



*Asesorías y Tutorías para la Investigación Científica en la Educación Puig-Salabarría S.C.  
José María Pino Suárez 400-2 esq a Lerdo de Tejada, Toluca, Estado de México. 7223898475*

RFC: ATI120618V12

**Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores.**

<http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/>

**Año: X**

**Número: Edición Especial.**

**Artículo no.:36**

**Período: Diciembre 2022.**

**TÍTULO:** Procesos de tenencia y el cumplimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados.

**AUTORES:**

1. Máster. Wilson Alfredo Cacpata Calle.
2. Abog. María José Pauta Rivas.
3. Abog. Antonella Stefanía Gil Betancourt.

**RESUMEN:** El objetivo de este trabajo es determinar el grado de cumplimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados e informados en los procesos de tenencia en el cantón Santo Domingo durante el año 2020. La investigación se realizó utilizando una metodología cuantitativa-cualitativa, buscando obtener los resultados deseados se empleó el método analítico – sintético y el método inductivo, así como también encuestas y entrevistas, permitiendo conocer importantes criterios de profesionales del Derecho. Se concluye que a pesar de que los juzgadores tienen la obligación de aplicar directamente instrumentos internacionales de derechos humanos, no están actuando acorde a la normativa, por lo cual no están garantizando el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados e informados.

**PALABRAS CLAVES:** cumplimiento de derecho, derecho a ser escuchados, proceso de tenencia, niños, niñas y adolescentes.

**TITLE:** Tenure processes and compliance with the right of children and adolescents to be heard.

**AUTHORS:**

1. Master. Wilson Alfredo Cacpata Calle.
2. Atty. María José Pauta Rivas.
3. Atty. Antonella Stefanía Gil Betancourt.

**ABSTRACT:** The objective of this work is to determine the degree of compliance with the right of children and adolescents to be heard and informed in the processes of possession in the Santo Domingo canton during the year 2020. The research was carried out using a quantitative-qualitative methodology, seeking to obtain the desired results, the analytical-synthetic method and the inductive method were used, as well as surveys and interviews, allowing important criteria of legal professionals to be known. It is concluded that despite the fact that the judges have the obligation to directly apply international human rights instruments, they are not acting in accordance with the regulations, for which they are not guaranteeing the right of children and adolescents to be heard and informed.

**KEY WORDS:** enforcement of rights, right to be heard, custody process, children and adolescents.

**INTRODUCCIÓN.**

En el artículo científico realizado se plasman los resultados de una investigación cuya modalidad ha sido cualitativa–cuantitativa, habiéndose planteado como objetivo determinar el grado de cumplimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) a ser escuchados e informados en los procesos de tenencia en el cantón Santo Domingo durante el año 2020.

La Convención Americana sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989), ha establecido que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; por otro lado, el Código Civil ecuatoriano (Congreso Nacional del Ecuador, 2005), determinado de formas más profunda y realizando una segmentación por edad, establece en su artículo 21: Llámase infante o niño el que no

ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

En cuanto a la tenencia, son diversos los aportes doctrinarios que la han definido, entre ellos (Aguirre, 2013) menciona que esta “faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total” (p. 33). De esta forma, la tenencia se ha de entender como aquella que es atribuible a quien, de forma tácita, mediante acta de mediación o por resolución judicial, ejerce una convivencia diaria con la NNA.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el cuerpo legal que se refiere a la tenencia de las NNA es el Código de la Niñez y Adolescencia (CONA), y en el artículo 122 lo hace en los siguientes términos “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad” (Congreso Nacional del Ecuador, 2002).

La tenencia, al estar revestida de gran responsabilidad encuentra incluso sustento en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989), que textualmente en el artículo 18 indica:

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

Mediante sentencia Nro. 064-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador, 2015), se describe a la tenencia “como una respuesta constitucional de garantizar a las NNA, por encima de las discrepancias o desavenencias de sus padres, una convivencia armoniosa, segura y estable con su familia” (p. 23).

Por otro lado, doctrinarios como Borda & Borda (1989) afirman que en los procesos de tenencia “la conducta moral de los cónyuges tiene una importancia decisiva” (p. 62). En Ecuador, el legislador ha previsto que para los procesos de tenencia se sigan las mismas reglas aplicables para confiar el ejercicio de la patria potestad (Congreso Nacional del Ecuador, 2002); es decir, las descritas en el artículo 106 del CONA, mismo que en uno de sus apartados hace referencia a la estabilidad emocional y madurez psicológica como una de las condiciones para confiar la tenencia a determinado progenitor. Cabe destacar, que la normativa antes mencionada, señala expresamente, que previo a aplicarse las reglas, deberá oírse a la NNA, lo cual es una puntualización a la regla general que prevé el artículo 60 del CONA sobre el derecho de ser consultados de las NNA (Congreso Nacional del Ecuador, 2002). Además, esta obligación que tiene la o el juzgador, obedece al derecho constitucionalmente reconocido de este grupo prioritario a ser consultados en los asuntos que les afecten de acuerdo con el inciso 2 del artículo 45 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008). El derecho de las NNA a ser escuchados implica que aquellos puedan participar en todo procedimiento administrativo o judicial que los involucre. Así, a nivel internacional, se encuentra consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989), de la siguiente forma:

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

Recientemente, la Corte Constitucional del Ecuador (2021), en sentencia No. 2691-18-EP/21, acogió cinco medidas que el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General No. 12, ejemplificó con relación al derecho prenombrado; estas son:

- 1) Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de que ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes.
- 2) Audiencia: el lugar donde se realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar.
- 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión.
- 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición.
- 5) Quejas, vías de recurso y agravio: los niños, niñas o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. (p. 11).

Aunque todas las medidas desarrolladas resultan importantes, en la presente investigación se hará énfasis en la cuarta, siendo parte esencial en donde radica el problema, puesto que si bien la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008) consagra el derecho a ser escuchados en el artículo 45 “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho... a ser consultados en los asuntos que les afecten”, existen casos de los cuales se deriva la

importancia del tema por no cumplirse en la práctica con el mencionado derecho, tal como lo refleja la Sentencia No.2691-18-EP/21 (Corte Constitucional del Ecuador, 2021). Inclusive, si bien se ha determinado que el alcance del derecho a ser escuchados de las NNA involucra que aquellos sean también comunicados, la propia Corte Constitucional no ha desarrollado que implicaciones tiene aquello en cuanto a los mecanismos que las y los juzgadores deberían emplear para hacer efectivo, lo que a través de la investigación se establecerá como el derecho a ser informados de las NNA.

Como principal resultado, del análisis de las resoluciones correspondientes a los procesos de tenencia ingresados en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el cantón Santo Domingo, durante el año 2020, se determinó que las y los juzgadores no garantizan el derecho de las NNA a ser escuchados y el derecho a ser informados, tal es el caso signado con el número de proceso 23201-2020-00852, en el que la jueza sustanciadora del proceso, no dispuso la comparecencia de las NNA de 4 y 6 años, no escuchó su opinión en la audiencia y no les informó sobre la decisión que emitió.

En cuanto a la importancia y actualidad de la investigación desarrollada, cabe indicar, que la institución jurídica de tenencia busca hacer efectivo el goce de diversos derechos de los cuales gozan las NNA, entre ellos, el “tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008). De tal forma, si bien las NNA tienen derecho a ser escuchados en todos los procesos, el de tenencia reviste gran importancia, ya que de acuerdo con lo establecido, el CONA, en estos casos, la o el juzgador está obligado a regular también lo relacionado con el régimen de visitas (Congreso Nacional del Ecuador, 2002); por lo que la consulta de la o el juzgador a la NNA y la posterior comunicación sobre el resultado del proceso, se vuelve imprescindible a fin de salvaguardar su correcto desarrollo integral.

## **DESARROLLO.**

### **Materiales y Métodos.**

La modalidad de la investigación fue cualitativa – cuantitativa. De esta forma, a través del paradigma cualitativo se abordó los fundamentos teóricos, así como otros estudios efectuados con relación al tema desarrollado en el presente artículo científico. En tanto que mediante el enfoque cuantitativo se presentó los resultados a través de las entrevistas, y los datos estadísticos que aportaron a la investigación en cuestión, mismos que corresponderán a la encuesta y a la información solicitada al Consejo de la Judicatura respecto a los números de proceso de los casos de tenencia ingresados a la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores durante el año 2020, posterior a ello se realizó la correspondiente revisión en el SATJE, con la finalidad de saber en cuántos de ellos se hizo efectivo el derecho de las NNA a ser escuchados.

Con relación a los tipos de investigación, se utilizó la investigación documental, lo que permitió seleccionar la información más importante de diversas fuentes bibliográficas, tales como: libros, revistas y sitios web; y la investigación de campo, a través de la cual se recopiló datos de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, a través de la entrevista realizada al juzgador, logrando conseguir datos verídicos.

En cuanto al alcance de la investigación fue exploratoria y descriptiva. La primera, debido a que, aunque el concepto del derecho a ser escuchados de las NNA sí ha sido estudiado, en el desarrollo del artículo científico se analizó además la implicación de su derecho a ser comunicados sobre la decisión adoptada en proceso judicial de tenencia, lo cual hasta el momento no se había realizado en Ecuador. La segunda, ya que se analizó el derecho de las NNA a ser escuchados e informados, la tenencia, y la aplicación de los mencionados derechos en los procesos indicados.

Dentro de los métodos del nivel teórico del conocimiento se hizo uso del método analítico – sintético y del método inductivo.

En aplicación al método analítico – sintético, se analizó varias fuentes bibliográficas, entre ellas la Constitución de la República del Ecuador, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de Niñez y Adolescencia, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional del Ecuador y doctrina referente al derecho de las NNA a ser escuchados e informados, así como a la tenencia; después de dicho análisis y teniendo más conocimientos, se sintetizó la información más relevante a fin de incluirla en la investigación actual.

Utilizando el método inductivo, se conoció, a través de la entrevista, la forma en que las y los juzgadores de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores aplican el derecho de las NNA a ser escuchados e informados; aquel resultado pudo generalizarse, entendiéndose como una realidad común en el país.

Como método del nivel empírico del conocimiento se aplicó la medición, al tratarse de una investigación, cuyo paradigma también es el cuantitativo, y se aplicó el método de medición. Su finalidad fue cuantificar, a través del instrumento de cuestionario, los resultados arrojados en la realización de la encuesta.

La entrevista fue la primera técnica de investigación empleada, para tal efecto, el instrumento aplicado fue la guía de entrevista. Las mismas estuvieron dirigidas a el Dr. Stalin Brito, en calidad de juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el cantón Santo Domingo; el Dr. Wilson Paredes, en calidad de Magister en Derecho Civil, y la Dra. Lourdes Sánchez, en calidad de Magister en Derecho Constitucional.

De igual forma, se aplicó la técnica de encuesta. El universo o población fue las abogadas y los abogados del cantón Santo Domingo, siendo una población de 1957 de acuerdo con los datos obtenidos del Sistema Informático Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura.

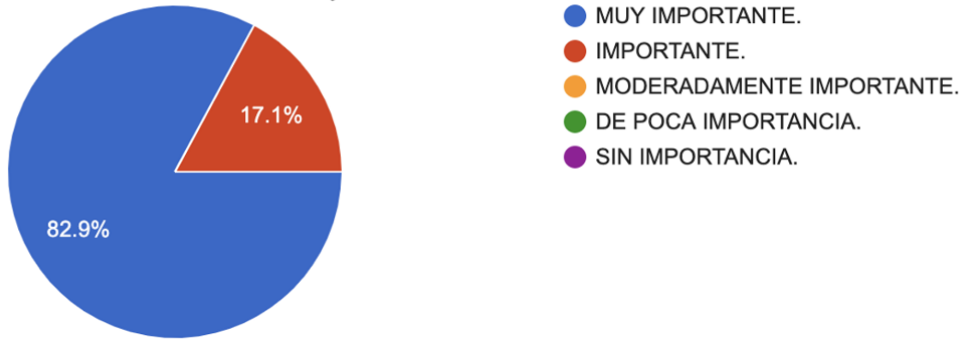
Una vez aplicada la fórmula, la muestra fue 70 profesionales del Derecho, a quienes se les aplicó la encuesta; por ello, el instrumento utilizado fue el cuestionario.



**Resultados.**

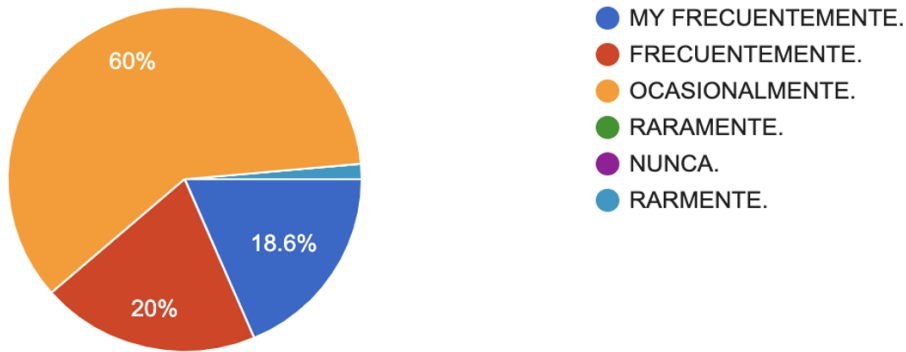
En los resultados de la encuesta a 70 profesionales del Derecho, se obtuvieron los siguientes resultados principales:

Importancia de que en los procesos de tenencia se escuche a las niñas, niños y adolescentes por ser su derecho.



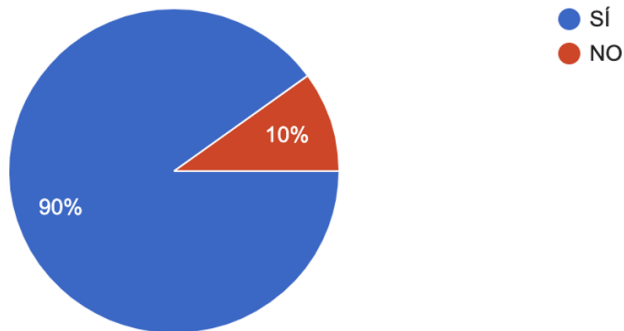
**Figura 1.** Aplicación de la encuesta a profesionales del Derecho de Santo Domingo.

Frecuencia con la que la juzgadora o el juzgador cumple con el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en los procesos de tenencia.



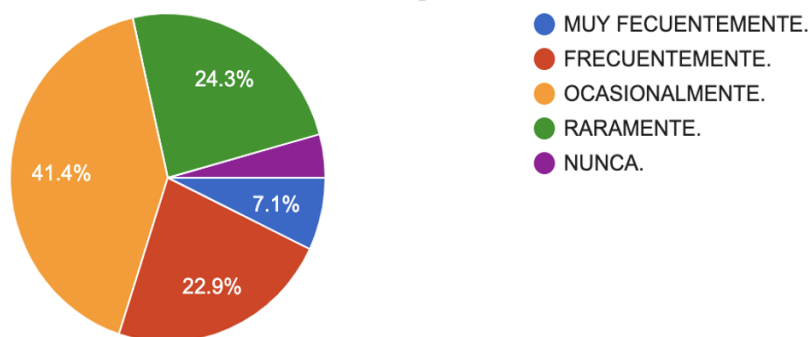
**Figura 2.** Aplicación de la encuesta a profesionales del Derecho de Santo Domingo.

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados comprende el derecho a que sean informados sobre el resultado del proceso de tenencia.



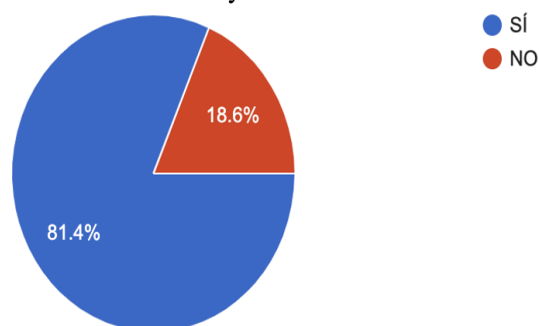
**Figura 3.** Aplicación de la encuesta a profesionales del Derecho de Santo Domingo.

Frecuencia con la que la juzgadora o el juzgador informa a la niña, niño o adolescente sobre el resultado del proceso de tenencia.



**Figura 4.** Aplicación de la encuesta a profesionales del Derecho de Santo Domingo.

Obligatoriedad de la presencia del menor cuando la o el juzgador emita su resolución, como mecanismo a fin de que se cumpla con el derecho a ser informados de las niñas, niños y adolescentes.



**Figura 5.** Aplicación de la encuesta a profesionales del Derecho de Santo Domingo.

*Entrevistado:* Dr. Stalin Brito, en calidad de juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el cantón Santo Domingo.

Explica que la tenencia es el cuidado que tiene uno de los progenitores cuando existe una separación, pudiendo ser tácita o judicial. Menciona que el derecho a ser escuchados de las NNA se encuentra reconocido constitucionalmente, consistiendo en una obligación cuando estén involucrados sus derechos en algún proceso, para ello habrá de considerarse la edad de la NNA por su desarrollo natural. Al preguntarle la forma en la que él como juzgador garantiza el derecho previamente mencionado, señala que primero considera si se trata de un niño/niña o de un adolescente, y después de aquello, se realiza una valoración psicológica por dos razones: 1) conocer si tiene la edad necesaria

para ser escuchado o no; y 2) saber si existe una interferencia por parte de los progenitores que invaliden la opinión del niño o adolescente.

En caso de que la NNA no pueda ser escuchada de manera directa, existe la Resolución No. 10-2016, según la cual serán escuchados los familiares. En cuanto a si conoce las cinco medidas que el Comité de los Derechos del Niño estableció través de su Observación General No. 12 indicó que sí y que de aquello surge precisamente la Resolución No. 10-2016. Sobre el derecho de las NNA a ser informados, menciona que se realiza en ciertos casos a través del equipo técnico y que él como juzgador consulta a la NNA, si decide o no quedarse durante el desarrollo de la audiencia, y por lo tanto, en la comunicación de la decisión final; para esto último indica, que ya han sido capacitados. De los mecanismos que podrían emplearse para garantizar este derecho, menciona que es sumamente importante la obligatoriedad de la presencia de la NNA, ya que al final de la audiencia, realmente debería explicársele de forma más clara y directa por qué el juez ha tomado determinada decisión. Inclusive, destaca la importancia de que existan resoluciones de fácil comprensión en todos los juicios en que se decidan sobre derechos de las NNA, porque las resoluciones que se emiten de forma general son más técnicas y difíciles de entender para una NNA.

*Entrevistada:* Dra. Lourdes Sánchez, Magister en Derecho Constitucional.

Define a la tenencia como un derecho que tienen únicamente los padres para cuidar y proteger a los hijos. Del derecho de las NNA a ser escuchados, expresa que es un derecho constitucionalmente garantizado y plasmado en el CONA, pero que pese a ello no siempre es bien aplicado por las y los juzgadores. Sobre si considera que las y los juzgadores correspondientes garantizan el mencionado derecho en los procesos de tenencia, expone que no todos, ya que muchas veces ni siquiera dan cumplimiento a escuchar a los menores de 12 años a través de los curadores, por lo que no se toma en cuenta el pensamiento de las NNA. Al preguntarle si considera que es importante escuchar la opinión de las NNA en los procesos de tenencia, menciona que es especialmente en estos juicios en

los cuales debe escuchárseles, porque se decide prácticamente sobre la forma de vida de las NNA. En cuanto a su conocimiento sobre las cinco medidas que el Comité de los Derechos del Niño estableció través de su Observación General No. 12 indicó que de forma genérica.

Al cuestionarle, si el derecho de las NNA a ser escuchados comprende el derecho a que sean informados sobre el resultado del proceso, explica que sí, que deben tener absoluto conocimiento de todo el proceso, lo que incluye la decisión. En cuanto a los mecanismos que deberían aplicarse por las y los juzgadores a fin de que las NNA sea informados del resultado del proceso de tenencia, menciona que debería realizársele a través de un equipo técnico, de la mano de un seguimiento psicológico constante. Respecto a si considera procedente que a fin de que se cumpla con el derecho a ser informados de las NNA sea obligatorio su presencia al momento en que se emita la resolución, menciona que sí; mientras que sobre la implementación de resoluciones de fácil comprensión dirigidas a la NNA, menciona que debería realizárselo, ya que en el caso de las NNA se debe tener aún más cuidado con que puedan entender la decisión adoptada por la o el juzgador.

*Entrevistado:* Dr. Wilson Paredes, Magister en Derecho Civil.

Menciona que la tenencia, por lo general, es atribuida a la madre de la NNA. En cuanto al derecho de las NNA a ser escuchados, indica que la Constitución reconoce este derecho en el artículo 44 y 45 de la Constitución, y que por lo general depende de la edad de la NNA. Sobre si considera que las y los juzgadores correspondientes garantizan el derecho de las NNA a ser escuchados en los procesos de tenencia, reflexiona que en ciertos casos sí, ya que se intenta salvaguardar a la familia de la NNA. Sobre su conocimiento sobre las cinco medidas establecidas en la Observación General No. 12 indicó, que debe tratarse acerca de los principios aplicables para salvaguardar los derechos de las NNA, como el de interés superior del niño. Al preguntarle si considera que es importante escuchar la opinión de las NNA en los procesos de tenencia, menciona que sí, debido a que ellos pueden tener una concepción distinta sobre su futuro y son ellos quienes conocen su situación.

Al cuestionarle, si el derecho de las NNA a ser escuchados comprende el derecho a que sean informados sobre el resultado del proceso considera que sí. En cuanto a los mecanismos que deberían aplicarse por las y los juzgadores a fin de que las NNA sean informados del resultado del proceso de tenencia, menciona que primero debería capacitarse mucho más a las y los juzgadores para que conozcan de la importancia de informar la NNA y que sea más sencillo para este último comprender la decisión adoptada. Respecto a si considera procedente que a fin de que se cumpla con el derecho a ser informados de las NNA sea obligatorio la emisión de resoluciones escritas de fácil comprensión dirigidas a la NNA, menciona que sí, pero que debería ser una resolución adicional, ya que la resolución principal debería contener una fuerte carga argumentativa analizando pruebas aportadas y demás cuestiones que no serían sencillas comprender por una NNA.

En 2020 fueron ingresados 42 causas de tenencia en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el cantón Santo Domingo, de las cuales fueron admitidas a trámite 31, y hasta el momento, tan solo en 15 de aquellos existe resolución, por lo que los resultados que se presentan a continuación corresponden a los datos que constan de aquellas causas en la tabla 1.

**Tabla 1.** Causas de tenencia ingresadas en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el cantón Santo Domingo durante el año 2020 que tiene resolución.

#	No. de proceso	Juzgadora o Juzgador	Edad de NNA	Se dispuso comparecencia de NNA	NNA compareció a emitir su opinión	Se le informó a la NNA la decisión de la o el juzgador	Observaciones
1	23201-2020-00676	Dra. Rubí Marisol Taco Proaño.	5 y 17	✓	✓	X	
2	23201-2020-00830	Ab. Teresa Elizabeth Pilco Zurita.	No consta en la resolución.	X	X	X	
3	23201-2020-00844	Dr. Johnny Fabricio Pacheco Concha.	No consta en la resolución.	✓	✓	X	Se escuchó a la NNA indirectamente. Hubo conciliación total.
4	23201-2020-00852	Ab. Teresa Elizabeth Pilco Zurita.	6 y 4	X	X	X	
5	23201-2020-01074	Ab. Teresa Elizabeth Pilco Zurita.	No consta en la resolución.	X	X	X	
6	23201-2020-01325	Ab. Julián Rodolfo Santillán Andrade Msc.	No consta en la resolución.	X	X	X	Hubo conciliación total.
7	23201-2020-01353	Dr. Johnny Fabricio Pacheco Concha.	9 años	✓	✓	X	
8	23201-2020-01391	Dr. Johnny Fabricio Pacheco Concha.	9 y 2 años	✓	✓	X	
9	23201-2020- 01395	Msc. Teresa Elizabeth Pilco Zurita.	10 y 8 años	✓	✓	X	
10	23201-2020-01455	Msc. Teresa Elizabeth Pilco Zurita.	No consta en la resolución.	X	X	X	
11	23201-2020-01625	Dr. Ángel Patricio Robalino Villafuerte	No consta en la resolución.	✓	✓	X	
12	23201-2020-01674	Ab. Nerys Oriol Bartolo Zambrano Vera.	15 años	✓	X	X	Hubo conciliación total.
13	23201-2020-01688	Dr. Johnny Fabricio Pacheco Concha.	5 años	✓	✓	X	
14	23201-2020-02486	Dr. Johnny Fabricio Pacheco Concha.	12 años	X	✓	X	
15	23201-2020-02607	Dr. Johnny Fabricio Pacheco Concha.	No consta en la resolución.	X	X	X	Hubo conciliación parcial.

**Discusión.**

El ejercicio de la abogacía exige una constante preparación que abarca ir mucho más allá de lo establecido en el ordenamiento jurídico interno de determinado país, requiriendo que los profesionales del Derecho accedan a lo que se ha denominado globalización jurídica, a fin de que conozcan la jurisprudencia emitida por cortes internacionales, así como el contenido de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, mucho más cuando aquellos tienen un alto valor jurídico reconocido en las propias constituciones internas. Aunado a esto, González (2010) ha enfatizado:

[...] la enseñanza legal impacta la práctica legal, lo que tiene consecuencias en las instituciones y el sentido que los derechos adquieren en la realidad, de manera que el tipo de formación jurídica y la práctica legal pueden servir para auspiciar o debilitar la posición que ocupen la justicia y los valores constitucionales en la sociedad.

Por lo mencionado, era indispensable en la realización del presente trabajo investigativo, demostrar resultados entorno a los conocimientos de las y los abogados con relación al tema desarrollado. Debido a esto, de la encuesta empleada se desprende, que si bien la mayoría tienen claro la importancia de que en los procesos de tenencia se cumpla el derecho en cuestión y reconocen además, que aquel comprende también el derecho de las NNA a ser informados, resulta preocupante que de la experiencia en la práctica profesional, los encuestados indicaron que las y los juzgadores cumplen con estos derechos únicamente de forma ocasional.

A su vez, en cuanto a los mecanismos que podrían emplearse a fin de que las y los juzgadores garanticen el derecho a ser informados de las NNA, más del 80% de los encuestados se muestran a favor de la obligatoriedad de la presencia de la NNA cuando se emita la resolución que confiera la tenencia, así como la emisión de lecturas de fácil comprensión dirigidas a la NNA.

Por otra parte, de las entrevistas efectuadas surgen ciertos puntos interesantes, entre ellos, la necesidad de una valoración psicológica a la NNA para conocer si tiene la “edad necesaria” para ser escuchado, y de este criterio se desprenden dos aspectos a analizar:

El primero radica en que más allá de la “edad necesaria” del niño como factor determinante, la valoración debe estar encaminada a examinar si aquel tiene la comprensión suficiente para formarse un juicio propio sobre el proceso de tenencia, lo que implica que pueda fundar opiniones desde muy temprana edad, incluso si no le es posible expresarlas verbalmente, por lo que la propia Observación General No. 12 (Naciones Unidas, 2009), al referirse al artículo 12 de la Convención, establece que el mismo:

[...] no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. (p. 9); no obstante, el inciso tercero del artículo 106 del CONA establece ciertas particularidades entorno al efecto de la opinión de las NNA de acuerdo con su edad, llegando a repercutir respecto a si aquella opinión será o no obligatoria para la o el juzgador.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral (Congreso Nacional del Ecuador, 2002).

El segundo aspecto está relacionado con que la valoración psicológica no es una opción, sino que consiste en un deber hacer por parte de las y los juzgadores; de esta manera, el Comité de Derechos del Niño (Naciones Unidas, 2009) dispone que es una obligación de los Estados parte: [...] evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados parte no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus



propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (p. 9).

Sobre el derecho de las NNA a ser informados, los entrevistados coinciden en que es parte del derecho a ser escuchados; no obstante, ha de considerarse, que si bien el derecho a ser informados es complementario al derecho a ser escuchados, es también independiente de este último; por lo que aun cuando la NNA exprese que no desea dar su opinión (considerando que es un derecho facultativo de su titular), en el proceso de tenencia, la o el juzgador sí debe comunicarle su decisión al niño.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que estos derechos están íntimamente ligados con el principio de autonomía de la voluntad de las NNA, de manera que “implica en el ámbito del derecho de familia "poder de decisión", "ejercicio de la libertad personal", la posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal sin condicionamientos externos, de poder optar por una autorregulación propia...” (Assandri et al., 2019, p. 171), permitiendo el desarrollo de tal autonomía hasta alcanzarla plenamente.

[...] la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989) “reclama el reconocimiento de la autonomía y subjetividad del niño y establece el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos” (p. 25).

En países como Argentina, la implementación de políticas públicas ha llevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a desarrollar proyectos como el de Fortalecimiento de Prácticas Institucionales para Garantizar el Derecho del Niño/a a ser Escuchado, en este se hace mención tanto al derecho de los niños a ser escuchados como al de ser informados, y sobre este último, se ha recalado que constituye una garantía del valor que tienen las opiniones de los niños para la resolución de la causa (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina, 2018).

En ese mismo contexto, aunque otro punto de convergencia entre los entrevistados es el considerar que debe informársele a la NNA a través de un equipo técnico o psicólogos, el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General No. 12, ha sido claro en indicar que esta tarea, dentro de un proceso judicial, es exclusivamente atribuible a la o el juzgador por ser el encargado de adoptar la decisión respecto a la tenencia; de esta forma, se logra garantizar el derecho de las NNA a ser informados, que puede reconocerse incluso como anterior al derecho a ser escuchados, teniéndose en cuenta criterios como el de (Del Moral, 2007), quien reflexiona: Es imperativo aclarar, que como plataforma necesaria y anterior a la opinión del niño, éste debe ser informado oportunamente con relación al asunto en cual se le requiere, así como de las diferentes circunstancias, consecuencias y opciones, pues la idea es que emita una opinión informada, es decir bajo el asesoramiento pertinente y adecuado a su edad (p. 79).

En cuanto a los datos correspondientes al análisis de los procesos de tenencia, en los cuales existe resolución, cabe iniciar puntualizando, que habiendo transcurrido 12 años desde la emisión de la Observación General No. 12, sería lógico pensar que las y los juzgadores de las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, han tenido tiempo suficiente para estar al tanto de dicha información, más aún teniendo en cuenta que:

1) No se trata de jueces multicompetentes, sino de jueces que ejercen la potestad jurisdiccional en forma especializada, de acuerdo con su área de competencia; esto con base en el principio de especialidad (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019) 2). Por mandato constitucional, las y los juzgadores tienen la obligación de aplicar el principio de aplicabilidad directa de instrumentos internacionales de derechos humanos, calidad que tiene la Observación General No. 12, al ser emanada por un Órgano Internacional (Comité de Derechos del Niño) competente para realizar la interpretación de la norma internacional aplicable al caso (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Pese a lo indicado, en ninguna de las 15 resoluciones revisadas se ha mencionado la Observación General No. 12 y mucho menos se ha cumplido con el derecho de las NNA a ser informados; por ende, existe también una vulneración al derecho a ser escuchados, pues como ya se indicó en líneas anteriores, estos derechos son complementarios, en tanto el escuchar la opinión de la NNA trae consigo la obligatoriedad de informarle del resultado del proceso. Existen inclusive normas especiales aplicables para el juicio de tenencia que se encuentran recogidas en el CONA, entre ellas la concerniente a la motivación del autoresolutorio, que textualmente indica “El auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición de la niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído”. El Comité de Derechos del Niño (Naciones Unidas, 2009) desarrolla el derecho a ser informados, precisando que la comunicación de los resultados a las NNA surge: Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta; el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta, o en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia (p.14).

Los efectos de informar o no la NNA acarrearán la posibilidad de que este pueda acceder a recursos tanto horizontales como verticales que le permitan impugnar la resolución judicial respecto al proceso de tenencia. Empero, existen varias circunstancias adicionales que permiten identificar que las resoluciones de tenencia son, en muchos casos, elaboradas de forma superficial, prueba de esto es que en 6 de las 15 resoluciones analizadas, ni siquiera se hace constar la edad de las NNA.

Las y los juzgadores pertenecientes a las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores son los llamados a garantizar los derechos de las NNA y respetar los principios constitucionales por los cuales se rigen los mismos, entre ellos, el de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, con relación al cual la Corte Constitucional del Ecuador (2017) ha resaltado: Precisamente, lo que el constituyente ha instaurado en la Norma Suprema son una serie de postulados tendientes a garantizar que más allá de la situación familiar particular de cada niño, niña o adolescente, estos siempre cuenten con un responsable de su protección, en atención a su interés superior (p. 44).

Como se puede inferir, en todos los casos en los cuales, a través de un proceso judicial, se deciden sobre los derechos de una NNA, aquel responsable de su protección es la o el juzgador, por lo que el menoscabo al derecho de las NNA a ser informados constituye también, por parte de los operadores de justicia, en una vulneración a los principios de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, y por consiguiente, al principio de interés superior del niño, ambos reconocidos en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador.

## **CONCLUSIONES.**

En la investigación realizada se determinó el incumplimiento del derecho de las NNA a ser escuchados e informados en los procesos de tenencia en el cantón Santo Domingo durante el año 2020 por parte de los operadores de justicia, pese a que estos derechos se encuentran reconocidos en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos, y la normativa infra constitucional, conduciendo por lo tanto a una vulneración de los principios de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, y al principio de interés superior del niño.

La tenencia es una figura jurídica, a través de la cual se otorga el cuidado y crianza a un progenitor, cuando las partes así lo han acordado o el juzgador así lo ha resuelto; por otro lado, el derecho de las NNA a ser escuchados permite que las NNA den su opinión en todos los asuntos administrativos o judiciales en los que se esté resolviendo sobre sus derechos, e implica además, que estas opiniones sean valoradas por el encargado del proceso; mientras que el derecho a ser informados supone que previo a escuchar a la NNA, se le explique la situación y que una vez tomada la decisión administrativa o judicial se le comunique el resultado garantizado que sus opiniones han sido tomadas en cuenta; estos derechos son complementarios; sin embargo, el derecho a ser informados tiene también el carácter de independiente.

Con relación a las técnicas de investigación aplicadas, se evidenció que aun cuando los profesionales del derecho tienen clara la importancia de los derechos de las NNA a ser escuchados e informados, existe una errónea concepción respecto a una “edad necesaria” como un factor determinante, pese a que en la Observación General No. 12 se deja claro que los Estados no debería imponer un límite de edad, y a que la comunicación de la resolución del proceso de tenencia debe ser realizado por un equipo técnico y no por la o el juzgador como también lo establece la Observación General.

El análisis realizado a las resoluciones correspondientes a los procesos de tenencia del año 2020 en el cantón Santo Domingo denota, que pese a que las y los juzgadores encargados se rigen por el principio de especialidad y tienen además la obligación de aplicar directamente instrumentos internacionales de derechos humanos, no se encuentran al tanto de la normativa que los llevaría a garantizar adecuadamente el derecho de las NNA a ser escuchados e informados.

Finalmente, mecanismos como la obligatoriedad de la presencia de la NNA al momento de emitir su resolución y la implementación de resoluciones de fácil comprensión, permitirían garantizar el derecho de las NNA a ser comunicados, y en consecuencia, el derecho a ser escuchados, respetando

de esta forma su dignidad y el principio de autonomía de la voluntad que se encuentran desarrollando, mismo que será indispensable para que en un futuro, siendo adultos, pueda ejercer sus derechos y ser responsables de sus acciones teniendo consciencia de aquello.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

1. Aguirre, R. (2013). Tenencia de Menores. Quito: Gráficas Cárdenas.
2. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República. Registro Oficial N. 449. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
3. Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento N. 544. [https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo\\_organico\\_fj.pdf](https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf)
4. Assandri, M., Warde, A. M., Parodi, L. H., Oroná, W. R., Canelo, N. R., & Paccussi, F. (2019). La autonomía de la voluntad en las relaciones entre progenitores e hijos. Revista de la Facultad UNC, 5(1), 169-196. [https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/147156/CONICET\\_Digital\\_Nro.b544e258-5d6c-48f4-b05d-60f507f91a6b\\_D.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/147156/CONICET_Digital_Nro.b544e258-5d6c-48f4-b05d-60f507f91a6b_D.pdf?sequence=5&isAllowed=y)
5. Borda, G. A., & Borda, G. J. (1989). Tratado de derecho civil: familia (Vol. 1). Bolivia: Perrot. <https://dspace.scz.ucb.edu.bo/dspace/bitstream/123456789/2108/1/3365.pdf>
6. Congreso Nacional del Ecuador (2002). Código de la Niñez y Adolescencia. Ley N. 2002-100. <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
7. Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. Codificación 2005-010. [https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion\\_del\\_Codigo\\_Civil.pdf](https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf)

8. Corte Constitucional del Ecuador. (2015). Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, Caso Nro. 0331-12-EP. Ecuador: Corte Constitucional.
9. Corte Constitucional del Ecuador. (2017). Sentencia No. 012-17-SIN-CC, Casos No. 0026-10-IN. 0031-10-IN v 0052-16-IN. Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
10. Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 2691-18-EP/21, 2691-18-EP. Ecuador: Corte Constitucional.
11. Del Moral, A. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, 1(2), 73-99.  
<https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519340005.pdf>
12. Gonzales, G. (2010). La enseñanza del derecho como política pública. *Derecho PUCP*, 65, 285-305. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085157.pdf>
13. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina. (2018). El derecho del niño y la niña a ser escuchado. Obtenido de:  
[http://www.jus.gob.ar/media/2954702/ni\\_ez\\_cuadernillo\\_05082015.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/2954702/ni_ez_cuadernillo_05082015.pdf)
14. Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Estados Unidos. Naciones Unidas.
15. Naciones Unidas. (2009). Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 12. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas.  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

#### **DATOS DE LOS AUTORES.**

1. **Wilson Alfredo Cacpata Calle.** Magíster en Derecho Constitucional. Docente de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes Santo Domingo, Ecuador. E-mail: [us.wilsoncacpata@uniandes.edu.ec](mailto:us.wilsoncacpata@uniandes.edu.ec)

2. **María José Pauta Rivas.** Abogada de los Tribunales de la República. Docente de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes Santo Domingo, Ecuador. E-mail: [ds.mariajpr95@uniandes.edu.ec](mailto:ds.mariajpr95@uniandes.edu.ec)
3. **Antonella Stefanía Gil Betancourt.** Abogada de los Tribunales de la República. Docente de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes Santo Domingo, Ecuador. E-mail: [ds.antonellasgb36@uniandes.edu.ec](mailto:ds.antonellasgb36@uniandes.edu.ec)

**RECIBIDO:** 20 de septiembre del 2022.

**APROBADO:** 23 de octubre del 2022.