



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
INDOAMÉRICA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**EL APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y DE
OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS. ANÁLISIS DE LA
SENTENCIA NO. 200-12-JH/21 Y ACUMULADO DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

Trabajo de titulación, modalidad estudio de caso, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autor(a)

Lorena Rocío Vinueza Betancourt

Tutor(a)

Lic. Yaneth Nápoles Nápoles, Mg.

QUITO – ECUADOR

2024

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

Yo, Lorena Rocío Vinueza Betancourt, declaro ser autor del Trabajo de Titulación con el nombre **“EL APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y DE OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 200-12-JH/21 Y ACUMULADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR”**, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional 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 27 días del mes de julio de 2024, firmo conforme:

Autor: Lorena Rocío Vinueza Betancourt Firma:

Número de Cédula: 1716760408

Dirección: (Pichincha, ciudad Quito, Parroquia San Isidro del Inca, Barrio Amagasi del Inca.)

Correo electrónico: lorevinuezab@gmail.com

Teléfono: 022 815 198 099 8564 912

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación **EL APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y DE OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 200-12-JH/21 Y ACUMULADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**” presentado por Lorena Rocío Vinuesa Betancourt, para optar por el Título Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación 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 del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 27 de julio de 2024

Lic. Yaneth Nápoles Nápoles, Mg.

C.I.: 1756648885

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos, personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 27 de julio de 2024

Lorena Rocío Vinueza Betancourt
CI: 1716760408
AUTORA

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de titulación ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: **“EL APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y DE OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 200-12-JH/21 Y ACUMULADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR”**, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 27 de julio de 2024

.....

Ab. Javier Fernando Villacrés López, Mg.

PRESIDENTE

.....

Ab. Jesús Manuel Portillo Cabrera, Mg.

EXAMINADOR

.....

Lic. Yanet Nápoles Nápoles, Mg.

DIRECTOR/TUTOR

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido

| | |
|---|------|
| TEMA..... | i |
| AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN | ii |
| APROBACIÓN DEL TUTOR..... | iii |
| DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD | iv |
| APROBACIÓN TRIBUNAL..... | v |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS | vi |
| DEDICATORIA..... | viii |
| AGRADECIMIENTO | ix |
| RESUMEN EJECUTIVO | x |
| ABSTRACT | xi |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO UNO: LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO FRENTE AL APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS..... | 3 |
| El Interés superior del menor | 5 |
| Tenencia del niño, niña y adolescente..... | 11 |
| Regulación del régimen de visitas de niños, niñas y adolescentes..... | 15 |
| La importancia de la estabilidad emocional en el entorno familiar del menor..... | 17 |
| Análisis artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como un requerimiento judicial | 19 |
| Recuperación del menor y sus efectos | 21 |
| Apremio personal derivado de retenciones indebidas de un menor y obstaculizaciones al régimen de visitas (análisis judicial de última ratio)..... | 24 |

| | |
|---|----|
| Hábeas corpus como mecanismo para garantizar la aplicación de última ratio del apremio personal en obstaculización al régimen de vistas y retención indebida de un menor | 26 |
| CAPITULO II: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA NO. 200-12-JH/21 Y ACUMULADO: APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y DE OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS | |
| DE VISITAS | 28 |
| Puntualizaciones Metodológicas | 28 |
| Antecedentes del caso concreto..... | 28 |
| Caso UNO. | 28 |
| Procedimiento administrativo N° 29-2012 ante la Junta Cantonal de Naranjito..... | 30 |
| Del proceso de hábeas corpus N° 61-2012..... | 30 |
| Caso Dos | 31 |
| Antecedentes procesales..... | 31 |
| Del proceso de hábeas corpus N° 05202-2020-00167. | 32 |
| Análisis de las decisiones de primera y segunda instancia | 32 |
| 1er Caso..... | 32 |
| 2do Caso..... | 33 |
| Análisis de la Corte Constitucional del Ecuador..... | 36 |
| Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional | 37 |
| Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al Derecho | 38 |
| Medidas de Reparación Dispuestas por la Corte Constitucional | 40 |
| Análisis crítico a la sentencia constitucional..... | 42 |
| Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional | 44 |
| Métodos de interpretación..... | 44 |
| Propuesta personal de solución del caso | 45 |
| CONCLUSIONES | 49 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 50 |

DEDICATORIA

A mi Dios, a quien se lo debo todo.

A mi esposo Santiago y mis hijos Daniela y Santiago,
por ser por ser mi fortaleza, mi motor y mi vida entera.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Indoamérica por su acogida y por los conocimientos adquiridos, los que me han permitido crecer intelectual y profesionalmente.

A la Dra. Yaneth Nápoles, quien en su calidad de tutora me ha brindado su conocimiento y apoyo.

Al Dr. Gonzalo Santillán, quien con su discernimiento ha sabido guiarme e impulsarme para cristalizar este objetivo.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: EL APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y DE OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 200-12-JH/21 Y ACUMULADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

AUTOR: Lorena Rocío Vinueza Betancourt

TUTOR: Lic. Yanet Nápoles Nápoles, Mg.

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo aborda el apremio personal derivado de retenciones indebidas de los menores y de obstaculizaciones al régimen de visitas, mediante el estudio de la realidad ecuatoriana y sus posibles casos. Como objetivo general nos hemos plasmado en analizar cuál es la procedencia de otorgar apremios personales en retenciones indebidas y obstaculizaciones al régimen de visitas y como objetivos específicos, determinar cuál es la procedencia del hábeas corpus en relación al proceso establecido en el art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, así como también cuales son los parámetros que deben tomarse en cuenta para evitar que el apremio personal, dictado conforme el art. 125 ibídem, sea o se torne ilegal y/o arbitrario. Analizar los medios alternativos para el cumplimiento de la resolución o sentencia; así como un análisis pormenorizado de la sentencia No. 12-JH/21 y Acumulado de la Corte Constitucional del Ecuador. Para ello hemos planteado el método deductivo y el método de estudio de casos, respectivos, llegando como conclusión general determinar la realidad jurídica ecuatoriana prevalece al formalismo jurídico a través de los órganos judiciales por sobre la aplicación directa de la norma constitucional, al dictar apremios personales a quien obstaculice la ley, pudiendo emitir medios alternativos haciendo prevalecer el interés superior del menor, así como considerando el grado de afectación y vulnerabilidad del menor.

Palabras claves: apremio personal, hábeas corpus, interés superior del menor, obstaculización, retención indebida, visitas.

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

ABSTRACT

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

Master's Degree in Law with major in Constitutional Law

AUTHOR: VINUEZA BETANCOURT LORENA ROCIO

TUTOR: PHD. NAPOLES NAPOLES YANET

ABSTRACT

THE PERSONAL CONSTRAINT RESULTING FROM UNDUE WITHHOLDING AND OBSTRUCTION DURING THE VISITING PERIOD. ANALYSIS OF NO. 200-12-JH/21 SENTENCE AND ACCUMULATED OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR.

This paper deals with the personal constraint resulting from children's undue retention and obstructions to the visiting regime, by studying Ecuadorian reality and its possible cases. The main aim of this study is to analyze the reasons for imposing personal constraints on undue retention and obstruction of the visiting system, and, as specific objectives, to determine the procedure of habeas corpus concerning the process established in art. 125 of the Childhood and Adolescence Code, as well as the parameters that must be considered to avoid the personal constraint, dictated by art. 125 *ibidem*, is or becomes illegal and/or arbitrary. Analyzing other ways to enforce a decision or sentence; and a detailed analysis of Judgment No. 12-JH/21 and Cumulated of the Constitutional Court of Ecuador. For this purpose, we used the deductive and case study methods, reaching a general conclusion to determine the Ecuadorian legal reality prevails the legal formalism through the judicial bodies over the direct application of the constitutional norm, by issuing personal constraints against those who obstruct the law, may provide alternative means, taking into account the best interests of the minor, as well as the degree of impairment and vulnerability of the minor.

KEYWORDS: Child's best interests, obstruction, undue retention, visits,



INTRODUCCIÓN

En la presente investigación analizaremos el Apremio personal derivado de retenciones indebidas y de obstaculizaciones al régimen de visitas, sobre la base del artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, análisis de la sentencia No. 200-12-jh/21 y acumulado de la Corte Constitucional del Ecuador (Código de la Niñez y Adolescencia, 2008).

Al respecto, si bien es cierto, nuestra legislación contempla las sanciones cuando existe vulneración de los derechos de los niños; sin embargo por mandato constitucional, juezas y jueces, autoridades administrativas, servidores públicos, deben aplicar directamente las normas constitucionales, y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos; a pesar de esto, las autoridades son las llamadas a administrar justicia en virtud de la realidad social de nuestro país y prevaleciendo ante todo el interés superior del menor.

Partiendo de aquello nuestro propósito será determinar los distintos casos de Apremio Personal derivado de retenciones indebidas y de obstaculizaciones al régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes; por lo tanto, la presente investigación adquiere relevancia, toda vez que, permite evidenciar las circunstancias que conllevan a los jueces a dictar apremios personales a quienes perturben el bienestar de niño, niña o adolescente en general.

La presente investigación es sustancial ya que permite evidenciar cuales serían las alternativas antes de dictar un apremio personal y cuál sería la incidencia en los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es importante, entender el rol que debe cumplir el Estado a través de la función judicial, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. Es por ello que, como aporte teórico de esta investigación, se analizará los casos explicados en la sentencia No. 12-JH/21 y Acumulado y nuestra realidad social constitucional (Sentencia CASO No. 200-12-JH y acumulado, 2021).

Dentro de nuestra investigación hemos aplicado los métodos deductivo y análisis del caso. En relación al método deductivo, el mismo se encuentra plasmado en el primer capítulo de esta investigación al analizar los derechos del menor vinculados con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la tenencia del

menor, la regulación del régimen de visitas, la importancia de la estabilidad emocional en el entorno familiar, el análisis del art. 125 del CNA, el apremio personal derivado de la retención indebida de un menor y obstaculización al régimen de visitas y el hábeas corpus; extendiéndonos posteriormente en un segundo capítulo al análisis y estudio de la sentencia, en donde se exponen los elementos centrales, el análisis y conclusiones a las que llega la Corte Constitucional del Ecuador, para tutelar los derechos de los niños y los apremiados (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Los objetivos planteados en la presente investigación consisten en determinar el significado, trascendencia, alcance, contenido o dirección de un instrumento jurídico es decir entender la aplicación de la norma en su integralidad en el momento mismo del hecho, ya que es primordial el análisis previo de los casos en concreto, así como también la importancia de la familia y el entorno familiar para un niño.

En el capítulo II, se puede observar que la Corte Constitucional ecuatoriana, realiza un análisis profundo, determinando los argumentos centrales respecto del hábeas corpus cuando se trata de una detención arbitraria y buscando el método menos invasivo para cumplir con las disposiciones legales a fin de que los apremios no se tornen ilegales, arbitrarios o ilegítimos; así también, se analizará los mecanismos menos invasivos que puedan lograr la recuperación de un menor y la regularización del régimen de visitas, con la finalidad de evitar la privación de la libertad.

Partiendo de este punto se establecerá recomendaciones a fin de que las medidas dispuestas por los jueces, respecto de los apremios personales totales o parciales, sean de última ratio, las mismas que irán encaminadas a proteger el derecho del niño niña o adolescente, consagrados en los instrumentos internacionales y nuestra legislación vigente.

CAPÍTULO UNO: LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO FRENTE AL APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS

El derecho constituye un conjunto de normas que imponen obligaciones y libertades, forma la base de la convivencia social y tiene como objetivo garantizar un nivel mínimo de seguridad, protección, igualdad, libertad y justicia para todos los miembros de la sociedad.

Los derechos de niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria, desde el punto de vista de los derechos humanos, son la garantía de las medidas especiales de protección y asistencia en favor de los menores, a fin de que puedan desarrollar plenamente sus habilidades y talentos.

La jurisprudencia interamericana muestra procedimientos especiales cuando se trata de menores, mismos que deben cumplirse oportuna y cabalmente.

La atención prioritaria consiste en la adaptación de servicios y procedimientos que brinda una entidad pública o privada, en favor de un grupo en estado de vulnerabilidad, garantizando y protegiendo sus derechos.

La Constitución de la República en su Art. 35, establece:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. (...). El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad (Constitución de la República, 2008)

Nuestra Norma Suprema, reconoce la atención prioritaria y especializada en el ámbito, público y privado, así como dentro de la vida familiar en los niños, niñas y adolescentes; y, esta vulnerabilidad se relaciona al hecho de ser niño, entrando al tema que nos concierne (Sentencia No. 1351-19-JP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 2022, p. 13).

Es necesario considerar también como grupos vulnerables, a los grupos poblacionales que han crecido y se han arraigado en nuestras sociedades, como

migrantes, personas con discapacidad, adultos mayores, población indígena, etc., aquellos que se encuentran en situaciones de desigualdad estructural y que han sufrido discriminación, exclusión y violencia durante muchos años y que, en la actualidad, se enfrentan a importantes obstáculos para ejercer sus derechos y libertades.

El objetivo es lograr que los grupos de atención prioritaria que han sido históricamente vulnerados y que han estado en condición de riesgo, puedan incorporarse al desarrollo y accedan a mejores condiciones de vida, como los niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas discriminadas por su condición social, económica, cultural, política, edad y origen étnico.

La Organización Mundial de la Salud OMS (2005), determina que “los grupos vulnerables son aquellos cuya autonomía, dignidad o integridad son susceptibles de ser amenazadas. En este caso, los niños, niñas y adolescentes son considerados como personas en condición de doble vulnerabilidad, por lo que requieren una protección especial, es decir, se les debe proporcionar una serie de medidas especiales de protección y asistencia para que puedan ejercer sus derechos legítimos” (Organización Mundial de la Salud, 2005).

Si se analiza más de cerca a quienes son vulnerables, en este caso a los niños pequeños y a los jóvenes como grupo o circunscripción, los principios deberían tenerse en cuenta en toda legislación, formulación de políticas, decisiones administrativas y judiciales y prestación de servicios que afecten a los niños. Esto incluye actividades que afectan directamente a los niños, como las relacionadas con los servicios de salud, los sistemas de atención o escuelas, el cuidado y protección del medio ambiente, la vivienda o el transporte.

Se puede decir que los niños y jóvenes como grupo vulnerable, pueden enfrentar riesgos potenciales como retrasos en el desarrollo, violencia, drogas, maltrato entre padres e hijos, nuevas tecnologías, enfermedades infantiles, conflictos, exclusión educativa, infancia laboral y aprendizaje, factores que tienen consecuencias muy graves para los niños alrededor del mundo.

No obstante, el deber primordial del Estado es evaluar y determinar los intereses del niño para tomar decisiones jurídicas que garanticen la

protección plena de los derechos de los niños y jóvenes, incluyendo la protección jurídica efectiva, la seguridad jurídica y el acceso a la justicia.

Determinar la vulnerabilidad de un menor, ayudará a los jueces a actuar con rapidez y objetividad para garantizar sus derechos en todas las decisiones que les afecten, pues al ejercer justicia en los tribunales, primará el interés superior de los niños y jóvenes.

Se puede señalar que, efectuando un breve análisis tanto en la Constitución del 1998, como en la Constitución del 2008, el Estado ha garantizado de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo el principio de interés superior del menor, destacando que sus derechos prevalecerán frente al de los demás (Constitución de la República, 2008).

Haciendo eco a lo mencionado, los derechos constitucionales, tal como se definen en la Constitución de 2008, tienen como objetivo eliminar las barreras económicas, sociales, culturales, generacionales, de género, geográficas y de otro tipo, a fin de acceder a un sistema judicial eficiente, justo y expedito tal como lo señala el art. 1 de nuestra Norma Suprema: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (...)” (Constitución de la República, 2008).

El Interés superior del menor

El interés superior del menor es un principio jurídico fundamental que promueve el reconocimiento y la aplicación efectiva de todos los derechos que benefician a todos los niños (Freites, 2008, p. 431-437).

Este principio regula todas las medidas y normas, ya que cualquier decisión relativa a la infancia debe considerarse, con el objeto de contribuir al beneficio del niño como sujeto de derechos. La participación y las opiniones de los niños en el proceso de toma de decisiones, debe ser justo y debe garantizarse el ejercicio efectivo de sus derechos.

En doctrina, Farith (2009) citado por Yanes (2016), plantea que: “El interés superior del niño, sirve como pauta de solución cuando colisionan los derechos de los niños con los de otras personas y señala que debe aplicarse como cláusula de prioridad” (Yanes, 2016, p. 24).

Esto explica el grado de equilibrio que debe producirse en los derechos de adultos y los derechos de menores, ya que debe existir una superposición respecto del derecho de los menores, los mismos que se garantizarán por ser los más vulnerables en la relación.

Las normas constitucionales del Ecuador garantizan este principio, que establece que el Estado, la sociedad y la familia priorizan promover el desarrollo integral de niñas, niños y jóvenes; y, garantizan la plena realización de sus derechos. Por lo que, se tomará en cuenta el principio del interés superior del menor y sus derechos estarán sobre los derechos de terceros.

Así también, la norma infraconstitucional define al interés superior de niño, como:

Un principio que está orientado a satisfacer y ejercer efectivamente todos los derechos de los niños y adolescentes, e impone obligaciones a todas las autoridades ejecutivas y judiciales, así como, a las instituciones públicas y privadas, de tomar medidas para adaptar y cumplir sus decisiones (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Hablando de estándares internacionales en materia de bienestar de niños y jóvenes, se puede señalar que, en cuanto a los instrumentos internacionales se refiere, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, establece un principio que proporciona a los menores una protección especial, teniendo en cuenta sus intereses.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño UNICEF (1990), de la que Ecuador es parte, respecto al principio interés superior del niño, manifiesta que el interés superior del niño debe tener una consideración primordial en cualquier acción que tomen los tribunales, autoridades administrativas, judiciales u órganos legislativos públicos o privados que afecten a los niños” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

UNICEF (1990), uno de los principios más importantes del Derecho Internacional es el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; su amplio alcance y redacción general, lo hacen importante en todos los aspectos de la sociedad, como la

educación, la justicia juvenil o la atención de la salud (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Según la Convención Sobre los Derechos del Niño, el principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. De tal manera que, los derechos de terceros no son absolutos, los mismos que están limitados por sobre los derechos de los niños en garantía del interés superior.

De conformidad con los principios generales, se han dictado normas integrales encaminadas a proteger los derechos de los menores, así como una serie de tratados y convenios internacionales encaminados a esta especial protección.

Particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos CDH (1969), dispone en su artículo 19, sobre los derechos de los menores de edad, que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

En el mismo sentido, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, positiviza el Principio del Interés Superior del menor, en la que estatuye que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, realizarán una consideración primordial en la que se atenderá será el interés superior del niño” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Es decir, se trata de una regla hermenéutica que debe guiar toda la actividad de la Administración Pública y debe ser difundida a las actividades privadas de interés público, como las de las instituciones educativas.

Como máximo organismo de interpretación constitucional, la Corte Constitucional ecuatoriana, ha discutido repetidamente el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su importancia en el sistema legal del país. Por ejemplo, la sentencia constitucional N.o 064-15-SEP-CC (2015) estableció que: “El interés superior constituye un principio cardinal en materia de niñez y adolescencia, mismo que debe fundamentar las decisiones, que en forma directa o indirecta no afecten a niños y niñas” (Sentencia Constitucional No. 064-15-SEP-CC, Corte Constitucional, p.4).

Por su parte el Código de la Niñez y Adolescencia define al principio del interés superior del niño, como: “Art. 11.- El interés superior del niño.- “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (Código de la Niñez Adolescencia, 2003).

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

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.” (Código de la Niñez Adolescencia, 2003).

El Comité de los Derechos del Niño, es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de sus Estados miembros. Así también supervisa la aplicación de los Protocolos Facultativos de la Convención, sobre la participación de niños en conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil.

Adicionalmente, exige a las autoridades administrativas y judiciales, así como a las instituciones públicas o privadas, que tengan en cuenta el interés superior del niño, como principio de interpretación a favor de la realización de sus derechos al tomar decisiones que afecten a niños y jóvenes (Comité sobre los Derechos del Niño, 2017)

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General 14, párrafo 6.b señala que “[...] si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Así, en caso de conflicto entre dos o más derechos de un mismo niño, niña o adolescente, de diferentes niño, niña o adolescente, o con derechos de otros grupos

etarios, el principio del interés superior del niño permitirá su resolución, considerando las características, los derechos y la situación particular de cada niño, niña o adolescente y cada caso (Consejo de la Judicatura, 2022).

Aunque se mencionan ciertas circunstancias especiales, perennemente se debe tener en cuenta el interés superior del niño, a fin de que no se vean afectados directa o indirectamente. Es decir, mantener seguros a los niños y jóvenes cuando estén en riesgo y brindarles los mecanismos menos dañinos para lograr los objetivos protegidos.

Cabe señalar que, la actuación judicial a través de jueces y oficinas técnicas, que son estructuras auxiliares de la función judicial, tiene la obligación de respetar el interés del niño en los procesos judiciales de su competencia. Es importante señalar que el papel del equipo técnico en la investigación es decisivo, porque la información otorgada al administrador judicial, debe ser de alta calidad para que el juez pueda determinar los intereses a favor del menor.

La evaluación del interés superior, consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.

El interés superior del niño y de la niña, desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral, elimina los prejuicios tradicionalmente alimentados por el régimen precedente e incurre en una jerarquización abstracta entre derechos. Así, tanto niños, niñas, como adolescentes poseen además de los derechos atribuibles a todo ser humano, unos específicos en consideración de su condición especial y natural. No obstante, cuando estas prerrogativas humanas llegasen a contraponerse, entre sí, se hará primar necesariamente aquella cuya titularidad recayere sobre la persona menor de dieciocho años (Zambrano, 2019, p. 8).

Como todo principio jurídico, el interés superior del niño sirve como forma de interpretar las demás normas y reglas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente cuando surgen conflictos de leyes. En este sentido, cualquier compromiso entre ambos no puede socavar el pleno disfrute de los derechos de los menores.

Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del

niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (Caso Bulacio, 2008).

Al citar la jurisprudencia venezolana, establece que: El concepto interés superior del niño constituye un principio de interpretación del Derecho de Menores, conceptos jurídicos indeterminados como conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. El interés superior del niño, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección social y legal (Expediente NO. 02-2865, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 2002).

Proteger los intereses de los niños y jóvenes es el objetivo primordial de cualquier sociedad, por lo que es deber del Estado proteger a los niños y a sus madres desde la concepción, lograr un desarrollo óptimo, brindar atención integral en salud, nutrición, educación, cultura, deporte y recreación relacionada con la participación social.

En el nuevo paradigma constitucional, el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, lo que significa que el Estado, la sociedad y la familia deben respetar los derechos consagrados en la carta constitucional, para que los niños sean reconocidos como sujetos de derechos. Por lo tanto, las niñas, los niños y los jóvenes disfrutarán de los derechos de la humanidad común, además de las libertades específicas de la edad, como los derechos, a la salud física y mental, a su identidad, nombre y ciudadanía, a tener una familia y una comunidad, garantizando además una plena convivencia con el padre y/o la madre (Constitución de la República, 2008).

Los "principios", se imponen a las instituciones, es decir, son obligatorios para las instituciones estatales y están dirigidos directamente o en contra de ellas, como resultado, entendemos que el principio del interés superior del niño debería simplemente "motivar" las decisiones de las autoridades.

En conclusión, el objetivo principal del interés superior del niño es lograr la completa satisfacción de sus derechos, ya que se evidencia que existe una total equivalencia entre el contenido de su interés superior y los derechos fundamentales reconocidos en el Estado.

Tenencia del niño, niña y adolescente

La tenencia se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad” (Shinno, 2021, p. 254-266).

Por lo que, la tenencia constituye un nexo propio de la patria potestad, que se ejerce cuando los progenitores conviven juntos, por tanto, ejercen sus derechos y obligaciones sobre sus hijos.

Respecto a la patria potestad, se define como:

El conjunto de derechos y deberes naturales que tienen los padres legales sobre sus hijos menores no emancipados y cuya finalidad es el desarrollo y protección legal de los derechos de la familia, del niño y del menor consagrados en la constitución política, en los tratados internacionales ratificados por Colombia y en las leyes nacionales (Gómez, 1994, p.9).

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece la procedencia de la tenencia, sin que se defina esta figura jurídica (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003). Profundizando el tema, se puede definir a la tenencia, como el cuidado y protección de un niño, niña o adolescente, por parte de los progenitores. Doctrinariamente, se define a la tenencia como, la institución por la que se legitima la posesión que tiene un padre con respecto de sus hijos cuando hay una separación de hecho.

De lo enunciado, se puede identificar los diferentes espacios en los que se podría observar la tenencia.

En primer lugar, cuando los padres viven juntos, por lo tanto, la tenencia sobre sus hijos menores de edad, se ejerce de manera conjunta, sin necesidad de factores externos.

En segundo lugar, cuando los padres se separan después de convivir durante un período de tiempo, si no hay divorcio, en circunstancias normales, los hijos menores siguen bajo la custodia y protección de los padres, salvo que se decida otra cosa por autoridad judicial o administrativa.

En tercer lugar, tratándose de los casos de divorcio, ya que según lo establecido en el artículo 115 de nuestro Código Civil, antes de que el juez emita la sentencia de divorcio, obligatoriamente se determinará la situación socioeconómica de los hijos menores de edad (Código Civil, 2005).

Existe otra situación en la que puede surgir una situación en virtud de esta norma, a saber, terminaciones de uniones de hecho, divorcios por mutuo consentimiento, divorcio por causal o una terminación unilateral de la relación de convivencia, por lo que es necesario decidir de manera clara, precisa y oportuna, cuál de los cónyuges se hará cargo de los menores.

Por lo expuesto, podríamos esquematizar las clases de tenencia que existen en el Ecuador, tomando en cuenta la conformación de las familias según la realidad actual: 1. Tenencia legal: La que efectúan los padres cuando viven conjuntamente. 2. Tenencia de hecho: Cuando de forma extrajudicial, lo padres la ejercen, sin autorización judicial alguna. 3. Tenencia judicial: Como consecuencia de una orden judicial.

Es preciso señalar, que la tenencia es competencia exclusiva de los Jueces de Familia Mujer Niñez y Adolescencia, figura legal puede ser revocada en cualquier momento, por lo que no causa ejecutoria. Es importante señalar que, en Ecuador la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la tenencia compartida a través de la sentencia No. Sentencia No. 28-15-IN/21, aclarando que no se preferirá únicamente a la madre el cuidado del menor, sino al progenitor que brinde las garantías para su pleno desarrollo (Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional, 2021, p.5).

Por lo tanto, se enfatiza que el Estado garantiza el libre ejercicio y goce de los derechos de las niños, niñas y adolescentes; y es así, que la Corte Constitucional sobre la patria potestad, emite un dictamen sobre la inconstitucionalidad del numeral 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en donde se establece que si los padres demuestran igualdad de condiciones y estabilidad, se

preferirá a la madre, siempre y cuando tal decisión no afecte el interés superior del hijo o hija (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

Algunos grupos y organizaciones de la sociedad civil, señalan que mantener a la madre a cargo de los hijos tiene como objetivo obstaculizar el desarrollo completo del niño o niña, no obstante, la coparentalidad permite que la salud integral del niño o niña prospere y enriquezca el interés del menor.

La tenencia es, por tanto, un derecho atribuido a los progenitores a través de la patria potestad, es una institución de derecho de familia que tiene como objetivo permitir que ambos padres pasen el mismo tiempo con sus hijos menores, cuando se enfrentan a una separación o divorcio, por lo que reducen el impacto psicológico que pueden tener en el divorcio de sus padres. Y esto aplica a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, pero que se encuentran legalmente reconocidos ante la ley.

El Art. 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia regula: “La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niño 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” (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

La familia juega un papel esencial en el desarrollo de sus miembros, es el primer espacio en que aprendemos a desenvolvernos como individuos que conforman la sociedad, y esto se efectúa a través de la interacción con padres y hermanos, a través de los cuales formamos nuestra personalidad y valores.

Por su parte el Art. 21 *ibídem* establece:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías (...) (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

Los Estados se comprometen a garantizar que los niños reciban la protección y el cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta la protección

y el cuidado de sus padres, tutores u otras personas legalmente responsables de ellos, y adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas apropiadas para este fin.

El Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño determina:

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

El Art. 9. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, manifiesta: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Actualmente en Ecuador se analizó la norma cuyo objeto era la tenencia compartida de un menor, pero se ha concluido que el principio del interés superior del niño debe considerarse a la hora de determinar la decisión, ya que un menor puede estar a gusto con cualquiera de sus progenitores.

El Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia establece la procedencia de la tenencia, y dice que: “Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21 de voto de mayoría, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre”, y, “se preferirá a la madre, siempre

que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, por ser contrarias al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental (Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional, 2021, p.9).

Se puede señalar entonces, que la tenencia tiene por finalidad que el menor pueda desenvolverse en su adultez y alcance un pleno desarrollo físico y psicológico, de tal manera que puedan desenvolverse más adelante de manera autónoma y autosuficiente para la vida; y, que su desarrollo no solo dependa de la crianza de la madre, sino también del padre, quien además cumplirá un rol relevante en el seno del hogar.

Finalmente, la tenencia tiene por objetivo que ambos progenitores pasen igual cantidad de tiempo con sus hijos, más aún en caso de que encuentren tramitando una separación o divorcio, a fin de reducir el impacto psíquico que puedan padecer a futuro.

Regulación del régimen de visitas de niños, niñas y adolescentes

El régimen de visitas, es un conjunto de normas en las cuales se determinan los parámetros bajo los cuales un progenitor que no tiene la custodia de sus hijos, pueda visitarlos y compartir tiempo con ellos. El régimen de visitas no causa ejecutoria y puede ser de dos tipos: Régimen abierto o Régimen cerrado.

Régimen abierto: es aquel a través del cual el progenitor puede visitar a sus hijos abiertamente, es decir tiene la posibilidad de convivir con sus hijos con total libertad los siete días de la semana, las veinte y cuatro horas del día.

Régimen cerrado: es aquel a través del cual el progenitor tiene limitación con relación al tiempo de visita hacia sus hijos, se establecen horarios fijos para la convivencia entre padres e hijos.

Estos regímenes los establece la autoridad competente, que para el caso que nos ocupa es el Juez de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, a fin de afianzar los lazos parentales entre padres e hijos. No obstante, el juzgador en caso de incumplimiento al régimen de visitas o inobservancia de las relaciones parentofiliales, puede modificar temporal o permanente las visitas de ser el caso.

Es necesario señalar que el juez tiene la obligación de analizar los factores de riesgo que se presentan en algunos casos, como por ejemplo violencia intrafamiliar, descuido, abandono, entre otros.

La Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución de la República y la Ley Orgánica de la Niñez y la Adolescencia protegen el principio del bienestar de la niñez y la juventud, es decir, el Estado, la sociedad y las familias, deben brindar protección en todos los aspectos, a fin de garantizar que los niños y jóvenes disfruten de la libertad, el desarrollo integral y el pleno ejercicio de sus derechos con dignidad y en igualdad. Se respetará el principio de sus intereses y sus derechos tendrán prioridad sobre los demás (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Las niñas, niños y jóvenes tendrán derecho a su desarrollo integral, el cual se entiende como el proceso de crecimiento, maduración y desarrollo de la inteligencia y sus capacidades, potencialidades en una familia amorosa y segura, ambiente y aspiraciones escolares, sociales y comunitarias.

Todo esto coadyuvará a la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas públicas, conforme lo establece el principio consagrado en el Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, con concordancia con nuestra legislación vigente (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990).

Todo lo dicho, se relaciona con el artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia cuando menciona que es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

Por su parte, el artículo 78 *ibídem* prevé que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos frente a las referidas conductas que pongan en riesgo su integridad. En definitiva, se puede concluir claramente que los derechos de los niños y jóvenes son prioritarios, porque sus derechos están por encima de los

derechos de los padres y o custodios, quienes respetarán los intereses especiales de cada individuo (Código De La Niñez y Adolescencia, 2003).

El Art 123 Código de la Niñez y Adolescencia, aplicará lo dispuesto en el Art 106 ibídem, para la fijación y modificación del régimen de visitas y el Juez deberá actuar según lo establece la norma, cuando habla que el juez respetará el acuerdo de los progenitores, siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o hija. En caso de menores de doce años, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita, será valorada por el juez. El juzgador para resolver el caso, deberá considerar los siguientes dos factores: a). La forma en que los padres cumplieron con su responsabilidad parental; y, b). El informe del Equipo Técnico.

Esto significa que el juez debe considerar si el padre está pagando manutención de los hijos según el CNA, si es un padre honesto y trabajador y si no ha descuidado a sus hijos al no pagar su manutención.

Se puede colegir que, el objetivo de cualquier régimen de visitas, es fortalecer las relaciones familiares y proteger los sentimientos de un menor o adolescente que siente la ausencia de su madre o padre, la visita debe propender a velar los intereses de los hijos menores, no la de sus progenitores; si bien el derecho de visitas lo solicita generalmente el progenitor, no es menos cierto, que el derecho es del hijo, ya que las visitas coadyuvan a fortalecer la familiaridad.

La importancia de la estabilidad emocional en el entorno familiar del menor

Desde el punto de vista de las relaciones humanas, la familia es el núcleo central, cuyo papel primordial en el proceso de socialización es el establecimiento de normas, reglas y sobre todo valores éticos y morales (Goleman, 2021, p. 18).

Las emociones forman parte de quiénes somos desde el momento en que nacemos, y a través de estas se pueden desarrollar habilidades y comportamientos para tener una visión equilibrada y positiva de nuestras vidas para el aprendizaje de estas destrezas. Si somos capaces de comprender, reconocer y expresar las emociones propias y ajenas, proporcionando educación emocional en el entorno familiar, podremos crear una familia con una alta inteligencia emocional.

Ya lo decía Daniel Goleman:

La vida en familia supone nuestra primera escuela para el aprendizaje emocional, en tan íntimo caldero aprendemos qué sentimientos abrigar hacia nosotros y cómo reaccionarán los demás a ellos, qué elecciones tenemos a la hora de reaccionar o cómo interpretar y expresar esperanzas o temores; esta escuela emocional funciona no sólo a través de lo que los padres dicen o hacen directamente a los niños, sino también en el manejo de sus propios sentimientos, con ellos y su pareja (Goleman, 2014, p. 20).

La familia es la primera red de apoyo de las personas y la más cercana, por esta razón es importante promover un ambiente familiar sano en donde se brinden los recursos necesarios para un buen desarrollo personal y social de los individuos.

Considerando lo anterior, se presentan contenidos relacionados con el aspecto emocional debido a que las emociones juegan un papel importante en las relaciones intrafamiliares complejas, Bisquerra define la emoción como: "Un estado complejo del organismo caracterizado por excitación o ansiedad" (Bisquerra, 2001, p. 15).

Lo anterior remite al concepto de inteligencia emocional, definida por Goleman, como la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos y los de los demás, de motivarnos y de manejar adecuadamente las relaciones (Goleman, 2014, p. 12).

La familia juega un papel importante en el fomento de esta habilidad a lo largo de la infancia y adolescencia y realiza un aporte significativo para que el niño aprenda las habilidades necesarias para un buen desarrollo social, convirtiéndose la familia en un espacio más relevante para este aprendizaje en las relaciones personales.

En el funcionamiento de la familia se experimentan diariamente diversas emociones, que expresan actitudes ante situaciones específicas en las que se debe aprender a afrontarlas para no afectar el funcionamiento de la familia (Franco, 2017, p. 157-182).

Siguiendo esta línea de pensamiento, la comunicación familiar se ha convertido también en el fundamento del sistema familiar, que se define como procesos simbólicos transaccionales que ocurren dentro del sistema familiar y dan significado a los acontecimientos cotidianos (Gallego, 2006, p. 28).

El desarrollo de las personas como individuos sociales comienza en la familia, es decir, es el inicio de la formación del yo, en un entorno social determinado; además, la familia cumple funciones como la preparación para roles sociales, control de impulsos, desarrollo de valores, fuentes de significado, selección de metas para el desarrollo de la personalidad, y esta socialización permite que el niño se convierta en un miembro activo de la sociedad. Por tal razón, es importante, crear un ambiente estable en casa y que todos los miembros de la familia se sientan en confianza y seguros de sus actuaciones.

Es primordial, desarrollar la empatía y ser comprensivos con los miembros de la familia y la sociedad en general, aprender a regular las emociones, ya que nos permite desarrollar habilidades como la empatía, la resiliencia o la aceptación y aunque parezca sin importancia, el hecho de dar cariño y afecto a través del tacto, las caricias o los abrazos sirven para reforzar el vínculo afectivo y de confianza.

De este modo, los adultos de la familia son modelos a seguir para los niños pequeños, por lo que es importante que tengan una buena salud emocional y sean capaces de expresar y gestionar bien sus emociones.

Análisis artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como un requerimiento judicial

Previo a analizar el art. 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es preciso señalar que el progenitor que retenga indebidamente a su hijo, tendrá como sanción la indemnización y reparación al padre afectado, e incluso la medida de apremio personal en su contra; sin embargo, nos encontramos en un disyuntiva, ya que la afectación que produce la retención indebida de un menor, es realmente compleja, ya que acarrea consecuencias psicológicas, jurídicas, emocionales y afectivas, que generan el menoscabo de los derechos sustanciales de los niños, niñas y adolescentes, ya que su derecho al desarrollo integral se ven seriamente afectados por las discordias y desavenencias entre sus progenitores. Por tal razón, es necesario analizar esta norma ya que surgen varias aristas al respecto.

El Art. 125 de Código de la Niñez y Adolescencia, establece:

Retención indebida del hijo o la hija. El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargada otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá

ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

Al realizar un análisis respecto de lo que está establecido en el artículo 125 *ibídem*, se puede señalar que son dos panoramas, por un lado, la retención indebida de un menor y por otro la obstaculización al régimen de visitas.

Al hablar de la retención indebida de un menor, se puede manifestar que es cuando el padre, la madre o cualquier familiar, que gocen de la patria potestad, tenencia o tutela, retengan indebidamente del menor.

En primer lugar, se reclamará la recuperación de un menor través de orden judicial, para lo cual, con base en el principio del interés superior del niño, también se procederá inmediatamente a dictar la orden de allanamiento del inmueble en donde se encuentre retenido el menor.

En el segundo caso, si uno de los padres se retrasa en el régimen de visitas o el padre requerido no cumple con la resolución judicial, el juez impondrá restricciones personales, luego solicitará el apoyo del equipo técnico y finalmente dirimirá; sin embargo, en caso de oposición por parte del padre o madre, el juzgador dispondrá inmediatamente las medidas que le otorga la ley.

Partiendo de que el objetivo de la recuperación es devolver al niño a sus padres o a personas adecuadas para su cuidado, la legislación ecuatoriana actual no prevé procedimientos claros de recuperación de menor. La norma establece en términos muy generales que, si un padre sin custodia retiene ilegalmente a un hijo o una hija, este puede ser incluso detenido. El objetivo es recuperar al menor y devolverlo a su progenitor a cargo, y en este punto es cuando el juzgador debe formular sus criterios para justificar la entrega del menor.

Ahora bien, el artículo 77 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone: Que el encargado de adoptar medidas sustanciales para lograr el retorno familiar del niño, niña o adolescente es el Estado; en concordancia con lo mencionado, el artículo 79 del mismo cuerpo legal, que detalla las medidas de protección que se pueden aplicar en casos de retención a niños, como el allanamiento del lugar, conforme se había mencionado anteriormente, así

también, amonestaciones al progenitor agresor y suspensión de lo establecido referente a visitas (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

Es importante señalar que existe una consulta por parte del presidente de la Corte Provincial de Pichincha hacia la Corte Nacional de Justicia – Absolución de consultas con criterio no vinculante, en la cual se pregunta: En las causas de retención indebida de un menor ¿se procede por retención indebida o por obstaculización del régimen de visitas?

Ante lo cual la Corte Nacional se pronuncia: “Cuando se trate de retención indebida por parte de los progenitores o de cualquier persona en los casos que la patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, se procederá con una medida ante la autoridad competente por encontrarse en peligro eminente el niño, niña o adolescente, en los casos de obstaculización al régimen de visitas, se tendrá la obligación de poner en conocimiento al juez que conoce y resolvió el régimen de visitas por existir falta de cumplimiento de lo ordenado por la propia autoridad”.

Pese a que la consulta no goza de carácter vinculante, es sustancial que los jueces consideren la misma, a fin de no vulnerar los derechos de ambas partes procesales y prevalezca ante todo el interés superior del menor en este tipo de procesos.

Recuperación del menor y sus efectos

Al respecto, se puede explicar que es aquella restitución inmediata de un menor con sus padres o representantes legales, por lo que es deber del Estado garantizar que la niña, niño o adolescente sea devuelto y goce de un correcto desenvolvimiento.

Se puede expresar algunos conceptos:

Recuperación: Es la acción de volver a tomar, rescatar, volver la cosa a su estado normal, acción de recuperar algo o alguien.

Retención de menor: Se refiere a la sustracción o separación unilateral e injustificada de una niña, niño o adolescente de la persona que legalmente detenta su guarda y custodia, ocultándolo o trasladándolo lejos de su lugar de residencia habitual.

Obstaculización al régimen de visitas: Es la obstrucción del régimen de visitas y el mismo representa una doble vulneración de derechos, evita que el menor

pase tiempo con su progenitor o familia ampliada, es una clara afectación que impide formar un vínculo afectivo pese a estar previamente fijado por mutuo acuerdo o judicialmente.

Según Cillero, se entiende por recuperación en el derecho de familia, lo siguiente:

Al comprender los conflictos familiares, en cuanto a las diferencias, en cuanto a la forma de compartir los cuidados de los hijos y de disfrutar de ellos se convierten en pugnas de custodia y el régimen de visitas, donde lo que se discute ni siquiera es la forma de compartir al menor, sino la propia permanencia, en la batalla legal de la familia el término custodia se convierte en sinónimo de propiedad, mientras el régimen de visitas manifiesta lo contrario (Cillero, 2008, p, 23).

En el primer evento, estamos frente a la Recuperación del niño, niña y adolescente, tal como lo señala el artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, siendo la única norma en toda la legislación ecuatoriana que hace referencia a la recuperación del niño, niña y adolescente, dejando en claro que, la recuperación a la que se hace referencia, guarda relación solamente a la que se da en territorio nacional, sin embargo, es imprescindible realizar un breve análisis a la misma, a efectos de determinar qué parámetros también tendrían plena validez para la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, que será analizada en el acápite siguiente.

Es necesario mencionar que no solo los padres, pueden solicitar la recuperación sino aquellos que ejercen la tutela o custodia de un menor, es decir también pueden los familiares o personas designados por el juzgador como tutores de niños y adolescentes en ausencia de los padres. Por lo que la acción judicial o figura legal en Ecuador, se llama Recuperación de Menor, misma que tiene como punto de partida el análisis de conocer quien retiene sin motivo justificable al menor y consecuentemente ordenar su recuperación.

Además, es menester mencionar que previamente a la recuperación de un menor, el juez debe analizar además los motivos legítimos o acciones que puedan amenazar la vida de un niño o joven y determinar la situación que genera un riesgo

grave o inminente que pueda afectar el desarrollo general del niño, niña o adolescente.

Si quien retiene al menor se niega a cumplir con la disposición emanada por el juez, la Policía Nacional acatando la orden judicial, tiene la facultad de allanar el domicilio donde se encuentre el menor y trasladarlo hacia el juez, quien en caso de oposición convocará inmediatamente a audiencia a fin de investigar cuales son las razones de la retención de un menor.

Es importante señalar que, dentro de nuestra legislación no se encuentra tipificado un tipo de procedimiento cuando tratamos de recuperación de menores, no obstante, de aquello en la práctica se los realiza mediante tramite “SUMARIO-MEDIDAS DE PROTECCIÓN, por tal motivo en cuanto a la aplicación e interpretación, la ley establece que tiene que ser la más propicio.

Al existir violaciones o negligencia de los derechos de los niños y jóvenes, ninguna autoridad judicial o administrativa podrá justificar la ausencia o falta de normas o procedimientos jurídicos; las leyes, términos y condiciones del ordenamiento jurídico en acciones y contratos que involucren o conciernen a un niño o joven, deben interpretarse de conformidad con el principio del interés superior del niño.

Los organismos que intervienen son: DINAPEN, Junta Cantonal de Protección de Derechos, Juzgados de Familia Mujer Niñez y Adolescencia de la circunscripción territorial donde se encuentren los menores.

Así mismo, es relevante citar el artículo 121 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece:

Recuperación del hijo o hija. - Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre el ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

Esta normativa es aplicada a situaciones en las que un niño o un joven es detenido y llevado fuera del país, siempre que el traslado del niño desde

el país de nacimiento a un país extranjero constituya una violación de los derechos de los niños y jóvenes.

La autoridad judicial buscará arreglos para ayudar al menor a regresar al país de origen con sus padres o custodios y, el juez nacional a través de exhorto solicitará a la autoridad competente del país en donde se encuentre el menor.

Estas reglas son comprensibles para situaciones específicas donde los niños son detenidos injustamente fuera del país; después de considerar la recuperación de menor desde el punto de vista jurídico procedimental, es necesario indicar que esta circunstancia afecta negativamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es decir afectan su estado físico, psicológico y emocional, perjudicando su bienestar.

Por lo que, una vez analizada la figura de la recuperación de menor, se puede ultimar que los efectos jurídicos que conlleva dicha acción, es que el juez investido de autoridad, ordene el apremio personal con allanamiento en el lugar en donde se encuentre retenido el menor, a fin de preservar sus derechos.

En conclusión, se puede señalar que la finalidad de la recuperación de menor es restituirlo hacia el progenitor o custodio, quien brindará el cuidado y protección necesaria tanto física como emocional.

Apremio personal derivado de retenciones indebidas de un menor y obstaculizaciones al régimen de visitas (análisis judicial de última ratio)

El apremio es una disposición coercitiva dictada a aquella persona que determina la ley, a fin de que cumpla con determinada o tal cosa, estas medidas se utilizan con el objetivo de exigir a las personas cumplan con las leyes impartidas.

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE)., en su glosario encontramos el significado de Apremio: “Oprimir, apretar”, entendiéndose como un mandato de una autoridad judicial competente que debe ser obligada a su mera realización con prontitud” (Real Academia Española, 2023).

Para Ricardo Izurieta en su obra Derecho de Familia al referirse al apremio personal, manifiesta:

“El apremio personal, constituye una medida de presión y fuerza creada por la ley para obligar al cumplimiento de orden judicial, en primera instancia se extiende por un término determinado y en caso de reincidencia se

contempla un término máximo, sin que bajo ningún concepto se pueda extender la vigencia de dicha medida coercitiva. (...)” (Izurieta, 2005, p. 18).

Apremio: Mandamiento de autoridad en virtud del cual se obliga a una persona a que haga o cumpla una cosa. (Diccionario de Términos Jurídicos)

Cabe señalar que la finalidad del apremio es compeler a las personas a que cumplan con la orden del juez, como el pago de alimentos o incumplimiento de orden judicial, entendiéndose también que el apremio puede ser real o personal.

Sin embargo, al mencionar al apremio derivado de las Retenciones Indebidas de un menor y Obstaculizaciones al Régimen de Visitas, es de última instancia ya que son pocos los casos que forman parte de las estadísticas.

Es menester señalar que para que un juez dicte apremio personal en contra del transgresor de la ley, esta decisión debe ser de última instancia, ya se aplica en escasas circunstancias, cuando se detecta que la situación va en detrimento del interés superior del menor al ser este un grupo vulnerable.

El artículo 134 del Código Orgánico General de Procesos, señala: “que las medidas de apremio deben gozar de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, por lo tanto, se dispone que toda norma legal debe imponerse sancionando la gravedad del delito como principio jurídico”. (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

En Ecuador, los apremios personales con relación al progenitor o custodio que retenga al menor, no son muy comunes, ya que generalmente cuando la autoridad judicial ordena la recuperación, también ordena el allanamiento del domicilio donde se encuentre retenido el menor, logrando así una recuperación satisfactoria; en la práctica no existe mayor impedimento para entregar a un menor, no obstante, cuando existe oposición y definitivamente no hay otra salida, se dispone el apremio personal de la persona que retiene al menor.

Cabe indicar que, en caso de otorgarse el apremio personal, la ley no establece un plazo específico para la privación de la libertad, así como tampoco define si se trata de un apremio parcial o total, por lo que queda a discreción del juzgador el tiempo de aprehensión.

Hábeas corpus como mecanismo para garantizar la aplicación de última ratio del apremio personal en obstaculización al régimen de vistas y retención indebida de un menor

La acción de hábeas corpus de conformidad al Art. 89 de la Constitución, tiene por objeto: “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privada de la libertad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Cabe señalar que el hábeas corpus se otorga ante las detenciones personales totales o parciales misma que deben ser estrictamente proporcionadas y que deberán aplicarse comprobando si se cumplen las medidas necesarias para aquello.

Debemos hacernos la pregunta, ¿El hábeas corpus en temas de incumplimiento en el régimen de vistas, cuando procede?

Al respecto, es necesario destacar que el Ecuador, es un Estado constitucional de derechos y de justicia conforme lo prescribe la Constitución, es un estado garantista de los derechos en el que prevalece la norma suprema, leyes y reglamentos, no obstante de aquello, debemos abordar cuál es la procedencia del otorgamiento del hábeas corpus y para ellos debemos analizar dos casos: el primero cuando el juez verifica que la detención fue ilegal y arbitraria y en el segundo caso, cuando al momento de la privación de la libertad, se haya incumplido con los requisitos y procedimientos establecidos en la ley.

Por lo que el hábeas corpus procede frente a una medida de apremio personal relacionada con el artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuando se analiza lo ilegal o arbitraria que puede ser la privación de la libertad (Código De La Niñez Y Adolescencia, 2003).

Por lo expuesto, es importante agotar todos los mecanismos de recuperación de un menor al incumplir su progenitor el régimen de visitas y se debe interponer la medida de apremio personal, únicamente de manera temporal, hasta que se asegure su cumplimiento, es decir, solamente hasta que el menor sea entregado al otro progenitor.

De tal manera que, la privación de libertad en los casos mencionados, deberán aplicarse durante el menor tiempo posible, logrando un desarrollo normal del régimen de visitas, generalmente la autoridad dicta el apremio por el término de ocho días y cuando esto se cumpla, se ordenará la liberación inmediata del privado de libertad.

Al hablar de las audiencias, estas deben estar apegadas al debido proceso y esto implica la conducción de un juez imparcial, que respete el derecho de defensa y que permita a las partes procesales debatir los argumentos y pruebas, con el objeto de que el juez aplique estrictamente la ley y motive su decisión, es decir los motivos por los cuales se vio obligado a imponer el apremio personal, en casos de retenciones indebidas de un menor.

Por tanto, se puede decir que estas medidas requieren mucho análisis en términos de tiempo, espacio y situación, por tal razón en el segundo capítulo se analizará a fondo la sentencia Nro. 12-jh/21 y acumulado de la Corte (Sentencia No. 200-12-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 12).

CAPITULO II: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA NO. 200-12-JH/21 Y ACUMULADO: APREMIO PERSONAL DERIVADO DE RETENCIONES INDEBIDAS Y DE OBSTACULIZACIONES AL RÉGIMEN DE VISITAS

Dentro del segundo capítulo analizaremos la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador No. 200-12-JH/21 y Acumulado, emitida el 01 de diciembre de 2021, en donde se observan las acciones de hábeas corpus presentadas con relación al artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, así como los parámetros para evitar que la privación de libertad se torne ilegal o arbitraria. Así también se observará los dos procesos judiciales, bajo nuestro ordenamiento jurídico, la dogmática de los principios constitucionales, y los lineamientos considerados al otorgar medidas a favor del menor, respetando así sus derechos constitucionales mismos que deberán ser considerados por las autoridades judiciales o administrativas (Sentencia No. 200-12-JH/21 , Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 1-30).

A continuación, se procederá a identificar los hechos más relevantes que derivaron la sentencia que motiva este análisis y los parámetros generales para evaluar el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Puntualizaciones Metodológicas

En el presente trabajo se aplicó el método deductivo y el de análisis de casos. Al hablar del método deductivo, el mismo abarcará dentro del primer capítulo donde se analiza los parámetros para evitar que la privación de libertad se torne ilegal o arbitraria y los parámetros que deben considerar las autoridades competentes al momento de otorgar medidas a favor del menor. Posteriormente en el segundo capítulo se abarcará lo relacionado al apremio personal derivado de retenciones indebidas de un menor y de obstaculizaciones al régimen de visitas, en donde se exponen los elementos esenciales que abarca la Corte Constitucional para tutelar los derechos del menor.

Antecedentes del caso concreto

Caso UNO.

La señora L.E.T.S, el día 16 de noviembre del 2011, amparada en el art. 106, numeral 2 y artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, presenta una solicitud para la recuperación de su hija N.N en contra de D.I.F.C padre de la menor.

El Juez competente avoca conocimiento de la causa, mediante el auto de fecha 17 de noviembre del 2011, dispone lo siguiente: enviar atento oficio al jefe de la Policía Nacional del Cantón Naranjito, a fin de que ordene a uno de los señores Policías a su mando y procedan a la recuperación de la menor [NN], y de ser necesario se practique el allanamiento quien se encuentra en poder de su padre el señor D.I.F.C.

Con fecha 28 de mayo del 2012, la señora L.E.T.S. manifiesta que pudo recuperar a la niña, sin embargo, solicita la recuperación nuevamente puesto que ambas habrían ido a vivir junto al señor D.I.F.C, y él la “botó” de casa, quedándose únicamente con la niña. El 29 de mayo del 2012 se vuelve a disponer mediante oficio dirigido a la Policía Nacional del Cantón Naranjito, la recuperación de la menor.

El señor D.I.F.C. se pronunció mediante un escrito de fecha 1 de junio del 2012, donde expone la resolución que emitió la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del cantón Naranjito, aclarando que la niña está bajo la protección del señor D.I.F.C en compañía de la abuela paterna, por lo cual se solicita suspensión de la recuperación.

El jefe del Distrito de Naranjito mediante oficio N° 414- SR-C-N con fecha de 4 de junio del 2012, pone en conocimiento la imposibilidad de recuperar a la menor, adjuntando el parte policial señalando que tomó contacto con F.A.I.Q (conviviente de la abuela del menor). donde manifiesta que su conviviente (abuela materna). D.P.C.G viajó junto a la niña a la ciudad de Guayaquil.

La señora L.E.T.S el 4 de junio del 2012 solicita el apremio personal para D.I.F.C y D.P.C.G por la retención ilegal de su hija. El 6 de junio del 2012 la Junta Cantonal de Naranjito ingresa un escrito solicitando: (...). de acuerdo al INTERÉS SUPERIOR Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia que esta [sic] orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de la niña e impone a todas las Autoridades Administrativas y Judiciales el deber de ajustar nuestras decisiones y acciones, y Art. 12 CNA PRIORIDAD ABSOLUTA considerando señor Juez que aunque la madre es menor de edad, la niña tiene menos de 5 años, le solicitamos CONFIRME nuestras medidas de Protección, se SUSPENDA la recuperación, se envíe oficio a la Trabajadora Social del Centro Protección de

Derechos para que remita un informe PSICO-SOCIAL de la niña y su entorno, además de que Art.14 CNA ninguna Autoridad Administrativa y Judicial podrá invocar falta o insuficiencia de Norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

El 7 de junio se solicita apremio personal por parte de la señora L.E.T.S. en contra de D.I.F.S (padre)., D.P.C.G (abuela). y F.Q.I (conviviente de la abuela). El 8 de junio del 2012 se informó del apremio personal a F.Q.I.

El 14 de junio la señora L.E.T.S se niega ante la posibilidad de darle la libertad a F.Q.I. puesto que a pesar de la detención no se había logrado la recuperación de la niña. El señor F.Q.I el 15 de junio del 2012 presenta un escrito donde menciona no tener ningún vínculo con la niña, es el padre quien vive con ella, motivo por el cual alega una detención ilegal y arbitraria al no existir pruebas convincentes.

El 24 de julio del 2012, el Juez de Naranjito ordena la intervención de la Oficina Técnica de la Unidad Judicial Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con la finalidad de “tener mayor información y conocimiento de la causa”.

Procedimiento administrativo N° 29-2012 ante la Junta Cantonal de Naranjito.

El señor D.I.F.C presenta una denuncia ante la Junta Cantonal con fecha de 17 de febrero del 2012, donde anuncia presunto maltrato físico y psicológico por parte de L.E.T.S hacia la hija de ambos de un año y ocho meses. La Junta Cantonal de Naranjito convoca a una audiencia de conciliación, en la cual dispone como medidas de protección “custodia emergente” en el hogar de la abuela paterna D.P.C.G, bajo el cuidado de su padre D.I.F.C. y las salidas que tenga con la madre L.E.T.S sean mediante permiso y vigiladas por el padre. Posterior a eso, se llegó a audiencia de pruebas el día 5 de abril del 2012 y se dispuso el alejamiento temporal de la madre y que conviva con la menor previa coordinación con el padre.

Del proceso de hábeas corpus N° 61-2012.

La acción del hábeas corpus tiene como finalidad la recuperación de la libertad hacia una persona que se encuentra privada de su libertad de forma injusta, es aquella garantía que resguarda y protege la protección de la libertad personal.

El señor F.Q.I presenta la acción de hábeas corpus donde alega que fue privado de su libertad de forma injusta e ilegal, el 6 de julio del 2012 se dio a cabo la audiencia donde se resolvió la libertad inmediata de F.Q.I.

Caso Dos

Proceso Judicial sobre obstaculización del régimen de visitas

Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Calderón del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, Juicio N° 17986-2014-1175.

Antecedentes procesales.

Mediante resolución de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Calderón del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, resuelve el régimen de visitas fijando como horario los días sábados de 09h00 a 14h00 con el objeto de que el señor C.T.N.R pueda visitar a sus hijos.

El 22 de mayo del 2015 se suspende temporalmente el régimen de visitas por el lapso de sesenta días, en virtud a la solicitud presentada por la señora M.R.T.L madre de los menores, se ordena a las partes someterse a terapias psicológicas, a fin de que toda decisión no sea envuelta en conflicto y tengan una comunicación asertiva para obtener acuerdos en beneficio a los menores evitando la vulneración de derechos y prevaleciendo el interés superior del menor.

Con fecha 23 de diciembre del 2015 el juez ordena la continuación del régimen de visitas, y la señora M.R.T.L interpone recurso de apelación, ante lo cual la Sala Especializada de la Corte Provincial de Pichincha el 18 de febrero del 2018 resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto, para lo cual el señor C.N.R debe cumplir con visitas acompañadas por el Equipo Técnico en la Sala Lúdica.

C.N.R presenta una demanda en la cual solicita la fijación del régimen de visitas, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Calderón del Distrito Metropolitano de Quito, niega en razón que el señor C.N.R ya que presenta antecedentes de violencia intrafamiliar, siendo esto demostrado por la parte actora la señora M.R.T.L madre los menores quien tiene a su favor boletas de auxilio en contra de C.N.R.

C.N.R nuevamente interpone una demanda, en sentencia del 21 de noviembre del 2019 y se acepta la demanda de forma imparcial.

Posteriormente, el Juez dispone apremio personal total a la señora M.R.T.L hasta por ocho días por obstaculización al régimen de visitas, ya que en sentencia del 21 de noviembre se estableció la asistencia personal y obligatoria de los menores, no obstante, la señora M.R.T.L solo hacia acto de presencia alegando la negativa de sus hijos, esto pone en evidencia la falta de aceptación de lo que se resolvió.

Del proceso de hábeas corpus N° 05202-2020-00167.

La señora M.R.T.L presenta una acción de hábeas corpus en contra del juez de la Unidad Judicial de Calderón del DMQ, el 3 de febrero del 2020 se ordena la liberación inmediata de la señora M.R.T.L por parte de la Unidad Judicial de Familia, Mujer y Adolescencia.

Análisis de las decisiones de primera y segunda instancia

1er Caso.

Al analizar el 1er caso respecto al proceso judicial No. 09326-2011-0538HA de retención indebida de la niña NN, se puede señalar que el Juez Vigésimo Sexto Multicompetente del cantón Naranjito, avocó conocimiento y ordenó la recuperación inmediata de la menor NN a favor de su madre; sin embargo, meses más tarde, la madre manifestó que regresó a vivir con el padre de la menor, pero que posteriormente la botó de la casa donde residían quedándose el padre con la menor. Frente a este último hecho, evidentemente, el juez ordena lo que en derecho corresponde, es decir nuevamente la recuperación de la menor a favor de su madre, cumpliendo con lo establecido con el art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia.

No obstante, el padre de la menor da a conocer que la Junta de Protección de Derechos le otorgó medidas en su favor y solicitó se suspenda la recuperación. Frente a este último antecedente, considero que el juez, al tener conocimiento de la existencia de las medidas otorgadas por la Junta de Protección de Derechos, debió suspender la recuperación y solicitar al Equipo Técnico de la Unidad Judicial, realice una investigación psicosocial, a fin de contar con mayores elementos, que puedan determinar si las medidas otorgadas fueron idóneas o no, para la menor.

Por lo tanto, se considera que el juez antes de disponer el apremio personal del padre, abuela paterna y su conviviente, debió identificar el grado de parentesco que cada uno tenía con la menor, ya que la pareja de la abuela paterna, no tenía relación de familiaridad o parentesco alguno con la niña. Considero, que el juez al disponer el apremio personal en contra de las tres personas, primero debió identificar cuál de todos tenía retenida a la menor, o a cuál de los tres fue encargada la tenencia, patria potestad o custodia; sin embargo se nota que el juez no efectúa ningún tipo de análisis pormenorizado y profundo a fin de determinar el parentesco de la niña, lo que conllevó a la vulneración de derechos constitucionales al disponerse además la detención del conviviente de la abuela, quien al verse detenido, solicita el hábeas corpus por ser ilegal y arbitraria su detención.

Es necesario indicar que, el apremio en algunos casos y en especial en la obstaculización al régimen de visitas es de última ratio, por lo que ordenar la detención de una persona vulnera seriamente su derecho a la libertad, a la vida y a su integridad física. Los administradores de justicia deberían evitar ordenar el apremio para la persona que obstaculice las visitas, ya que dicha detención podría tornarse ilegal, arbitraria o ilegítima como es el caso que nos atañe. Sin embargo, existen casos que es obligatorio disponerlo, pero como una medida estrictamente necesaria y proporcional

El juzgador en su capacidad de raciocino que le caracteriza, debe identificar las circunstancias que le obligan a dictar apremio personal, por ejemplo, cuando exista antecedentes de violencia intrafamiliar, peligro inminente, caso fortuito o fuerza mayor, que le obliguen a actuar de manera inmediata y proteger la integridad física y psicológica de un menor, conforme lo establece el art. 66 de la Constitución de la República.

2do Caso.

Entre los argumentos de fondo dentro de la causa de Régimen de Visitas signada con el No. 05202-2020-00167, debemos indicar que se estableció un régimen de visitas de común acuerdo entre el señor Carlos Trajano Naranjo Real y la Señora Margarita Rocío Tauris Litardo, esto es, los días sábados de 09h00 a 14h00.

Subsiguientemente la madre de los menores solicita se revoque el régimen de visitas, ante lo cual el juez suspende las visitas por 60 días. Posteriormente el juez dispone se reanuden las visitas de los menores con su padre, hecho ante lo cual la madre se opone y apela ante la Corte Provincial en cuyo tribunal se aceptó la apelación interpuesta y en consecuencia se revocó la resolución venida en grado dejando a salvo el derecho al padre de presentar un nuevo incidente al régimen de visitas.

Carlos Trajano Naranjo Real presenta una nueva demanda de régimen de visitas, el juez otorga parcialmente el régimen de visitas, sin embargo, la madre de los menores nuevamente apela la decisión del juez de primer nivel.

El juez previene a la madre de los menores, ya que a su criterio habría incumplido con lo ordenado en sentencia y la madre por segunda ocasión apela al Órgano Superior.

El juzgador ante la obstaculización al régimen de visitas, dispuso el apremio personal total en contra de la señora Margarita Tauris Litardo, por hasta 8 días.

Más tarde, el Tribunal de Alzada, ante la apelación de la madre de los menores, aceptó parcialmente el recurso de apelación y reformó la sentencia venida en grado.

Ante la orden de apremio total la madre de los menores, solicita su libertad a través de un hábeas corpus, a través del cual se declaró la detención inconstitucional, se ordenó su inmediata libertad y se dispuso terapias psicológicas por las posibles afectaciones que pudieron haber sufrido los menores.

Es necesario analizar que, dentro del presente caso, el juez al ordenar el apremio en contra de la señora madre de los menores que obstaculizaba el régimen de visitas, no valoró la situación en la que quedaban los niños, ya que en el marco que versaban sus derechos, se les estaba vulnerando el interés superior del menor, ya que al ser la madre la única persona que cuidaba a sus hijos, al privársele la libertad no podía velar por el cuidado y protección de ellos.

Así también, si bien es cierto, el juez dictó apremio personal, pero no determinó si el apremio era total o parcial lo que conllevó a que el apremio se torne inconstitucional, además por la situación de riesgo y vulnerabilidad de los niños, al encontrarse en total desamparo.

Finalmente en los dos casos, los jueces de primer nivel cometieron una serie de desaciertos de orden constitucional, pues violentaron el principio de tutela judicial efectiva art. 11 de la Constitución y debida diligencia art. 172 ibídem, al disponer el apremio personal sin analizar los parámetros fácticos de cada caso, si bien es cierto la obstaculización al régimen de visitas tiene sus implicaciones especialmente para los menores, sin embargo no es menos cierto que el apremio personal total tiene implicaciones para los representantes apremiados de los menores, ya que la persona apremiada pierde su libertad que es un derecho tan anhelado y además los menores pueden ser afectados emocionalmente ya que sus progenitores son generalmente quienes brindan cuidado y protección, por lo tanto al estar detenidos los menores quedan sin su custodia muchas veces en total abandono (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, Artículo 11, 172).

En este análisis, es preciso señalar que, dentro de los dos casos ya citados, únicamente en el caso de obstaculización al régimen de visitas, la causa fue remitida en apelación por dos ocasiones, ya que la madre de los menores solicitaba la revocatoria de la resolución del régimen de visitas dispuesto por el juez de primer nivel. Ante lo cual los Jueces se pronunciaron, en el primer incidente, revocando la sentencia venida en grado; y, por otro lado, aceptando parcialmente la sentencia de primer nivel.

En estos dos casos claramente se puede evidenciar que la Corte hizo un análisis respecto al estado de vulnerabilidad de los menores, así como también analizó el riesgo que corren los menores al estar en situación de presunto abandono, es decir la Corte se pronunció a fin de garantizar que no se conculque derecho constitucional alguno.

El Tribunal de Alzada hizo un análisis minucioso respecto de los hechos fácticos de este caso y la razón por la cual los niños se encontraban en riesgo con su progenitor, a tal punto de ordenar terapias psicológicas a fin de restablecer vínculos familiares. Se puede deducir que, frente a este análisis, es importante mantener relaciones afectivas, permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parentela en pro de los niños.

Ahora bien, al hablar de la justicia constitucional, ya analizamos los hábeas corpus presentados en los dos casos; en el primer caso: la el progenitor o cualquier

persona que retiene indebidamente al menor, a quien no le se ha confiado la tenencia o tutela; y/o, el padre, madre u otra persona a la que se le ha encargado la custodia o tenencia del menor, quien obstaculiza el régimen de visitas.

Es importante indicar, que se reconoce a los apremios personales, como medidas coercitivas que aplican los jueces, a fin de que sus decisiones se cumplan, estas medidas deben ser idóneas, necesarias y proporcionales.

En tal sentido, al dictarse el apremio personal en contra del señor Félix Quinteros Ibarra y contra la señora Margarita Tauris Litardo, los mismos no fueron previamente estudiados, ya que las medidas se dictaron de manera expedita sin análisis previo alguno, razón por la cual al momento de presentarse la acción constitucional de hábeas corpus, los jueces la admiten a trámite y disponen la inmediata libertad de los apremiados.

Nuestra Constitución en su artículo 89 establece:

Que la acción de hábeas corpus tiene por objeto: recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Así también lo recoge la Corte Constitucional, que ha mostrado que el hábeas corpus protege a las personas privadas de su libertad, al menos en dos momentos:

1). Cuando una persona está privada de libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, hay una violación al derecho a la libertad de movimiento, y lo que procede es disponer su inmediata libertad. 2). Cuando una persona está privada de su libertad de forma legal y legítima, hay violaciones o derechos que se producen por las condiciones de privación de libertad y lo que procede es reparar esas violaciones (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, Artículo 89).

Por lo expuesto, lógicamente en los dos casos de hábeas corpus, el Estado a través de sus juzgadores adoptaron decisiones a fin de evitar provocar vulneración de derechos constitucionales.

Análisis de la Corte Constitucional del Ecuador

La Corte Constitucional dentro del Caso No. 200-12-JH y Acumulado, examina las acciones del hábeas corpus con relación a los apremios personales emitidos en los procesos judiciales, respecto del artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia; por lo que la Corte Constitucional, determina el origen del hábeas corpus en este tipo de procesos, instituyendo medidas para evitar que la privación de libertad se torne arbitraria y/o ilegal.

En el primer caso de retención indebida del menor, la persona a la que se le confió la tenencia o tutela del hijo/a y que impida la recuperación podrá ser requerida judicialmente para la inmediata entrega del niño, niña o adolescente.

Con relación al caso de obstaculización al régimen de visitas, cuando exista impedimento por parte de la persona a la que se le confió la tutela o tenencia del niño, podrá solicitarse la detención siempre y cuando se analice alguna presunta situación de riesgo para los menores.

La Corte también prevé que, en los casos de obstaculización de un menor, podrá disponerse el pago de indemnizaciones y en último caso disponerse el apremio personal, sin perjuicio de que al encontrarse un menor en estado de riesgo se dispondrá inclusive el allanamiento del lugar con el apoyo de la Policía Nacional.

Bajo este contexto, el apremio personal debe ser entendido como una medida netamente coercitiva excepcional, breve y desvinculada del ámbito penal (Asamblea Nacional, 2009, Artículo 43).

Con las premisas antes enunciadas en varias sentencias de la Corte Constitucional respecto de la privación ilegal de la libertad esta puede ser:

Material, es decir cuando no hay estricto apego las causas, casos o circunstancias expresadamente tipificadas por la ley; y,

Formal cuando se incumplen los requisitos y procedimientos establecidos en la ley (Sentencia 202-19-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p.6).

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional al resolver esta sentencia, No. 200-12-JH/21 y Acumulado, realiza un análisis extenso y aborda la naturaleza jurídica de la acción planteada, por lo que a fin de cumplir con su cometido a mi parecer plantea tres problemas jurídicos que a continuación describo:

1. ¿Procede el apremio personal en relación a la retención indebida de los hijos o hijas y en la obstaculización al régimen de visitas de los hijos o hijas?
2. ¿Debe aceptarse el hábeas corpus al ser una detención ilegal o arbitraria?
3. ¿Cuál es la afectación de los menores, tratándose del apremio personal de las personas a las que ha sido encargada su patria potestad, tenencia o custodia?

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al Derecho

La Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación y control en materia constitucional, efectúa un amplio análisis sobre la pertinencia de dictar por parte del juzgador el apremio personal en los casos de retención indebida de un menor y obstaculización al régimen de visitas, para lo cual plantea para su procedencia parte del siguiente interrogatorio.

¿Procede el apremio personal en relación a la retención indebida y en la obstaculización al régimen de visitas de los hijos o hijas?

Ante lo cual, sostiene que el apremio como medida coercitiva debe ser dispuesto como mecanismo de ultima ratio, es decir, previo a ordenar la detención de una persona, debe analizarse cada caso, ya que lejos de ser una medida eficiente, contiene obstáculos procesales que impiden una verdadera protección tanto al apremiado como al derecho de los niños, niñas y adolescentes.

Existen otras alternativas a estas medidas, mismas que conllevan a un óptimo apoyo procesal, ya que, al dictarse el apremio personal, se las estaría confundiendo con aquellas que han cometido un delito, mismas que estarían siendo castigadas por el poder punitivo del Estado, peor aun tomando en cuenta lo que acontecen hoy en las cárceles de nuestro país.

¿Debe aceptarse el hábeas corpus al ser una detención ilegal o arbitraria?

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana esboza de manera objetiva la procedencia de aceptar o no la garantía jurisdiccional de hábeas corpus al detectar que la detención sea ilegal o arbitraria, ante lo cual plantea varios argumentos a saber:

En el párrafo 69 señala que el artículo 89 de la CRE, determina que el objeto del hábeas corpus es: “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”.

Además, sostiene que la LOGJCC, determina que esta garantía tiene por objeto: “proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona” (Asamblea Nacional, 2020, Artículo 43).

Acorde lo manifestado, la Corte Constitucional ha mantenido que el hábeas corpus ampara a las personas privadas de libertad, al menos, en dos circunstancias:

(1) Cuando una persona está privada de libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, hay una violación al derecho a la libertad de movimiento, y lo que procede es disponer su inmediata libertad; (2) Cuando una persona está privada de libertad de forma legal y legítima, hay violaciones a derechos que se producen por las condiciones de privación de libertad, y lo que procede es reparar por esas violaciones (Sentencia N°. 202-19-JH/21 párr. 85., 2021).

En el párrafo 76 sostiene que el hábeas corpus procede frente a una medida de apremio personal, dispuesta sobre la base de lo establecido en el artículo 125 del CNA, cuando la privación de la libertad es o pueda convertirse en ilegal y/o arbitraria.

El órgano de control, manifiesta que la detención se torna en ilegal y/o arbitraria cuando no se ha cumplido lo establecido en el párrafo i) de las conclusiones de la sentencia del análisis.

En base a lo expresado, los juzgadores deben disponer inmediatamente la libertad de los apremiados y garantizar en todo momento sus derechos constitucionales.

¿Cuál es la afectación de los menores, tratándose del apremio personal de las personas a las que ha sido encargada su patria potestad, tenencia o custodia?

Al hablar de la afectación de los menores, tratándose del apremio personal de las personas a las que ha sido encargada su patria potestad, tenencia o custodia,

debemos entender que su estado físico emocional, tiene graves afectaciones, porque no solo están tratando de sobreponerse a la separación de sus padres, sino también al alejamiento de la persona que les brinda cuidado y protección.

No solo repercute su desarrollo social, sino también su futuro, ya que, en muchas ocasiones al encontrarse en situación de abandono, caen en estado de vulnerabilidad, atrayendo problemas que a futuro se dificulte solucionarse, y puedan personas ajenas a su entorno familiar atentar contra su integridad física, psicológica y sexual.

Medidas de Reparación Dispuestas por la Corte Constitucional

Luego del correspondiente análisis de fondo, la Corte Constitucional dicta la sentencia en la que anuncia los siguientes puntos:

1. Declarar la sentencia para casos en concreto.
2. Disponer al Consejo de la Judicatura la publicación de esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses. i. En el plazo de siete meses, contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo de la Judicatura deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
3. Disponer al Consejo de la Judicatura difundir la presente sentencia por lo menos una vez a través del correo institucional, o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos los operadores de justicia del país, con particular énfasis en las áreas técnicas y jurisdiccionales que se encargan de temas de familia, niñez y adolescencia. i. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo de la Judicatura deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.
4. Disponer al Consejo de la Judicatura incluir el contenido de esta sentencia en los procesos de capacitación a todos los operadores de justicia, con particular énfasis en las áreas técnicas y jurisdiccionales que se encargan de temas de familia, niñez y adolescencia. i. En el plazo de sesenta días, contados desde la notificación de la presente sentencia, el Consejo de la Judicatura deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

5. Disponer a la Defensoría del Pueblo del Ecuador publicar esta sentencia en la parte principal de su página web institucional durante al menos seis meses. i. www.corteconstitucional.gob.ec En el plazo de siete meses contados desde la notificación de la presente sentencia, la Defensoría del Pueblo del Ecuador deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

6. Disponer a la Defensoría del Pueblo del Ecuador difundir la presente sentencia por lo menos una vez a través del correo institucional o a través de otros medios adecuados y disponibles a todos sus funcionarios. i. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, la Defensoría del Pueblo deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

7. Disponer a la Asociación de Juntas Parroquiales, a las Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia a nivel nacional, a la Policía Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN), por medio del Ministerio de Gobierno, difundir la presente sentencia por lo menos una vez a través medios adecuados. i. En el plazo de treinta días contados desde la notificación de la presente sentencia, estas entidades e instituciones deberán informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de esta disposición.

La Corte Constitucional tomando en consideración los hechos y efectos que causaron las decisiones de los juzgadores, emite medidas de reparación integral dirigidas a evitar que en el futuro los derechos de los menores y sus representantes sean vulnerados y existan repercusiones en el ámbito social y familiar.

La Corte conmina a los juzgadores que ordenen de manera excepcional el apremio parcial o total, así como dispone que valoren otros mecanismos de apremio a fin de que se cumpla con el objetivo de alcanzar la protección del menor. De igual forma se dispone que los operadores de justicia al momento de dictar la orden de detención, estas sean de carácter urgente y temporal a fin de que la reinserción del apremiado sea lo más pronto posible.

Se dispone que se ponga en conocimiento del Consejo de la Judicatura, Defensoría del Pueblo del Ecuador, Asociación de Juntas Parroquiales, a las

Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia a nivel nacional, a la Policía Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN)., por medio del Ministerio de Gobierno.

Estas medidas se disponen a fin de todas las entidades públicas tengan sensatez en estos casos y actúen de conformidad a los establecido por la Constitución y leyes de la República, a efecto que no se dicten apremios apresurados sin estudiar cada caso.

Análisis crítico a la sentencia constitucional

Previamente a analizar la sentencia que nos ocupa, es importante señalar que el proceso de selección y revisión de sentencias es una facultad de la Corte Constitucional, cuya finalidad es generar precedentes vinculantes en materia de garantías jurisdiccionales, todo esto a partir de la revisión de los hechos de un caso en concreto, tal y como lo determina el Art. 436 numeral 6 de nuestra Constitución.

La Sala de Selección de la Corte Constitucional es la encargada de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

Para que la Corte Constitucional pueda seleccionar una sentencia y revisarla, es necesario que ésta no sea susceptible de modificación alguna, es decir, que adquiera la calidad de cosa juzgada.

Ahora bien, para proceder a la selección de jurisprudencia vinculante, la Corte Constitucional se basa en los siguientes parámetros: a) Gravedad del asunto; b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial; c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional y d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

Al hablar de jurisprudencia vinculante, se puede determinar que es aquella cuya aplicación es obligatoria, misma que se establece como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

Para Jesús Casal Hernández, el efecto vinculante (Bindungswirkung) consiste:

En la obligación de respetar y acatar lo establecido en las sentencias dictadas en los procesos constitucionales, lo cual comprende no sólo la observancia del mandato que tales decisiones puedan dirigir a alguna autoridad, sino también el sometimiento de todos los organismos públicos a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento (Hernandez, 2004, p. 16).

Las decisiones de la Corte Constitucional tienen autoridad vinculante y son una fuente de jurisprudencia permanente, en el presente análisis su pronunciamiento tiene efecto erga omnes, por lo que sus decisiones deben ser consideradas por todos los juzgadores.

Por lo tanto, la Corte Constitucional constituye el máximo organismo de justicia constitucional en Ecuador, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, a través de las garantías jurisdiccionales en beneficio de todos quienes estén sometidos a nuestra Constitución.

A lo largo de estas líneas se ha citado varios aspectos importantes en relación a la procedencia de los apremios personales; sin embargo, la sentencia que nos concierne, sin duda es de gran relevancia en la vía constitucional, ya que reconoce y garantiza derechos establecidos en la Norma Suprema.

La sentencia No. 200-12-JH/21 es de gran importancia jurídica, ya que los administradores de justicia tienen más amplio el panorama al momento de dictar los apremios cuando existe retenciones indebidas de un menor u obstaculización al régimen de visitas; sin embargo, no se puede dejar de lado la seguridad jurídica art. 82 de la Carta Magna y el debido proceso art. 76 en sus pronunciamientos. (Constitución de la República, 2008)

Para disponer los apremios es necesario considerar cada caso, a fin que exista una interpretación sistemática del sistema jurídico ecuatoriano, en lugar de limitarse a la interpretación de una sola parte de la legislación constitucional, tal como sucedió con el juez de Naranjito y con el Juez de la parroquia de Calderón, quienes dispusieron las medidas de apremio sin considerar la base de la situación.

Dicho de otro modo, la sentencia genera un precedente jurisprudencial no solo para los juzgadores, sino para defensores públicos, funcionarios públicos, Policía Nacional y usuarios en general, ya que los abogados ya no solicitarán se dicte apremio personal, sino que se valorará previamente cada caso, ya que deberá

respetarse la seguridad jurídica y debido proceso en situaciones de características similares.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional

La decisión de la Corte Constitucional, es completamente acertada ya que se basa en los principios y derechos constitucionales, primordialmente destaca la seguridad jurídica, debido proceso y debida diligencia, a fin de que los funcionarios judiciales y policiales cumplan con las normas vigentes en el sistema judicial, tomando en cuenta el artículo 424 que establece la supremacía de la Constitución y el artículo 425 que hace referencia a orden jurídico de las leyes.

Es importante señalar que la Corte Constitucional reconoce falencias en el sistema judicial, mismas que de alguna manera vulneraron derechos constitucionales, por tal motivo la Corte recomienda poner en conocimiento la sentencia con todos los lineamientos jurídicos establecidos a fin de evitar complicaciones a futuro.

Por consiguiente, se puede manifestar que la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi, es decir la razón para decir y emitir la sentencia del Caso 200-12-JH/21 en que se basó y que ha sido analizada, dio como resultado un excelente análisis con un estudio acertado de dos casos de similares características, su argumentación, coherencia y comprensibilidad, actualmente evoca frutos constitucionales.

Métodos de interpretación.

La Corte órgano máximo de interpretación constitucional ha utilizado varios métodos de interpretación o varios métodos para realizar su tarea hermenéutica en el análisis y fallo del Caso 200-12JH/21 ya que otorgó parámetros, a fin de que las detenciones no se tornen ilegales y arbitrarias, por lo tanto, utilizó los métodos de interpretación que a continuación se detallan:

Interpretación literal, en virtud de que el texto constitucional y legal, se refiere a instituciones jurídicas que se encuentran relacionadas con retenciones indebidas de menores y obstaculizaciones al régimen de visitas, como son los derechos a la libertad, integridad física e interés superior del menor.

Al referirnos a la interpretación sistemática, trata de determinar el significado, trascendencia, alcance, contenido o dirección de un instrumento

jurídico; es decir, es determinante entender la aplicación de la norma en su integralidad en el momento mismo del hecho, ya que es primordial el análisis previo, de los casos en concreto.

Al reconocer que se vulneraron los derechos a la libertad, integridad física, como quedó señalado, la Corte Constitucional utiliza la interpretación literal, ya que el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República dice textualmente, que son atribuciones de este organismo máximo de control e interpretación constitucional: “Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo y la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.” Constitución de la República, 2008).

Finalmente se utilizó la interpretación evolutiva, misma que busca ajustar una norma constitucional a una situación no prevista o conocida al momento en que fue emitida, con el objeto de no hacerlas inútiles o ineficientes. En la sentencia determina que no tiene efectos para los casos en concreto, es decir se entendería que el fallo puede ser para casos análogos.

Propuesta personal de solución del caso

Previamente, a diseñar la propuesta personal, se considera necesario determinar que “Las resoluciones de los órganos judiciales colegiados, como es el caso de la Corte Constitucional, deben ser dictadas por mayoría absoluta de sus miembros”. salvo que la Ley señale expresamente lo contrario. “Los votos serán a favor, salvados y concurrentes” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Los votos concurrentes “Son aquellos que se adhieren al proyecto de sentencia o dictamen presentado por la jueza o juez ponente, pero expresan discrepancia respecto a la fundamentación jurídica, sin que esto implique desacuerdo con el fondo de la decisión”.

Los votos salvados “son aquellos que implican un desacuerdo en el fondo de la decisión”.

Por lo dicho, los jueces que demuestren su desacuerdo con la sentencia aprobada por mayoría, pueden salvar su voto, o también, pueden emitir un voto concurrente.

Ubicado el problema del caso, desarrollado el marco teórico, analizado la sentencia No. 20-12-JH/2021, se puede deducir que el aporte de la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido significativo para la justicia, al esclarecer dudas y vacíos legales que aparecen al momento de reclamar o defender un caso de “retención indebida de niño, niña y adolescente” y la “obstaculización de un régimen de visitas”, conferido dentro de una causa judicial por autoridad competente.

Sin embargo, considero ineludible reforzar la toma de decisiones por los Administradores de Justicia es decir la Corte Constitucional, los mismos que en la sentencia de mayoría no han profundizado los diferentes escenarios que puedan presentarse al momento de decidir el apremio personal o derivado de la retención indebida de un menor y obstaculización al régimen de visitas.

A continuación, se emite la sentencia de voto concurrente en los términos que sigue:

**VOTO CONCURRENTE DE LA AB. LORENA ROCÍO VINUEZA
BETANCOURT CASO: No. 200-12-JH/21**

De conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 38 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia Corte Constitucional, publicado en el Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre del 2015, me adhiero al voto de mayoría sin que esto involucre desacuerdo con el fondo de la decisión, en virtud de lo cual, plasmo mi discrepancia en el sentido de que en la sentencia de mayoría no se efectuó la debida motivación, ni la debida carga argumentativa respecto a definir con precisión los distintos escenarios que puedan presentarse al momento de la toma de decisión por parte del juzgador al ordenare o no el apremio personal procedente de la retención indebida de un menor y obstaculización al régimen de visitas de niños, niñas y adolescentes; bajo estas alegaciones, formulo mi voto concurrente, en los siguientes términos:

En la práctica judicial, uno de los posibles escenarios que puede suceder es que sea una tercera persona la que entorpezca y ocasione la retención indebida de los niños, como, por ejemplo, en uno de los casos analizados el conviviente de la abuela paterna o sean los abuelos del menor, los que ante el requerimiento del

juzgador se nieguen a entregar al niño. Otro posible escenario, puede ser que el menor no tenga la voluntad de acudir a un régimen de visitas con su progenitor o progenitora, conforme la verificación de la Policía a través de los partes policiales.

Se hace referencia a estos posibles casos, ya que cada juicio es un mundo y cada contienda legal tiene sus particularidades; por tanto, nace la necesidad de proveer de insumos legales necesarios para que el juzgador pueda identificar a cabalidad la casuística y no resuelva afectando, tanto, el interés superior de los menores como el derecho de las partes.

En la práctica se hace necesario contar con el Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, quienes de manera objetiva y precisa determinarán si los hechos ameritan la respectiva sanción; considerando, además, que el apremio personal en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia es de última ratio, conforme así se estableció en el caso 34-23-IN acción pública de inconstitucionalidad (Caso 34-23-IN acción pública de inconstitucionalidad, Corte Constitucional del Ecuador, 2023, p. 5).

Considerando que el Equipo Técnico de una Unidad Judicial constituye un órgano auxiliar de la función judicial, tiene la obligación de realizar las investigaciones correspondientes dentro de las cuales estará el examen psicológico del menor y progenitor o custodio, así como el entorno social de cada familia. No se puede dejar de lado la función del psicólogo y trabajador social quienes apoyarán al mejor funcionamiento de un juzgado.

Las recomendaciones y conclusiones emitidas por parte del Equipo Técnico, conllevarán a la toma de mejores decisiones, las cuales determinarán si la retención indebida de un menor, obedece a la voluntad del requerido o si la obstaculización al régimen de visitas, obedece a quien se le haya conferido la tenencia y cuidado.

Cabe indicar que el trabajo del Equipo Técnico no concluye al momento de emitir sus informes periciales, ya que una de sus labores es dar seguimiento continuo a las causas, por lo tanto, el juez además de ordenar la investigación del caso, debe disponer el seguimiento periódico en función del caso en concreto, ya que esta medida evitará la beligerancia a futuro.

Por otro lado, previo a dictar el apremio el juzgador debe tomar otros medios alternativos para el cumplimiento de la resolución o sentencia, esto es, se le

requerirá al demandado la devolución del niño o el cumplimiento del régimen de visitas, además se le advertirá lo previsto el Art. 282 del Código Orgánico Integral Penal, que refiere al delito de desacato, así como lo previsto en el art. 132 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial que impone multas compulsivas y progresivas a quien no cumpla con las decisiones emitidas por autoridad; y, numeral 2 de incurrir en infracciones penales, como medidas coercitivas, efectivas para el fiel cumplimiento de la ley; dejando como última opción el apremio personal.

Para dictar una medida de apremio personal, la misma debe ser estrictamente idónea, necesaria y proporcional, así como también en caso de ordenársela debe ser de carácter urgente y temporal.

Las resoluciones emanadas por los administradores de justicia deben estar debidamente motivadas expresando las razones obligatorias por las cuales se resuelve el apremio, y no es menos importante mencionar el compromiso que tienen los jueces en valorar las medidas administrativas dispuestas, a fin de buscar elementos menos invasivos en cada caso.

Por lo expuesto, emito mi voto concurrente, mismo que no modifica el fondo de la sentencia de la mayoría. F). Ab. Lorena Vinueza Betancourt, Jueza de la Corte Constitucional.

CONCLUSIONES

Concluido el análisis del caso materia de la presente investigación, he llegado a las siguientes conclusiones:

1. Dentro de la investigación del caso en concreto, se puede observar que los casos de retenciones indebidas de un menor, así como de obstaculización al régimen de visitas son múltiples y frente a esa diversidad los operadores de justicia deben ajustar sus actuaciones, respetando el debido proceso, la seguridad jurídica y debida diligencia, sobre todo su actuar con equidad y justicia.
2. En todo proceso de familia, mujer, niñez y adolescencia, los juzgadores deben dictar los apremios como decisión de última ratio, a fin de precautelar la integridad física, psicológica y sexual de los apremiados, así como también considerando el grado de afectación y vulnerabilidad del menor frente a la retención indebida, siempre que se considere que esta medida es idónea, necesaria y proporcional.
3. Previamente a dictar un apremio personal total o parcial se debe identificar la relación de parentesco y familiaridad de la persona que retiene al menor, y sobre todo analizar si esa tercera persona efectivamente presenta un riesgo para el menor.
4. La intervención del Equipo Técnico en casos de “retención indebida de niño, niña y adolescente” y la “obstaculización de un régimen de visitas”, constituye un verdadero órgano auxiliar a través del cual el Juez determinará si procede o no, la aplicación de medias como el apremio de una persona.
5. Los jueces deben valorar las medidas administrativas o judiciales previamente dictadas a favor de los menores, a fin de evaluar la situación del régimen de visitas y retención indebida.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/03/Ley-Organica-de-Garantias-Jurisdiccionales-y-Control-Constitucional_act_marzo_2020.pdf
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2016). Código Orgánico General de Procesos. Obtenido de <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%3%A1nico-General-de-Procesos.pdf>
- Asamblea Nacional. (2020). *Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)*. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/03/Ley-Organica-de-Garantias-Jurisdiccionales-y-Control-Constitucional_act_marzo_2020.pdf
- Asamblea Nacional. (2022). Código de la Niñez y Adolescencia. Obtenido de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%3%93DIGO-DE-LA-NI%3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Asamblea Nacional República del Ecuador. (2022). *Guía interés superior del niño*. Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/media/2406/file/Inter%3%A9s%20Superior%20del%20Ni%3%B1o.pdf>
- Bisquerra, R. (2001). *Educación emocional y bienestar* (6ta ed.). Barcelona: Wolters Kluwer.
- Caso 34-23-IN acción pública de inconstitucionalidad (Corte Constitucional del Ecuador 15 de junio de 2023). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2Nhc

nBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicxMTk5NTM4MS02ZGQxLTQwZmQtOTIxYS1kODE0YTQ1ZDQ2MDAucGRmJ30=

Caso Bulacio (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008). Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/bulacio.pdf>

CDH. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San)*. Organización de Estados Americanos. Retrieved from https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Cillero, M. (2008). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*. Recuperado el 23 de julio de 2024, de https://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Código Civil. (2005). Obtenido de <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>

Congreso Nacional. (2008). Código De La Niñez Y Adolescencia. Registro Oficial No. 737 3 De Enero De 2003 Ley No. 2002-100 Última Reforma Edición Constitucional Del Registro Oficial 262 17-01-2022. Obtenido de https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/12/codigo_ninez_adolescencia_nov2019.pdf

Constitución de la República. (art. 76 y 82.).

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Constitución de la República. Montecristi, Ecuador.

CRC. (26 de octubre de 2017). *Comité sobre los Derechos del Niño (CRC) – Ecuador*. Recuperado el 23 de julio de 2024, de <https://acnudh.org/comite-sobre-los-derechos-del-nino-crc-ecuador-2017/>

Diccionario de Términos Jurídicos. (s.f.). MADRID.

Expediente NO. 02-2865 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2002). Obtenido de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1917-140703-02-2865.HTM>

Farith, S. (2009). *Derechos de la niñez y adolescencia: de la convención sobre los derechos del niño y las legislaciones integrales* (Vol. 2). Cevallos.

- Franco, H., Londoño, D., & Restrepo, D. (2017). Papel de la Familia en el desarrollo de un niño. *Katharsis*(24), 157-182. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6134479>
- Freites, L. (2008). La Convención Internacional sobre los derechos del Niños, Apuntes Básicos. *Educere*, 12(42), 431-437. Obtenido de https://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1316-49102008000300002&script=sci_abstract
- Gallego, S. (2006). *Comunicación familiar: un mundo de construcciones simbólicas y relacionales*. Editorial Universidad de Caldas.
- Goleman, D. (2014). *Inteligencia Emocional*. Kairós. Obtenido de http://www.cutonala.udg.mx/sites/default/files/adjuntos/inteligencia_emocional_daniel_goleman.pdf
- Goleman, D. (2021). *Aportaciones de Daniel Goleman para mejorar las relaciones con los demás*. Recuperado el 23 de julio de 2024
- Gómez, H. (1994). *Código de Familia Colombiano*. Bogotá: Librería Jurídica Wilches.
- Hernandez, J. (2004). Cosa Juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional. Obtenido de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr14.pdf>
- Izurieta, R. (2005). *Derecho de Familia*. Editorial Asnar.
- OMS. (2005). *Reglamento Sanitario Internacional*. Organización Mundial de la Salud. Retrieved from <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/246186/9789243580494-spa.pdf>
- Real Academia Española. (2023). *Apremio*. Recuperado el 23 de julio de 2024, de Diccionario de la RAE: <https://dle.rae.es/apremio>
- Sentencia 202-19-JH/21 (Corte Constitucional del Ecuador 24 de febrero de 2021). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-202-19-jh-21/>

- Sentencia CASO No. 200-12-JH y acumulado (Corte Constitucional Del Ecuador 01 de diciembre de 2021). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-200-12-jh-21/>
- Sentencia N.o 064-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador marzo 11, 2015). Retrieved from https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/064-15-SEP-CC/REL_SENTENCIA_064-15-SEP-CC.pdf
- Sentencia No. 1351-19-JP/22 (Corte Constitucional 12 de enero de 2022). Obtenido de <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2022/03/Sentencia-No-1351-19-JP-22.pdf>
- Sentencia No. 200-12-JH/21 , CASO No. 200-12-JH y Acumulado (Corte Constitucional del Ecuador 01 de diciembre de 2021). Obtenido de <https://www.dpe.gob.ec/sentencia-no-200-12-jh-21/>
- Sentencia N°. 202-19-JH/21 párr. 85. (Corte Constitucional del Ecuador 24 de febrero de 2021). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-202-19-jh-21/>
- sentencia No. 28-15-IN/21 (Corte Constitucional 24 de noviembre de 2021). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-28-15-in-21/>
- Sentencia No. 28-15-IN/21 (Corte Constitucional del Ecuador 24 de noviembre de 2021). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-28-15-in-21/>
- Shinno, V. (2021). La pérdida de la tenencia por alienación parental. *Lumen*, 17(2), 254-266. Obtenido de <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/2471>
- UNICEF. (1990). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Retrieved from Convencion de los Derechos del Niño: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Yanes, L. (2016). *El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de A*

mbato. [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar], Repositorio Institucional UASB. Retrieved from <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4981>

Zambrano, D. (2019). Foro del derecho - Revista del derecho y la justicia. *FORO Revista de Derecho*(31), 1-3. Obtenido de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/search/authors/view?givenName=Diego%20&familyName=Zambrano%20%C3%81lvarez&affiliation=Universidad%20Internacional%20del%20Ecuador.%20Quito%2C%20Ecuador&country=EC&authorName=Zambrano%20%C3%81lvarez%2C%20Diego%20>