

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“RETENCIÓN INDEBIDA Y LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.
EL ECUADOR COMO PAÍS REQUERIDO”**

**Monografía previa a la obtención del Título de
Abogada de los Tribunales de Justicia de la
República y Licenciada en Ciencias Políticas y
Sociales.**

Autora:

Andrea Karina Aguirre Criollo.

C.I. 0106068521

Directora:

Dra. Juanita Catalina Mendoza Eskola.

C.I. 0102162906

Cuenca – Ecuador

2017



RESUMEN

“RETENCIÓN INDEBIDA Y LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. EL ECUADOR COMO PAÍS REQUERIDO”

Dentro del derecho de familia encontramos la figura jurídica de la retención indebida de los niños, niñas y adolescentes. En la actualidad han existido casos frecuentes de retenciones ilícitas por parte de personas que no tienen la custodia de aquellos. Por lo general es uno de los progenitores quien arbitrariamente, muchas de las veces incumpliendo con el régimen de visitas establecido legalmente, los retienen generando así un estado de desesperación y preocupación por parte del progenitor que tiene la custodia del niño, niña o adolescente retenido, llevando de esta manera a que la persona que tiene el cuidado del hijo o hija active la administración de justicia solicitando la restitución del mismo ante la autoridad competente para que el hijo o hija pueda ser de manera inmediata devuelto a su residencia habitual.

Cabe manifestar que el proceso de restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes es un trámite regulado por la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980, relativo al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores por lo que las autoridades y organismos competentes para intervenir en el procedimiento del trámite están en la obligación de cumplir a cabalidad la inmediata restitución del niño, niña y adolescente, que se encuentra retenido de manera ilícita en otro lugar distinto al de su residencia habitual, para así garantizar y proteger de manera oportuna y eficaz el cumplimiento de los derechos de los cuales se encuentran asistidos.

PALABRAS CLAVES

Retención indebida, recuperación internacional, residencia habitual.



ABSTRACT

UNDUE RETENTION AND THE INTERNATIONAL RECOVERY OF CHILDREN AND TEENAGERS ECUADOR AS A COUNTRY REQUIRED.

Within the family law we find the legal figure of undue retention of children and adolescents. At present there have been frequent cases of unlawful detention by people who do not have custody of those. It is usually one of the parents who, arbitrarily, often failing to comply with the legally established visiting regime, retains them, thus generating a state of despair and concern on the part of the parent who has the custody of the child, Thus leading the person who has the care of the son or daughter activate the administration of justice requesting the return of the same before the competent authority so that the son or daughter can be immediately returned to their habitual residence.

It should be noted that the process of international restitution of children and adolescents is a procedure regulated by the Hague Convention of 25 October 1980 on the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. And bodies competent to intervene in the procedure of the procedure are obliged to fully carry out the immediate restitution of the child and adolescent, who is illegally detained in a place other than his habitual residence, in order to guarantee and protect In a timely and effective manner, the fulfillment of the rights of which they are assisted

KEY WORDS:

Undue retention, international recovery, habitual residence.



INDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
INDICE	4
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.	7
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTO.....	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	12
EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN SUS RELACIONES DE FAMILIA.	12
1.1. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.....	12
1.1.1. Doctrina de la situación irregular y doctrina de la protección integral.	15
1.1.2. Normativa nacional e internacional.....	20
1.2. La familia como derecho de los niños, niñas y adolescentes.....	26
1.2.1. La tenencia de los hijos y el derecho a visitas.	29
1.2.2. El incumplimiento del régimen de visitas.	33
CAPÍTULO II	35
RETENCIÓN INDEBIDA	35
2.1. Concepto.	35
2.2. Características.....	37
2.3. Principios.	38
2.4. Ecuador país requerido y país requirente.	43
EL TRÁMITE DE RECUPERACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.....	46
3.1. Organismos que intervienen en la recuperación de los niños, niñas y adolescentes retenidos indebidamente.	46



3.2. Ecuador país requerido.....	47
3.2.1. Procedimiento.	47
CAPÍTULO IV	57
ANÁLISIS DE CASO PRÁCTICO.....	57
CONCLUSIONES.....	67
RECOMENDACIONES	69
BIBLIOGRAFÍA	70



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional

Andrea Karina Aguirre Criollo, en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "RETENCIÓN INDEBIDA Y LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. EL ECUADOR COMO PAÍS REQUERIDO", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, Agosto de 2017

Andrea Karina Aguirre Criollo
C.I.0106068521



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Cláusula de Propiedad Intelectual

Andrea Karina Aguirre Criollo, autora de la monografía "RETENCIÓN INDEBIDA Y LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. EL ECUADOR COMO PAÍS REQUERIDO", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Agosto de 2017

Andrea Karina Aguirre Criollo
C.I.0106068521



DEDICATORIA

El presente trabajo va dedicado a mis padres Beatriz y Saúl, quienes son mi inspiración para nunca darme por vencida, pues con su amor, consejos, enormes sacrificios y dedicación me enseñaron a perseguir mis sueños y alcanzarlos; por haberme educado con principios y valores que han hecho de mí la persona que soy ahora.

A mis hermanos Mireya, Gabriela, Byron, Jimmy y Alex, por ser mi alegría, mis fuerzas, mi motivación constante y haberme fomentado el deseo de superación en la vida.

A mis abuelitos Victoria y Virgilio, por estar pendientes de mí siempre, ser mi fortaleza, admiración y ejemplo de perseverancia.

Para ustedes con amor.



AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradezco a DIOS por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera universitaria y por cada una de sus bendiciones que me permitieron culminar una nueva etapa en mi vida.

Mi más sincero agradecimiento a la Directora de esta Monografía, Dra. Juanita Catalina Mendoza Eskola, a quien admiro mucho por su calidad humana, amabilidad, paciencia y disposición; por sus invaluables conocimientos y apoyo generoso en la realización de este trabajo.

A la Universidad de Cuenca, y de manera especial a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, y a mis distinguidos profesores por su formación académica, enseñanzas y conocimientos compartidos en las aulas.

A mi familia en general, a mis amistades sinceras y a todas aquellas personas que siempre estuvieron a mi lado apoyándome y que de una u otra manera han contribuido para cumplir mi sueño tan anhelado, que con esfuerzo y dedicación hoy se hace realidad.

A todos ustedes mil gracias.



INTRODUCCIÓN

“RETENCIÓN INDEBIDA Y LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. EL ECUADOR COMO PAÍS REQUERIDO”

El trabajo de investigación presenta un contenido de gran relevancia dentro del aspecto jurídico y social sobre la retención indebida y la recuperación internacional de los niños, niñas y adolescentes, esta vez siendo el Ecuador país requerido.

Dentro del primer capítulo se ha hecho mención a las relaciones de familia, a las que tienen derecho los niños, niñas y adolescentes por el hecho de formar parte de un núcleo familiar, dentro del cual se derivan distintos derechos para los mismos ya que al ser considerados sujetos de derechos están protegidos por las normativas tanto nacionales como internacionales. El capítulo a su vez contiene el desarrollo de dos doctrinas consideradas fundamentales para el estudio de la presente investigación siendo estas la Doctrina de la situación irregular y la Doctrina de la protección integral.

En el segundo capítulo, se aborda todo lo que respecta a la retención indebida como tal, partiendo desde un concepto de retención indebida establecido en la normativa nacional como en la internacional. Si bien los conceptos doctrinarios no definen lo que es la retención, sí lo hacen en cuanto a la sustracción de los niños, niñas y adolescentes. Se ha hecho énfasis en cuanto a los principios, características, organismos que intervienen en el trámite de restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes, todo esto con el fin de abarcar una mejor comprensión al momento de encontrarnos frente a un caso de restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al tercer capítulo, se ha desarrollado todo lo concerniente al trámite de restitución internacional establecido en la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 relativo al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores siendo Ecuador el país requerido. Dentro



del procedimiento encontramos la solicitud que debe presentarse ante la autoridad central del país donde el niño, niña o adolescente retenido tenía su residencia habitual para que a su vez se remita a la autoridad central del país donde se encuentra retenido y así los organismos competentes inicien las investigaciones respectivas para establecer el paradero de la persona menor de edad del cual se pide la restitución, siendo el juez de la Unidad Judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia el competente para conocer y resolver sobre la restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, en el cuarto capítulo se ha considerado necesario realizar un análisis de un caso práctico sobre el tema desarrollado en este trabajo de investigación con la finalidad de observar si se ha cumplido o no con el procedimiento de conformidad con la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 relativo al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

De manera especial se analiza si es que realmente el trabajo que realiza cada organismo es ágil y rápido tomando en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como la celeridad del trámite para lograr la restitución inmediata de la persona menor de edad a su residencia habitual.

El caso analizado tiene que ver con una solicitud presentada ante la autoridad central de los Estados Unidos de América pidiendo a la autoridad central del Ecuador la restitución de un niño retenido en ese país por parte de su progenitor; veremos cómo es el procedimiento de cada uno de los organismos competentes dentro del Ecuador.



CAPÍTULO I EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN SUS RELACIONES DE FAMILIA.

1.1. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

El niño es titular de los derechos fundamentales que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas y goza además de protección específica a sus derechos que se encuentran en instrumentos especiales y también en diversos instrumentos generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional (Cillero, 2017).

En 1948 la recién fundada Naciones Unidas, la mayor organización internacional existente, aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos; un documento que contenía implícitamente los derechos del niño aunque sin concederles toda la relevancia que se merecen (www.guiainfantil.com, 2017).

En 1959 las Naciones Unidas aprobaron la Declaración de los Derechos del Niño con el objetivo de reconocer 10 principios fundamentales para garantizar el bienestar y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Este instrumento fue la base de lo que 30 años más tarde se convertiría en la Convención sobre los Derechos del Niño, entrando en vigencia a partir de 1990. Desde entonces 192 países la han firmado y ratificado y se ha convertido en una herramienta legal de cumplimiento obligatorio para los Estados.

La Convención recoge 54 artículos relacionados a derechos civiles, políticos, económicos y culturales. Su aprobación supuso el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos y les otorgó una protección especial y reforzada debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento (UNICEF, 2014).

En el año de 1990 al ratificarse la Convención sobre los Derechos del Niño el Ecuador tuvo un gran avance en cuanto al reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, estableciendo que los mismos poseen



derechos al igual que todo ser humano y que, además, serán sujetos de derechos especiales que por su condición los necesitan, así, una protección especial en donde el Estado, la sociedad y la familia son los responsables de procurar la máxima satisfacción de tales derechos.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce y establece en su artículo 341 en su inciso 3, que:

El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Y establece también que el Estado será quien asigne todos los recursos para el buen funcionamiento de este sistema.

En el Ecuador la situación de los niños, niñas y adolescentes cambia con la entrada en vigencia del Código de la Niñez y Adolescencia publicado en el registro oficial 737 del 03 de enero de 2003, normativa en la cual en su libro III ya se habla sobre un Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, basado en principios consagrados en la Constitución del Ecuador, en los instrumentos internacionales y en el Código de la Niñez y Adolescencia, así como de aquellos principios específicos como la participación social, la descentralización y desconcentración de sus acciones; la legalidad, la economía procesal, la motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional, la eficacia y eficiencia; y la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad (Art. 2 CNA).

De igual manera la Constitución del Ecuador de 1998 en su artículo 52 menciona que:

El Estado organizará un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos. Su órgano rector de carácter nacional se integrará paritariamente entre Estado y sociedad civil y será



competente para la definición de políticas. Formarán parte de este sistema las entidades públicas y privadas.

Los gobiernos seccionales formularán políticas locales y destinarán recursos preferentes para servicios y programas orientados a niños y adolescentes (Constitución de la República del Ecuador, 1998).

De esta manera el Estado reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y por lo tanto está en la obligación de velar y proteger conjuntamente con la sociedad civil el cumplimiento de los derechos de aquellos.

Para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un trámite de restitución internacional existen organismos que actúan dentro de la defensa de los mismos, siendo los siguientes:

1. Subsecretaría Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social.
2. Consejos Cantonales de Protección de Derechos.
3. Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional.
4. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.
5. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
6. Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
7. Dirección Nacional de Policía Especializada, para Niños, Niñas y Adolescentes. DINAPEN.

Estos organismos deberán colaborar en la restitución del niño, niña o adolescente que ha sido retenido de manera ilegal, arbitraria, ilegítima por parte de una persona que no tenga la custodia de aquel.

La Constitución del Ecuador de 2008 en su artículo 341 inciso 3 establece que el sistema de protección integral deberá asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales para los niños, niñas y adolescentes, siendo parte de este trabajo las instituciones públicas, privadas y comunitarias.



De igual forma la Carta Magna de 2008 establece que el Estado, la familia y sociedad serán quienes velen por el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo el Estado el primero que asuma un rol protagónico para dar respuesta a las problemáticas que afectan a la niñez mediante la aplicación de medidas que aseguren la protección de los mismos ante cualquier tipo de inseguridad.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce 4 clases de principios-derechos humanos básicos de los niños, niñas y adolescentes.

- 1) La no discriminación.
- 2) El interés superior del niño.
- 3) El derecho a la vida, la supervivencia y de desarrollo.
- 4) La participación infantil (Plataforma de infancia España, 2017).

Al respecto el artículo 16 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que:

“Por su naturaleza los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, indivisibles, irrenunciables e intransmisibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

De orden público.- Tanto el Estado como la sociedad deben respetarlos y hacerlos cumplir en cualquier ámbito;

Irrenunciables.- Las personas pueden no ejercerlos, pero jamás renunciar a ellos y les son reconocidos sin excepción, bajo cualquier circunstancia;

Interdependientes entre sí.- Esto implica que debe garantizarse el cumplimiento de cada uno de ellos, ya que sólo en su conjunto permiten un bienestar y desarrollo integrales;

Indivisibles.- Deben cumplirse de manera simultánea (www.unicef.org, 2010).

1.1.1. Doctrina de la situación irregular y doctrina de la protección integral.

Para Guillermo Cabanellas la doctrina es el “Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las



leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas” (Cabanellas, 2010, págs. 146,147).

Una situación importante dentro de las dos doctrinas es la manera en la que se refieren a los niños, niñas y adolescente y la forma como son vistos los mismos.

García Méndez define a la doctrina de la situación irregular “como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad (García Mendez, 1992).

Se entiende por situación irregular "aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material y moral o padece déficit físico o mental” (Juanacio, 2011).

La doctrina de la situación irregular poco tiene de doctrina y nada de jurídica (García, 1992). Su misión consiste en que el estado sea quien disponga de manera absoluta de los sujetos que son considerados vulnerables y que por lo tanto se los enmarque en la situación irregular.

En cuanto a esta doctrina, el Estado se convirtió en una especie de padre, tutor, guardián de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de abusos o maltratos; así como de aquellos supuestos infractores a la ley penal que pertenecían a los sectores más vulnerables de la sociedad.

La finalidad del estado era corregir su comportamiento a través de medidas como el aislamiento de los niños, niñas y adolescentes de aquellos ambientes que, según la doctrina de la situación irregular, generaban esas desviaciones. El internamiento de “los menores” (huérfanos, maltratados, infractores) fue la medida impuesta por los Tribunales de Menores que más se extendió, lo cual a su vez constituyó una verdadera privación de la libertad (García Mendez, 1992).



Existen tres corrientes que respaldan a esta doctrina a pesar de que ha sido criticada como antijurídica e inconstitucional.

a) Conservadurismo jurídico corporativo.

Para esta corriente, el Juez debía actuar como un buen padre de familia permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de derechos, dando lugar a que, si bien la competencia judicial era ilimitada, cualquier modificación a la misma, producía un recorte a las facultades jurídicas, debiendo estas subsanar todos los defectos normativos como un buen juez.

Ello provocó un alto número de niños, niñas y adolescentes internados en instituciones por motivos no vinculados a la comisión estricta de una infracción de naturaleza penal, no juzgados con las mínimas garantías necesarias; esto demuestra que las legislaciones sustentadas en la situación irregular no fueron tan "maravillosas", ni tampoco fueron letra muerta (García Mendez, 1992, pág. 29)

b) El decisionismo administrativo.

Esta segunda corriente se basa en que para resolver el problema de la infancia se necesita la intervención de la administración estatal, completamente desprovista de las trabas y formalidades del poder judicial.

Para este sistema el marco legal ideal se construye teniendo como base legislaciones escuetas, con múltiples vacíos que han de ser llenados por la buena fe de la administración e incluso se considera positivo y necesario el traslado de algunas competencias del ámbito jurisdiccional al administrativo.

De este modo se han trasladado al ámbito administrativo decisiones trascendentales en la vida de las personas, históricamente reservadas sólo al juez como por ejemplo la adopción internacional (García Mendez, 1992)



c) El basismo de la acción directa

Esta posición parte de la idea de que la ley es tarea de los jueces y que las acciones por la infancia son tarea de las organizaciones no gubernamentales. Este sistema desconoce de este modo la importancia de la ley como instrumento del cambio social. La consecuencia es la realización de múltiples acciones a favor de los niños en distintas instancias y niveles, las cuales al ser segmentalizadas, aisladas y descoordinadas no pasan de constituir un gasto ineficaz de tiempo y recursos (Cárdenas, 2017).

Una vez que se ha analizado lo que es la doctrina de la situación irregular es necesario hablar también de la doctrina de la protección integral que, a diferencia de la doctrina de la situación irregular, mantiene otro punto de vista, mediante el cual, las niñas, niños y adolescentes son considerados como sujetos de derechos por el hecho de ser personas en desarrollo; deben gozar de los mismos derechos como cualquier otro ser humano dentro de la sociedad, por lo que se empieza a velar por las necesidades de los mismos con la finalidad de que sus derechos fundamentales sean exigibles, lo que conlleva a que la sociedad adulta actúe en defensa de los niños, niñas y adolescentes cuando sus derechos y sus necesidades sean vulnerados o se encuentren en riesgo.

Todos los niños, niñas y adolescentes y en particular aquellos que pertenecen a los sectores en condiciones de mayor exclusión social requieren de una decidida acción del gobierno como administrador del Estado en la creación y activación de mecanismos legislativos, educativos, culturales, sociales e institucionales que transformen la realidad de vulneración que sufren y combata las diferentes formas de exclusión y discriminación en relación con el ejercicio de sus derechos (Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia, 2017).

Dentro de la Doctrina de Protección Integral existen cuatro principios básicos que se deben tener presente, siendo los siguientes:

1. La efectividad y prioridad absoluta.- Cuando están de por medio derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el Estado debe dar respuesta de manera inmediata, oportuna y efectiva a las necesidades de los



mismos, más aún cuando los derechos que les corresponde sean violentados, adoptando medidas eficientes para lograr una protección integral.

Este principio es regulado por el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que es responsabilidad de los estados partes adoptar medidas efectivas de toda índole para que sean cumplidos los derechos reconocidos por la Convención.

2. La igualdad y no discriminación.- La Constitución de la República del Ecuador consagra la igualdad, equidad y no discriminación como preceptos a los cuales debemos regirnos, por lo que, al hablarse de los niños, niñas y adolescente como grupo de atención prioritaria, se debe dar total aplicación y cumplimiento a este principio, puesto que los derechos otorgados a los niños, niñas y adolescentes no se los puede negar ni conceder basándose en aspectos como son la raza, sexo, condición socio-económica, religión, idioma, etc., del niño, de sus padres o de sus representantes legales que deberán gozar de los mismos sin ningún tipo de discriminación. Así lo menciona el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño.

3. El interés superior del niño y la niña.- Cuando se presentan circunstancias en las que se encuentran inmersos derechos de los niños, niñas o adolescentes, se tiene presente el principio del interés superior del niño o niña, siendo un principio fundamental que debe prevalecer sobre cualquier persona cuando los derechos de aquellos se vean afectados o puedan llegar a ser violentados, al respecto:

El interés superior del niño y de la niña desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral elimina los prejuicios tradicionalmente alimentados por el régimen precedente e incurre en una jerarquización abstracta entre derechos. Así, tanto niños, niñas, como adolescentes poseen además de los derechos atribuibles a todo ser humano unos específicos en consideración de su condición especial y natural. No obstante, cuando estas prerrogativas humanas llegasen a contraponerse entre sí se hará primar necesariamente aquella cuya titularidad recayere sobre la persona menor de dieciocho años (Zambrano, 2008).

Al respecto es necesario mencionar el artículo 3 numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño que sobre el interés superior del niño establece que



toda autoridad y órganos legislativos deberán considerar este principio ante cualquier decisión concerniente a los mismos.

4. La participación solidaria o principio de solidaridad.- Es indispensable que tanto el Estado, la familia, y la sociedad tengan claro su rol de cooperación y responsabilidad frente al cumplimiento y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de su protección cuando los mismos sean vulnerados.

El artículo 5 de la mencionada Convención establece que los estados partes respetarán las responsabilidades y deberes de los padres miembros de la familia o personas legalmente encargadas del niño para que el mismo pueda ejercer los derechos reconocidos por la presente Convención.

1.1.2. Normativa nacional e internacional.

Dentro de la actual sociedad se observa cómo la niñez y la adolescencia atraviesa un momento muy difícil en los ámbitos familiar, escolar y social.

En el ámbito familiar los niños, niñas y adolescentes viven maltrato o violencia intrafamiliar; en el ámbito educativo muchos de ellos son sujetos de agresiones tanto físicas, psicológicas y hasta pedagógicas; y, en el ámbito social muchas de las veces son discriminados por su estado de vulnerabilidad o status social y económico.

Es por estos y más motivos que la mayoría de países han considerado necesario la existencia de normativas que regulen la protección, igualdad, prioridad, seguridad, etc., para los niños, niñas y adolescentes; normativas que han sido de gran respaldo y protección para este grupo social permitiendo la evolución de los derechos de los mismos basándose en las distintas necesidades como son la salud, educación, vivienda, servicios básicos, participación, medio ambiente sano, protección, libertad de expresión, derecho a una vida digna, etc. Por lo tanto, la familia, la sociedad y el Estado, mediante políticas públicas, deberán ser quienes garanticen el cumplimiento de los derechos concedidos.



Dentro de la normativa ecuatoriana sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes tenemos la Constitución de la República que siendo la Carta Magna reconoce y garantiza derechos fundamentales y primordiales a los mismos. Les concede una atención preferencial, un trato especial, el goce de los derechos de manera igualitaria y sin discriminación de cualquier índole, ya que al ser seres humanos deben gozar de las mismas oportunidades que tienen las demás personas y ser tratados como tales.

La Constitución de la República del Ecuador se pronuncia sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera garantista, trata sobre la obligación que tiene el Estado, la sociedad y la familia en cuanto a la protección y cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debiendo ante todo prevalecer el interés superior de los mismos.

El goce y reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes comunes a todos los seres humanos y aquellos propios de su edad se encuentran garantizados, por lo tanto, es el Estado el encargado de velar por los mismos. Son derechos fundamentales para su desarrollo integral el gozar de una atención preferente, la protección ante cualquier tipo de explotación laboral o económica, la atención y protección en caso de enfermedades crónicas o degenerativas (Arts. 44-46).

En cuanto a la normativa internacional podemos decir que ha existido una gran evolución de la materia de niñez y familia, siendo los convenios y tratados internacionales un instrumento propicio que permite la solución de problemas que se generan entre diferentes países, estados y ciudades.

Por lo general, una de las problemáticas más comunes que atraviesan los estados es la vulneración de los derechos de los niños que se ven afectados en diferentes ámbitos sociales, económicos, culturales y familiares. Ante estas situaciones de peligro y vulnerabilidad de este grupo social el estado ecuatoriano ha suscrito algunos convenios y tratados con la finalidad de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.



La Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1959 aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual se reconoce derechos como la libertad contra la discriminación y el derecho a un nombre y a una nacionalidad. También consagra específicamente los derechos de los niños a la educación, la atención de la salud y a una protección especial.

En el año de 1966 se aprueban el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos pactos promueven la protección de los niños y niñas contra la explotación, el derecho a la educación, un procedimiento con celeridad cuando un adolescente sea procesado por un delito debiendo permanecer separado de los adultos, siendo sujetos a un tratamiento adecuado según su edad y condición jurídica.

Posterior a ello en el año de 1973 la Organización Internacional del Trabajo aprueba el Convenio No. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo que establece los 18 años como la edad mínima para realizar todo trabajo que pueda ser peligroso para la salud, la seguridad o la moral de un individuo.

En el año de 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que protege los derechos humanos de las niñas y las mujeres; y declara al año de 1979 como el Año Internacional del Niño, una medida que pone en marcha el grupo de trabajo para redactar una Convención sobre los Derechos del Niño jurídicamente vinculante.

Para el año siguiente, esto es el 25 de octubre de 1980, se crea el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, creado con el objetivo de proteger a los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, buscando una pronta restitución en base a un procedimiento propicio. Dentro del convenio se ordena que cada país firmante deberá restituir a los niños,



niñas y adolescentes en un período de 6 semanas cumpliendo con el procedimiento establecido.

Para el año de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dentro de esta convención se enfatiza sobre los derechos que tienen los niños con relación a los adultos, pero sobre todo se da mayor importancia a aquellos derechos que por su condición de seres humanos que no han alcanzado un total desarrollo físico y mental requieren de una atención especial. Por lo tanto, cada estado que se adhiere a la convención se compromete a adecuar su normativa interna a los principios de la convención.

Para el año 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño: uno sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

En el año 2002 la Asamblea General de las Naciones Unidas celebra una Sesión Especial en favor de la infancia, en donde cientos de niños y niñas participan como miembros de las delegaciones oficiales; y los dirigentes mundiales se comprometen en un pacto sobre los derechos de la infancia denominado “un mundo apropiado para los niños.”

El 20 de noviembre de 2017 la Convención sobre los Derechos del Niño cumple 28 años de haber sido aprobada por los Estados miembros de las Naciones Unidas. Este instrumento internacional reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos y obliga a que los estados garanticen sus derechos de manera prioritaria.

Los tratados y convenciones nacen de las diferentes realidades que cada estado y sociedad viven teniendo la necesidad de implementar normas y leyes que regulen cada una de esas realidades que por lo general han sido problemas derivados de la falta de normativa que respalde y proteja los



derechos de los niños, niñas y adolescentes - que en cada época de la historia humana era el grupo con mayor afectación dentro de la sociedad -.

Como vemos cada tratado y convenio implementaba cada vez mayores garantías y protección para los niños, niñas y adolescentes, así como también para la familia en diferentes aspectos sociales. Hoy por hoy existe una protección elevada para este grupo social pues se encuentra respaldado por un sin número de normativas internacionales para que sus derechos sean respetados.

De la misma manera en el ámbito nacional se adopta el Código de la Niñez y Adolescencia, promulgado en el Registro Oficial N° 737 el 3 de enero de 2003.

Dentro del libro primero encontramos definiciones, principios, derechos, deberes y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia establece la finalidad de dicha normativa la cual está enfocada en asegurar la protección integral a los/as niños y adolescentes.

Algunos de los principios fundamentales de esta normativa son: la igualdad y no discriminación (Art. 6); la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (Art. 8); el interés superior de los niños (Art. 11); los niños/as como prioridad absoluta en la formulación y ejecución de políticas (Art. 129); el ejercicio progresivo de derechos (Art. 13).

Dentro de este libro podemos encontrar cuatro grandes grupos de derechos:

- a) Derechos de supervivencia (Arts. 20-32).
- b) Derechos relacionados con el desarrollo (Arts. 33-49).
- c) Derechos de protección (Arts. 50-58).
- d) Derechos de participación (Arts. 59-66).
- e) Derechos de protección especial (Arts. 67-95).



En el segundo libro se define a la familia, se reconoce su función fundamental en el desarrollo de los niños y se establece mecanismos para su protección.

La familia es el primer lugar donde se promueve o se violan los derechos de los/as niñas y adolescentes, de ahí que se entienda a la patria potestad no sólo como la autoridad para administrar bienes sino como deber y derecho de los progenitores para velar por el desarrollo integral de los mismos (Ibarra, 2017).

Dentro de este libro encontramos regulados asuntos como:

- a) Patria Potestad (Arts. 104-117).
- b) Tenencia (Arts. 118-122).
- c) Derecho a visitas (Arts. 122-125).
- d) Derecho a alimentos (Arts. 126-147).
- e) Derecho de la mujer embarazada a alimentos (Arts. 148-150).
- f) Adopción (Arts. 151-189).

En el libro tercero se regula el tema del sistema nacional descentralizado de protección integral de niñez y adolescencia; su creación se da con la finalidad de que todos aquellos derechos que se les atribuye a los niños, niñas y adolescentes puedan tener un control que se pueda verificar su cumplimiento, de tal manera que mediante este sistema se deberán crear políticas y mecanismos eficientes para garantizar la no violación de los derechos consagrados en esta normativa.

El libro cuarto de la normativa regula el tema de los adolescentes infractores;

El Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia realiza la diferenciación entre niño y adolescente: “Niño 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).



El Art. 305 del Código de la Niñez y Adolescencia determina que al ser considerados los adolescentes como inimputables penalmente no podrán ser juzgados por jueces penales ordinarios ni tampoco se les podrá aplicar las sanciones fijadas en las leyes penales, sino que, deberán sujetarse a medidas socio-educativas de acuerdo a las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 306, 308); contrario sucede con los niños y niñas pues el código mencionado los considera absolutamente inimputables y sin responsabilidad alguna, de modo que están exentos de toda sanción inclusive las medidas socio-educativas (Art. 307).

El Código de la Niñez y Adolescencia es una normativa creada para garantizar una mejor calidad de vida para la niñez, se basa en los principios de la Convención de los Derechos del Niño y también en la Constitución que al ser la norma suprema debe guardar armonía con la misma. Contiene un sin número de artículos relacionados con la protección, cuidado, derechos de familia, tal como lo hace la Carta Magna pues su principal finalidad es defender el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Art. 1 CNA).

1.2. La familia como derecho de los niños, niñas y adolescentes.

Miguel Carbonell en su ensayo titulado Familia, Constitución y Derechos Fundamentales define a la familia como “un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos” (Carbonell, 2006, pág. 82).

Con este concepto se constata que la familia es considerada una institución de suma importancia para el crecimiento y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Por ello la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia y los tratados internacionales reconocen como un derecho fundamental para los niños, niñas y adolescentes.

Frecuentemente, la familia ha sido representada en el imaginario social como un núcleo compuesto por padre, madre e hijos que viven bajo un mismo techo.



Sin embargo la “familia nuclear” no es la única forma de arreglo familiar. La realidad social demuestra diversas formas de convivencia familiar.

De la misma manera, el concepto de familia con intereses unitarios ha sido puesto en duda, cuando se muestra las divisiones jerárquicas que producen la existencia de intereses diferentes y conflictivos al interior de la misma.

Las responsabilidades basadas en el género, por ejemplo, han producido diferencias en la administración y la distribución de recursos dentro del hogar. Estas desigualdades tienen relación con las diferentes sistemáticas en el poder de negociación entre los distintos miembros de la familia.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 67 establece que el Estado protegerá a la familia como núcleo fundamental de la sociedad para garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines y reconoce que existen distintas formas de vivir en familia. Reconoce también que para lograr la plena igualdad entre hombres y mujeres, es necesario modificar los papeles que les han sido asignados tradicionalmente en la sociedad y en la familia.

El texto constitucional considera a las familias como escenarios fundamentales para la transformación de las relaciones de género, a través de medidas orientadas a proteger los derechos de todos sus miembros, superando la visión de las mujeres como instrumentos de realización de los derechos de los demás y promoviendo que padres y madres compartan responsabilidades.

El Código de la Niñez y Adolescencia también se refiere a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, siendo esta la función básica de la familia. Es responsabilidad tanto del padre como de la madre velar por el respeto, protección, promoción y exigibilidad de los derechos de los hijos (Art. 9).



En el artículo 10 del Código de la Niñez y Adolescencia se establece el deber del Estado frente a la familia, el cual de manera prioritaria debe definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo precedente.

Ya en su artículo 22 del mismo cuerpo normativo se refiere al derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a la convivencia familiar, manifestando que:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Este artículo enfatiza en lo importante que es que los niños, niñas y adolescentes cuenten con una familia que les proporcione una vida de tranquilidad, protección, seguridad a sus intereses y derechos que como seres humanos les pertenece, acompañada de afecto, comprensión, respeto donde puedan tener un efectivo desarrollo integral. Cuando se trate de establecer medidas que les separe de su entorno familiar deberán ser aplicadas como última alternativa.

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño también se reconoce el derecho que tiene todo niño de contar con una familia. El derecho a la familia permite relacionar al niño a una historia y sobre todo le ofrece un perímetro de protección contra la violación de sus derechos. Los niños alejados de su familia se convierten en víctimas fáciles de la violencia, la explotación, la trata, la discriminación u otro tipo de maltrato. Sin embargo, puede



pasar que la familia que debería en principio proteger al niño le infrinja malos tratos (Ba, 2017).

Los/as niñas y adolescentes necesitan un desarrollo pleno de su personalidad para lo cual los padres en primer lugar son quienes deben cuidar de que aquello se cumpla brindándoles amparo, protección, cuidado, amor y comprensión; dotándoles de un ambiente apto para la convivencia de los mismos donde encuentran seguridad tanto moral como material; donde puedan adquirir principios y valores que les enseñen a ser personas de bien para la sociedad, donde puedan crecer con una mentalidad de que aquellos son muy importantes y capaces para desenvolverse en cualquier aspecto de la vida teniendo presente que son sujetos activos dentro de la sociedad y que por lo tanto están protegidos de derechos fundamentales que deben ser respetados por los demás grupos de personas.

1.2.1. La tenencia de los hijos y el derecho a visitas.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental conceptúa a la tenencia como “La guarda o custodia personal y la ayuda patrimonial. Imprescindible hasta la formación profesional de los hijos que les permite su plena autonomía” (Cabanellas, 2010).

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su título III se refiere a la tenencia, y en cuanto a la procedencia dice que el Juez encargará el cuidado y crianza del hijo o hija a quien estime más conveniente sin que aquello altere el ejercicio de la patria potestad a la que tienen lugar ambos progenitores (Art. 118).

Cuando una pareja decide disolver su vínculo matrimonial o declarar disuelta su unión de hecho, por lo general y lo que comúnmente sucede es que la tenencia de los hijos/as queda con la madre; pocos son los casos en los que la tenencia se le concede al padre. También se presentan circunstancias en las que se ponen de acuerdo para que la tenencia sea compartida.



Hoy en día la normativa permite que los hijos e hijas sean escuchados; cuando sean menores de doce años el juez valorará su opinión, en el caso de los adolescentes podrán elegir con quién quedarse, siendo decisión obligatoria para el juez, siempre que no se manifieste algún perjuicio para su desarrollo integral (Art. 106 CNA).

Dentro de nuestra normativa no se clasifica a la tenencia, sin embargo, lo que aplican los jueces a la hora de establecer la tenencia de los hijos/as es la conocida como tenencia exclusiva o tenencia unipersonal, cuando se concede a uno de los progenitores el cuidado de sus hijos/as.

María José Catalán, citada por Kleber Suin, considera que este tipo de tenencia "(...) implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos" (Suin, 2016).

Un tipo de tenencia reconocida en otros países, por ejemplo en Colombia, pero no contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, es la tenencia alterna, sobre la cual la psicóloga española María Catalán dice "es la que permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un periodo del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el periodo restante" (Catalán, 2011). En este tipo de custodia ambos progenitores comparten derechos y obligaciones durante el tiempo que a cada uno le corresponda la tenencia de los hijos/as.

En cuanto a la tenencia compartida o conjunta, otro tipo de tenencia que se regula en otros países, por ejemplo en Estados Unidos, se produce "cuando ambos padres están siempre compartiendo sus actividades diarias con sus hijos, por lo tanto gozan por resolución judicial en igual de condiciones en todas las decisiones y acciones relativas a los hijos" (Suin, 2016). De esta manera se podría decir que los hijos/as no sufren de manera muy elevada la separación de sus padres, pues se trata de velar por el buen desarrollo tanto psicológico, social, emocional, de los niños, niñas y adolescentes.



La finalidad de la tenencia compartida es:

1.- Que los hijos tengan la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse puesto que si eran idóneos juntos para ejercerla conjuntamente, también se les debe reconocer esa idoneidad cuando se separan por la causa que sea sin perder de vista que los hijos son las víctimas del conflicto y no los generadores.-2.- Que los padres puedan continuar cumpliendo su rol plenamente sin contaminar la relación paterno-filial con los conflictos derivados del fracaso matrimonial del cual son los únicos responsables.- Así como compartieron la patria potestad estando juntos se debe buscar la posibilidad de que compartan el ejercicio de la tenencia estando separados siempre que no perjudique el interés superior del niño (Alessio, 2017).

Es decir, lo que se pretende es que exista una coparentalidad para que los progenitores, sin la necesidad de que vivan juntos, sigan cumpliendo de manera compartida las responsabilidades que lo hacían cuando estaban juntos.

Ahora bien, como se había manifestado en líneas anteriores, la tenencia que se aplica en el Ecuador es la exclusiva, es decir, que uno de los progenitores quede al cuidado de los hijos/as, sin embargo el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia hace referencia a las modificaciones de las resoluciones sobre tenencia mismas que no causan ejecutoria, de modo que el juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que resulta beneficioso para los derechos del hijo o hija y en el caso de tratarse de cambio de tenencia, el juez adoptará medidas de apoyo para el hijo o hija y a sus progenitores.

Una vez que hemos desarrollado lo que es la tenencia es necesario hablar sobre el derecho de visitas, ya que cuando una pareja se separa o divorcia, al fijarse la tenencia de los hijos/as, el progenitor que no tiene la tenencia goza del derecho de visitas; si bien ya no va a vivir con su hijo/a es parte de sus derechos como padre y a su vez del niño, niña o adolescente compartir tiempo entre sí (Art. 122 CNA).



“El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores se funda en elementales principios de orden natural, por lo que su regulación debe efectuarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos” (Villavicencio, 2016).

El derecho de visitas fomenta la relación de la familia actuando como ente organizador de las relaciones familiares y a su vez permite que la familia que ostenta el régimen de visitas pueda fiscalizar la crianza del menor pudiendo en el caso de observarse irregularidades en el mismo solicitar un cambio de tenencia (Cabrera, 2009, pág. 21).

El objetivo del régimen de visitas es que los lazos familiares existentes entre padres e hijos no se destruyan, pues si ya existe una separación por parte de sus padres como pareja se quiere que el progenitor no custodio pueda seguir teniendo comunicación con su hijo o hija, pueda compartir tiempo con aquellos sin que el hecho de haberse divorciado o separado de su pareja impida seguir velando por su hijo o hija, logrando siempre que las visitas lleguen a fortalecer esa relación padre-hijo, velando por el interés superior del niño.

Si bien se ha dicho que el progenitor que no goza de la tenencia de sus hijos/as tiene derecho a las visitas, el inciso segundo del artículo 122 del Código de la Niñez y Adolescencia establece cuándo el juez puede negar las visitas, y esto se da cuando existe alguna medida de protección dictada a favor del hijo o hija por motivo de violencia de cualquier índole por parte del progenitor al cual le corresponde el derecho de visitas. Igual situación ocurrirá en el caso de que el progenitor que tiene derecho a visitas no cumple con las mismas de la manera en la que fueron establecidas.

Ahora bien, es necesario saber que cuando hablamos del derecho de visitas éste no aplica únicamente a los padres sino a los parientes del niño hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; pues como ya habíamos expresando anteriormente la ley establece como parte de los derechos de los niños, niñas y adolescentes el poder relacionarse con sus familiares; tener esa armonía y gozar de una convivencia familiar. Es por este motivo que la ley permite que los familiares del niño puedan solicitar el régimen



de visitas cuando se vean limitados a visitar y relacionarse con el mismo (Art. 124 CNA).

1.2.2. El incumplimiento del régimen de visitas.

El artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que:

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Una vez que ha sido fijado el régimen de visitas ya sea por acuerdo entre las partes o por el juez, es necesario que se consigne en la resolución del juzgador el modo, caracteres, tiempo en que se lleve a cabo las visitas por parte del progenitor que no tiene la tenencia del hijo o hija, para que ninguna de las partes incurra en infracciones que se encuentran sancionadas por el Código, pues el incumplimiento se puede generar por cualquiera de los progenitores ya sea impidiendo que se efectúen las visitas o por otra parte reteniendo indebidamente al hijo o hija de manera arbitraria.

Es por ello que la ley ha establecido la forma de fijar el régimen de visitas, debiendo el juez tener presente si el acuerdo al que han llegado los progenitores no perjudica los derechos del hijo o hija, caso contrario al no existir acuerdo o de ser el mismo perjudicial para el hijo o hija deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios (Art. 123 CNA).



Al momento de establecer las visitas el juzgador debe considerar qué es lo mejor para el niño, niña o adolescente, de este modo se fijará el día y hora en que el progenitor que tenga este derecho deba retirar a su hijo o hija de su domicilio, así como el día y hora en que deba retornar el mismo donde el progenitor a quien se le concedió la tenencia.

Se ha dicho que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, tanto es así que la Constitución de la República del Ecuador dice que el Estado será un ente garantizador de los derechos y protecciones que se le atribuye a la familia mediante normas que regulan las relaciones de quienes forman parte de la misma. Al hablar de familia se había mencionado que es un derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes siendo parte fundamental para su desarrollo integral el poder compartir con sus padres, disfrutar de su afecto y mantener esos lazos de filiación con los mismos. Sin embargo, cuando existe un divorcio o la disolución de una unión de hecho se desprenden algunos derechos e instituciones como el de alimentos, visitas, tenencia, patria potestad, filiación, tutelas y guardas propios del derecho de familia.

A continuación, se desarrollará el tema de la retención indebida del niño, niña o adolescente, situación que se presenta cuando los progenitores no cumplen a cabalidad la forma en que se ha establecido las visitas o personas que no teniendo el derecho de la tenencia y cuidado retienen indebidamente al niño, niña o adolescente dando lugar a que la persona menor de edad sea restituida inmediatamente a su residencia habitual.



CAPÍTULO II

RETENCIÓN INDEBIDA

2.1. Concepto.

El artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores, define lo que es la retención ilegal, de la siguiente manera:

Art. 4.- Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor (www.oas.org, 1989).

El Código de la Niñez y Adolescencia, al respecto establece:

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija. - El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños de 1980, establece:

Art. 3.- El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y



b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (HCCH, 1980).

La retención indebida es aquella por la cual el progenitor, tutor o tercera persona impiden o dificultan el ejercicio pleno de la patria potestad, tenencia, tutela o régimen de visitas decretado por el juez competente a favor del otro, impidiendo el retorno con la persona bajo la cual se halla el niño, niña o adolescente (Yáñez, 2017).

Debemos entender que la retención indebida de los niños, niñas o adolescentes es un acto ilícito por parte de quien no tiene la custodia del mismo tomando actitudes contrarias a lo que la ley establece y abusando del derecho que la misma le concede. La retención de la persona menor de edad “es un acto de infracción a las normas que regulan los derechos de custodia y visita y que por lo general quien realiza estos actos ilícitos es muchas veces el progenitor que goza del derecho de visitas” (Cano, 2017).

Los artículos y conceptos precedentes establecen la ilegalidad de retener a un niño, niña o adolescente de manera indebida y arbitraria por parte de quien no cuenta con la tenencia, patria potestad o guarda de los mismos. Un tema al que debo referirme por mencionarse de manera frecuente en los casos de retención indebida es la residencia habitual, pues para saber si existe o no retención indebida se debe determinar dónde tenía la residencia habitual el niño, niña o adolescente retenido; por lo que es necesario entender a qué se considera residencia habitual.

La residencia habitual de un menor es el lugar donde ha estado físicamente presente por una cantidad de tiempo suficiente para la aclimatación y que cuenta con un grado de intención firme desde la perspectiva del menor. Un estudio de la residencia habitual debe apuntar al menor e incluir un análisis de las circunstancias del niño en ese lugar, así como las intenciones presentes compartidas de sus padres respecto de la presencia del menor allí (INCADAT, 1999).

La residencia habitual es el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. La residencia habitual es un criterio fáctico (y no jurídico) y se



configura por la residencia principal o permanente de ese niño; supone el concepto de estabilidad y permanencia por hallarse allí el centro de gravedad de su vida y el núcleo de sus vínculos parentales y afectivos; sin que para tal determinación se dependa del domicilio real de sus padres o representantes legales (Pietro, 2017).

Otro concepto de residencia habitual es el que contempla la (UNICEF, 2017) y al respecto dice “es el lugar donde el menor tenía su centro de vida, no hace referencia al domicilio ni a la nacionalidad del niño”.

En definitiva, la residencia habitual es el lugar donde el niño, niña o adolescente se encuentra de manera permanente cumpliendo con su estilo de vida antes de ser retenido de manera ilegal por quien no tenía la tenencia, patria potestad, guarda o tutela de aquellos. Es entonces este particular el que debe ser valorado por los jueces para determinar la retención indebida y por consiguiente la restitución del niño, niña o adolescente, ya que se pueden presentar situaciones fácticas muy diversas.

2.2. Características.

El artículo 3 del Convenio sobre los aspectos civiles de sustracción de menores, establece cuándo se debe considerar una retención ilícita:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en el literal a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. (HCCH, 1980)



Farith Simón se pronuncia al respecto, manifestando que:

El traslado ilícito se configuraría, en mi opinión, en dos circunstancias: cuando se traslade al extranjero un menor de edad sin contar con la autorización de salida del país (de uno o ambos progenitores), o del juez en caso de negativa, ausencia o incapacidad del padre o de la madre; y, cuando se viole los términos de la autorización de salida del país, por ejemplo, manteniendo al menor de edad más allá del plazo de la autorización o llevándolo a otro país distinto al de la autorización (Simón, 2009, pág. 398).

2.3. Principios.

Las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado han constituido dentro de la Organización de los Estados Americanos una forma de unificar las normas de conflicto y algunas normas materiales del derecho de familia contenidas en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 sobre Derecho Internacional Privado (Monrroy, 2011, págs. 617, 618).

Las Convenciones Interamericanas sobre Derechos de Familia y de Menores han sido las siguientes:

- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 1989.

- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores, México, 1994.

- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, La Paz, 1984.

- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Montevideo, 1989.

Estas Convenciones solo rigen entre los Estados que las han ratificado, pero es posible observar principios básicos como el de igualdad, atención prioritaria al



interés superior del niño, procedimientos breves y sencillos en el caso de que los niños, niñas o adolescentes sean procesados o cuando se solicite la restitución internacional de los mismos.

A más de estos principios que han sido adoptados por las Convenciones ya mencionadas, es necesario referirme a otros principios fundamentales como son:

➤ **Principio de igualdad.**

Este principio se puede entender como derecho de no discriminación y al tratamiento similar frente a otros. El principio de igualdad no equivale a identidad, por ser de orden cualitativo y no cuantitativo. Tiene un significado normativo y debe ser real. Dentro del ámbito familiar el principio de igualdad se refiere tanto al hombre como a la mujer y entre hijos, el hecho de gozar de las mismas oportunidades como tales (Parra, 2008).

➤ **Principio de respeto.**

Por respeto se entiende el buen trato que se merecen las personas y la familia, cualquiera que sea el medio empleado para la comunicación, gesto, palabra, obra; puesto que su ejercicio no debe afectar al honor, ni la honra, ni la dignidad, ni la intimidad. El principio de respeto tiene un alcance limitativo, pues debe permitir el libre desarrollo de la personalidad, pero al tiempo implica que algunos miembros del grupo familiar deban acatar la autoridad de otros; y su ejercicio elimina la violencia y beneficia la libertad (Parra, 2008).

➤ **Principio de protección.**

Este principio consiste en que las normas jurídicas han de procurar la defensa del grupo familiar y de sus miembros, en especial de los que se consideran débiles, para generar derechos en su favor y condiciones que les brinden



solidez física y social. Es complementario al principio de igualdad y se funda en la misma noción de la familia como núcleo social (Parra, 2008).

➤ **Principio de favorabilidad.**

Este principio hace énfasis a que se debe preferir la interpretación que produzca un beneficio para los sujetos del derecho familiar, a la de la pura exégesis. La protección del grupo familiar, individual y colectivamente, destacada como una de las instituciones que rigen este orden normativo, es, sin embargo, algo más (...). Por lo que la interpretación, fuere auténtica, doctrinal o judicial, debe estar presidida por el sano criterio de la favorabilidad, es decir, que permita elegir la norma que salvaguarde mejor el derecho y ofrezca mayores garantías para su efectivo ejercicio y respeto al grupo familiar (Parra, 2008, págs. 54, 55).

➤ **Principio del interés superior del niño/a.**

Dentro de nuestra legislación ecuatoriana, tanto la Constitución como el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establecen mecanismos de protección integral y especializada, así como principios a los cuales tienen derecho los niños, niñas y adolescentes.

Así, el artículo 3 numeral 11 y artículo 11 numeral 9 de la Constitución del Ecuador establece como deber primordial del Estado el respeto y garantía de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales.

De la misma manera el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 11 menciona el interés superior del niño como un principio encaminado a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y obliga a que las decisiones de las autoridades administrativas, judiciales se ajusten a sus acciones. Y esto en concordancia con el artículo 50 del mismo código el cual establece que se debe respetar la integridad personal física, psicológica, cultural, afectiva y sexual de los niños, niñas y adolescentes.



El interés superior del niño es: “Aquella situación jurídica integral (formal y material) que se le ha asignado al menor como sujeto especial, reconociéndolo o considerándolo como predominante frente a intereses de otra índole, pero siempre relativos y limitados” (Lafont, 1994, pág. 36).

Se trata de una meta y de una filosofía de esta normatividad. Por una parte, debe lograrse satisfacer dicho interés superior, la utilidad de la persona menor de edad, desde un punto de vista jurídico y material. De ahí que la coercibilidad y la eficacia de las normas relativas a los niños, niñas y adolescentes deben ser mayores.

La “superioridad” del interés del menor se puede predicar si concurren tres factores: Interés jurídico, relación de intereses y predominio. El interés superior del menor no es absoluto o ilimitado, porque es de orden público, de ello se sigue que es irrenunciable, y porque otros intereses públicos, como los colectivos de la familia y de la sociedad, están o puedan estar por encima del interés de niño o niña (Lafont, 1994, pág. 24).

Conforme al artículo 44 de la Constitución se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, como el imperativo que obliga a toda persona a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Antonio Martínez cita a Antonio José López quien manifiesta que:

Las consecuencias de este principio son la oficiosidad en la actuación judicial o administrativa, la escogencia de normas aplicables, la presunción de menor edad, la sana crítica en la valoración de las pruebas y la admisión limitada del principio de cosa juzgada, de recursos judiciales, de la transacción y de otros fenómenos propios del procedimiento ordinario (Martínez, 1994, pág. 5).

Este principio pretende que todas las personas que vayan a tomar decisiones en las cuales se puedan ver afectados los niños, niñas y adolescentes, sean realizadas siempre pensando en lo más favorable para los mismos. Incluso el



mismo Código de la Niñez y Adolescencia dice que el interés superior del niño/a prevalece sobre el de la diversidad cultural.

Una clara aplicación práctica del principio puede hallarse en las determinaciones que deben adoptarse sobre régimen de visitas de menores: en ellas no se debe favorecer el querer paterno, exclusivamente, puesto que, por el contrario, se debe preservar antes que todo el beneficio del menor en el plano académico, cultural, de su estabilidad emocional (Parra, 2008, pág. 54).

El principio del interés superior del niño no ha sido creado por la normativa nacional, puesto que el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño lo consagra y que tal razón las diferentes legislaciones han adoptado para su normativa interna.

Algo que debe tenerse presente es que, en la Convención americana sobre derechos humanos, de San José, Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, se impone que:

La familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado; que los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo; que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base del interés y conveniencia de ellos (Parra, 2008, pág. 535).

El objetivo de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es restablecer el statu quo (estado de las cosas) del niño o niña, a través de su restitución inmediata, en cualquier país contratante, así como el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita, tutelando el derecho de los y las niñas a no ser retenidas o trasladadas en forma ilegal considerando el interés superior del niño que se encuentra respaldado por la constitución del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia e internacionalmente por la Convención sobre los derechos del niño misma que en su preámbulo señala: la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida (Corte Nacional de Justicia, 2014).



En el caso de la retención indebida el interés superior del niño o niña se ve respaldado cuando las autoridades competentes cumplen con la restitución inmediata del niño, niña o adolescente a su residencia habitual, junto con el progenitor que está acostumbrado a ver diariamente a su lado, pues es ahí cuando se ve reflejado la protección, tutela y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes recordando que quienes están obligados a velar por estos derechos son el Estado, la familia y la sociedad.

2.4. Ecuador país requerido y país requirente.

El Ecuador al ser uno de los países suscriptores de la Convención de los Derechos del Niño está llamado a velar y garantizar los derechos que se les ha otorgado a los niños, niñas y adolescentes dentro de la misma, tomando en cuenta que cuando se presenta un caso de retención indebida se debe solicitar la restitución del niño, niña o adolescente de conformidad como se encuentra establecido en la mencionada convención.

El Código de la Niñez y Adolescencia contiene varias disposiciones que regulan la respuesta del Estado frente a una retención indebida en el Ecuador.

El artículo 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que quien retenga INDEBIDAMENTE al hijo o hija cuando carezca del derecho de patria potestad, tenencia, custodia u obstaculice el régimen de visitas, deberá ser requerido de manera judicial para que el niño o niña sea restituido de manera inmediata a la persona que deba tenerlo, debiendo reparar los daños ocasionados inclusive los gastos que se hubieren generado por el requerimiento y la restitución. En caso de que no se cumpla con la orden emitida por el Juez, el mismo podrá decretar el apremio personal de la persona implicada, así como el allanamiento de la vivienda donde se encuentre retenido el niño o niña.



La retención puede darse en dos escenarios diferentes; que el niño/a retenido teniendo su residencia habitual en el Ecuador sea trasladado a otro país; y, que el niño/a retenido teniendo su residencia habitual en otro país sea trasladado de manera arbitraria al Ecuador. Por lo tanto, se debe tener presente el trámite correspondiente para cada caso puesto que su procedimiento será algo diferente. A continuación, se menciona de manera general cómo solicitar la restitución de un niño, niña o adolescente cuando ha sido retenido de manera indebida ya sea cuando el Ecuador es el país requirente o cuando es país requerido.

Cuando el Ecuador es quien solicita la restitución de un niño, niña o adolescente que ha sido retenido en otro país se lo hace ante la Autoridad Central del Ecuador que es la Subsecretaría Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social, para que remita todo el expediente a la Autoridad Central del país donde se presume se encuentra el niño, niña o adolescente y se proceda con el trámite correspondiente de restitución internacional.

En el caso de que el Ecuador es el país requerido, de la misma manera, es la Autoridad Central quien tiene conocimiento de la solicitud de restitución de un niño, niña o adolescente que se encuentra retenido indebidamente en el Ecuador cuando su residencia habitual tenía en otro país. La solicitud debe contener lo que establece la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores para que con la ayuda de los organismos competentes procedan a la investigación y localización del niño o niña retenida indebidamente en el Ecuador.

Cuando el niño o niña retenido ha sido ubicado, la Autoridad Central del Ecuador procede a la inmediata devolución del mismo; caso contrario se inicia un proceso judicial de restitución y una vez ordenado la restitución de la persona menor edad la Autoridad Central toma las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia que se encuentre ejecutoriada (UNICEF, 2017).

En el siguiente capítulo se abordará el trámite de restitución de conformidad con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores



con la finalidad de que se cumpla con el respectivo procedimiento que en nuestro caso el país requerido será el Ecuador.



CAPÍTULO III

EL TRÁMITE DE RECUPERACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.

3.1. Organismos que intervienen en la recuperación de los niños, niñas y adolescentes retenidos indebidamente.

El artículo 6 del Convenio de La Haya de 1980, al cual el Ecuador se adhirió en el año de 1992, qué regula las Autoridades Centrales, al respecto establece:

Art. 6.- Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

Los Estados federales, los Estados en que esté vigente más de un sistema jurídico o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. El Estado que haga uso de esta facultad designará la Autoridad Central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la Autoridad Central de dicho Estado (HCCH, 1980).

En la actualidad la Autoridad Central del Ecuador es la Subsecretaría de Protección Especial del Ministerio Económico y Social designada mediante acuerdo ministerial N°0018 de fecha 23 de julio de 2014.

En cuanto al tema de restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes, existen algunos organismos que intervienen en el procedimiento de restitución, siendo los siguientes:

- La Subsecretaría de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social, recibe las solicitudes de restitución internacional, al ser la autoridad central del Ecuador.
- El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, es la entidad que permite conocer los registros de migración tanto de la persona que retiene indebidamente, así como del niño o niña retenida.



- Ante las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del lugar donde se encuentra retenido el niño, niña o adolescente, se presenta la demanda de restitución internacional del niño o niña.
- La Dirección Nacional de policía Especializada para Niños, Niñas y adolescentes. (DINAPEN) es el organismo que se encarga de la investigación y búsqueda de información para determinar el paradero del niño, niña o adolescente retenido y de la persona que retiene indebidamente a los mismos

3.2. Ecuador país requerido.

3.2.1. Procedimiento.

El problema de la retención indebida generalmente sucede cuando el hijo o hija que es retirado de su hogar por su progenitor visitante no retorna a su domicilio en el horario establecido por el juez, siendo trasladado a otro lugar distinto al de su residencia habitual. Al presentarse esta situación la persona que tiene la tenencia a su favor es quien hace uso de la Administración de Justicia solicitando la restitución del niño, niña o adolescente por haber sido retenido indebidamente por parte del otro progenitor. Sin embargo, se debe tener presente que la retención indebida de los niños, niñas o adolescentes puede ser provocada no únicamente por uno de los progenitores sino por cualquier persona que no tenga la patria potestad, tenencia o tutela de los mismos.

El Código de la Niñez y Adolescencia regula en algunos artículos sobre este tema.

Art. 77.- Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes. - Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país.

Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes de conformidad con lo previsto en este Código.



El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La norma del artículo 77 es la prohibición de los traslados de manera ilícita, determinándose a través de esta disposición lo siguiente:

- a) El derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en esta situación de ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes; y,
- b) El deber del estado de tomar todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente (Simón, 2009).

Art. 121.- Recuperación del hijo o hija. - Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente.

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija. - El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

De acuerdo a la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980, cada Estado debe designar una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que impone el Convenio (Art. 6). En el caso del Ecuador, la Autoridad Central es el



Subsecretario de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Las Autoridades Centrales están llamadas a colaborar mutuamente para lograr garantizar de manera inmediata la restitución de la persona menor de edad, deberán adoptar medidas apropiadas que permitan lo siguiente (Art. 7 Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980).

- a)** localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b)** prevenir que la menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c)** garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d)** intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e)** facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f)** incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g)** conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h)** garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i)** mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación (HCCH, 1980)

La persona, institución u organismo que reclama la restitución de un niño, niña o adolescente, cuando este ha sido retenido de manera ilícita debe dirigir la queja o demanda a la Autoridad Central de la residencia habitual del niño, niña o adolescente, o de cualquier otro Estado Contratante.



Esta demanda debe contener (Art. 8 Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980).

- a)** información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b)** la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c)** los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d)** toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor;
- e)** una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f)** una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado.
- g)** cualquier otro documento pertinente (HCCH, 1980)

Una vez que el Estado de residencia habitual del niño, niña o adolescente recibe una solicitud, debe trasladar la petición de restitución inmediata del niño/niña al Estado que se cree se encuentra (Estado requerido). Si la autoridad central requerida tiene razones para pensar que el niño, niña o adolescente se encuentra en otro Estado contratante, ésta transmitirá directamente y sin demora la demanda a la autoridad central de ese estado contratante e informará a la autoridad central solicitante, o al demandante, según el caso (Art. 9 Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980).

Cuando el niño, niña o adolescente ha sido trasladado o retenido ilícitamente en el Ecuador, la demanda transmitida por el Estado requirente llega a la autoridad central del Ecuador es decir la Subsecretaría de Protección Especial



del Ministerio de Inclusión Económica y Social; quien debe iniciar los trámites necesarios para restituir de manera inmediata al niño, niña o adolescente.

Una vez verificada la solicitud, la autoridad central del Ecuador, coordinará con los diferentes organismos competentes para la investigación y localización del niño, niña o adolescente trasladado o retenido ilegalmente en el Ecuador (UNICEF, 2017).

Cuando se solicita la restitución internacional de un niño, niña o adolescentes se puede presentar las siguientes posibilidades:

- a. Si las condiciones del caso así lo permiten la autoridad central debe buscar la devolución voluntaria del niño, niña o adolescente, si no se acepta esta devolución se debe iniciar el proceso judicial respectivo;
- b. Si las circunstancias así lo determinan la autoridad central, conjuntamente con el abogado de la institución, organismo o persona que alega que el niño, niña o adolescente fue retenido ilícitamente que participa en el proceso, puede solicitar al juez competente del cantón en donde se encuentra el mismo para que inicie un proceso de restitución.
- c. Sin embargo, la autoridad judicial podría decidir la restitución de la persona menor de edad en cualquier momento amparada en el artículo 18 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980 (Simón, 2009).

Art. 18 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980.- Las disposiciones del presente Capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento.

Si un menor de edad ha sido trasladado o detenido ilícitamente en los términos del Convenio, o ha pasado menos de un año desde el traslado o la detención al momento de la presentación de la demanda ante la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se encuentra el menor de edad, debe ordenarse su inmediato regreso. Inclusive cuando ha pasado más de un año se debe ordenar el regreso, a menos que se demuestre que el menor de edad se ha integrado a su nuevo medio (Simón, 2009).

La autoridad central del Estado debe tomar las medidas adecuadas para asegurar la entrega voluntaria del menor de edad. “Si de las investigaciones realizadas se ubica al niño, niña o adolescente, la Autoridad Central del Ecuador intenta una devolución voluntaria, de lo contrario se procede a iniciar un proceso judicial de restitución” (UNICEF, 2017).



Art. 10 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980.- La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Art. 12 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980.- Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor (HCCH, 1980).

El regreso puede negarse cuando la persona, organismo o institución que se opone al regreso demuestra a la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, que el menor al regresar puede sufrir graves riesgos o atentado a su buen desarrollo, para lo cual la autoridad central deberá constatar que se cumpla lo establecido en el artículo 13 de acuerdo al Convenio:

Art. 13.- No obstante, lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o



b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor (HCCH, 1980).

Al considerar las circunstancias del artículo transcrito, las autoridades judiciales y administrativas deben tener en cuenta la información sobre la situación social de la persona menor de edad proporcionada por la autoridad central u otra autoridad competente del Estado en donde reside habitualmente.

Al resolver si existe un traslado o una detención ilícita bajo los términos del artículo 3 del Convenio, la autoridad judicial o administrativa puede tomar en cuenta directamente el derecho y todas las decisiones judiciales o administrativas del estado de residencia habitual del menor sin necesidad de recurrir a los medios de prueba habituales o para el reconocimiento de decisiones extranjeras aplicables en cada caso (Art. 14). Sin embargo, pueden solicitar, antes de ordenar el regreso, que el demandante presente una decisión o certificado proveniente de las Autoridades del Estado de la residencia habitual del menor, constanding que el traslado o la detención era ilícita bajo los términos del artículo 3 de la Convención, siempre que esta decisión o certificado pueda ser obtenido en ese Estado (Art. 15) (Simón, 2009).

Art. 15 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980.- Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase (HCCH, 1980)



Sin embargo, todo lo anteriormente descrito no limita el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar el regreso del menor en cualquier momento (Art. 18), o que la autoridad judicial o administrativa pueda tomar medidas para prevenir nuevos peligros o perjuicios para las partes, tomando o haciendo tomar medidas provisionales de acuerdo al literal b del artículo 7 del Convenio.

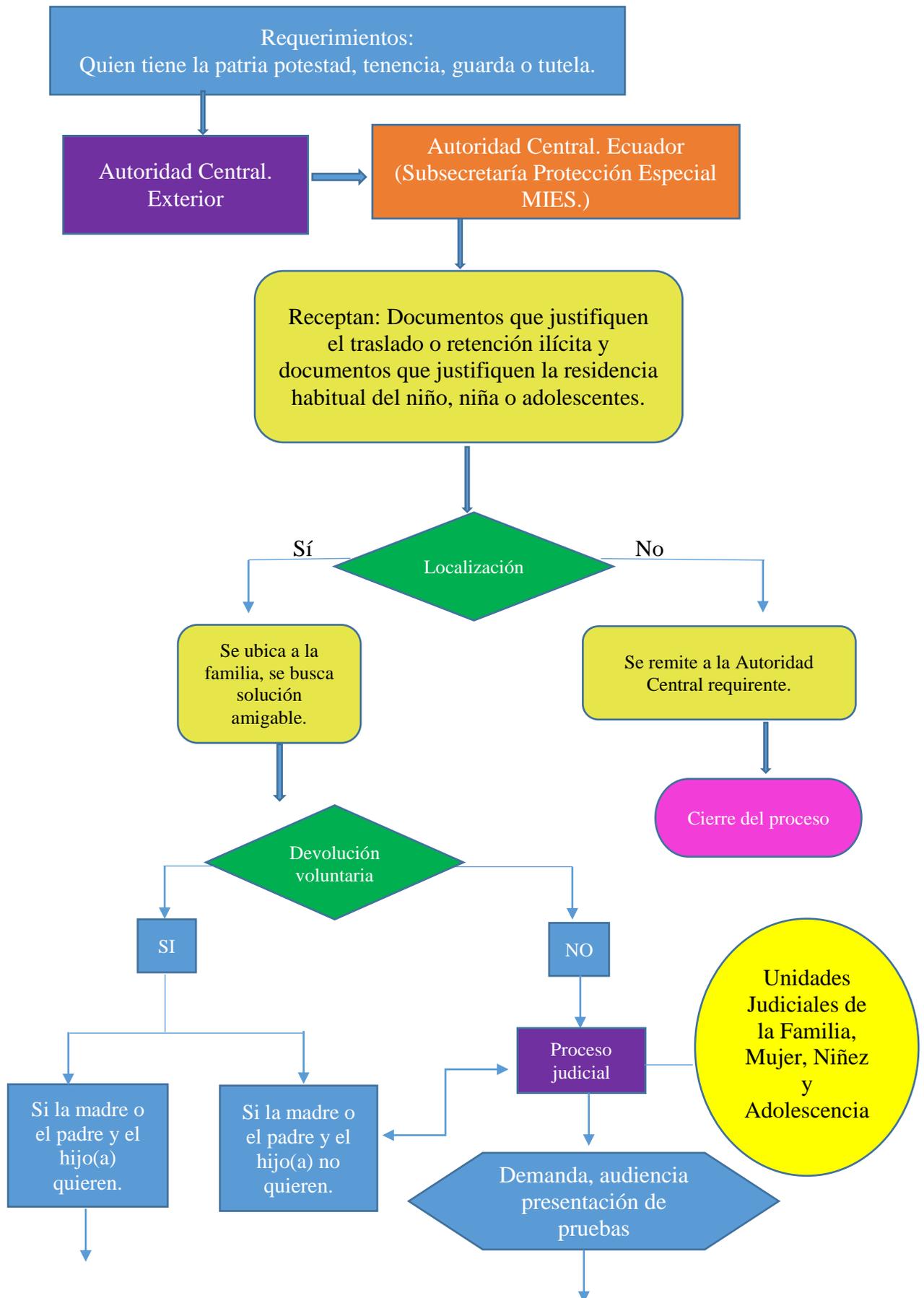
Art. 7 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 1980.- Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

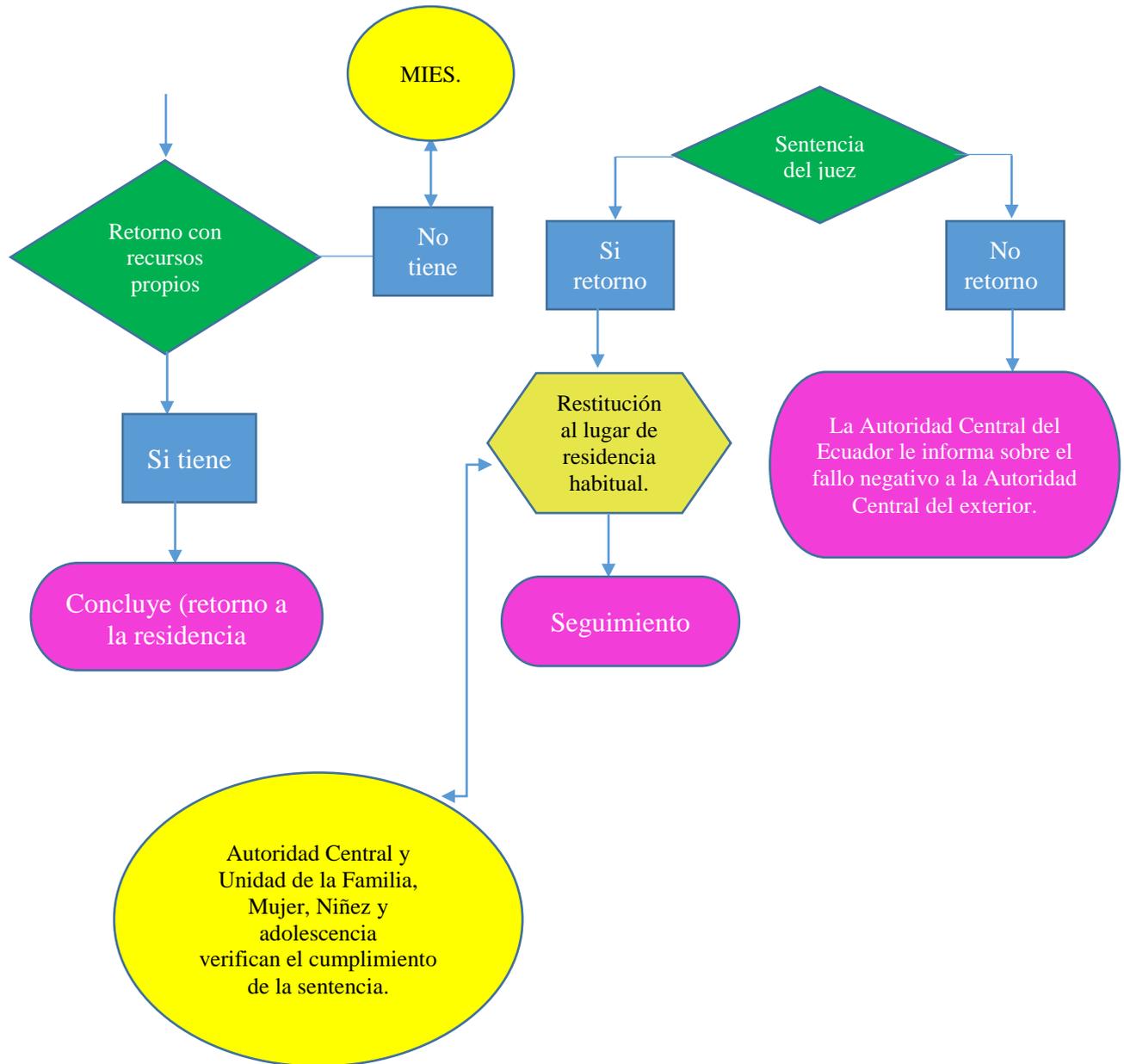
Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

b). Prevenir que la menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales (HCCH, 1980).

Flujograma de Restitución Internacional

Ecuador como país requerido.





Fuente: (UNICEF, 2017).

Elaboración: Reelaborada por la autora.

Finalmente, en el capítulo siguiente se analizará un caso práctico sobre la restitución de los niños, niñas y adolescentes con la finalidad de entender cómo se sustancia en la práctica un caso de restitución y si cumple con los requisitos y procedimiento que se ha explicado en el presente capítulo.



CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE CASO PRÁCTICO

Una vez que se ha estudiado la teoría de la retención indebida y lo concerniente al trámite de restitución internacional del niño, niña o adolescente; es necesario incorporar dentro del presente trabajo el análisis de un caso sobre restitución internacional con el fin de verificar si en la práctica se cumple con lo que se ha estudiado en la teoría. De este modo sabremos si cada uno de los organismos cumplen sus funciones de manera eficiente para lograr la restitución inmediata del niño, niña o adolescente retenido ilegalmente.

El presente caso de restitución internacional fue conocido por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca, asignado con el N° de causa 01204-2017-00080, planteado por la Subsecretaría Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social en contra del señor Luis Felipe Campos Arteaga el día viernes 06 de enero de 2017, conociendo la causa el juez Dr. Boris Ortega Ormaza.

Como antecedentes tenemos que los señores Camila Alexandra López García, de nacionalidad mexicana, mayor de edad, domiciliada en el estado de New York de los Estados Unidos de América, y Luis Felipe Campos Arteaga, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Cuenca, mantuvieron una relación de enamorados por el lapso de tres años, posterior a estos procrearon un hijo cuyos nombres son Mathias André Campos de 5 años de edad. Deciden iniciar una convivencia, llegando a durar cuatro años y medio, puesto que en noviembre de 2014 el señor Luis Felipe Campos fue denunciado por una vecina por abuso sexual a una niña menor de edad, siendo detenido en fecha 03 de marzo de 2016 por el Departamento de Inmigración, entidad que deportó al señor Luis Felipe Campos a su país de origen, es decir, a Ecuador.

Posterior a este acontecimiento el señor Luis Felipe Campos se comunica con la señora Camila López García mediante una llamada telefónica desde Ecuador para pedirle que por motivo de vacaciones le envíe a su hijo Mathias



André Campos para que lo visitara y conociera a sus abuelos paternos y demás familiares. La madre del niño con un poco de desconfianza y temor inicialmente se niega a hacerlo; sin embargo, después cambia de decisión y permite que su hijo viaje donde su padre al Ecuador desde el 26 de junio de 2016, debiendo retornar el día 03 de septiembre del mismo año. El viaje que realizaba el niño Mathias André Campos era con la compañía de una azafata de la aerolínea de la cual el padre había comprado los pasajes de ida y vuelta.

Llegada la fecha de retorno éste no regresa donde su madre la señora Camila López García, a su residencia habitual en el estado de New York, por lo que la madre decide poner en conocimiento de la autoridad central de los Estados Unidos lo acontecido para iniciar el respectivo trámite de restitución internacional ya que el niño Mathias André Campos se encontraba retenido de manera indebida por su padre el señor Luis Felipe Campos Arteaga en la ciudad de Cuenca.

1. Solicitud de restitución internacional.

El día tres de septiembre de 2016 la señora Camila López García, madre del niño retenido presenta una solicitud de restitución internacional de su hijo Mathias André Campos, de nacionalidad estadounidense, nacido el 08 de febrero de 2011, ante la Autoridad Central de los Estados Unidos de Norte América, “U.S. DEPARTMENT OF STATE OFFICE OF CHILDREN’S ISSUES”, entidad que remite dicha solicitud a la Autoridad Central del Ecuador, “Subsecretaría de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Social”, con el fin de que se realicen las investigaciones correspondientes por parte de los organismos encargados y determinar el paradero del señor Luis Felipe Campos y de su hijo Mathias André Campos en la ciudad de Cuenca, ubicada en la provincia del Azuay. Dentro de la solicitud presentada por la madre del niño se hace constar la información necesaria del mismo, así como la de sus progenitores, cumpliendo con lo que establece la Convención de La Haya.



Una vez que la autoridad central del Ecuador avoca conocimiento de la solicitud de restitución internacional remitida por la autoridad central de los Estados Unidos se verifica lo siguiente:

- El niño tiene su residencia habitual en los Estados Unidos de Norte América;
- El niño ha sido trasladado por un período de vacaciones con permiso desde el 26 de junio de 2016 hasta el 03 de septiembre de 2016.
- El niño se encuentra retenido de manera ilícita en el Ecuador por su padre Luis Felipe Campos, de nacionalidad ecuatoriana, quien impide a su madre tener relación con su hijo desde la fecha que debió retornar, esto es, el 03 de septiembre de 2016.

Dentro de los documentos que la señora Camila López García anexa a la solicitud de restitución internacional están:

- a) Acta de nacimiento certificada del menor (español e inglés).
- b) Actos de custodia (español e inglés).
- c) Certificado de estudios del menor.
- d) Declaración del artículo 28 (inglés.)
- e) Autorización para la divulgación de información bajo la Ley de Privacidad de los Estados Unidos de América (inglés).
- f) Documentación médica del menor en Queens Hospital Center.

Con toda esta información la autoridad central del Ecuador oficia a la DINAPEN el 11 de noviembre de 2016 para que se realice las investigaciones tendientes a la ubicación del niño Mathias André Campos y de su padre Luis Felipe Campos Arteaga, con el fin de proceder a su respectiva restitución internacional. La DINAPEN como organismo competente presenta el informe de investigación en el cual consta la dirección domiciliaria del señor Luis Felipe Campos ubicada en las calles Ramón y Cajal de la ciudadela “La Católica” de la ciudad de Cuenca.



Anexa ha dicho informe los datos obtenidos del sistema informático integrado de la Policía Nacional, fotos del domicilio donde habita el señor Luis Felipe Campos Arteaga y el niño Mathias André Campos y mapa de ubicación del domicilio.

De la misma manera, la autoridad central del Ecuador oficia a las autoridades de la Dirección General de Migración a fin de que se informe sobre el movimiento migratorio del niño Mathias André Campos y del señor Luis Felipe Campos Arteaga, debiendo dichos organismos remitir los informes respectivos a la autoridad central del Ecuador.

2. De la demanda interpuesta por la Autoridad Central del Ecuador.

Una vez que se ha efectuado la tramitación respectiva en cuanto a las investigaciones del paradero del niño retenido, el señor Guido Amauri Morquera Martínez, en calidad de Subsecretario de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social, presenta la demanda de restitución internacional de menores con fecha 06 de enero de 2017 ante el Juzgado de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cuenca, siendo el Juez Dr. Boris Esteban Ortega Ormaza quien conoce la causa.

Dentro de la demanda se solicita al juez lo siguiente:

- a)** Disponga la prohibición de salida del país del niño Mathias André Campos para asegurar su permanencia en el país durante el proceso judicial.
- b)** Disponga las acciones correspondientes a fin de lograr la restitución voluntaria del niño Mathias André Campos a su lugar de residencia habitual (Estados Unidos de América).
- c)** Resuelva la solicitud de restitución internacional del niño Mathias André Campos tomando en consideración la documentación presentada.



En el anuncio de prueba se presenta lo siguiente:

1. Expediente original de la solicitud de restitución internacional del niño Mathias André Campos, dentro del cual consta la siguiente documentación:
 - a. Informe de la ubicación e identificación realizado por la DINAPEN.
 - b. Oficio de remisión de providencia para el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.
 - c. Oficio solicitando la realización de investigaciones para la DINAPEN.
 - d. Oficio de remisión de providencia para el Ministerio del Interior.
 - e. Providencia realizada por la autoridad central del Ecuador.
 - f. Solicitud de restitución suscrita por la señora Camila López, madre del niño Mathias André Campos.
 - g. Copia del pasaporte del señor Luis Felipe Campos Arteaga.
 - h. Copia de cédula del señor Luis Felipe Campos Arteaga.
 - i. Solicitud de acuerdo con la Convención de La Haya (inglés y español).
 - j. Acta de nacimiento certificada del menor (inglés y español).
 - k. Citación para el señor Luis Felipe Campos Arteaga (inglés y español).
 - l. Petición de custodia a favor de la señora Camila López (inglés y español).
 - m. Recurso de Habeas Corpus (inglés y español).
 - n. Declaración del artículo 28 (inglés).
 - o. Documentación médica del niño Mathias André Campos en Queens Hospital Center.
 - p. Certificado de estudios del niño Mathias André Campos.
2. En testimonio de parte del señor Luis Felipe Campos Arteaga, padre del niño.
3. La intervención de la Oficina Técnica para la realización del informe bio-psico-social del niño Mathias André Campos.



El 09 de enero de 2017 se califica la demanda de clara y completa, y se acepta a trámite sumario la demanda de restitución internacional del niño Mathias André Campos y se dispone se realice la citación al demandado en la dirección indicada por la parte actora, es decir, en su domicilio.

Con fecha 13 de enero de 2017 se procede a efectuar la diligencia de citación al señor Luis Felipe Campos Arteaga por boleta, de modo que se procede a sentar el acta de citación.

A fojas 73-74 se encuentra el informe bio-psico-social realizado por la Oficina Técnica de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a cargo de la Licenciada Nancy Gavilanes Pando, dentro del cual se concluye que el niño Mathias André Campos tiene 6 años de edad, de nacionalidad estadounidense, se encuentra bajo la custodia del progenitor desde el 26 de junio de 2016 hasta la presente fecha esto es 01 de febrero de 2017, viviendo con su padre y familia ampliada paterna y adaptado de manera correcta a su nuevo hogar. La formación y desarrollo evolutivo del niño esta guiado por el progenitor, quien está cumpliendo con el ejercicio del rol parental de manera adecuada, por lo que no se evidencia que el niño se encuentre sufriendo maltrato o violencia dentro del núcleo familiar y en cuanto al ámbito emocional no se identifica ningún tipo de trastorno psicopatológico que se considere foco de atención.

El 01 de febrero de 2017 el señor Luis Felipe Campos Arteaga presenta su contestación a la demanda de restitución internacional en la cual manifiesta que “en ningún momento fue mi intención privar a mi hijo MATHIAS ANDRÉ CAMPOS de su derecho a regresar a su residencia habitual ubicada en la ciudad de Nueva York en los Estados Unidos de América junto a su progenitora. Por el afecto y cariño que tenemos mi hijo insistió en quedarse a mi lado, a tal punto que se puso a llorar y me abrazó fuertemente el día 01 de septiembre cuando empecé a arreglar su equipaje para su retorno a los Estados Unidos. (...). Así mismo quiero enfatizar que desde el momento en que se me citó con la solicitud de Restitución Internacional interpuesta en mi contra, he colaborado de manera plena con la Oficina Técnica de la Unidad Judicial



Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para la realización de los informes médico, psicológico y social de mi hijo de los cuales Usted podrá comprobar que el niño no se encuentra desprotegido, descuidado o en situación de indefensión. (...) expreso mi predisposición en el cumplimiento de las disposiciones legales para que mi hijo retorne a su domicilio o residencia habitual”.

Cumplido el término para contestar y habiendo sido presentada la contestación por parte del señor Luis Felipe Campos Arteaga dentro del tiempo que establece la ley, el Juez fija para el día 10 de febrero de 2017 a las 14h30 la audiencia única.

3. Audiencia Única.

En cuanto a las excepciones previas el demandado no ha planteado ninguna. Sobre la validez del proceso las partes han manifestado que no ha existido ningún vicio que altere la validez del mismo, que se ha respetado el debido proceso, el legítimo derecho a la defensa y el principio de seguridad jurídica, por lo tanto pide al juez que se continúe con la sustanciación del trámite declarando la validez del proceso.

Se determina como objeto de la controversia la restitución del niño Mathias André Campos al hogar de su madre la señora Camila López García, quien vive en la ciudad de Nueva York.

En la fase de conciliación se llega a un acuerdo de manera total, pues el señor Luis Felipe Campos Arteaga ha indicado que es su voluntad que su hijo Mathias André Campos retorne a su país de origen, es decir donde tiene su residencia habitual ya que jamás fue su intención retener al niño de manera ilícita buscando generar daños al mismo y a su vez la parte actora se compromete a mantener constantemente en comunicación a su hijo con su padre a través de los medios tecnológicos para que no pierda la relación afectiva con su progenitor.



Con este antecedente el Juez resuelve aprobar el acuerdo detallado en líneas anteriores:

- Se dispone que el señor Luis Felipe Campos Arteaga restituya de forma inmediata a su hijo Mathias André Campos al hogar de su madre en el estado de Queens en Nueva York, en un término máximo de 15 días, que sería hasta el 03 de marzo del presente año (2017).
- El pasaje de regreso a los Estados Unidos por acuerdo de los progenitores lo asumirá en su totalidad su madre, quien una vez que adquiera el pasaje dará aviso al juzgado, a fin de que su padre tome las medidas necesarias.
- Su padre asumirá los gastos que involucren el traslado de su hijo al aeropuerto en compañía de un Agente de la DINAPEN, quien informará que se ha cumplido con la restitución ordenada.
- Se dispone que la madre no rompa el vínculo afectivo que tiene el niño con su padre, tenga contacto con el mismo de forma continua.
- Se levanta la prohibición de salida del país del niño Mathias André Campos de forma inmediata y la de su padre una vez que el agente de la DINAPEN presente el informe.

Sobre la resolución del juzgador no existe ninguna impugnación por las partes. Una vez dictada la sentencia por el Juez Dr. Boris Ortega, las partes dan cumplimiento a lo dispuesto en la misma informando al juzgado que el niño Mathias André Campos viajará el día 03 de marzo de 2017 acompañado de una azafata de la aerolínea Avianca, para lo cual un agente de la DINAPEN acompañará al niño y al señor Luis Felipe Campos Arteaga hasta el aeropuerto con el fin de asegurar el retorno del menor donde su madre.

Conclusión y comentario.

Una vez que el caso ha sido analizado se colige que:



- a. Se ha cumplido con la presentación de la solicitud de restitución internacional que establece la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, ante la autoridad central de los Estados Unidos.
- b. La autoridad central del Ecuador realizó los trámites correspondientes para determinar el paradero del niño y de su padre, ordenando a los organismos respectivos a través de oficios se realicen las investigaciones necesarias para la búsqueda del niño y el padre, así como las medidas correspondientes para impedir que tanto el niño como el padre salgan del país.
- c. Los organismos intervinientes cumplieron de manera efectiva sus funciones generando resultados certeros y eficaces de los trabajos solicitados por la autoridad central.
- d. La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, en su artículo 12 dice que si el niño o niña se encuentra retenido por un período menor a un año la autoridad judicial o administrativa deberá ordenar la restitución inmediata del niño o niña. Retomando el caso analizado se verifica que aunque el niño Mathias André Campos, se encontraba adaptado a su nuevo hogar, como se manifiesta de los informes bio-psico-social y el psicológico, no podía negarse la restitución del mismo puesto que el tiempo que transcurrió desde que fue retenido hasta que se inició el procedimiento de restitución fue menor a un año (5 meses). Por esta razón el niño fue restituido de forma inmediata.
- e. Dentro del presente caso el padre del niño en ningún momento se opuso a la restitución de su hijo, sin embargo, la Convención de la Haya a la cual nos estamos refiriendo en su artículo 13 establece que la autoridad judicial o administrativa puede no ordenar la restitución del niño o niña siempre y cuando se demuestre que:



- Al momento de ser trasladado o retenido, la persona con quien vivía el niño o niña no contaba con el derecho de custodia o que la misma permitió el traslado del niño o niña.
- Cuando se demuestre que si el niño o niña es restituido sufrirá un grave peligro y riesgo en su desarrollo integral.
- Cuando el niño o niña se niegue a ser restituido siempre que el mismo tenga una madurez y edad apropiada para ser escuchada su opinión.

En el presente caso no se presentó ninguna de estas situaciones ya que como se dijo, el padre no se opuso a que su hijo regrese donde su madre.

- En cuanto al tiempo, no se cumplió con lo que establece el artículo 11 del Convenio, pues desde que se presentó la solicitud hasta que niño fue restituido donde su madre transcurrió 5 meses, cuando lo legal es que la autoridad judicial o administrativa tiene 6 semanas para emitir una decisión. Sin embargo, al respecto no se solicitó una declaración sobre los motivos de la demora por parte de la autoridad central de los Estados Unidos ni de la solicitante.

En conclusión, debo manifestar que el trámite de restitución internacional de acuerdo a lo que se encuentra regulado en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, es un trámite rápido y eficiente donde todos los organismos y autoridades competentes deben trabajar y cumplir sus funciones de manera prolija y responsable, con el propósito de buscar el bienestar del niño, niña o adolescente y lograr una inmediata restitución del mismo hacia su residencia habitual, asegurando los vínculos familiares de acuerdo a cada caso en particular. Sin embargo en la práctica no se cumple con aquello, existiendo demora en la tramitación y olvidando que de por medio está el bienestar de un niño, niña o adolescente. Se debe velar por sus derechos sin descuidar la aplicación del principio del interés superior del niño.



CONCLUSIONES

Al finalizar el desarrollo de la investigación se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

- La retención indebida puede provocarse no solo por uno de los progenitores, sino por cualquier persona que no tenga a su favor la patria potestad, tenencia, custodia, guarda o tutela del niño, niña o adolescente retenido.
- Al estar la retención indebida regulada en varios convenios de los cuales el Ecuador es suscriptor, los niños, niñas y adolescentes que sufran este tipo de retención están protegidos por la normativa nacional, así como por la internacional.
- Cuando se presenta un caso de retención indebida se debe solicitar la restitución del niño, niña o adolescente ante la autoridad central respectiva, siguiendo el trámite establecido en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre 1980.
- La restitución internacional de un niño, niña o adolescente debe ser de manera inmediata con el objeto de garantizar los derechos de los mismos de forma oportuna y eficaz.
- Cuando se solicite la restitución internacional de un niño, niña o adolescente, el juez deberá ordenar su restitución pudiendo también disponer lo contrario siempre y cuando se cumpla lo que establece la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre 1980.



- Los organismos competentes deben actuar con celeridad en sus funciones para lograr la inmediata restitución del niño, niña o adolescente velando por el interés superior del mismo.



RECOMENDACIONES

Corresponde ahora hacer mención de algunas recomendaciones principalmente, sobre la tramitación y procedimiento de restitución.

- Los procesos de restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes deberían ser más breves y ágiles, solo así existiría un correcto cumplimiento de los convenios internacionales.
- Los procesos de restitución necesitan de celeridad y urgencia en el trámite judicial como manera de garantizar los derechos de los cuales gozan los niños, niñas y adolescentes en todo tipo de trámite.
- Los procesos al ser prolongados generan incertidumbre a las partes solicitantes pues lo que se espera es una respuesta favorable e inmediata más aún si se trata de un caso en donde se encuentre afectado un niño, niña o adolescente.
- Cada organismo que participa dentro del trámite de restitución debería tener mayor agilidad y rapidez para cumplir con sus funciones de manera oportuna y eficaz.
- Es necesaria la existencia de una reforma procesal con la incorporación de un procedimiento propio y especial, caso contrario, los administradores de justicia deberán limitarse a cumplir con lo que establece las convenciones.
- Al contar con un procedimiento propio los jueces podrán tomar decisiones con celeridad adecuadas de un mecanismo de restitución.
- Con la implementación de una legislación procesal propia sobre restitución y con su aplicación, el principio del interés superior del niño se encontraría plenamente resguardado.



BIBLIOGRAFÍA

- Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Ecuador 1990-2011.* (enero de 2012). Obtenido de https://www.unicef.org/ecuador/Edna2011_web_Parte1.pdf
- Corte Nacional de Justicia, 158-2013 (Corte Nacional de Justicia. sala Especializada de la Familia, Niñez , Adolescencia y Adolescentes Infractores 28 de febrero de 2014).
- (04 de agosto de 2017). Obtenido de <https://onedrive.live.com/?cid=AC70AABF656C435D&id=AC70AABF656C435D%21260&parId=AC70AABF656C435D%21220&o=OneUp>
- La evolución de las normas internacionales sobre derechos de la infancia.* (05 de mayo de 2017). Obtenido de <https://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/La%20evolucion%20de%20las%20normas%20internacionales%20sobre%20derechos%20de%20la%20infancia.pdf>
- Acuña, F. (06 de abril de 2016). *El problema del incumplimiento de las visitas.* Obtenido de Estudio Jurídico "Abogados del Maule": <http://www.abogadosencurico.cl/incumplimiento-de-visitas/>
- Alessio, M. (07 de mayo de 2017). *DERECHO DE FAMILIA. PATRIA POTESTAD.* Obtenido de La Tenencia Compartida: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/07/16/la-tenencia-compartida/>
- Ba, D. (05 de mayo de 2017). *Familia y Derechos del Niño.* Obtenido de Humanium-ONG: <http://www.humanium.org/es/familia-derecho-nino/>
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental.* Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cabrera, J. P. (2009). *Visitas; Legislación, doctrina y Práctica.* Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Cano, S. (4 de agosto de 2017). *La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en derecho internacional privado español.* Obtenido de <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1>
- Carbonell, M. (2006). *Familia, Constitución y Derechos Fundamentales.* México: UNAM.
- Cárdenas, N. (30 de abril de 2017). *Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.* Obtenido de Doctrinas Referentes al Menor de Edad.: <http://www.eumed.net/libros->



gratis/2011a/913/DOCTRINAS%20REFERENTES%20AL%20MENOR%20DE%20EDAD.htm

- Castillo, S. (julio de 2016). *El Régimen de Visitas determinado mediante Resoluciones Judiciales y los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el Distrito Metropolitano de Quito, en el año 2016*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7947/1/T-UCE-0013-Ab-381.pdf>
- Catalán, M. (2011). *La Custodia Compartida*. Obtenido de <http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n%20Fr%C3%ADas.pdf>
- Cillero, M. (30 de abril de 2017). *Infancia, Autonomía y Derechos: Cuestión de Principios*. Obtenido de <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Retrieved from <http://www.igualdad.gob.ec/docman/biblioteca-lotaip/1252--44/file.html>
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Artículo 4*. Obtenido de <http://www.igualdad.gob.ec/docman/biblioteca-lotaip/1252--44/file.html>
- Constitución de la República del Ecuador. (1998). *Artículo 52*. Quito.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Artículo 341*. Obtenido de http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/co_nstitucion_de_bolsillo.pdf
- Dávila, W. (07 de mayo de 2017). *Resultado Legal*. Obtenido de Régimen de Visitas y Tenencia de Hijos.: <http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/>
- Echavarría, K. (07 de mayo de 2017). *Guarda y Custodia Compartida de los Hijos*. Obtenido de <http://digibug.urg.es/bitstream/10481/20323/1/20702863.pdf>
- Espín, J. (octubre de 2014). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la maternidad y paternidad responsable*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec:8080/bitstream/25000/3909/1/T-UCE-0013-Ab-194.pdf>
- García Mendez, E. (1992). *LA LEGISLACION DE MENORES EN AMERICA LATINA: UNA DOCTRINA EN SITUACIÓN IRREGULAR*. Obtenido de http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/la_legislacion_de_menores.pdf
- HCCH. (1980). *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Obtenido de <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>



- Ibarra, G. A. (04 de mayo de 2017). *Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Obtenido de <https://es.slideshare.net/samuelsejer/codigo-de-niez-y-adolescencia-ecuador>
- INCADAT. (27 de octubre de 1999). *Residencia habitual*. Obtenido de <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=221&lng=3&sl=1>
- Juanacio, S. (19 de octubre de 2011). *Situación Irregular vs Protección Integral*. Obtenido de <http://silviajuanacio.blogspot.com/2011/10/situacion-irregular-vs-proteccion.html>
- Lafont, P. (1994). *Interés superior del menor*.
- Ling, F. (07 de mayo de 2017). *Estudio Jurídico Ling Santos*. Obtenido de La Tenencia en el Código del Niño y el Adolescente Perú.: <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>
- López, J. (2011). *Adolescentes Infractores*. *derechoecuador.com*.
- Martinez, A. (1994). *Código del Menor y jurisdicción de familia*.
- Monrroy, M. (2011). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. Bogotá: Editorial ABC.
- Navarro, M. (Diciembre de 2015). *Repositorio Institucional UNIANDES*. Obtenido de El incumplimiento del régimen de visitas y la vulneración del principio del interés superior del niño: <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2374>
- Parra, J. (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Pietro, D. (27 de agosto de 2017). *Glocal Abogados*. Obtenido de La residencia habitual del niño y su centro de vida: <http://www.glocalabogados.com/la-residencia-habitual-del-nino-y-su-centro-de-vida/>
- Plataforma de infancia España. (20 de junio de 2017). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de http://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/la-convencion-de-los-derechos-de-la-infancia/?gclid=CMAZraPYzNQCFYVDhgod4ekN_w
- Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia. (02 de mayo de 2017). *¿Qué es la Doctrina de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes?* Obtenido de <http://www.snna.gov.py/articulo/134-qu-es-la-doctrina-de-proteccion-integral-de-los-nios-nias-y-adolescentes.html>
- Simón, F. (2009). *Derechos de la Niñez y Adolescencia, de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Cevallos.



- Suin, K. (marzo de 2016). *Universidad de Cuenca*. Obtenido de Tenencia Compartida: Solución o Conflicto:
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23668/1/tesis.pdf>
- UNICEF. (noviembre de 2014). *10 derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes*. Obtenido de
https://www.unicef.org/ecuador/booklet_derechos_bis.pdf
- UNICEF. (20 de junio de 2017). *Políticas Públicas y derechos*. Obtenido de
https://www.unicef.org/ecuador/policy_rights_17941.htm
- UNICEF. (04 de agosto de 2017). *Residencia Habitual*. Obtenido de
<https://onedrive.live.com/?cid=AC70AABF656C435D&id=AC70AABF656C435D%21260&parId=AC70AABF656C435D%21220&o=OneUp>
- UNICEF. (11 de mayo de 2017). *Restitución Internacional*. Obtenido de
https://www.unicef.org/ecuador/1_restitucion_internacional.pdf
- Villavicencio, R. (2016). *Universidad de Loja*. Obtenido de Establecer como causal de revocatoria de la tenencia de los hijos cuando el padre o madre a incumplido la sentencia, como medio que conserva las relaciones familiares.:
[http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/10178/1/TESIS Rocío del Cisne Villavicencio Guevara.pdf](http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/10178/1/TESIS%20Roc%20del%20Cisne%20Villavicencio%20Guevara.pdf)
- www.guiainfantil.com. (05 de mayo de 2017). *Reconocimiento de los Derechos de Niño*. Obtenido de <https://www.guiainfantil.com/1491/dia-internacional-de-los-derechos-del-nino.html>
- www.oas.org. (1989). *CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES*. Obtenido de
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>
- www.unicef.org. (Junio de 2010). *Ley N° 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños*. Obtenido de
http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Ley_13298.pdf
- Yáñez, E. (08 de mayo de 2017). *Régimen de Visitas*. Obtenido de RETENCIÓN INDEBIDA DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.:
http://derechoalasvisitas.blogspot.com/p/blog-page_15.html
- Zambrano, D. (2 de septiembre de 2008). Interés superior del niño y de la niña.
derechoecuador.com.