



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

**“EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS
DE OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA.”**

Proyecto de Investigación previo la obtención al título de
Abogada

Línea de investigación:

El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico

Autora:

JÉSSICA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ CASTRO

Directora:

ABG. MAYRA CRISTINA MENA MENA

Ambato-Ecuador

Junio 2017

PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE AMBATO

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

**“EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS
DE OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA.”**

Línea de Investigación:

El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico

Autora:

JÉSSICA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ CASTRO

Mayra Cristina Mena Mena, Abg. Mg..	f.	_____
CALIFICADORA		
Edgar Santiago Morales Morales Ab. Mg.	f.	_____
CALIFICADOR		
David Alejandro Arroba López Ab. Mg	f.	_____
CALIFICADOR		
Diego Gonzalo Coca Chanalata, Ab.Dr.	f.	_____
DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA		
Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.	f.	_____
SECRETARIO GENERAL PUCESA		

Ambato-Ecuador

Junio 2017

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, JÉSSICA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ CASTRO, portador de la cédula de ciudadanía No. 1805088935, declaro que los resultados obtenidos en el proyecto de titulación y presentados en el informe final, previo a la obtención del título de ABOGADA, son absolutamente originales, auténticos y personales.

En tal virtud, declaro que el contenido, las conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto de investigación y luego de la redacción de este documento, son y serán de mi sola y exclusiva responsabilidad legal y académica.

Jéssica Alexandra Domínguez Castro

C.I. 1805088935

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por darme la fortaleza de siempre seguir adelante, a mis padres por ser el pilar fundamental en mi vida, que con su infinito amor hemos podido llegar a una de las primeras metas trazadas, por ser mi inspiración y mi orgullo, a mis queridos hermanos Grace y Edward que son mi ejemplo a seguir, a los distinguidos docentes de la carrera de Jurisprudencia, por inculcarme sus conocimientos y valores, a mi Directora de Titulación Abg. Mayra Mena por aportar significativamente en el presente trabajo Investigativo, a la Dra. Viviana Lescano y su entrega como docente al fomentar el interés y amor a la abogacía.

Jéssica Alexandra Domínguez Castro

DEDICATORIA

A mis queridos padres Guido Domínguez y Lidia Castro por su apoyo incondicional y su infinita dedicación inculcándome una vida de valores y perseverancia, gracias a su amor este logro es nuestro.

Jéssica Alexandra Domínguez Castro

RESUMEN

La presente investigación tienen como objetivo aplicar el principio del interés superior del niño en los procesos de otorgamiento de la tenencia, que se fundamenta en la protección de los derechos de este grupo prioritario, que en varios casos deben pasar por un proceso legal de tenencia como una lucha entre sus progenitores a la que el juez debe considerar cual es el más acorde para llevar a cabo la responsabilidad de crianza de su hijo. La investigación se realizó a través de la metodología bibliográfica documental, puesto que se recopiló información por medio de material jurídico y bibliográfico, para complementar la investigación acorde al otorgamiento de tenencia de los hijos luego de una controversia entre sus progenitores, con una debida aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, con relación a los procesos de otorgamiento de tenencia en los que no se vulnere sus derechos y garantías, enfocado a una investigación crítico propositivo con carácter cualitativo orientado en asegurar el cumplimiento de la normativa en beneficio del niño, niña o adolescente acorde a un seguimiento y análisis minuciosos en esta clase de procesos, como resultado fue posible determinar que este grupo de atención prioritaria debe ser considerado como sujetos de derechos, y que al prevalecer sus garantías sean de manera imparcial a favor de la madre o el padre con la finalidad que el niño goce de un ambiente seguro y pacífico.

Palabras claves: Principio del Interés Superior del Niño, Tenencia, Sujeto de Derechos, Familia, Estado.

ABSTRACT

This research aims to ensure the application of the principle of best interest of the child in parental custody proceedings. The principle dictates that the rights of children must be protected at all times. This research focuses particularly on legal custody proceedings, which often involve conflict between parents, resolved by a judge who decides which parent is most suitable to bear the responsibility of raising the child. Bibliographical and documentary research was carried out in which information was gathered from legal and bibliographical sources to complement research on the granting of custody of children following a dispute between parents, including the proper application of the principle of best interest of the child as it relates to parental custody proceedings, according to which the rights and guarantees of the child may not be violated. To this end, critical propositional research was carried out using qualitative data, aimed at assuring compliance with all regulations for the benefit of children or adolescents, and based on extensive monitoring and analysis of proceeding of this kind. As a result, it was determined that children and adolescents must be considered as subjects of rights, all legal judgement concerning them must be impartial, and whether it decides in favour of the mother or of the father, their legal guarantees must be upheld to assure that the child enjoys a safe and peaceful environment.

Keywords: *Principle of best interest of the child, custody, subject of rights, family, state.*

TABLA DE CONTENIDOS

Preliminares

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
FUNDAMENTOS TEÓRICOS	3
1.1. Antecedentes.	3
1.2. Descripción Del Problema	3
1.3 Preguntas Básicas.....	5
1.3.1 ¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?.....	5
1.3.2 ¿Por qué se origina?	5
1.3.3 ¿Qué lo origina?	5
1.3.4 ¿Cuándo se origina?	6
1.4 Objetivos	6
1.4.1 General	6
1.5 Pregunta de Estudio, Hipótesis de Trabajo o Idea a Defender, Meta	6
1.6 Estado Del Arte	7
1.7 Variables	9
1.7.1 Variable independiente:	9
1.8 Desarrollo de los Fundamentos Teóricos.....	10
1.8.1 El Principio del Interés Superior del Niño	10
1.8.2 Evolución del Principio del Interés Superior del Niño	12
1.8.3 Actualidad del Principio del Interés Superior del Niño	14

1.8.4 Concepción de Interés Superior del Niño, Niño y Adolescente.....	17
1.8.5 Funciones del Interés Superior del Niño	34
1.8.6 Características del Principio del Interés Superior del Niño	35
1.8.7 Evolución del Interés Superior del Niño	39
1.8.8 Actualidad del principio del Interés Superior del Niño	40
1.9 Norma legales referentes al Principio del Interés Superior del Niño en la legislación ecuatoriana.	41
1.9.1 Procesos de Otorgamiento de la Tenencia	43
1.9.2 Evolución de la Tenencia.	45
1.9.4 Tenencia de los Niños, Niñas y Adolescentes.	46
1.9.5 Causas para otorgar la tenencia.....	47
1.10 Causas para Negar la Tenencia del Niño, Niña, o Adolescente.....	49
1.11 ÁMBITO LEGAL.....	54
1.11.1 Procedimiento para otorgar la tenencia.....	54
1.12 EFECTOS JURÍDICOS DE LA TENENCIA	57
1.12.1 Personales y patrimoniales.....	58
CAPITULO II	67
METODOLOGÍA	67
2.1 Método de Investigación.....	67
2.2 Método General.....	68
2.3 Método Específico	68
2.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de Información:	68
2.5 Población.....	69
CAPITULO III	70
RESULTADOS	70
3.1 Entrevistas	70
CAPITULO IV	75
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	75
CONCLUSIONES	75
RECOMENDACIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	79

APÉNDICE.....	83
ANEXOS	85

TABLA DE GRÁFICOS

TABLAS

Tabla 1.1.Estados de convención	18
Tabla 1.2 Principios de Interes.....	41
Tabla 1.3 Código Orgánico.....	60
Tabla 1.4. Codigo Organico.....	69
Tabla 1.5 Codigo Organico.....	62
Tabla1.6 Procesos Legales.....	63
Tabla 2.1.Población	63
Tabla 3.1. Entrevistas Pregunta 1.....	70
Tabla 3.2 Entrevistas Pregunta 2.....	73
Tabla 3.3. Entrevistas Pregunta 3.....	74
Tabla 3.4 Entrevistas Pregunta 4.....	73
Tabla 3.5. Entrevistas Pregunta 5.....	74

INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes al ser considerados como un grupo de atención prioritaria deben estar protegidos por sus derechos y garantías que se encuentran emanados en las diferentes legislaciones de sus Estados, en nuestro caso se expresa en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en su Artículo 45 haciendo a referencia que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, para lo que el Estado es el encargado de reconocer y garantizar la vida incluido el cuidado y protección a partir de la concepción. Para lo que se les otorga el derecho a tener una integridad física y psíquica; también a la educación, deporte y recreación y uno de los puntos más importantes es al ser consultados en los diferentes asuntos que les afecten en su desarrollo ya que el Estado les garantiza la libertad de expresión.

Con el antecedente del anterior Artículo empieza en si la protección de los niños (as) recurriendo a otra norma que es el Artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el cual, ampara El Interés Superior del Niño al ser un principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescente que esta impuesto a las diferentes autoridades ya sean administrativas o judiciales con la responsabilidad de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 118 del mismo cuerpo legal define, como lo que 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.

Como podemos visualizar los procesos de tenencia deben ser muy minuciosos y darles la importancia que merecen, muchas de las veces se mantiene en una línea continua de que el juzgador siempre otorgue esta facultad a la madre y muy pocas veces al padre, pues se debería analizar de manera más técnica y formal en la que el hijo o hija pueda convivir con uno de sus progenitores pero de una forma segura y adecuada para su desarrollo físico y personal teniendo en cuenta que la patria potestad la tendrán tanto padre y madre mientras que la tenencia estará a cargo de quien haya demostrado quien es el más idóneo para poder cumplir esta ardua función a cabalidad de la normativa y como la sociedad lo exigen por el bienestar de los más vulnerables a este proceso legal siendo los niños, niñas y adolescente.

La realización de este proyecto busca investigar de manera doctrinaria El Principio del Interés Superior del Niño en los Procesos de Otorgamiento de la Tenencia, que empieza como un problema social hasta llegar al punto jurídico; con el fin de analizar las diferentes causas y consecuencias de este proceso legal e identificar cuáles son las medidas más acordes y confiables a tomar por los jueces.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes.

El Principio del Interés Superior del Niño, en los Procesos de Otorgamiento de la Tenencia se fundamenta en la protección de los derechos de este grupo prioritario dentro de nuestra sociedad, que en varios casos deben pasar por un proceso legal de tenencia como una lucha entre sus progenitores en la que el juez debe considerar cual es el más acorde para llevar a cabo esta responsable misión en la crianza y formación de sus hijos buscando el bienestar y seguridad de los mismos.

Encaminado a que sea un proceso legal y justo para las dos partes, puesto que se enfoca en asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías del niño, niña o adolescente acorde a lo que emana nuestras leyes estatales.

1.2. Descripción Del Problema

Referente a la tenencia después de una ruptura conyugal se enfrentan a una lucha litigiosa por la tenencia de los hijos creando una inestabilidad del entorno de los mismos; concierne a esto he visto la necesidad de realizar una investigación de

factores contundentes que deberían incidir para otorgar la tenencia a uno de sus progenitores, con el fin de que se precautele el principio del interés del niño.

El Principio Del Interés Superior del Niño en su Artículo 11 del Código de Niñez y Adolescencia nos da a conocer que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos, e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales ya las instituciones públicas y privadas el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento, para que se pueda apreciar dicho principio se considerara la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y los deberes de este grupo etario con manera que mejor convenga para la ejecutividad de sus derechos y garantías.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 118 del mismo cuerpo legal define, como lo que 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.

Se puede analizar que en la mayor parte de casos se da predilección de tenencia a las madres quienes deciden prácticamente todo acerca del hijo como si se tratara de una propiedad exclusiva, y donde se asume que la madre es la directa responsable de la crianza de sus hijos pero en muy raras ocasiones se toma en cuenta que un padre

también podría desenvolver este papel, por lo antes expuesto las diferentes circunstancias que deben atravesar tanto padres como niños considero que es necesario analizar en el presente proyecto como un problema que aun surge dentro de nuestra sociedad.

1.3 Preguntas Básicas

1.3.1 ¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?

Aparece por el requerimiento de proteger las necesidades básicas de los hijos y padres separados, donde se pueda garantizar los derechos para las dos partes señalados en la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales, Código de la Niñez y Adolescencia.

1.3.2 ¿Por qué se origina?

A partir de la separación de los padres o un divorcio.

1.3.3 ¿Qué lo origina?

La necesidad de que se dictamine una resolución acorde a las pruebas y hechos presentados por la parte que solicita la tenencia del niño.

1.3.4 ¿Cuándo se origina?

El juez no siempre otorga la tenencia de manera justa a uno de los padres, y se ven violentados los derechos tanto del niño como de su progenitor.

1.4 Objetivos

1.4.1 General

Aplicar el principio del interés superior del niño con relación a los procesos de otorgamiento de tenencia.

1.4.2 Especifico

2. Diagnosticar la fundamentación doctrinaria del principio del interés superior del niño en la tenencia
3. Analizar normas y jurisprudencia relativa al principio del interés superior del niño.
4. Establecer criterios de idoneidad del otorgamiento de tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

1.5 Pregunta de Estudio, Hipótesis de Trabajo o Idea a Defender, Meta

¿Cómo incide el Principio del Interés Superior del Niño en los procesos de adjudicación de tenencia?

1.6 Estado Del Arte

En la revista(Juridica de la Universidad de Uruguay, 2008), se manifiesta que “la situación pos divorcio en los países desarrollados indica niveles elevados de incumplimiento en la manutención y de pérdida de contacto entre padres e hijos” (pág. 44).

En el trabajo investigativo de (Echeverria, 2011),presentado como tesis Doctoral denominada “La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, señala que El principio de interés superior del niño, todas las decisiones que deban adoptarse en relación a la situación del hijo menor de edad, deberán buscar el interés de este, configurándose como una modelización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de los conflictos interconyugales, esto quiere decir que, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede. (pág. 59)

(Cabrera D. , 2008), establece que la Tenencia es una institución jurídica con la cual el juez otorga el cuidado y crianza de los hijos menores de edades a uno de los progenitores o a una tercera persona en ciertos casos según lo establecido en la ley “La tenencia es una de las facultades de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente del menor a unos de sus padres”. (pág. 23)

(Larrea, 2008) En su obra señala que el reconocimiento de la tenencia como un derecho, que lo ejerce el padre o madre, que se considera más apto o idóneo para cuidar y educar a su hijo o hija menor de edad, implica que este va a tener tres aspectos positivos; a) la protección de los poderes y las instituciones públicas; b) la protección de las actuaciones de los miembros y entidades de la sociedad en la que vive c) la protección de las actuaciones de los padres o tutores. (pág. 35)

(Cardenas, 1999), en su libro expone que se determina con quien van a vivir los hijos en caso de separación de los padres no es consecuencia únicamente de la separación legal o del divorcio, por ejemplo, uno puede separarse de hecho o solamente discutir la tenencia; o bien puede suceder que los progenitores no estén casados y no obstante sea necesario determinar esta cuestión. (pág. 84)

El presente autor ratifica que el principio del interés del niño señala el reconocimiento sobre el derecho de la tenencia, por parte de los padres, el cual este idóneo para cumplir con el cuidado del menor, de manera que no es necesario que los padres del menor este casado para ejecutar el derecho.

(Ghersì, 1997), en su libro indica que: se prefiere a la madre para otorgar la tenencia de los hijos menores, está desigualdad no aparece como discriminatoria de los derechos del hombre que siempre tienen la posibilidad de revertir esa situación, ya que en materia de

tenencia no existe cosa juzgada, pero por otro lado el padre que no tenga la tenencia tiene derecho a tener una adecuada comunicación con su hijo y a supervisar su educación. (pág. 113)

En la Revista Jurídica de Derecho Ecuador (2012), se manifiesta que la tenencia es la permanencia física del menor junto a sus padres. Si no existiere acuerdo de los padres sobre la tenencia, el Tribunal considerará la conveniencia de que el menor continúe con el progenitor con el que hubiere vivido largo tiempo. Se preferirá a la madre divorciada o separada del padre, para el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Los hijos púberes estarán al cuidado del progenitor que ellos elijan. (pág. 10).

En la Revista Jurídica Padres por Siempre (2013) , nos indica que incentiva el logro de acuerdos entre la madre y el padre, permitiendo el mejor cuidado de los hijos, es decir, acordar Tuición Compartida, dejando en última instancia la judicialización de los asuntos, por lo cual, en caso de desacuerdo el padre puede solicitar la tuición ante los tribunales de familia(pág. 3).

1.7 Variables

1.7.1 Variable independiente:

El principio del interés superior del niño.

1.7.2 Variable dependiente.

Los procesos de adjudicación de tenencia.

1.8. Desarrollo de los Fundamentos Teóricos

1.8.1. El Principio del Interés Superior del Niño

1.8.1.1 Análisis Histórico del Derecho de los Niños

Según Hesley (2005), el niño a través de su historia ha sido considerado muchas de las veces como un objeto sujeto al poder de los padres que tienen sobre sus hijos que se fue extendiendo hasta la edad media contemporánea y que a partir del siglo XX se desarrolló en toda su magnitud los derechos de los niños a partir de este siglo.

Antiguamente la sociedad intervenía en defensa del niño por medio de la creación de entidades privadas y caritativas que iban dirigidas especialmente a niños huérfanos, ilegítimos y abandonados, pero a medida que retrocedemos en la historia se puede observar que son muy bajos los niveles de protección y eran más altos los de abandono, de violencia y que actualmente siguen sufriendo, aunque en menor cantidad, más sin embargo los niños, niñas y adolescentes eran considerados como objetos de una sociedad que tan solo se preocupaba de su bienestar político o económico por problemas en su mayoría de las guerras olvidando un punto fundamental que era el bienestar de este grupo, uno de los primeros antecedentes y el

más fundamental por parte de un Estado es conocer y proteger a su población infantil.

(pág. 12)

Como menciona el autor anteriormente el principio superior del niño nace a partir del siglo XX a medida que no había ley que protegiera a los menores de edad, de manera que en la antigüedad no se priorizaba el derecho de ningún menor, es así como se empieza creando una institución de protección del menor, a medida que se observaba que el nivel de violencia del menor aumentaba, sin embargo, los niños y adolescentes en esta época eran considerados como objetos.

Una protección directa a los niños se dio recién, en 1802 en Gran Bretaña, al prohibirse que los niños trabajaran más de doce horas diarias o en la noche y con el pasar de los años en el siglo XIX se da inicio a una tutela con la cual surge una serie de casas de custodia y los primeros hospitales para niños.

El camino para llegar a los Instrumentos de protección de los Derechos de los Niños ha sido largo y ha estado rodeado de hechos crueles y destructivos como las guerras mundiales, en el siglo XX se proclaman los derechos del niño y el deber que el Estado tiene de garantizarlos.

Los niños en la época antigua eran considerados como objetos de la sociedad, que nadie los ponía importancia, y en el año de 1802, en Gran Bretaña se dio por primera vez una

ley que se prohibía que los menores trabajen, estos acontecimientos existían en pueblos que parcialmente constituían una excepción por ejemplo en la India, en que la clase alta los niños eran muy cuidados por sus padres puesto que, dentro de sus ideales democráticos, eran considerados futuros ciudadanos.

1.8.2 Evolución del Principio del Interés Superior del Niño

El Principio del Interés Superior de los Niños Niñas y Adolescentes es analizado por primera vez en el Preámbulo de la Convención de la Haya en 1980 denominado como “bestinterest of the children”

Según Zambrano (2008), El Principio del Interés Superior del Niño e nuestro país rige a partir del año de 1992 en la Vigencia del Código de Menores; debido a las irregularidades y el vacío legal que existía con respecto a este grupo de atención prioritaria por lo que se debía someterlos a una tutela estatal y familiar garantizando sus deberes y derechos dentro de la sociedad; ya que no poseían el ejercicio directo de sus derechos sino que lo hacían por medio de las organizaciones gubernamentales o sociales.

Como afirma (Rivas, 2015), en 1989 la Organización de las Naciones Unidas promulga la Convención sobre los Derechos del Niño, primer tratado internacional de alcance

universal y con fuerza vinculante que regula los derechos humanos relacionados a la infancia.

Se destaca el Artículo 3° párrafo 1° de la Convención que señala lo siguiente: “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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Con el fin de resguardar el pleno respeto de la Convención por los Estados Parte, se instaure el Comité de los Derechos del Niño, entidad que supervisa la aplicación de la misma Convención que lo crea. Es así como luego de veinticuatro años de vacío legal, en el año 2013 dicho Comité, en uso de sus facultades interpretativas, emite la Observación General Número 14° sobre “El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial” . La Observación busca resolver precisamente las dificultades aparejadas a la ausencia de una definición legal del interés superior del niño. (pág. 42)

Como se puede observar lo cual menciona el autor en 1989 la organización de las Naciones Unidas promulgo la primera convención de los derechos de los menores, es así como se realiza el primer tratado internacional que ayudara con su vinculación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, también se puede mencionar en el

Artículo 3 párrafo a lo cual manifiesta que existe un interés con mayor énfasis en los métodos de aplicación en los tribunales.

1.8.3 Actualidad del Principio del Interés Superior del Niño

Se puede mencionar que en la actualidad el interés superior del niño es de suma importancia, de manera que el estado en la actualidad garantiza la integridad de todo niño, niña y adolescente, de manera que las personas responsables de los menores deben considerar de gran importancia en este capítulo, hacer una breve referencia al derecho de opinión de la niñez y la adolescencia, derecho que consiste, en que todo niño, niña o adolescente tiene el derecho libre de exponer su pensamiento, de ser oído en todo lo que incumba, que se tome en cuenta su opinión al momento de resolver un determinado asunto que le atañe, que deje de ser tratado como un objeto de derecho, para convertirse en un sujeto al que hay que respetarle sus derechos, y no que sean los adultos los que impongan su voluntad, sin escucharlo, sin saber, si lo que se le impone es lo que verdaderamente quiere. El derecho de opinión guarda una estrecha relación con el interés superior, por cuanto que para que se pueda garantizar ese interés, es indispensable escuchar la opinión de quien va a resultar beneficiado o afectado con la medida que se adopte.

1.8.3.1 La Relevancia del Principio del Interés Superior del Niño

Como afirma Aguilar (2010, pág.23), en nuestra opinión, se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo

desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el Artículo 1.- e la Convención sobre Derechos del Niño, que niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Evidentemente, se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 o 15 años, tal como Saramago lo dijo en su autobiografía de la infancia, razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado. Con todo, en ambos casos, uno de los principios rectores en materia de derechos de los niños-niños y adolescentes es el principio del interés superior del niño. Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “bestinterest of thechild”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’intérêsupérieur de l’enfant”.

Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, como un principio general de derecho que rige a cada uno de los Estados a preservar las garantías del niño, niña o adolescentes como un principio rector de las legislaciones de cada país con respecto a este grupo de seres humanos.

Es evidente que el Principio del Interés Superior del Niño ha tenido grandes avances a lo largo de la historia de la humanidad, por medio de la creación de leyes; grupos sociales que busca dar atención prioritaria a este grupo de personas considerándolas como ente

de derechos primordiales en nuestra sociedad, considerado como un principio cardinal en materia de derechos del niño para lo cual debe existir una conectividad y coherencia entre los sistemas jurídicos estableciendo un antes y un después como seres vulnerables y sin distinción de ningún tipo al momento de ser ejecutados.

(Aguilar , 2010),Por otra parte, Gatica y Chaimovic han señalado que “el llamado Interés Superior del Niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Es decir que este principio tiene más prioridad y peso ante otros derechos del niño ya que engloba cada una de sus necesidades físicas y emocionales para que se pueda desenvolver de manera segura en el entorno que habite, así el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña. (pág. 12)

Estos autores como son Gatica y Chaimovic lo que proponen es que este principio debe primar al momento de resolver cuestiones que lo afecten, para lo cual se debe tomar en cuenta al niño como un sujeto poseedor de derechos y que deben ser llevados a cabalidad por el Estado, dejando de lado viejas presunciones reconociendo que los niños y niñas si son capaces de dar a conocer su opinión.

1.8.4 Concepción de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

Para (Cabrera L. , 2003), La concepción del Interés Superior del Niño es una garantía que se debe aplicar con el fin de que favorezca al niño, niña o adolescente y que además posee orden de prevalencia frente a cualquier otro derecho que se coteje, haciendo mención a la creación del principio, se puede apuntar en términos generales, que, con su institución, se ha buscado fundar a nivel mundial el verdadero poder del niño para reclamar la satisfacción de sus derechos y necesidades esenciales. (pág. 23)

El autor menciona que la concepción del Interés del Niño debe favorecer con el desarrollo de este grupo de atención prioritaria, y así también existe prevalencia en los derechos, de manera que hace mención a los principios, además se puede decir que se ha buscado ver a nivel mundial el verdadero derecho del niño para poder reclamar sus derechos.

La (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990), enuncia que todas las medidas que tengan relación a los niños, en relación a instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o los diferentes órganos administrativos, legislativos tendrán una consideración primordial a que se atienda el interés superior del niño.

En mención a este Tratado es un compromiso que han realizado los diferentes Estados Parte con el objetivo de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean los pertinentes para su bienestar, tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de su crianza y cuidado ante la ley.

Estados que ratificaron o adhirieron a la Convención

(Lista de los Estados que habían firmado o ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño o que se habían adherido a ella en 1990)

Tabla 1.1.Estados que ratificaron o adhirieron a la Convención

Estados	Fecha de la firma	Fecha de recibo del instrumento de ratificación o adhesión	Fecha de entrada en vigor
Bangladesh	26 enero 1990	3 agosto 1990	2 septiembre 1990
Barbados	19 abril 1990	9 octubre 1990	8 noviembre 1990
Belarús	26 enero 1990	1º octubre 1990	31 octubre 1990
Belice	2 marzo 1990	2 mayo 1990	2 septiembre 1990
Benin	25 abril 1990	3 agosto 1990	2 septiembre 1990
Bhután	4 junio 1990	1º agosto 1990	2 septiembre 1990
Bolivia	8 marzo 1990	26 junio 1990	2 septiembre 1990
Brasil	26 enero 1990	24 septiembre 1990	24 octubre 1990
Burkina Faso	26 enero 1990	31 agosto 1990	30 septiembre 1990
Burundi	8 mayo 1990	19 octubre 1990	18 noviembre 1990
Chad	30 septiembre 1990	2 octubre 1990	1º noviembre 1990
Chile	26 enero 1990	13 agosto 1990	12 septiembre 1990
Costa Rica	26 enero 1990	21 agosto 1990	20 septiembre 1990
Ecuador	26 enero 1990	23 marzo 1990	2 septiembre 1990

Egipto	5 febrero 1990	6 julio 1990	2 septiembre 1990
El Salvador	26 enero 1990	10 julio 1990	2 septiembre 1990
Federación de Rusia	26 enero 1990	16 agosto 1990	15 septiembre 1990
Fiji	2 julio 1993	13 agosto 1993	12 septiembre 1993
Filipinas	26 enero 1990	21 agosto 1990	20 septiembre 1990
Francia	26 enero 1990	7 agosto 1990	6 septiembre 1990
Gambia	5 febrero 1990	8 agosto 1990	7 septiembre 1990
Ghana	29 enero 1990	5 febrero 1990	2 septiembre 1990
Granada	21 febrero 1990	5 noviembre 1990	5 diciembre 1990
Guatemala	26 enero 1990	6 junio 1990	2 septiembre 1990
Guinea		13 julio 1990 a /	2 septiembre 1990
Guinea-Bissau	26 enero 1990	20 agosto 1990	19 septiembre 1990
Honduras	31 mayo 1990	10 agosto 1990	9 septiembre 1990
Indonesia	26 enero 1990	5 septiembre 1990	5 octubre 1990
Kenya	26 enero 1990	30 julio 1990	2 septiembre 1990
Malí	26 enero 1990	20 septiembre 1990	20 octubre 1990
Malta	26 enero 1990	30 septiembre 1990	30 octubre 1990
Mauricio		26 julio 1990 a /	2 septiembre 1990
México	26 enero 1990	21 septiembre 1990	21 octubre 1990
Mongolia	26 enero 1990	5 julio 1990	2 septiembre 1990
Namibia	26 septiembre 1990	30 septiembre 1990	30 octubre 1990
Nepal	26 enero 1990	14 septiembre 1990	14 octubre 1990
Nicaragua	6 febrero 1990	5 octubre 1990	4 noviembre 1990
Níger	26 enero 1990	30 septiembre 1990	30 octubre 1990
Pakistán	20 septiembre 1990	12 noviembre 1990	12 diciembre 1990
Palau		4 agosto 1995 a /	
Paraguay	4 abril 1990	25 septiembre 1990	25 octubre 1990

Perú	26 enero 1990	4 septiembre 1990	4 octubre 1990
Portugal	26 enero 1990	21 septiembre 1990	21 octubre 1990
República Democrática del Congo	20 marzo 1990	27 septiembre 1990	27 octubre 1990
República Popular Democrática de Corea	23 agosto 1990	21 septiembre 1990	21 octubre 1990
Rumania	26 enero 1990	28 septiembre 1990	28 octubre 1990
Saint Kitts y Nevis	26 enero 1990	24 julio 1990	2 septiembre 1990
San Marino		25 noviembre 1991 a /	25 diciembre 1991
Santa Sede	20 abril 1990	20 abril 1990	2 septiembre 1990
Senegal	26 enero 1990	31 julio 1990	2 septiembre 1990
Seychelles		7 septiembre 1990 a /	7 octubre 1990
Sierra Leona	13 febrero 1990	18 junio 1990	2 septiembre 1990
Sudán	24 julio 1990	3 agosto 1990	2 septiembre 1990
Suecia	26 enero 1990	29 junio 1990	2 septiembre 1990
Togo	26 enero 1990	1º agosto 1990	2 septiembre 1990
Uganda	17 agosto 1990	17 agosto 1990	16 septiembre 1990
Uruguay	26 enero 1990	20 noviembre 1990	20 diciembre 1990
Venezuela	26 enero 1990	13 septiembre 1990	13 octubre 1990
VietNam	26 enero 1990	28 febrero 1990	2 septiembre 1990
Zimbabwe	8 marzo 1990	11 septiembre 1990	11 octubre 1990

Elaborado por: Domínguez, J.(2016)

Fuente: <http://www.alaae.org/derechos/listf.html>

Como (Bonnard, 2000) dijo en su estudio: El interés del niño puede ser visto desde un concepto tradicional que es considerada como una persona protegida que obliga al

administrador público y persona particular, a tomar la decisión más benéfica sobre los derechos de este grupo, aun cuando existan otros intereses en el mismo contorno; provocando así un efectivo resguardo la integridad física y emocional del niño.

Los niñas, niños y adolescentes se pueden tomar como apreciación que deben garantizarse cada uno de sus derechos tanto en la sociedad en la que habita, y los partícipes de ejecutar la normativa con relación a ellos que son nuestros juzgadores con el fin de que haya efectividad en la elaboración de leyes que sean específicamente para su beneficio personal y desenvolvimiento social. (pág. 523)

El autor anteriormente en su texto menciona que al menor se lo puede ver de varias formas, desde el ámbito tradicional que se lo considera como una persona protegida que le obliga al estado a tomar decisiones sobre su bienestar.

Una definición un tanto parcial y limitada de (Sanchez & Seijas, 1997), es la que entiende que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando. En consecuencia, el

interés superior del niño es una noción abstracta, que lleva al juez a la toma de decisiones, con base en todas las pruebas que se le ofrecen en el proceso. (pág. 36)

También hay que tomar en cuenta que aparte de la opinión del juez en un proceso legal se valora lo establecido en el Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño cita, además del juez pueden emitir decisiones las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; aduciendo que lo primordial para estos entes es atender el Principio del Interés Superior del Niño al estar comprometidos asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar y, posteriormente, a la vez en su Artículo 18.1, cita a los padres o representantes legales como los responsables del desarrollo del niño en el que su prioridad será el Interés Superior del niño.

Como afirma (Dolz, 1996), por su parte, sostiene que en este contexto surgen las mismas dificultades que emergen cuando pretendemos concretar en qué consiste el interés público o el interés social.

Esto nos lleva a entender que el interés superior del menor se concreta en todo aquello que beneficia a su titular y no, en cambio, en lo que le perjudica o pudiera perjudicarlo.

No obstante, aparece según dicho autor otro concepto que es preciso concretar, el de “beneficio”. De esta forma, la idea de interés aplicada al menor, unida a su beneficio, nos aboca necesariamente a otro concepto, que es el de educación, y éste a su vez al de libre desarrollo de la personalidad, todos ellos condicionados a nuestro contexto social y cultural. (pág. 63)

De acuerdo con lo anterior, el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la protección en las personas menores acerca de los derechos fundamentales en general, el Interés Superior del Niño se encuadra formalmente en el derecho positivo y dentro de él, en la dogmática jurídica. Por ello, tiene presencia en las leyes; en la jurisprudencia como derecho vivo; y en las decisiones que adoptan las autoridades competentes, de conformidad con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, sin embargo, los profesionales pueden percatarse con facilidad de que, tanto en el mundo exterior como interior de los derechos del niño, la doctrina correccionalista todavía subsiste, principalmente en formas de representaciones simbólicas que perduran tanto en los modos de vida, como en las culturas u organizaciones del sector público, privado y social. Estas, a su vez, influyen en dirección contraria al sentido del Interés Superior del Niño.

Desde el punto de vista social, la realización del Interés Superior del niño dependerá del lugar que ocupa en la estructura social y de la dinámica del poder en la sociedad. Jurídicamente, la realización del interés superior del niño, dependerá de la legitimidad

de la niñez. Es decir, que esté amparada por la ley, que se le reconozca la personalidad jurídica y esté protegida por el derecho.

Desde la externalidad social, el interés superior del niño representa solo una probabilidad que prevalezca y, desde la interioridad de la dogmática jurídica, es una consideración primordial a la que deberá atenderse. En general, los intereses de la sociedad se expresan a través de la política en los espacios del poder, es decir, en los espacios en los cuales se toman las decisiones sobre los asuntos que le conciernen a la niñez. Estos intereses respecto a otros pueden ser idénticos, similares, diferentes, complementarios, contrarios y contradictorios. Los intereses de la niñez se encuentran incluidos o excluidos de la toma de decisiones como política de poder. Por expreso mandato de la ley, la sociedad y el Estado reconocen públicamente el interés superior del niño. Ese reconocimiento es político y, solo políticamente, puede expresarse en la ley y en sus respectivos efectos cada vez que se aplica, lo cual es un acto de poder.

En este sentido, el poder es una síntesis de intereses que fluyen en la sociedad, incluido el interés de los niños. Sin embargo, para que alcance a ser superior, el interés de los niños debe ser ponderado con otros intereses, evaluado y determinado desde el reconocimiento que el principio jurídico es tal en la medida que refuerza la idea de superior, otorgando primacía y prevalencia a su interés. En esta dinámica, de carácter socio-jurídico, la niñez sujeta de su interés, se hace sujeto político del poder que toma decisiones.

La ley que regula el principio jurídico del interés superior del niño está dada para que la sociedad en conjunto y el Estado se re-encuentren con la niñez. Es una oportunidad de reconciliarse con ella. Por lo tanto, punto obligado de encuentro. Es el espacio de confluencia en el que podemos hallarnos y donde la infancia resulte legítima a la sociedad y al Estado. Sin embargo, cabe también la posibilidad de que sea el lugar de desencuentro y de ruptura. Es decir, donde otros intereses ajenos contradigan el interés superior del niño y, por lo tanto, punto de quiebre de la relación social o de la relación jurídica o de ambas.

A la fecha, la pertinencia del interés superior del niño sigue siendo socialmente válida, lo mismo que su coherencia socio-jurídica positiva. Sin embargo, su eficiencia y eficacia no se manifiesta plenamente en todos los modos de vida cotidiana del niño. De manera resumida, se podría afirmar que la tasa de efectividad del interés superior del niño tiene limitaciones.

Al hablar de ciertas limitaciones entablamos que el Interés Superior del Niño para que se ejecute de manera efectiva debe encuadrarse formalmente en el derecho positivo y dentro de él en la dogmática jurídica teniendo leyes específicas que hablen del mismo; determinándolos como sujetos plenos de derecho, por lo que en muchos casos legales conlleva al cometimiento de errores por desconocimiento o excesividad de práctica en lo que se requiere una debida aplicación del Principio del Interés Superior del Niño para que no haya atropellos al debido proceso.

Asumiendo que dicha tasa es una razón y proporción aritmética de la eficiencia sobre la eficacia de los sistemas socio-jurídicos en términos relativos. Al respecto, entenderíamos que la baja tasa de efectividad del interés superior del niño, entre otros factores, se debe a que no existe un modelo de aplicabilidad del interés superior del niño, sea en el campo social, en el campo jurídico, o en ambos. Razón por la cual, como ya señalamos líneas arriba, el presente documento propone, un estándar general, modelo, o protocolo, para la actuación profesional en la interpretación del interés superior del niño. Sin embargo, reiteramos, asumirlo solo como una probabilidad de actuación más que una conducta prescrita.

Por lo cual se busca sintetizar la protección del niño como sujeto de derecho, por lo que los Estados ya no se enfocan de manera simple en la protección de los derechos del niño sino en lograr el Principio del Interés Superior del Niño que hoy en día ya se lo ve de forma independiente y no solo como una concepción paternalista considerando al niño capaz de construir y ser oído en sus decisiones, que paso a ser un sujeto activo.

1.8.4.1 Delimitación Doctrinal del Concepto

Para (Ravetllat, 2012), diversas han sido las opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés del niño, como variadas son también las perspectivas psicosociales y jurídicas desde las que ha sido contemplado, acerca de la

protección de menores es una normativa que gira a un entorno jurídico que va encaminado a la garantía de sus derechos fundamentales, y el elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad; se afirma que el interés superior del niño es una proyección, en las personas menores de edad. (pág. 25)

Este autor recalca la diversidad de entendimiento para los niños, y hace mención de las normativas que gira en el ámbito jurídico son también las perspectivas psicosociales y jurídicas desde las que ha sido contemplado, acerca de la protección de menores es una normativa que gira a un entorno jurídico que va encaminado a la garantía de sus derechos fundamentales.

Dentro de un ámbito más internacional para (Borras , 2005) sostiene que partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.(pág. 78)

El interés del niño es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.

En cambio, este autor afirma que a nivel Internacional el interés superior del niño, engloba a toda institución que pretenda formar parte del bienestar del niño, niña y adolescente.

Los derechos del niño se han ido convirtiendo en un concepto de naturaleza eminentemente familiar, los mencionados derechos han tenido cierta evolución, pasando por un estudio en el que predominaba la figura paterna.

Mientras (Joyal, 1990): “El interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley” (p.94).

Debe ser considerado el Interés Superior del Niño como un principio ante la ley puesto que emana la necesidad de ser llevado a cabo de la forma más idónea en un sistema legal que no siempre resulta ser el más efectivo, y para lo que la ley deberá ser lo más clara y tener los mejores antecedentes de como sobrellevar este derecho que es procedente en todas las normas legales de los Estados.

1.8.4.2 El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico

Según (Garrido, 2013), la idea acerca del principio del Interés Superior del Niño está de forma precisa en el Artículo 3 de LA Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN): “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, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño” Es así que goza de una amplia aceptación en el ámbito nacional e internacional de un país, que deben ser decisiones sobre y acerca de los derechos del niño. (pág. 68)

La legitimidad del Estado para intervenir en la vida de este particular es decir el niño, es una responsabilidad de la decisión institucional que analice el alcance normativo de un derecho humano, por estas razones se le atribuye un consenso amplio en la CIDN por haber logrado nuevos paradigmas en materia política y decisión de asuntos de la infancia que se encuentran de una manera bien distribuida. Como se puede ver en el párrafo anterior menciona que la amplia aceptación del interés superior del niño goza de una profunda y amplia decisión institucional.

(Jimenez, 2000), La autenticación por la actuación estatal que se va definiendo por los derechos que son incluidos dentro de las constituciones de los Estados democráticos de derecho hace que el Interés Superior que para muchos es polisémico es decir de varias concepciones pero que no es impreciso al momento

de su aplicación, solo que varía en función a una calificación jurídica del caso y defina la situación material.(pág. 97)

Hoy en día los diferentes criterios comprendidos en la Convención sobre los derechos del niño se entabla una doctrina de protección integral ya que han sido un tema permanente de discusión, históricamente los niños eran olvidados, privándole esa autonomía de decir un “no” sin percatarnos que esa palabra a veces resulta ser vital en ciertos momentos de defensa ante el atropello de sus derechos, no como una dádiva sino como verdadero ejercicio de poder, consiguiendo así romper fronteras entre los países y han dado apertura a nuevas leyes en pro de una uniformidad que proteja a los niños, comprometiendo a los Estados parte para que se rodeen dentro de su política el reconocimiento progresivo de los derechos de la niñez.

(Fundación Aldujar, 1999), En la materia del Interés Superior Del Niño con relación a lo jurídico que en un proceso legal abre diferentes concepciones de cómo debe ser su aplicación en función a los diferentes contextos y circunstancias particulares del niño y que en un contexto de la naturaleza institucional de los jueces de un estado democrático que entiende que las decisiones se dan en actos de aplicación de la regla y no en un contexto de justificación, a pesar que muchas de las veces se proyecta como un desafío de enorme trascendencia y dificultad para los operadores jurídicos en identificar el criterio preexistente con el fin de poder determinarlo y de manera consecutiva

aplicarlo en consonancia con el Derecho Internacional al que su Estado este adherido.(pág. 93)

En varios procesos se ha determinado a este principio con una percepción de que tiene hasta ahora un concepto indeterminado origina dificultad para los juzgadores al momento de aplicarlo conllevando a una inseguridad jurídica, pero que por otro lado su7 amplitud doctrinaria y jurídica permite interpretarlo dentro del cual podemos organizaros con más facilidades con el fin de proteger los derechos acorde a la realidad social y jurídica del niño.

1.8.4.3 Los Usos del Principio “El Interés Superior de la Niñez” en la Administración y las Políticas de la Infancia Ecuatoriana.

Para(Leisfen, 2010) , El Principio del Interés Superior del Niño hace referencia al niño/a como sujeto de derechos, es decir está considerado como individuo que goza de un conjunto de derechos ligados a su protección y participación que este acompañado de recursos materiales e inmateriales indispensables para su desarrollo físico y psicológico, en la que se encuentra como principios básicos, se prioriza la unidad de procreación del niño con una cohabitación estable de progenitores.

Este principio debe ser entendido como la premisa bajo la cual debe haber una integración y aplicación de la legislación respecto a niñez y adolescencia en la que se constituye un límite a la discrecionalidad de las autoridades en relación a las decisiones

que deben emitir respecto a los niños, fundada para preservar la dignidad misma del ser humano, y que no solo debe ser atendido en casos de conflicto e derechos sino en todas las circunstancias posibles concernientes a este tema.

Por ende se considera que el cuidado y crianza del niño responde al interés superior del niño o niña en casos que haya una transferencia para la tenencia, cuando las autoridades competentes finiquiten que su ámbito familiar es inadecuado para su desarrollo, solo en estas circunstancias el principio del interés superior llega a tener ciertos efectos reguladores por parte de los juristas. (pág. 84)

El autor hace mención que ante las disposiciones jurídicas se puede admitir más de una interpretación, pero de la cual se debe elegir la que más satisfaga de manera efectiva el interés superior del niño teniendo una estimación de las posibles repercusiones ya sean positivas o negativas, por lo que los jueces tienen la obligación de explicar cómo se ha respetado este derecho y como se ha ponderado los intereses del niño ante otras consideraciones ya sea en cuestiones normativas o de casos concretos.

1.8.4.4 Los Derechos de la Infancia en Ecuador: Entre la Legislación y la Práctica

Para (Leisfen, 2010), con varias investigaciones realizadas tienden a explicar en ciertos procesos la deficiente implementación de los principios y estándares por la carencia de ciertas instituciones o recursos formales que estén adecuados para

la materia de niñez en sí, esta explicación se basa en que dentro de América Latina, la política tiende a ser expresada comúnmente en términos jurídicos y en torno a discursos dominados por abogados, también es relevante porque las leyes civiles en América Latina forman parte de una tradición en la que tiene la primicia el principio de una proyección normativa.

En tanto observa al interés superior del niño desde tres ángulos diferentes, como derecho sustantivo, es decir prioridad y fin último; principio de interpretación de normas, pues de existir dos sentidos a una misma ley y aun en solución de antinomias, deberá aplicarse aquella que más favorezca al desarrollo del interés superior del niño; y como norma de procedimiento; es decir que cada decisión que se tome en asuntos de niñez, debe ser adecuadamente motivada en atención a su interés superior, esta motivación ha de ser sin embargo, no una simple cita de normas, sino la explicación pormenorizada del caso concreto que se resuelve, si es un solo niño, si son varios niños, si es un conglomerado, es decir analizando las posibilidades de afectación y protección de derechos para arribar a una decisión favorable. (pág.59)

Como ejemplo tenemos el Código de Niñez y Adolescencia del año 2003 de Ecuador que tenía como proyección a formular un sistema institucional integrado con el fin de implementar los derechos de los niños/as en todos los niveles de administración pública, al igual que en la intersección entre la administración pública y la sociedad civil, en

temas relacionados al cuidado infantil la ley Ecuatoriana si ha establecido sistemas institucionales y formales que regulan la práctica de manera adecuada, tomando en cuenta el cuidado del niño como elementos fundamentales junto a ideales que el niño como sujeto de derechos y la familia como una zona de protección de la infancia.

1.8.5 Funciones del Interés Superior del Niño

Como afirma (Andrade, 2014), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) provocó un cambio radical en la manera de pensar al niño, porque pasaron de ser objeto de derechos a ser sujetos de derechos. En primer lugar, reconociéndolo como sujeto pleno de derechos. Pero también, instaurando cuatro de sus Artículos como principios fundamentales. (pág. 52)

Es decir el niño es un instrumento jurídico que se basa en la seguridad del bienestar del niño creando una obligación de entidades públicas y privadas con respecto a sus garantías lo satisfagan a largo plazo y no haya ninguna discriminación y mucho menos vacíos legales.

Según lo destaca (Cillero M. , 2000), “los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”. (pág. 8)

En este párrafo se puede determinar que el sentido del Interés Superior del Niño adquiere una debida consideración en todo lo respecto a los niños, y que las autoridades deben motivar de forma clara sus resoluciones, que lo beneficie de forma personal al niño mas no al interés de sus padres, tutores, curadores u otros; además desempeñan una guía para poder interpretar la convención, de manera que también permite adaptar el tratado implica aceptarlas decisiones y acciones estatales sean regidas por el interés superior del niño.

1.8.6 Características del Principio del Interés Superior del Niño

Este principio dentro de las legislaciones cumple un rol muy amplio aplicado ante quienes son sujetos de derechos, que promueve la protección de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables es su etapa de desarrollo como ser humano, poniéndole como un sujeto digno de atención por lo que ha creado múltiples y diversas controversias para lo que es necesario hacer un estudio de las características que lo determinan.

1.8.6.1Garantías Procesales

Como menciona (Damon, 2013), las garantías procesales son los modos de cumplir con los principios de seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de equidad, para asegurar la garantía más general del debido proceso, y evitar que el Estado en ejercicio de su poder punitivo avasalle derechos fundamentales de sus habitantes.

Estas garantías están constitucionalmente protegidas en todos los países democráticos. (pág. 12).

Se puede mencionar que la garantía procesal es uno de los principios de cumplir con la garantía jurídica, es decir que este tipo de garantía existe en todos los países democráticos, de manera que prevalece la equidad y la igualdad para asegurar las garantías de los procesos.

1.8.6.2 Elemento Teleológico

Conforme a este elemento, los derechos se identifican con los valores o fines superiores de dignidad humana, libertad e igualdad, los cuales materializan los anhelos importantes de las personas desde el mundo de la moralidad hasta la órbita de la legislación y, desde ésta, hasta el proceso penal, por lo cual constituye expresión de la dignidad humana.

Según (Bazan, 2008), las garantías del proceso para determinar el Interés Superior del Niño deberán tomar en consideración lo siguiente:

- a) Las garantías del proceso y la vigía por la aplicación adecuada del derecho deben interpretarse en el sentido de que el principio del Interés Superior del Niño también es una garantía procesal y su tratamiento amerita escrupulosidad.
- b) La determinación de los hechos debe ser realizada con criterio profesional sobre la base de la información de personas claves del entorno del niño y con fuentes de verificación, certeras, fidedignas y confiables.

c) El tiempo de duración de la evaluación y determinación deberá ser el tiempo socialmente útil para la infancia.

d) El niño dispondrá de un defensor cuando las circunstancias lo ameriten o las normas legales así lo establezcan.

e) Todas las autoridades competentes en el ámbito de sus funciones, respecto a los derechos del niño, deben realizar una evaluación sistemática y determinar la efectividad del Interés Superior del Niño.

f) Una consideración primordial a tener en cuenta en términos procedimentales, es el derecho de opinión del niño como individuo o integrante del grupo o de la colectividad en caso específico.

Este ejercicio puede ser facilitado por el desarrollo de entrevistas que eviten la revictimización, se trata de disponerse a la escucha.

g) Los procesos de evaluación, determinación y decisión deben ser transparentes y sus resultados deben ser evaluados periódicamente, por razones de realimentación, aprendizaje y buenas prácticas.

h) Las autoridades competentes deben informar a los niños sobre las alternativas de solución, para tomar la decisión. Sin embargo, antes de proceder a la toma de decisión, debe recabarse la opinión de los niños sobre el particular.

i) Las decisiones pueden ser revisadas en instancia superior, lo cual se debe establecer y conocer previamente.

j) Los decisores serán orientados en razón que el Interés Superior del Niño constituya una consideración primordial y sus derechos se hagan efectivos, teniendo en cuenta su propia actuación tuitiva, de acuerdo a ley, a fin de lograr una aplicación favorable de este principio jurídico.

k) En este protocolo se le reconoce a la niñez capacidad especial para la realización de actos civiles

En necesario mantener un equilibrio en los derechos de los niños, de manera que mejor le convenga para la realización del niño. Una vez identificados a los niños que se encuentran en situación irregular, es decir, en situación social favorable para la delincuencia, es importante destacar que toda la normativa anterior al Código de la Niñez gira alrededor de estos grupos, con la consecuente exclusión de niños y niñas provenientes de familias acomodadas puesto que estos no representaban un peligro latente para el conglomerado.

(Zambrano D. , 2013), Se tendía entonces a una discriminación de hecho, cubierta por un marco jurídico que lo toleraba pese al reconocimiento expreso del principio de no discriminación y la expresión que todo ser humano, desde su estado prenatal, hasta los dieciocho años estaría sometido a las prescripciones de dichos cuerpos normativos.

1.8.7. Evolución del Interés Superior del Niño

El Código de Menores del Ecuador de 1998 tomaba como el punto referencial para el inicio de la protección jurídica de la persona a su etapa prenatal, lo cual resulta ambiguo puesto que si bien quedaba clara la finalización de esta, no así su inicio. Esta vaguedad normativa quedó subsanada por el Artículo 49 de la (Constitucion Política del Ecuador, 1998), al especificar que dicha esfera de protección de la vida iniciaba desde el momento mismo de la concepción o fusión de gametos. Podríamos hilar más fino y determinar el tiempo exacto que debe transcurrir entre la relación sexual y la concepción de óvulo materno para precisar el momento de la concepción y sus consecuentes efectos jurídicos. No obstante, al constituir un problema médico-científico debemos ceder el paso a los expertos en el tema.

Como menciona en el párrafo anterior la Constitución de la República del Ecuador menciona que la protección de niños y niñas es responsabilidad desde el momento de concepción, es decir que la constitución del Ecuador protege la vida desde el momento de procreación del feto, de manera que es responsabilidad del estado garantizar su seguridad.

Lo cierto es que esta disposición dejaría insubsistente las del Código Civil inspiradas en la teoría de la vitalidad (Art. 60) en virtud de la cual, la persona que está por nacer o nasciturus no constituye una persona como tal, puesto que todos sus derechos se

encuentran suspensos y su adquisición está condicionada al nacimiento. El mismo que jurídicamente se produce en el momento de ser completamente separado del claustro materno, reputándose al feto que ha muerto antes de tal escisión, como si jamás hubiese existido.

Hacemos referencia a que la consagración del interés superior del niño, como eje superior de la disciplina del entorno, propone un principio de seguimiento de adopción de medidas del sector vulnerable de la población.

La doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia es implementada en nuestro sistema jurídico desde el año 1998, con la expedición de la codificación de la (Constitucion Política , 1979) Art. 48 en virtud de la cual se propone una alianza tripartita entre Estado, sociedad y familia a fin de asegurar, hasta el máximo de las posibilidades, el pleno y prioritario ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, reconociéndose en ellos a sujetos plenos de derecho.

1.8.8. Actualidad del principio del Interés Superior del Niño

(Cillero M. , 2013)En estos días el principio del interés superior del niño es conocido como interés superior del menor. Este principio se convertido como un concepto triple como derecho, principio y norma de procedimiento a través del cual se busca garantías

procesales como por ejemplo dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho de la decisión. (pág.16)

Al interés superior del niño se lo ha situado como un principio rector guía, justiciable y su interconexión con los demás principios; además, indica la obligación de los Estados de crear normas para su cumplimiento y garantía material, remarcando la tutela complementaria por ser un grupo vulnerable.

1.9 Norma legales referentes al Principio del Interés Superior del Niño en la legislación ecuatoriana.

Tabla 1.2. Norma legales referentes al Principio del Interés Superior del Niño en la legislación ecuatoriana.

ARTICULO	CONCEPTO	CRITERIO
Art. 44.-Estado, sociedad y familia. Constitución De La República Del Ecuador	El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno	Es responsabilidad del Estado que nuestros niños ,niñas y adolescentes se desenvuelvan en un ambiente acorde a sus necesidades y puedan hacer goce efectivo de cada uno de sus derechos prevaleciendo sobre las demás personas; con el fin que tengan un desarrollo integral que ayude a desarrollar cada una de sus habilidades sean físicas como intelectuales en las diferentes áreas de su vida personal ya sea escolar, familiar, social sintiéndose seguros de mostrarse como son y con el apoyo de su familia y las diferentes leyes

	familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.	nacionales que los ampara.
Art. 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia	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.	El Estado tiene la responsabilidad de adoptar ciertas medidas en el ámbito político, económico ya sean sociales o jurídicas con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes con el fin de crear seguridad en su desarrollo físico y personal; acorde a sus necesidades y así llevar una vida estable.
Art. 11.- El Interés Superior del Niño Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia	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. 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	El interés superior del niño guiado al cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes impuesto antes las autoridades con el fin de reconocer la prioridad de este grupo al que deben ser ajustadas cada una de sus decisiones prevaleciendo su seguridad personal en el medio que se desenvuelven ya sea social, educativa o legalmente en el que se debe mantener un equilibrio y diferenciación en lo que es los deberes y derechos de este grupo de atención prioritaria pero en los que debe ser cumplidos a cabalidad; es un principio que prevalecerá sobre el principio de diversidad étnica y cultural que debe ser aplicado con imparcialidad y de forma justa.

	<p>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.</p>	
--	--	--

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Fuente:(Codigo Organico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

1.9.1 Procesos de Otorgamiento de la Tenencia

La tenencia es una institución jurídica en la que un niño, niña o adolescente se encuentra en medio de un litigio legal, que surge por parte de sus progenitores al estar separados ya sea de hecho o de derecho que se fijan como propósito con quien se quedara el niño, para solicitar la tuición también está habilitado un tercero que pueden ser sus familiares considerados como aquellos que buscan tener el cuidado y protección permanente del niño.

1.9.1.1 Concepto de tenencia

(Borras , 2005), Etimológicamente las palabras “tenencia del menor” proviene del griego “**tenere**”, que significa = sostener una línea recta, de este modo la palabra al latín “**possessionem**”= posesión de algo, responsable de una cosa y

“Minor” = menor-infante. Palabra destinada al cuidado de los hijos por cualquiera de los padres, esto se produce cuando los padres se divorcian. (pág. 56)

Con respecto a tenencia hace mención que en épocas antiguas la palabra provenía del verbo tener, es decir significaba sostener o posesión de algo y Minor significaba menor, lo cual se aducía al cuidado del niño, ya sea por cualquiera de los padres siempre y cuando garanticen su bienestar psicológico y físico.

(Carril, 1999), “La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una ocupación y posesión actual y corporal de una cosa sino que el vocablo guarda es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos función que le corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual”. (pág.280)

Es obligación de los progenitores asistir en la crianza de sus hijos siendo una obligación de los mismos pero una vez que se otorgue la tenencia a uno de ellos será quien tendrá a cargo más responsabilidades con su hijo, la tenencia es una decisión de gran importancia puesto que el niño necesita estabilidad para su crecimiento y no pasar por varias disputas de sus padres ya que esto le afecta en su crecimiento emocional.

1.9.2. Evolución de la Tenencia.

(Borda , 1993), en su obra afirma que mediante la evolución de la familia y su historia a lo largo de los años indica que el estado se ha tomado atribuciones que en ciertas ocasiones ha marcado la vida de muchas personas.

En esta evolución histórica es dable observar que, a medida que el Estado ha ido adquiriendo vigor y poderes, correlativamente se han reducido los de la familia. No sólo ha perdido ésta sus funciones políticas y económicas; hoy el Estado interviene en la educación de los niños, en la asistencia a los enfermos e inválidos; los magistrados tienen facultades para penetrar en el interior del hogar, vigilan y protegen la salud de los menores, los amparan contra los abusos o contra el peligro de vivir en ambientes moralmente dañosos, pudiendo sustraerlos de la autoridad paterna; en algunas legislaciones, inclusive la nuestra, el juez dirime las divergencias entre cónyuges respecto de problemas de la diaria convivencia, tales como la elección de domicilio, la educación de los hijos, la administración y disposición de los bienes gananciales. (pág. 113)

Con el paso del tiempo las leyes han ido evolucionando al igual que las garantías y los derechos se han convertido en hechos desfavorables para alguna de las partes en procesos legales, siempre que no hayan demostrado tener todas las pruebas necesarias para ganar el juicio, la participación del Estado mediante sus órganos judiciales ayudan a que los problemas entre familia puedan ser resueltos acorde a la ley ya que al ser

ciudadanos de un país se nos otorga el derecho de participar acorde a lo que las leyes lo dispongan.

1.9.4. Tenencia de los Niños, Niñas y Adolescentes.

La tenencia de un hijo es la decisión que un juez toma por medio de una sentencia cuando sus padres ya no tienen ninguna relación filial, por lo que en varios casos la resolución de tenencia ha sido a favor de la madre.

(Billene, 2013), La tenencia es la manera en que la familia "despedazada" se reorganiza para seguir adelante pensando en la felicidad de todos los integrantes. Requiere niveles de esfuerzo, coordinación y flexibilidad extraordinarios. Nadie se resigna nada, todos comparten todo. Ambos progenitores comparten y participan de la vida diaria de los hijos, y los chicos observan de primera mano el esfuerzo de los padres para lograr una coordinación armónica. (pág. 185)

La tenencia nace por la necesidad de brindar un futuro de calidad a los hijos, debido a que los padres por cuestiones personales no pudieron conseguir una relación amorosa entre ellos, teniendo como fin a la tenencia en una acción de efecto de guardar y defender los deberes y derechos de sus hijos que solo será otorgada a uno de los padres o de sus familiares por medio de un legislador, este concepto por varios autores ha sido considerado como algo de carácter moral que por las consecuencias que trae consigo llega a ser consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica con la finalidad que brinde seguridad y eficacia del crecimiento del niño, y sea participe de un entorno

familiar sin perder el contacto con el progenitor al que no se le haya otorgado la tenencia.

1.9.5. Causas para otorgar la tenencia

La tenencia entra en discusión cuando no se ha logrado un acuerdo voluntario por medio de los progenitores, por lo que un juzgador considerara quien es el más idóneo para el cuidado del niño, debido al distanciamiento de sus padres alteran su estilo de vida y de igual forma el de sus hijos; por lo que se debe realizar un estudio minucioso y correcto para que el otorgamiento de tenencia no solo sea cuestión de interés en medio de una pugna de pareja sino el interés de que su hijo crezca con valores éticos y morales inducidos por la responsabilidad de quien tenga a cargo la tenencia del mismo.

(Gulti, 2010), afirma cuando los soliciten ambos cónyuges de mutuo acuerdo, procurando no separar a los hermanos. Sin embargo, en los divorcios donde sólo uno de los cónyuges solicita la tenencia, se establece que se trata de una medida excepcional (aunque el Tribunal Supremo establece que no debe tratarse de algo excepcional) que sólo podrá acordarse si de esta forma se protege adecuadamente el interés del niño. El juez, antes de acordar la concesión de la tenencia, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio (en todo caso a los que tuvieren más de 12 años) y valorar la relación que los padres mantengan entre sí. (pág. 53)

La tenencia debe fomentarse de manera que no ocasione daños psicológicos en el niño, y que estos fallos tendrán un cumplimiento inmediato, donde se tomara en cuenta la

opinión del niño con el derecho a tener una preferencia de convivencia ya se por su madre o padre.

(Borras , 2005), no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o bien cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Además, el juez podrá pedir la opinión de especialistas cualificados relativo al régimen de custodia más beneficioso para el menor y a la idoneidad de los padres para ejercer la patria potestad. Este informe se puede solicitar por las partes, el Ministerio Fiscal o bien acordarse de oficio. (pág. 55)

Para que se otorgue la tenencia de uno de los hijos no debe constar con antecedentes penales, ya que podría recurrir de forma negativa en el crecimiento de su hijo, y este punto será tomado en cuenta con el fin de que el juzgador evalúe al padre o la madre que cumpla con los requisitos necesarios para que sea quien se encargue de la formación de su hijo.

1.9.7. Causas psíquicas

(Echeverría, 2011), Las causas psíquicas pueden perjudicar al menor, son dañinas que las físicas, el cuidado del menor debe estar enmarcado en el cuidado a la integridad física y psíquica del niño, al darle la custodia a uno de los progenitores que padece de problemas psíquicos estaríamos violando este principio.

No se considera sano otorgar la tenencia de un menor a la madre o al padre, cuando éstos padecen graves problemas psíquicos que hagan presumible que se produzca un abandono, aun cuando sea temporario, del menor." (pág. 53)

Una de las causas psíquicas más importantes de que puede tener el menor es el maltrato, de manera que con el transcurso del paso del tiempo generara secuelas en el menor, es decir que tendrá un resentimiento con la sociedad en la que se desenvuelve, o también no es considerable darle la custodia del menor al padre o madre que presente problemas psíquicos, los cual se presumirá que pongan en riesgo al menor, aun se temporario no es considerable otorgarle la tenencia del menor.

1.10 Causas para Negar la Tenencia del Niño, Niña, o Adolescente

En el Código Civil en su artículo 518 nos explica que son incapaces para la tutela o curaduría las siguientes personas:

1o.- Los ciegos;

2o.- Los mudos;

3o.Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;

4o.- Los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados;

5o.Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación;

6o.Los que carecen de domicilio en la República;

7o.- Los que no saben leer ni escribir;

8o.- Los de mala conducta notoria;

9o.- Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el Art. 311, numeral 4o., aunque se les haya indultado de ella;

10o.El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el Art. 110, menos en el caso de los numerales 8o., y 11o.

11o.El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el Art. 311; y,

12o.Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

1.10.1.1 Tener una conducta y modo de vida desordenados, que interfieran en la estabilidad del niño

Si el padre o la madre custodio tiene una actitud que pone en peligro la seguridad del hijo, los tribunales pueden adjudicarle la tenencia al otro progenitor hasta que el comportamiento peligroso se modifique. Además, si tienen una nueva pareja y esta amenaza la seguridad del niño física o emocionalmente, las condiciones se pueden variar y conceder la custodia al otro padre.

1.10.1.2 No mantener ni cuidar a los hijos

El padre o la madre que tiene la tenencia pueden ver cómo se le retira la guarda de sus pequeños por negligencias en su cuidado, higiene o alimentación y por una atención médica deficiente. También si no tiene escolarizados a los menores o les permite faltar a clase de manera continuada. Y es que atender a los hijos de forma adecuado implica ser responsable en todos los ámbitos.

1.10.1.3 Ingresar en un centro penitenciario

Cuando el padre que tiene la tenencia debe pasar un tiempo en la cárcel, el otro progenitor puede pedir la custodia. En este caso es sencillo que consiga la modificación de las condiciones, en especial si la estancia se prevé larga.

1.10.1.4 Tener antecedentes de violencia o abusos hacia este u otros hijos

Por supuesto, si el niño ha recibido violencia física, emocional o sexual de un progenitor, este puede perder la custodia. En estos casos de extrema gravedad, podría llegar a perder la patria potestad.

1.10.1.5 Tener alguna adicción que altere su día a día y la capacidad de poder dedicarse a sus hijos

El padre o la madre no serán aptos para cuidar de sus hijos, si abusan de drogas o alcohol y puede demostrarse que el consumo de esas sustancias afecta al cuidado de sus pequeños y a la estabilidad física o emocional de los menores.

1.10.1.6 Utilizar a los hijos contra el otro progenitor

Hay sentencias que han retirado la tenencia al padre o madre por utilizar a los hijos en contra del otro, y vulnerar así los derechos de sus niños. Estos menores padecen el síndrome de alienación parental (SAP), un trastorno mental provocado por la instrumentalización emocional del pequeño por parte de uno de los progenitores en contra del otro. En estos casos, la custodia puede ser retirada.

1.10.1.7 Si un traslado de ciudad cambia en exceso la vida de los hijos

Si el padre o la madre que tiene la tenencia se traslada a otro lugar de residencia (por trabajo o cualquier otra causa) y la vida de sus hijos cambiará de forma sustancial, el otro progenitor podría pedir la tenencia y serle concedida, porque lo que se busca es la estabilidad de los menores (no variar de colegio, de amigos, de ambiente, etc.).

1.10.1.8 Clases De Tenencia

Tenencia Provisional

Esta tenencia es aquella que el juez le otorga al progenitor que no tiene la tenencia del niño, lo hace debido a que el niño, niña o adolescente corre algún tipo de peligro o riesgo si continúa bajo el cuidado de su progenitor.

Se velará por el interés superior del niño, niña o adolescente y se respetará la integridad física tanto del padre como de los menores. Se dará prioridad a los padres que justifiquen la total preocupación para insistir por la tenencia provisional.

Tenencia Compartida

Según Simón, (2009) manifiesta que la tenencia compartida es “El equilibrio de papeles, valorando la paternidad y la maternidad, conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de fragmentación social.” (Pág. 537). Esta clase de tenencia

es aquella en que los padres se dividen el cuidado y protección hacia sus hijos.

Estos deberes deben ser equitativos y en iguales condiciones para que así se establezca un buen vínculo familiar y se logre crear una convivencia adecuada en relación a esta tenencia.

Para el autor Schneider, (2001) manifiesta que: “Consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes.” (pág. 1446)

Cabe recalcar que en nuestro país solo se establece la tenencia monoparental, que se lleva a cabo después de la separación o divorcio de los padres del niño.

Tenencia Definitiva

Lo que manifiesta Cabanellas, (1997) es que: “Esta tenencia se resuelve en el fallo que hace lugar al distanciamiento o a la ruptura conyugal, que no es irrevocable en este aspecto..., y que además puede escalonarse en el tiempo, con asignación de la prole,

como es frecuente a la madre en los primeros años de los hijos y posterior “traspaso” al padre”.

Esta tenencia es la que se da como consecuencia de un proceso judicial, luego de haber evacuado todas las pruebas necesarias el juez será el encargado de decidir cuál progenitor será el encargado de ejercer la tenencia.

1.11 ÁMBITO LEGAL

1.11.1 Procedimiento para otorgar la tenencia

El proceso legal con referencia a la tenencia acorde a lo señalado en el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 332 y 333, se lo define como un trámite sumario.

1.11.1.1 Partes intervinientes en la tenencia

Progenitores

Decimos "los progenitores", en plural, porque en esta se abren dos subdivisiones: la tenencia de la madre y la tenencia del padre. La figura jurídica trata acerca del establecimiento del hijo o la hija en el hogar de uno de ascendientes; entonces se sobreentiende que la tenencia puede ser ostentada por cualquiera de sus progenitores.

El padre por varios años ha sido considerado como aquel que debe sustentar la economía de su hogar y se mal interpreta este papel que debe cumplir con el afán de que solo la madre sea considerada como la idónea para la tenencia de sus hijos.

En caso de que el juez del fallo a favor de la madre se deberá respetar este régimen de visitas que dice lo siguiente, “Obligatoriedad.- En todos los casos cuando el juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad, a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija”.

1.11.1.2 Niño, niña o adolescente

Para efectos del estudio de la tenencia, se ha de entender como "hijo o hija ", al niño incapaz, quien juega el papel protagónico de esta figura. Como se ha explicado, la tenencia se ha establecido por la imperiosidad de determinar la situación física permanente del niño o niña; es decir, la figura jurídica es propia de la "Institución del Derecho de Menores", la cual pone de relieve la importancia de proteger al menor y situarlo al cuidado que mejores garantías le ofrezca; es por esta consideración que los padres quedan relegados a un segundo plano.

(Convención sobre los Derechos del Niño, 1990), En tal virtud frente a la confrontación de intereses que pueden suscitarse con la disolución del vínculo matrimonial, los derechos que deben prevalecer antes de resolver la custodia de los menores; según la

Convención sobre los Derechos del Niño es sumamente clara al respecto: Art. 3.- 1. “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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De igual manera estos procesos están amparados por la Constitución de la República del Ecuador que busca el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes con el fin de que cada operador de justicia actúe de manera imparcial y justa en relación a las garantías que el Estado y la ley les ampara tal como lo señala el artículo:

Art. 175.- “Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral.....”

(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

1.11.1.3 Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

Es la persona que está a cargo de analizar, quienes de los dos progenitores estará apto para cuidar y proteger a su hijo, teniendo en cuenta los factores antes mencionados, muchas de las veces los fallos en primera instancia son para las madres.

El juez es la persona encargada de dictar una sentencia o dar un dictamen a favor de una de las dos personas que se encuentran en un proceso legal, ya está esta decisión a favor de una de las partes, pero siempre de manera imparcial.

1.12. EFECTOS JURÍDICOS DE LA TENENCIA

El o los efectos que pueden surgir de la tenencia, podría resumirse en encontrar una solución adecuada para precisar la situación del niño, que le otorga los derechos intrínsecos y que el Estado ecuatoriano a ejercidos a través de los órganos de justicia, los cuales tienen la obligación jurídica y moral de encontrar la verdad y propender a que el menor se desarrolle en un ambiente adecuado.

De igual manera en la Sección cuarta del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia encontramos las normas especiales para el juicio de tenencia que en su artículo 290 nos señala lo siguiente: Seguimiento de la tenencia.- En la resolución sobre la tenencia, el Juez dispondrá que la Oficina Técnica haga un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados.

Siendo otra de las consecuencias lo que estipula el artículo 291 como es la motivación del auto resolutorio: El auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído.

Estos artículos nos dan a entender que el Juez antes de emitir una resolución realiza un seguimiento detenido y más aun con las entrevistas personales que se ha realizado al niño que de forma inmediata tienen un efecto jurídico ante la decisión del juzgador.

1.12.1 Personales y patrimoniales

Siendo la familia uno de los vínculos más importantes de la sociedad y las primeras figuras de afecto que nacieron en la misma, el conjunto de normas y las leyes que están regulando al núcleo de familia.

Como dice:

(Díaz de Guijarro, 1953)El conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales, el derecho de familia es de orden público e interés social, y por ende son normas obligatorias, ésta obligatoriedad emana del deber moral y de los principios naturales en que se funda, como la institución humana más antigua, y como elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, ya que a través de ella, la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos y formarlos para que cumplan con su papel social asignado, de una manera benéfica y satisfactoria.
(pág. 533)

La familia con relación al niño en disputa es un ente primordial puesto que representa quienes serán los responsables de su convivencia y crianza este punto crítico en un juicio

de tenencia debe ser tomado en cuenta con lo que designa el Artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador que busca proteger los derechos de la familia como el promover la maternidad y paternidad responsables tanto de la madre como del padre quienes tendrán a su cargo la crianza, educación, desarrollo integral, acompañado de que el estado garantizara todos estos derechos.

1.13.1 AMBITO LEGAL DE LA TENENCIA

Como menciona (Codigo Organico de la Niñez y Adolescencia, 2003) en sus Artículos lo siguiente:

Tabla 1.3. Código Orgánico de Niñez y Adolescencia

ARTICULO	CONCEPTO	CRITERIO
<p>Art. 118.- Procedencia.</p>	<p>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</p>	<p>El Artículo anterior menciona que para ceder la patria potestad de un menor el juez del caso primero escuchara la versión del niño o niña que este en posición de hacerlo observara lo siguiente, se respetara lo que los padres del menor decidan, siempre y cuando no sea perjudicial para el menor, en caso de no haber ningún acuerdo se otorgara la patria potestad a la madre, en cambio para los adolescentes de 12 años en este caso se otorgara a la persona que este mas apta para cuidarlo y el que le ofrezca mayor seguridad emocional.</p>
<p>Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia</p>	<p>Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.</p>	<p>Se puede mencionar que las modificaciones sobre la tenencia se pueden modificar mediante un juez, en cualquier momento, de manera que si se comprueba que conviene para el bienestar del menor.</p>

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Fuente:(Codigo Organico de la Niñez y Adolecencia, 2003)

Tabla 1.4. Código Orgánico de Niñez y Adolescencia

ARTICULO	CONCEPTO	CRITERIO
<p>Art. 115.- Para que se pronuncie la sentencia de divorcio,</p>	<p>Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.</p>	<p>En caso de pronunciarse el divorcio entre los padres deberán dejar bien claro y resulto la situación económica de los hijos menores de edad, es decir quedarán de acuerdo como se responsabilizarán del cuidado, alimentación, estudio del menor.</p>
<p>Art. 120.- Ejecución inmediata.</p>	<p>Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto</p>	<p>Ejecución inmediata del menor se refiere a la solución que se sobre la tenencia del menor, se deberá cumplir de manera inmediata, y de acuerdo a la disposición del juez.</p>

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Fuente:(Codigo Organico de la Niñez y Adolecencia, 2003)

Tabla 1.5. Código Orgánico de Niñez y Adolescencia

ARTICULO	CONCEPTO	CRITERIO
Art. 121.- 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 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	El presente Artículo habla sobre la situación del menor cuando es llevado fuera del país sin autorización, los organismos competentes el estado tomara todas las medidas necesarias para el retorno del menor al país.
Art. 290.- Seguimiento de la tenencia	En la resolución sobre la tenencia, el Juez dispondrá que la Oficina Técnica haga un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados.	En este Artículo se recalca sobre el seguimiento que hará el juez una vez dictaminado la tenencia del menor, es decir que se realizara el debido seguimiento de la tenencia del menor lo cual se emitirá un informe de todo el seguimiento con el resultado.
Art. 291.- Motivación del auto resolutorio.	El auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído.	La motivación del auto resolutorio, resuelve acerca de la tenencia, del menor, es decir que se debe considerar la posición del menor durante toda la audiencia, declarando el ejercicio de su derecho el cual es ser escuchado.

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Fuente:(Codigo Organico de la Niñez y Adolecencia, 2003)

1.14.1 Análisis de Procesos legales de Tenencia en Ecuatorianos

Tabla 1.6. Análisis de Procesos legales de Tenencia en Ecuatorianos

Número de Caso	Aplica el Principio de Interés Superior del Niño	No aplica el Principio de Interés Superior del Niño	Conclusión	Recomendación
0331-12-EP	Si	-----	Es este caso por la que el padre pedía la tenencia de su hija se aplicado de forma correcta e imparcial el proceso puesto que se le otorga el cuidado y crianza de su hija debido a la inestabilidad de domicilio de la madre, dándole la posibilidad a que su progenitor sea quien se responsabilice	Al analizar este proceso he podido percatarme de que los juzgadores antes de emitir una decisión sobre tenencia que exista un justo equilibrio entre los principios y derechos en conflicto, a saber, entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos que tienen los padres de familia.

			de forma completa por su hija.	
0312-09-EP	-----	No	En este proceso quienes han desobedecido las leyes han sido los juzgadores puesto que no se han seguido las reglas del debido proceso, y no han cumplido con el afán de proteger el Interés Superior del niño, sino que solo se han guiado por los intereses personales del progenitor ocultando las pruebas de que la niña vivía en un ambiente sano y adecuado para su vida	Antes de que se otorgue la intervención a uno de los padres es de suma importancia evaluar por medio de un estudio técnico si ha existido el interés de cuidado por el niño como es la entrevista, revisar el pago de pensiones alimenticias que demuestran ciertos puntos de a quien se le podría otorgar la tenencia pero si no se ha cumplido con esto se está incumpliendo el Principio del Interés Superior del Niño.
32-I-1985	SI	-----	Se otorga la	Es necesario que

			<p>tenencia de la hija a su madre ante la inasistencia por parte del padre a la junta de conciliación, no mostrando interés alguno por la tuición de su hija, que fue causa primordial para que la niña regrese bajo los cuidados de su madre.</p>	<p>los progenitores de los hijos asistan a cada una de las diligencias solicitadas por el juez puesto que les ponen en igualdad de oportunidades para llegar a un acuerdo voluntario o seguir el proceso de, manera imparcial, pero si se evidencia que uno de los padres no muestra interés da a entender que tampoco siente importancia por ser el que obtenga la tenencia.</p>
384-99	-----	No	<p>Se vulnera el Principio del Interés Superior del Niño puesto que en primera instancia se otorgó la tenencia a su padre quien probó ser la persona idónea</p>	<p>Se impugno el recurso de casación interpuesto por el padre ya que se alude del Juez puede modificar la providencia con referencia al cuidado, educación y alimentos de los hijos.</p>

			del cuidado de su hija, y por petición la petición de la madre se revoca dicha decisión teniendo respuesta favorable para la madre de la niña.	
--	--	--	--	--

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Fuente: Link recuperado de: <https://www.fielweb.com/Index.aspx?aw#app/herramientas>

CAPITULO II

METODOLOGÍA

2.1 Método de Investigación

Esta investigación se ha realizado con un enfoque crítico propositivo con carácter cualitativo teniendo una modalidad bibliográfica-documental; llevando a cabo este trabajo por medio de libros, revistas jurídicas, Artículos científicos, leyes obtenidas de forma física y por medios electrónicos fiables. La selección de la normativa legal se hizo por medio de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y los distintos Tratados a nivel Internacional a los que el Ecuador también se encuentren ratificados, permitiendo dar un análisis más amplio y claro de cómo es manejado esta figura jurídica en los diversos problemas de tenencia que se solucionan, además fue de campo puesto que la investigación se asistió de manera personal al recabar información verídica a los diferentes docentes universitarios siendo especialistas en esta área, abogados en el libre ejercicio quienes conocen la ley y los diferentes motivos por los cuales se da paso a pedir la Tenencia de los hijos (as) y por ultimo a los Jueces de Primera Instancia de la Unidad Judicial DE Familia Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato; quienes han facilitado información de gran importancia con el objetivo de resolver ciertas incógnitas de cómo se desarrolla el principio del Interés Superior del Niño en los Procesos de Otorgamiento de Tenencia

2.2. Método General

Tomando en cuenta el método general empleado fue inductivo al tener como objeto la descripción de las diferentes cualidades acerca del Principio del Interés Superior del Niño en los Procesos de Otorgamiento de la Tenencia, al tener como referencia la búsqueda de diferentes conceptos acorde a la realidad de este tema, partiendo desde lo particular y así poder llegar a un carácter más general.

2.3 Método Específico

El Método Específico empleado fue el Dogmático porque se pudo descomponer en cada una de sus partes por el cual fue estructurado el tema, y así comprender de mejor manera el problema de investigación acorde a los elementos por los que esté integrado.

2.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de Información:

La técnica empleada como mecanismo de recolección de información fue las entrevistas efectuadas a abogados especialistas en la materia de familia y niñez.

2.5 Población

Al efectuarse la entrevista a un número reducido de personas no ha sido necesario la aplicación de la fórmula de la muestra, debido a que se ha llevado a cabo en tres grupos fundamentales en esta área como son juristas, docentes y abogados del libre ejercicio, desglosados cada uno de ellos con diferente perspectiva del tema tratad, considerando que son las personas más idóneas e indicadas para poder interpretar y analizar sus respuestas y perspectivas desde un punto razonable y critico acerca de los Procesos de Otorgamiento.

Tabla 2.1.Población

Población	Número
Jueces de Primeria Instancia de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia.	3
Docentes Especialistas en Derecho de Familia	2
TOTAL	5

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. Entrevistas

Tabla 3.1. Entrevistas Pregunta 1

ENTREVISTA A JUECES Y DOCENTES					
PREGUNTA N.1	Juez: Dr. Jorge Enrique Arcos Morales	Juez: Dr. Roberto Patricio Tapia Sánchez	Juez: Dr. Sergio Frías Raza	Docente: Dr. Fernando Caicedo Banderas	Docente: Ab. Santiago Fernando Fiallos Bonilla
<p>¿Qué antecedentes jurídicos y sociales, son tomados en cuenta para otorgar la tenencia de la niña, niño o adolescente a uno de los progenitores?</p>	<p>Para que se tome en cuenta los antecedentes jurídicos está basado en una apreciación entre lo que es la patria potestad y la tenencia; en el cual el segundo término está basado en el cuidado y la protección de los niños, niñas y adolescentes que involucra la custodia, protección de los hijos. Como juzgadores se basan en lo que señala la normativa y en escuchar a los menores para poder guiarse y otorgar la tenencia a la madre o el padre.</p>	<p>Como antecedente jurídico tenemos que la ley contempla que el juez debe respetar el acuerdo que hayan legado las partes en caso de existir uno acorde a la tenencia, de no existir el juez de cerca evaluar los medios sociales en los que se desarrolla los niños, niñas y adolescentes para poder basarse en los informes que presentan al equipo técnico, en los que se debe rescatar el punto psicológico y social para que el juez evalué su mejor decisión, pero lo que más pesa es el bienestar del niño eso tiene prioridad para un Juez de Familia.</p>	<p>Debemos partir de un hecho cierto que las normas son aquellas que orientan a una sociedad para reclamar sus derechos cuando han sido vulnerados, en caso de niñez se lo realiza con la doctrina especializada en Niñez y en el ámbito legal con el Código Orgánico De Niñez y Adolescencia, siendo la más apropiada en asegurar que el niño ,niña y adolescente este con la persona acorde; asegurando un verdadero desarrollo integral teniendo cierto privilegio la madre que por naturaleza deberá tener el cuidado y protección de sus hijos siempre que sean menores de doce años, mientras que los de doce años en adelante corresponde a ellos elegir.</p>	<p>El antecedente básico con el Principio del Interés Superior se basa en función de su situación, social, jurídica y económica en la que se encuentren sus padres; siendo verificada hoy en día por una compatibilidad de caracteres que exista entre la norma y la realidad en la que viven los hijos.</p>	<p>Los antecedentes sociales para el otorgamiento de la tenencia están ligados de forma directa con el Principio del Interés Superior del Niño que al ser parte de un grupo de atención prioritaria la tenencia debe estar guiada a resolver su situación de forma integral, por lo que el juzgador la situación del niño acorde a su entorno, situación psicológica, social afectiva que debe ser solicitada por su padre, madre o un tercero interesado en proteger su crecimiento, teniendo el juez que balancear estos puntos para otorgar la tenencia al más idóneo.</p>

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Tabla 3.2. Entrevistas Pregunta 2

ENTREVISTA A JUECES Y DOCENTES					
PREGUNTA 2	Juez: Dr. Jorge Enrique Arcos Morales	Juez: Dr. Roberto Patricio Tapia Sánchez	Juez: Dr. Sergio Frías Raza	Docente: Dr. Fernando Caicedo Banderas	Docente: Ab. Santiago Fernando Fiallos Bonilla
¿La tenencia de la niña, niño y adolescente puede ser pedida por un tercero y en qué casos?	La representación legal está a cargo de los dos padres a falta de uno de ellos lo ejercerá la madre o el padre que son los titulares de este derecho, a partir de esto se puede otorgar la tenencia a terceras personas por medio de una medida cautelar o una medida de protección en casos por los que el niño se verifique que no está siendo cuidado de una forma acorde, haya riesgo inminente en su desarrollo físico y psicológico pudiendo hacer de cargo un pariente hasta tercer grado de consanguinidad y en caso de no existir se hará cargo una institución que acoja al niño, niña o adolescente.	El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece parámetros de medidas de protección entre ellos hay el acogimiento institucional, familiar siendo dos figuras especiales de con que personas va a estar el niño, niña o adolescente al relacionarlo con un tercero se habla de un familiar, como un tío, abuelo, hermano siendo los más idóneos para pedir la tenencia, siempre que sus progenitores no sean capaces de la tenencia y crianza de sus hijos.	La tenencia es conocida como un derecho de los llamados personalísimos que corresponden al padre o a la madre, identificando a los progenitores con sus hijos ya sea por el vínculo de maternidad o paternidad sea otorgada por medio de la adopción o del hecho natural.	Se puede otorgar la tenencia en los casos de que los padres se encuentren inhabilitados como lo determina la ley para llevar a cabo la tenencia de sus hijos.	La tenencia si puede ser pedida por un tercero como los abuelos, tíos, siempre y cuando los padres se encuentren incapaces física o psicológicamente para llevar a cabo la tenencia sus hijos.

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Tabla 3.3. Entrevistas Pregunta 3

ENTREVISTA A JUECES Y DOCENTES					
PREGUNTA N.3	Juez: Dr. Jorge Enrique Arcos Morales	Juez: Dr. Roberto Patricio Tapia	Juez: Dr. Sergio Frías Raza	Docente: Dr. Fernando Caicedo Banderas	Docente: Ab. Santiago Fernando Fiallos Bonilla
<p>¿Incide la opinión del niño/a ante los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y adolescencia en un proceso de Tenencia y por qué?</p>	<p>No es considerado como facultativo escuchar la opinión del niño, al contrario es una obligación para los juzgadores ya que esta normado por la CRE en el artículo 45 y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el Art. 60 que obliga a los jueces a que se escuche al menor para evaluar su interés con el fin de evaluar su interés por medio de esto nace el Principio del Interés Superior del Niño, con el fin de formar un criterio idóneo ya sea por medio de una entrevista privada en lo que dependiendo de lo que quiera el menor sea evaluado por técnicos de diferentes ramas ante estos procesos.</p>	<p>Si influye la opinión del niño y de forma significativa cabe mencionar el Art. 45 de la CRE que hace referencia a que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y a ser consultados de los asuntos que lo atañen a su persona y la tenencia será algo que se desenvolverá en su diario vivir y por esta razón el juez lo llama para conversar de manera privada siendo reforzada con los exámenes del equipo técnico que ayudan a tomar una decisión, lastimosamente se ha evidenciado que muchos niños vienen con respuestas aprendidas que son influenciadas por uno de sus padres, ya que se realiza ciertas preguntas puntuales dándose una entrevista interactiva si el niño logra desenvolverse aquí, el juez si acepta la decisión del niño.</p>	<p>Al ser un grupo prioritario si incide la opinión del niño ya que pasaron de ser objetos del derecho a ser sujetos del derecho a lo que ellos pueden dar su opinión y ser partícipes activos y directos en un proceso de tenencia, en el pasado los progenitores se disputaban la tenencia del niño viendo por sus prioridades mas no el bienestar de su hijo ahora eso se ha transformado y permite que los jueces tengan esta herramienta que es fundamental contenida en el Art. 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y el Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño que hablan del Interés Superior y en que el niño debe ser escuchado por el juez.</p>	<p>Actualmente si se toma en cuenta la opinión de los niños y el juez puede pueda comprender cuál es el grado de afectividad que tiene con uno de sus padres, y eso le permitirá al juez tomar una decisión mucho más saludable para el crecimiento del niño.</p>	<p>La opinión del niño si incide puesto que la ley lo determina y designa que se debe escuchar el criterio del menor, evidentemente una opinión no es una decisión ya que la opinión pesa en el juzgador como una guía mas no para una decisión final ya que el juez tomara en cuenta los otros puntos y se consiga una resolución efectiva quien tiene la última palabra acompañado de la ley</p>

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Tabla 3.4. Entrevistas Pregunta 4
ENTREVISTA A JUECES Y DOCENTES

PREGUNTA N.4	Juez: Dr. Jorge Enrique Arcos Morales	Juez: Dr. Roberto Patricio Tapia	Juez: Dr. Sergio Frías Raza	Docente: Dr. Fernando Caicedo Bandera	Docente: Ab. Santiago Fernando Fiallos Bonilla
¿Por qué en la actualidad la tenencia de los hijos, sigue siendo una predilección que da el Juez a las madres?	Se puede tomar en cuenta que parte del espíritu histórico de la norma las madres han sido las que han permanecido dedicadas a la crianza y cuidado de los niños, y el modelo social al considerar que el padre es el que debe trabajar y quien se encarga de la manutención de su familia.	Se puede considerar que es una política aun conservadora con relación a que la madre es la más adecuada para tener la tenencia de sus hijos porque son quienes pasan en sus hogares y los padres son el eje económico del hogar pero que con el pasar de los años los roles han variado y hoy en día tanto el padre como la madre pueden pedir la tenencia de sus hijos al estar en igualdad de condiciones sociales y legales.	El juez no es quien otorga esta predilección, quien otorga es la norma puesto que en el procedimiento para formar leyes existe el famoso concepto social, acompañado de una cultura en el que se cree que la forma más cercana de afecto es el de la madre con sus hijos, sin dejar que el padre también siente amor; pero que la sutaliza que la madre por naturaleza e instinto maternal es la pieza fundamental que orienta al desarrollo de sus hijos acompañado que el juez verifique que se lleve acabo y beneficie al Principio del Interés Superior del Niño.	No se puede hablar que solo en la actualidad se puede observar que hay hijas que prefieren vivir con sus padres al igual que los hijos con las madres, no hay una regla general que determine que la madre tenga predilección en estos procesos de tenencia ya que al contrario el juez analiza todos los puntos y criterios encontrándose tanto el padre como la madre en un 50% de posibilidades cada uno para otorgarse la tenencia de sus hijos.	Se debe comprender que en la Constitución al hablar del principio de tutela judicial efectiva que busca obtener la imparcialidad del juez, mientras que el Art 156 del C.O.N.A. se describe que los juzgadores deben alejarse del ritualismo procesal es decir no a la letra e la ley sino actuar con equidad para las partes y en base a familia al ser un punto social siendo la misión de los juzgadores tutelar los derechos de este grupo prioritario; en caso de no existir un acuerdo mutuo de los padres por lo general se toma la decisión que los hijos se quedaran con la madre es algo casi general en todos los procesos de tenencia.

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

Tabla 3.5.1 Entrevistas Pregunta 5

ENTREVISTA A JUECES Y DOCENTES					
PREGUNTA N.5	Juez: Dr. Jorge Enrique Arcos Morales	Juez: Dr. Roberto Patricio Tapia	Juez: Dr. Sergio Frías Raza	Docente: Dr. Fernando Caicedo Bandera	Docente: Ab. Santiago Fernando Fiallos Bonilla
¿De qué forma el Estado y los operadores de justicia garantizan el cumplimiento del principio superior del niño, niña y adolescente?	Por medio de las disposiciones legales y globalizadas como la Convención de los Derechos Humanos, la C.R.E que considera a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria; siendo obligación del Estado desarrollar diferentes normativas, pasando al control de jueces que ya son especializados en ramas como de familia para poder tomar este tipo de decisiones obligando que sus administradores se capaciten y garanticen los deberes y derechos tanto de padres e hijos.	El Principio del Interés Superior del Niño se lo invoca ante cualquier autoridad ya que tiene una ponderación de derechos ante la norma viendo que es lo más beneficioso para el infante. Siempre se ve rodeado de todas las características acerca de la tenencia, como lo explica el Código Orgánico General de Procesos que complementa con que la prueba no se la puede analizar de manera individualizada sino en un todo para que el Juez tome y motive su decisión	Se garantiza amparándose en el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, también en el artículo 3 de la Convención de los derechos del Niño, que da a conocer todas las políticas y acciones que deben ser aplicados en favor de este grupo, y que ellos como juzgadores y operadores de justicia procuran aplicar la ley de forma garantizada, asegurando que el niño tenga una vida positiva en su núcleo familiar.	La justicia debería ser ágil, oportuna para evitar cualquier atraso o incumplimientos en este tipo de procesos legales, como llevar a cabo temas de alimentos, visitas, es decir todo el contexto que el Estado debe garantizar y supervisar mediante sus juzgadores sean cumplidas en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.	Se da por medio de una investigación profunda del entorno del niño, padres o abuelos y a fin que la decisión que tome el juez sea la más correcta guiándose en lo que determina el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, y que así el hijo no pierda contacto con ninguno de sus progenitores.

Elaborado por: Domínguez, J. (2016)

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

El Principio del Interés Superior del Niño es un derecho y una garantía de carácter universal, de este grupo de atención prioritario; por el hecho de ser seres humanos que aún no gozan de una madures física ni psicológica se requiere del cuidado de sus padres y al atravesar un proceso de tenencia en el que uno será el más idóneo para que vele por la protección del mismo hasta que pueda con el tiempo tomar sus propias decisiones, que está amparado por el Artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por el que se impone a las autoridades administrativas que las decisiones que sean tomadas estén sujetas a la ley.

Al emprender un proceso de otorgamiento de tenencia se tiene como uno de los fundamentos a la doctrina y una serie de normas que reglamentan el cuidado y protección del niño poniendo énfasis en la necesidad que éste crezca dentro de un ambiente acorde a sus necesidades básicas como ser humano, con el fin de que sus derechos deben ponderarse de un modo prioritario, por lo que la noción de interés superior del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, supervivencia como el desarrollo del niño siendo una política de la autoridad pública y a una diversidad de opiniones en la doctrina.

La normativa es muy amplia en referencia al Principio del interés superior del niño cabe mencionar algunas de ellas como la Convención sobre los derechos de los Niños en su Artículo 3 que detalla que este principio será atendido con una consideración especial, el Artículo 118 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia que el juez será el que estime y confié el cuidado y crianza a uno de los progenitores sin que se altere la patria potestad.

El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores de edad han sido reguladas de forma exclusiva por la ruptura de la sociedad conyugal sea de hecho o de derecho al no existir armonía en estas relaciones, conlleva a que se recurra a las autoridades judiciales de esta materia a que se tome una decisión de dicho proceso legal, para lo que debe actuar como requisito el informe emitido por el equipo técnico acompañado de la opinión del niño, niña o adolescente considerando los puntos que hayan sido expuestos en las entrevistas realizadas a los hijos o por los informes técnicos.

RECOMENDACIONES

Que los niños, niñas y adolescentes al ser considerados como sujetos de derechos y no poder siempre parte activa en defensa de sus derechos, sus padres deberán ser los encargados de reclamar sus garantías en caso que se vean vulnerados, puesto que están expresos en el derecho tanto internacional y nacional y que deben ser reconocidos como actos jurídicos diversos al de sus padres.

El Interés Superior del Niño deberá ser entendido como un término relacional o comunicacional es decir que en caso de que haya un conflicto de derechos de igual jerarquía este principio debe primar sobre cualquier otro, de esta manera se protegerá de manera integral al hijo sin que sea una búsqueda de intereses de los padres ni de la sociedad.

La tenencia es un proceso legal que ha ido evolucionando conforme el tipo de familias que se han ido formando con el paso de los años, para lo que se debe tener claro que es otorgar el cuidado permanente del menos a uno de sus padres pero dejando claro que esto no obstaculiza al otro padre ejercer su Patria Potestad sobre su hijo para lo que se entiende que la tenencia habitual a pesar que este subordinada, no quiere decir que la toma de decisiones en su desenvolvimiento, excluya al otro padre.

Es necesario aclarar que alrededor del concepto doctrinario o jurídico de tenencia existe mucha confusión alrededor de ella para lo que se debe crear una aclaración ante este vacío, en el que se debe entender que la tenencia es una figura de derechos que posee el objeto fundamental de velar por el bienestar de un niño, niña o adolescente no efectivamente estos problemas se mostraran cuando una familia se encuentre unida, sino cuando haya sido disuelta y ahí es donde el derecho debe intervenir, con el objetivo de dar una solución al conflicto e intervenir en la situación de los más vulnerables, en este caso los menores.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, A (2012). “La Tenencia de Menores en el Ecuador” Quito-Ecuador.
- Albán, F (2010). “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Quito, Ecuador.
- Aguilar , N. (2010). *Interes Superior del Niño*. Mexico: Aguilar.
- Andrade, M. (2014). *Interes Superior del niño* . Lima.
- Bazan, W. (2008). *La Desicion socio Juridica*. Honduras: Bazan.
- Billene, R. (2013). *Cuentos y Novelas de Nodichis. Tercera Parte. En donde no se discriminan a los niños por ser hijos de padres separados*. Buenos Aires : Editorial Dunken.
- Bonmard, J. (2000). *Interes de los Menores*. Mexico: Bonmard.
- Borda , G. (1993). *Tratado de Derecho Civil - Familia - Tomo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Borras , I. (2005). *Interes Superior de la Niñez*. Francia: Borras.
- Cabrera , L. (2003). *Interes Superior del Niño*. Santa Clara: Cabrera.
- Cabrera, D. (2008). *se debe formar el tramite que conlleva a demandar la tenencia de menores por tramite especial ya que el procedietno actual vulnera el principio de celeridad como se encuentra establecido*. Loja.
- Cardenas, J. (1999). *Reforma del estado* . Bogota.

Cillero, M. (2000). *Los Principios en el Marco Juridico*. Lima.

Cillero, M. (2013). *El interes superior del niño en el marco de la convencion*. Mexico.

Codigo Civil. (2013). Codigo Civil.

Codigo Civil. (2016). Quito: Codigo Civil.

Codigo Civil Ecuatoriano. (2005). *Causas para otorgar la tenencia*. Quito: Lexis S.A.

Codigo de la Niñez y Adolescencia. (2013). Quito: CND.

Codigo de Menores . (1992). Quito: CM.

Codigo de Menores. (2013). Quito: codihgo de menores.

Codigo Organico de la Niñez y Adolecencia. (2003). Quito: CODIGO ORGANICO.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. (2010). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Editorial Jurídica Del Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Principios de la funcion Judicial*. Quito.

Constitucion Política . (1979). Quito: Constitucion.

Constitucion Politica del Ecuador. (1998). Quito: Contitucion del Ecuador.

Constitucion Politica del Ecuador. (2008). Quito.

Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Quito.

Damon, L. (2013). *La guía del derecho procesal*. Quito.

Díaz de Guijarro. (1953). *Tratado del Derecho de Familia Tomo I*. Buenos Aires :
Astrea.

Dolz, L. (1996). *Interes Del Niño, Niña y Adolescente*. Mexico: Dolzo.

Dual , B. (2015). *Enciclopedia Juridica*. Lima.

Echeverria, L. (2011). *La guarda y la custodia compartida de los hijos*. España.

Fiscalía de Seguridad Vial . (2012). Quito.

Fundacion Aldujar. (1999). *Diccionario General del Estudiante*. Buenos Aires : Calpe.

Garrido, D. (2013). *Razon del Niño y el Razonamiento Juridico*. Buenos Aires: Dunker.

Gherzi, C. (1997). *Los derechos del hombre daños y protección a la persona*. Mendoza:
Ediciones Juridicas Cuyo.

Gulti, M. (2010). *Causas para Otorgar la Tenencia de un Menor*. Lima.

Hesley , A. (2005). *Historia Derechos de la Niñez*. Medellin : Acede.

Jimenez, M. (2000). *Etica Profecional del Abogado*. Orellana: Ultra.

Joyal, E. (1990). *Interes Superior del Niño*. Buenos Aires: Joyal.

Juridica de la Universidad de Uruguay. (2008). pos divorcio. *Juridica de la Universidad
de Uruguay*.

KM. (1254). QWEG. 3R3QYU.

Larrea, J. (2008). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. Quito: corporacion de Estudios y publicaciones .

Leisfen, E. (2010). *El Interes Superior del Niño*. Mexico: Lesifen.

Ravetllat, I. (2012). *Doctrina*. España: Ravetllar.

Revista Judicial de Derecho Ecuador . (2012). Organismso encargados de garantizar los derechos del menor. *Revista Judicial*, 10.

Revista Juridica padres por siempre . (2013). ALCANCES Y OBJETIVOS DE LA LEY TUICIÓN. *Padres por siempre*, 6.

Rivas, E. (2015). *La Evolucion del Interes del Niño* . Chile.

Sanchez, P., & Seijas, E. (1997). *Los Intereses de los Niños y Niñas*. Francia: Eustakio.

Zambrano, D. (2 de Septiembre de 2008). *Interes superior del niño y de la niña*.

Obtenido de

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodelaninezylaadolescencia/2008/09/02/interes-superior-del-niNo-y-de-la-niNa>

Zambrano, D. (22 de junio de 2013). Interes superior del Niño y de la Niña . *La Hora*, pág. 35.

APÉNDICE

Apéndice N. 1 Entrevista realizada a Jueces de Primera Instancia de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Ambato y a docentes especialistas en Derecho de Familia.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE AMBATO

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

Sr./a. Dr./a. Con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con el tema: **“EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA.”**, previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales de la República del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas:

- 1) **¿Qué antecedentes jurídicos y sociales, son tomados en cuenta para otorgar la tenencia de la niña, niño o adolescente a uno de los progenitores?**


- 2) **¿La tenencia de la niña, niño y adolescente puede ser pedida por un tercero y en qué casos?**

3) ¿Incide la opinión del niño/a ante los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y adolescencia en un proceso de Tenencia y por qué?

4) ¿Por qué en la actualidad la tenencia de los hijos, sigue siendo una predilección que da el Juez a las madres?

5) ¿De qué forma el Estado y los operadores de justicia garantizan el cumplimiento del principio superior del niño, niña y adolescente?

ANEXOS

NOMBRE: Jessica Abram. Domínguez Castro		CURSO: Curso A	PARALELO: "A"
DÍA	HORA	BIBLIOTECA	
Jueves 28 de Mayo	10:00	UNIVERSIDAD ANDRÉS BÓLÍVAR SIMÓN BOLÍVAR CENTRO DE INVESTIGACIONES	
Jueves 28 de Mayo	14:00	BIBLIOTECA UNIVERSIDAD FRANCISCA DE ASÍS	
Firma del Estudiante:			

Ambato mayo 19, 2016
EJ-231-2016

Doctora
Linda Amancha
DIRECTORA PROVINCIAL DEL CONSEJO NACIONAL
DE LA JUDICATURA DE TUNGURAHUA
Presente

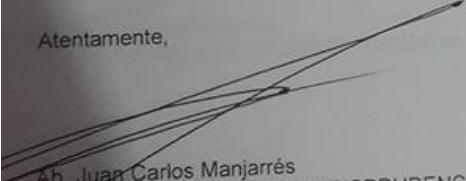
De mi consideración:

La Escuela de Jurisprudencia tiene el afán de vincular a los jóvenes en la sociedad que los rodea y que pongan en práctica lo aprendido en las aulas una vez que han concluido con sus estudios.

Con este marco, solicito a usted de la manera más comedida autorice a la señorita Jessica Alexandra Dominguez Castro, estudiante de Octavo Nivel de la Carrera de Jurisprudencia, quien se encuentra realizando el trabajo escrito de grado con el tema: EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA, motivo por el cual requiere de su valiosa colaboración, autorizando para que realice la entrevista a Usted, a la Doctora Beatriz Pérez, Doctora Sindy Escobar, Doctora Diana Cisneros, Doctor Julio Masabanda, Doctor José Barragán y Doctor Sergio Frías, Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Tungurahua, para lo cual se adjunta en impreso el cuestionario. Esto servirá para el desarrollo del proyecto de investigación que además, le permitirá presentar una excelente propuesta de trabajo.

Por su gentil atención, agradezco y me despido.

Atentamente,


Ab. Juan Carlos Manjarrés
DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

copia: archivo

AG



VENTANILLA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS	
Fecha: 20 MAY 2016	Hora: 15:48
Recibido por: <i>Sonia Garcia</i>	
DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA DE TUNGURAHUA	
Anejo: 2016	Trámite N° 3145

HOJA DE RUTA: ENTREVISTAS

NOMBRE: Jessica Alexandra Dominguez Castro	CURSO: Octavo	PARALELO: A
DÍA/HORA	PERSONA/ORGANISMO	FIRMA/SELLO
08 MAR 2016	Comis. de la Seguridad	
30/10/2016	Comis. de la Fedelco	
16/06/2016	Roberto Lopez Torres	
16-VII-2016	Ing. Juan Diaz	
16-06-2016	Comis. Enrique Pineda	

Firma del Estudiante: _____

Aprobado por Directora de Plan de Titulación
 Abg. Mg. Mayra Mena Mena:

01/07/2016/