PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA EL ECUADOR

SEDE IBARRA

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA:

EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CASOS DE TENENCIA

PREVIO A LA OBTENCION DE TITULO DE

ABOGADA

LÍNEA/S DE INVESTIGACIÓN:

Inequidades, Exclusiones, Desigualdades y Derechos Humanos

AUTOR/A: **KAROL STEFANY MORILLO CRIOLLO**

ASESOR/A: Dr. Henry Francis Franco Franco

IBARRA, FEBRERO 2023

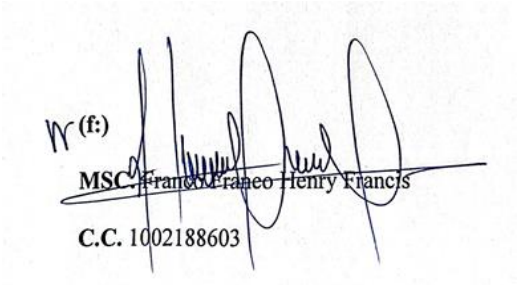
Ibarra, 3 de marzo del 2023

MCS. Henry Francis Franco Franco

ASESOR

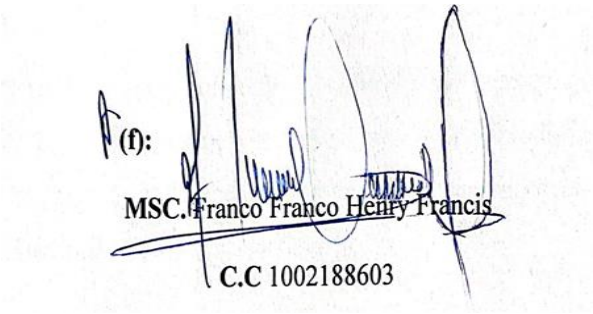
CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.



PÁGINA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

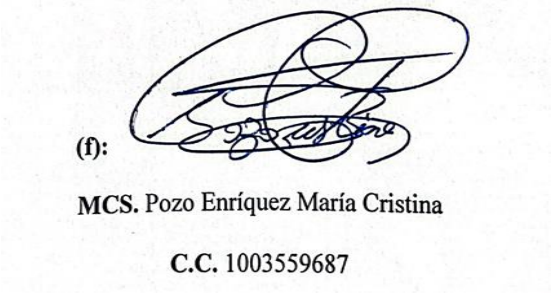
El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI):



(f):

MSC. Franco Franco Henry Francis

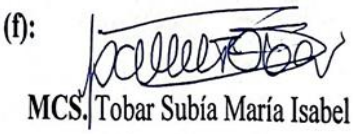
C.C 1002188603



(f):

MCS. Pozo Enríquez María Cristina

C.C. 1003559687



(f):

MCS. Tobar Subía María Isabel

C.C. 1002444188

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Karol Stefany Morillo Criollo, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 165 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que manifiesta textualmente: "Se reconoce facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilizaciones de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia".

Ibarra, 3 de marzo del 2023

f): 

Karol Stefany Morillo Criollo

C.C.: 1004940415

AUTORÍA

Yo, Karol Stefany Morillo Criollo portador de la cédula de ciudadanía No. 1004940415, declaro que la presente investigación es de total responsabilidad del (los) autor (es), y eximo expresamente a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra de posibles reclamos o acciones legales.

f): 

Karol Stefany Morillo Criollo

C.C.: 1004940415

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo: Karol Stefany Morillo Criollo, con CC: 1004940415, autor del trabajo de grado intitulado: “El derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en casos de tenencia”, previo a la obtención del título profesional de Abogado en la Escuela de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede- Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra a difundir a través del Repositorio Digital de la PUCESI el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, febrero del 2023

(f.). 

C.C. 1004940415

DEDICATORIA

Los resultados de este presente trabajo se lo dedico a mis cuatro personas que, con esfuerzo, valentía, paciencia y apoyo, me inspiraron.

A mi madre, Olga Esthela.

Que con su bendición y esfuerzo me ha encaminado en mi vida académica y me ha enseñado la valiosa esencia de aprender, hoy con certeza y afecto puedo decirle que ¡LO LOGRAMOS!

A mi hermana, Fernanda Elizabeth.

Que, con su ejemplo, me impulso a luchar por mis sueños y metas; le dedico cada uno de mis desvelos y mis días malos, ya que en cada de uno de ellos, ella fue mi inspiración para no rendirme.

A mi sobrina, Arianna Cristina.

Que, con su inocencia, me enseño lo importante de ser pacientes y hacer las cosas con calma, llevo en mi corazón cada uno de sus abrazos con los que me transmitía paz. Le dedico este pequeño reconocimiento, de tal manera que sea el impulso de todos sus sueños.

A mi novio, Kevin Emerson.

Le dedico con amor cada una de las palabras plasmadas en este logro gracias a su apoyo incondicional; gracias por siempre ser mi sustento y con amor y paciencia impulsarme a ser cada día mejor.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por haberme guiado, bendecido y cuidado en toda mi vida académica, agradezco todo momento de compañía espiritual y fortaleza que me da, día a día.

Agradezco a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – Sede Ibarra, por haber sido mi segundo hogar durante estos 4 años, por haberme inculcado valores y conocimientos que aplicaré en mi profesión, por brindarme una educación de calidad, con docentes que desde el inicio formaron parte fundamental de mi desarrollo como profesional, compartiéndome toda su doctrina de una manera fructífera y desinteresada.

Agradezco a mi compañera y amiga Massiel Mancero, por brindarme toda su ayuda, apoyo y amistad desde inicios de nuestra carrera profesional; sin su compañía nada hubiese sido tan llevadero. Gracias a ella me llevo momentos inigualables e inolvidables de mi vida universitaria.

Y, de manera especial agradezco a mi tutor Dr. Henry Francis Franco Franco, por haberme guiado, aconsejado y enseñado; agradezco su tiempo dedicado en este trabajo, que se aproxima a la excelencia.

ÍNDICE

1. RESUMEN xi
2. ABSTRACT xii
3. INTRODUCCIÓN xiii
4. ESTADO DEL ARTE 1
5. MATERIALES Y MÉTODOS 8
6. RESULTADOS Y DISCUSION 11
6.1 ANÁLISIS BIBILIOGRÁFICO 11
6.2 ANÁLISIS DOCUMENTAL 16
6.3 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS 19
TABLA 1 19
TABLA 2 20
TABLA 3 22
TABLA 4 24
TABLA 5 25
TABLA 6 26
TABLA 7 28
TABLA 8 29
TABLA 9 30
TABLA 10 32
6.3 DISCUSIÓN 34
7. CONCLUSIONES 37
8. RECOMENDACIONES 39
9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 40
10. ANEXOS 44

1. RESUMEN

La investigación que se realizó estuvo orientada a determinar cómo garantizar el Derecho de Participación de Niños, Niñas y Adolescentes en casos de tenencia en el Ecuador; esta problemática se planteó con el fin de determinar la ayuda que brindarían los niños, niñas y adolescentes al momento de ser escuchados en procesos de tenencia y así los juzgadores puedan evitar las agresiones existentes dentro del núcleo familiar, a manera de tutelar una vida digna y un desarrollo integral para el niño, niña y adolescente. Para dar profundidad e interés a la investigación fue necesario aplicar los métodos hermenéutico, analítico, sintético y explicativo para realizar un estudio minucioso de la doctrina, aportes jurídicos y sobre todo de la normativa internacional y nacional referente a temas de niñez y adolescencia en casos de tenencia. Continuamente se realizó un apartado de discusión en donde se pudo confrontar las diferentes opiniones obtenidas de los resultados y las opiniones de los entrevistados. Y finalmente se atribuyó con conclusiones haciendo énfasis en puntos relevantes de la investigación que den respuesta a los objetivos específicos planteados en donde se pudo determinar el proceso, ayuda y garantía que se le da al niño, niña y adolescente en casos de tenencia; y recomendaciones que se enfocaron en destacar temas que pueden ayudar a mejorar el proceso de otorgación de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes a los progenitores, sin vulnerar los derechos y obligaciones que el Estado ecuatoriano les otorga.

PALABRAS CLAVE: Tenencia, Derechos, Participación

2. ABSTRACT

The investigation that was carried out was oriented to determine how to guarantee the Right of Participation of Boys, Girls and Adolescents in cases of tenure in Ecuador; This problem was raised in order to determine the help that children and adolescents would provide when they are heard in tenure processes and thus the judges can avoid existing aggressions within the family nucleus, in order to protect a dignified life and comprehensive development for children and adolescents. To give depth and interest to the investigation, it was necessary to apply hermeneutic, analytical, synthetic and explanatory methods to carry out a detailed study of the doctrine, legal contributions and, above all, international and national regulations regarding issues of childhood and adolescence in cases of tenure. A discussion section was continuously carried out where it was possible to confront the different opinions obtained from the results and the opinions of the interviewees. And finally it was attributed with conclusions emphasizing relevant points of the investigation that respond to the specific objectives raised where it was possible to determine the process, help and guarantee that is given to the child and adolescent in cases of tenure; and recommendations that focused on highlighting issues that can help improve the process of granting custody of children and adolescents to their parents, without violating the rights and obligations that the Ecuadorian State grants them.

KEY WORDS Tenure, Rights, Participation

3. INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “El derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en casos de tenencia” basada en estadísticas del año 2022, tiene la intención de identificar la importancia y el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes específicamente en casos de tenencia con la finalidad de garantizar que crezcan en un ambiente familiar adecuado que ayude al desarrollo de su crecimiento, y que la opinión dada por el niño, niña o adolescente no sea ignorada y sea considerada un factor indispensable en el proceso.

Es así que, en el año 1989 se internacionalizó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (2015) en donde Ecuador hace parte, la Convención contiene 54 artículos siendo uno de ellos el Art. 12 inciso 2 que expresa:

> 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En concordancia con lo antes mencionado nuestro regimen nacional por medio del Código de Niñez y Adolescencia, contiene el articulo 60 donde expresa “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez” Codigo de la Niñez y Adolescencia (2003, pág. 6)

Ante la sociedad por lo general la tenencia se otorgaba a la madre ya que se aseguraba que era el mejor hogar para el niño, niña o adolescente, sin embargo, no todas las situaciones son las mismas ya que se ha evidenciado casos en donde la tenencia es de la madre, pero hay agresiones, violencia, daño psicológico, disfunción del hogar, etc. Es por ese motivo que la Corte Constitucional dicto la sentencia N°. 28-15-IN/21 la cual hace enfasis a que este tipo de incidentes se puedan evitar, tomando más en cuenta el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes y de esta manera se podrá garantizar la tenencia de los mismos.

El derecho de participación de los niñas, niñas y adolescentes hace referencia a que se deben considerar participes de la sociedad en especial en temas en donde ellos se encuentren directamente involucrados, de tal manera es un factor importante ya que se ha venido desarrollando con el transcurso de los años, llegando hasta lograr que el derecho de participación especialmente en los niños, niñas y adolescentes sea de importante ayuda en diferentes casos del derecho, entre estos el caso principal de este tema, la tenencia.

Por lo antes expuesto, se pudo evidenciar que existen varios puntos a tratar, pero partiremos del siguiente cuestionamiento:

¿SE GARANTIZA EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE MANERA EFICAZ EN CASOS DE TENENCIA?

La presente investigación formuló como objetivo general ante la interrogante, el poder determinar de qué manera se puede garantizar el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en casos de tenencia; como sustento del objetivo general se plantearon los siguientes objetivos específicos: 1) Determinar la importancia de la participación de los niños, niñas y adolescentes en casos de tenencia; 2) Describir el régimen jurídico del derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes; 3) Identificar la ayuda que brinda el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes a los casos de tenencia. Todos estos objetivos realizados con el fin de poder garantizar que ellos puedan expresarse libremente con el fin absoluto de que vayan a un hogar seguro y digno que acople las necesidades expuestas por el mismo y no sea impulsado a ir a un hogar donde la autoridad competente crea que es adecuado para el niño, niña o adolescente sin antes ser escuchado.

Para el cumplimiento de la presente investigación me sustente en la línea de investigación 12 de la PUCE basadas en Inequidades, Exclusiones, Desigualdades y Derechos Humanos esto relacionado a que buscamos como punto principal la inclusión

de los niños, niñas y adolescentes para lograr una igualdad de expresión. También me apoye en el objetivo 5 del Plan Nacional de Oportunidades Proteger a las familias, garantizar sus derechos y servicios, erradicar la pobreza y promover la inclusión social, este objetivo fue elegido con el fin de enfocarnos más a las familias, ya que el punto principal en esta investigación es lograr una vida digna y un desarrollo de calidad para los niños, niñas y adolescentes.

4. ESTADO DEL ARTE

Dentro de la presente sección, las investigaciones previas relacionadas por el proceso de investigación, en razón de la tenencia y el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes, por medio de un soporte documental, de argumentación y análisis en participación con la legislación ecuatoriana y su presente ordenamiento jurídico. Desarrollar de forma más amplia, la postura del menor, con su determinada participación en el proceso de tenencia, en busca de una desarrollo integral y una formación óptima, en este caso por la persona más idónea para tomar dicho lugar, observando al derecho de participación, como un requisito decisional, más no como una cuestión extra, en medio de dicho proceso, incidiendo de manera directa en las resoluciones futuras, la aplicación de dicho derecho, tiene como finalidad la toma de decisiones correctas y adecuadas, para el niño, niña o adolescente en cuestión.

Oleas (2022) en su tesis titulada "La opinión de los hijos menores de edad en las resoluciones de tenencia y patria potestad referente al interés superior del niño, niña, adolescente.", que por medio de su objetivo general la particularidad de "Analizar a través del estudio de casos si la opinión de los hijos menores de edad incide en las resoluciones de tenencia y patria potestad en la ciudad de Riobamba." atribuyendo la aplicación de este principio en medio de los procesos de tenencias, de igual forma se destacó por medio de sus resultados la importancia de la intervención participativa y activa del menor, en su proceso de tenencia, en busca de tomar una decisión correcta, de igual orientando dicho texto para su conclusiones como.

> La opinión de los niños, niñas y adolescentes está enfocada a que sean escuchados, no únicamente por sus padres o familiares, sino por todas las personas que conforman la sociedad, de esta forma los jueces tienen la potestad y la obligación de velar que se cumpla estrictamente este derecho innato. (p.45)

Rivas (2022), en su tesis titulada "El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en el proceso de tenencia", desarrolló su objetivo general como "determinar el grado de cumplimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados e informados en los procesos de tenencia en el cantón Santo Domingo durante

el año 2020.” En pertinencia con el presente trabajo investigativo relacionante con la importancia del derecho de participación, que en nueva orden busca la mayor eficacia en el proceso de tenencia e incluso de vulneración de derechos, como presentó por medio de los resultados como “Constituye también por parte de los operadores de justicia en una vulneración a los principios de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.” Y con un seguimiento pleno hacia la Constitución de la República del Ecuador, el cumplimiento de preceptos relacionantes, planteo por medio de sus conclusiones “Se determinó el incumplimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados e informados en los procesos de tenencia”.

Naula (2022), en su tesis titulada “La tenencia compartida y la correspondencia paternal” presentó su objetivo general en el mismo lineamiento de corresponsabilidad, en las dificultades del proceso de tenencia como una problemática, con objetivas resoluciones, informó por medio de sus resultados, la confirmación del cumplimiento del derecho de consulta hacia los menores y su uso respectivo para su proceso de tenencia, en el mismo sentido su conclusión como la derivación de la protección como un punto central para el desarrollo y cumplimiento de derechos constitucionales.

La tenencia sin duda es una problemática que involucra de manera directa al niño, niña y adolescente; sin embargo el derecho de Participación es un punto focal para las soluciones de las mismas, de tal modo que la participación de los niños, niñas y adolescentes es una ayuda directa al juez para su decisión.

Márquez (2021) en su tesis titulada “Problemática Jurídico de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana” contempla otra de las problemáticas internas en medio de los procesos de tenencia, con búsqueda de la resolución de un sistema óptimo de resolución de conflictos y garantía de derechos constitucionales, como su objetivo general “Consistió en analizar la problemática jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana” como un bloque adicional en la

competencia del sistema, de igual forma por medio, de los resultados, con el fortalecimiento de los lazos familiares en razón de la filiación parental, de igual forma en sus conclusiones presentaron la importancia de "Las instancias administrativas de protección de la niñez y adolescencia, como los Consejos Nacionales para la Igualdad y el Ministerio de Inclusión Económica y Social, deben planificar y ejecutar políticas de concientización a la sociedad en general".

Gavilanes (2021) en su tesis titulada "Opinión del menor de edad y su incidencia en régimen de tenencia ordenada por el Juez competente cantón Santo Domingo, periodo febrero 2019-febrero 2020" que en su objetivo general determinó "Realizar un análisis sobre la valoración de la opinión de las niñas, niños y adolescentes y su incidencia al momento de fijar la tenencia en los juicios atendidos en la Unidad Judicial", rotando de importancia necesario en valoración del derecho de participación en dicho aspecto, para el desarrollo investigativo del presente trabajo se presentó como resultados de la investigación en cuestión y la linea de relación existente entre el derecho de participación de los menores y el desarrollo integral en favor de una opinión óptima en medio del proceso, que busca tener un rasgo participativo, que en determinadas cuestiones pueden resultar verdaderamente favorable para el niño, niña o adolescente involucrado en la lucha por la tenencia y cuestiones relacionantes, es así como las conclusiones investigativas, no se pudo encontrar un aspecto probatorio significativo que probará que el derecho de participación del menor, afecta de manera negativa en el desarrollo del proceso de tenencia.

Zaruma (2017) en su tesis titulada "Factibilidad de la Tenencia compartida en el Ecuador." Derivó su objetivo general como las determinaciones de la tenencia en un eje característico garantista y protector de derechos en favor de este grupo vulnerable como lo son los niños y su intervención en el proceso de tenencia, que expresa por medio de sus resultados, la intervención y razonamiento de efectividad de principios, en favor del crecimiento integral del niño, niña o adolescente que se encuentra en medio de este

proceso, en dicho sentido pudo concluir el favorable avance hacia la responsabilidad parental en favor del menor.

Padilla (2016) en su tesis titulada “La volaración del informe del equipo técnico y su incedencia en el establecimiento del régimen de tenencia, en los trámites de la unidad judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Riobamba, en el año 2015.”, orientó su objetivo general como la importancia de la intervención, previo informe del equipo técnico en el proceso de tenencia, en busca de la implementación de una favorabilidad en el sistema y la legislación ecuatoriana, de igual forma dentro de los resultados, la necesidad de un mejor establecimiento para el régimen de tenencia, en favorabilidad con los derechos del niño, niña y adolescentes, que en dicha cuestión busca proteger el crecimiento integral, de la misma manera las conclusiones plantearon “El régimen de tenencia es el cuidado diario encomendado de forma judicial a uno de los padres, a fin de que cuide integralmente al menor, garantizando su estabilidad física y emocional.”

Eduardo (2016) en su tesis titulada “Necesidad de reforma del numeral 4 del artículo 322 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en el caso del divorcio contencioso” desarrolló por medio de sus objetivos, la intervención del proceso anímico de los menores, en este proceso de contencioso , conjuntamente con las consecuencias que este acarrea, que por medio de sus resultados, expresó la presencia de una problemática que se esta acrecentanto, dentro del desarrollo de una problemática social que se acrecenta con el tiempo de desarrollo del niño, niña o adolescente, en la complementación de los demás cuerpos normativos correspondientes a la legislación nacional, en dicha forma las conclusiones, que la determinación de la tenencia es un punto clave para el desarrollo integral del menor en cuestión, en el tema de tenencia.

Suin (2016), en su tesis titulada “La tenencia compartida: Solución o conflicto” presentó por medio de su objetivo general, la importante participación de demás principios constitucionales, relacionantes con el derecho de participación, como el mismo fin, la protección y el desarrollo integral, como lo es el interés superior del niño, como una herramienta garantista en concordancia con los cuerpos legales pertinentes, por otro lado el planteamiento de los resultados mostró las afectaciones que el proceso de tenencia, puede ser desgastante para un menor, si no se tiene una idea clara de la determinación de la misma, en este sentido sus conclusiones fueron “De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho.”

Troya (2014), en su tesis titulada “La patria potestad y la tenencia de los hijos de familia por causa de la separación o divorcio de los cónyuges y la necesidad de reformar.” Siguiendo con el lineamiento de problemáticas, el objetivo general mencionó el plasma analítico crítico de un entorno familiar que pasa por estado de separación y discusión de tenencia y por medio de sus resultados mencionó “la familia tiene derecho y obligaciones que cumplir en todos los ámbitos y no deben obviar sus responsabilidades.” Recordando las afecciones causandas y de acuerdo a las conclusiones, se presenta la clara necesidad de un proceso participativo, en favor del crecimiento integral del menor.

Pinta (2014) en su tesis titulada “Necesidad de cambiar el proceso contencioso general a un procedimiento único, en relación a la tenencia de los hijos, señalados por el Código de la niñez y la adolescencia” la legislación presenta carencias, que el código particular y nuestra norma suprema no contemplan, derivando hacia incumplimiento o vulneración de derechos, por lo cual el objetivo general es “Realizar un estudio social, jurídico, y doctrinario respecto de los principios procesales aplicados en los procesos de tenencia de los hijos.” En búsqueda de las causas de incumplimiento se da dicha investigación que presentó como sus resultados, que, en medio de las problemáticas en los diferentes plasmas, responden “Actualmente el segundo gran problema en número de causas que afrontan los jueces de la Niñez y Adolescencia es el de la tenencia de los

hijos.” Y de igual forma el pronunciamiento de las conclusiones como “Por los inconvenientes jurídicos que se llevan a cabo por tenencia, se necesita que la administración de justicia sea ágil, porque los niños necesitan la atención por el principio de su interés superior.”

Es así como Acosta (2014) en su tesis titulada “La corresponsabilidad del padre y la madre, en el cuidado y protección de los menores, frente al divorcio y a la tenencia de los hijos” nos presenta por medio de sus objetivo general “Estudiar desde el punto de vista crítico, los criterios conceptuales y doctrinarios así como la regulación jurídica existente en la legislación constitucional y legal ecuatoriana, respecto a la institución jurídica de la tenencia de las niñas, niños y adolescentes.”, dotando de la importancia pertinente a la conceptualización de la tenencia y sus aspectos en la legislación ecuatoriana, de igual forma en razón de los resultados de dicha investigación, se visualizo la necesidad de reformas en nuestro Código Órganico de la niñez y la adolescencia, en vista de las falencias correspondientes a la tenencia y la garantía de derechos constitucionales, finalmente sus concluciones en la misma linea, con la determinación de normas inadecuadas, para el manejo de esta problemática común.

Maldonado (2013) en su tesis titulada “Reformar al régimen jurídico de la tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia hacia otros familiares en atención a los principios constitucionales de desarrollo integral e interés superior.”, menciona como su objetivo general “Determinar los factores, causales, explicados que permitan determinar la tenencia definitiva a favor de los familiares que brinden cuidado y protección en ausencia de los padres.” que en relación con el cuidado, protección y desarrollo integral del menor, que se encuentra plenamente desarrollado con el cumplimiento de derechos constitucionales, que entre ellos esta presente la participación, en distinta forma los resultados, de característica equivalente con la razón del cumplimiento del derecho, de igual forma la conclusión de dicha investigación tomo en cuenta en el daño psicológico que puede considerar el proceso de tenencia.

Serrano (2010), en su tesis titulada “La tenencia compartida de los menores”, planteó como su objetivo general, la reconstrucción general, la intervención y reconstucción de los lazos familiares en sentido de la participación del sistema de justicia y la responsabilidad del estado para dar una respuesta plenamene oportuna, hasta por falta de normas imperativas en dicho sistema, de igual forma en sus resultados, como la falta de relación óptima familiar, en el desarrollo del proceso de tenencia, por cuestiones tensionales, desbordantes del mismo, para cerrar con las conclusiones como que desde otro punto observa que “Es positivo el estimularse la participación activa de los padres, para que los hijos entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno-filiales más seguros”.

Chalan (2010) en su tesis titulada “Falta de norma imperativa en el código de la niñez y adolescencia en materia de tenencia y custodía de un menor.” Que en dicho sentido expreso su objetivo general la necesidad del acrecentamiento en el sentido de la normativa legal ecuatoriana, en medio de un desarrollo fáctible para el cumplimiento de derechos, de igual forma por medio de sus resultados explica la necesidad de la regulatoria propia del cumplimiento de derechos constitucionales, en este sentido una de sus conclusiones “Existe insuficiente normativa en el Código de la Niñez y Adolescencia para sancionar y penalizar a los padres y a las terceras personas que por la migración dejan a sus hijos con una tenencia y custodia no legalizada.”dejando un vacio relativo en ciertos aspectos del régimen de tenencia.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Para lograr materializar los objetivos trazados y encontrar una solución al problema de investigación planteado, se ha utilizado un conjunto de métodos, técnicas e instrumentos de investigación

El enfoque que se abordó dentro de la presente investigación es cualitativo, debido a que con este enfoque se logra determinar la cualidad del fenómeno jurídico es decir determinar cómo se garantizó del Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en los casos de tenencia e indagar que ayuda brindó el niño, niña o adolescente al participar en los procesos de tenencia. De igual manera, el enfoque presentado determinó cómo se aplicó el derecho de participación en los casos de tenencia y qué importancia tuvo el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos de tenencia y así, por medio del mismo buscar información relevante sobre esta problemática que se ha discutido en diferentes ámbitos del derecho, de igual manera el enfoque permitió analizar el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en casos de tenencia que se encuentra regulado en el Art. 60 del Código de Niñez y Adolescencia, también se pudo determinar de los beneficios que gozaría el niño, niña o adolescente al momento de ser partícipe de los casos de tenencia y analizar las ventajas y desventajas que tendría el menor de edad al momento de participar en los casos de tenencia.

En cuanto a la metodología se usó el método hermenéutico, analítico, sintético y explicativo; el primer método se estableció con el fin de poder interpretar el comportamiento humano frente a la problemática establecida. El segundo método se enfocó en analizar las diferentes investigaciones y régimen jurídico obtenido que sustenten el tema de investigación, este método también permitió analizar las respuestas de las entrevistas realizadas con el fin de obtener diferentes puntos de vista de manera que estas aporten a las conclusiones generales; el método sintético fue aplicado para poder sintetizar las diferentes investigaciones realizadas para obtener la información más relevante que sean de utilidad y poder interpretar lo más esencial , también sintetizar las opiniones de los entrevistados, de tal manera que se pueda obtener respuestas generales

ante las interrogantes planteadas y el último método se aplicó con el fin de poder explicar e interpretar las normativa legal que se aplicó en la investigación.

Los elementos que se usaron dentro de la presente investigación son el normativista y el hermenéutico ya que al ser un problema jurídico se debe partir del análisis normativo que existe en nuestro país; el elemento normativista se usa en relación a la lógica jurídica e interpretación de la norma, es decir que se realizó un análisis profundo a la tenencia y como dentro de esta figura jurídica se garantiza el acceso al derecho de participación de los niños, niñas y adolescente; mientras que el elemento hermenéutico se logra una interpretación a las normas en relación de los comportamientos en este; es decir si la tenencia permite un acceso a la participación de los NNA o no.

Las técnicas utilizadas dentro de la presente investigación son la entrevista, el análisis documental y bibliográfico mismos que sirvieron para dar respuesta a los objetivos planteados; la entrevista se realizo de forma presencial a jueces especialistas en materia de familia, niñez y adolescencia, para poder así recabar información de personas que han formado alguna vez parte del proceso de tenencia y tienen conocimiento sobre el tema, además de que puedan expresar los acuerdos y desacuerdos que poseen acerca del problema de investigación; el análisis bibliográfico se realizo a libros y doctrina de varios autores expertos en el tema donde se realiza una comparación para poder determinar si en realidad la tenencia garantiza el derecho de partición; mientras que el análisis documental se realizó el análisis a un caso dentro del cual se determina que si existe realmente partición de los NNA en un proceso de tenencia.

Los instrumentos que se utilizaron en esta investigación son para la técnica de la entrevista un cuestionario, mismo que fue realizado a jueces especialistas en materia de familia, niñez y adolescencia, enfocados en la tenencia y el derecho de participación donde cada uno de ellos pudieron dar a conocer sus opiniones personales respecto al tema; para la técnica de análisis documental se realizó una ficha técnica en la cual se analiza

cuales es la forma y el procedimiento para realizar un proceso de tenencia y si dentro de este se permite la participación de los NNA para poder tomar una decisión final, este caso analizado es del año 2022 de la ciudad de Ibarra, Provincia Imbabura; para la técnica de análisis bibliográfico se recopilo información de libros, tesis, artículos científicos, códigos vigentes dentro de los cuales se menciona el proceso de la tenencia y en que forma tienen acceso a este los NNA.

6. RESULTADOS Y DISCUSION

En esta sección se realizó un análisis a las entrevistas realizadas a jueces especialistas en materia de Niñez y Adolescencia, el análisis bibliográfico y documental del caso en que se demanda la tenencia de un NNA y se demuestra que si existe participación del menor. Además, se pretende presentar los resultados específicos propuestos en el proyecto de investigación los mismos que dan repuesta al objetivo general, para comprobar esto se utilizó la técnica documental, bibliográfica y al igual que la técnica de la entrevista.

6.1 ANÁLISIS BIBILIOGRÁFICO

Dentro de este apartado se analizó libros, tesis, artículos científicos y artículos del Código de la Niñez y Adolescencia; documentos con los cuales se logro determinar si existe o no participación de los niños, niñas y adolescentes dentro de un proceso de tenencia.

En el contexto del primer resultado y en concordancia al primer objetivo específico se presenta la importancia de la participación del menor de edad en casos de tenencia, en relación a esto desde un punto de vista internacional Suntura (2017) en su artículo titulado ¨La participación del menor en la audiencia de exploración¨ nos manifiesta:

La utilización de medios audiovisuales puede coadyuvar a descifrar la voluntad y sinceridad del menor en su declaración, sin que se corra el riesgo de violar su intimidad, por cuanto las grabaciones tienen que sujetarse a realizar únicamente una exploración en concordancia con el objetivo de la audiencia, y de ninguna manera debe consistir en someter al menor a un seguimiento constante sobre todas sus actuaciones.

Con lo antes expuesto evidenciamos que la participación del niño, niña o adolescente es sumamente necesario, pero tomando en cuenta que esto no debe ser de manera presencial o a manera de perjudicar su integridad e intimidad, se puede hacer valer su participación de otras formas, con el objetivo intacto de que este sea escuchado y aporte a la decisión de su tenencia.

También es importante mencionar que el niño, niña o adolescente tiene derecho de poder acudir a un tribunal en temas que resulte involucrado directamente, sin obviar el hecho de que debe tener asistencia jurídica que ayude a garantizar su intimidad y bienestar. El niño, niña o adolescente es considerado un sujeto con personalidad que posee capacidades, dentro de estas capacidades se encuentra la capacidad de obrar y la capacidad jurídica, sin embargo, se considera que el niño, niña o adolescente no posee capacidad de obrar ya que carece de madurez física y mental y por esto se considera importante que se asigne una persona legalmente que proteja las actuaciones del niño, niña o adolescente.

Un punto importante a tratar es que en todo proceso de tenencia el niño, niña o adolescente debe ser escuchado ya que este es un derecho que no puede ser vulnerado, esta participación debe ser recibida a través de un equipo competente que permita que el niño se sincere y exprese sus sentimientos libremente sin limitarse y asegurarse de que la información obtenida sea la necesaria para decidir sobre su tenencia.

De ser necesario el juez competente que este dirigiendo la audiencia del caso puede autorizar que en ese momento todas las personas abandonen el sitio e incluso parar la grabación para que el niño, niña y adolescente no se sienta presionado y tener un momento de confianza entre el niño, niña o adolescente y el juzgador, de esta manera obtener una opinión más acertada sobre la tenencia adecuada.

El segundo resultado correspondió al segundo objetivo específico que manifiesta describir el régimen jurídico sobre el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los casos de tenencia, en este sentido el Código de Niñez y Adolescencia en el artículo 4 nos indica la definición de niño, niña o adolescente y dice: “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (Codigo de la Niñez y Adolescencia 2003, p.p. 1)

Partiendo de esto, el Código antes mencionado en el artículo 60 establece el derecho a ser consultado que manifiesta lo siguiente, “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez” (Codigo de la Niñez y Adolescencia 2003, p.p. 6)

De manera que, si bien es cierto todos los niños, niñas y adolescentes deben gozar del derecho de participación, hay que considerar que un recién nacido no podría expresar su opinión por si solo ya que carece edad y madurez, siendo este el caso, la autoridad competente debera tutelar el derecho a una vida digna y dar la tenencia al progenitor que se considere apto para la crianza y desarrollo del niño; a manera de comentario algunos autores opinan que en el caso de un recién nacido la tenencia debería ser exclusivamente materna, esto debido al apego afectivo que existe desde la concepción y las necesidades vitales exclusivas que un recién nacido necesitaria.

En este párrafo nos enfocaremos en el artículo 106 Reglas para confiar la patria potestad, inciso 2 y 4 del Codigo de Niñez y Adolescencia, para debatir lo siguiente:

> 2). A falta de acuerdo de los progenitores o si acordado por ellos es inconveniente para el interes superios del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiara a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos de el hijo o la hija; 4). Si los dos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; (Codigo de la Niñez y Adolescencia 2003, p.p. 11)

Es evidente que el Código de Niñez y Adolescencia por lo general amparaba y catalogaba a la mujer como el eje adecuado para que el hijo o hija crezca en una ambiente correcto que impulse su desarrollo de vida, pero esta decisión era tomada en contra del derecho de participación ya que a pesar de ser el niño, niña o adolescente escuchado, esa participacion era nula ya que en los incisos expuestos siempre la tenencia le pertenecia a su madre solo por la preferencia que expresaba el Código mencionado.

Ante esto el 24 de noviembre del 2021 la Corte Constitucional dicto la Sentencia N°. 28-15-IN/21 la cual en su apartado de decisión en el inciso 2, hizo público lo siguiente:

> 2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) "la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre" y (ii) "se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija". (Corte Constitucional del Ecuador 2021, p.p. 61)

La sentencia fue dictada con el objetivo de hacer prevalecer el principio de interés del niño, la no discriminación y el derecho a la igualdad, conjuntamente con esto el romper los estereotipos de género y lograr un ambiente doméstico que conviva en igualdad; dentro de otros parámetros también se estableció el tema de la tenencia otorgada a uno de los progenitores, donde se discutióque la participación del niño, niña o adolescente era sumamente importante para poder evitar cualquier tipo de maltrato, violencia fisica, violencia psicológica, violencia doméstica y violencia económica.

En este punto resaltaremos que la tenencia y la patria potestad si bien es cierto son términos distintos, son dos términos que tienen relación ya que van enfocados a tutelar los derechos y el bien estar del niño, niña o adolescente; a manera de ejemplo la patria potestad es algo que les pertenece por naturaleza a los progenitores, ya que por naturaleza la patria potestad les concede a los padres autoridad sobre el hijo es decir, el poder tomar decisiones básicas para el hijo como el hecho de decidir el lugar donde va a estudiar, a donde puede ir y a donde no, pero la tenencia hace que la patria potestad se suspenda, al igual que se suspenden las obligaciones, y la patria potestad total le perteneceria al progenitor que tiene la tenencia del hijo.

El último resultado corresponde al tercer objetivo especifico el cual estableció identificar la ayuda que brinda el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en casos de tenencia, partiendo de esto se puede afirmar que la ayuda es total, ya que al considerarse un derecho se debe hacer cumplir bajo toda circunstancia, la ayuda más importante en el tema planteado es que este derecho hace prevalecer el derecho de

igualdad, no discriminacion, derecho a una vida digna y el tutelar el desarrollo del niño, niña o adolescente dentro de su núcleo familiar a partir de otorgar una tenencia.

> La Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 69 que habla sobre proteger los derechos de las personas integrantes de la familia, en el inciso 5 expresa: "5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos" (Constitución de la República del Ecuador 2008, p.p. 32)

Este apartado hace evidente de que el niño dentro de su hogar tiene igualdad de derechos, el niño, niña y adolescente dentro de su hogar puede hacer uso del derecho de participación, con la intención de que exprese sus necesidades y de igual manera sus incorfomidades esto a fin de que se cree un vinculo familiar adecuado para el niño, niña o adolescente. También se considera que el estado por medio de sus juzgadores es quien hace prevalecer que el niño, niña o adolescente tenga derechos que promuevan el respeto y buen trato entre progenitores e hijos dentro del hogar.

Por parte de autores se emiten comentarios sobre que la ayuda del derecho de protección es directamente al juzgador, ya que este conjuntamente con mecanismos que orientan al niño ha expresar su opinion sin que se vulnere su integridad fisica, psíquica y moral (se consideran mecanismos a los diálogos participativos, acompañamiento psicológico y actividades que tengan finalidad de interpretar emociones) de tal manera que, el juzgador tendrá una perspectiva amplia para poder decidir su tenencia, sin haber vulnerado el derecho a la integridad personal tal y como lo establece la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su articulo 5 inciso 5 "5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento" (Convencion Interamericana de Derechos Humanos 1979, p.p. 3)

6.2 ANÁLISIS DOCUMENTAL

ANÁLISIS DEL CASO DE TENENCIA 2022 **(Existe o no participación de los niños, niñas y adolescentes dentro del proceso de tenencia).**
HECHOS: El señor CARD presenta una demanda de tenencia, misma que se sustancia por procedimiento sumario de acuerdo a las reglas generales del COGEP; el proceso de tenencia se sigue en contra de la señora JAAJ, para definir la tenencia de los menos KV y FJ de 13 y 9 años respectivamente; dentro de los hechos presentados en la demanda el señor manifiesta que la señora JAAJ no les brinda la protección, el cuidado y los recursos necesarios para que los menores se encuentren estables, no les proporciona el goce y ejercicio adecuado de los derechos de los menores por lo cual él solicita se le realice la entrega de la tenencia de los menores. Para continuar con la tramitación del proceso el juez califica la demanda y ordena el proceso de citación a la demandada la señora JAAJ para que esta pueda tener su derecho a la defensa, con la contestación a la demanda. Luego de haberse realizado la citación respectiva la señora JAAJ hace uso de derecho a la defensa y contesta la demanda alegando que ella cumple a cabalidad con su rol de madre y proporciona todos los recursos necesarios para que los menores puedan tener una vida digna. Posterior se convoca audiencia donde se desarrollará en una sola audiencia en dos fases la de saneamiento y la de fijación de puntos de debate en estas cada una de las partes podrán exponer sus pruebas y sustentarlas para llegar al convencimiento del Juez y este así pueda tomar una decisión clara y precisa.

MEDIOS DE PRUEBA PARTE ACTORA:

- Certificado de nacimiento de los menores KV y FJ, documento que permite justificar la relación filioparental
- Solicitud de escuchar mediante audiencia reservada a los menores KV y FJ.
- Declaración de parte del actor.
- Informes del equipo técnico, los cuales son psicológicos y de un trabajador social.
- Expediente emitido por la Junta Cantonal de Protección de Derechos de la Ciudad de Ibarra, documento en el cual se entrega la orden de cuidado provisional de los menores KV y FJ.

DECISIÓN JUDICIAL:

Aplicando la sana crítica y los principios de tutela judicial efectiva y principio del interes superior del adolescente, el Juez decide:

- Aceptar la demanda de tenencia presentada por el señor CARD
- Se entrega la tenencia de los menores KV y FJ a su padre el señor CARD
- Se establece un régimen de visitas dirigida a favor de la señora JAAJ a fin de que pueda fortalecer su relación parento filial con sus hijos.
- Seguimiento trimestral de esta decisión que se efectuará por la Psicologa y Trabajadora Social de esta Unidad Judicial.
- Se dispone al actor, la demandada y los menores cumplan con un tratamiento psicologico.

ANÁLISIS:

Del análisis realizado al presente caso se pudo observar que dentro de las pruebas anunciadas por la parte actora se solicita al Juez designado dentro de la presente causa que mediante audiencia reservada se escuche a los menores involucrados dentro del proceso, para que estos puedan emitir una opinión personal y el juez decidir en base a estas opiniones de los menores. Es importante determinar que el juez toma una decisión en base a la regulación del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia donde se menciona que:

"…La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, cons iderando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatori a para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral."

El Juez tomo en cuenta la opinión reservada de los menores, considerando la misma en función de la edad y madurez de la misma. Se debe tener en cuenta que uno de los menores involucrados en el proceso tiene 13 años y el otro 9 por ende el Juez debía valorar de manera exhaustiva la versión del menor de 9 años ya que este todavía no posee una opinión bien formada y madura para poder tomar una decisión sobre esta situación.

Es necesario mencionar que la tenencia debe decidirse únicamente en función de lo que es más conveniente para los menores y no como una respuesta a los intereses de la madre o el padre; dentro de los informes técnicos como el psicológico y de trabajadora social también se escuchó la opinión de cada uno de los menores ya que para poder realizar los informes se escucho y socializo de manera presencial con cada uno de los menores y así se pudo obtener las conclusiones de estos informes.

6.3 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS

ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES DE LA UNIDAD DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENTES INFRACTORES EN EL CANTÓN IBARRA

TABLA 1

Pregunta 1	**¿Qué es la tenencia de hijos y cómo se define en el Código de niñez y adolescencia?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
Es el encargo que se le entrega al padre que este en mejores condiciones para que pueda garantizar el ejercicio de la patria potestad, recordemos que la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos no emancipados, pero siempre hay que diferenciar quien tiene el ejercicio de la patria potestad es la tenencia porque también tenemos la titularidad de la patria potestad, la titularidad de la patria potestad la tienen los dos padres por el hecho de ser padres y la tenencia se le entrega a quien está realizando el ejercicio de la patria potestad, se le da a las personas que tenga mejores condiciones para el cuidado, el tema de la tenencia es única y exclusivamente para padres no puede existir tenencia en otros familiares.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
Respecto a la tenencia vale la pena decir que no solo la tenencia si no la figura de custodia, la orden de cuidado, la patria potestad pueden tener lecturas diferentes desde las diferentes normativas, desafortunadamente no hay una articulación completa que tengan concordancia entre toda la normativa, desde el código de niñez y adolescencia, se tendría que decir que la tenencia es confiar el cuidado de los hijos sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad se puede confiar bajo cierto criterios el cuidado de los niños a uno de los progenitores.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
Respecto de la tenencia cuando un niño, niña o adolescente no puede usar de la compañía, de la protección de los padres, se debe establecer el tema de la tenencia que es que un niño, niña o adolescente permanezca con uno o con otro progenitor dependiendo de lo que nos indique la oficina técnica del deseo de los niños, niñas y adolescentes.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

En cuanto a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes en el código de la niñez y de la adolescencia esta prescrito en el artículo 118 del cuerpo legal y la tenencia pues no es otra cosa más que el conjunto de derechos y obligaciones del cuidado que deben tener los progenitores respecto a los hijos menores de edad

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 1: Ante las respuestas obtenidas por los entrevistados, como análisis se establece que la tenencia se encuentra establecida en el artículo 118 del código de niñez y adolescencia, tomando en cuenta que el articulo 60 es el que sustenta el derecho de participación. Todos los entrevistados concuerdan que la tenencia es una de las atribuciones de la patria potestad, es un encargo que se les da alguno de los progenitores, siempre y cuando estos se encuentren en las condiciones necesarias para poder garantizar el uso y goce efectivo de los derechos de los menores, la tenencia se le entrega únicamente al progenitor que se encuentre en las mejores condiciones para poder cuidar, proteger y mantener al menor; uno de los entrevistados menciona una parte importante para este análisis y es que: ***"…es confiar el cuidado de los hijos sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad se puede confiar bajo cierto criterios el cuidado de los niños a uno de los progenitores…"*** pues la tenencia se otorga después de haber realizado una serie de pruebas, análisis, informes por medio de los equipos técnicos de las diferentes unidades judiciales ya que deben determinar con cuál de los progenitores se encuentra mejor el menor.

TABLA 2

Pregunta 2	**¿Considera que es importante que el niño, niña y adolescente sea escuchado antes de decidir sobre su tenencia?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla

Claro que sí, es sumamente importante y no solamente el criterio de este juzgador si no ya existe suficiente jurisprudencia emitida por Corte Constitucional, así como también por la Convención de Derechos del Niño y también en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, existe el Art. 60, en la Convención de Derechos del Niño también se encuentra ya regularizada la obligación de ser escuchados a los niños y tener la opinión de lo que ellos piensan en los juicios en donde están inmiscuidos.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
Si, este es uno de los puntos que realmente ha venido siendo desarrollado yo no calificaría como importante si no como imprescindible, porque el propio código de la niñez y adolescencia y la constitución manifiestan que todas las personas son iguales, como tal todas las personas son sujetas de derechos e incluso en tema de los niños, los niños son doble sujetos de protección por una parte como personas más los derechos propios de su edad, cuando hablamos de un niño hablamos de in individuo con doble cobertura, más el ser consultados dar su opinión es un derecho de los niños en consecuencia este derecho al tener esta categoría tiene que ser obligatoriamente tutelado por el estado y la familia.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
Desde luego, eso es imprescindible, el tema de que un niño, niña o adolescente no sea escuchado evidentemente es una vulneración a su derecho conforme lo determina el artículo 60 del Código de Niñez y Adolescencia, esto en concordancia con la sentencia constitucional 239 en la cual la corte constitucional establece, ordena a todos los funcionarios que conocemos del tema de familia, niñez y adolescencia, cumplamos con este derecho que ya se halla establecido en el artículo 60.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay
Indudablemente que sí, no nos olvidemos que el Art. 60 del código de la niñez y adolescencia determina que el niño, niña o adolescente debe ser escuchado en cualquier conflicto en los que se estén discutiendo sobre sus derechos, por ello es importante ser escuchados.	

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANÁLISIS:

Dentro de este apartado los jueces entrevistados mencionas que es de suma importancia que los menores sean escuchados dentro de audiencias reservadas para poder tomar una decisión ya que es necesario que ellos emitan una opinión personal para poder analizar

respecto a las demás pruebas utilizadas dentro del proceso, manifiestan que el artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia menciona que:

"…Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos l os asuntos que les afecten. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión…"

La participación del niño, niña y adolescente es indudablemente importante, ya que al ser involucrado directamente la opinión que este exprese es la más relevante, no a manera de decisión si no de opinión.

TABLA 3

Pregunta 3	**¿Qué tan favorable es que un niño, niña o adolescente participe en casos de tenencia?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
Absoluto, esto es muy favorable porque nosotros tenemos ya que entender que los niños al ser personas titulares de derechos, es muy importante escuchar su opinión y esto lo determina el artículo 60 del Código de Niñez y Adolescencia, sin embargo, conforme esto se ha ido evolucionando ya ahora la misma Convención de Derechos del Niño, la misma Constitución en fallos actuales determina que ya el niño deberá ser escuchado.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
Debe hacerlo, si su cuidado va a ser confiado a uno de sus progenitores el actor fundamental en este proceso es el niño, niña o adolescente.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
Si bien este derecho a ser escuchados es un derecho de participación y conforme el articulo antes mencionado, en todas las situaciones que a los niños, niñas y adolescentes les atañen tienen derecho a participar del proceso, es decir que si ellos así lo desean de manera, libre, voluntaria, están en la sala de audiencias y ver que es lo que se decide y también de la mano al ser escuchados, se reserva este tipo de participación por lo general al régimen de visitas y tenencia, sin embargo, nuestra juzgadora en los juicios también de divorcio jamás toma parte de la tenencia sin haber escuchado previamente a los niños, niñas y adolescentes.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

En los casos de tenencia la participación de los niños es en el sentido de ser reservados de forma reservada por los juzgadores, y cuál es el objetivo obviamente conocer la realidad del niño, conocer en realidad como están pasando las circunstancias, porque no nos olvidemos de que el conflicto de los padres atrae a vulneras los derechos de niña, niño o adolescentes, entonces si es favorable la opinión reservada de los niños, es favorable que se cuente también con un equipo técnico, como cuenta también la unidad de familia, mujer y adolescencia, un equipo con un psicólogo clínico con el cual claramente se puede valorar al niño en qué condiciones esta, si es un niño que esta traumatizado, si es un niño que se han vulnerado sus derechos, si es un niño en el que está sufriendo maltrato por cualquiera de los progenitores, entonces para decidir sobre la tenencia que obviamente es el cuidado que va a tener uno de los progenitores y que el progenitor debe cuidar por ese desarrollo integral y debe cuidar porque los derechos de los hijos no se vulneren, es sumamente importante tomar en consideración la participación de los niños, niñas y adolescentes.

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 3: La participación de los niños, niñas y adolescentes siempre va a ser considerado favorable, tanto para el proceso como propiamente para el niño, sin embargo, es importante tomar en cuenta que esta participación de ser de manera libre y voluntaria, en ningún momento se puede presionar al niño, niña y adolescente a que participe si no quiere, seria vulnerar otro derecho. Los entrevistados manifiestan que el derecho de participación de los NNA es un derecho que tienen a ser escuchados, a poder dar su opinión sobre el proceso; debemos saber diferenciar que es un derecho a ser escuchados más una obligación del juez, ya que los jueces para poder tomar una decisión deben analizar una serie de requisitos y pruebas que les ayude a poder saber si los menores van a estar en las condiciones adecuadas o no; otra opinión importante para este análisis es que los menores no son escuchados dentro del proceso como un sujeto procesal sino más bien como la persona a quien se le busca garantizar y proteger el derecho. Debemos tomar en cuenta que no siempre la opinión del menor será la última decisión del juez ya que para aquellos que tienen menos de 12 años podrán ser escuchados, pero se deberá hacer un análisis determinado para poder tomar una decisión.

TABLA 4

Pregunta 4	**¿A qué se refiere el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
A escuchar la opinión, hay que diferenciar lo que es la opinión de lo que es la decisión, muchos abogados o muchos padres confunden que la opinión ya debe ser obligatoria para el juez, pues no es así, la obligación del juez es escuchar la opinión más la decisión tiene que ser bastante valorada entre las reglas de su función, existen muchos casos en que los niños o los adolescentes pueden ser susceptibles de influencias.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
Primero se debe distinguir que no existe participación como sujetos procesales si no como personas cuyos derechos tienen que ser tutelados, en un tema de tenencia no se valoran los argumentos o pruebas que pueda aportar el padre o aportar la madre, sino que lo que se ha de valorar es cual entorno familiar va a favorecer o va a procurar una mejor tutela efectiva de los derechos de este individuo, entonces su participación es focal imprescindible en el sentido de que todo el proceso jurídico va a versar en respecto a la determinación y calificación de su estilo de vida.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
Tenemos para determinar el régimen de visitas, los divorcios para ver con cual progenitor se queda, también el tema de recuperación de niños, niñas y adolescentes, también es importante saber qué es lo que piensan y sienten y verificar eso con la ayuda del equipo técnico, psicólogo, trabajador social y médico.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay
Se refiere directamente a que el niño debe ser escuchado por cualquier mecanismo, por lo general la forma de participación es el ser escuchado, considerando que esto se lo realiza, sin necesidad de vulnerar otros derechos de él, como el derecho a su intimidad, para esto existen los equipos técnicos.	

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 4: Cuando se trata de niños, niñas y adolescentes en los casos de tenencia, el derecho de participación hace referencia directamente a que ellos deben ser escuchados, sin haber sido manipulado emocionalmente. Los entrevistados manifiestan que el derecho

de participación de los NNA es un derecho que tienen a ser escuchados, a poder dar su opinión sobre el proceso; debemos saber diferenciar que es un derecho a ser escuchados más una obligación del juez, ya que los jueces para poder tomar una decisión deben analizar una serie de requisitos y pruebas que les ayude a poder saber si los menores van a estar en las condiciones adecuadas o no; otra opinión importante para este análisis es que los menores no son escuchados dentro del proceso como un sujeto procesal sino más bien como la persona a quien se le busca garantizar y proteger el derecho. Debemos tomar en cuenta que no siempre la opinión del menor será la última decisión del juez ya que para aquellos que tienen menos de 12 años podrán ser escuchados, pero se deberá hacer un análisis determinado para poder tomar una decisión

TABLA 5

Pregunta 5	**Según el régimen jurídico ¿En qué momento considera usted que el niño, niña o adolescente debe participar en un proceso de tenencia?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
Totalmente, el niño debe participar en todo momento necesario, considero que nada debe estar escondido de los niños, si bien es cierto hay muchos padres que han venido a la judicatura y manifiestan de que nosotros no queremos meterle en el juicio al niño, esto sería vulnerar su opinión y por su naturaleza deber ser reservada por el tema de la privacidad del niño, que nosotros los jueces no podemos decir absolutamente a nadie el tema que el niño nos ha confiado.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
En todos, el cuidado del niño debe ser el motivo por el cual las partes procesales van a ajuicio, es el nudo central y las consecuencias jurídicas versan siempre sobre él, es decir que el niño es la razón completa del juicio de tenencia.	
Entrevistado	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
Considero que el niño, niña o adolescente debe participar antes del proceso a iniciarse y durante, ya que es importante escuchar su opinión más de dos veces, con la finalidad de detectar de que él no es sometido a ningún tipo de chantaje o alguna acción que impida que el niño, niña o adolescente no exprese con sinceridad lo que siente.	

Entrevistado	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay
En los casos de tenencia pues obviamente considero que son dos puntos especiales: Primero en el de la investigación a través del equipo técnico de la unidad judicial a través de la trabajadora social y tiene que ir con la psicóloga en especial y en el Segundo punto en el desarrollo de la audiencia, el juez tiene la obligación de escuchar en forma reservada el juez al niño, niña o adolescente y en el momento propicio creo que es en la audiencia donde se están discutiendo pues los intereses de esos niños.	

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 5: Se considera que el niño debe ser participe en todo momento del proceso judicial, ya que desde el momento en que este inicia el niño es el eje focal en donde todo va a girar y decidirse solo en torno a sus interés y derechos que le pertenecen. Los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en todo el proceso de tenencia ya que ellos son las personas a las cuales se les está garantizando el goce de sus derechos, pueden ser escuchados en cualquier momento e instancia del proceso siempre y cuando esta opinión sea reservada, se da mediante audiencias reservadas para que no se les vulnere derechos a los menores; además de que participan dentro de los informes que realizan los miembros del equipo técnico de la Unidad Judicial donde también son escuchados para poder emitir las conclusiones. Una de las entrevistadas menciona que es importante escuchar a los niños más de dos veces ya que en muchas ocasiones los menores pueden ser sometidos algún tipo de chantaje.

TABLA 6

Pregunta 6	**¿Existen casos de tenencia en los que no se haya aplicado el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes? ¿Por qué?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
No, casos donde están inmersos los derechos hay muchos, pero no en todos debe aplicarse, por ejemplo, si hablamos de un juicio de alimentos, estamos hablando de un derecho inherente dentro de un proceso judicial, pero si hablamos del tema de tenencia ya es otro tema, si	

hablamos de un caso de adopción es obligatorio, si hablamos de un tema de recuperación del menor es obligatorio y esto lo ordena la misma Corte Constitucional como máximo organismo de interpretación de justicia constitucional en la Sentencia 200-12/JH-21 es un precedente jurisprudencial de la aplicación de que nosotros debemos escucharles a los niños cuando a veces un padre quiere recuperar a los niños y a lo mejor el otro padre no le quiere entregar, pese a que tiene la tenencia el otro se le llevo y no le quiere devolver, entonces tenemos que escuchar porque el niño no quiere regresar con el padre con quien tiene la tenencia.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
Es posible que puedan presentarse en la práctica, porque desde el punto dogmático no se podría hacer discriminación de ningún tipo, ni de edad, ni sexo, pero es posible que aquellos niños muy pequeños y que las herramientas psicológicas, sociales jurídicas incluso, no sea de su entera comprensión y permite la intervención de los profesionales de los equipos técnicos a trabajar con los niños, es posible que al ser una edad muy temprana no puedan ser actores fundamentales en el proceso.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
En casos de pensión de alimentos, si no lo solicitan las partes yo no les hago que comparezcan los niños, niñas y adolescentes ya que ahí lo que se va a determinar evidentemente es el monto si va a acorde con la petición, sin embargo, si se solicita por las partes procesales el que niño, niña y adolescente sea escuchado no hay ningún impedimento.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay
No, en todos los procesos se garantiza el derecho de participación del niño y el derecho de participación del niño es el de escucharle para que no se vulneren los derechos del niño, aparte de aquello el articulo 59 mismo del código de la niñez y adolescencia claramente determinar que los niños tienen derecho a expresarse libremente, a buscar y a recibir información de todo tipo, en forma oral y en forma escrita para que no se vulneren sus derechos.	

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 6: En todos los procesos en donde se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, se debe ejercer el derecho de participación, de lo contrario este derecho se estaría vulnerando; existen casos en los que es opcional por ejemplo un juicio de alimentos, el niño participa solo en casos donde los progenitores piden la participación de los niños, pero en estos casos la participación se considera opcional.

TABLA 7

Pregunta 7	**Cuando un niño, niña y adolescente es participe de un caso de tenencia ¿Qué puntos usted considera son importantes tratar?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
En la audiencia, obviamente no en presencia de todos los abogados y todos los padres y todos los demás, sin embargo, antes de la audiencia el juez puede suspender la audiencia para de forma reservada escucharle al menor, se queda solamente el niño con el juez e incluso se para la grabación, incluso menciono que ha existido nulidades en altas cortes por el hecho de no escuchar al niño.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
Una infinidad de puntos, porque un proyecto de vida tienen que centrarse en muchas aspectos, incluso la sentencia de corte constitucional entra a valorar en el sentido de poder medir incluso la felicidad de los niños, es decir si una resolución de tenencia en que punto va a provocar mayor grado o menor de felicidad en los niños, se va a valorar también cual es la predisposición de los padres, cuál va a tener mayor responsabilidad no solo económico si no también emocional , son una serie de factores que van a ser valorados aquí.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
A parte de verificar si los padres han desarrollado las habilidades parentales para hacerse cargo del cuidado y protección del niño, niña o adolescente también es necesario verificar si existe apego con el progenitor que está demandando esta tenencia, si existe vínculo afectivo, como se desarrollan ese tipo de relaciones, si son saludables, si el ambiente donde se desarrolla el niño es apto o se presentan riesgos, pero esto no se hace solo en base de escucharle al niño, niña o adolescente si no también necesariamente se basa en ellos informes del equipo técnico que visita el lugar donde va a crecer el niño, niña o adolescente.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay
En casos de tenencia el determinar ahí entre los dos progenitores quien está en mejores condiciones para poder cuidar del niño, para poder proteger, para poder establecer un desarrollo integral y que no se vulneren los derechos.	

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 7: Los puntos más importantes son el hacer prevalecer los derechos y tomar la mejor decisión sobre la tenencia del niño, niña y adolescente para que pueda tener una vida digna y un desarrollo adecuado. Se toman en cuenta una serie de aspectos para poder tomar la decisión sobre la tenencia de los menores, obviamente los puntos que se traten con los menores deben realizarse de forma reservada en una audiencia, sin vulnerar ningún derecho; uno de los aspectos principales a tomar en cuenta es saber con cuál de los progenitores se sienten más cómodos y les brinda mayor estabilidad tanto económica como psicológica, se les pregunta con quien desean vivir, con quien pasan el mayor tiempo, quienes les brinda mayor protección; estos son puntos esenciales que se deben tratar con los menores para que el juez pueda decidir en base a estos argumentos .

TABLA 8

Pregunta 8	**Generalmente ¿A quién se le otorga la tenencia? ¿Por qué?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
Hace poco tiempo existió ya pronunciamiento de Corte Constitucional en donde declara la inconstitucionalidad de dos numerales del artículo 106 del Código de Niñez y Adolescencia, en lo que correspondía que el código de niñez y adolescencia beneficiaba a la madre sobre el progenitor, y esto después del análisis realizado la Corte dice que es discriminatorio y efectivamente la padre y la madre son iguales, entonces ya eliminaron esas normas y en sus defecto se determinó que el juez designara a la persona que sea más apta.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
A raíz de la sentencia de la Corte Constitucional donde declaro inconstitucional la preferencia materna, derogando así la teoría de los años tiernos, no existe ninguna preferencia, es decir la preferencia que se atendrá e3s aquella que apunte a una mejor calidad de vida a un niño, la cual apunta jurídicamente complejo y para las partes procesales bastante difícil acreditarse.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
Depende, porque es para progenitor o progenitora que tenga las habilidades parentales necesarias, si el lugar donde va a vivir se encuentra o no se encuentra riesgos, definitivamente el apego es importantísimo, no se otorga la tenencia en razón del género, no se otorga la tenencia en razón de si un padre trabaja y el otro no ya que es un determinar de habilidades parentales y el tema del afecto con su progenitor.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay

Anteriormente el código de la niñez y adolescencia se ha determinado que la tenencia de los niños menores de doce años era obligatoria para la madre y de los adolescentes de doce años en adelante obligatorio para el juez, pero existe ya pues una sentencia constitucional en la que claramente se determina de que la tenencia es para cualquiera de los dos progenitores que este en mejores condiciones, no económicas, si no psicológicas en nivel de proteger y amparar al niño.

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 8: Antes de que exista una sentencia por parte de la Corte Constitucional, la preferencia tenía la madre, pero en la actualidad la tenencia es imparcial por hacer prevalecer el derecho de igualdad. Los jueces al responder esta pregunta manifestaron que anteriormente las decisiones de tenencia se tomaban la mayoría a favor de las madres ya que el Código de la Niñez y Adolescencia mencionaba que existía un beneficio hacia la madre sobre el padre, actualmente ya se eliminó este beneficio debido a que este constituye un acto discriminatorio por ende ahora los jueces toman una decisión en base a las pruebas presentadas, exámenes psicológicos, informes del equipo técnico como: trabajadora social, psicológicos, etc.; estos informes ayudan a que los jueces puedan tomar una decisión clara sin beneficios de ninguna clase a ninguno de los progenitores, en base a su sana critica toman la decisión que sea de mejor conveniencia para los menores, se le entrega la tenencia al progenitor que este más apto para cuidar a los menores.

TABLA 9

Pregunta 9	**Considera ¿Qué las estadísticas mencionadas, han cambiado ya que los niños, niñas y adolescentes son escuchados?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
El derecho de participación siempre ha existido, pero algunos jueces no lo aplicaban, creo que en ese sentido el criterio solamente de los padres no supliría el tomar una decisión porque solo se estarían velando sus intereses y el niño quedaría como un punto de sobra y eso no es lo que se pretende.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa

No, la sentencia de corte constitucional aborda otro punto de vista y el punto de vista es la reivindicación del derecho de las mujeres, parece ser una respuesta contradictoria, porque si se elimina la preferencia materna nos preguntamos y como esto les favorece a las mujeres, puesto que si nosotros mantenemos la preferencia de los años tiernos hace referencia a las mujeres, estamos ubicando a las mujeres únicamente como la criadora de hijos, pero ahora ya existen mujeres preparadas, lo que intenta la corte es reincidir que una mujer es capaz de valerse por sí misma capas de decidir si es o no madre y esta condición de madre no la va a descalificar como mujer.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
En cierto punto, considero que la participación de expresar lo que sienten muchas veces ya conviviendo con uno de sus progenitores y se refleja que hay mal desarrollo de su vida, algún tipo de maltrato apoya mucho a la decisión de considerar si la tenencia es maternal o paternal, pero creo que si nos referimos a estadísticas donde se prefería el lado materno completamente que si fue de gran ayuda que el niño participe en la decisión de su tenencia.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastumal Guaranguay
Yo creo que sí, obviamente pudo haber cambiado también, son muchísimos de los casos en los que no se ha escuchado a los niños y se han vulnerado la opinión de ellos de poder participar en ese proceso, entonces creo que es una de las maneras de las que se ha dado y otras de las circunstancias es la de que cualquiera de los dos progenitores que demuestre estar en mejores condiciones se le debe dar el cuidado de ese niño, para eso pues también la Corte constitucional ha emitido decretos, como son pues la obligatoriedad de escuchar a ese niño.	

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 9: El derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes si tuvo gran influencia en que se haya decidido ser imparciales en casos de tenencia, esto porque se considera que antes la opinión de ellos no era considerada tan relevante como para ser analizada. Es importante analizar esta pregunta debido a que el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes ha existido siempre, el problema es que muchos de los jueces anteriormente no ponían en práctica este principio, pues escuchaban únicamente a los progenitores y los informes que emitían el equipo técnico, creían que los menores no tenían la madurez adecuada para poder emitir un criterio y decidir sobre con quien permanecer; en la actualidad absolutamente todos los jueces aplican el principio de participación de los menores ya que es una obligación escucharles y el derecho de

tenencia no es un derecho para los padres sino más bien es un derecho para garantizar el cuidado, protección de los menores por ende es un derecho que les pertenece a los NNA y deben ser escuchados siempre.

TABLA 10

Pregunta 10	**¿Qué ayuda considera usted brindan los niños, niñas y adolescentes al ser partícipes en casos de tenencia?**
Entrevistado 1	Juez. Alexis Fabian Simbaña Portilla
Total, es importante en la justicia especializada en niñez y adolescencia ya que debe tener todas las herramientas necesarias para poder interpretar incluso el estado emocional de un niño, nosotros como juzgadores tenemos esa capacitaciones para poder analizar la posición en la que se encuentra un niño, la gesticulación el sistema emocional, sin embargo también tenemos equipo técnico en la judicatura, el psicólogo, visitador social y médico, para poder ser ente de ayuda como peritos profesionales, pero es muy importante el hecho de que nos ayuden a resolver, porque el hecho de que sean menores de edad no quiere decir que no puedan ser escuchados y que no se respete su opinión, siempre y cuando se evidencia que es beneficiaria para sus derechos.	
Entrevistado 2	Juez. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
No es considerado ayuda, al contrario los niños incluso cuando son mayores de 12 años su opinión es decisiva, por esto si ellos deciden vivir con el padre o con la madre esta decisión de ser elevada a categoría de resolución, si son menores los niños pueden dar noción de cuál es el interno maternal o paternal donde ellos van a tener una mejor calidad de vida, mejor cuidado, donde van a ser más felices, es decir que los niños van a aportar todo los insumos necesarios para poder resolver el caso.	
Entrevistado 3	Jueza. Alzira Beatriz Benítez Telles
Es un derecho de ellos y eso nos permite emitir cualquier tipo de resolución en atención al bienestar del niño, niña o adolescente y no en atención a los prejuicios que uno pueda tener como juzgador o a lo manifestado por las partes si no que la finalidad de que nosotros estemos aquí como juzgadores y que decidamos respecto de algo de un tema de tanto impacto para la niña, niño o adolescente sean acordes con las emociones y sentimientos de los mismos.	
Entrevistado 4	Jueza. María de las Mercedes Cuastunmal Guaranguay
Obviamente la ayuda es directamente al juez para resolver sin vulnerar sus derechos, para dar una sentencia que sea favorable para el niño.	

FUENTE: Jueces de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y adolescentes

ELABORACION: Propia del investigador.

ANALISIS 10: La ayuda brindada se considera que es directamente al juez, para aclarar dudas pendientes, y ayudar a que la decisión tomada sea la acertada y la que favorezca totalmente al niño, niña o adolescente.

Los jueces mencionan que la participación de los menores dentro de un proceso de tenencia es de suma importancia porque podemos determinar con cuál de los progenitores los NNA están más conformes, se sienten más protegidos, pues todos los jueces reciben capacitaciones, charlas, cursos en los cuales les enseñan a interpretar las opiniones de los menores; los jueces deben escuchar siempre a los menores porque debido a la opinión y argumentos que nos brinden cada uno de ellos se puede tomar una decisión adecuada y que les beneficie.

Se debe tomar en cuenta que la opinión de los menores de 12 años es una opinión que debe ser interpretada por los jueces y está calificada en base a los informes y pruebas que se presentan a lo largo del proceso; al contrario de la opinión de los mayores de 12 años para lo cual su opinión es totalmente decisiva y el juez debe emitir su resolución en base a la opinión del menor.

6.3 DISCUSIÓN

En este apartado abordaremos la comparación de la opinión de las entrevistas realizadas, junto con los resultados obtenidos de las investigaciones de otros autores; enfocándonos en el primer resultado donde se pretende determinar la importancia de la participación del niño, niña y adolescentes en casos de tenencia, nuestra Constitución de la República, la Convención de los Derechos del Niño, el Código Civil y el Código de Niñez y Adolescencia nos hablan y amparan este derecho de participación, sin embargo, la tenencia contextualmente se encuentra regulada en el Art. 118 del Código de Niñez y Adolescencia donde expresa

> Art. 118.- Procedencia. - Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargara su tenencia siguiendo las reglar del artículo 106. (Codigo de la Niñez y Adolescencia 2003)

Basándonos en esto es acertado decir que para tutelar el Derecho de Participación especialmente de los niños, niñas y adolescentes el régimen jurídico más acertado es el Código de Niñez y Adolescencia. El código ya mencionado garantiza totalmente el Derecho de Participación de los niños, niñas y adolescentes bajo el sustento del Art. 60, donde se exige que los niños tienen que ser partícipe en los casos que les afecten, de esta manera se considera que la ayuda que brindan los niños, niñas y adolescentes a casos de tenencia, es de suma importancia ya que para el juzgador es importante precautelar el desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

La decisión tomada por el juzgador debe estar totalmente fundamentada en base a la opinión del niño y a su interés, puesto que se está decidiendo sobre una vida, una vida que no es perteneciente ni al padre, ni a la madre y tampoco al juzgador, es una vida que le pertenece exclusivamente al niño, niña y adolescente por esto el niño es quien debe opinar en qué ambiente se siente mejor.

Ahora bien, luego de que la Corte Constitucional dicto la sentencia donde se declaraban inconstitucionales 2 puntos del Art. 106 del Código de Niñez y Adolescencia, que hacían referencia a que existía preferencia hacia la madre cuando se decidía sobre la tenencia del niño, niña y adolescente, el derecho de participación se tornó aún más relevante, puesto que el pronóstico de otorgar la tenencia a la madre por preferencia, cambio con la Sentencia de Corte Constitucional; esto provocó que la opinión del niño sea clave fundamental en los procesos para decidir tenencia, ya que los jueces si antes decidían en solo en base al entorno de la madre en la actualidad deben decidir en base a dos entornos y escoger el más adecuado para el niño, niña o adolescente.

Sin embargo, hubo opiniones en donde expresaron que, si bien la decisión de la tenencia es imparcial, cuando se trata de años tiernos la tenencia debería ser preferente para la madre, bajo el criterio de que existe demasiado apego maternal cuando aún son bebés, ya que necesitan de cuidados más especiales y esenciales para su crecimiento y cuidado de su salud.

En cuanto, la mayor parte de opiniones e investigaciones concuerdan con el concepto de que la tenencia es un conjunto de derechos y obligaciones, que tienen relación directa con el progenitor y el hijo, y que es importante entender que la decisión de tenencia no deslinda al otro progenitor de su hijo. De igual manera que, la decisión de tenencia siempre debe ser en base al informe técnico que emitan la trabajadora social, el médico y la psicóloga clínica de la Unidad Judicial de Niños, Niñas y Adolescentes Infractores.

Dentro del análisis documental pudimos observar que dentro del proceso sumario de tenencia los menores involucrados en este proceso fueron escuchados en todo momento, por ende si se aplicó el derecho de participación de los menores ya que se les escucho dentro de una audiencia reservada para poder saber con quién deseaban permanecer y además participaron con su opinión y argumentos dentro de los informes que realizaron el equipo técnico; es importante determinar que en uno de los análisis de

la entrevista los jueces menciona que los menores de 12 años deben ser escuchado pero la opinión no es decisiva pues se debe decidir en base a las pruebas e informes que se presentan durante todo el proceso; en cambio en aquellos NNA que han cumplido más de 12 años deben ser escuchados siempre de manera obligatoria y la opinión de estos es decisiva por ende los jueces deben juzgar en base a la opinión emitida por los menores ya que a partir de esta edad ellos deciden con quien desean permanecer.

7. CONCLUSIONES

- Un factor fundamental y primordial de dar importancia a la opinión del niño, niña y adolescente es que el efecto que se pretende con la tenencia a pesar del divorcio o de la separación, los niños, niñas y adolescentes entiendan que siguen siendo una familia, en tal virtud que ayude a que los niños, niñas y adolescentes puedan normalizar su vida y tengan un completo desarrollo integral en su familia y en la sociedad.

- El régimen actual sobre la otorgación de la tenencia de niños, niñas y adolescentes, hace gran énfasis al derecho de igualdad y de no discriminación, obteniendo así que los dos progenitores tengan las mismas oportunidades dentro de un proceso de tenencia, de una manera imparcial; de igual manera favorece al niño, niña y adolescente a poder opinar sobre un ambiente favorable que se acople a sus necesidades.

- Los juzgadores especializados en decidir sobre la tenencia de niños, niñas y adolescentes, reciben una ayuda total con la opinión del niño, niña y adolescente, ya que obtienen información directa de parte del niño o adolescente por medio de sus mecanismos especializados, esta opinión orienta la decisión de otorgar la tenencia del niño, niña o adolescente con la finalidad de asegurar una vida digna libre de agresiones físicas, psicológicas, vicarias, etc.

- Respondiendo a la pregunta de investigación ***¿SE GARANTIZA EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE MANERA EFICAZ EN CASOS DE TENENCIA?*** si se garantiza de manera eficaz el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes ya que como se pudo observar, analizar dentro de las entrevistas y el análisis documental los

menores participan dando su opinión dentro de una audiencia reservada, además participan emitiendo opiniones dentro de los informes que realizan el equipo técnico; por ende con la investigación realizada se pudo determinar que si se garantiza totalmente el derecho de participación de los NNA, además de que en el art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia se menciona que: "…La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Ju ez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral…"; por ende la opinión de los menores de doce años es una opinión que ayuda al juez para poder tomar una decisión respecto a la tenencia en base a las pruebas emitidas durante el proceso; en los menores que ya han cumplido doce años o más es una opinión decisiva debido a que la opinión de estos debe ser escuchada de manera obligatoria y esta debe ser juzgada por el juez; pues los menores que ya han cumplido la mayoría de doce años tienen el derecho de poder decidir por su voluntad y madurez con quien desean permanecer.

- He llegado a la conclusión de que la tenencia es un derecho que le pertenece a los menores y no a los padres, este es un proceso que se realiza mediante un juicio sumario, con una sola audiencia en dos fases la cual se da una fase de saneamiento y otra de prueba y alegatos por ende dentro de este proceso se presentan pruebas, informes los cuales son presentados por las partes o solicitados por el juez para poder realizar un mejor juzgamiento; al mencionar que la tenencia es un derecho que le pertenece a los menores se manifiesta que es un derecho para beneficio de los NNA, mismo que debe garantizar a cabalidad el ejercicio y goce de todos los derechos de los menores; para poder llegar a estos todos los NNA que se vean involucrados dentro de un proceso de tenencia deben ser escuchados por el juez, siempre y cuando sea en una audiencia reservada; estos deben participar en todas instancias del proceso con su opinión y argumentos.

8. RECOMENDACIONES

- Es necesario que la tenencia sea otorgada, al padre o la madre que haga prevalecer los derechos del niño, niña y adolescente de manera obligatoria, además que es importante que los progenitores que poseen la tenencia de sus hijos eviten cualquier tipo de manipulación hacia ellos, es decir que no se dé lugar al síndrome de alienación parental.

- Reforzar el estereotipo social de un padre proveedor y una madre cuidadora, hecho que ahonda profundamente la desigualdad de género y hace necesario resituar la forma en la cual se ejerce los roles y distribuyen las responsabilidades dentro de la familia en pro de una sociedad más justa.

- Debido a que los conflictos por la custodia de los hijos que surgen luego de una separación o divorcio, se deberían tomar en cuenta una convivencia regular de los padres en lugar del término “visitas” de tal manera que la crianza y desarrollo del niño, niña o adolescente sea de una manera normal y no presionada por ideas de los padres.

- Como recomendación creo necesario realizar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en donde se mencione de manera mas clara y determinar en que instancias y etapas los menores deben ser escuchados por el juez y en cuales fases estos participan dentro del proceso de tenencia.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta, O. J. (2014). *La corresponsabilidad del padre y la madre, en el cuidado y protección de los menores, frente al divorcio y a la tenencia de los hijos.* (M. I. Vivanco, Ed.) Loja, Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja. Recuperado el 11 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Acosta%202022.pdf

Chalan, L. J. (2010). *Falta de norma imperativa en el código de la niñez y adolescencia en materia de tenencia y custodía de un menor.* Loja, Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Idrobo%202010.pdf

Codigo de la Niñez y Adolescencia. (3 de enero de 2003). Obtenido de https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf

Constitución de la Republica del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Convencion Interamericana de Derechos Humanos . (22 de noviembre de 1979). Obtenido de https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/456/1/Convenci%C3%B3n%20Interamericana%20sobre%20Derechos%20Humanos.pdf

Corte Constitucional del Ecuador. (24 de noviembre de 2021). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1lYWJlLTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=

Eduardo, B. B. (2016). *Necesidad de reforma del numeral 4 del artículo 322 del Código Orgánico General de procesos, con el fin de precautelar los derechos de los menores, en el caso del divorcio contencioso.* Loja, Loja, Ecuador: Blado, Aguirre Galo Stalin. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de

file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Benitez%202016.pdf

Gavilanes, R. S. (2021). *Opinión del menor de edad y su incidencia en régimen de tenencia ordenada por el Juez competente cantón Santo Domingo, periodo febrero 2019-febrero 2020.* Santo Domingo, Santo Domingo, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Gavilanes%202021.pdf

Maldonado, L. E. (2013). *Reformar al régimen jurídico de la tenencia en el código de la niñez y adolescencia hacia otros familiares en atención a los principios constitucionales de desarrollo integral e interés superior.* Loja, Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Maldonado%202013.pdf

Márquez, J. C. (2021). *Problemática Jurídico de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana.* (B. F. Barrera, Ed.) Cuenca, Azuay, Ecuador: Universidad Católica de Cuenca. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Marqu%C3%A9z%202021.pdf

Naula, A. Y. (2022). *La tenencia compartida y la correspondencia paternal.* Riobamba, Chimborazo, Ecuador: Universidad Nacional de Chimborazo. Recuperado el 16 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Rojas%202022.pdf

Oleas, V. G. (2022). *La opinión de los hijos menores de edad en las resoluciones de tenencia y patria potestad referente al interés superior del niño, niña, adolescente.* (V. M. Calderón, Ed.) Riobamba, Chimborazo, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Oleas%202022.pdf

Padilla, V. S. (2016). *La volaración del informe del equipo técnico y su incedencia en el establecimiento del régimen de tenencia, en los trámites de la unidad judicial de la familia, mujer,*

niñez y adolescencia del cantón Riobamba, en el año 2015. (R. Falconi, Ed.) Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Padilla%202016.pdf

Pinta, C. M. (2014). *Necesidad de cambiar el proceso contencioso general a un procedimiento único, en relación a la tenencia de los hijos, señalados por el Código de la niñez y la adolescencia.* (V. M. Chacha, Ed.) Loja, Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja. Recuperado el Noviembre de 16 de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Pinta%202014.pdf

Rivas, P. M. (2022). *El derechos de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en el proceso de tenencia.* (C. E. Prado, Ed.) Santo Domingo, Santo Domingo, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes. Recuperado el 16 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Rivas%202022.pdf

Serrano, C. S. (2010). *La tenencia compartida de los menores.* Azogues, Azuay, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolivar. Recuperado el 16 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Serrano%202010.pdf

Suin, C. K. (2016). *La tenencia compartida: Solución o conflicto.* (C. E. Calle, Ed.) Cuenca, Azuay, Ecuador: Universidad de Cuenca. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Suin%202016.pdf

SUNTURA, J. H. (3 de junio de 2017). *Scielo.* Obtenido de Scielo: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572018000100020

Troya, A. J. (2014). *La patria potestad y la tenencia de los hijos de familia por causa de la separación o divorcio de los cónyuges y la necesidad de reformar.* Loja, Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja. Recuperado el 15 de Noviembre de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Troya%202014.pdf

Zaruma, C. M. (2017). *Factibilidad de la Tenencia compartida en el Ecuador.* (G. M. Coello, Ed.) Cuenca, Azuay, Ecuador: Universidad de Cuenca. Recuperado el 17 de Noviembre

de 2022, de file:///C:/Users/Lenovo/OneDrive/Escritorio/Estado%20del%20arte%20Karol/Zaruma%202017.pdf

10. ANEXOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR SEDE IBARRA

“EL DERECHO DE PARTICIPACION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CASOS DE TENENCIA”

CUESTIONARIO:

Pregunta 1. ¿Qué es la tenencia de hijos y cómo se determina en el código de niñez y adolescencia?

Pregunta 2. ¿Considera que es importante que el niño, niña y adolescente sea escuchado antes de decidir sobre su tenencia?

Pregunta 3. ¿Qué tan favorable es que un niño, niña o adolescente participe en casos de tenencia?

Pregunta 4. ¿A qué se refiere el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes?

Pregunta 5. Según el régimen jurídico ¿En qué momento considera usted que el niño, niña o adolescente debe participar en un proceso de tenencia?

Pregunta 6. ¿Existen casos en los que se no haya aplicado el derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en casos de tenencia? ¿Por qué?

Pregunta 7. Cuando un niño, niña y adolescente es participe de un caso de tenencia ¿Qué puntos usted considera son importantes tratar?

Pregunta 8. Generalmente ¿A quién se le otorga la tenencia? ¿Por qué?

Pregunta 9. Considera ¿Qué las estadísticas mencionadas, han cambiado ya que los niños, niñas y adolescentes son escuchados?

Pregunta 10. ¿Qué ayuda considera brindan los niños, niñas y adolescentes al ser escuchados en los casos de tenencia?