

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

[DOI 10.35381/cm.v11i2.1775](https://doi.org/10.35381/cm.v11i2.1775)

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en los procesos de tenencia

The right of children and adolescents to be heard in custody proceedings

María José Pauta-Rivas
ds.mariajpr95@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Santo Domingo, Santo Domingo de los
Tsáchilas
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-9775-9667>

Edwin Bolívar Prado-Calderón
us.edwinprado@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Santo Domingo, Santo Domingo de los
Tsáchilas
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-9809-1881>

Recibido: 20 de abril 2025
Revisado: 25 de mayo 2025
Aprobado: 15 de julio 2025
Publicado: 01 de agosto 2025

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

RESUMEN

El objetivo general de la investigación fue analizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en los procesos de tenencia. La modalidad aplicada en el estudio fue cualitativa. Se apoyó en la técnica de recolección de datos documental, manejando la recolección y análisis de una tipología documental-bibliográfica, mediante la cual se procede a revisar las leyes, boletines oficiales y artículos científicos. Se desarrolló la técnica de entrevista formal e informal, a tres informantes claves. Se concluye que, el incumplimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados e informados en los procesos de tenencia en el cantón Santo Domingo durante el año 2020 por parte de los operadores de justicia, pese a que estos derechos se encuentran reconocidos en la Constitución.

Descriptores: Derecho a la información; adolescente; justicia. (Tesauro UNESCO)

ABSTRACT

The overall objective of the research was to analyze the right of children and adolescents to be heard in custody proceedings. The study was qualitative in nature. It relied on documentary data collection techniques, involving the collection and analysis of a documentary-bibliographic typology, through which laws, official gazettes, and scientific articles were reviewed. Formal and informal interviews were conducted with three key informants. It was concluded that, despite these rights being recognized in the Constitution, justice operators failed to comply with the right of children and adolescents to be heard and informed in custody proceedings in the canton of Santo Domingo during 2020.

Descriptors: Right to information; adolescent; justice. (UNESCO Thesaurus)

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

INTRODUCCIÓN

La Convención Americana sobre los Derechos del Niño (1989), ha establecido que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. Por otro lado, el Código Civil ecuatoriano (2017), determinado de formas más profunda y realizando una segmentación por edad establece:

Artículo 21.- Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el cuerpo legal que se refiere a la tenencia de los niños es el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), y en el artículo 122 lo hace en los siguientes términos:

Artículo.122.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.

La tenencia, al estar revestida de gran responsabilidad encuentra incluso sustento en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que textualmente 18 indica:

Artículo.18.- Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

En tal sentido, la Corte Constitucional del Ecuador (2015), mediante sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, describe a la tenencia como una respuesta constitucional de garantizar a los niños, niñas y adolescentes, por encima de las discrepancias o desavenencias de sus padres, una convivencia armoniosa, segura y estable con su familia.

Cabe destacar que la normativa antes mencionada, señala expresamente que, previo a aplicarse las reglas, deberá oírse a la niña, niño o adolescente. Lo cual es una puntualización a la regla general que prevé el artículo 60 del CONA sobre el derecho de a ser consultados de las niñas, niños y adolescentes. Además, esta obligación que tiene la o el juzgador, obedece al derecho constitucionalmente reconocido de este grupo prioritario a ser consultados en los asuntos que les afecten de acuerdo con el inciso 2 del artículo 45 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados implica que aquellos puedan participar en todo procedimiento administrativo o judicial que los involucre. Así, a nivel internacional se encuentra consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), de la siguiente forma:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En la legislación procesal ecuatoriana, el Código Orgánico General de Procesos (2015), establece como una obligación “Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos”.

Recientemente la Corte Constitucional del Ecuador (2021), en sentencia No. 2691-18-EP/21, acogió cinco medidas que el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General No. 12 ejemplificó con relación al derecho prenombrado, estas son:

1) Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de que ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes. 2) Audiencia: el lugar donde se realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión. 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición. 5) Quejas, vías de recurso y desagravio: los niños, niñas o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. (p. 11).

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

El objetivo general de la investigación es analizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en los procesos de tenencia.

MÉTODO

La modalidad aplicada en el estudio es cualitativa. Según Molina (2019), el diseño cualitativo permite comprender fenómenos sociales y las personas implicadas en este, situación que se ha pretendido con el desarrollo de esta investigación. Apoyándose en la técnica de recolección de datos documental, manejando la recolección y análisis de una tipología documental-bibliográfica (Hernández Sampieri et al., 2014), mediante la cual se procede a revisar las leyes, boletines oficiales y artículos científicos. La presente investigación se desarrolla mediante la técnica de entrevista formal e informal, a tres informantes claves.

RESULTADOS

Este apartado detalla los resultados derivados de la implementación del método propuesto por los investigadores.

Entrevistado: Dr. Stalin Brito, en calidad de juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con sede en el cantón Santo Domingo. Explica que la tenencia es el cuidado que tiene uno de los progenitores cuando existe una separación, pudiendo ser tácita o judicial. Menciona que el derecho a ser escuchados de las niñas, niños y adolescentes se encuentra reconocido constitucionalmente, consistiendo en una obligación cuando estén involucrados sus derechos en algún proceso, para ello habrá de considerarse la edad del menor por su desarrollo natural. Al preguntarle la forma en la que él como juzgador garantiza el derecho previamente mencionado, señala que primero considera si se trata de un niño/niña o de un adolescente, después de aquello se realiza una valoración psicológica por dos razones: 1) conocer si tiene la edad necesaria para ser escuchado o no; y, 2)

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

saber si existe una interferencia por parte de los progenitores que invaliden la opinión del niño o adolescente. En caso de que el niño no puede ser escuchado de manera directa, existe la Resolución No. 10-2016, según la cual serán escuchados los familiares. En cuanto a si conoce las cinco medidas que el Comité de los Derechos del Niño estableció través de su Observación General No. 12 indicó que sí y que de aquello surge precisamente la Resolución No. 10-2016. Sobre el derecho de los niños a ser informados, menciona que se lo realiza en ciertos casos a través del equipo técnico y que él como juzgador consulta a la niña, niño o adolescentes, si decide o no quedarse durante el desarrollo de la audiencia y por lo tanto en la comunicación de la decisión final, para esto último indica que ya han sido capacitados. De los mecanismos que podrían emplearse para garantizar este derecho, menciona que es sumamente importante la obligatoriedad de la presencia del menor, ya que al final de la audiencia, realmente debería explicársele de forma más clara y directa por qué el juez ha tomado determinada decisión. Inclusive, destaca la importancia de que existan resoluciones de fácil comprensión en todos los juicios en que se decidan sobre derechos de las niñas, niños y adolescentes porque las resoluciones que se emiten de forma general son más técnicas y difíciles de entender para un menor.

Entrevistada: Dra. Lourdes Sánchez, Magister en Derecho Constitucional. Define a la tenencia como un derecho que tienen únicamente los padres para cuidar y proteger a los hijos. Del derecho de los niños a ser escuchados, expresa que es un derecho constitucionalmente garantizado y plasmado en el CONA, pero que pese a ello no siempre es bien aplicado por las y los juzgadores. Sobre si considera que las y los juzgadores correspondientes garantizan el mencionado derecho en los procesos de tenencia, expone que no todos, ya que muchas veces ni siquiera dan cumplimiento a escuchar a los menores de 12 años a través de los curadores, por lo que no se toma en cuenta el pensamiento de los niños y adolescentes. Al preguntarle si considera que es importante escuchar la opinión de los niños en los procesos de tenencia, menciona que

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

es especialmente en estos juicios en los cuales debe escuchárseles porque se decide prácticamente sobre la forma de vida de los niños y adolescentes. En cuanto a su conocimiento sobre las cinco medidas que el Comité de los Derechos del Niño estableció través de su Observación General No. 12 indicó que, de forma genérica. Al cuestionarle, si el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados comprende el derecho a que sean informados sobre el resultado del proceso, explica que sí, que deben tener absoluto conocimiento de todo el proceso, lo que incluye la decisión. En cuanto a los mecanismos que deberían aplicarse por las y los juzgadores a fin de que los niños sean informados del resultado del proceso de tenencia, menciona que, debería realizárselo a través de un equipo técnico, de la mano de un seguimiento psicológico constante. Respecto a si considera procedente que a fin de que se cumpla con el derecho a ser informados de los niños sea obligatorio su presencia al momento en que se emita la resolución, menciona que sí; mientras que, sobre la implementación de resoluciones de fácil comprensión dirigidas al menor, menciona que debería realizárselo, ya que, en el caso de los niños y adolescentes se debe tener aún más cuidado con que puedan entender la decisión adoptada por la o el juzgador.

Entrevistado: Dr. Wilson Paredes, Magister en Derecho Civil. Menciona que la tenencia por lo general es atribuida a la madre del menor. En cuanto al derecho de los niños a ser escuchados, indica que la Constitución reconoce este derecho en el artículo 44 y 45 de la Constitución, y que por lo general depende de la edad del menor. Sobre si considera que las y los juzgadores correspondientes garantizan el derecho de los niños a ser escuchados

en los procesos de tenencia, reflexiona que en ciertos casos sí, ya que se intenta salvaguardar a la familia del menor. Sobre su conocimiento sobre las cinco medidas establecidas en la Observación General No. 12, indicó que debe tratarse acerca de los principios aplicables para salvaguardar los derechos de los niños, como el de interés superior del niño. Al preguntarle si considera que es importante escuchar la opinión de

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

los niños en los procesos de tenencia, menciona que sí, debido a que ellos pueden tener una concepción distinta sobre su futuro y son ellos quienes conocen su situación. Al cuestionarle, si el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados comprende el derecho a que sean informados sobre el resultado del proceso considera que sí. En cuanto a los mecanismos que deberían aplicarse por las y los juzgadores a fin de que los niños sean informados del resultado del proceso de tenencia, menciona que primero debería capacitarse mucho más a las y los juzgadores para que conozcan de la importancia de informar al menor y que sea más sencillo para este último comprender la decisión adoptada. Respecto a si considera procedente que a fin de que se cumpla con el derecho a ser informados de las niñas, niños y adolescentes sea obligatorio la emisión de resoluciones escritas de fácil comprensión dirigidas al menor, menciona que sí, pero que debería ser una resolución adicional, ya que la resolución principal debería contener una fuerte carga argumentativa analizando pruebas aportadas y demás cuestiones que no serían sencillas comprender por una niña, niño o adolescente.

DISCUSIÓN

El ejercicio de la abogacía exige una constante preparación que abarca ir mucho más allá de lo establecido en el ordenamiento jurídico interno de determinado país, requiriendo que los profesionales del Derecho accedan a lo que se ha denominado globalización jurídica, a fin de que conozcan la jurisprudencia emitida por Cortes Internacionales, así como el contenido de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, mucho más cuando aquellos tienen un alto valor jurídico reconocido en las propias Constituciones internas. Aunado a esto, González Mantilla (2020) ha enfatizado:

[...] la enseñanza legal impacta la práctica legal, lo que tiene consecuencias en las instituciones y el sentido que los derechos adquieren en la realidad, de

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

manera que el tipo de formación jurídica y la práctica legal pueden servir para auspiciar o debilitar la posición que ocupen la justicia y los valores constitucionales en la sociedad. (p. 65).

Por otra parte, de las entrevistas efectuadas surgen ciertos puntos interesantes, entre ellos, la necesidad de una valoración psicológica al niño para conocer si tiene la “edad necesaria” para ser escuchado, de este criterio se desprenden dos aspectos a analizar: El primero radica en que más allá de la “edad necesaria” del niño como factor determinante, la valoración debe estar encaminada a examinar si aquel tiene la comprensión suficiente para formarse un juicio propio sobre el proceso de tenencia, lo que implica que pueda fundar opiniones desde muy temprana edad, incluso si no le es posible expresarlas verbalmente, por lo que la propia Observación General No. 12 (2009), al referirse al artículo 12 de la Convención, establece que el mismo:

[...] no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. (p. 9).

El segundo aspecto está relacionado con que la valoración psicológica no es una opción, sino que consiste en un deber hacer por parte de las y los juzgadores, de esta manera el Comité de Derechos del Niño (2009) dispone que es una obligación de los Estados partes:

[...] evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones.

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad. (p. 9).

En países como Argentina, la implementación de políticas públicas ha llevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a desarrollar proyectos como el de Fortalecimiento de Prácticas Institucionales para Garantizar el Derecho del Niño a ser Escuchado, en este se hace mención tanto al derecho de los niños a ser escuchados como al de ser informados y sobre este último se ha recalcado que constituye una garantía del valor que tienen las opiniones de los niños para la resolución de la causa. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina, 2018).

Las y los juzgadores pertenecientes a las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, son los llamados a garantizar los derechos de los niños y respetar los principios constitucionales por los cuales se rigen los mismos, entre ellos el de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, con relación al cual la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia No. 012-17-SIN-CC, 2017) ha resaltado:

Precisamente, lo que el constituyente ha instaurado en la Norma Suprema son una serie de postulados tendientes a garantizar que más allá de la situación familiar particular de cada niño, niña o adolescente, estos siempre cuenten con un responsable de su protección, en atención a su interés superior. (p. 44)

En todos los casos en los cuales, a través de un proceso judicial, se deciden sobre los derechos de una niña, niño o adolescente, aquel responsable de su protección es la o

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

el juzgador, por lo que el menoscabo al derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser informados constituye también por parte de los operadores de justicia en una vulneración a los principios de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia; y por consecuente al principio de interés superior del niño, ambos reconocidos en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador.

CONCLUSIONES

El incumplimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados e informados en los procesos de tenencia en el cantón Santo Domingo durante el año 2020 por parte de los operadores de justicia, pese a que estos derechos se encuentran reconocidos en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la normativa infra constitucional. Conduciendo por lo tanto a una vulneración de los principios de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia; y, al principio de interés superior del niño.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, en el desarrollo de la investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Asamblea General de Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://n9.cl/z2xc06>

Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Recuperado de <https://n9.cl/sia>

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2015) Código Orgánico General de

María José Pauta-Rivas; Edwin Bolívar Prado-Calderón

Procesos.2 - Suplemento - Registro Oficial N° 506 - viernes 22 de mayo de 2015.
Recuperado de: <https://n9.cl/z8haz>

Congreso Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro oficial 737 del 03 de enero de 2003. Suplemento del Registro Oficial 481, 6-V-2019.
<https://n9.cl/i3x89g>

Congreso Nacional. (2005). Código Civil. Codificación No. 2005-010. <https://n9.cl/02pjho>

Corte Constitucional del Ecuador. (10 de marzo de 2021). Sentencia No. 2691-18-EP/21. <https://n9.cl/20qbb>

Corte Constitucional del Ecuador. (10 de mayo de 2017). Sentencia No. 012-17-SIN-CC, Casos No. 0026-10-IN. 0031-10-IN v 0052-16-IN. <https://n9.cl/xraynl>

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de marzo de 2015). Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, Caso Nro. 0331-12-EP.

Gonzales Mantilla, G. (2010). La enseñanza del Derecho como política pública. *Derecho PUCP*, (65), 285–305.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.016>

Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, M. (2014). Metodología de la Investigación. (Quinta Edición ed.). México: McGraw-Hill.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina. (2018). Subsecretaría de Derechos Humanos. Trabajamos en la formación y fortalecimiento institucional en materia de Derechos Humanos y de derecho internacional humanitario.
<https://n9.cl/92zv0>

Molina, M. (2020). Hay otros mundos, pero están en este. Investigación cualitativa. *Revista Electrónica AnestesiaR*, 11(6),2. <https://doi.org/10.30445/rear.v11i6.780>

Naciones Unidas. (2009). Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 12. Ginebra, Suiza. <https://n9.cl/2wv9c>