de tenencia, para establecer como afecta jurídicamente a los menores. A su vez resolver interrogantes como: ¿Cuáles son las consecuencias al no aplicar este principio?, ¿Cómo debe determinarse el principio del interés superior del niño en la tenencia?, ¿Existe vulneración de derechos al no aplicar este precedente?, ¿Se encuentra la tenencia debidamente normada?, ¿Se vulneran los derechos de los padres?; dichas incógnitas serán obtenidas una vez culminada la presente investigación.

2.2. Justificación

Dentro de los procesos de divorcios o separaciones, los más afectados resultan los hijos, ya que sus padre se encuentran disputando entre ellos sin considerarlos, este fenómeno social es la razón principal para proceder con la realización de la presente investigación, que radica en el uso erróneo del principio del interés superior del niño, que sabemos es esencial y se encuentra vigente no sólo dentro de nuestra carta magna, sino que también se encuentra prescrito en la normativa internacional, ya que sus inicios se dieron gracias a la convención de los derechos humanos, por lo tanto, estos se encuentran totalmente relacionados, y son de mayor jerarquía en comparación con el resto de las leyes.

Sabemos que nuestro estado debe garantizar que se cumplan los derechos de los infantes de forma inmediata y fundamental, puesto que se encuentran dentro del grupo de personas de vulnerabilidad. Conocemos que el motivo para que exista el interés superior del niño es que se pensó en una forma particular y amplia para que no exista una vulneración a esto; cuando exista falta de norma expresa. conflicto de leyes, u otra razón para que el magistrado lo invoque.

Dentro de este proyecto también procedía a estudiar la tenencia, que es una de las figuras de mayor impacto, cuando hablamos del derecho de familia, dentro del área de la niñez y adolescencia, por lo tanto, las decisiones que se tomen generan diversos efectos positivos como negativos en la sociedad ecuatoriana. Esta figura tiene como objetivo

principal velar acerca del bienestar de los menores, considerando su seguridad ante el rompimiento de su familia, en donde se debe precautelar que exista una correcta relación de ellos con sus padres, conociendo que esto viene a ser fundamental para el desarrollo de los infantes y adolescentes, otro aspecto a considerar es la opinión de varios expertos que consideran que el ambiente en donde se desenvuelven viene a ser crucial para su crecimiento social.

3. OBJETIVOS

3.1 Objetivo General

Determinar a través de una análisis jurídico y doctrinario si existe falta de aplicación del principio del interés superior del niño, para establecer su afectación en resoluciones de tenencia.

3.2 Objetivos Específicos

- Realizar un estudio jurídico y doctrinario acerca del principio del interés superior del niño.
- Efectuar un análisis jurídico y doctrinario acerca de la figura de tenencia.
- Analizar las consecuencias jurídicas y sociales ocasionadas al no aplicar el principio del interés superior del niño en resoluciones de tenencia.

CAPÍTULO II

4. ESTADO DEL ARTE

4.1 Consideraciones generales

Dentro del repositorio de proyectos de investigación de la Universidad Nacional de Chimborazo de la carrera de Derecho, no existen temas similares al presente, pero en el buscador de Google destacaron los siguientes:

En el año 2016, Lucila Cristina Yanes Sevilla, realiza un proyecto investigativo con el tema: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA CIUDAD DE AMBATO” (Yanes, 2016, pág.1). Concluyó que:

“El estudio arrojó la noticia alarmante del desconocimiento del interés superior del niño entre los abogados que litigan en Ambato; pues sus respuestas sobre si es un concepto determinado o indeterminado; y de si lo uno o lo otro es lo adecuado, sus respuestas fueron contradictorias”. (Yanes, 2016, pág. 74)

En el año 2016, Andrés Esteban Ochoa Toasa, realiza un proyecto investigativo con el tema: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO: UN ESTUDIO DEL DESARROLLO, INTERPRETACIÓN E INCORPORACIÓN DE PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS EN NORMATIVA SECUNDARIA, CORTES SUPERIORES Y JUECES DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA” (Ochoa, 2016, pág.1). Concluye lo siguiente:

“El principio del Interés Superior del Niño ha penetrado diferentes esferas jurídicas convirtiéndose un principio normativamente protegido y positivamente incorporado como base de las consideraciones respecto a niños, niñas y adolescentes”. (Ochoa, 2016, pág.155)

En el año 2017, Alejandro Montecé Giler, realiza un proyecto investigativo con el tema: “APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. CASO DE LA PROVINCIA DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS” (Montecé, 2017, pág.1). Señala lo siguiente:

“En la legislación ecuatoriana, desde que se incorporó este principio de interés superior del niño, transcurrieron aproximadamente nueve años para que la Ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, mediante resolución 367 del 8 de noviembre de 2001, se pronunciará sobre la vulneración de derechos que se cometían con respecto al derecho a la identidad y exhortó a los señores jueces a asumir que el derecho a la identidad es parte de la satisfacción de los derechos de niños niñas y adolescentes”. (Montecé, 2017, pág.76)

En el año 2017, Edison Lenin Acosta Luzuriaga, realiza un proyecto investigativo con el tema: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA”. (Acosta, 2017, pág. 1). Concluye lo siguiente:

“Cuando la custodia monoparental es la única aplicada en el país, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, en todas las situaciones de crisis familiar, no aporta al fortalecimiento de las relaciones de filiación parental; opuestamente, ocasiona que las relaciones afectivas entre el hijo y el padre que no posee la custodia desaparezcan”. (Acosta, 2017, pág. 86)

En el año 2017, Josselin Martínez, realiza un proyecto investigativo con el tema: “LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR”. (Martínez, 2017, pág. 1). Llega a la conclusión siguiente:

“(…) E incluso, en base a la normativa analizada, el contenido de las reglas para otorgar la Tenencia que establece el Código de Niñez y Adolescencia viola y contradice los principios que establece la Constitución, por ello, deben realizarse las respectivas modificaciones ya que no se ajustan a la realidad actual”. (Martínez, 2017, pág. 44)

5. MARCO TEÓRICO

5.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

5.1.1 Reseña histórica del principio de interés superior del niño

Todo tiene su inicio con el fin de la primera Guerra Mundial, en donde el mundo quedó devastado y obtuvo grandes consecuencias al nivel social de la población. Pero a su vez la humanidad se dió cuenta que debía buscar la forma de aliviar los estragos originados por esta, lo cual ocasionó que se cometieran grandes atropellos en lo que ahora conocemos como derechos humanos. Históricamente sabemos que los derechos de los niños y niñas tienen su comienzo con la declaración de Ginebra en 1924, pero simplemente se encontraban ligados a las responsabilidades de los adultos, y no considerados como tal, pero “Sin duda, esta declaración no es un instrumento diplomático; no compromete a los gobiernos ni a los estados. Es un acto de fe. Expresa una esperanza” (Bofill & Cots, 1999, pág. 1). Entonces para su aplicación no era considerada como obligatoria, era de libre albedrío, que tenía como objeto mitigar las consecuencias de los conflictos bélicos, incluso me atrevería a decir que los grandes líderes la usaron un distractor para que los ciudadanos se tranquilicen para posteriormente encargarse de perpetrar golpes muchos más fuertes, por lo que vimos una secuela de la contienda, que dejó mucha más muerte.

Posteriormente dentro de la Declaración de los Derechos Humanos (1948), en donde su artículo 25, en su segundo numeral establece: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. (Naciones Unidas, 2015, pág. 62). Por primera vez se establecen que los menores tienen derechos, y además que deben ser considerados de forma especial por toda la sociedad con la que ellos conviven, sobre todo se reconoce que todos los seres humanos debemos tener una calidad de vida. Pero con todo lo presente las sociedades tienen la exigencia de establecer una norma que sea internacional y especializada que plasme de forma autónoma a los menores, que colabore con la vinculación de los futuros estados que se integrarán, por esto, se da un cambio para la niñez, y nace la Declaración de los Derechos del Niño (1959), esta gira entorno a los siguientes principios:

1. Sin discriminación
2. El interés superior del niño
3. La vida como Derecho
4. Participación infantil.

Puedo decir que esta declaración es la más importante, consta de 54 artículos que son englobados en los principios que mencione anteriormente, en esta se especifica que deben tener una protección legal, y que se lo reconocerán antes y después de su nacimiento. Además, se tomarán en cuenta el círculo social al que pertenece el niño considerando de forma particular sus costumbres, tradiciones, valores culturales y desarrollo; a esto se integró toda la comunidad internacional. Cabe destacar que aquí nace el tema de esta investigación, en donde uno de los autores conocidos nos dice Juan Pablo Cabrera (2010) “Ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que, además, posee orden de prevalencia”. (Cabrera, Interés Superior del Niño, 2010, pág. 23). Siendo de menester de las autoridades, tribunales y los diversos órganos que los menores y adolescentes sean considerados de forma primordial. Los magistrados hacen énfasis en que no se puede decidir sobre la discreción, sino que debe ser lo primero en considerarse por parte de un estado, aunque no hay una codificación que nos diga cómo aplicarse o comprenderse, no existe una opción distinta a la ya mencionada.

Posteriormente vemos como este al considerarse como un principio internacional se viene perfeccionando con el paso del tiempo, cambiando de forma positiva las diferentes legislaciones para consagrar en todos los estados el derecho minoril, subsistiendo de forma histórica y ratificándose para consagrar un mayor alcance.

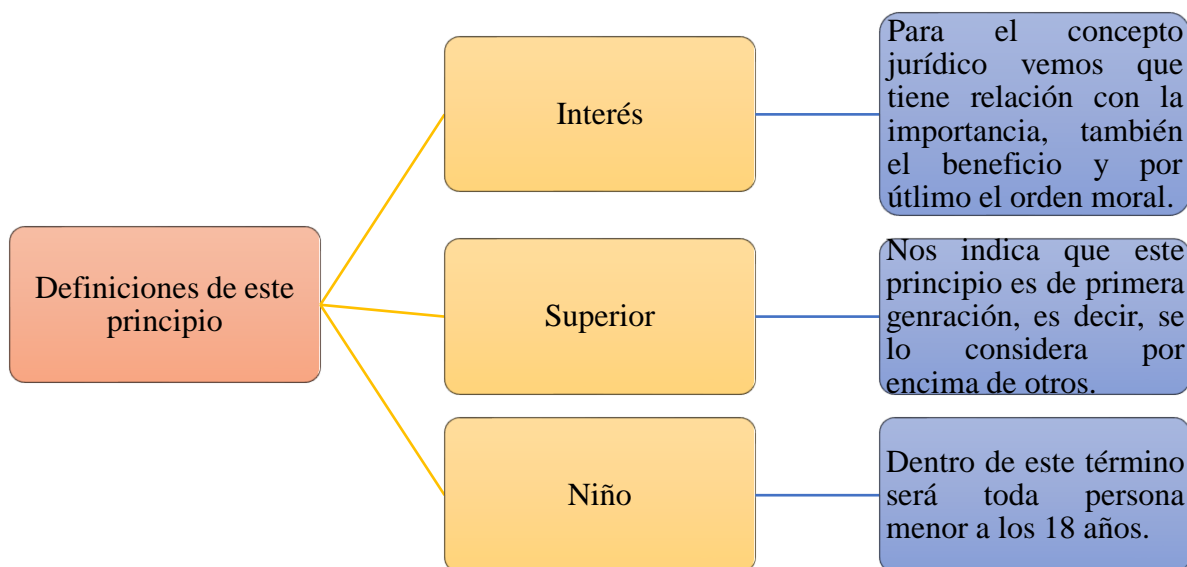
5.1.2 Definición.

El interés superior del niño son las acciones que se encuentran agrupadas y que se han debatido durante varios años con el fin de precautelar y garantizar el correcto desarrollo, a su vez la vida digna, precautelando la integridad sea esta psicológica como física. Sabemos que de forma fáctica se establecerán los derechos individuales delimitados por cada estado, y también los que son considerados como universales, deberán resaltarse en las diversas situaciones en las cuales amerite tomar decisiones dentro del derecho de familia. Su aplicación es general, donde podemos manifestar “Es

eje diamantino con el que se fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales”. (López, 2013, pág. 2).

Por parte de la Comisión Internacional de los Derechos de los Niños, este es considerado como el principio más incomprensible de manejar tanto su concepto, como su aplicación en la práctica judicial diaria. Pero para una mejor comprensión es importante desglosar este término y analizar una por una las palabras que lo conforman:

Gráfico 1: Definiciones del principio del interés superior del niño



Fuente: El Interés Superior del Niño.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Con esto podemos ver una idea clara de lo que este precepto significa para el mundo jurídico, que va a ser invocado con normalidad en lo que hablamos en materia de menores, en lo cual su objetivo se basa en evitar que existan atentados en contra de este grupo poblacional y todo lo adherente a ellos, tomando en cuenta que al ser una concepción general no importará el tiempo o el espacio, es decir, se puede adaptar a las diversas realidades sociales; con esto vemos que obliga a los diversos estados que en su administración sea considerado como importante. Por un número amplio de tratadistas es considerado como indeterminado ya que por su naturaleza se encuentra por encima de cualquier otro precepto, ocasionando una ventaja al momento de hablar de su alcance, considerando que busca amparar la sociedad, reconociendo que los niños y adolescentes son el futuro de la humanidad, y que de ellos dependerá lo que suceda en las generaciones futuras. Aunque si queremos nombrar ciertas limitaciones vemos que este se tiene que adaptar a la norma que lo regula que la generalizan como vaga a su vez, consideremos

que pueden surgir diversas interpretaciones por parte de los magistrados, pero también esto se regirá a los casos prácticos, siendo cada uno diferente, atendiendo a los factores que podamos encontrar que lograrán condicionarlo entre uno de ellos el medio.

Para tener una definición más clara, vemos que es imprescindible nombrar ciertas características que tiene este principio:

- De primera generación. – Este se presenta considerando que los derechos de los niños tienen mayor relevancia sobre los otros, cuando hablamos de conflicto que buscan el bienestar la colectividad. Además de ser prioritario a lo referente a la política pública y privada de los diversos estados en un nivel internacional.
- Es rector. – Este es una guía para manejar las diversas situaciones que se presenten en donde los menores tengan un papel protagónico, entonces las resoluciones de los procesos deberán regirse a lo que este establece este principio.
- In dubio pro homine. – Este es propio de los derechos humanos, pero ambos se encuentran conectados, con la simple diferencia que todo se regirá a los menores.
- De fácil interpretación. – Consolidando que la hermenéutica será entorno a los derechos de la infancia, centrándose en precautelar estos, para que no exista ningún tipo de vulneración. No podrá salirse de esta especialidad.
- Complementario. – Se lo considera de esta forma ya que es capaz de suplantar cuando encontramos vacíos en la norma, ayudando a que los jueces no caigan en lo que conocemos como oscuridad de las leyes, o cuando exista conflicto entre ellas, con el fin de buscar lo mejor para los infantes.

Con todo lo ya mencionado vemos que es base de todo lo que se considera como derecho minoril, y que toda esta área girará en torno a este con un enfoque en la norma internacional, instaurando que los menores deben ser tratados de forma primordial por parte del estado y sus miembros; obligando a que se busque siempre lo mejor para ellos de forma óptima y segura respetando siempre las generalidades de cada uno de ellos forma separada como colectiva, para que este principio sea material se deberá cumplir con lo ya mencionado. En cuanto a su determinación, podemos hablar de que este se va ajustando a los criterios y hechos que se presenten en la práctica, pero en la línea de buscar lo que más le conviene a la parte principal dentro de los procesos, en este caso los menores, en donde los administradores de justicia lo usarán para estatuir sus criterios con este precepto, intentando que no se generen prejuicios sociales.

Un punto importante que es de menester mencionarlo es la justificación de las resoluciones, en donde los jueces deben argumentar las razones para tomar las diversas decisiones. Esta motivación debe estar acorde tanto a la norma como al criterio utilizado, además, explicará la valoración del interés superior del niño, y que grado de relevancia que se presentó dentro del proceso del área minoril. Esto se da por dos razones totalmente relevantes, la primera busca que las partes entiendan la elección por parte del juzgador, y de esta forma sea más sencilla la comprensión, incluso da paso a la apelación en el caso que se la requiera. Y la segunda se enmarca en el control que es ejercido para evaluar si los jueces se encuentran realizando de forma correcta su trabajo, en sí podemos resumirlo que es de carácter político.

5.1.3 El interés superior del niño en el contexto internacional

Este principio goza de un reconocimiento internacional, como sabemos se encuentra derivado de los derechos humanos, es importante considerar que es un precepto rector, recordemos que busca tener un alcance total dentro del área de menores, sobre todo este tiene un enfoque primordial en sus derechos. Como lo menciono anteriormente los más importantes son:

- La Declaración de Ginebra. - Aquí se consagra que los niños son parte fundamental de la humanidad y que el estado tiene la obligación de cuidar sus derechos.
- Declaración de los Derechos de los Niños. – Es donde nace este principio, a su vez los derechos de los menores aparecen en la historia, los estados que formaron parte de este acuerdo establecieron cuidar en todo ámbito sea público como en el privado.
- Convención sobre los Derechos del Niño. – Es promovido por las Naciones Unidas, es un convenio en donde se enmarca que todos los menores de 18 años son sujeto de estos derechos. Y que los estados como los ciudadanos de estos son los encargados de la protección de los niños y adolescentes.

Es importante aludir que también existen otros instrumentos de la normativa internacional que apoyan a que este principio se vaya reformando con el fin de adaptarse al realismo social; pretendiendo que la colectividad salvaguarde la infancia considerando según Farith Simon (2014): “El crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no se puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables”. (Simon, 2014, pág. 129). Lo mismo que debe siempre ser considerado por las autoridades

encargadas de vigilarlo; con el pasar de los años vemos que en el presente aún existen cambios que se deben efectuar para garantizar que este precepto prevalezca. Este fundamento resalta de forma especial cuando hablamos de materia de adopción universal y de niños con algún tipo de discapacidad; y a su vez en los últimos años los organismos de protección se han enfocado en la búsqueda para frenar lo que se conoce como tráfico de menores el cual tienen cifras preocupantes en Latinoamérica en zonas en donde encontramos a la pobreza en números críticos.

Los sistemas internacionales encargados de la protección lo basan en un principio garantista, y recordemos que su ámbito supera el judicial y abarca a todas las autoridades sean estas públicas o privadas, es de jerarquía superior cuando se presentan conflictos entre normas, tiene mayor importancia en comparación con los demás derechos, y por último es considerado como una guía política notable cuando de por medio existan menores, lo cual ayuda a que se cumpla lo que la norma escrita establecida.

Para Juan Pablo Cabrera (2010): “Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños”. (Cabrera, Interés Superior del Niño, 2010, pág. 24). Podemos señalar que este se puede adaptar con facilidad a todas las situaciones que se presenten, es universal. Es internacional ya que coordina los sistemas de protección de la infancia a un nivel mundial, los mismos que tienen que girar alrededor de este principio, priorizando que las instancias del estado también lo consideren de forma primordial. En ciertos países se encuentra estipulado dentro de sus constituciones, de esta forma obligando su aplicación, pero en otros no se encuentra preestablecido, lo cual está dentro el criterio de cada una de las naciones; pero es considerado suprallegal.

La Convención Interamericana de los Derechos Humanos es el organismo que se encuentra encargado en la protección de los menores de forma más relevante, tiene como meta lograr que los diversos estados consideren los derechos de los menores en sus legislaciones como primordiales y evitar que los estimen sólo como pertenencia de la familia. Y sobre todo que “Las responsabilidades del Estado por el bienestar del niño se circunscriban principalmente a las intervenciones ante las situaciones excepcionales antes referidas de “estado de peligro o abandono material o moral”. (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 2017, pág. 30). Es verdad que todos los infantes son importantes, pero los que se encuentran en situación de vulnerabilidad son los que necesitan más atención por parte de estos organismos, que posteriormente en

apoyo con las administraciones implementarán “Esta protección especial, adaptada y reforzada”. (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 2017, pág. 32). Puesto que ellos aparte de tener los derechos que gozamos todas las personas, también tienen aquellos que son característicos de este grupo poblacional. El estado no solo intervendrá cuando ya se encuentren vulneraciones, sino que también debe precautelar que no se repitan y esto estará bajo el reflector de esta comisión, puesto que una de sus funciones es velar por el cumplimiento de los derechos humanos en América, sea esto a petición personal o también cuando se genera una conmoción social.

5.1.4 El interés superior del niño en el Ecuador

En varios países de América Latina han adoptado tomar en cuenta al Interés Superior del Niño dentro de su legislación interna, mientras que otros no. Ecuador se encuentra dentro del primer grupo, y con el pasar del tiempo se han suscitado reformas que han permitido que en la actualidad los menores tengan pleno goce de sus derechos. Con la Constitución vigente desde el año 2008 se da un paso importante al integrar este principio dentro de sus preceptos, en cuando a jerarquía hablamos; recordando que también se encuentra presente dentro del resto de la normativa complementaria.

En el Ecuador se ha tomado este principio desde nuestra carta magna; Constitución de la República (2008), su artículo 44:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, pág. 30).

En nuestro estado este principio es el encargado de la regulación del amparo de los derechos de los menores y lo podemos encontrar establecido dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, un punto que debemos hacer énfasis que se contrapone a lo que era el Código de Menores. Según Zambrano (2008) señala “Que estos menores pudiesen convertirse en un problema social o incrementar los niveles delincuenciales en los sistemas que la adoptaron”. (pág. 1). Podemos destacar que este tiempo el menor no tenía ejercicio de sus derechos de forma directa, sino únicamente bajo la tutela a la que este dependía. Después de pasar esta época el primer paso que dió el

estado es reconocer que los menores gozan de derechos. Entonces, también la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 45, señala:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, pág. 31).

Entonces en la normativa que rige en nuestro país vemos que es nombrado y considerado como uno de los más relevantes principios garantistas dentro del área de familia, niñez y adolescencia; siendo catalogado de esta forma inclusive por la Corte Constitucional Ecuatoriana, estando siempre bajo la mira para tratar de establecer una aplicación homogénea puesto que esto no se ha logrado, ya que cada proceso presenta sus características únicas. En muchos de los casos que se ha presentado algún tipo de conflicto de este con las leyes establecidas, este ha primado ya que su naturaleza nos indica que posee una jerarquía superior, haciendo que los jueces tengan que usar su lado crítico para una correcta toma de decisiones o resoluciones para que están giren entorno a este.

Se encuentra detallado en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en su artículo 11, establece:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, pág. 2).

Aunque varios doctrinarios han dado su opinión acerca que la justicia se ha visto violentada por el abuso que este principio pueda ejercer sobre la norma, ya que se considera que es un “Concepto jurídico indeterminado y por lo tanto de formulación abierta que da origen a las dificultades de aplicación en casos concretos” (Simon, 2014, pág. 14). Cabe también indicar que otros lo han visto esto como algo favorable, ya que puede ser adaptable a las diversas situaciones que se presenten dentro de los juzgados.

Otro punto importante que hay que señalar es que en nuestra legislación se “Destaca la importancia de escuchar a los niños en la solución de los problemas que les atañen, con esto se fomenta la doctrina de protección integral y al niño como actor social y sujeto de derecho” (Yánes, 2016, pág. 37). Cuando se considera la opinión de ellos abrimos un puente con la realidad que se encuentran enfrentando diariamente, de esta forma se puede tomar decisiones relacionadas con su bienestar, los sentimientos en edades tempranas

juegan un papel primordial para obtener un buen desarrollo; por otra parte, se les otorga la facultad de realizar preguntas a los testigos relacionada a la temática en donde se encuentren inmersos, así como a los peritos. Aunque para examinar su criterio nos encontramos con dos factores la madurez que ellos presenten y su edad.

Este principio puede ser utilizado inclusive cuando se presente como obstáculo a la norma establecida, algo que es contrario en los preceptos internacionales. El mismo puede ser invocado cuando se presente una pugna entre norma, o cuando la ley prescrita no pueda ser suficiente para resolver cierto problema y de esta forma se requiera que los administradores de justicia tomen decisiones que garanticen la protección de los menores y sus derechos, indicando que su rango es mayor en comparación con los de las demás personas.

El estado para garantizar su protección se ha dispuesto de considerar el ámbito especializado, esto pretende que los encargados de la administración de justicia se preparen para dar tratamiento de forma específica a las situaciones en donde se encuentren niños, niñas y adolescentes; así como lo establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), en su artículo 255, “Establece la administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados en este Código”. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, pág. 67).

Por lo tanto, sabemos que el principio del interés superior del niño en la legislación ecuatoriana se lo cataloga como guía, porque es el encargado de encaminar que la justicia cuide los derechos de los menores, a su vez es el punto de equilibrio entre el resto de los preceptos.

5.1.5 Jurisprudencia acerca del principio del interés superior del niño

La jurisprudencia que ha logrado ser pionera para que se vaya desarrollando el principio del interés superior del niño se encuentra presente en los fallos que han dado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos es importante señalar que “Sus decisiones son consideradas como interpretación autorizada” (Simon, 2014, pág. 52). Recordando que es el organismo que se encarga cuando existe la petición personal por parte de una víctima la cual cree que sus derechos han sido ultrajados. Quienes a su vez

crean reglas en las cuales se basarán los nuevos casos contenciosos que puedan presentarse y son las siguientes:

- Este principio será regulador para la normativa que se refiere a los derechos de los niños; y su objetivo principal es hacer que se cumplan estos.
- Es preciso ponderarlo sobre otros principios, tomando en cuenta las particularidades de cada caso que pueda presentarse.
- Toda la normativa debe ajustarse a los casos particulares, pero siempre debe girar en torno a este principio.
- Se considera que la sociedad y el estado son los entes principales para proteger a los menores y sus derechos.
- Cuando nos encontremos con el caso de niños en estado de vulneración o necesidades especiales, este principio debe ser de sobresaliente.

Según lo dicho por la Corte Interamericana de los Derechos humanos, mencionada por Farith Simon (2014):

En varios casos contenciosos la Corte reitera lo dicho en la OC-17, en particular resalta la prevalencia del interés superior del niño y se basa en: a) la dignidad misma del ser humano, b) en las características propias de los niños y c) en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos. (Simon, 2014, pág. 54).

Los casos más emblemáticos que han marcado las decisiones e interpretaciones para el contexto legal, que se han situado son los siguientes:

Tabla 1. Casos emblemáticos que son jurisprudencia para el interés superior del niño.

Casos que constituyen jurisprudencia para el Interés superior del niño.		
Caso		Importancia
Corte Interamericana de los Derechos Humanos		
Niñas Yean Bosico República Dominicana.	Vs.	La prevalencia de este principio debe verse en la contemplación de todos los derechos de los menores por parte del estado como obligado en hacer cumplir con estos. Además, que se debe considerar la opinión de los niños, niñas y adolescentes al

	momento de tomar decisiones sobre ellos; a su vez considerar las características específicas de cada caso que se pueda presentar.
Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.	Se debe considerar al momento de tomar una decisión basada en este principio todos los daños que pueden enfrentar los menores, más no se consideraran los daños especulativos o imaginarios que puedan llegar a limitar el pleno goce de sus derechos.
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Interés Superior del Niño o Interés del Niño.	
Neulinger y Shunk c. Suiza	Este principio como objetivo principal será de proteger a la infancia. Y será fundamental al momento de tomar decisiones a lo que en temática de familia concierna.
Saleck Bardi c. España	Aunque en los diferentes casos que puedan presentarse haya una gran cantidad de consideraciones, siempre existirá la ponderación de este principio por encima de cualquier otra situación. Claro está que se debe tomar en cuenta las diferentes cualidades, características y particularidades que pueda llegar a presentarse.

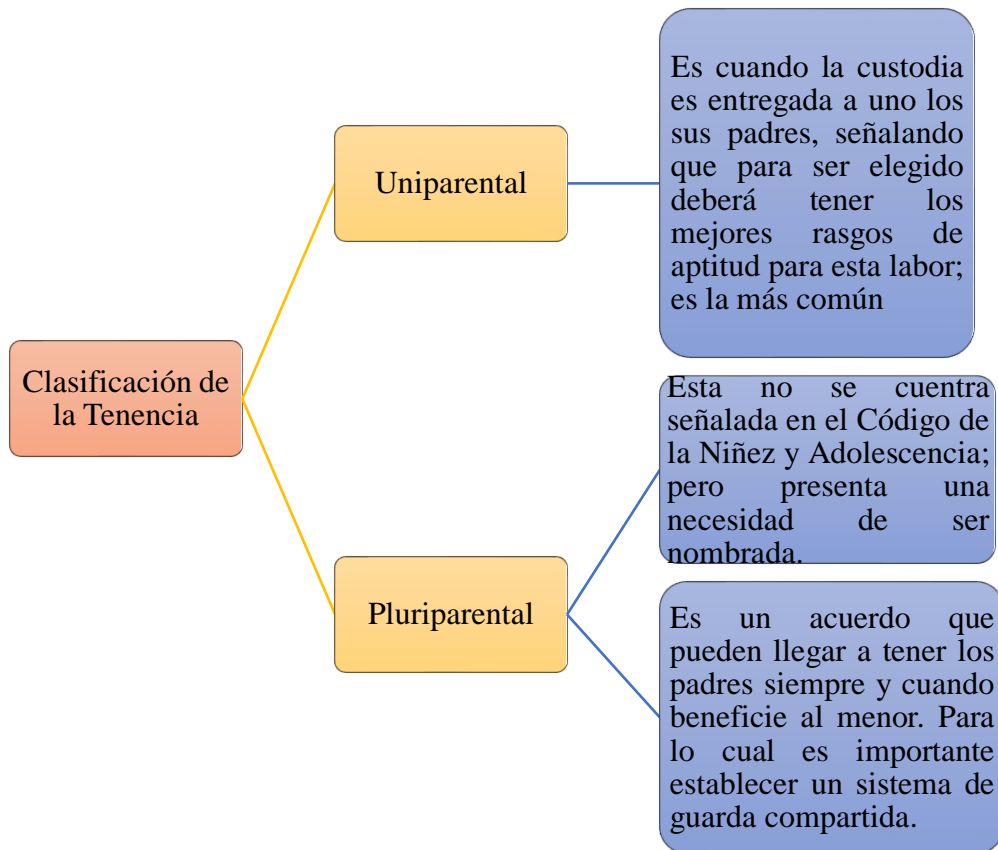
Fuente: Interés Superior del Niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva.
Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

5.2 LA TENENCIA

5.2.1 Definición de tenencia

La tenencia es un término jurídico, entonces cuando queremos conceptualizarla decimos que “Corresponde a quien ejerce la convivencia diaria con los hijos y, a falta de acuerdo entre el padre y la madre, será asignada por juez” (Diario el Comercio, 2017). Para entender esto de una mejor manera se puede tomar como la coexistencia del niño, niña o adolescente que es aún menor de edad con uno de sus padres, los cuales tienen derechos y obligaciones sobre ellos; hay que indicar que esta no debe dificultar la convivencia con el otro padre, tampoco este pierde su patria potestad sobre el hijo en cuestión. La doctrina ha logrado clasificar a esta figura de la siguiente manera:

Gráfico 2. Clasificación de la tenencia



Fuente: Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

La tenencia tiene como objeto el precautelar la seguridad y el bienestar en todas sus formas del niño, niña o adolescente, y esta figura jurídica nace ante la necesidad de las parejas que se encuentran en proceso de separación, ya que generalmente se olvidan de que los más afectados en todas las decisiones que ellos tomen son sus descendientes, hay que indicar que los divorcios en nuestro país van aumentando significativamente cada año. Recordemos que entre los deberes del estado se encuentra el garantizar lo que queda de la familia después de la separación. Se tomará en cuenta las siguientes características:

- La tenencia es personalísima, sólo puede ser exigida por los titulares de esta.
- Esta figura es utilizada sólo para los menores de edad, por lo tanto, es restringida; no se puede extender ni en los casos de discapacidad.

- Es divisible, como en el caso concreto de que los padres lleguen a un acuerdo para tener una tenencia compartida.
- Es un derecho condicionado para que se dé el cumplimiento de las obligaciones de los padres, además que se evaluará el comportamiento de ellos.
- Puede transmitirse en las personas que son candidatas para ejercerla.
- No tiene relación directa con el derecho a los alimentos, entonces este se puede demandar.
- Esta no es remunerada, puesto que se considera que es de carácter libre, en donde los padres se encuentran en la obligación moral y onerosa de brindar los cuidados necesarios al menor.

Entonces dentro de la norma ecuatoriana podemos ver su definición dentro del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en su artículo 118, nos dice lo siguiente:

Quando 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. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, pág. 30)

Entonces una vez que el juzgador haya escuchado la opinión del menor deberá seguir apegarse a las siguientes reglas que se encuentran dentro del código anteriormente mencionado, se usará los siguientes preceptos:

- Considerará el juzgador lo que los progenitores lleguen a acordar.
- Sino se llega a un acuerdo, los menores de 12 años tendrán que convivir con su madre, y mientras que los mayores a esta edad, su opinión será tomada en cuenta. Considerando la estabilidad en todos los ámbitos del progenitor que así lo demuestre.
- No se la otorgará al progenitor que caiga en las nulidades del artículo 113.
- Si ninguno de los padres llegase a ser aptos, el juez verá a un tercero respetando las reglas del código antes mencionado.

5.2.2 Principios para obtener el régimen de tenencia.

Es importante señalar antes de entrar en el tema los sujetos que pueden intervenir en este proceso, que son los hijos como única característica importante es que estos sean menores de edad, los padres y terceras personas que puedan llegar a involucrarse. El problema surge cuando el juez debe decidir a quién otorgar la tenencia; este debe basarse

en los siguientes principios, según el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en el artículo 256, establece:

La administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia se guiará para sus actuaciones y resoluciones en apego a los principios: De humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la titularidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad, y eficiencia. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, pág. 67).

Tabla 2. Significado de los principios de la Administración de Justicia especializada de la niñez y adolescencia.

Principio	Significado
De la humanidad en la aplicación del derecho	Este principio nace desde la Convención de Derechos del Niño, que dice: “La humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle” (Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, 2011, pág. 50). Cuando debamos aplicar el derecho se los debe tratar con respeto, dignidad, intentado aliviar el sufrimiento, considerando las necesidades acordes a su edad; independientemente de la situación en la que los infantes se encuentren. Este tiene una relación directa con la moralidad, la misma que estudia lo bueno y lo malo de las acciones que realizan las personas.
Priorización de la equidad por sobre la titularidad del enjuiciamiento	Este principio se basa en que la norma no debe ser aplicada de forma estricta, sino que se debe considerar la ética de por medio, con el fin de cuidar a los infantes en ciertas ocasiones y circunstancias.
Legalidad	Los procesos se deben tramitar en base a lo que encontramos establecido en la normativa vigente.
Independencia	Este considera que los magistrados deben ser autónomos para aplicar el Derecho y, además, tener soberanía en el momento de ejercer sus actuaciones. Y con esto se garantiza a la sociedad que todo el proceso se basará en el ordenamiento jurídico.

Gratuidad	Este tiene como objetivo que todos los ciudadanos puedan acceder a la administración de justicia, para hacer prevalecer la democracia y de esta forma garantizar los derechos constitucionales; y esto se veía limitado por el lucro judicial.
Moralidad	Nos indica que los servidores judiciales deben mantener la moral presente en todas sus acciones. “Procesar a los demás como uno quisiera ser procesado”. (Vargas, 2015, pág. 9)
Celeridad	Con este se busca garantizar que el administrador de justicia realice el procedimiento de manera que no exista un abuso de tiempo y economía. Es importante indicar que las partes deben colaborar para que esto se cumpla.
Eficiencia	Este debe centrarse en hacer que la administración de los bienes y recursos judiciales se utilicen para dar un servicio de calidad a los que necesitan de ello, logrando resultados justos con una gestión basada en la ética.

Fuente: Análisis Jurídico – Doctrinario de los Adolescentes Infractores en la legislación ecuatoriana.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Además, hay que recalcar que uno de los principios fundamentales es que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados por el administrador de justicia en los casos que respecten a ellos; como lo establece la diversa normativa como por ejemplo en la Constitución de la República (2008) en el artículo 45, en su segundo inciso establece “A ser consultados en los asuntos que los afecten” (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017). Mientras que por otro lado el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en su artículo 60, nos repite lo antes mencionado, pero también se agrega que “Su opinión será tomada en cuenta dependiendo de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado en cualquier forma para expresar su opinión.” (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019).

Además, En el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en el artículo 106 en el numeral 6 en su segundo inciso nos dice: “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”. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019)

Aparte de seguir lo ya mencionado los juzgadores deben considerar algunos criterios y teorías, antes de tomar la decisión en la figura jurídica de tenencia:

Tabla 3. Doctrinas relevantes de las resoluciones de tenencia

Doctrinas y teorías relevantes en las resoluciones de tenencia	
La doctrina de los años tiernos.	Esta nos indica como la madre es primordial para el cuidado y desarrollo de los infantes durante sus primeros 5 años de vida. Ya que se encuentra mejor capacitada para desempeñar esta labor. Claro que existe la excepción la persona no es apta.
El interés superior del niño o la niña.	Este se versa sobre los sentimientos que los niños tengan con uno de sus padres, y como estos son capaces de hacer prevalecer el cuidado y sus derechos.
La doctrina de la custodia.	Esta se basa en la relación que puedan mantener los padres después del proceso de divorcio o separación; para poder tomar decisiones sobre el cuidado de los hijos fruto de la anterior relación. Y si es factible que ambos participen en el cuidado y guía de ellos.
Teoría de la personalidad.	Esta se basa en la moralidad y los valores con los padres crían a sus hijos, esta se puede valorar mediante el comportamiento de sus progenitores, aunque muchas de las veces sean difíciles para el juez valorar esto; aquí no entra nada relacionado con la posición económica de cualquiera de ellos.
Teoría del entorno.	Esta se valorará en qué ambiente se desarrollará la crianza del niño, niña o adolescente. Tomando en cuenta con quien se relacionará o quienes participarán activamente en su vida diaria, es un factor a considerar ya que se puede prevenir incidentes futuros, como ayudarlo para que tenga una vida plena, en goce de sus derechos.

Fuente: Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica – Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Con todo lo ya mencionado, la decisión del juez siempre se verá de una forma compleja, puesto que debe buscar un correcto equilibrio entre los principios, derechos, doctrinas y teorías que se encuentran en conflicto ya que cada caso que se presente no será homólogo en su totalidad al anterior. A esto le debemos sumar las normas para el debido proceso y la tutela judicial efectiva, entre otras.

5.2.3 Las resoluciones de tenencia

En la norma ecuatoriana existen dos formas para tramitar la tenencia, uno es el proceso contencioso y el proceso sumario. Esta figura jurídica se encuentra generalmente enlazada con el divorcio propiamente dicho, ya que se lo puede considerar como algo conexo.

El juzgador es el que determina el encargar a uno de los padres el cuidado de sus hijos sin alterar la patria potestad. Hay que recordar que para este tipo de resoluciones no se contempla lo que se conoce como ejecutoría, la misma es cuando una sentencia se le ha agotado todos los recursos judiciales quedándose sin nada más que hacer al respecto de lo que se encuentre ya resuelto, por lo tanto, tiene el efecto de ser cosa juzgada siendo por eso que no se podría cambiar lo ya determinado en la misma. Esto es de suma importancia dentro de estas resoluciones dando así paso a la autoridad para que proceda a cambiar su decisión de manera inmediata si esta lo requiere a un futuro, siempre haciendo prevalecer lo que sea más beneficioso para los menores, así como de los derechos que ellos gozan. Otra característica primordial de estas resoluciones es que siempre serán monitoreadas por la oficina técnica de forma consecutiva; además que la misma se considera de ejecución inmediata, es decir, que al momento que el juez se pronuncie no se procederá a hacer nada que impida el cumplimiento de lo establecido dentro de la misma.

Es importante destacar que estas resoluciones se regirán a todo lo que establece el Código de la Niñez y Adolescencia; una parte crucial es que el juzgador pueda tomar en cuenta la opinión del infante, claro está que no podrá salir a la luz lo que se declaró, esto se lo realizará sin juramento, se considera como un derecho primordial que ellos poseen.

Tanto el proceso, como la motivación de estas resoluciones se encontrarán en torno a los principios establecidos para garantizar el debido proceso y los principios constitucionales. En estos casos en particular se deberá considerar ciertos aspectos o criterios que garanticen un equilibrio entre los derechos de los padres y los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Algunos magistrados creen que existen varias circunstancias que deben ser tomadas en cuenta antes de emitir sus decisiones, por esto no es de sorprenderse que para la mayoría lo consideren como en una misión bastante

compleja, ya que muchas de las veces no encuentran casos similares. Entonces estos fallos son por estas razones considerados como imperativos, siendo por esto que dentro de esta área se estime necesario establecer lo que se conoce como justicia especializada, como consecuencia encontraremos jueces específicos de esta materia que se encarguen de conocer la problemática y defender a los menores de una forma perspicaz.

Debemos destacar que el efecto de estas resoluciones será colocar al menor en cuestión con el padre que le brinde lo necesario y de esta manera formalizar de manera óptima su situación ante la justicia del estado que como sabemos es garantista de derechos. El representante que conserve la guarda será el encargado de tomar las decisiones acerca de él de manera casi total, aunque si tiene ciertas restricciones un claro ejemplo de ello, es pedir la autorización al otro progenitor si este pretende sacar al infante o adolescente del país.

5.2.4 Pérdida de la tenencia

Anteriormente indicamos que la tenencia se puede modificar si la autoridad competente así lo considere cuando se encuentra el menor en situación de riesgo por diferentes causas, inclusive estas consideraciones deben ser analizadas por el juzgador antes de otorgar la tenencia. Como por ejemplo las más comunes son:

- Que el custodio presentare problemas físicos en su salud que llegasen a poner en riesgo al menor, aunque las causas deben ser evaluadas ya que existen características particulares. Considerando siempre que pueda ejercer satisfactoriamente el cuidado no serían tomadas en cuenta para impedir la tenencia.
- De igual forma son los problemas psicológicos, así mismo serán evaluados y si se llegasen a considerar relevantes ocasionaría que se suspenda la tenencia. Todo esto dependerá de la gravedad que esto pudiera llegar a ocasionar en los menores.
- Cuando los padres que se encuentran separados comienzan un nuevo concubinato o segundas nupcias, siempre y cuando esto altere en la psicología del menor; se deberá medir el comportamiento de la nueva pareja con su nuevo hijastro o hijastra, para no afectar el desarrollo de este.
- La falta de preocupación del menor por parte del padre que tiene la tenencia. Vemos que es una de las causas más comunes presentadas en los juicios en donde se busca modificar la decisión judicial.

- Cuando los horarios laborales compliquen que exista el debido cuidado del menor.
- Si el padre pretende cambiar el círculo social del menor o afectado de alguna forma la relación paternal con el otro progenitor, como por ejemplo queriendo efectuar la migración a otro país.
- Tomando decisiones que afecten el desarrollo del menor, o que produzca un efecto contraproducente en él.

Como lo he dicho, cada niño, niña o adolescente presentará rasgos diferentes dependiendo de la situación, así mismo sus progenitores. Por lo cual, existen otras razones de índole variada que sean el motivo para que se pierda la tenencia o que esta se dificulte. Entonces, todo queda a discreción del juez o jueza que lleve el proceso la forma de aplicar la norma establecida y a su vez que tenga una relación con los criterios presentes en la doctrina y jurisprudencia.

También es importante mencionar que la tenencia tiene su final de forma definitiva, puesto que, como la hemos venido analizando es una forma que garantiza la protección del hijo o hija que aún no ha cumplido con la mayoría de edad, las formas de extinguir esta figura jurídica son tres:

- La muerte del menor, recordando el principio básico “Fallecido el titular del derecho, no existe persona sobre la cual se pueda ejercer la tenencia”. (Cabrera, Tenencia; legislación, doctrina y práctica. , 2008, pág. 143).
- La emancipación, puesto que se considera que el menor ya no necesita de la protección, es decir no necesita los cuidados de sus padres. Ya que es una persona que se considera capaz de ejercer sus derechos y adquirir obligaciones.
- Cuando el hijo deja de ser incapaz, esto hace referencia cuando bajo la ley ecuatoriana se convierte en mayor de edad o adulto, cumpliendo con los 18 años de vida.

5.2.5 Diferencia entre patria potestad y tenencia.

La patria potestad es: “La facultad que la ley otorga a los padres para que ejerzan sus derechos sobre su prole”. (Cabrera, Tenencia; legislación, doctrina y práctica. , 2008, pág. 24). Es común que este término sea confundido con la tenencia, ya que a pesar de ser distintos se encuentran relacionados entre sí, se pudiera incluso decir que la una es una cualidad del otro. Pero tienen notables diferencias que voy a puntualizar.

Tabla 4. Diferencias y semejanzas entre la tenencia y la patria potestad.

Tenencia	Patria Potestad
Diferencias	
Esta llega a existir, a causa de separación de los padres de un menor de edad.	Existe por el hecho natural de ser padres, no se tiene que adquirir, pero se la puede suspender o perder dependiendo las circunstancias.
Se otorga el cuidado del hijo o de la hija a uno de sus padres, es relevante acerca de la convivencia diaria.	Obligaciones y derechos de parte de los padres con las personas menores de edad a su cargo, y sus bienes.
Uno de los padres se queda en ejercicio de esta mientras que el otro no.	Ambos padres a pesar de estar separados la ejercen. Aunque solo uno va a mantener la titularidad de esta.
Puede existir entre padres e hijos, pero también se la puede conceder a un tercero, dependiendo que esto sea mejor para el menor.	Se da entre padres e hijo únicamente.
Se la considera bilateral, porque es el derecho de los padres a vivir con sus hijos, pero también de los hijos a vivir con sus padres.	Es unilateral, puesto que es el derecho de los padres con los hijos.
Semejanzas	
Buscan la protección y el bienestar en todos los aspectos de los hijos menores de edad que se encuentran a cargo de sus progenitores.	
Son creadas para que se mantengan los lazos familiares a pesar de la separación de sus padres.	
Son parte del derecho de familia.	

Fuente: Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Por lo tanto, como ya lo mencioné a pesar de que estas figuras jurídicas sean usualmente confundidas, es importante señalar que, aunque ambos estén asociados para buscar la protección y el bienestar de los menores, incentivando que prevalezcan los

derechos establecidos por el estado que se encuentran estipulados en nuestra normativa, sus características e incluso su naturaleza son totalmente diferentes.

5.3 ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO

5.3.1 Análisis de la normativa legal de la figura de tenencia en el Ecuador

La Tenencia en el estado ecuatoriano se encuentra tipificada en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en el libro segundo, en su tercer título, el mismo que indica lo siguiente: “Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o la hija de familia, confiará su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad”. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, pág. 30).

Los tres artículos siguientes también hablan sobre el tema, a su vez, vemos como en el mismo cuerpo legal nos establece de las características especiales que tiene esta figura jurídica cuando tratamos de su procedimiento y resoluciones. Aunque es importante mencionar que no encontraremos en el resto de la normativa nada que la estipule de forma específica este término, tan sólo son pautas que se pueden considerar que están relacionadas con la tenencia.

Como nos podemos percatar se encuentra muy poco regulada, lo que ha causado que los administradores de justicia tengan dificultad al momento de tratar estos temas, estos vacíos legales se sustentan con diferentes artículos que lo encontraremos en nuestra carta magna y en el código antes mencionado; pero cuando esto no es suficiente ellos invocan diferentes criterios que se han establecido con base a la doctrina y la jurisprudencia, pero esto ha causado que en algunos casos se presente quebrantamiento de los preceptos constitucionales.

Nuestra máxima norma vigente es una de las codificaciones que se enlazan con la tenencia, en la sección quinta de su tercer capítulo establece que los niños, niñas y adolescentes forman parte del grupo de atención prioritaria, por lo tanto, son un deber primordial para el estado y todo lo que se relacione con garantizar sus derechos. Como lo encontramos Constitución de la República (2008), en su artículo 44, establece: “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 el principio su interés superior”. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, pág. 30).

Este es un fenómeno recurrente en los países que nos encontramos en América del sur, lo que ha hecho que los jueces especializados en materia de familia hayan singularizado a estos procesos como intrincados, por todo lo que deben considerar antes de dar sus veredictos, a esto se le suma que no existe una ley que establezca un balance adecuado al momento de tener dificultades o conflicto; entre dos o más puntos de vista.

5.3.2 Análisis de las consecuencias jurídicas y sociales sobre la falta de aplicación del principio de interés superior del niño en resoluciones de tenencia.

Este precepto de interés superior del niño se encuentra regulado en nuestra constitución, pero como lo hemos indicado en el presente trabajo su origen es internacional gracias a diferentes luchas históricas para que se considere a los menores como sujetos de derechos. El Ecuador es uno de los países que se aseguran de que todos los ciudadanos tengan un goce de estos y que no exista vulneración en especial a los grupos que ellos consideran como indefensos o que puedan sufrir este tipo de incumplimiento. Este precepto es uno de los más importantes usado en el derecho de menores, pero ciertamente es el más complejo, es considerado como indefinido porque puede abarcar consecuencias sean estas buenas o malas; hay diversas opiniones de los tratadistas en la materia aduciendo que los administradores de justicia abusan en la aplicación de este, basándose en que no existe una técnica que regule su aplicación, simplemente se presentan directrices que intentan reglamentarlo. Por otro lado, por esta característica como un punto a su favor puede adaptarse con facilidad cuando se lo requiera ya que es de gama amplia. Y una vez más todo recae en manos del juzgador ya que todo dependerá de la interpretación que tenga al momento de emitir su criterio y también limitar su alcance para adaptarlo a los casos concretos.

Una vez explicado esto puedo decir que, la principal consecuencia jurídica que tiene la falta de aplicación de este principio es ir en contra de la Constitución de la República, acotemos que, según la jerarquización de las leyes, esta se encuentra por encima de todas, y es de carácter inviolable e inquebrantable; inclusive cuando hablamos

de interpretar la norma, debe esta acción ser semejante a lo que estipula nuestra carta magna. Además, al no usarlo estaríamos transgrediendo los derechos de niñas, niños y adolescentes; puesto que este principio tiene como principal objetivo “Evitar que se comenten agresiones a la esfera minoril, componente vulnerable de la sociedad”. (Cabrera, Interés Superior del Niño, 2010, pág. 37).

Pues bien, cuando existe la falta de aplicación de esta disposición en la tenencia se genera el mismo efecto explicado anteriormente, recordando que todo gira entorno a la normativa constitucional, en donde el estado también estaría involucrado ya que es encargado de la competencia referente a los menores buscando siempre que prevalezca lo mejor para ellos en todo sentido; entonces se está vulnerando un cúmulo de derechos de los infantes y adolescentes, sobre todo principios establecidos del debido proceso.

Considerando que el estado ecuatoriano debe afianzar el correcto desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, y que de esto dependerá de diversos factores, entre ellos como más importantes son:

- Los cuidados recibidos por sus progenitores encargados de brindar protección y bienestar; además de elegir la educación que ellos reciben no sólo en las aulas de clase sino también de su círculo familiar.
- El ambiente social en el que crece un infante según varios estudios es primordial para determinar qué tipo de persona será cuando este se convierta en adulto.
- Las acciones de las personas que lo rodean serán replicadas en la mayoría de los casos, convirtiéndose esto en un eslabón cuando los juzgadores proceden a decidir en materia de tenencia, ya que, con la separación de la familia, los menores cambian de círculo social afectivo.
- La relación paterno filial que tengan los hijos con los padres, encaminarán de manera significativa su desarrollo emocional y social.

Tomando en consideración lo mencionado, vemos que las consecuencias sociales implican desde el rompimiento de las relaciones que poseen los padres con sus hijos, no se podría garantizar el derecho del menor a tener una familia; ya que al pasar por la separación en algunos casos los progenitores no logran concebir una relación de amistad o entendimiento. A esto le podemos agregar, que el desarrollo hasta la edad adulta de todo infante debe ser encaminada de manera correcta por la persona que ejerza su cuidado, sino vemos como ellos se convierten en un ser inadaptado a la realidad social. Entonces

vemos que, con la falta de este principio en las resoluciones de tenencia, puede tener muchas consecuencias en donde la única víctima es el menor sobre el cual versa su decisión.

5.3.3 Análisis de la sentencia N°021-11-SEP-CC, bajo el Caso N°0317-09-EP acerca de una resolución de tenencia que fue violentada y donde no se aplicó en principio de interés superior del niño.

Tabla 5. Análisis del Caso N°0317-09-EP

Acción:	Juicio de Tenencia
Actor:	María Fátima Ruiz Carreño
Demandado:	José Manuel González Rodríguez
Antecedentes:	
<p>La actora presenta una acción extraordinaria de protección en contra del fallo, en donde se entregó la custodia provisional de la niña María José González Ruíz, al demandado que es su padre. Así mismo con auto interlocutorio dentro del proceso 868-2008, se desestima el recurso de ampliación, revocatoria, nulidad, poniendo fin al proceso en esta instancia, quedando en firme la decisión anterior.</p> <p>La actora manifiesta que la relación con el demandado se encontraba desde el 16 de septiembre del 2004, pero nunca constituyeron hogar de hecho. A su vez que en julio del 2007 tras ser víctima violencia procedió a regresarse al hogar de sus padres en el cantón Portoviejo. Y que el progenitor no tenía pensión alimenticia fijada, y además visitaba a su niña. El padre el 14 de diciembre del 2007 procedió a llevarse a la niña por la época navideña pero nunca más la devolvió, dando paso a poner la demanda de tenencia.</p> <p>En el acta de inspección judicial del hogar materno se señala que “la niña no vivía en condiciones de pobreza ni de promiscuidad ni rodeada de gente de mal vivir”. (Sentencia N. 021-11-SEP-CC, 2011, pág. 2). Y que la casa tenía suficiente amplitud para vivir. Con esto se considera que la resolución mencionada anteriormente de primera instancia viola el debido proceso, derechos fundamentales, leyes adjetivas y sustantivas, especiales, orgánicas e instrumentos internacionales. Con esto se presenta a la Corte Constitucional.</p>	
Pretensión Concreta:	

Se solicita “Que se han violado las garantías del debido proceso y mis derechos fundamentales, declarando la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia y ordenen la entrega de mi hija María José González Ruíz a mi favor, la restitución de la tenencia de mi hija y ordenen la correspondiente reparación integral de los derechos, sin perjuicio que el padre provea de los alimentos necesarios”. (Sentencia N. 021-11-SEP-CC, 2011, pág. 3).

Sentencia:

Con todos los argumentos analizados, en mérito de lo expuesto se toma la siguiente decisión:

- “Se Declara violados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en contra de la señora María Fátima Ruíz Carreño, y el derecho a tener a una familia de la niña María José González Ruíz, se acepta la acción extraordinaria de protección planteada. Y se deja sin efecto legal la resolución 2785- 2007”. (Sentencia N. 021-11-SEP-CC, 2011)
- “Atendiendo el interés superior de la niña María José González Ruiz, se otorga la tenencia a la madre, disponiendo su inmediata entrega y retorno a su núcleo familiar”. (Sentencia N. 021-11-SEP-CC, 2011)
- “El régimen de visitas será a favor del padre y la pensión alimenticia que debe proporcionar”. (Sentencia N. 021-11-SEP-CC, 2011)

Fuente: Sentencia N. 021-11-SEP-CC (2011)

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Análisis

En el presente caso se puede divisar como la jueza de instancia no considera varios aspectos que según la doctrina son relevantes al momento de resolver esta figura jurídica en cuestión de una menor, en donde se engloba en la sentencia principal que su motivación fue que el padre tenía mejores recursos y que es el acreedor de la tenencia. Con esto dejando de lado el Principio del Interés Superior el Niño, y con ello sus derechos; recordando que este precepto es el que equilibra para cuidar el bienestar y protección de los menores. Es importante en este momento mencionar además que el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en el artículo 114, establece lo siguiente: “La circunstancia de carecer de suficientes recursos económicos no es causal para limitar, suspender o privar

al padre o a la madre de la patria potestad”. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, pág. 28)

Recordando que se establece en el mismo cuerpo legal, que la tenencia seguirá las reglas de la patria potestad, por lo tanto, el fallo presentado estaría vulnerando norma establecida. Con esto también podemos recordar lo que investigamos anteriormente: “Las causas de índole económica no pueden influir en la decisión de la tenencia, más aún si la persona que está reclamándola sólo basa su tesis en este particular.” (Cabrera, Tenencia; legislación, doctrina y práctica. , 2008, pág. 98). Al leer el caso vemos como el padre de la niña para conseguir le fallo favorable gira entorno sólo a la parte económica de la madre, aseverando que al poseer recursos puede de esta forma dar una mejor calidad de vida, y lo cual la autoridad competente accede. Además, la falacia que este señor pone es aumentando la realidad sobre la situación precaria supuesta en donde convive su hija, que se demostró con la respectiva inspección judicial todo lo contrario.

Para llegar a esta sentencia la Corte Constitucional determina varios aspectos, entre ellos los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, así mismo la figura de tenencia; llegando a la conclusión que no se consideró el principio fundamental del interés superior del niño que es equilibrio o rector cuando hablamos de materia de menores, y al no ser considerado se violentaron los derechos establecidos en la constitución.

CAPÍTULO III

6. METODOLOGÍA

6.1 Método

En la presente investigación se utilizarán los siguientes métodos:

6.1.1 Método Analítico: Con este método realicé un análisis jurídico y crítico de los aspectos esenciales del problema que investigué.

6.1.2 Método Descriptivo: Este método se emplea una vez obtenido el método analítico ello se debe a que una vez que se conoce el comportamiento, sino que estudia la relación que existen entre dos variables es decir emplea los datos mediante el análisis de una teoría o hipótesis.

6.1.3 Método Histórico: Con este método procedí a formular los datos precedentes al fenómeno que investigué. De forma ordenada y lógica.

6.2 Enfoque de investigación

La presente investigación comprenderá un enfoque cualitativo, puesto que, de forma ordenada y consecutiva, pude recolectar la información necesaria que me llevó a establecer las causas, también las consecuencias del problema investigado. Con este proceso pude llegar a determinar las características del interés superior del niño y de la figura jurídica de la tenencia.

6.3 Tipo de investigación

La presente investigación se basará en una investigación documental bibliográfica y a su vez, es un estudio correlacional y descriptivo para ello se definirá de la siguiente forma:

6.3.1 Estudio Documental-Bibliográfico: Este proyecto de investigación se realizó con la consulta y referencia de documentos bibliográficos, tales como códigos, leyes, doctrina y jurisprudencia. También hemos usado de la base de datos virtual tesis, revistas jurídicas, ensayos, entre otros. Que me permitieron apoyar la información presente.

6.3.2 Estudio Descriptivo: Esta investigación es descriptiva puesto que procedí a estudiar de manera concisa y detenida, los textos antes mencionados que se encuentran presentes en el Ecuador.

6.4 Diseño de investigación

El diseño que presenté esta investigación es el no experimental puesto que no cambié ni modifiqué las variables a mi conveniencia. Se estudió el problema según su naturaleza, respetando su entorno, contexto y singularidad.

6.5 Unidad de Análisis

Las consecuencias jurídicas y sociales de la falta de aplicación del interés superior del niño en las resoluciones de tenencia en el Ecuador.

6.6 Población y muestra

6.6.1 Población: Se considera a los 10 jueces que conforman las salas de la Unidad Judicial de la Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba.

6.6.2 Muestra: Al ser una población inferior a 100 la muestra será la misma de 10 jueces por considerarse como no extensa y posible para poder hacer la misma, sin considerar una fórmula para determinarla.

6.7 Técnicas e instrumentos de investigación

6.7.1 Técnicas de investigación

La entrevista es la técnica que elegí, la cual nos permitirá recolectar información de los jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba, acerca del tema que procedí a investigar.

6.7.2 Instrumentos de investigación

Para el desarrollo del presente proyecto de investigación se aplicará un formulario en forma de entrevista a la población involucrada.

6.8 Técnicas para el tratamiento de información

Para el procesamiento de la información que obtendré mediante las técnicas de investigación, recurriré a técnicas matemáticas, lógicas e informáticas.

7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

7.1 Resultados

Entrevista dirigida a: Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Pregunta 1.- ¿Cuál es su opinión acerca de las resoluciones de Tenencia en nuestro país, se encuentran correctamente motivadas en su mayoría?

Respuesta: Con estos resultados podemos interpretar que un 70% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, indican que las sentencias de tenencia de menores se encuentran correctamente motivadas; mientras que un 30% dicen que no se encuentran correctamente motivadas en su mayoría.

Pregunta 2.- Según su opinión ¿Qué se debe considerar al momento de emitir una resolución en los casos de tenencia?

Respuesta: Con los resultados se establece que el 40% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, consideran que lo principal que deben tomar en cuenta es el bienestar del menor, en cambio el 30% se debe considerar los informes técnicos emitidos por esta unidad, el 10% creen que la prioridad es la situación social de los padres, prefiriendo a la madre, y por último el 20% de estos que se debe tener en cuenta como principal el interés superior del niño.

Pregunta 3.- ¿Ha tenido casos en los cuales usted debió cambiar la tenencia de un niño, niña o adolescente?

Respuesta: Con el resultado obtenido el 100% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, han tenido que cambiar la tenencia de un niño, niña o adolescente.

Pregunta 4.- Si su respuesta anterior fue afirmativa. ¿Cuáles fueron las razones para que se realice esta modificación?

Respuesta: Con los resultados se establece que el 50% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, tuvieron que modificar la tenencia a causa del descuido del menor por parte de la persona designada

para ello, mientras que el 40% tuvo que cambiarla porque el menor sufrió de maltrato físico o psicológico por parte de su cuidador; y el 10% por la voluntad del menor o de sus protectores.

Pregunta 5.- ¿Cuál es su apreciación acerca del principio de interés superior del niño en Ecuador?

Respuesta: Con los resultados se establece que el 70% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, consideran que es un principio que debe tenerse todo el tiempo en consideración y que este además ayuda a proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes. Mientras que el 30% afirma que, si se aplica, pero que se abusa de este.

Pregunta 6.- En resoluciones de tenencia ¿Cuál es la importancia que usted considera que tiene el principio de interés superior del niño?

Respuesta: Con los resultados se establece que el 70% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, piensan que en resoluciones de tenencia el principio del interés superior del niño es de mucha importancia. Por otro lado, el 30% considera que es de importancia relativa.

Pregunta 7.- ¿Considera usted que existe una falta de aplicación del principio de interés superior del niño en soluciones de tenencia? A su criterio ¿Cuál sería una propuesta adecuada para solucionar esta problemática?

Respuesta: Con los resultados se establece que el 80% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, consideran que no se aplica en las resoluciones de tenencia el principio de interés superior del niño, y que la solución para esto es dar una mejor capacitación a los administradores de justicia acerca de este tema. Y un 20% considera que se aplica en su totalidad según lo que dice la norma expresa.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 Conclusiones

- La tenencia dentro de la normativa ecuatoriana no se encuentra totalmente regulada, los magistrados utilizan su criterio acerca del bienestar del menor para poder decidir acerca de los diversos procesos presentados. Como en el caso estudiado se consideró que la niña se encontraba mejor con su padre por su situación económica favorable, dejando de lado el principio del interés superior del niño y de esta forma ocasionando vulneraciones jurídicas.
- El interés superior del niño por su naturaleza es indeterminado, por lo tanto, puede adaptarse con facilidad ante cualquier situación que se pudiera presentar dentro de los procesos en materia de familia, siendo una característica predominante de este principio. Pero no existe hasta el momento una guía sólida que determine si los administradores de justicia abusan de su uso.
- Las resoluciones de tenencia llegan a tener implicaciones a nivel social cuando nos referimos al correcto de desarrollo de los infantes, mientras que cuando no aplicamos el principio del interés superior del niño tenemos consecuencias jurídicas, recordando que el estado y los administradores de justicia son los encargados de cuidar el bienestar, protección y goce de los derechos de los menores, inclusive estos son considerados como vulnerables y de atención prioritaria. Por lo tanto, cuando los juzgadores no aplican este principio las víctimas son las niñas, niños y adolescentes; puesto que no se considera la normativa del derecho de familia.

8.2 Recomendaciones

- Los juzgadores cuando no encuentran la norma establecida o clara deben formular su criterio para lo cual deben basarse en los principios que rigen el derecho de los menores, pero sobre todo en nivel jerárquico debe considerarse al interés superior del niño por encima de otros argumentos, ya que este se lo considera regulador y complemento.
- Con base en la jurisprudencia y la doctrina, los administradores de justicia deben estudiar acerca del abuso del principio de interés superior del niño para de esta forma encuentren el equilibrio del mismo respecto al alcance que le van a otorgar.
- Cuando los juzgadores tienen que resolver procesos de tenencia, deben de forma primordial basarse en el interés superior del niño, los principios, la norma, la doctrina, la jurisprudencia, y su criterio. Ponderando lo que se considere primordial para cada caso específico, cuidando los derechos y el bienestar de los menores; para que las consecuencias jurídicas y sociales no afecten a la infancia.

9. MATERIALES BIBLIOGRÁFICOS

- Alegre, S., Hernández, X., & Roger, C. (Marzo de 2014). *UNESCO*. Obtenido de El interés superior del niño, interpretaciones y experiencias latinoamericanas: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf
- Bofill, A., & Cots, J. (1999). *La Declaración de Ginebra*. Obtenido de Pequeña historia: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf
- Cabrera, J. P. (2008). *Tenencia; legislación, doctrina y práctica*. . Quito: Cevallos editora jurídica.
- Cabrera, J. P. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (30 de Noviembre de 2017). *Garantía de Derechos Niñas, Niños y Adolescentes*. Obtenido de Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>
- Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos. (2011). *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de COPREDEH.org: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28143.pdf>
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2017). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2019). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Elcomercio.com. (2 de Agosto de 2019). *El Comercio - Sociedad*. Obtenido de Tres meses registran la mayor cantidad de divorcios en el Ecuador: <https://www.elcomercio.com/actualidad/meses-divorcios-ecuador-matrimonio-inec.html>
- López, R. (21 de Febrero de 2013). *Scielo*. Obtenido de El interés superior del niño y la niña : <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>
- Naciones Unidas. (2015). *Declaración Universal de los derechos Humanos*. Obtenido de https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Plataforma de infancia. (20 de Noviembre de 1989). *Convención sobre los derechos del niño*. Obtenido de <http://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/la-convencion-de-los-derechos-de-la-infancia/convencion-sobre-los-derechos-del-nino-texto-oficial/>
- Rivas, E. (2015). *Universidad de Chile*. Obtenido de La evolución del interés superior del niño: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La->

evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-
ni%C3%B1o.pdf;sequence=1

Sentencia N. 021-11-SEP-CC, 0317-09-EP (Corte Constitucional 1 de Septiembre de 2011).

Simon, F. (2014). *Interés Superior del Niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: IURIS DICTIO.

Vargas, S. (2015). *Análisis Jurídico - Doctrinario de los Adolescentes Infractores en la legislación ecuatoriana*. Obtenido de Universidad de los Hemisferios : <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/263/1/SEGUNDO%20MANUEL%20VARGAS%20GUAM%C3%81N.pdf>

Yánes, L. (2016). *Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato : <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4981/1/T1940-MDP-Yanes-El%20interes.pdf>

Zambrano, D. (2 de Septiembre de 2008). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Interés Superior del niño y la niña: <https://www.derechoecuador.com/interes-superior-del-nino-y-de-la-nina>

10. ANEXOS

10.1 ANEXO 1: Entrevista



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

Fecha y hora: _____




Lugar: _____

Entrevistadora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Introducción:

ESTIMADO/A JUEZ/A DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA. El presente cuestionario de entrevista tiene como finalidad recabar información con relación a la temática “LA FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN RESOLUCIONES DE TENENCIA”, basado en los aportes y colaboración que usted pueda brindar a la investigación.

INSTRUCCIONES

-  Lea cuidadosamente cada pregunta.
-  Responda según su apreciación.
-  Si tiene alguna inquietud consulte al entrevistador.

CUESTIONARIO

1. **¿Cuál es su opinión acerca de las resoluciones de Tenencia en nuestro país, se encuentran correctamente motivadas en su mayoría?**
 2. **Según su opinión ¿Qué se debe considerar al momento de emitir una resolución en los casos de Tenencia?**

 3. **¿Ha tenido casos en los cuales usted debió cambiar la tenencia de un niño, una niña o adolescente?**
-

4. Si su respuesta anterior fue afirmativa. ¿Cuáles fueron las razones para que se realice esta modificación?

5. ¿Cuál es su apreciación acerca del principio del interés superior del niño en Ecuador?

6. En resoluciones de tenencia ¿Cuál es la importancia que usted considera que tiene el principio del interés superior del niño?

7. ¿Considera usted que existe una falta de aplicación del principio del interés superior del niño en resoluciones de tenencia? A su criterio ¿Cuál sería una propuesta adecuada para solucionar esta problemática?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

10.2. ANEXO 2: Procesamiento de la información

Entrevista dirigida a: Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Pregunta 1.- ¿Cuál es su opinión acerca de las resoluciones de Tenencia en nuestro país, se encuentran correctamente motivadas en su mayoría?

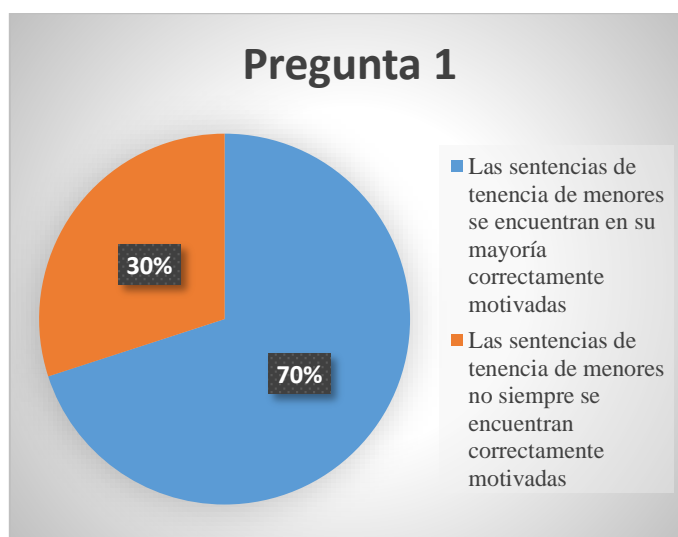
Tabla 6. Pregunta 1

No.	Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
1	Las sentencias de tenencia de menores se encuentran en su mayoría correctamente motivadas	7	70%
2	Las sentencias de tenencia de menores no siempre se encuentran correctamente motivadas	3	30%
TOTAL		10	100%

Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Gráfico 3. Pregunta 1



Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

INTERPRETACIÓN

Con estos resultados podemos interpretar que un 70% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, indican que las sentencias de tenencia de menores se encuentran correctamente motivadas; mientras que un 30% dicen que no se encuentran correctamente motivadas en su mayoría.

Pregunta 2.- Según su opinión ¿Qué se debe considerar al momento de emitir una resolución en los casos de tenencia?

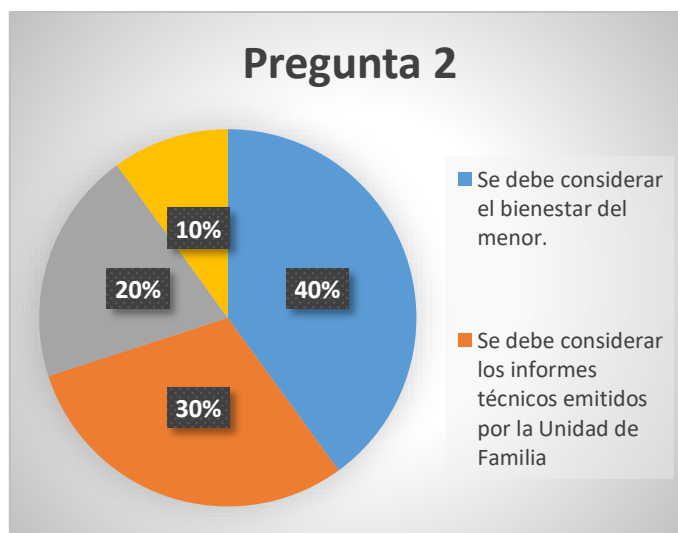
Tabla 7. Pregunta 2

No.	Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
1	Se debe considerar el bienestar del menor.	4	40%
2	Se debe considerar los informes técnicos emitidos por la Unidad de Familia	3	30%
3	El interés superior del niño	2	20%
4	La situación social de sus padres, teniendo como preferencia a la madre.	1	10%
TOTAL		10	100%

Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Gráfico 4. Pregunta 2



Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

INTERPRETACIÓN

Con los resultados se establece que el 40% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, consideran que lo principal que deben tomar en cuenta es el bienestar del menor, en cambio el 30% se debe considerar los informes técnicos emitidos por esta unidad, el 10% creen que la prioridad es la situación social de los padres, prefiriendo a la madre, y por último el 20% de estos que se debe tener en cuenta como principal el interés superior del niño.

Pregunta 3.- ¿Ha tenido casos en los cuales usted debió cambiar la tenencia de un niño, niña o adolescente?

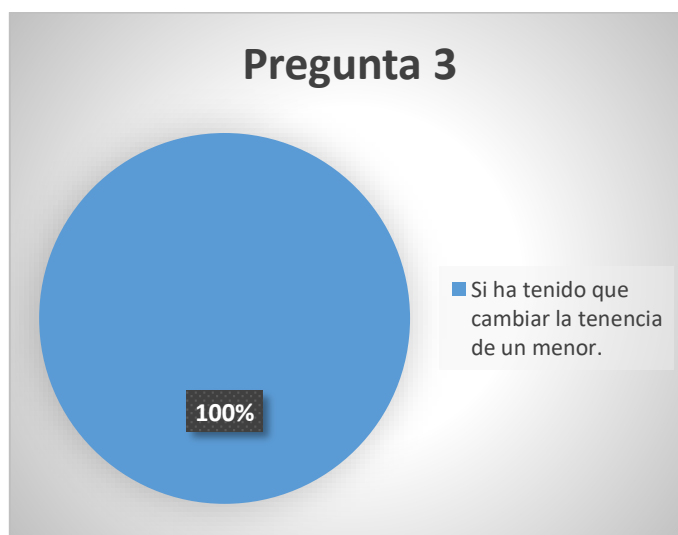
Tabla 8. Pregunta 3

No.	Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
1	Si ha tenido que cambiar la tenencia de un menor.	10	100%
TOTAL		10	100%

Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Gráfico 5. Pregunta 3



Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

INTERPRETACIÓN

Con el resultado obtenido el 100% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, han tenido que cambiar la tenencia de un niño, niña o adolescente.

Pregunta 4.- Si su respuesta anterior fue afirmativa. ¿Cuáles fueron las razones para que se realice esta modificación?

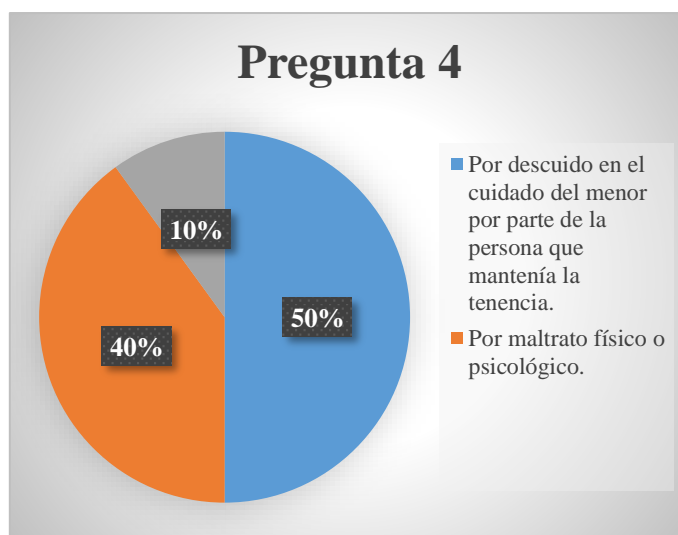
Tabla 9. Pregunta 4

No.	Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
1	Por descuido en el cuidado del menor por parte de la persona que mantenía la tenencia.	5	50%
2	Por maltrato físico o psicológico.	4	40%
3	Por la voluntad del menor o de sus cuidadores.	1	10%
TOTAL		10	100%

Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Gráfico 6. Pregunta 4



Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

INTERPRETACIÓN

Con los resultados se establece que el 50% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, tuvieron que modificar la tenencia a causa del descuido del cuidado del menor por parte de la persona designada para ello, mientras que el 40% tuvo que cambiarla porque el menor sufrió de maltrato físico o psicológico por parte de su cuidador; y el 10% por la voluntad del menor o de sus protectores.

Pregunta 5.- ¿Cuál es su apreciación acerca del principio del interés superior del niño en Ecuador?

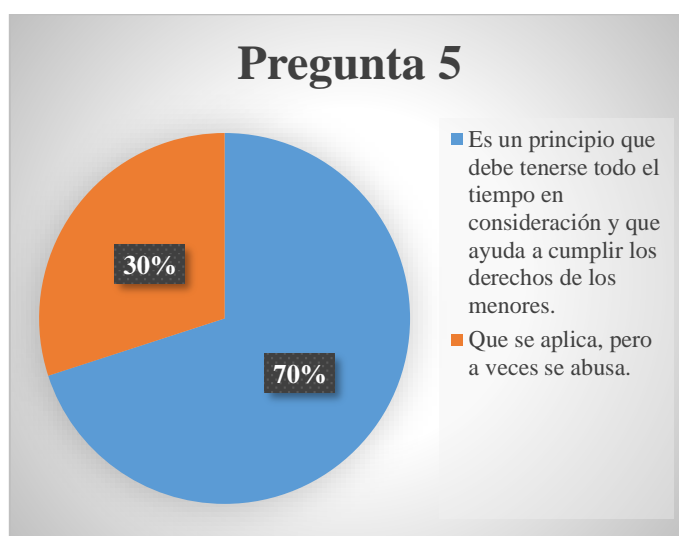
Tabla 10. Pregunta 5

No.	Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
1	Es un principio que debe tenerse todo el tiempo en consideración y que ayuda a cumplir los derechos de los menores.	7	70%
2	Que se aplica, pero algunas veces se abusa.	3	30%
TOTAL		10	100%

Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Gráfico 7. Pregunta 5



Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

INTERPRETACIÓN

Con los resultados se establece que el 70% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, consideran que es un principio que debe tenerse todo el tiempo en consideración y que este además ayuda a proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes. Mientras que el 30% afirma que, si se aplica, pero que se abusa de este.

Pregunta 6.- En resoluciones de tenencia ¿Cuál es la importancia que usted considera que tiene el principio del interés superior del niño?

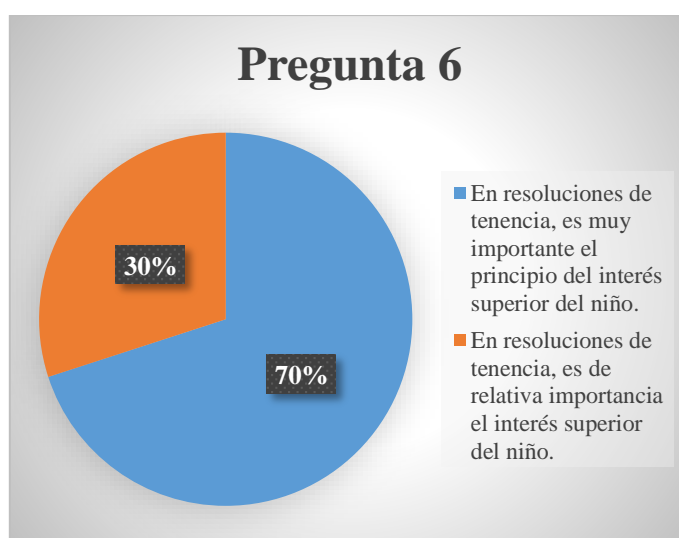
Tabla 11. Pregunta 6

No.	Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
1	En resoluciones de tenencia, es muy importante el principio del interés superior del niño.	7	70%
2	En resoluciones de tenencia, es de relativa importancia el interés superior del niño.	3	30%
TOTAL		10	100%

Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Gráfico 8. Pregunta 6



Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

INTERPRETACIÓN

Con los resultados se establece que el 70% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, piensan que en resoluciones de tenencia el principio del interés superior del niño es de mucha importancia. Por otro lado, el 30% considera que es de importancia relativa.

Pregunta 7.- ¿Considera usted que existe una falta de aplicación del principio del interés superior del niño en soluciones de tenencia? A su criterio ¿Cuál sería una propuesta adecuada para solucionar esta problemática?

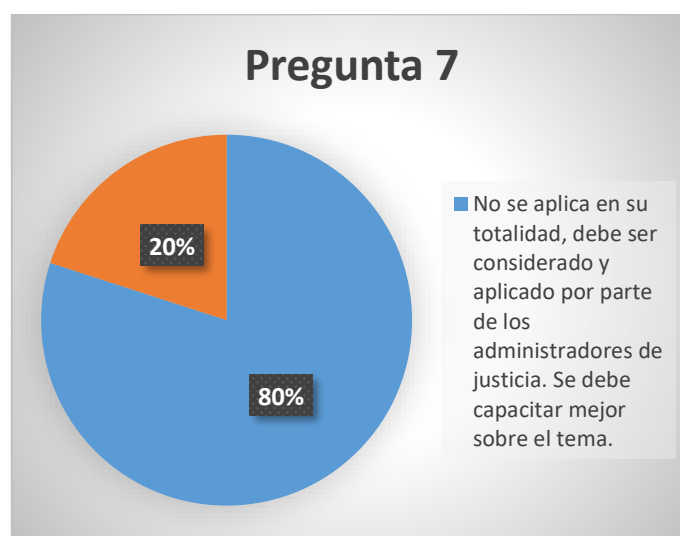
Tabla 12. Pregunta 7

No.	Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
1	No se aplica en su totalidad, debe ser considerado y aplicado por parte de los administradores de justicia. Se debe capacitar mejor sobre el tema.	8	80%
2	Si se aplica, respetando la norma expresa.	2	20%
TOTAL		10	100%

Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

Gráfico 9. Pregunta 7



Fuente: Entrevista a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba.

Autora: Esthefanny Paola Hernández Negrete

INTERPRETACIÓN

Con los resultados se establece que el 80% de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Riobamba, consideran que no se aplica en las resoluciones de tenencia el principio del interés superior del niño, y que la solución para esto es dar una mejor capacitación a los administradores de justicia acerca de este tema. Y un 20% considera que se aplica en su totalidad según lo que dice la norma expresa.