



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**Criterios de regulación de la opinión del niño y adolescente en los
juicios de tenencia en Ecuador.**

AUTOR (ES):

**Maridueña Vera María Paula;
Tutiven Bonilla María Belén**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogado**

TUTORA:

Dra. Molineros Toaza, Maricruz del Rocio, PhD

Guayaquil, Ecuador

A los dos días de febrero del 2024



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Maridueña Vera, Maria Paula y Tutiven Bonilla, María Belén**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado**.

TUTOR (A)

f. _____

Dra. Molineros Toaza, Maricruz del Rocio, PhD.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD.

Guayaquil, a los dos días del mes de febrero del año 2024



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotras, **Maridueña Vera, Maria Paula y Tutiven Bonilla, María Belén**

DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, **Criterios de regulación de la opinión del niño y adolescente en los juicios de tenencia en Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogado**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los dos días del mes de febrero del año 2024

AUTORAS

f. María Maridueña Vera.
Maridueña Vera, Maria Paula

f. María Belén Tutiven B.
Tutiven Bonilla, María Belén



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Nosotras, **Maridueña Vera, Maria Paula y Tutiven Bonilla, María
Belén**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Criterios de regulación de la opinión del niño y adolescente en los juicios de tenencia en Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los dos días del mes de febrero del año 2024

AUTORAS

f. María Maridueña Vera.

Maridueña Vera, Maria Paula

f. María Belén Tutiven B.

Tutiven Bonilla, María Belén



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS

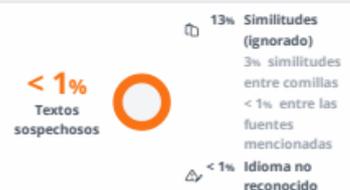
CARRERA DE DERECHO

Reporte Compilatio



INFORME DE ANÁLISIS
magister

Criterios de regulación de la opinión del
niño y adolescente en los juicios de
tenencia en Ecuador

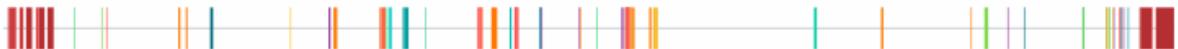


Nombre del documento: Trabajo de Titulación Tutiven y Maridueña
PDF.pdf
ID del documento: 592e236312b972eada7f75cb902c55797521061b
Tamaño del documento original: 408,9 kB
Autores: María Belén Tutiven Bonilla, María Paula Maridueña Vera

Depositante: María Belén Tutiven Bonilla
Fecha de depósito: 30/1/2024
Tipo de carga: url_submission
fecha de fin de análisis: 30/1/2024

Número de palabras: 10.880
Número de caracteres: 70.584

Ubicación de las similitudes en el documento:



TUTOR (A)

f. _____

Dra. Molineros Toaza, Maricruz del Rocio, PhD.

AUTORAS

f. María Maridueña Vera.

Maridueña Vera, María Paula

f. María Belén Tutiven B.

Tutiven Bonilla, María Belén

Agradecimientos

Primero a Dios, quien me ha guiado por su buen camino llevándome de la mano a culminar con éxito esta etapa de mi vida.

A mi mamá Carmen por ser el pilar fundamental de mi vida, mi ejemplo a seguir y a quien le estaré eternamente agradecida por brindarme todo su apoyo en todo momento.

A mi mamá Vanessa por confiar en mí, brindarme sus palabras de amor incondicional e impulsarme a ser cada día mejor.

Dedicatoria

A mi mamá Carmen, quien ha sido mi guía desde muy pequeña sacándome adelante, gracias a su esfuerzo hoy en día soy una persona de bien y a quien le debo cada logro, te amo mamá.

A mis bisabuelos María y Guillermo, los cuales han sido parte de mi crecimiento y a quienes les agradezco por haberme convertido en la persona que soy hoy.

A mi mamá Vanessa que siempre estuvo para escucharme, aconsejarme y darme felicidad en los momentos en los que más lo necesitaba, te amo.

A mi familia que me estuvo alentando hasta llegar a la meta final.

A mis amigos de la Universidad, por haber sido una gran compañía con los cuales he pasado grandes momentos siendo un apoyo incondicional y con los que he ido creciendo en este camino profesional.

A mi compañera de tesis por toda la paciencia y las experiencias que vivimos juntas en este proceso.

A cada una de las personas a las que conocí en este trayecto a ser una profesional, gracias por todos los aprendizajes y por haber sido parte de esta gran etapa.

Maridueña Vera, Maria Paula

Agradecimientos

A Dios, por sus infinitas bendiciones, por ser mi guía y protector.

A mis padres y hermano, son el pilar fundamental de mi vida, su amor y apoyo es incondicional y me permiten alcanzar mis objetivos. A mis familiares, por ese amor que nos mantiene unidos compartiendo risas y tristezas. A mi compañero fiel que me alegra la vida y siempre me recibe con gran felicidad, mi mascota.

A la Dra. Maricruz Molineros, le tengo un cariño especial, agradezco su dedicación y paciencia siendo mi tutora, y por guiarme en este proceso de titulación.

A los docentes por impartir sus conocimientos y experiencias que fueron importantes para mi formación académica y poder llegar hasta aquí.

A la abogada Ma. Eugenia Espinoza, agradezco su cariño y ser mi inspiración para estudiar esta carrera, me enseñó que con disciplina y constancia puedes lograr todo.

A mis amigos y compañeros, porque hemos compartido gratos momentos y han hecho que el camino sea agradable.

Dedicatoria

A Dios, que me brindó sabiduría para terminar esta etapa tan importante en mi vida.

A mis padres, Hugo y Katty, me enseñaron el ejemplo de esfuerzo, dedicación y superación. Los admiro por ser inteligentes, trabajadores, capaces de todo y pese a las adversidades nunca se rinden. Son mi mayor inspiración, agradezco sus enseñanzas, por confiar en mi e impulsarme a cumplir mis metas, demostrarme su amor y estar siempre a mi lado.

Tutiven Bonilla, María Belén



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

DR. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO DE CARRERA

f. _____

MGS. MARITZA GINETTE REYNOSO GAUTE
COORDINADOR DEL ÁREA

f. _____

DR. (NOMBRES Y APELLIDOS)
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: Semestre B 2023
Fecha: 30 de enero 2024

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***CRITERIOS DE REGULACIÓN DE LA OPINIÓN DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LOS JUICIOS DE TENENCIA EN ECUADOR*** elaborado por los estudiantes ***MARÍA BELÉN TUTIVEN BONILLA*** y ***MARÍA PAULA MARIDUEÑA VERA***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dichas estudiantes han obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual las califica como ***APTAS PARA LA SUSTENTACIÓN***.

Dra. Maricruz Molineros Toaza, PhD
TUTORA

Índice

Introducción.....	2
Capítulo I.....	3
Antecedentes Históricos.....	3
Contenido del derecho a opinar.....	5
Contenido del derecho a ser escuchado	7
Elementos del derecho a opinar y ser escuchado.....	9
Nociones de la tenencia.....	9
Capítulo II.....	12
La opinión del niño en los juicios de tenencia	12
Marco jurídico de la opinión del niño	12
El principio del Interés Superior del Niño dentro de los procesos de tenencia.....	13
Elementos que coinciden en el derecho a opinar y ser escuchado.....	15
Requisito previo para la opinión del niño	16
¿Como medir la madurez del niño?	17
Autonomía Progresiva.....	18
Ejercicio del derecho a la opinión dentro de la audiencia.....	18
Valoración del derecho a la opinión y el interés superior dentro de los procesos de tenencia.	19
Parámetros que deben aplicarse en el ejercicio del derecho a la opinión del niño en los juicios de tenencia	21
Conclusiones	24
Recomendaciones.....	25
Referencias.....	27

Resumen

Este trabajo implica el análisis de uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño que debe ser ejercido dentro de los procesos judiciales de tenencia, esto es, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar. Este derecho implica la capacidad del menor a formarse su propio juicio y expresar su opinión, correspondiendo al Juez valorarla respetando este derecho y su incidencia al momento de decidir a quién encargará su cuidado. El artículo 106 del código de la niñez y adolescencia en Ecuador regula en su último inciso las condiciones del ejercicio de este derecho en los procesos judiciales de tenencia, también establece sus efectos. La opinión de los adolescentes será obligatoria para el juez, sin embargo, la de los hijos menores de doce años será valorada dependiendo del grado de desarrollo del menor. No obstante, excepcionalmente el Juez no considerará tal opinión si es contraria al interés superior.

La Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21 que expulsa los numerales 2 y 4 del Art.106 del CONA que establece las reglas para otorgar la tenencia de los hijos menores de edad a los padres ha fijado criterios que el Juez deberá aplicar en estos casos, uno de ellos es la opinión, sin embargo, no se establecen los parámetros que el Juez debe aplicar en este criterio.

Palabras Claves: Niño, niña y adolescente (NNA), Derecho a la opinión del niño, Derecho a ser escuchado, edad, madurez, autonomía progresiva, Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), tenencia, principio del interés superior del niño.

Abstract

This task involves the analysis of one of the fundamental rights recognized in the Convention on the Rights of the Child, which must be exercised within custody legal proceedings, namely, the right of children and adolescents to express their opinions. This right implies the ability of the minor to form their own judgment and express their opinion, with the Judge responsible for evaluating it while respecting this right and its impact when deciding to whom to entrust their care. Article 106 of the Childhood and Adolescence Code in Ecuador regulates, in its last paragraph, the conditions for the exercise of this right in custody legal proceedings, also establishing its effects. The opinion of adolescents shall be mandatory for the judge; however, the opinion of children under twelve years old will be assessed depending on the minor's level of development. Nevertheless, the Judge may exceptionally not consider such an opinion if it goes against the best interests of the child.

The Constitutional Court, in judgment No. 28-15-IN/21, which removes paragraphs 2 and 4 of Article 106 of the CONA that establishes rules for granting custody of minor children to parents, has set criteria that the Judge must apply in these cases. One of these criteria is the child's opinion; however, the parameters that the Judge should apply in this criterion are not established.

Keywords: Child and adolescent (NNA), Right to the child's opinion, Right to be heard, age, maturity, progressive autonomy, Convention on the Rights of the Child (CRC), custody, principle of the best interests of the child.

Introducción

La Convención sobre los derechos del niño en 1989, generó notables cambios a nivel mundial en las legislaciones internas de los países suscriptores, sobre todo en leyes, políticas y medidas empleadas en los procesos (administrativos y judiciales) de niñez y adolescencia, orientados a garantizar el bienestar integral y ejercicio pleno de los derechos de los niños y adolescentes, debiendo satisfacerse sus necesidades. Se incluye la participación del niño(a) y adolescentes en todos aquellos asuntos que les afecten, siempre que su estado personal le permita formar su propio juicio, esto conforme lo dispone el Art. 12 de la Convención. El Ecuador como suscriptor de la Convención debe garantizar el respeto de estos derechos, en los casos que exista vulneración o restricción tomará las medidas de protección para su restauración. Es importante, revisar como se ejercita el derecho de los NNA a expresar su opinión en los procesos de tenencia, además la valoración del juez en el momento de decidir a cuál de los progenitores dejara su cuidado aplicando el principio del interés superior.

Con la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional se reformó el artículo 106 del CONA, cuyo texto final dispone que el juez debe valorar la opinión de los niños, sin embargo, en el caso de los adolescentes esta opinión es obligatoria salvo que ocasione un perjuicio al desarrollo integral. Uno de los criterios establecidos por la CC para que los jueces tomen la decisión en los juicios de tenencia es “se tomara en consideración, principalmente, la opinión de NNA, sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez”. La aplicación de los criterios de la sentencia por parte de los jueces está sujeto primero a la elaboración de un informe de la defensoría del pueblo que contenga los parámetros para otorgar la tenencia de los hijos menores de edad, el mismo que sí se cumplió; y segundo a que la Asamblea Nacional continúe el debate para la aprobación del proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes”, el mismo que no se ha concluido hasta la presente fecha.

En consecuencia, al no existir una regulación clara y precisa de los parámetros que el juez debe valorar para considerar o no la opinión que el niño(a) y/o adolescente debe expresar en los juicios de tenencia, se requiere una normativa expresa que determine esos criterios y se garantice el ejercicio de este derecho sin ninguna restricción.

Capítulo I

Antecedentes Históricos

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes se han reconocido al pasar de los años, para el Derecho Romano el *pater familias* era aquel ciudadano varón con poder jurídico que imponía autoridad, titular de los derechos y representante de su familia, era el único que ejercía poder absoluto por medio de la patria potestad sobre aquellos. Las familias en Roma estaban subordinadas a lo que establecía el *pater familias*, por lo tanto, los niños y adolescentes en ese entonces no eran considerados como sujetos de derechos y tampoco podían ejercerlos. De igual manera en el derecho antiguo, Fernández C. (como lo citó Varsi Rospigliosi, 2012) “la patria potestad era considerada como aquella facultad que tenía el *pater familias* entrañando un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a él” (2012, p. 290)

Luego en el derecho consuetudinario francés “varió el carácter absoluto de la patria potestad y fue con la revolución francesa que se reestructuró la esencia romana de esta institución, procediéndose a suprimir muchos de los poderes del padre, incluso la institución del usufructo legal”(Varsi Rospigliosi, 2012, p. 290), a partir de la revolución se cambia la perspectiva de esta institución y se enfoca en la protección de la familia, cambió de ser un poder absoluto a ser una facultad de los progenitores en pro del bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

La Declaración de los Derechos del Niño en el año 1924 dio paso a grandes cambios, como la creación y aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño cuyo objetivo es la protección, atención y cuidado especial a los niños, niñas y adolescentes, convirtiéndolos en sujetos titulares de derechos. Por lo tanto, fue cambiando el concepto de patria potestad dejó de ser autoridad paterna para convertirse en una institución de protección que contiene los derechos y deberes a favor de los progenitores hacia sus hijos no emancipados, este concepto se amplía y guarda estrecha relación con la tenencia. En los casos de separación, uno de los padres o ambos según el caso tendrán que encargarse del cuidado y crianza de sus hijos menores de edad. Esta decisión deberá tomarla el Juez sin que afecte la relación parento-filial y teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente.

La Convención ha reconocido el derecho de los niños y adolescentes a expresar su opinión libremente siempre que puedan formarse un juicio propio, en este ejercicio

se consideran dos aspectos fundamentales la edad y madurez del titular del derecho. Sin embargo, no existe un criterio unificado de los aspectos a valorar al momento de solicitar esta participación específicamente en los procesos judiciales de tenencia cuya decisión impacta en su desarrollo integral y puede afectar varios derechos.

La figura de la tenencia nace en el ordenamiento jurídico mediante el Código Civil de 1960, en el cual se encontraba como categoría de protección de los niños. Después en el Código de Menores que se promulgó en el año 1976, aunque no estaba vigente la doctrina de la Protección Integral, se disponen las reglas de la tenencia concediendo mayor participación de los hijos menores de edad. Así la madre se quedaba con el cuidado de los hijos impúberes, en cambio, los hijos púberes podían elegir con cuál de los padres preferían quedarse conviviendo. Esto salvo que el progenitor elegido estuviere con incapacidad legal para ejercer la tenencia. A pesar de no haberse promulgado la Convención, en esta época, ya existía un reconocimiento expreso de la capacidad de los adolescentes para decidir sobre un aspecto esencial de su vida, siendo el máximo ejercicio de su expresión de voluntad.

Luego en el año de 1990 Ecuador suscribe la Convención sobre los derechos del niño, instrumento que trajo consigo una nueva visión, los considera como sujetos titulares de derechos. Este instrumento internacional es un gran avance en materia de derechos humanos al generar la inclusión de este grupo de atención prioritaria dentro de la sociedad. Así, aplicó la doctrina de la protección integral en su sistema jurídico, promulgando en el año 1992 un nuevo Código de Menores que inserta nuevos derechos que no estaban contemplados en los anteriores códigos. Se reconoce expresamente en uno de sus artículos el derecho del menor a expresar su opinión y ser tomada en cuenta en todos los asuntos que afecten su vida, siempre que según su edad y madurez pueda formarse su propio juicio. Se les reconoce además de los derechos de todo ser humano aquellos derechos específicos por su condición jurídica. Es objeto de estudio de la presente investigación el derecho a opinar, su ejercicio y cómo se garantiza en los procesos judiciales de tenencia.

Asimismo, este código implementó uno de los principios fundamentales de la Convención al momento de que el tribunal resolviera con cuál de los padres quedará el menor, en caso de que no exista un acuerdo entre ellos deberá prevalecer su interés superior antes que los intereses materiales o morales de sus padres, cabe recalcar que

se mantenía la disposición que concedía a los hijos púberes elegir al progenitor bajo cuyo cuidado querían quedarse. Este código dispone que el tribunal procederá a citar a una audiencia reservada en donde oír al menor y sus progenitores, sin duda, la normativa trata de adecuar un espacio en donde el menor se sienta incluido dentro del proceso y pueda ejercer eficazmente su derecho de participación. Una vez que el tribunal resuelve la tenencia del menor, el equipo de trabajo social dará seguimiento mediante visitas periódicas.

En el 2003 se expide el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 106 que determina las reglas para el ejercicio de la patria potestad (tenencia), los incisos 2 y 4 disponían que a falta de acuerdo entre los padres o que si al acuerdo al que llegaron va en contra del interés superior del niño, se confiaría la tenencia a la madre de los hijos que no han cumplido doce años; del mismo modo se preferirá a la madre en el caso de los adolescentes cuando estén en igualdad de condiciones. Estos incisos fueron declarados inconstitucionales en la Sentencia No. 28-15-IN/21 por la preferencia hacia la mujer. Se reemplazó el derecho de los adolescentes a elegir al progenitor por el derecho de expresar su opinión, siendo obligatoria para el Juez. Además, se dispone que el juez debe valorar la opinión de los hijos(as) menores de doce años teniendo en cuenta su grado de desarrollo.

Mediante la revisión cronológica de la norma se puede evidenciar una restricción del derecho del adolescente a opinar o ser consultado, su grado de desarrollo y madurez lo habilita a decidir con cuál de los padres quiere quedarse viviendo. Esta facultad, antes del púber, demuestra su ejercicio pleno como titular de sus derechos, específicamente el derecho a conocer y mantener relaciones con sus progenitores en caso de separación; ahora el juez puede decidir e incluso anular la opinión del adolescente si considera que perjudica su desarrollo integral.

Contenido del derecho a opinar

Un acercamiento a la definición jurídica de opinión consta en la Enciclopedia Jurídica Guillermo Cabanellas como “Parecer, concepto, juicio, dictamen acerca de alguna cosa o asunto”(2006, p. 334), en la CDN se hace referencia a la condición necesaria del niño o adolescente para expresar su libre opinión, esto es, tener las condiciones para formar su juicio propio. De tal forma, es necesario que exista ese proceso lógico en su interior que justifica la opinión que va a exteriorizar.

En este criterio, se incorporan dos caracteres endógenos del niño, su edad y madurez que corroboran su acertado juicio:

El derecho de opinión del niño tiene un doble matiz, pues el primero implica que el Estado reconozca el derecho a expresarse libre y voluntariamente en los asuntos donde se encuentren inmersos sus derechos, y el segundo matiz se refiere a la obligación de los Estados a que tengan en cuenta la opinión del niño, a razón de su edad y su madurez. (Sokolich A., 2017, p. 10).

El niño, niña y adolescente tienen el derecho de intervenir en temas que le conciernan, Hodking y Newell (como se citó en Del Moral, 2007) en este mismo enfoque “el Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos de 1998 ha expresado que los Estados Parte tienen la obligación de asegurar a todo niño la posibilidad de decir lo que piensa acerca de las situaciones que puedan afectarlo” (p. 78).

Para ayudar al ejercicio efectivo de este derecho, es importante que el niño(a) y/o adolescente deba recibir la información adecuada y adaptada a sus circunstancias específicas, de manera que puedan comprender el contenido de lo que sucede a raíz de la separación de sus padres.

El derecho a opinar contiene dos aspectos que integran al o los receptores que intervienen, el primero consiste en escuchar con atención cuando el niño expresa su opinión, y el segundo es aceptar su opinión al momento de tomar una decisión, siempre que no afecte el interés superior del niño. Estos dos elementos son esenciales y se vinculan perfectamente, al faltar uno de ellos no se cumpliría con efectividad el derecho a opinar de los niños y se estaría frente a su vulneración.

Según la autora Del Moral F. considera la tridimensionalidad del derecho a opinar como el derecho de expresar libremente su opinión, a ser escuchados y que dichas opiniones sean consideradas; cada una de estas cualidades se vinculan dando como resultado el efectivo derecho a opinar, al faltar una se afecta la eficacia en el ejercicio del derecho provocándose una vulneración, no se hallaría sentido de solicitar la opinión sino se escucha y se la acepta como parte de su derecho a expresarse. (2007, pp. 77-78)

Finalmente, la opinión del niño, pese a ser un derecho reconocido en la CDN y ser un eje principal de participación activa en todo aspecto inherente a su vida, no está debidamente regulado en el sistema normativo nacional e internacional. Siendo imprescindible establecer con claridad los criterios que validen su aceptación en todos los procesos administrativos y judiciales, en especial los de tenencia para garantizar su efectivo ejercicio.

Contenido del derecho a ser escuchado

La Convención sobre los derechos del niño identifica este derecho como un principio general, lo toma a consideración para interpretar y hacer respetar otros derechos. Así, la persona que recepta la opinión del niño, niña y adolescente no solo debe oír lo que el niño habla, va más allá de eso, implica que debe escuchar con atención todo lo que el niño dice, entendiéndose por escuchar la acción de estar atento a todo lo que exprese. En la comunicación, existen varios sujetos que pueden ser emisores y receptores al mismo tiempo, uno al menos debe ser menor de edad; se busca garantizar que la condición jurídica del niño y adolescente (incapaz) no anule su criterio frente a los demás argumentando su situación personal.

El artículo 12 inciso 2 de la Convención sobre los derechos de los niños (1990) determina:

Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Barber Cárcamo menciona que en un informe que realizó el Defensor del Pueblo en España tras la observación general No. 12 explica que “El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño”(2019, p. 9). Esta excepción, debe ser bien motivada para que se valide la decisión de no aceptar lo expresado por el titular del derecho.

Esta regla, incluso busca que en todo momento las autoridades permitan que se escuche al niño, lo ideal es que lo haga de forma directa, pero si no está en condiciones de hacerlo incluso puede hacerlo mediante un representante o una entidad, así no podrá existir ninguna excusa para impedir el ejercicio de este derecho. Adicionalmente, se

busca que los hijos menores de edad participen en todo procedimiento administrativo o judicial que lo involucre, incluso en aspectos cotidianos de la vida familiar sin necesidad de una separación o ruptura de los padres.

Paula Pacheco, Especialista de Políticas Públicas de UNICEF, explica que este derecho constituye un medio y un fin, “porque cuando los niños, niñas y adolescentes son tomados en consideración por sus familias, escuelas, servicios de salud, justicia o autoridades; los adultos podríamos tomar mejores decisiones basadas en sus realidades, contextos y necesidades”(UNICEF., 2022).

A pesar de que la Convención reconoce este derecho, deja a potestad de cada ordenamiento jurídico de cómo el juez examinará la opinión del menor y que esta se escuche según si el niño tiene o no suficiente juicio o madurez. Es por ello, que nuestra legislación debe regular la valoración que harán los operadores de justicia, para lograr la plena aplicación de este derecho. Debe incluir: un lugar adecuado donde el niño(a) o adolescente pueda manifestarse libremente, adaptar el entorno o ambiente a las necesidades del menor, implementando todos los recursos necesarios para que este proceso de escucha sea efectivo en los procesos administrativos y judiciales. Asegurando que sean: transparentes e informados; voluntarios; incluyentes; apoyados en la información; seguros y atentos al riesgo; estos mecanismos constan en el informe que emitió la Defensoría del Pueblo en el Proyecto del Código Orgánico para la Protección de los niños, niñas y adolescentes del artículo 11.2.

Diferencia entre derecho de opinión y ser escuchado

De la revisión de los diferentes criterios vinculados a la facultad que tienen los niños(as) y adolescentes para expresar libremente su criterio, si corresponden en forma concreta al derecho a opinar o el derecho a ser escuchado, dependiendo de la revisión de los elementos que la contienen y el peso que la norma jurídica le atribuye a cada uno de ellos.

La opinión se entiende como el criterio que se forma el niño y que expresa ante una situación que lo afecte de cualquier forma, que no esté bajo manipulación o presión de ninguna persona. Este criterio es inherente a su proceso mental en el que forma su propio juicio y no a lo indicado por alguien más, aunque en ciertos casos si puede influir en la opinión del niño, por el afecto que le tiene o incluso por la información que le ha proporcionado.

En cambio, escuchar es a la acción de prestar especial atención a lo expresado por el niño(a) o adolescente, la falta de atención afecta la validez de la escucha y vulnera el derecho del menor que espera se entienda su postura.

Elementos del derecho a opinar y ser escuchado.

Hay tres elementos que coinciden en el ejercicio de los derechos a opinar y escuchar, corresponde al juez verificar que estén implícitos en los procesos judiciales cuando el titular los ejercite, para valorar el criterio expresado y se considere al decidir quién ejercerá la tenencia del menor: edad, madurez y desarrollo.

La edad se determina por el tiempo de vida de una persona a partir de su nacimiento, constituye uno de los parámetros por los que el juez se guía para la valoración de la opinión del niño, en cambio es obligatoria la opinión de los adolescentes.

La madurez psicológica es el juicio por el que se rigen los niños, niñas y adolescentes; la madurez consiste en la independencia y estabilidad emocional, que puede ser demostrada por un psicólogo clínico.

El grado de desarrollo es el nivel de evolución individual del niño(a) y adolescente, por su madurez biológica, psicológica, emocional y personal; corresponde a los padres encargarse del desarrollo de sus hijos menores de edad mediante el cuidado y atención, además deben estar presentes durante todo su proceso de crecimiento. Según Knobel “el desarrollo se compone por: el crecimiento, la maduración y el aprendizaje”(1964).

Revisado el contenido de los derechos del niño(a) y/o adolescente a opinar, a ser escuchado y que su opinión se considere en los procesos administrativos y judiciales conforme dispone la CDN, es importante conocer la institución donde se ejercerán, esto es, la tenencia.

Nociones de la tenencia

La separación de los padres o la ruptura en su relación puede generar un desacuerdo en los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas; siendo el objeto de investigación el derecho de los hijos(as) menores de edad a expresar su opinión en los procesos de tenencia, se revisará esta institución.

La patria potestad da inicio a la tenencia, en el Código de la Niñez y Adolescencia se la define: “no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos”(CONA, s. f.). De este concepto se deduce que la tenencia es un mecanismo de ejercicio de la patria potestad, en nuestra legislación, recae en el deber de cuidado y atención de los progenitores a sus hijos no emancipados.

Según Zarraluqui (como lo citó Espinosa) la tenencia es “Aquella ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia, a las decisiones diarias sobre la salud, educación y la disciplina y el orden común de vida” (2018, p. 33).

Ferreira De La Rúa (como lo citó La Corte Constitucional del Ecuador en la *Sentencia N°.064-15-SEP-CC*) expresa que esta institución jurídica:

Designa el elemento material de la guarda, consiste principalmente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo patria potestad, ejercitando algunos de los derechos-función que integran la patria potestad. Asimismo, se encamina a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta. (p. 24)

El Art. 106 del CONA regula la forma para establecer la tenencia de los hijos menores de edad no emancipados, estableciendo un orden de prelación que el juez debe seguir:

1. Respetar el acuerdo de los padres, aunque esto implique un ejercicio conjunto de la tenencia; el acuerdo de los padres será obligatorio para el Juez. Salvo que perjudique los derechos del hijo(a).
2. En el caso de no existir un acuerdo entre los progenitores o si lo acordado afecta el interés superior del hijo, el juez para designar al padre o madre la tenencia del hijo menor de 12 años tendrá que valorar a cada uno y elegirá al más idóneo para cuidarlo.
3. Aquellos hijos(as) que hayan cumplido doce años, se confiará el cuidado al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y estén en condiciones de prestar la dedicación que el adolescente necesita, además es necesario para su desarrollo integral un ambiente familiar estable.

La Ley dispone “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”(CONA, s. f.).

Cabe mencionar, aquel progenitor que no esté a cargo del cuidado del menor no pierde la patria potestad, debido a que existe una relación jurídica directa por el vínculo parento filial. Cuando nos referimos al ejercicio de la patria potestad se trata de la tenencia, donde se confiará el cuidado y la crianza del niño a uno de los progenitores, el juez dentro de la audiencia deberá aplicar los parámetros para evaluar al menor y tomar una decisión, es aquí donde deberá dejar que el niño ejerza su derecho a opinar y ser escuchado.

Antes de declararse la inconstitucionalidad de los incisos 2 y 4 del artículo 106 del CONA de la Sentencia 28-15-IN/21, se disponía que en caso de existir un desacuerdo entre los padres o cuando estos demuestren igualdad de condiciones, se preferirá a la madre. En la figura de la tenencia se busca el equilibrio de derechos de ambos progenitores hacia sus hijos procurando que el desarrollo del menor se de en buenas condiciones, es primordial el interés del niño antes que el de sus progenitores. El Estado debe velar por el cumplimiento de los derechos y deberes de los padres con sus hijos, la Constitución establece que en ambos progenitores recae el deber de asegurar el cuidado del menor.

Los hijos tienen derecho a “... mantener relaciones afectivas, permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados...”(CONA, s. f.). Así, los padres deben participar en las actividades de sus hijos menores, garantizando que estos tengan acceso a los cuidados básicos y necesarios. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes establecidos en la CDN se encuentran apoyados en 4 ejes fundamentales: el derecho a la no discriminación, el interés superior, a la vida y participación, explicaremos este último.

El derecho de participación se centra en la intervención y la escucha del menor, dentro de este proceso es importante que las autoridades administrativas o judiciales implementen diferentes mecanismos para que los menores puedan ejercer su derecho activamente sin que sean vulnerados. La UNICEF, en su glosario sobre la participación infantil y ciudadanía, menciona que:

La participación infantil permite que los niños, niñas y adolescentes aporten y colaboren en el progreso común, considerándolos ciudadanos de pleno derecho con la capacidad de expresar sus opiniones y decisiones en los asuntos que les competen directamente en la familia, la escuela y la sociedad en general. La participación tiene importantes beneficios sobre el aprendizaje, ya que ayuda a construir confianza, iniciativa, responsabilidad y autonomía: puede verse como un proceso de aprendizaje mutuo tanto para los niños como para los adultos(s. f., p. 4).

Capítulo II

La opinión del niño en los juicios de tenencia

Marco jurídico de la opinión del niño

El CONA dentro del capítulo de los derechos de participación, reconoce a los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser consultados en los asuntos que les afecte, y que dicha opinión debe tomarse en cuenta según su edad y madurez. Ningún menor será obligado o presionado de cualquier forma a expresar su opinión. Este derecho no solo es necesario ejercerlo en los ámbitos comunes de la vida del menor de edad, porque esté reconocido en la constitución, sino que existe una corresponsabilidad en el oportuno y efectivo ejercicio que se atribuyen al Estado, la sociedad y la familia. Así, el artículo 45 de la CRE puntualiza que los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos de todo ser humano y los específicos de su edad, siendo uno de ellos el derecho a ser consultados.

En las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad que debe seguir el juez, en su último inciso el artículo 106 del CONA dispone que deberá ser valorada la opinión del sujeto considerando su grado de madurez si es menor de doce años y, será obligatoria para el operador de justicia la opinión del adolescente, siempre y cuando no afecte su desarrollo integral.

El CONA, aunque reconoce el derecho del menor a ser consultado, aún no establece los parámetros que el operador de justicia debe utilizar cuando se solicita al niño(a) o adolescente su opinión, si debe escucharse y valorarse para decidir, si causa menor impacto en su vida, confiando su cuidado a la persona más idónea sin afectar el interés superior del menor. Es necesario, un marco jurídico claro que disponga los lineamientos que el juez deba seguir en el proceso de tenencia, más aún cuando se

requiere que el niño(a) o adolescente exprese voluntariamente su opinión, sin restringir o vulnerar este derecho de ser consultado.

El principio del Interés Superior del Niño dentro de los procesos de tenencia.

A lo largo del tiempo los niños y adolescentes estuvieron sujetos a violaciones de sus derechos, por ende, las distintas organizaciones han trabajado para el reconocimiento, la protección y la defensa de esos derechos. Así, el principio del interés superior del niño, referencia que en casos donde se vea inmiscuidos derechos del menor en temas administrativos, judiciales, etc., se interpretará y aplicará la decisión que más beneficie al menor, prevaleciendo sus derechos frente a los demás. Esta institución jurídica fortalece la protección de su integridad física y emocional, haciendo efectivo el goce de sus derechos por las condiciones de vulnerabilidad de este grupo ya que en ocasiones los adultos ponen por encima sus propios intereses.

El interés superior del niño es elevado como principio, dentro del sistema jurídico es entendido como un derecho primordial integrador que da paso al ejercicio efectivo de todos los derechos y debe primar cuando existe colisión entre ellos o frente a los derechos de otras personas. Por esta razón, el Estado se obliga a dar la máxima protección y garantizar el desarrollo integral, ya que al verse afectado el sujeto de atención prioritaria en su periodo de niñez o adolescencia tendría un gran impacto negativo en su vida adulta. Al existir un conflicto de intereses en el proceso de tenencia entre el padre y la madre la decisión de la autoridad será en función a que prevalezca el principio del interés superior del niño o adolescente.

El interés superior del niño se encuentra instituido en la CDN (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990) en el primer inciso del artículo 3 dispone que “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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Según el autor O'Donnell (como se citó en Fernández E.) “significa esencialmente que cuando se presenta algún tipo de conflicto de interés entre un niño y otra persona adulta, prevalecen los intereses del niño sobre los de otras personas o instituciones para favorecer la protección de sus derechos”(2017, p. 176).

En Ecuador, este principio se reconoce en el artículo 44 en la carta magna y en el artículo 11 del CONA, se orienta a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de niños y adolescentes, donde el Estado, la familia y la sociedad deben adoptar medidas de protección y asistencia a los menores.

Con respecto al interés superior del NNA se debe ponderar de manera primordial frente a otros intereses, por lo que hay que evaluar caso por caso para decidir la tenencia de los hijos, implica valorar y sopesar los elementos necesarios para la toma de decisión. Dentro de la Observación general N°.14 del Comité de los Derechos del Niño (citado por la CC en la *Sentencia No. 28-15-IN/21.*, 2021) señala que los “elementos implícitos dentro del interés superior son: derecho a la opinión, derecho a la identidad, derecho a la familia y convivencia familiar, el cuidado, protección y seguridad del NNA, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y educación” (p.36).

En la Observación General No. 14 explica que, al ponderar los diferentes elementos, hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño. (ONU: Comité de los Derechos del Niño, 2013)

Cabe resaltar que el interés superior del niño y el derecho de participación (opinar y ser escuchado) son dos principios rectores de la CDN. En los procesos de tenencia la Corte Constitucional menciona:

Si bien, por el interés superior, la opinión no significa que sea la decisión a tomar, debe ser valorada y tomarse en cuenta para la ponderación. La opinión del niño o de la niña debe escucharse para disponer la medida más idónea o evaluarla cuando se ha tomado y se está ejecutando (*Sentencia No. 202-19-JH/21*, 2021)

El comité en la Observación General No. 12, frente a estos principios rectores complementarios, ha determinado: primero, establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y, en segundo lugar, ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño, es decir, uno refuerza la funcionalidad del otro. El derecho a opinar ayuda al menor a sentirse parte del proceso y su ejercicio implica que se están

respetando, constituye su reconocimiento como sujeto de derecho por el Estado y demás autoridades.

Elementos que coinciden en el derecho a opinar y ser escuchado

Conforme se enunciaron los elementos expuestos en la Observación general N°.14 del Comité de los Derechos del Niño, se analizarán los más relevantes:

Edad

La edad es un factor que el juez debe considerar cuando el niño(a) expresa su opinión, a partir de los 7 años ya pueden manifestar su propio criterio, pero no es de obligatorio cumplimiento para la autoridad, en cambio, a partir de los 12 años es obligatoria su opinión y el Juez debe tomarla en cuenta al momento de resolver. Todo esto acompañado de la madurez psicológica y el desarrollo de niños, niñas y adolescentes que es un complemento para poder tener una opinión eficaz.

En el CONA delimita la edad y da una categoría al sujeto, son niños los que no han cumplido doce años, mientras que son adolescentes aquellos que han cumplido doce y no tienen dieciocho años. Por otro lado, el Código Civil indica que los impúberes (menores de doce años) son absolutamente incapaces, mientras que los menores adultos (mayores a doce años) su incapacidad no es absoluta, sino relativa.

Madurez

La madurez consiste en el comportamiento y postura que toman los menores ante la situación presentada, donde se identifica la forma de su desarrollo, es por esto que la madurez va relacionada con la forma en la que se ha ido desarrollando el niño, niña y adolescente de forma física, social y psicológica. Esta madurez no tiene una edad definida y puede manifestarse en cualquier momento dependiendo de la persona, interviene el factor social, familiar y psicológico.

Para que el menor se desarrolle de manera autónoma y segura, es indispensable que pueda tomar decisiones propias, según la edad y madurez que tenga. De esta forma, irá adquiriendo más responsabilidades según su grado de madurez, podrá dar su opinión e incluso prestar su consentimiento; aspectos sustanciales al tomar una decisión importante que afectará su vida.

Determinar la madurez de un niño(a) o adolescente no es tan sencillo, como delimitar la edad en la que el menor esté en condiciones o no de poder manifestar su

opinión. La madurez que adquiere un menor dependerá de distintos aspectos, entre estos, las experiencias en su entorno, no es lo mismo un niño que ha crecido en un ambiente familiar estable, que un menor con problemas familiares, económicos u otros, que impiden o afectan la percepción que tienen de su situación.

Los niños a partir de los 7 años tienen ideas más claras sobre cierta información que se le proporciona, incluso de lo que está sucediendo en su núcleo familiar, en este caso la separación de sus padres, su participación dentro del proceso es importante para establecer cuál de sus progenitores es más apto para estar bajo su cuidado y crianza. Un adolescente, mayor a doce años, entendemos que su capacidad de comprensión es mayor a la de un niño, aun así, es necesario que se evalúe su madurez, debido a que la opinión emitida dentro del juicio de tenencia podría o no afectar su desarrollo integral y por ende su futuro.

Desarrollo

El desarrollo del menor dependerá de la formación y cuidado que den los padres, es parte fundamental para su crecimiento y que los menores puedan generar su propio criterio, no todos los niños, niñas y adolescentes se desarrollan de la misma forma y al mismo tiempo. El desarrollo psicológico debe ser realizado por un profesional de la materia, debe encontrarse en un lugar adecuado para dialogar con el menor o adolescente verificando si existe algún daño psicológico, deberá entregar un informe de los antecedentes, datos del menor, método de aplicación para la entrevista, condición en la que se encuentra, examen psicológico, conclusión y recomendación acompañado de su respectiva firma, de esta forma el juez llega a conocer en que condición se encuentra el menor y será mucho más eficiente al momento de emitir una resolución.

El autor Hernando Duque (como lo citó Guevara Armijo, A, 2022) menciona que el menor empieza a desarrollar la comunicación junto con su familia a temprana edad, eso marca un antes y un después, debido a que esto deja una marca que va a ser inolvidable para el menor en su vida. Además, es muy importante la colaboración del núcleo familiar para que el menor pueda ser guiado y desarrolle múltiples destrezas como: lenguaje, motoras, intelectuales y su seguridad personal.

Requisito previo para la opinión del niño

La Ley no establece ¿cómo el Juez comprueba que la opinión del niño debe considerarse en un proceso judicial? Justamente la ausencia de estos criterios afecta la tutela judicial efectiva y el derecho a ser consultado, al dejar esta garantía constitucional a la sana crítica del Juez.

El juez, con el fin de garantizar la defensa del interés superior del niño(a) debería solicitar obligatoriamente que cada niño(a) se someta a un examen psicológico por un profesional, que determine su capacidad para opinar; el niño(a) no cumple con la edad de ley que, si reserva al adolescente, considera que no tiene la madurez psicológica suficiente para concluir lo que es bueno para su desarrollo personal. Esta valoración psicológica, que avala la madurez del niño para opinar en un proceso de tenencia, garantiza que el Juez lo respete, e incluso dejaría en entredicho si decide no considerar su opinión al momento de resolver, así se impediría la extralimitación de su poder de decisión.

Por otro lado, se debe evaluar el entorno en el que se encuentra para saber si es apto o no, encargando de hacer el análisis y valoración por un(a) Trabajador(a) Social, debe existir un informe en el que consten las condiciones del menor.

¿Como medir la madurez del niño?

La madurez debe ser evaluada por un profesional capacitado, como el sicólogo en el área cognitiva, quién determinará mediante pruebas y análisis el grado de madurez del menor. Se recomienda que la evaluación del niño debe centrarse en 4 aspectos primordiales: desarrollo cognitivo, emocional, social y físico; para cada uno se valoran varios puntos.

El desarrollo cognitivo implica la ampliación de capacidad para pensar y explicar sus ideas, en esto se incluye la comprensión, atención, competencia y su raciocinio; esto se da a partir de los 6 a 12 años, y de los 12 años a los 18 años.

El desarrollo emocional es la destreza con la cual el niño se expresa y dirige sus emociones para responder de manera correcta hacia lo demás, identifica y establece relaciones saludables en sus diferentes entornos.

El desarrollo social comprende la interacción y mantener lazos con adultos y niños de su misma edad. Este desarrollo social junto al emocional es indispensable para la salud mental del menor.

Por último, está el desarrollo físico de los elementos de altura, peso y cambios físicos que van teniendo los niños(as) según crecen.

La valoración psicológica evidenciaría el nivel de madurez conforme a los resultados de cada tipo de desarrollo, de tal forma, podrá indicar si su opinión se ajusta a la experiencia o realidad que vive.

Autonomía Progresiva

La autonomía es entendida como la “capacidad de hacer cosas por propia iniciativa, con independencia y responsabilidad. Adquirir autonomía supone ser progresivamente capaz de tomar decisiones personales sobre cómo vivir, poder desarrollar las acciones necesarias para lograrlo y asumir las responsabilidades de las decisiones tomadas” (UNICEF, s. f., p. 1).

Durante la etapa del crecimiento, desde de su nacimiento hasta alcanzar los 12 años, toda persona alcanza progresivamente su autonomía, a medida que el niño crece adquiere experiencia y se desarrolla a través del entorno en el que vive, de tal forma, al crecer su nivel de comprensión es más completo y le permite recibir información que analiza si es verdadera o no.

Debemos tener en cuenta que la capacidad que tiene un niño es distinta a la de un adolescente, es necesario comprender que la capacidad de goce es un atributo de la personalidad, es la aptitud que tiene todo ser humano de ser titular y gozar de los derechos, puede ser ejercida por sí mismo o por un representante. La capacidad de ejercicio según Lyon P. (como se citó en Gómez de la Torre Vargas, 2018) es aquella que “constituye la capacidad de obrar, es la existencia real y concreta de una voluntad capaz de discernir con responsabilidad y con la debida independencia o libertad cuales son los actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales que desea realizar” (p.121).

En la tenencia, ante la disputa del padre y la madre, escuchar la opinión del niño es importante, revela si tiene afecto a uno de sus progenitores, deja manifestar libremente su voluntad de preferencia a uno de ellos y rechazarlo por miedo o temor por malas experiencias que le han ocasionado daño.

Ejercicio del derecho a la opinión dentro de la audiencia

Los hijos forman parte de la situación familiar ante la separación de ambos progenitores, por esta alteración de la convivencia, deben opinar ante el Juez quien, tras garantizar el ejercicio adecuado de este derecho necesario en el juicio de tenencia,

deberá decidir motivadamente quién de los padres quedará a su cuidado. En la práctica, en la audiencia el derecho a opinar va en conjunto con el derecho a ser oído, antes de emitir la sentencia sobre la tenencia el juez deberá oír al menor, prevaleciendo su interés y bienestar.

En la audiencia para que el niño o adolescente ejerza el derecho a opinar, deberá contar con un espacio adecuado donde pueda expresar sus opiniones reservadamente, sin presión y en libertad; para ello, con antelación debió proporcionar la información necesaria sobre el proceso, su intervención y el efecto jurídico precautelando la tutela judicial efectiva. Todos estos aspectos fundamentales deberán considerar su edad y madurez para una correcta valoración por el juez.

El examen psicológico de la capacidad cognitiva del menor se convertiría en un requisito determinante para demostrar su grado de madurez, evidenciar si se encuentra emocionalmente afectado y si pudiera emitir un criterio que afectaría su interés superior; la decisión que el Juez tome debe considerar el resultado del examen psicológico como medio de valoración de la opinión expresada. Para que exista un ejercicio efectivo de este derecho, deben implementarse mecanismos que no permitan que las manifestaciones que exprese el niño se vean discriminadas, ni manipuladas por terceros o inclusive por sus progenitores, con el resguardo de no ser alterados los resultados o se interpreten erróneamente, velando siempre porque los intereses de los niños estén por encima de los sujetos procesales.

Valoración del derecho a la opinión y el interés superior dentro de los procesos de tenencia.

El derecho a la opinión del niño(a) y adolescente se enmarca en los derechos de participación, al menor dentro del juicio de tenencia se le otorga la facultad de expresarse y que el Juez minuciosamente deba oír lo que ha dicho en la audiencia y su opinión sea transmitida al juez de manera que su voluntad no haya sido interpretada contrario a lo que ha manifestado, aunque es condicionada por la edad y la madurez.

La opinión del niño o adolescente que se encuentre en la madurez suficiente para poder emitir su opinión libremente podrá influir en la decisión final del Juez, mientras que aquel menor que no esté en condiciones de poder expresarse o no tenga la madurez suficiente no podrá ser vinculante para la resolución que emita el Juez ya que podría vulnerar el principio del interés superior.

El interés superior del menor debe ser valorado, porque no siempre ese interés va de la mano con lo que el niño manifiesta o expresa, por lo que existiría un conflicto entre estos, de manera que el juez al decidir no afecte al niño. El interés superior hace referencia a la idea del pleno disfrute y efectivo goce de los derechos, orientados a su desarrollo integral, reconocidos en la CDN. Aunque el interés superior sea algo complejo de abordar, este deberá ser analizado dependiendo de las circunstancias, teniendo en cuenta el contexto y las necesidades personales del niño(a) o adolescente.

El Comité de los Derechos sobre el Niño expresa que la evaluación del interés superior que hará el Juez consistirá en valorar y sopesar los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o grupo de niños en concreto, y que no afecte en su desarrollo para su vida adulta.

La valoración de la opinión del niño se la puede realizar mediante procedimientos que vayan de acuerdo con su edad y desarrollo, acompañado de un guía profesional que le brinde un ambiente seguro para que este pueda desenvolverse y expresar sus sentimientos desde su posición.

El interés superior del niño está vinculado al cumplimiento de los derechos de los menores, se debe considerar la evolución de los niños y adolescentes valorando su competencia y madurez, dando paso a la opinión del niño respetando su autonomía, siempre y cuando no vaya en contra de sus intereses. Un entorno familiar adecuado contribuye en el desarrollo personal y cognitivo, el deber de los progenitores es intervenir para su realización, aunque implique que uno de ellos no esté presente en su proceso de crecimiento.

En los casos en que existe conflicto entre el derecho a la opinión y el principio del interés superior, ocasiona a menudo que las autoridades judiciales manipulen erróneamente el principio y perjudican el ejercicio pleno de los derechos de los niños y adolescentes. No obstante, el Juez deberá apreciar en cuanto al interés superior la decisión que más favorezca al pleno ejercicio de los derechos de los NNA, dependiendo de la particularidad de cada caso en el que se encuentre el menor y de sus necesidades, además la CC (en la *Sentencia No. 202-19-JH/21*, 2021) explica que:

Para tomar estas medidas es preciso considerar el interés superior, identificar los hechos y considerar los derechos que están en tensión. La

aplicación del interés superior, en esta sentencia y para valorar esas opciones, se analizará en todos los derechos concernidos. (p.32)

Parámetros que deben aplicarse en el ejercicio del derecho a la opinión del niño en los juicios de tenencia

La Ley además de reconocer a los niños(as) y adolescentes como sujetos titulares de derechos debe establecer la forma de garantizar su ejercicio, el derecho a expresar su opinión dentro del proceso de tenencia requiere de parámetros que el Juez debe seguir y consecuentemente se ejercite efectivamente por su titular. Esta manifestación de la opinión deberá darse ante el Juez que conoce la causa, así el principio de inmediación se cumple y facilita una decisión justa que confiará el ejercicio de la patria potestad al padre o madre más idóneo.

El niño podrá exponer su opinión por sí mismo o a través de un representante asignado para que vele por los intereses del niño, este tercero debe tener en cuenta que está representando al menor y debe asumir este rol con absoluta responsabilidad, deberá transmitir específicamente lo que el niño ha manifestado sin alterar la opinión. El Juez incluirá en su decisión elementos como la opinión del niño, el entorno en el que se encuentra y cuál de los progenitores está apto para velar por el bienestar y desarrollo integral del menor.

La norma establece que la opinión de los hijos mayores a doce años será obligatoria para el Juez, sin embargo, de los hijos menores de doce años deberá ser valorada según su grado de desarrollo, entonces se tendrá que valorar si el niño tiene suficiente madurez para emitir un juicio respecto de la situación que está viviendo.

El marco jurídico se debería reformar para que los hijos púberes elijan a cuál de sus padres estará su cuidado, si la norma menciona que su opinión es obligatoria, lo que manifieste incide en la decisión del juez, ya que los adolescentes tienen mayor grado de madurez que un niño, por lo que tendrá mayor capacidad para comprender y entender lo que pasará tras la separación de los padres.

Los hijos recién nacidos hasta 2 años no pueden expresarse, deberá representarlo la persona a cuyo cuidado se encuentre; pero hay que valorar su frágil condición estableciendo una regla más favorable, como la preferencia materna si no afecta el interés superior del menor. Debido al vínculo especial que existe entre madre

e hijo(a) por ser propio del ser humano en sus primeros años de vida, como por ejemplo, el derecho de lactancia materna.

Tratándose de los hijos de 3 a 6 años se debe evaluar la madurez y el grado de desarrollo para manifestar su opinión creando su propio juicio, previa valoración psicológica. Quienes tienen 7 años hasta antes de los 12 debería ser obligatoria su opinión salvo que se demuestre que es contraria a su interés superior y, quienes han cumplido doce años podrían decidir a cuidado de cuál de los progenitores quiere quedarse.

El Comité sobre los Derechos del Niño expone en la Observación General No. 12 (2009) que ha desarrollado cinco medidas ejemplificativas para efectos de garantizar la observancia del derecho a ser escuchado a los niños(as) y adolescentes, por ende, para que el Juez pueda escuchar debidamente lo que expresa el niño es imprescindible que exista:

1. Preparación, consiste en una previa explicación al niño(a) o adolescente de cómo, cuándo y dónde se los escuchará, además comunicarles de quienes serán parte del proceso.
2. Audiencia, es el espacio adecuado donde el niño pueda sentir que puede opinar libremente y percibir que es escuchado por el Juez, lo que ha expresado se considerará para tomar una decisión.
3. Evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, además el Juez debe tener en cuenta lo que el menor ha manifestado en la audiencia y adoptarlo como factor destacado para la decisión de la tenencia del niño(a) o adolescente.
4. Explicación del resultado del proceso y cómo sus opiniones fueron o no tomadas en cuenta, primando el interés superior.
5. Los NNA tendrán la posibilidad de interponer quejas, desagravios o vías de recursos a una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños.

Bajo ningún caso se podrá escuchar eficazmente al menor cuando el espacio donde manifiesta su opinión sea intimidatorio, hostil o inadecuado para su edad. La Corte Constitucional (en la *Sentencia No. 2691-18-EP/21*, 2021) advierte que:

La autoridad judicial deberá analizar y matizar caso a caso las condiciones específicas de cada niño o niña en concreto y su interés superior para acordar la participación de éste aplicando los criterios expuestos anteriormente; y, respecto de los adolescentes, cualquier decisión que se tome sin escucharlo carece de validez... (p. 14).

Tener debidamente en cuenta la opinión es uno de los derechos que tienen los niños que sirve para que el Juez, encargado de tomar una decisión, tendrá que comunicar al niño cual fue el resultado del proceso y explicar cómo adoptaron su opinión en la resolución, esta información deberá ser adaptada a su edad y madurez. La comunicación de los resultados sirve como evidencia de que no se trata de una mera formalidad, sino que realmente se consideran titulares de sus derechos, garantizando su respeto según lo establecido en la CDN .

Finalmente, en el estudio de la opinión del niño como parte de los derechos de participación es fundamental que puedan interactuar en todos los asuntos en donde sus derechos puedan verse afectados, específicamente en los casos de separación de sus progenitores, así se encargará la tenencia primero respetando no solo el acuerdo de los padres sino la opinión de los hijos, cuando los progenitores no hayan llegado a un acuerdo entonces el juez estimará lo más conveniente para el desarrollo integral del NNA confiando su cuidado y crianza a uno de los progenitores que demuestre ser el más idóneo y respetando la opinión del niño.

Conclusiones

1. La CDN, CRE y el CONA reconocen a los NNA como sujetos de derechos, garantizando el goce y ejercicio progresivo según su grado de desarrollo y madurez. Tiene derecho a participar en todo proceso administrativo o judicial que afecte sus derechos o su vida, debiendo consultarse y opinar siempre que puede formarse un juicio propio. Este derecho debe ejercerse considerando su triple dimensión: expresarse libremente sin que nadie lo obligue a opinar; ser escuchado por la autoridad con la debida atención para que su criterio puede incidir en la resolución; y a que su opinión sea tomada en cuenta, siempre y cuando lo manifestado no sea perjudicial para el menor.

2. La CC en la sentencia No. 28-15-IN/21 dejó sin efecto los numerales 2 y 4 del art. 106 del CONA de las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad que ocasionaba claramente la vulneración de los derechos de participación de los NNA. Al confiar la tenencia a uno de los progenitores, la CC dispuso como uno de los parámetros a considerar es la opinión al NNA y el derecho a ser escuchado. Esta participación de los NNA es esencial para que la decisión que el Juez tome no impacte en su desarrollo integral y su vida adulta; si el Juez no ha escuchado al adolescente en el proceso de tenencia su decisión carece de validez.

3. A los niños no les corresponde probar su capacidad para emitir su opinión, le toca al Estado asegurar las condiciones para que pueda hacer efectivo su ejercicio; como no existen los criterios que el Juez debe observar para valorar la opinión en el proceso, existe una vulneración en el ejercicio de su derecho, aunque mediante el principio del interés superior se ponderan sus derechos y constituya una directriz para la decisión que tome el Juez, deben considerarse parámetros para valorar la edad, madurez y desarrollo.

Recomendaciones

Una vez expuestas las conclusiones, en efecto es considerable exponer las siguientes recomendaciones luego del estudio y análisis que hemos realizado en este trabajo de investigación:

A las autoridades legislativas:

1. Que implementen en el CONA los parámetros bajo los cuales las autoridades judiciales deben aplicar correctamente el ejercicio efectivo del derecho a la opinión, la escucha y que sea tomada en cuenta, especialmente en los procesos de tenencia.

2. Que se reforme el CONA respecto a que el adolescente debería decidir a cargo de quién estará su cuidado y crianza, actualmente se ha concedido más capacidad al adolescente en aspectos trascendentales como su orientación sexual y reproductiva, capacidad para trabajar, para demandar directamente asuntos donde se afecten sus derechos, administración de su peculio industrial, además que en códigos anteriores los hijos púberes podían elegir con que progenitor querían quedarse.

3. Que se incorpore en el CONA los artículos de la “Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Niñez y Adolescencia para regular la tenencia” que realizó la Defensoría del Pueblo, referentes al interés superior del niño, el proceso de escucha y la opinión en el proceso de tenencia.

4. Que se incorpore como causal de nulidad del proceso de tenencia la falta de la opinión del niño y adolescente; además igual efecto debe aplicarse cuando el Juez no motiva adecuadamente por qué no consideró la opinión del adolescente

A los operadores de justicia:

1. Informar adecuada y oportunamente a los NNA cómo, cuándo y dónde se llevará a cabo el juicio de tenencia, el derecho de expresar libremente su criterio sobre a quién de los padres se confiará su cuidado y crianza.

2. Las autoridades judiciales deben tener criterio unificado, enviando a realizar el examen psicológico cognitivo de los niños(as), con profesionales especializados, para que evalúen el grado de madurez y desarrollo de los niños, y decidir si tomará en cuenta la opinión al momento de dictar sentencia.

3. Interpretar uniformemente los criterios de la CC en los procesos de tenencia, especialmente la opinión y escucha, garantizando que la decisión del Juez no altere la vida y ocasione el menor impacto en el desarrollo de los niños(as) y adolescentes después de la sentencia que otorgue la tenencia al padre o madre.

Referencias

- Barber Cárcamo, R. (2019). El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 17, 5-21. <https://doi.org/10.18172/redur.4492>
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*.
Código Orgánico de Niñez y Adolescencia.
- Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General No 12: El derecho del niño a ser escuchado*.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Convención sobre los Derechos del Niño, (1990).
- Sentencia N°.064-15-SEP-CC, (Corte Constitucional del Ecuador 2015).
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e9de9c4a-933d-4924-b2e9-fa44513d3ce7/0331-12-ep-sen.pdf?guest=true>
- Sentencia No. 28-15-IN/21., (2021).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC11YWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=
- Sentencia No. 202-19-JH/21, (Corte Constitucional del Ecuador 2021).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidlnzY5ZGRjOS0zYjMxLTRhMTMtYTFjYi01YTE4OWY0YjEjODAuAucGRmJ30=
- Sentencia No. 2691-18-EP/21, (Corte Constitucional del Ecuador 2021).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicxYWYyNmZjNi02MDU4LTQ0ODEtYThjZC1iOGY0YWFiZjhlYzkucGRmJ30=

- Del Moral, A. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. I(2), 73-99.
- Espinosa de los Monteros, R. (2018). Nadie pierde: La guarda y custodia compartida, aspectos jurídico-procesales. Dykinson.
- Fernández Espinoza, W. (2017). LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL. 172-189.
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho. Revista de Derecho, 18, 117.
<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- Guevara Armijo, A. (2022). Excepciones al requisito de edad para validar opinión en casos de tenencia. Tecnológica Indoamérica.
- Knobel, M. (1964). El desarrollo y la maduración en psicología evolutiva. 1, 73-77.
- ONU: Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general No 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>
- Sokolich A., M. (2017). El Derecho del Niño a emitir su opinión y su relación con la adopción.
- UNICEF. (s. f.). Glosario sobre Participación Infantil y Ciudadanía.
<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/educa/unicef-educa-glosario-derecho-participacion-infantil-adolescente-ciudadania.pdf>
- UNICEF. (2022). Derecho que los niños y niñas sean oídos en la nueva Constitución.
<https://www.unicef.org/chile/historias/derecho-que-los-niños-y-niñas-sean-oídos-en-la-nueva-constitución>

Varsi Rospigliosi, E. (2012). Tratado De Derecho De Familia .Tomo III. Derecho familiar patrimonial: Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar (Gaceta Jurídica S.A.). El Búho E.I.R.L.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Maridueña Vera, Maria Paula**, con C.C: # **0924500325** y **Tutiven Bonilla, María Belén**, con C.C: # **0940925274** autoras del trabajo de titulación: **Criterios de regulación de la opinión del niño y adolescente en los juicios de tenencia en Ecuador** previo a la obtención del título de **ABOGADO** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 2 de febrero de 2024

f. María Maridueña Vera.

Nombre: **Maridueña Vera, Maria Paula**

C.C: **0924500325**

f. María Belén Tutiven B.

Nombre: **Tutiven Bonilla, María Belén**

C.C: **0940925274**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Criterios de regulación de la opinión del niño y adolescente en los juicios de tenencia en Ecuador		
AUTOR(ES)	Maridueña Vera, María Paula; Tutiven Bonilla, María Belén		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Molineros Toaza, Maricruz del Rocío		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	2 de febrero de 2024	No. DE PÁGINAS:	28
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho de Niñez y Adolescencia, Derecho Constitucional, Derecho Civil		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Niño, niña y adolescente (NNA), Derecho a la opinión del niño, Derecho a ser escuchado, edad, madurez, autonomía progresiva, Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), tenencia, principio del interés superior del niño.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): Este trabajo implica el análisis de uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño que debe ser ejercido dentro de los procesos judiciales de tenencia, esto es, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados. Este derecho implica la capacidad del menor a formarse su propio juicio y expresar su opinión, correspondiendo al Juez valorarla respetando este derecho y su incidencia al momento de decidir a quién encargará su cuidado. El artículo 106 del código de la niñez y adolescencia en Ecuador regula en su último inciso las condiciones del ejercicio de este derecho en los procesos judiciales de tenencia, también establece sus efectos. La opinión de los adolescentes será obligatoria para el juez, sin embargo, la de los hijos menores de doce años será valorada dependiendo del grado de desarrollo del menor. No obstante, excepcionalmente el Juez no considerará tal opinión si es contraria al interés superior. La Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21 que expulsa los numerales 2 y 4 del Art.106 del CONA que establece las reglas para otorgar la tenencia de los hijos menores de edad a los padres ha fijado criterios que el Juez deberá aplicar en estos casos, uno de ellos es la opinión, sin embargo, no se establecen los parámetros que el Juez debe aplicar en este criterio.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-989599711 +593-999290013	E-mail: maria.maridueña05@cu.ucsg.edu.ec maria.tutiven01@cu.ucsg.edu.ec	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			