



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA  
INDOAMÉRICA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y  
ECONÓMICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

---

**EXCEPCIONES AL REQUISITO DE EDAD PARA VALIDAR OPINIÓN EN  
CASOS DE TENENCIA.**

---

Trabajo de Integración Curricular previo a la obtención del título de Abogado de los  
Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

**Autor(a)**

Aron Sebastián Guevara Armijo

**Tutor(a)**

MSc. Rúales Saltos Lenin Petronio

QUITO – ECUADOR

2022

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,  
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA  
DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR**

Yo, Aron Sebastián Guevara Armijo, declaro ser autor del Trabajo de Integración Curricular con el nombre “Excepciones al requisito de edad para validar opinión en casos de tenencia”, como requisito para optar al grado de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 5 días del mes de agosto de 2022, firmo conforme:

Autor: Aron Sebastián Guevara Armijo

Firma: 

Número de Cédula: 1719676833

Dirección: Pichincha, Quito, Calderón, Carapungo

Correo Electrónico: torn50005@hotmail.com

Teléfono: 0983322560

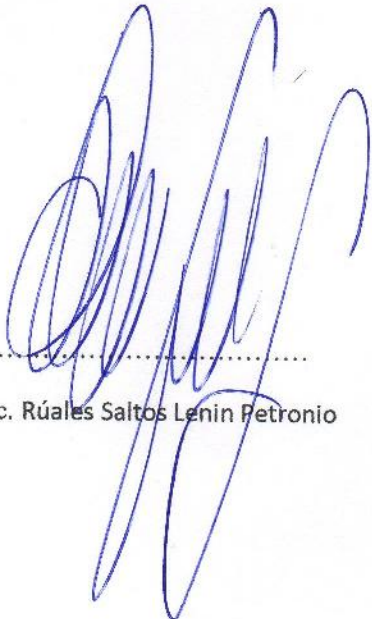
## APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Integración Curricular “EXCEPCIONES AL REQUISITO DE EDAD PARA VALIDAR OPINIÓN EN CASOS DE TENENCIA” presentado por Aron Sebastián Guevara Armijo, para optar por el Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador,

### CERTIFICO

Que dicho Trabajo de Integración Curricular ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte los Lectores que se designe.

Quito, 13 de septiembre del 2022



.....  
MSc. Rúales Saltos Lenin Petronio

## DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente Trabajo de Integración Curricular, como requerimiento previo para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor

Quito, 05 de agosto de 2022

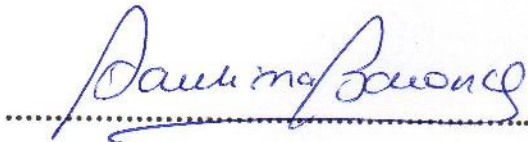


Aron Sebastián Guevara Armijo  
1719676833

## APROBACIÓN DE LECTORES

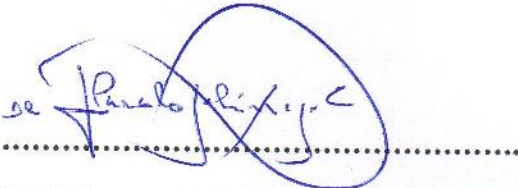
El Trabajo de Integración Curricular ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: EXCEPCIONES AL REQUISITO DE EDAD PARA VALIDAR OPINIÓN EN CASOS DE TENENCIA, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del Trabajo de Integración Curricular.

Quito, 13 de septiembre de 2022

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Paulina Barona", written over a horizontal dotted line.

ABG. Paulina Barona

LECTOR

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Dr. Galarraga Carvajal Marcelo Geovanni", written over a horizontal dotted line.

Dr. Galarraga Carvajal Marcelo Geovanni, MSc.

LECTOR

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicar este trabajo a mi madre y mi abuela que son el pilar fundamental en mi vida, gracias a ellas he podido seguir adelante y me siento muy feliz de que ellas se puedan sentir muy orgullosas de mí, y también a mis amigos quienes me han apoyado en muchos aspectos de mi vida

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer a mi mamá, abuela, y demás familiares quienes a lo largo de mi vida han estado presentes dándome ánimos a pesar de las circunstancias y me han guiado por el camino correcto para alcanzar mis objetivos

## ÍNDICE DE CONTENIDO

TEMA:.....	i
AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR.....	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD .....	iv
APROBACIÓN DE LECTORES .....	v
DEDICATORIA.....	vi
AGRADECIMIENTO.....	vii
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	ii
RESUMEN EJECUTIVO .....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	1
EL OBJETIVO GENERAL .....	3
OBJETIVOS ESPECIFICOS .....	3
DESARROLLO.....	3
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .....	3
DESARROLLO INTEGRAL.....	7
TENENCIA .....	9
CARACTERÍSTICAS DE LA TENENCIA.....	9
PATRIA POTESTAD .....	12
PENSIÓN DE ALIMENTOS.....	12
A Nivel Meso .....	13
DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO .....	13
PROPUESTA DE REFORMA EN EL PLANTEAMIENTO DEL ARTICULO .....	15
CONCLUSIONES.....	16
Bibliografía.....	17



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y**  
**ECONÓMICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA: Excepciones al requisito de edad para validar opinión en casos de tenencia**

**AUTOR(A):** Aron Sebastián Guevara Armijo

**TUTOR (A):** MSc. Rúales Saltos Lenin Petronio

**RESUMEN EJECUTIVO**

En el presente artículo titulado excepciones al requisito de edad de niños y niñas para validar su opinión en casos de tenencia se trata acerca de la importancia que tiene la decisión del juez la cual recae sobre el menor debido a que se analiza el derecho del niño al ser escuchado en casos de tenencia, no obstante el requisito que se encuentra en el cogido orgánico de la niñez y adolescencia de la republica del ecuador en su numeral 3 estipula que el menor debe tener 12 años en caso de ser niña y 14 en caso de ser niño, esto se debe a temas relacionados con la madures pero el factor más importante es que se analiza el derecho del menor el cual es vulnerado, siendo este el ser escuchado, en el presente artículo también abarca el tema del el principio del interés superior del niño en donde nos habla sobre el desarrollo integral y los factores para un desarrollo óptimo para el menor en donde el menor siendo sujeto de derechos los estados partes deberán garantizar estos derechos como tal.

**DESCRIPTORES:** Edad, Derechos, Respete, Principio, Separar

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y**  
**ECONÓMICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA: ELEMENTS TO ESTABLISH THE FREE CONSENT OF THE  
DEFENDANTS TO THE ALTERNATIVE OF ABBREVIATED PROCEEDINGS**

**AUTOR (A):** Aron Sebastián Guevara Armijo

**TUTOR (A):** MSc. Rúales Saltos Lenin Petronio

**ABSTRACT**

**In this article entitled exceptions to the age requirement of children to validate their opinion in custody cases, it is about the importance of the judge's decision which falls on the child, because it analyzes the child's right to be heard in custody cases. However, the requirement found in the organic childhood law and adolescence of the republic of Ecuador in its numeral 3 stipulates that the child must be 12 years old in the case of being a girl and 14 in the case of being a boy. It is due to issues related to maturity, but the essential factor is that it analyzes the right of the minor which is violated, being this the right to be heard. This article also covers the issue of the best interest of the child principle, where it talks about the integral development and the factors for optimal development for the child where the minor being a subject of rights, the states parties must guarantee these rights as such.**

**KEYWORDS:** age, rights, respect, principle, separate

## INTRODUCCIÓN

Al hacer referencia sobre las excepciones al requisito de edad de niños y niñas, para validar su opinión en caso de tenencia, se va más allá de que un juzgador en uso de su discrecionalidad decida sobre la tenencia del menor, debido a que además de estar separando al hijo de uno de sus padres, también se estaría analizando el derecho del niño a ser escuchado, el derecho a la protección especial de sus padres, educación y atenciones y a crecer en una familia hasta ese momento conocida por el con la figura presencial de su padre y de su madre.

El artículo 106 del código de la niñez y adolescencia numeral 3 establece que:

Se tomará en cuenta el criterio de los niños que hayan cumplido los doce años de edad para conceder la patria potestad al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional, que se encuentre en mejor condición de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral, así como, la afinidad y la empatía que manifiesta el menor consultado hacia sus progenitores (Congreso Nacional Del Ecuador, 2003). Es por ello que esta norma que se encuentra en el código de la niñez y adolescencia podría ser aparentemente eficaz debido a que tiene capacidad de cumplirse y sanearse, sin embargo, pudiere restringir el derecho de niños en edad inferior a la permitida para valorar su opinión y con ello afectar los derechos los cuales deben ser respetados por ser sujetos de derechos.

Es por ello que esta norma que se encuentra en el Código de la Niñez y Adolescencia podría ser aparentemente eficaz debido a que tiene capacidad de cumplirse y sanearse, sin embargo, pudiere restringir el derecho de niños en edad inferior a la permitida para valorar su opinión y con ello afectar los derechos los cuales deben ser respetados por ser sujetos de derechos.

Esta norma que regula la tenencia, se enfoca en la opinión de niños y niñas que hayan cumplido doce años de edad sin considerar la opinión de aquellos menores de dicha edad que igualmente tengan el nivel de conciencia suficiente para manifestar su sentir y voluntad respecto al progenitor con el cual consideran encontrarse en mejor situación

afectiva, mental o material. La ley no hace distinción respecto a la jerarquía de importancia de los últimos tres elementos mencionados, o si los tres elementos son divisibles unos de otros.

El interés social que está siendo más afectado dentro de esta investigación es un grupo determinado que casi siempre es descuidado al momento de la separación conyugal puesto que en este caso son los menores de doce años, en el cual las decisiones toman los adultos, y por ende ellos aceptan, lo que se debe establecer es; que no exista vulnerabilidad a sus derechos y se idealice la fusión de afecto con el padre y la madre, es importante comentar que debe de existir igualdad de género al momento de entregarle la tenencia del menor de doce años y que haya una adecuada vinculación familiar dentro del núcleo de familia en el cual haya armonía para el buen desarrollo del menor.

La justificación de esta investigación se centra en la necesidad de que la ley reconozca y respete desde el principio de interés superior del niño, así como todos aquellos establecidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos relativos a la niñez y adolescencia y aporta como novedad científica, una propuesta de reforma en el planteamiento del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la Republica Del Ecuador.

La separación de los padres acarrea varios problemas para los niños y niñas tornándose en una problemática social ya que en un futuro estos menores tienden a desarrollar, entre otros problemas ataques de agresividad, desobediencia, dificultades sociales, disminución en el rendimiento académico y baja autoestima, (Ávila López, B., 2006). De manera que, una decisión cuidadosa debe ser aquella que, de forma motivada y correctamente fundamentada, respete la identidad, conexión y estabilidad de los niños que tengan una edad mental suficiente para conocer y expresar con quien desean vivir y alegar las razones por las cuales a si lo consideran.

Por lo tanto, se formula como problema a resolver con la presente investigación lo siguiente: ¿Por qué La Corte Constitucional en la sentencia Nro. 28-15 IN declara la inconstitucionalidad del numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico De La Niñez y Adolescencia?

## **EL OBJETIVO GENERAL**

- De esta investigación es determinar la suficiencia de la norma preceptuada en el artículo 106 del Código Orgánico de la niñez y adolescencia.

## **OBJECTIVOS ESPECIFICOS**

- Analizar la normativa del Código Orgánico de la niñez y adolescencia para concluir que la norma es eficaz o ineficaz.
- Analizar la exposición de motivos que conllevó al legislador para poder escuchar al menor de 12 años

Dado que, por su alcance, la presente investigación es de naturaleza descriptiva, por cuanto tiene por objeto describir conocimientos que impacten el saber jurídico. Por otro lado, al partir de diferentes fuentes bibliográficas y documentales para su estudio, es de tipo documental por sus fuentes. Con la técnica de la bitácora de datos y construcción de ficheros, se va a recopilar y seleccionar información. El enfoque de la investigación es cualitativo pues reflexiona y explica los fenómenos tal como se presentan en la realidad sin incidir en ella para alterarla, el diseño es no experimental siguiendo el método deductivo que consiste en una estrategia de razonamiento empleada para deducir conclusiones lógicas a partir de una serie de premisas o principios.

## **DESARROLLO**

### **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Uno de los primeros precedentes se encuentra en el sistema anglosajón, que

En 1924 “reconocía a la familia como el principal pilar para el progreso de una sociedad, donde las niñas, niños y adolescentes como parte de esta institución, debían ser sujetos de derecho para facilitar su pleno desarrollo personal; lo que motiva y da inicio al estudio del Interés Superior del Niño. La Declaración de Ginebra”, aprobada por la Sociedad de Naciones que se reconocieron por vez primera los derechos específicos para la Niñez y la Adolescencia, responsabilizando a los adultos de su protección y bienestar siendo ésta la base legal primigenia reconocida a nivel internacional sobre los derechos de este grupo. Es por ello que más adelante se toma el modelo para que así no existan vulneraciones en lo que respecta a los derechos del niño o niña.

Significa que todas las decisiones que se tomen en relación a un niño, niña o adolescente deben ir orientadas a su bienestar y pleno ejercicio de derechos. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes es un principio rector que funda nuestro ordenamiento jurídico en aquellas materias que los involucran, y está reconocido en el artículo N.º 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo consiguiente existen instrumentos internacionales los cuales velan por los derechos del niño:

En la Declaración de los Derechos del niño se establece, en el segundo principio, que:

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

Interés superior del niño nos señala es un conjunto de acciones y procesos los cuales se encuentran con el objetivo de encauzar y garantizar un desarrollo integral y una vida digna para el menor además de ser una garantía la cual poseen los menores en la que se enmarca sus derechos y los estados partes se encargaran de tomar una medida respecto sobre los niños que se encuentren en una posible vulneración y así se protejan sus derechos y no se vean vulnerados, este principio tiene como fin que el derecho del menor para que prime por sobre todos los intereses, para así decidir por sobre cualquier cosa que le pueda afectar. Este principio tiene diversas normas para la protección del mismo antes ya mencionado debido a que en momentos en los que una decisión pueda afectar a los menores este proceso deberá de tomar una repercusión en cuanto a esta decisión y por ello se requerirá una de las garantías procesales (Villalobos, 2000).

Este principio visto como concepto jurídico busca evaluar la situación integral de los derechos de la niñez y la adolescencia ante eventos jurídicos contrarios a su bienestar; para esto se precisa de dos elementos fundamentales, la construcción del concepto como punto central y jerárquico del régimen de derechos humanos con respecto a las niñas, niños y adolescentes, y la existencia de una estructura normativa que permita su aplicación.

El Interés superior del niño es uno de los principios consagrados en la constitución de la república del Ecuador y también del Código orgánico de la Niñez y la Adolescencia y además consagrado en la convención de los derechos del niño.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44 establece que:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Asamblea Constituyente, 2008).

Dentro del interés superior del niño se encuentra derechos como el derecho a vivir y desarrollarse en una familia biológica. El Código Orgánico De la Niñez y adolescencia en su artículo 22 establece que:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la

familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida. (Congreso Nacional Del Ecuador, 2003)

Hay que tomar en cuenta que el principio del interés superior del niño debe ponerse como prioridad debido a que engloba muchos temas importantes sobre el menor respecto a la tenencia, y también el desarrollo integral del niño, como es sabido si este principio no es respetado al momento de una controversia familiar el menor se verá afectado, esto debido a que tanto mamá y papá tienen algo que aportar al niño en el proceso de su desarrollo y al llegar el día en que los padres se separan esto acarrea consecuencias tanto psicológicas y las necesidades emocionales del niño quedan afectadas, es importante subrayar que los niños tienen necesidades las cuales satisfacer.

En palabras de Acuña, conforme al principio del interés superior del niño, la persona menor de edad es un sujeto de derechos, un titular autónomo de derechos distinto de sus progenitores, aun cuando su autonomía se encuentre en progreso y no esté plenamente desarrollada: el núcleo del principio y norma jurídica del interés del niño está, por consiguiente, en considerar que el niño, niña o adolescente es ante todo persona (Acuña, 2011, pág. 93).

Es entonces como se entiende que a pesar de que el menor se encuentre en proceso de desarrollo de su autonomía no significa que sus derechos tampoco puedan quedar vulnerados al momento de la separación de padres.

La Corte Interamericana de Derechos humanos menciona en su opinión consultiva que la elaboración de doctrina de donde consta la protección integral hizo que se dé el inicio de los del Derecho de los niños, dando así el origen del interés superior del niño el cual debe ser aplicado a la normativa de la niñez y adolescencia, es por ello que existe un límite de las autoridades al momento de adoptar decisiones respecto a los niños, siendo el menor un sujeto de derecho se le reconoce los derechos humanos y también los derechos que tiene como niño así como su vínculo familiar siendo estos la autoridad la cual tienen la protección del niño y sus cuidados para llevar un desarrollo integral de



manera correcta, además de que constituirá la responsabilidad y un derecho de los niños el cual deberán proteger y guiar al menor para garantizar la autonomía del menor. (CIDH, 2002)

Es importante tener en cuenta que no solo a nivel nacional si no también internacional el interés superior del niño debe ser la preocupación tanto como de los padres, así como de los estados partes, así lo mencionan en la convención de derechos del niño en el Art. 9 numeral 1 en donde se estipula claramente que el niño no sea separado de ambos padres mientras las autoridades determinen que la separación sea necesaria para el interés superior del niño y se tomara la decisión sobre donde residirá el menor. De igual manera en ya mencionado artículo de la convención en el numeral 3 se menciona que los Estados partes deben respetar el derecho del niño en cuanto se refiere a que este separado de uno o de ambos padres y deberá mantener las relaciones con sus progenitores y también mantener contacto de manera regular mientras esto no vaya en contra del interés superior del niño. (UNICEF, 2006)

Es así como se entiende que el interés superior del niño debe primar ante todo y la ley debe usar todos los procedimientos aplicables para que no se vulnere ningún derecho

La convención de Derechos del niño en el Art. 18 menciona que:

Los Estados Partes deben poner todos sus medios para que el principio de los padres que tienen como obligación en común la crianza del niño sea reconocido, así como también el desarrollo del menor. Esto es de interés para los padres o quien sea representante legal para una óptima crianza y desarrollo del menor y tendrán como finalidad el interés superior del niño (UNICEF, 2006)

Como se ve, los padres tienen un rol fundamental el cual es la crianza del menor y con ello llevar una exitosa y optima crianza en donde el desarrollo integral del menor sea llevado a cabo con éxito y así el principio del interés superior del niño encause una vida digna para el menor.

## **DESARROLLO INTEGRAL**

El desarrollo integral es un proceso el cual se ve afectado al desarrollo personal del niño o niña debido que de esto se compone la independencia emocional en cuanto a las personas que ama además de que va de la mano con la autonomía debido a que de esto se compone la seguridad consigo mismo. Esto ayuda a aceptar frustraciones y sus responsabilidades las cuales son fundamentales en la edad inicial. Quienes se deben encargar del desarrollo del menor deben ser ambos padres debido a que ambos, tanto como mamá y papá deben estar presentes debido a que el crecimiento del niño es un constante progreso de habilidades que va adquiriendo con el tiempo, estas habilidades son motoras, de lenguaje, emocionales, autocontrol (Ponce, 2016).

Estos factores son muy importantes para el menor respecto al crecimiento tanto físico como mental y psicológico por lo que es esencial que el menor crezca en una familia que este compuesta por mamá y papá.

El artículo 9 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia establece que:

La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos. (Congreso Nacional Del Ecuador, 2003)

Es entonces como se entiende el papel fundamental que tienen ambos progenitores en el desarrollo del menor, ya que de ellos depende que el niño crezca de manera sana y correcta de manera que:

El autor Hernando Duque menciona en su obra que el menor se empieza a desarrollar la comunicación junto con su familia a temprana edad y eso marca un antes y un después debido a que esto deja una marca que va a ser inolvidable para el menor en su vida además de que es muy importante la colaboración del núcleo familiar para que el menor pueda ser guiado y desarrolle las múltiples destrezas como del lenguaje, motoras, intelectuales y así mismo seguridad personal. (Hernando Duque, 2002)

Existen periodos críticos en los que el menor mientras se encuentra en proceso de desarrollo de su conducta, es fundamental que ambos progenitores estén presentes para que el menor pueda lograr con éxito el desarrollo cognitivo, social y emocional. Esto con

el fin de que para cuando el menor ya haya pasado la edad de 0-6 años ya tenga un desarrollo tanto físico como mental de manera correcta y equilibrada.

Como se ha citado al principio el menor vive diferentes etapas, pero no significa que todos los niños tengan el mismo desarrollo en el mismo periodo, esto debido a que influye mucho su entorno y también de quienes lo rodean es por ello que es fundamental que ambos padres se encarguen de la educación del menor.

En la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos incluye claramente cláusulas sobre derechos de los niños en donde se reconoce que los niños tienen "Derechos especiales a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, y exigen una protección especial que es debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario". (Convención Americana Sobre Los Derechos Humanos, 1969)

Es entonces como estos deberes específicos de la familia van de la mano con el derecho a tener una familia y a la convivencia familiar que tiene el niño tal como lo estipula el Art. 22 del Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia (Congreso Nacional Del Ecuador, 2003), es por ello que el juez tiene un papel importante el cual será decidir sobre el menor en casos de tenencia.

## **TENENCIA**

La tenencia es la situación por la cual un niño, niña o adolescente se encuentra en poder de uno de sus padres y es uno de los derechos que tienen los padres en tener a sus hijos en su compañía

### **CARACTERÍSTICAS DE LA TENENCIA**

Dentro de las características de la tenencia se encuentra que es una figura jurídica del progenitor responsable del menor pues sus características consisten en velar, cuidar, proteger, educar, alimentar y todo esto como finalidad del cuidado hacia al menor sobre uno de los progenitores

Se conoce como tenencia al derecho de los progenitores a tener a sus hijos para la convivencia familiar, en donde se le considera como una derivación de la patria potestad donde se le concederá a los padres la tenencia, para que su hijo pueda desarrollarse con sus padres o uno solo dependiendo lo que haya dictado el juez. En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 118 menciona que:

Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior. (Congreso Nacional Del Ecuador, 2003)

Comprendemos que la decisión del juez esta priorizada en la conveniencia del desarrollo integral del menor para que este no se vea afectado por los problemas que conllevan las separaciones de los padres, por lo que el juez en su discrecionalidad dictara su fallo siguiendo la naturaleza del derecho a opinar (UNICEF, 2006) las y también reglas establecidas en el Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia de la Republica del Ecuador.

Antes de continuar hay que insistir con sano criterio que es muy importante el tema de los casos de divorcio o también la separación de ambos progenitores en donde basándose en los artículos de la legislación ecuatoriana deberán garantizar que se cumplan los derechos respecto a tenencia y régimen de visitas, todo esto con el fin de priorizar el bienestar del menor debido a que los padres deben ser los primeros en velar por el bienestar del menor, así como de sus derechos. (Gomez Bastar, 2012)

Es por ello que Raczynsky en su obra habla sobre la adecuada intervención de los progenitores en la vida del menor mencionando que:

Una adecuada intervención, un apego seguro, entendido como la relación entre un niño y un cuidador primario afectivo, acogedor y consistente, constituye un factor primordial para potenciar el desarrollo integral. “La

calidad de la relación madre/ padre-hijo y el hecho de que los niños se sientan queridos y valorados son un mecanismo protector que aumenta su resiliencia frente a la adversidad de las condiciones de vida y los riesgos que enfrenta” (Raczynski, D, 2006, pág. 146).

Ahora bien, como lo menciona el autor Raczynski, el cuidador primario madre/padre el cual será afectivo se encargará de las emociones del menor las cuales serán primordiales para la vida que tendrá por delante al menor en su vida y los futuros riesgos a enfrentar, es por ello que en la tenencia el juez debe regirse en la legislación ecuatoriana para que al momento de determinar con quien se quedara el menor no afecte su desarrollo integral.

Por lo consiguiente tenemos los mecanismos para la protección de los menores se encuentra el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia establece en sus 4 numerales que:

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

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

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

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

De tal manera que quien ejerce la tenencia, no sólo goza del derecho de vivir con el hijo, sino que también ejerce los demás atributos que confiere la patria potestad tales como dirigir su proceso educativo generalmente viene a ser el representante legal del menor en el centro de estudios guía sus relaciones con terceras personas gobierna incluso sus comunicaciones en

la mayoría de los casos viene a ser el único representante legal pues el hecho de tenerlo en su compañía permite ello, los corrige moderadamente aprovecha de los servicios de sus hijos en cuanto ello no atente contra la salud ni su proceso educativo, administra los bienes del menor.

### **PATRIA POTESTAD**

Es el derecho intrínseco natural, irrenunciable e intransferible que mantiene el padre y la madre con el menor de edad no emancipado, es decir, un derecho de representación legal irrenunciable, que se hace uso cuando el menor se vea envuelto en situaciones que necesite de su representante legal.

Así mismo se hace mención al artículo 106 Del Código Orgánico de La Niñez y Adolescencia en donde se encuentran las reglas para confiar la patria potestad:

- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

### **PENSIÓN DE ALIMENTOS**

Realizando una investigación claramente podemos observar cómo sus leyes protegen los intereses superiores de los menores; en lo concerniente a los alimentados, sus leyes son rigurosas e incluso fuertemente sancionadoras, con el único fin de evitar los

retrasos en los pagos de las pensiones alimenticias; paulatinamente se irá explicando varias opciones que los países americanos han optado aplicar con el fin de garantizar el derecho de alimentos y evitar la famosa mora alimenticia.

#### **A Nivel Meso**

Según los datos del Consejo Nacional de la Judicatura, en el Ecuador los juicios de alimentos en el año 2013 llegaron a un promedio de trescientos cincuenta y cuatro por día, mientras que hasta junio del 2014 se receptaron un promedio de trescientos cuatro diarios, las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del país, tramitaron hasta el mes de junio del 2014 alrededor de 54.877 juicios de alimentos, registrándose la mayor cantidad de ingresos en Guayas, seguido de Pichincha, Los Ríos y Manabí.

En el Ecuador dentro de la sustanciación del Juicio de Alimentos se lo hace a petición de parte, lo que implica que la autoridad competente tan solo administra justicia en respuesta a lo que las partes implicadas soliciten dentro del juicio, pero no se toma en cuenta el interés superior del alimentado.

La Constitución De La Republica Del Ecuador En Su Artículo 44 Establece Que:

Art. 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. (Asamblea Constituyente, 2008)

### **DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO**

Como concepto general el ser escuchado está enmarcado como derecho de participación en lo que refiere a ser escuchado, ser tomados en cuenta en procesos judiciales por lo cual el proceso de ser escuchado se encuentra sujeto a la madurez que se entiende como la capacidad de comprender lo que sucede y las consecuencias en asuntos determinados siendo el caso de que un menor pueda expresar su opinión de forma razonable. En una observación general # 12 de la convención sobre los derechos del niño: **El derecho del niño a ser escuchado** se ha manifestado que no es lo mismo el derecho

del niño a ser escuchado grupalmente como alumnos de una clase, o niños de un país, o niños con discapacidad (UNICEF, 2009) al derecho que se menciona que en el Art 12 numeral 1 y 2 de la Convención sobre los derechos del niño establece que:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. (UNICEF, 2006)

Hay que tomar en cuenta que este derecho a expresar con su juicio propio será muy fundamental al momento de darse la tenencia, esto debido a que su opinión es muy importante para el juez ya que así basándose en lo que diga el menor él juez pueda dictar su fallo sin tener controversias y respetando el derecho del niño como sujeto de derechos.

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. (UNICEF, 2006)

Cabe mencionar que el niño tendrá la oportunidad de ser escuchado sin importar su edad siempre y cuando tenga la madurez y conciencia apropiada para poder dar su opinión respecto al objeto de la controversia.

En el análisis jurídico de la observación general antes nombrado menciona que:

El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior (UNICEF, 2009).



En los casos de tenencia si el niño presenta apego o preferencia por alguno de sus progenitores tendrá la completa disposición de dar su opinión respecto al tema por lo que el juez encargado de dictar el fallo tendrá que informar al niño sobre lo que sucede en ese momento y como repercutirá su decisión.

Respecto al tema de si el menor es lo suficientemente maduro como para tomar una decisión y ser valorada por el juez el comité subraya lo siguiente:

- En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el **Comité Sobre Los Derechos Del Niño** subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. (UNICEF, 2009, pág. 9).

Tenemos, en consecuencia, que el menor no requiere de cierta edad para dar su opinión debido a que como ya lo menciono antes el artículo del comité sobre los derechos del niño, existen formas no verbales las cuales con ellas puede demostrar capacidad de comprensión y elección preferencial.

### **PROPUESTA DE REFORMA EN EL PLANTEAMIENTO DEL ARTICULO**

El Artículo 106 Del Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia en el 2021 existían 6 numerales de los cuales 2 fueron declarados inconstitucionales el primero era el numeral dos el cual hablaba acerca de la falta de acuerdo entre progenitores lo cual la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiara a la madre.

Por otro lado, el numeral 4 que también fue declarado inconstitucional mencionaba que si ambos progenitores demuestran igualdad de condiciones se preferiría a la madre siempre que no afecte el interés superior del niño.

Como propuesta de reforma para reforma en el planteamiento del Código De La Niñez y Adolescencia es que en caso de que haya numeral 2 a la falta de acuerdo entre progenitores la patria potestad se le confié al progenitor con el cual se determine y garantice su correcto desarrollo integral, siendo el caso que no exista preferencia ni temas de discriminación.

En cuanto al numeral 4 si ambos progenitores demuestran igualdad de condiciones no se haga preferencia a ninguno de los progenitores sino más bien se haga una decisión que de igual forma garantice el interés superior del niño

## **CONCLUSIONES**

- Respecto al objetivo general planteado se ha podido concluir que existe tal suficiencia por parte de la norma, las cuales establecen diferentes opciones para determinar la situación del menor, como ya se vio en la presente investigación en el Art. 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la republica del ecuador en donde se vio que existen 6 numerales los cuales amparan al menor y bajo estos precepto el juez deberá elegir lo mejor para el menor tomando en cuenta ciertos numerales ya antes mencionados, es decir el niño nunca quedará desamparado, sino más bien son medidas que se toman para que el desarrollo integral del menor no quede vulnerable y no sea afectado.
- En el presente análisis normativo del código de la niñez y adolescencia se encontraron muchos factores los cuales es el principio del interés superior del niño, la tenencia, el desarrollo integral, factos psicológicos, y llegan como conclusión que la norma es totalmente eficaz en tanto a desarrollarse la tenencia, pero a su vez

quedaran vulneraciones de derechos como el derecho del niño a crecer en una familia, o a ser escuchado.

- En tanto a la edad del menor se concluye que a pesar de que la norma establece requisito de edad para validar la opinión del menor, también hay que tener en cuenta que el niño/niña es sujeto de derechos y en esos derechos se encuentra el derecho a ser escuchado por lo que el juez sin importar la edad del menor tomará en cuenta la opinión que tenga respecto a la situación en la que se encuentra, siendo el caso el juzgador respetara los derechos del menor que se encuentran consagrados en la convención de derechos del niño los cuales valoran la opinión del menor y por ende se garantiza que exprese su opinión libremente.

### Bibliografía

- Organizacion de las Naciones. (1959).
- Acuña. (2011). *Efectos juridicos del divorcio*. Santiago de Chile.
- Alvaradejo. (2015). En *Declaracion de Derechos del niño*.
- Alvaradrejo. (2015). En *Observatorio de los Derechos de la niñez y la Adolescencia*.
- Americanos, O. d. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi.
- Ávila López, B. (2006). *El divorcio. Posibles consecuencias en los hijos*. Obtenido de <http://www.avntfevntf.com/imagenes/biblioteca/Ávila,%20B.%20Tbjo.%203º%20BI%2005->
- Baquerizo, J. Z. (2007). *El debido proceso penal*.
- Benavente, H. (2009). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales*. Chile: Estudios constitucionales.

- Bovino, A. (1995). *Ingeniería de la verdad: Procedimiento penal comparado*. Buenos Aires: Edit. del Puerto.
- Calle, M. (4 de Marzo de 2010). *El principio de oportunidad en el proceso penal ecuatoriano*. Obtenido de <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/6640/1/07607.pdf>
- CIDH. (28 de Agosto de 2002). *OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002*. Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)
- Congreso Nacional. (7 de Julio de 2014). *Código Organico De La Niñez y Adolescencia*. Quito. Obtenido de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-CÓDIGO-DE-LA-NIÑEZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Congreso Nacional Del Ecuador. (2003). *Código Organico de la Niñez y Adolescencia*. Quito.
- Constituyente, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.
- Constituyente, A. N. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial, Suplemento 180.
- Convencion Americana Sobre Los Derechos Humanos. (Noviembre de 1969). *Protección de los Derechos de infancia*. Obtenido de <https://salud.gob.ar/dels/entradas/proteccion-de-los-derechos-de-la-infancia#:~:text=La%20Corte%20reconoce%20que%20los,un%20derecho%20adicional%20y%20complementario>".
- Encalada, M. J. (17 de Agosto de 2015). *Los principios de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal y su aplicación en el procedimiento abreviado de la persona procesada*. Obtenido de <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/12009/1/MARIA%20JOSE%20ENCALADA%20%28%20BIBLIOTECA%29.pdf>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal*. Argentina: Editores del Puerto.
- García, J. (2009). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y la prisión preventiva en el Ecuador*. Quito.
- Gomez Bastar. (2012). *Metodología de la investigación*. Red Tercer Milenio.
- Gonzalez, P. v. (2014). En *La tenencia compartida*.
- Hernando Duque. (2002). *Desarrollo integral del niño*. Bogota : ISBN.
- Herrera Izaguirre, S. S. (2013). En *Diccionario Juridico Elemental*. Buenos Aires. Herrera.
- Maier, J., & Bovino, A. (2004). *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires.
- Montes, R. (2009). *Sobre el principio de legalidad*. México.
- Nogales, J. (2017). *El principio de presunción de inocencia frente a la aplicación del procedimiento abreviado en el Ecuador*. Ibarra.
- Oros, Vargas Rubilar &. (2013). En *Derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Vargas.

- Osorio, M. (2007). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*.
- Pierangeli, J. E. (1998). *El consentimiento del ofendido. Una Teoría del Delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ponce. (2016). *Desarrollo Infantil: situación actual y recomendaciones de política*. Quito.
- Raczynski, D. (2006). *Condicionantes del desarrollo de los niños*. Santiago de Chile.
- Ramírez, C. (2007). *El derecho a guardar silencio*. Ars boni et aequi.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- UNICEF. (2006). *Convención de Derecho del Niño*. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- UNICEF. (12 de junio de 2009). *Observación general N° 12 : El derecho del niño a ser escuchado*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- UNICEF. (2011). En *La relación jurídica como derecho familiar*.
- Unidas, O. d. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
- Villalobos. (2000). *"El derecho a la convivencia familiar"*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelniño.pdf>