

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**El principio de especialidad aplicado en los casos de tenencia de niñez
y adolescencia y su afectación al derecho de motivación**

Wilma Lizeth Machado Castillo

Tutor: Jhoel Marlin Escudero Soliz

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Wilma Lizeth Machado Castillo autora de la tesis intitulada “El principio de especialidad aplicado en los casos de tenencia de niñez y adolescencia y su afectación al derecho de motivación”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 31 de enero de 2018

Firma

Resumen

La presente tesis analiza la tenencia de menores desde una visión teórico-práctica, contrastándola con principios como el de especialidad, igualdad de armas y tutela judicial efectiva así como su relación con la motivación de resoluciones judiciales en esta álgida temática.

Al motivar una resolución judicial, el relato de los hechos debería ser capaz de contener más que sucesos y pruebas, los criterios y argumentos que han llevado al juzgador a adoptar la decisión sobre el caso o el incidente procesal de que se trate. De esta manera, cualquier persona que accede a la sentencia o resolución judicial puede comprender las razones del fallo e indirectamente ejercer un control social sobre tal decisión.

El análisis de las sentencias que se realiza en la presente investigación, permite determinar si existen o no intervenciones legítimas para este tipo de procesos, así como demostrar la motivación superficial que se hace por parte de los operadores de justicia en este tipo de proceso amparados en criterios eminentemente legalistas. Estos postulados son confrontados y sostenidos por la aplicación de los instrumentos, permitiendo asegurar y demostrar el bajo nivel de motivación en resoluciones de tenencia de niñas, niños y adolescentes en el Ecuador.

Dedicatoria

A mi hijo Emiliano por su existencia y su luz.

Agradecimientos

A Andrés, mi amor, mi compañero de vida, gracias por el apoyo y por dejarme ser.

A mis padres, Wilma y Guido, gracias por su ejemplo de amor incondicional.

Con gratitud especial al Dr. Jhoel Escudero por su guía y apoyo, por ser un profesional comprometido con los derechos y la justicia.

Índice de Contenido

Resumen	3
Índice de anexos	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO UNO.....	12
Motivación como derecho aplicable en materia de tenencia de niñez y adolescencia	12
1.1. La tenencia de la niñez y la adolescencia en el marco jurídico internacional y en la normativa ecuatoriana a la luz de la protección integral.	12
1.1.1 Marco jurídico internacional y ecuatoriano.....	15
1.2. La motivación desde la perspectiva doctrinal y normativa ecuatoriana.	25
1.3. Acercamiento sobre motivación en casos de tenencia de niñez y adolescencia.....	36
CAPÍTULO DOS	38
Los principios de especialidad, igualdad de armas y la justicia especializada en el derecho de tenencia de niñez y adolescencia.	38
2.1 Tutela efectiva como garantía de los derechos en materia de tenencia de niñez y adolescencia.....	39
2.2 El principio de igualdad de armas.	41
2.3. El principio de especialidad.....	43
2.4. El principio de especialidad en materia de tenencia de niñez y adolescencia en la normativa ecuatoriana.....	47
CAPÍTULO TRES.....	56
Las interpretaciones del principio de especialidad en casos de tenencia de niñez y adolescencia y su afectación al derecho a la motivación e igualdad de armas en el proceso judicial en Ecuador.	56
3.1. El principio de especialidad en la estructura de justicia en materia de tenencia de niñez y adolescencia en el Ecuador.....	56
3.2. El derecho de motivación y de igualdad de armas como parámetros de evaluación de las decisiones judiciales de materia de tenencia en relación al interés superior del niño.	61
3.2.1. Sentencia No. 021-11-SEP-CC de la Corte Constitucional para el período de transición dictada en el Caso No. 0317-09-EP.....	61
3.2.2. Sentencia No. 038-17-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 1737-12-EP.....	65

3.2.2.1 Análisis de Sentencia No. 038-17-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 1737-12-EP.....	67
3.2.3. Sentencia No. 064-15-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0331-12-EP.....	68
3.2.3.1. Análisis de Sentencia No. 064-15-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0331-12-EP.....	70
3.2.4 Sentencia No. 288-16-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0702-10-EP.....	72
3.2.5 Sentencia de fecha 17 de marzo de 2017 dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en la causa número 17203-2016-08280.....	76
Conclusiones.....	80
Referencias bibliográficas	84
Anexos.....	88

Índice de tablas

Tabla 1	16
Tabla 2	58
Tabla 3	59
Tabla 4	59
Tabla 5	59
Tabla 6	60
Tabla 7	60
Tabla 8	79

Índice de anexos

Anexo 1	88
Anexo 2	89
Anexo 3	90
Anexo 4	91

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se adentra en el campo de la justicia de menores, específicamente en el proceso para determinar la tenencia de un menor, así como la decisión judicial que al respecto se genera, dada la problemática consuetudinaria a la hora de motivar las sentencias en estos procesos por parte de los jueces, los que actúan en muchos casos con criterio dogmático- formalista.

En el primer capítulo, desde el contexto histórico, se analiza crítica y comparativamente a la institución de la tenencia de menores dentro del marco jurídico internacional y nacional, con precisión de las que pueden ser sus aristas principales desde el punto de vista regulatorio y con especial énfasis en el principio del interés superior del niño.

Posterior, en consecuencia con lo tratado, en el segundo capítulo se analiza inicialmente la noción de dos principios principales que gravitan en torno la justicia de menores donde no se puede eludir criterios de tutela judicial efectiva y el denominado principio de igualdad de armas a la hora de determinar y resolver casos donde se vean involucrados menores y su tenencia por parte de uno u otro progenitor. Además se toca la vinculación del principio de especialidad en temas de tenencia y su impacto en estos procesos

En el tercer capítulo, se analizan sentencias en casos de tenencia de menores donde se ve afectada el criterio de tutela judicial efectiva dada la visión de los jueces y su reglamentación normativa. Finalmente, se expondrán de manera crítica propositiva una serie de conclusiones que reflejarán la comprobación de la hipótesis general de esta investigación, y una serie de planteamientos en torno a los problemas identificados respecto al valor del precedente como fuente objetiva del derecho en Ecuador.

La investigación tiene un enfoque cualitativo de tipo descriptivo analítica exploratoria, documental. Los resultados que se generen como consecuencia de dicho análisis requerirán por su parte una verificación y evaluación desde la dimensión sociológica del sistema jurídico ecuatoriano, será fundamental para la comprobación empírica de la hipótesis de esta investigación que afirma que: El principio de especialidad aplicado en los casos de tenencia de niñez y adolescencia afecta al derecho de motivación.

Como objetivo la investigación pretende demostrar la afectación de la motivación por el principio de especialidad a través de las decisiones judiciales, se utiliza el método deductivo para el análisis teórico, y el método abductivo para el análisis de la práctica constitucional, con este antecedente se ha procedido a esquematizar esta investigación en tres capítulos.

CAPÍTULO UNO

Motivación como derecho aplicable en materia de tenencia de niñez y adolescencia

El presente capítulo aborda, en un primer momento, a la institución de la tenencia de menores dentro del marco jurídico internacional y nacional, con precisión de las que pueden ser sus aristas principales desde el punto de vista regulatorio y con especial énfasis en el principio del interés superior del niño.

En un segundo momento se describe la motivación de las resoluciones y sentencias judiciales desde sus bases teóricas y, posteriormente, en el ordenamiento y la jurisprudencia ecuatoriana, lo que sienta las bases para correlacionar ambos temas en base a principios y directrices que servirán para el estudio de los siguientes capítulos del trabajo.

1.1. La tenencia de la niñez y la adolescencia en el marco jurídico internacional y en la normativa ecuatoriana a la luz de la protección integral.

Un acercamiento a este fenómeno de la niñez y sus principales dificultades debe partir sin dudas de un análisis del contexto histórico cuando las mujeres comenzaron a reclamar sus derechos y por consiguientes el de sus hijos.

La lucha por lograr la igualdad surgió por primera vez durante la Revolución Francesa en 1789 donde las mujeres aclamaban que los pedidos de “libertad, igualdad y fraternidad” solo estaban dedicados a los hombres y a ellas se las dejaba a un costado, pero lamentablemente este intento resultó en vano.¹

El eco de la lucha por la igualdad no tuvo fronteras y cruzando el otro extremo del mundo, un movimiento liderado por Kate Sheppard, alcanzó lograr lo imposible cuando en 1893 Nueva Zelanda se convirtió en el primer país en permitir el sufragio femenino sin restricciones. Fue una medida adoptada semanas antes de que se hicieran las elecciones generales, aunque tuvieron que esperar las mujeres hasta 1919 para poder presentarse para cargos políticos.

¹ Margarita Haverl. La lucha de la mujer a lo largo de la historia. Bauness 2018, 23

En el caso del Ecuador la mujer reivindicó sus derechos según Sevilla², así: (...) Los derechos ciudadanos y en especial el de elegir y ser elegidas, fueron concedidos a las ecuatorianas mucho después que a sus compatriotas varones pero de forma temprana en el contexto latinoamericano. Así, obtuvieron el derecho a voto en 1929, antes que en ningún otro país en la región, mas, a diferencia de lo sucedido en otras naciones latinoamericanas, ello tuvo lugar sin que mediara la acción de un movimiento sufragista. Esto también fue influenciando en que la mujer adoptara posturas de reconocimiento respecto a su descendencia, sobre todo en la institución de la tenencia, cuidado y protección de menores.

También cabe analizar el sustento filosófico donde la humanidad cambia la perspectiva hacia los niños considerándolos como sujetos de derechos, pero esta batalla fue ardua y tomo muchos años para que se concientizara.

En el contexto greco-latino es el primero acercamiento sobre el que se tiene noción de lo que posteriormente se conoce como estatuto del niño, aunque aún no se concebía como individuo y mucho menos sujeto de derecho, recordemos los debatidos derecho de vida y muerte que sobre los mismos tenía el pater familia.

Según los filósofos griegos y sobretodo Aristóteles, el niño no está verdaderamente definido, pero es aprehendido por una especie de definición negativa: el que no habla, el que no trabaja, el que no está terminado. Aristóteles compara el niño a un animal, ya que no tiene la libertad de obrar según la razón "el alma del niño no difiere por así decirlo del de los animales. Este ser sin posibilidad de autodeterminación obra por lo tanto por impulsividad según el lenguaje psicológico moderno, por pulsiones.³

Por su parte en el denominado Siglo de las Luces, la proyección sobre el niño toma otro criterio sobre sus derechos después de haber pasado por el oscurantismo medieval que lo sumió en el olvido y discriminaciones que constituyeron una obstáculo estigmatizador.

Según refiere Russ⁴ (...) La posición del niño se modifica pues diametralmente ya que "no debe ser considerado ni como malogrado, ni reducido a devenir el adulto que

² Sevilla Naranjo, Rosita Alexandra, Las mujeres ecuatorianas: entre las prácticas y el discurso (1895-1929), 2001, 67

³ Jean Zermatten, El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico, 2003, 21

⁴ Russ J., Philosophie, Les auteurs, les oeuvres, Bordas, Mémo, Paris 2003, p. 227

lleva en él, debe ser pensado en relación a la estructura propia de la edad que tiene, a la vez, a su propia lógica.

Y no es sino a primeros del siglo XX que se pasa a la protección sanitaria obligatoria, en particular con las primeras campañas de vacunación (hacia 1930). Todo este periodo está sobretodo marcado al nivel del estatuto del niño y de la concepción que se tiene del niño como niño, miembro de un cuerpo, "de una célula" según la expresión consagrada, la familia. Las ideas de Rousseau han preparado el terreno, pero no han dado todavía al niño el estatuto que sólo encontrará al final del siglo XX.

Analizando lo que semánticamente se entiende por tenencia no es más que la ocupación y posesión actual de algo, este concepto se ha aplicado a varios campos de las ciencias sociales. Desde la perspectiva jurídica, la "tenencia" es un concepto multidimensional que alude a varias instituciones. Por ejemplo, la tenencia viene a ser uno de los elementos de la posesión en tanto que constituye el acto de detentarla *per se*,⁵ de modo que el simple tenedor de un bien no es ni su poseedor ni, por ende, su propietario, según se interpreta también del artículo 715 del Código Civil.⁶ Sin embargo, cuando la tenencia se refiere a los menores de edad, adquiere otro significado, aunque es válido aclarar que el legislador ecuatoriano no la ha definido explícitamente.

A pesar de lo expuesto, según el artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es posible deducir que la tenencia de los menores de edad es el encargo sobre el cuidado y crianza de estos a uno de los progenitores, sin que ello presuponga alterar el ejercicio de la patria potestad⁷. A su vez, conviene precisar que, según determina el artículo 105 del propio Código:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipadas, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos [sic] de conformidad con la Constitución y la ley.⁸

Como se puede apreciar de las normas mentadas, la patria potestad es el concepto general del cual derivan otros, entre ellos, el de tenencia, esta última que procede para la

⁵ Clemente Soto, *Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil* (México: Limusa, 2010, 9ª ed.), 192.

⁶ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 715.

⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003, art. 118.

⁸ *Ibíd.*, art. 105.

asignación de la custodia y crianza del menor de edad respecto a uno de sus progenitores, generalmente cuando no existe acuerdo de los padres o este puede resultar atentatorio a los intereses de la niña o del niño.

Cuando existe la separación o divorcio de los progenitores, estos pueden decidir de consuno quién de las dos partes se quedarán bajo el cuidado y protección de los menores, al no existir conciliación será el Juez competente quien decidirá la tenencia, precautelando el interés superior del niño.

La definición de Ibáñez- Valverde entiende que lo hijos no deben convertirse en el “botín de guerra” de los padres. La tenencia correctamente analizada, permite a los padres divorciado llegar a un acuerdo razonable en el cuidado de los hijos.

Esta situación genera en los menores estados ansiosos y confusos en el sistema paterno y/o materno filial, e impide una interacción fluida en la etapa post-separación conyugal, momento en que se cimienta un nuevo estilo relacional, entre padres e hijos.⁹

La tenencia en otras legislaciones es conocida también como guarda, custodia o tuición, está última la define Edmundo Fuchslocher como: “Tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad” (FUCHSLOCHER, 1983, pág. 245).

Por tanto, en el Ecuador está mal empleado el término “tenencia” para los casos referentes a menores; tal es así que el borrador informe del primer debate de la “Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la niñez y adolescencia” del año 2017, le empieza a dar el tratamiento en su título tercero con el término de “Cuidado”

1.1.1 Marco jurídico internacional y ecuatoriano.

El tema de los derechos de la niñez y la adolescencia ha tenido un tratamiento progresivo en las normas internacionales, al punto de que en la actualidad se consolida de modo eficaz y cada vez más amplio, no obstante, durante muchos siglos no se contó con instrumentos especializados al respecto.

⁹ Marc Steffen. Coparentalidad post-separación conyugal un paradigma familiar de tuición compartida chileno. Tesis para optar al grado académico de magíster en ciencias de la educación con mención en: orientación familiar, relaciones humanas y familia. Chile (2002).

Tabla 1

Evolución normativa internacional del derecho de tenencia de la niñez y adolescencia

Convención o tratado	Fecha	Artículos relacionados con la tenencia	Aportes o criterios de interés
Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño	28 de febrero de 1924	Todos sus artículos, aunque indirectamente	Constituyó el primer paso hacia el reconocimiento internacional de los derechos de la niñez y la el deber de garante de las personas adultas para con ellos,
Declaración Universal de Derechos Humanos	10 de diciembre de 1948	Art. 25	Los padres debían prodigar a los menores dada su situación de vulnerabilidad, cuidados y asistencias especiales
Declaración de los Derechos del Niño	20 de noviembre de 1959	Principios 6 y 7	Da la atención paterno-filial como regla, sin desconocer el papel de protección y garantizador del Estado para con los menores. Introduce el concepto de interés superior del niño como principio rector de su educación y orientación adecuada.
Convención de La Haya	25 de octubre de 1980	Arts. 5 y 13	Distingue entre el derecho de custodia y el derecho de visita en cuanto a la determinación y los efectos de la tenencia de los menores.
Convención sobre los Derechos del Niño	20 de noviembre de 1989	Arts. 3.1., 9 y 10	Consagra el principio del interés superior del niño como rector de todos los derechos y deberes relacionados con los menores de edad. Plasmando la no separación como dogma.

Fuente: ONU. Elaboración: Wilma Lizeth Machado Castillo

Como referentes históricos, cabe apuntar que en las etapas primitivas el niño no era sujeto de derecho, sino más bien un objeto de derecho que pertenecía al padre, y no fue sino hasta la Revolución Francesa, que reconoció el derecho a la igualdad de todos los seres humanos, cuando los niños fueron tenidos en una condición jurídica mucho más favorable.¹⁰ Farith Simón señala que, si bien se advierten atisbos de regulaciones para los derechos de la niñez en el mundo, solo después de la segunda mitad del siglo XX es que

¹⁰ Lucila Cristina Yanes Sevilla, “El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016), 10, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4981>

se toma una real conciencia del problema y se centra la institución de la familia en el niño desde una visión igualitaria e integral.¹¹

Esto implica tres formas de interpretar la infancia: una como receptáculo de las experiencias; otra, donde comparten las experiencias entre sí y, una tercera, donde niñas y niños pueden transmitir al resto del grupo social sus propias experticias sobre la vida. Estas configuraciones de la cultura no las concebimos como excluyentes, afirmar eso sería un absurdo reduccionista, no se trata de determinar si una cultura u otra es post, cooprefigurativa.¹²

El primer antecedente importante fue la aprobación en 1924 de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, por la Liga de las Naciones (antecedente de la actual Organización de Naciones Unidas). De manera general, dicho instrumento constituyó el primer paso hacia el reconocimiento internacional de los derechos de la niñez y, sobre todo, de la responsabilidad de las personas adultas para con ellos, las que debían ofrecer a los niños las condiciones necesarias para su desarrollo, la protección efectiva de sus carencias más acuciantes, la prohibición de su explotación y el entorno educativo más apropiado.¹³

Para 1948 se aprobó la conocida Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En su artículo 25 se consagró la idea de que los menores de edad debían recibir cuidados y asistencias especiales, de acuerdo con su condición.¹⁴ De manera más específica, en 1959 la propia Asamblea aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, enfocada especialmente en la no discriminación de los menores y el reconocimiento expreso de ciertos derechos inalienables como el de la educación, la salud y la protección especial.¹⁵

Resulta interesante mencionar en este punto el denominado Control de Convencionalidad, lo cual es una doctrina de la Corte Interamericana de Derechos

¹¹ Farith Simon Campaña, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Vol. I, (Cevallos: Editora Jurídica, 2008), 31-38.

¹² Jerry Chacón, *Antropología e infancia. Reflexiones sobre los sujetos y los objetos*. 2015, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592015000300007

¹³ Liga de las Naciones, *Declaración de los Derechos del Niño*, 1924, párr. primero-quinto, <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>

¹⁴ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 25, 217 A (III).

¹⁵ ONU Asamblea General, *Declaración de los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1959, principios 1-10, 1386 (XIV).

Humanos, establecida en el caso *Almonacid Arellano v. Chile* del año 2006, en virtud de la cual la Corte ha determinado que los jueces nacionales y otras autoridades deben ejercer una “especie de control de convencionalidad”, a fin de asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos del sistema interamericano de los cuales el Estado afectado sea parte¹⁶

No obstante, para adentrarse en la materia objeto de la presente investigación, no podría hablarse apropiadamente de tenencia de niños y adolescentes sin que se mencione el instrumento internacional más emblemático dictado al respecto: la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por las Naciones Unidas. En él se consagra un principio que ha devenido rector de todas las políticas y normas jurídicas de los Estados para proteger a los menores: el interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1.:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.¹⁷

Se debe acotar que una correcta interpretación del principio del interés superior del niño implica que este tiene derecho a que, previo a tomar una decisión sobre él, las autoridades tanto judiciales como administrativas adopten medidas que promuevan y protejan sus derechos. En palabras más breves: el principio de interés superior del menor es equivalente a la protección efectiva de sus derechos.¹⁸

El interés superior del niño también presupone la necesidad de que los Estados adecuen sus normas sustantivas y procesales a la plena satisfacción de los derechos de los menores. Se estima que todas las instituciones jurídicas actuales vinculadas a ellos tienen como sustento dicho principio, que es el que posibilita a los jueces también la toma de sus decisiones en armonía con la mentada Convención. De ahí que el principio de interés superior del niño debe entenderse igualmente como garantía, según la conceptualización de Ferrajoli, quien sostiene que son “como vínculos normativos idóneos para asegurar

¹⁶ Moreno Rodríguez Diego. Una mirada escéptica al control de convencionalidad 2016. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/entrevistas/Diego-MorenoR-Entrevista-Control-Convencionalidad.pdf>

¹⁷ ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 3.1., 44/25.

¹⁸ Yanes Sevilla, “El interés superior del niño”, 31.

efectividad a los derechos subjetivos [...]”¹⁹, lo que constituye una interpretación novedosa y singular de este tema.

Ahora bien, es notorio que la mentada Convención sobre los Derechos del Niño no establece normas específicas sobre la tenencia de los menores de edad, pero de la lectura de sus artículos 9 y 10 se pueden extraer algunas pautas. Así, el artículo 9 consagra el derecho del niño a no ser separado de sus padres – quienes lógicamente son sus tenedores legítimos – salvo que por aplicación del principio de interés superior del menor resulte otra solución, además de que en caso de separación de los progenitores se debe adoptar un fallo que concilie la tenencia a favor de uno de ellos sin perjuicio de que el menor pueda mantener contacto directo con el otro.²⁰ La Convención señala en su artículo 10 que debe analizarse de forma positiva, humanitaria y expedita cualquier petición formulada por el niño o por sus padres dirigidos a la reunificación familiar, en base al mismo principio citado.²¹

De las disposiciones precitadas se infiere que la tenencia del menor obedecerá siempre a una decisión fundada en los mejores intereses de este, partiendo de que es primordial que el niño viva con sus padres y mantenga contacto directo con estos en caso de que solo uno detente su custodia; también se puede entender que la movilidad del niño respecto al hogar de sus padres si estos no vivieran juntos, se apoya en criterios de reunificación²² y el fortalecimiento de tales relaciones humanas, centrado en la institución de la familia.

Es oportuno señalar que existen otros instrumentos internacionales que, si bien no son específicos sobre la tenencia de menores, establecen disposiciones puntuales que serían dignos de revisión. Por ejemplo, el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, más conocido como Convención de La Haya, de 25 de octubre de 1980, establece normas con vistas a garantizar la restitución de los menores a sus tenedores legítimos, a la vez que vela por el adecuado respeto a los derechos derivados de la tenencia de niños y adolescentes en todos los Estados que lo hubiesen suscrito. Dicho Convenio parte de fijar la residencia habitual del menor como punto de inflexión para el reconocimiento de sus derechos en materia de tenencia; sin

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, (Madrid: Trotta, 1997, 2ª ed.), 846.

²⁰ ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 9.

²¹ *Ibíd.*, art. 10.

²² Paloma Beltrán, (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? Boletín de la Familia N° 11-2009-UNIFE FACULTAD DE DERECHO, 60.

embargo, no especifica cómo se definiría dicha “residencia habitual”,²³ lo que podría ser motivo de futuras infracciones no encuadrables o difícilmente asimilables al sentido del Convenio.²⁴

Dicho Convenio, también hace una distinción entre el derecho de custodia y el derecho de visita, entendido el primero como “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia” (artículo 5 a), lo que propiamente se conoce como tenencia),²⁵ mientras que el segundo se explica en “el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual” (artículo 5 b).²⁶ Se trata de dos instituciones diferentes pero relacionadas entre sí por el concepto de tenencia del menor, a la vez que se relaciona con la comunicación del niño con sus padres, y viceversa.

Asimismo, el Convenio protege en mayor medida el derecho de custodia o tenencia en sentido estricto, al establecer un conjunto de reglas en las que prevalece la acción dirigida a que el progenitor que tenga aquél por disposición legal o por cualquier otra causa legítima, pueda ser capaz de recuperar al menor o adolescente, salvo que ello implique violación de derechos humanos o de libertades fundamentales, de manera que se protege el interés superior del menor, noción que si bien no aparecía consensuada en esa época se vislumbra en tales normas.²⁷

En el contexto ecuatoriano se reconoce que el interés superior del niño es el principio inspirador de las normas jurídicas sustantivas y adjetivas que guardan relación con sus derechos y la satisfacción de sus necesidades, antes de adentrarse específicamente en la tenencia sería conveniente precisar cómo el ordenamiento jurídico ecuatoriano regula ese principio.

En tal sentido, se observa que el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia consagra el principio del interés superior del menor en los siguientes términos:

²³ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, 25 de octubre de 1980, art. 5.

²⁴ Sin embargo, se conoce sobre la existencia del Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre Argentina y Uruguay, aprobado en 2012, cuyo artículo 3 define la residencia habitual como el Estado donde el menor tiene el centro de su vida. Esta definición, al decir de Mercado (2013), es mucho más clarificadora, pero no deja de ser vaga por la introducción de un nuevo concepto extrajurídico: “centro de vida”.

²⁵ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre menores*, art. 5 a).

²⁶ *Ibíd.*, art. 5 b).

²⁷ *Ibíd.*, art. 13.

Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento [...]²⁸

Como se puede apreciar, la estimación del principio del interés superior del menor es multidimensional, pues abarca varios ámbitos que van desde el reconocimiento de sus derechos hasta la obligación de todas las autoridades e instituciones de protegerlos en sus actos y decisiones. Asimismo, el mentado principio es supra-ordenador, pues se utiliza como patrón interpretativo de todo el 12.

Tras un bosquejo del propio Código, se advierten normas importantes que sirven de complemento al principio del interés superior del niño, como el derecho a ser oídos y consultados en asuntos que puedan afectarle directa o indirectamente (artículo 60),²⁹ la preeminencia de sus derechos respecto a los de otros que estuvieren en conflicto (artículo 12),³⁰ entre otros.

La Corte Constitucional del Ecuador también se ha referido al interés superior del niño en múltiples sentencias, entre las que puede mencionarse la siguiente:

Decidir en razón del principio de interés superior del niño, implica dar un peso específico e importante en el proceso de toma de decisiones a la condición de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, cuya personalidad se halla en desarrollo, implica también el orientar la decisión a lograr el mayor estatus de protección de sus derechos en el corto, mediano y largo plazo, teniendo en cuenta la situación en la que se encuentran. Por último, requiere de quien adopte la decisión el considerar en conjunto los derechos y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes, sin hacer por ello, que los primeros estén condicionados al cumplimiento de las segundas, sino que más bien, éstas sirvan para construir una personalidad equilibrada y una ciudadanía responsable.³¹

De lo anterior se desprende que cualquier análisis sobre los derechos de menores de edad pasa por el tamiz de la consideración de estos como grupo vulnerable, cualquier decisión a tomar debe tener efectos progresivos en el tiempo en relación con el bienestar de los menores, y los deberes de los niños no pueden interpretarse como limitantes a sus derechos, sino un complemento que les dota de una capacidad especial para su

²⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 11.

²⁹ *Ibíd.*, art. 60.

³⁰ *Ibíd.*, art. 12.

³¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 048-13-SCN-CC”, en Caso 179-12-CN y acumulados, 04 de septiembre de 2013

exigencia.³² Además, todo ello supone la introducción de una idea o principio que se relaciona con el de interés superior: el de “protección integral”.

Se entiende por protección integral de la niñez y la adolescencia la doctrina que “reconoce al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos y establece a su vez las responsabilidades públicas en la garantía de los mismos”.³³ Esta idea de la protección integral aparece desarrollada preliminarmente en la Constitución de la República del Ecuador, aunque sobre bases muy sólidas; así, el artículo 44 inciso segundo de aquella habla del desarrollo integral del menor y lo define como:

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.³⁴

Por otro lado, la administración de justicia en materia de niñez y adolescencia se encuentra especializada para poder prestar una mejor atención a sus necesidades, en orden a lo que prevén los artículos 175 y 186 inciso tercero de la propia Constitución. Ello no obsta para que se estime de plano que todos los mecanismos de protección de aquellos se encuentran creados a ese fin en la jurisdicción especializada, de manera que puede existir colisión de derechos y la perentoriedad de acudir a otras vías para la solución de conflictos que puedan presentarse. Esta idea será profundizada en otros epígrafes de este trabajo.

Adentrándonos específicamente en el tema de la tenencia de los menores de edad, podría decirse también que la Constitución ecuatoriana vigente sienta un criterio que todavía no se encuentra desarrollado a plenitud en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: la corresponsabilidad materna y paterna:

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo [...].

³² Enrique Varsi, *Tratado de Derecho de Familia, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Tomo I. Lima: El Búho e.i.r.l (2011)

³³ Cristian Munduate, “Presentación”, en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, ed. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / UNICEF, 2010), xi.

³⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 44.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos [...].³⁵

En efecto, cuando se analiza el tema de la tenencia en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, se concibe como una responsabilidad dividida en roles, de modo que se atribuye a las autoridades judiciales competentes la posibilidad de confiarla a solo uno de los progenitores, como indica el artículo 118 de dicho cuerpo legal. Ahora bien, el artículo 106 se refiere a reglas del ejercicio de la patria potestad, aplicable a casos de tenencia.

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
 - 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
 - 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
 - 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
 - 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
 - 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.
- La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.³⁶

En primer término, se privilegia la escucha de la opinión de la persona menor de edad, y esta será determinante para que el juez adopte una decisión sensata. No obstante, sin perjuicio de velar por el interés superior del menor, se preferirá el acuerdo de los padres en ese sentido; a falta de ello, tratándose de menores de 12 años se preferirá a la madre, salvo que se pruebe que esto es nocivo, pero cuando sobrepasa dicha edad se hará

³⁵ *Ibíd.*, art. 69.

³⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 106.

una valoración más amplia de las capacidades emocionales, psicológicas y de otra índole de los progenitores para decidir a cuál se le confiará la tenencia, aunque siempre se tiene preferencia por la madre. Por último, si nada de ello fuera posible, el juez tiene potestad de determinar la tenencia del menor a un tutor, en aras de precautelar sus derechos, sobre todo, que se le pueda proteger integralmente.

Se insiste en determinar los caracteres de la tenencia compartida, que se sustenta en tres principios esenciales: el interés superior del menor (ya tratado); corresponsabilidad parental, que también se reconoce en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño como la equivalencia de las responsabilidades de ambos progenitores sobre su hijo o hija;³⁷ igualdad, el cual protege a las personas de la discriminación por cualquier causa y obliga al Estado a fijar mecanismos que impidan que este principio – también derecho humano – se afecte.³⁸

La sentencia No. 021-11-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición en el Caso No. 0317-09-EP resume de manera clara los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir a cuál de los progenitores se les debe encomendar legalmente la tenencia del menor:

La doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.

El interés superior del niño o niña: El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.

La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del/la niño/a.

La presunción de "el/la dador/a de cuidados básicos": Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir, el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los /las niños/as.³⁹

De ello se desprende con mayor claridad que, por aplicación también del derecho a la no discriminación por motivo de género, no se trata de que la autoridad judicial encomiende ciegamente a la madre la tenencia del hijo, sino a aquél progenitor que

³⁷ ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 18.

³⁸ Kleber Iván Suin Cajamarca, "La tenencia compartida: solución o conflicto" (tesis de grado, Universidad de Cuenca, 2016), 52-8, <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23668/1/tesis.pdf>

³⁹ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, "Sentencia 021-11-SEP-CC", en *Caso No. 0317-09-EP*, 1 de septiembre de 2011, 11-2.

demuestre mejores condiciones para cumplir con el mandato de cuidado del infante y su protección integral.

1.2. La motivación desde la perspectiva doctrinal y normativa ecuatoriana.

Según Sarango, “la exigencia de motivación de las sentencias tiene relación directa con el principio del estado democrático de derecho y con una concepción de legitimidad de la función judicial [...]”.⁴⁰ En efecto, sociedades como la romana no imponían ese deber a los magistrados porque suponían que la dignidad que ostentaban era suficiente para dar por válidas y sostenibles sus decisiones. No fue sino hasta el triunfo de la Revolución Francesa de 1789 en base a la desconfianza que suscitaban las decisiones de los jueces y el afianzamiento del ideal de libertad y control social, que se instauró el deber de motivar las decisiones judiciales amparadas también en lo que se conoce como bloque de constitucionalidad⁴¹

La necesidad de la motivación surgió inicialmente como necesidad de protección de una garantía procesal exclusivamente hacia el administrado, y posteriormente llegó a ser el agente principal en cuanto a la creación de Derecho porque a través de los numerosos recursos (nulidad, injusticia notoria, segunda suplicación y casación) que se interpusieron desde los fundamentos aportados en las sentencias se generó una necesidad para el juzgador y, por ende, para el legislador, como era manejar una doctrina de referencia para todas las personas y para todos los casos en el fondo y en la forma.⁴²

Es de entender que aunque en la práctica parece haber una diferencia entre juez ordinario y juez constitucional, ambos están obligados por norma a motivar sus resoluciones sin que esta obligación pueda soslayarse en aras de tiempos o voluntades extrajudiciales, se necesita un Juez más pro activo, que argumente, que no necesariamente aplique un silogismo

⁴⁰ Hermes Sarango Aguirre, “El debido proceso y el principio de motivación de las resoluciones / sentencias judiciales” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 69, <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/422/1/T627-MDE-Sarango-El%20debido%20proceso%20y%20el%20principio%20de%20motivaci%C3%B3n%20de%20las%20resoluciones....pdf>

⁴¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El debido proceso: derecho procesal constitucional*, (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004), 407-9.

⁴² Braulio Díaz Sampedro, La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica. *Revista Foro*, Nueva época, núm. 5/2007: 59-85

En el caso ecuatoriano, el requerimiento se vuelve de extrema importancia por cuanto el desarrollo jurisprudencial es el que debe definir las precisiones jurídicas sobre qué normas convencionales, consuetudinarias y principios generales del derecho internacional integrarían el bloque o se proyectarían como normas de rango y valor constitucional; más aún cuando en el caso en cuestión hay dos posturas que admitirían, i) en una postura amplia la inclusión de todos los instrumentos internacionales y no solamente los tratados según los artículos 3, 11.3 y 426; mientras que en ii) una postura más delimitada haría la distinción entre instrumentos y tratados internacionales, según los artículos 424 y 425 en cuanto al bloque de constitucionalidad.⁴³

Es importante también reconocer en el desarrollo de la tesis la jurisprudencia como fuente del derecho, la misma Corte Constitucional ya ha venido diciendo desde el 2010 que sus decisiones dependiendo el escenario podrían llegarse a ubicar al mismo nivel de la propia Constitución⁴⁴.

La motivación se concebía entonces como el núcleo del silogismo de una sentencia, es decir, el razonamiento donde la premisa mayor era la norma jurídica, la premisa menor resultaba el hecho establecido por medio de las pruebas, y la conclusión constituía una consecuencia jurídica concreta.⁴⁵ Sin embargo, esta noción fue superada por la certeza de que la motivación era un proceso intelectual más complejo y no se reducía a aquello, además de confluir con máximas de la experiencia, principios generales del Derecho, entre otros elementos.

Al motivar una resolución judicial, el relato de los hechos debería ser capaz de contener más que sucesos y pruebas, o sea, los criterios y los argumentos que han llevado al órgano juzgador a adoptar la decisión sobre el caso o el incidente procesal de que se trate. De esta manera, cualquier persona que accede a la sentencia o resolución judicial

⁴³ Paul Cordova, El bloque de constitucionalidad en la interpretación constitucional 2015. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/1/el-bloque-de-constitucionalidad-en-la-interpretacion-constitucional>

⁴⁴ Carolina Schiele Manzo, La Jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia, 2016, <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>

⁴⁵ Tarsicio Jañez Barrio, *Lógica jurídica: hacia una argumentación jurídica*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1997), 189-91.

puede comprender las razones del fallo e indirectamente ejercer un control social sobre tal decisión.⁴⁶

De la Rúa ofrece un concepto muy interesante sobre la motivación que es capaz de encerrar múltiples elementos: “La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión [...]”.⁴⁷ Si bien se refiere a la sentencia como instrumento jurídico que pone fin a los procesos judiciales, es obvio que tales matices son perfectamente aplicables a cualquier resolución o acto administrativo que deba dictarse en cualquier proceso donde se decidan sobre los derechos de las personas.

Respecto a la motivación, Igartua hablaba de dos finalidades básicas: la de ser un instrumento procesal y la de constituir una garantía político-institucional; primero, porque constituye una herramienta utilizada por los jueces para sustentar sus fallos de manera más o menos esquemática o visible, y segundo, porque posibilita a las partes, a los órganos judiciales superiores y a la ciudadanía en general verificar si se cumplen en un caso concreto los principios o pautas motivacionales (entiéndase, argumentativas, como luego se explicará) en pro de la justicia.⁴⁸

Castillo realizó una síntesis de las funciones constitucionales del deber de motivar las resoluciones. A tales efectos reconoció dos: la función endoprocesal y la función extraprocesal. Para él, “la función endoprocesal de la motivación permite un control técnico de la decisión judicial que puede ser desarrollado por las partes en litigio (control privado) como por los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional)”,⁴⁹ mientras que la función extraprocesal constituye la dimensión socio-política de la motivación que supera los límites del proceso y analiza el impacto de las decisiones en el ámbito social propiamente.⁵⁰

⁴⁶ José María Asencio Mellado, “La apreciación de la aplicación del derecho y la motivación de las resoluciones judiciales”, en *Realismo jurídico y experiencia procesal*, ed. Manuel Serra Domínguez (Barcelona: Atelier Libros, 2009), 179-80.

⁴⁷ Fernando de la Rúa, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Depalma, 2001, 4ª ed.), 148.

⁴⁸ Joaquín Igartua, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), 61-4.

⁴⁹ José Luis Castillo Alva, “Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales”, *University of Fribourg, Suiza*, 8 de octubre de 2014, 6, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf

⁵⁰ *Ibíd.*, 19-21.

Es claro entonces que la exigencia institucional de la motivación es un imperativo de las sociedades contemporáneas, pues garantiza la comprensión y sustentabilidad de lo que se decide u ordena y encierra también un fundamento democrático, pues a través de dichas decisiones o actos jurídicos se controla la actuación judicial por medio de una especie de rendición de cuentas para con la ciudadanía, dada sobre todo en la publicidad de tales instrumentos y la posibilidad de ser invocados en casos análogos con carácter vinculante.

Bedón, por su parte, indicó que la motivación requería la concurrencia de dos criterios básicos: un criterio de verdad y un criterio de validez. El criterio de verdad se relacionaba con la búsqueda de la realidad de los hechos del debate jurídico en un caso concreto y debería ser verificable de las aseveraciones del órgano juzgador, en un sentido convincentemente lógico; por otro lado, el criterio de validez suponía la concatenación de todas las afirmaciones derivadas de la aplicación del criterio de verdad de una manera comprensible.⁵¹

Irving y Cohen sistematizaron determinados principios lógicos necesarios para calificar un razonamiento como correcto, a saber: principio de identidad, por el cual se entiende que cualquier afirmación que se contenga a sí misma es veraz;⁵² principio de contradicción, en cuya virtud una afirmación no puede ser contraria a sí misma;⁵³ principio del tercero excluido, por medio del cual una afirmación es verdadera o falsa en un mismo instante, pero no cabe otra opción;⁵⁴ principio de razón suficiente, que obliga al órgano juzgador a exponer cuáles fueron las razones que le llevaron a dar por cierto o falso un enunciado cualquiera;⁵⁵ entre otros.⁵⁶

⁵¹ Notas para la cátedra de Lógica Jurídica (inédito), 2008, párr. 10-8. Archivo Gustavo Bedón Tamayo, PUCE y UDLA, Quito.

⁵² Por ejemplo, si se afirma que el acusado dio muerte a la víctima, se entendería también que la causa de la muerte de la víctima fue la acción homicida del acusado.

⁵³ Si se dice que un por medio de un contrato de compraventa de bienes muebles se transfirió el dominio de la cosa a otro, no se puede decir luego que este último no ha adquirido dicha cosa por un justo título.

⁵⁴ Al afirmar que una persona tenía un cargo determinado, se da por verdadera esta expresión, y entonces es falsa la expresión que señala que dicha persona no ostentaba ese cargo, sin que quepa otra alternativa en el proceso interpretativo del fenómeno.

⁵⁵ Por ejemplo, el juez afirma que, a través del contrato, una parte se obligó a entregar una cosa mueble y la otra a pagar un precio determinado por ella en el mismo momento que la recibiera, y seguidamente explica que le consta por el sentido literal de las palabras de la primera cláusula de dicho contrato escrito, de las cuales gramaticalmente no es posible interpretar algo distinto, basado también en el precepto legal que fija las reglas de interpretación de los contratos.

⁵⁶ Irving M. Copi y Carl Cohen, *Introducción a la lógica* (México: Limusa, 2010, 2ª ed.), 22-3.

Espinosa planteaba que la motivación debía tener cinco rasgos distintivos: ser “expresa, clara, completa, legítima y lógica”.⁵⁷ Sobre el carácter expreso de la motivación, adujo que se manifestaba especialmente en la expresión puntual de las bases o fundamentos de la decisión o acto, mientras que la claridad se refería a la posibilidad de entender lo que deseaba transmitir el juzgador, siempre por medio de un estilo nada ambiguo. Asimismo, señaló que la motivación sería completa si abarcaba tanto los hechos como el derecho aplicable; legítima, si las pruebas que la sustentaban eran legales y válidas, y finalmente, lógica, si podían discernirse los principios esenciales que guiaran al camino propuesto por el motivador.⁵⁸

En efecto, en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, la motivación se concibe como un derecho de protección, contenido a su vez dentro de las garantías del derecho a la defensa de cualquier persona y del debido proceso. El artículo 76 numeral 7 inciso l) de dicho cuerpo normativo señala textualmente que:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.⁵⁹

Se coincide en cuanto a que fue notorio y progresivo que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 previera una consecuencia clara desde el punto de vista jurídico para las resoluciones carentes de motivación, esto es, la nulidad absoluta, pues evidentemente un fallo inmotivado afectaría el derecho a la defensa de las personas.

Como se puede apreciar del precepto citado, la motivación *ab initio* depende de tres factores cardinales: los fundamentos de hecho que sirven de base al caso concreto, los fundamentos de derecho relacionados con el tema y el establecimiento de un nexo lógico entre ambos, de modo que, si uno de ellos no está presente, en principio, se provocará la nulidad de la sentencia, acto administrativo o resolución. En el ámbito

⁵⁷ Karla Verónica Espinosa Cueva, “Motivación de las resoluciones judiciales de casación civil y laboral dentro del debido proceso” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 61, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/379/1/T682-MDP-Espinosa-Motivaci%C3%B3nde%20las%20resoluciones%20judiciales%20de%20casaci%C3%B3ncivil%20y%20laboral%20dentro....pdf>

⁵⁸ *Ibíd.*, 62-4.

⁵⁹ Ecuador, *Constitución*, art. 76.7.

judicial general, este deber se les impone a los juzgadores por el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, al decir:

4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.⁶⁰

Otras normas infra-constitucionales se refieren a la motivación también. Se tiene que el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos la describe como:

Artículo 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.⁶¹

La redacción inicial de la norma se asemeja a la que contiene el artículo constitucional previamente citado, pero es notorio que incorpora otro elemento, a saber: la necesidad de que los fundamentos fácticos y jurídicos se expresen en relación con las pruebas que han servido de sustento al establecimiento de los hechos y a la declaratoria de aplicación del derecho; sin embargo, es curioso – y contraproducente – que se limite el alegato de falta de motivación única y exclusivamente como fundamento o causal de un recurso vertical como el de apelación o casación, pues la Constitución fue bien clara al expresar, sin diferencia alguna, que toda resolución debía ser motivada bajo pena de nulidad, por lo que hay una clara omisión en el mentado precepto del Código Orgánico General de Procesos.

Es por ello que la tarea de un juez constitucional excede los límites de un juez ordinario en el momento de efectuar su motivación, pues tiene mayor espectro o alcance para clarificar un aspecto controvertido del proceso puesto a su conocimiento.

Algunas de las manifestaciones de la autonomía de los jueces consisten en la competencia que estos tienen para llenar los vacíos legislativos, determinar los efectos de sus decisiones, renovar o transformar la jurisprudencia, declarar nuevos principios

⁶⁰ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, art. 130.4.

⁶¹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 89.

constitucionales a través de su interpretación y ejercer otro tipo de competencias con cierta discrecionalidad sin que se coarte la creatividad de los razonamientos.⁶²

La rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional.⁶³

En otro sentido, la tesis argumentativa del Derecho ha sido interpretada como una ruptura del silogismo tradicional, por cuanto se aparta de las reglas y se acerca más a los principios como articulaciones del sistema de construcción motivacional (García y Silva 2017).⁶⁴ En la jurisprudencia comparada podría citarse para ilustrar este punto la sentencia T-233 de 2007 de la Corte Constitucional de Colombia, cuando expresó:

La motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla del derecho. Ademán, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad.⁶⁵

Ahora bien, el tema de la argumentación, según la teoría propuesta por Atienza, supone seguir una estructura lógica, pero una lógica no tradicional donde se dé cuenta tanto del aspecto sintáctico como del aspecto semántico y pragmático del fenómeno. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, frente a un caso difícil, se pueden establecer cuatro posibles problemas jurídicos: problemas de relevancia (para discernir la norma aplicable al caso), problemas de interpretación (para elucidar cómo se entiende la norma aplicable),

⁶² Natalia Bernal Cano. Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho. 2013, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000100012

⁶³ Luis Prieto Sanchis, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Universidad de Castilla La Mancha, España*, 2000, 173, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142025.pdf>

⁶⁴ Pedro Antonio García Obando y Alonso Silva Rojas, "La argumentación en el Derecho: más allá del silogismo, más allá de las reglas, más cerca de los principios", *Revista Filosofía UIS*, (16), No. 1 (2017): 41-2.

⁶⁵ Colombia Corte Constitucional, "Sentencia T-233-07", en *Expediente No. T-1498919*, 29 de marzo de 2007, apdo. 5, párr. 9.

problemas de prueba (para esclarecer el hecho base del caso) y problemas de calificación (cuando hay un posible error de subsunción).⁶⁶

El tema de la argumentación en su relación con la motivación en la jurisprudencia ecuatoriana no ha tenido, sin embargo, un enfoque acabado como demostraremos *a posteriori*. Se destaca en este ámbito la sentencia No. 956 de 28 de agosto de 2013 dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia en el caso No. 449-2010, al hablar de los posibles errores de motivación formal en los que una sentencia podía incurrir:

1) Falta de motivación, que se da ante la “ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho” pudiendo ser ésta total o parcial, lo que dependerá de si falta uno o todos los elementos antes descritos para que exista motivación; 2) Falsa motivación, que se dará cuando las razones en las que el Juez fundamenta su decisión no concuerdan con la objetividad probatoria, o con la legalidad jurídica; 3) Motivación ambigua, que es aquella presentada de manera tan confusa, que “es difícil determinar con precisión cuáles fueron las consideraciones del funcionario judicial para juzgar en el sentido en que lo hizo”; y 4) Motivación contradictoria, que es aquella en la que las razones que el juez tiene para llegar a su decisión, son opuestas una a la otra, dando como resultado que su confrontación acarrearía la destrucción de ambos razonamientos.⁶⁷

La doctrina ha consolidado las ideas anteriores en tres variantes llamadas “vicios de motivación”: ausencia de motivación, defecto de motivación y exceso de motivación, las que son abordadas por Escobar y Vallejo.⁶⁸

La ausencia de motivación es quizás la más sencilla de comprender, pues se pone de manifiesto cuando el órgano juzgador omite expresar las razones de hecho, las normas o principios aplicables al caso, y/o la forma en que estos se interrelacionaron para adoptar un fallo determinado. Eso no quiere decir, como tradicionalmente se ha entendido, que en todo caso se requiere una vasta argumentación de las razones que llevaron al juzgador a tomar un camino equis, como bien señaló la sentencia T-709/10 de 8 de septiembre de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia:

⁶⁶ Manuel Atienza, *Las razones de derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México: Universidad Autónoma de México, 2005), 211-2.

⁶⁷ Ecuador Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, “Sentencia 956”, en *Juicio No. 449-2010*, 28 de agosto de 2013, 6.

⁶⁸ Juliana Ángel Escobar y Natalia Vallejo Montoya, “La motivación de la sentencia” (tesis de grado, Universidad EAFIT, Medellín, 2013), 71-84, <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5456/LA%20MOTIVACION%20DE%20LA%20SENTENCIA.pdf?sequence=2>

De esa forma, mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastarán para dirimir el caso; en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va a adoptar. En todo caso, siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos entorno de los cuales gira la controversia y si es del caso, aducir la razón jurídica por la cual el fallador se abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración.⁶⁹

El defecto de motivación no implica la ausencia total de la motivación, sino solo parcial, y puede darse cuando: 1) aparentemente la decisión está sustentada, pero tras una lectura integral se aprecia que faltó la lógica de los argumentos porque estos son genéricos y no precisan la pertinencia de su aplicación al caso; 2) de los tres elementos necesarios para la motivación, se nota la ausencia de al menos uno de ellos; y 3) se falla tomando en cuenta normas inconstitucionales, derogadas, irreales o no aplicables al caso, o se valoran las pruebas sin sujeción a las reglas de la sana crítica.⁷⁰

Por último, el exceso en la motivación es cuestionado también por cierto sector de la doctrina, pues consiste en un desmesurado e innecesariamente extenso abordaje de las razones que llevaron al órgano juzgador a actuar de determinada manera que, a la postre, resulta superfluo y vago. La afectación aquí existe si la sentencia constituye un precedente *a posteriori*, ya que la complejidad de identificar la verdadera *ratio decidendi* dificulta la aplicación de dicho precedente en un caso futuro; no obstante, cabe señalar que, conforme a los procedimientos actuales, no hay modo de revocar una sentencia por tal motivo ya que en realidad sí hubo motivación, cuya falta o defecto sería la única causa de nulidad admisible. Se refuerza esta idea con el criterio de suficiencia de la motivación ya evaluado antes, y en el derecho comparado se advierte incluso que es el que más fuerza cobra; por ejemplo, el Acuerdo Plenario No. 6-2011/CJ, de 6 de diciembre de 2011 del Plenario del Poder Judicial de Perú señala:

La suficiencia de la misma [refiriéndose a la motivación] –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La

⁶⁹ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia T-709-10”, en *Expediente No. T-2690952*, 8 de septiembre de 2010, apdo. 4, párr. 18.

⁷⁰ Juliana Ángel Escobar y Natalia Vallejo Montoya, “La motivación de la sentencia”, 78.

extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia.⁷¹

La Corte Constitucional del Ecuador le ha dado al asunto de la motivación una interpretación mucho más precisa. Por ejemplo, la sentencia No. 227-12-SEP-CC dictada en el caso No. 1212-11-EP señaló:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga la razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuar a (sic) los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto [...]⁷²

En cuanto a la razonabilidad, la sentencia No. 225-16-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 1953-15-EP indica que “hace referencia a la determinación o señalamiento de las fuentes en la decisión judicial impugnada, las cuales sirvieron al juzgador o juzgadores para fundamentar su resolución [...]”⁷³ y más adelante señala que “al haber ausencia de normas legales aplicables al caso concreto, la motivación de la resolución judicial impugnada carece del requisito de razonabilidad [...]”.⁷⁴ Incluso, la sentencia No. 116-16-SEP-CC dictada en el caso No. 0555-12 de la propia Corte señala que “la razonabilidad consiste en que las decisiones emitidas por la autoridad competente deben ser fundamentadas no solo en principios constitucionales y en normas infra-constitucionales sino también deben estar sustentadas de manera sensate enmarcándose en la naturaleza del proceso [...]”.⁷⁵

Según la mentada sentencia No. 225-16-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 1953-15-EP, el segundo requisito de la motivación es la lógica.

⁷¹ Perú Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario No. 6-2011/CJ-116*, 6 de diciembre de 2011, § 3, apdo. 11, <http://studylib.es/doc/4916015/acuerdo-plenario-n%C2%B06-2011>

⁷² Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, “Sentencia 227-12-SEP-CC”, en *Caso No. 1212-11-EP*, 21 de junio de 2012, 14.

⁷³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 225-16-SEP-CC”, en *Caso No. 1647-13-EP*, 20 de julio de 2016, 29.

⁷⁴ *Ibíd.*, 31.

⁷⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 116-16-SEP-CC”, en *Caso No. 0555-12-EP*, 13 de abril de 2016, 10.

Este requisito tiene relación directa con la vinculación de los elementos ordenados y concatenados, lo que permite elaborar juicios de valor en el juzgador al momento de emitir una resolución en base a las circunstancias fácticas que se presentan en cada caso; éste debe regirse sobre los hechos puestos a consideración con el fin de que mediante la recurrencia de las fuentes del derecho aplicables al caso, se pueda obtener una sentencia con un adecuado criterio jurídico.⁷⁶

La comprensibilidad, por su parte, se define como “el hecho de que los operadores judiciales y juzgadores garanticen el entendimiento y comprensión directa de la decisión judicial a través del uso de un lenguaje claro”.⁷⁷

Según se advierte de todo lo expuesto, la motivación se presenta desde muchas aristas y tiene perspectivas distintas en cada cuerpo jurídico e interpretación judicial o jurisprudencial que se haga; sin embargo, son sus elementos distintivos la necesidad de precisar los antecedentes fácticos del caso o cuestión, los fundamentos normativos que le son aplicables, y debe explicar el modo en que se correlacionan unos y otros sobre la base de los principios de la argumentación jurídica, de manera que conduzcan a vislumbrar los criterios de razonabilidad, comprensibilidad y lógica.

Como corolario, y en vista de que en la práctica cotidiana no existe un modelo preestablecido para la motivación de decisiones judiciales y se carece de formularios o guías didácticas a ese fin, por su singularidad se hace referencia a César Augusto Higa Silva, peruano que sugiere una metodología muy elemental para lograrlo y que se compone de los siguientes ítems: 1) identificar la hipótesis que se requiere probar en el caso; 2) identificar los hechos que se estiman relevantes dentro del conjunto para establecer el hecho base final; 3) precisar los medios de prueba que se utilizarán para justificar la verdad de los hechos relevantes, una vez establecidos; 4) analizar los atributos de los medios de prueba que asegurarían que cada hecho relevante se encuentre demostrado; y 5) argumentación de las reglas aplicadas para pasar de los hechos relevantes al hecho base final del fallo, lo que no supone que existan categorías cerradas, pues caben normas, principios, reglas, axiomas, etc.⁷⁸

⁷⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 225-16-SEP-CC”, 30.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ César Augusto Higa Silva, “El deber de justificar (racionalmente) la cuestión fáctica de un caso: ¿es suficiente establecer el deber de motivar la sentencia para que los jueces cumplan con esa labor o es necesario que tengan una metodología que les permita realizar esa tarea?”, en *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, ed. Pedro Grández y Félix Morales (Lima: Palestra Editores, 2013), 390-2.

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional crea derecho objetivo y aquella se amplía por la generación dinámica de sus precedentes. El sistema de fuentes jurídicas es modificado y convalidado por sus pautas que aseguran la vigencia de decisiones preestablecidas.

Según Barboza⁷⁹, por su parte, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la jurisprudencia y la doctrina no tendrían el carácter de "fuentes autónomas -esto es, productoras de normas jusinternacionales, sino de fuentes a las que el Tribunal puede recurrir para mejor discernir los perfiles de normas provistas por las fuentes principales". La jurisprudencia tendría así solo una función "especificadora.

1.3. Acercamiento sobre motivación en casos de tenencia de niñez y adolescencia.

Tras una pesquisa preliminar de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no se advierte una sentencia que se refiera explícitamente al tema de la motivación en casos de tenencia de niñez y adolescencia, si bien no es menos cierto que algunas - escasas - tratan el tema de la tenencia y otras - abundantes - el de la motivación, pero sin conectar ambas instituciones en un silogismo funcional.

Por ejemplo, la sentencia No. 021-11-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición en el Caso No. 0317-09-EP, si bien estableció pautas reveladoras sobre la tenencia de los menores de edad y reconoció la vulneración del derecho del menor a tener una familia, no hace una reflexión puntual de la motivación de las resoluciones judiciales en ese sentido.⁸⁰ En esta y otras sentencias sobre el tema de la motivación que han sido citadas previamente, se puede constatar la ausencia de algún pronunciamiento clarificador.

Quizás el principal problema, *a priori*, estriba en la aplicación extensiva que se le ha hecho al criterio de especialidad que reconoce la Constitución de la República del Ecuador de 2008 respecto a las competencias jurisdiccionales en materia de niñez y adolescencia, específicamente en sus artículos 175 y 186 inciso tercero, que rezan:

Art. 175. [...] Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente

⁷⁹ Julio Barboza., Derecho Internacional Público, Víctor P. de Zavalía, 2008. 54

⁸⁰ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, "Sentencia 021-11-SEP-CC", en *Caso No. 0317-09-EP*, 1 de septiembre de 2011, 16-9.

capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.⁸¹

Art. 186. En cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales.⁸²

Esta situación ha llevado al rechazo *in limine* o *a posteriori* de las demandas en las que se alegan, más allá de simples cuestiones de tenencia, violaciones a los derechos constitucionales de los menores, específicamente en relación con los principios del interés superior del niño y de protección integral. En todos los casos se echa de menos una clara motivación de semejante proceder, lo que podría deberse precisamente a la ausencia de un criterio definitorio sobre el tema por parte de la Corte Constitucional, de manera que urge pronunciarse al respecto para sentar las bases mínimas que lo permitan. Sin embargo, este tema se abordará con mayor profundidad en el Capítulo tres del presente trabajo.

⁸¹ Ecuador, *Constitución*, art. 175.

⁸² *Ibíd.*, art. 186.

CAPÍTULO DOS

Los principios de especialidad, igualdad de armas y la justicia especializada en el derecho de tenencia de niñez y adolescencia.

El actual Capítulo aborda inicialmente la noción de dos principios que gravitan en torno la justicia de menores donde no se puede eludir criterios de tutela judicial efectiva y el denominado principio de igualdad de armas a la hora de determinar y resolver casos donde se vean involucrados menores y su tenencia por parte de uno u otro progenitor.

Ahora cabe cuestionarse estos principios cuándo entran en el proceso y que finalidad tiene su uso, al respecto Ávila Santamaría⁸³ sostiene que es una norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación. También han sido vistos como mandatos de optimización

Pueden haber situaciones en las que factores de "protección" que afectan al niño (que pueden implicar, por ejemplo, limitaciones o restricciones de derechos) hayan de valorarse en relación con medidas de "empoderamiento" (que implican el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones). En esas situaciones, la edad y madurez del niño deben guiar la ponderación de los elementos. Debe tenerse en cuenta el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez.

Resulta interesante lo planteado por Mazzinghi⁸⁴ al hablar sobre las tendencias o lo que él denomina desvíos en el papel de los padres al debatir sobre la tenencia:

1. Los hijos como objeto de disputa. Es fundamental que, en todo caso, jueces y abogados procuren discernir, con la máxima agudeza de que sean capaces, los verdaderos motivos que inspiran las posiciones antitéticas sostenidas en un debate judicial.
2. No es raro que la tenencia de los hijos sea buscada no tanto como ocasión de cumplir la responsabilidad asumida por ambos cónyuges al contraer matrimonio, sino como índico demostrativo de la propia actitud o de la propia inocencia y consiguientemente de la culpabilidad o ineptitud del otro.
3. Tenencia a declinar la responsabilidad.

⁸³, Ramiro Ávila Santamaría, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Primera Edición, julio 2009, p. 27.

⁸⁴ Juan Alberto Mazzinghi, (2006). Tratado de Derecho de Familia. Argentina: Fedye.p.76

2.1 Tutela efectiva como garantía de los derechos en materia de tenencia de niñez y adolescencia.

Inicialmente al hablar de tutela, nos viene a la mente casi siempre una especie de paternidad subrogada cuando los titulares no poseen la capacidad de asunción o esta les ha sido privada por decisión judicial. En este sentido la doctrina alemana sugiere que es una satisfacción efectiva de los fines del derecho para preservar la paz social mediante la vigencia y cumplimientos de mandatos y normas jurídicas "el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido ni obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes"⁸⁵

Es menester apropiarse de la afirmación de que la tutela judicial efectiva, surge de la vulneración de un derecho, he allí la necesidad de que se dé la composición de una Litis, que no es más que una contradicción entre las partes consistente en diferentes posturas y argumentos, que a su criterio son válidos, es por ello la necesidad de la existencia de un Juez que tenga un conocimiento cabal de la realidad del asunto con respecto a lo tipificado⁸⁶

Este concepto nace o al menos se tiene referencia de su uso en normas legales en la Constitución Española de 1978 en su artículo 24, en tanto y en cuanto ya la doctrina europea había comenzado a hablar del derecho a presentarse en órganos jurisdiccionales a fin de obtener amparo y respuestas sobre sus pretensiones al decir de Hurtado Reyes⁸⁷ Aunque hay autores que lo sitúan primero en el denominado principio pro actione del derecho romano que aplicaban los pretores, luego en 1215 en la Carta Magna de Inglaterra y posteriormente la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Ya en la Constitución Italiana de 1947 se daba una clara toma de postura al respecto en su Art. 24 dispone que: "Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado de procedimiento.

⁸⁵ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de 4 de mayo de 2011, dentro del expediente 118, publicado en el Registro Oficial Suplemento 336, de 18 de Septiembre del 2012

⁸⁶ Gabriela Lilia Medina Jordan "La tutela judicial efectiva y el principio dispositivo del debido proceso". UNIANDES 2017 p. 87

⁸⁷ Martin Hurtado Reyes "Tutela jurisdiccional diferenciada" 2006. Lima. Editores, p. 36

La introducción de este derecho constituyó sin duda alguna una convulsión jurídica para las administraciones de justicia, sobre todo en materia rituarial o procesal, llevando de la mano garantías constitucionales objetivadas que hacían que las decisiones judiciales y los accesos a las mismas tuviesen implantado un medidor o filtro que antes no existía y se basaba solo en el libre albedrío judicial.

Se ha hablado incluso del denominado efecto paraguas de la tutela judicial efectiva, pues la misma actúa como refuerzo de protección a otras garantías de naturaleza procesal en caso de que no tuviesen respaldo o cobertura constitucional. En la perspectiva del efecto irradiante que le incumbe como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva se proyecta también en la interpretación y aplicación de las normas por los tribunales.

El derecho a la tutela judicial efectiva está compuesto por:

- a) el derecho de acceder a los órganos de justicia, el cual implica universalidad, gratuidad, igualdad y debido proceso
- b) obtener una sentencia motivada y congruente.
- c) que la sentencia se ejecute de manera efectiva.
- d) derecho al recurso legalmente previsto. Es decir para que sea realmente efectiva esta tutela que empieza con el acceso a los órganos de justicia, debe concluir con una decisión posible y materialmente ejecutable.⁸⁸

Según Aguirre ⁸⁹(...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el origen de la tutela judicial ha dictaminado que es propia de un sistema de derecho occidental que involucra a la vieja Europa de costumbre romano-germana, como una respuesta al derecho surgido en Britania o Common Law. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XVIII, se aprobó que, “Toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos.” Quedando con esta Declaración incorporada la tutela judicial en Latinoamérica.

⁸⁸ Magali Deyanira López Montero, Tutela judicial efectiva en la ejecución de sentencias expedidas por la corte interamericana de derechos humanos contra Ecuador. Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar 2013. 87

⁸⁹ Vanesa Aguirre Guzmán, “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, Revista de Derecho Procesal, N° 14, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2010, p. 12

Este principio en cuestión de menores se ha discutido mucho, pues es un principio en constante análisis con el ánimo de evitar exceso en un tema tan álgido como los menores, por lo que se le llamado como un derecho incluso de nivel macro que protege derechos mínimos consagrados. De allí que la principal contradicción este en lo que se denomina garantía formal de tutela y garantía de tutela efectiva, siendo la primera la protección estatal como función de garante y la segunda simbiosis de tutela más fines superiores, entiéndase libertad, dignidad, seguridad jurídica. Siendo su concreción la función de los jueces en la administración de justicia.

Otro de los puntos donde se hacen más visibles el principio de tutela judicial efectiva en tema de tenencia de menores es en la posibilidad que deben sostener los Estados de lograr a través de políticas y proyecciones que lo menores sean escuchados en los procesos en los que intervienen o en están en juego sus intereses, siendo así que la importancia de estas opiniones no deben quedar en la formalidad. Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación.⁹⁰, sin que se entienda que resulta obligatorio que el menor vierta su criterio, aquí se apela al principio volitivo siendo este sujeto de derecho y no está sometido a criterios de derechos de vulnerabilidad y provisión respecto a los adultos.

2.2 El principio de igualdad de armas.

Existe un cuestionamiento importante cuando de menores hablamos, y es que el cómo medir que exista realmente una tutela judicial efectiva y hacia que parte se puede decantar el juez en caso de una gran similitud en argumentos y material de probanza; en este aspecto conviene acercarse a lo que la doctrina conoce como principio de igualdad de armas.

Fernández⁹¹ refiere que el principio de igualdad de armas implica equilibrio en las posiciones de las partes procesales, equivalencia de oportunidades, homogeneidad

⁹⁰ Huertas Martín, Isabel, “El derecho a la Tutela judicial efectiva sin indefensión”, en Cuadernos y Debates, No. 187, Madrid, Asociación de letrados del Tribunal Constitucional, p. 334-340, 2008.

⁹¹ Whanda Fernández León, “El mito de la igualdad de armas”, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/el-mito-de-la-igualdad-de-armas>

razonable de medios e identidad de facultades para el desempeño de sus respectivos roles, con la finalidad constitucional de equiparar las desventajas reales del acusado, frente a la posición privilegiada del ente acusador.

Este principio consiste en reconocer a las partes que comparecen en un juicio (acusación y defensa) las mismas “armas”, los mismos medios de ataque y de defensa, las mismas posibilidades jurídicas a la hora de definir y defender sus respectivos puntos de vista.

En segundo término, exige también la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre partes. En el proceso debe existir además, la necesidad de la contradicción y equilibrio entre las partes⁹²

Por su parte Zavala Baquerizo⁹³ sostiene que sostener la igualdad procesal o de armas tiene como fin evitar que las partes procesales tengan privilegios, evadiendo la favorabilidad, dejando de lado los derechos de la otra parte.

Similar postura asume Prieto-Castro⁹⁴ cuando refiere que el principio de igualdad de las partes significa que los derechos, las cargas y las responsabilidades que nacen de la llevanza de un proceso se conceden, recaen o se imponen, respectivamente, sobre las partes sin discriminación entre ellas, de tal modo que el resultado a que cada cual aspira no puede ser favorecido por privilegios a favor ni gravámenes en perjuicio

En tal sentido, y con relación al principio de igualdad de armas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que, para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Recuerda la Corte que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia.⁹⁵

⁹² Juan Manuel López Ulla, “ Los principios de igualdad de armas y contradicción en el proceso” Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

⁹³ José Zavala Baquerizo, “El debido proceso penal” Quito. Ecuador. Endino. p. 87

⁹⁴ Ferrandiz Prieto-Castro; “Derecho Procesal Civil”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen I, 1968, pág.287.

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva oc-20/09 de 29 de septiembre de 2009 solicitada por la República Argentina al artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

2.3. El principio de especialidad.

El criterio de especialidad no es exclusivo de las ciencias jurídicas, aunque ha cobrado mucho uso en estas. Dicho principio ha sido entendido, por tanto, desde múltiples ópticas en la doctrina, las que serían demasiado engorrosas describir, de manera que se abordará en sus dos matices fundamentales: dentro de la solución de antinomias y de la división de materias en la administración de justicia.

El principio de especialidad, junto a los de jerarquía y temporalidad, se considera un principio general del Derecho para resolver antinomias en abstracto, o sea, contradicciones entre disposiciones jurídicas que generan consecuencias antagónicas y que no podrían, por tanto, ser aplicadas de consuno.⁹⁶

Debemos aclarar que aunque el tema de las antinomias se refiere en la teoría a las contradicciones normativas y sus efectos, a la luz de los objetivos de la presente investigación se establece solo desde el tamiz de la justicia para con los menores y los casos de tenencia en los que la polémica está en las decisiones judiciales y sus efectos, no así en contradicciones o baldones normativos.

En virtud del principio de especialidad, la norma jurídica especial o específica se aplicará con preferencia a la norma jurídica general. Ello pudiera parecer sencillo siempre que ambas se encuentren en un mismo cuerpo jurídico, pero cuando las normas aparecen en distintos instrumentos, existe colisión de dicho principio con los otros dos mencionados.

Por ejemplo, si ambas se encuentran en el mismo nivel jerárquico, se atenderá como regla a la norma especial incluso si la norma general es posterior a aquella, en base a que, en todo caso, se debió haber derogado expresamente la especial si se deseaba que la general prevaleciese, con lo que se sacrifica el criterio de temporalidad; sin embargo, si las normas se encuentran en instrumentos de rangos distintos, es decir, emitidos por órganos diferentes, el criterio de jerarquía primará sobre el de especialidad.⁹⁷

⁹⁶ José Antonio Tardío Pato, “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, *Revista de Administración Pública*, 162 (2003): 189.

⁹⁷ *Ibíd.*, 207-11.

En efecto, se puede apreciar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 3 inciso segundo pleca 1 que las contradicciones se resuelven a favor – y en este orden – de la norma competente, la jerárquicamente superior, la especial y la posterior, de modo que los principios apuntados se escalonan así: jerarquía, especialidad y temporalidad.⁹⁸

Ahora bien, el principio de especialidad, en otro sentido, presupone que existen jueces y/o tribunales especializados en distintas materias, de modo que la competencia está dividida. Se refrenda en el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, al establecer que:

Art. 11.- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.- La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código.⁹⁹

Sin embargo, lo que por un lado es la típica especialización judicial por áreas de competencia, se convierte a la vez en una brecha para la multi-competencia, que significa la pérdida de dicha especialización. En tal sentido, autores como Estrada Fernández han defendido la idea de que los jueces multicompetentes no garantizan la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas porque es prácticamente imposible que un solo juez pueda dominar todas las materias y procesos.¹⁰⁰

Siguiendo esta línea, es importante notar que según los artículos 244 y 245 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y juzgados únicos o multicompetentes son creados preferentemente en cantones o parroquias rurales apartadas y dentro de su circunscripción territorial conocen todas las materias de primera instancia.¹⁰¹ Esta variante ha cobrado fuerza en la organización judicial actual, al punto de que no solo se habla también de Unidades Judiciales Multicompetentes (por ejemplo, la que tiene su sede en la Parroquia Valdéz del Cantón Eloy Alfaro, provincia de Esmeraldas, creada al amparo de la Resolución No. 086-2016 de 9 de mayo de 2016 del Pleno del Consejo de

⁹⁸ Ecuador, *Ley de Garantías Jurisdiccionales*, art. 3.

⁹⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 11.

¹⁰⁰ José Luis Estrada Fernández, “El principio de especialidad y la multicompetencia de los jueces” (tesis de grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quito, 2015), 24, <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/1069/1/TUBAB018-2015.pdf>

¹⁰¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, arts. 244-245.

la Judicatura),¹⁰² sino que incluso se han llegado a crear Salas Multicompetentes, como la de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar (Resolución No. 060-2017 de 28 de abril de 2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura).¹⁰³ Como se aprecia, el uso creciente de estas disposiciones por parte del Consejo de la Judicatura merma la aplicación del principio de especialidad.

No es menos cierto, sin embargo, que el principio de especialidad reconocido en el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, antes citado, no se concreta de manera absoluta en la Constitución de la República del Ecuador. Así, el artículo 186 de dicho cuerpo jurídico señala lo siguiente:

Art. 186. En cada provincia funcionará una corte provincial de justicia integrada por el número de juezas y jueces necesarios para atender las causas, que provendrán de la carrera judicial, el libre ejercicio profesional y la docencia universitaria. Las juezas y jueces se organizarán en salas especializadas en las materias que se correspondan con las de la Corte Nacional de Justicia.

El Consejo de la Judicatura determinará el número de tribunales y juzgados necesarios, conforme a las necesidades de la población.

En cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales.

En las localidades donde exista un centro de rehabilitación social existirá, al menos, un juzgado de garantías penitenciarias.

Como se ve, solo las Cortes Provinciales de Justicia y la Corte Nacional de Justicia se organizarán en salas por materias, y en las unidades y juzgados solo se exigirá una especialización en temas de familia, niñez, adolescencia, adolescentes infractores y garantías penitenciarias, estas últimas cuando exista un centro de rehabilitación social en la localidad de que se trate. Luego, del examen de las dos Resoluciones del Consejo de la Judicatura ya citadas, se advertirá claramente la vulneración directa del principio de especialidad regulado en el artículo 186 de la Constitución de la República.

En efecto, por la creación de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en la Parroquia Valdés del Cantón Eloy Alfaro, provincia de Esmeraldas, se determinó que los jueces que la integran sean competentes para conocer, entre otras, las materias de familia,

¹⁰² Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución No. 086-2016*, Registro Oficial 770, Primer Suplemento, 9 de mayo de 2016, art. 1.

¹⁰³ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución No. 060-2017*, Registro Oficial 18, 20 de junio de 2017, art. 1.

mujer, niñez, adolescencia y adolescentes infractores.¹⁰⁴ Asimismo, cuando se creó la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, se infringió el principio de especialidad en la necesaria organización por salas que deben tener las cortes provinciales y, con ello, se afecta también la certeza en las decisiones que se tomen.¹⁰⁵

Como se decía antes, la aplicación del principio de especialidad incide en la tutela judicial efectiva, aunque en realidad ni la Constitución ni la jurisprudencia han sido clara en ese sentido. El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador establece este derecho de protección cuando expresa que:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

La Corte Constitucional ha señalado al respecto, para mayor abundamiento, que:

El derecho a acceder a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita ha sido adoptado procesalmente como una de las garantías fundamentales con las que cuentan los individuos. Esta facultad, conocida procesalmente como derecho de petición, comporta una serie de obligaciones por parte del ente estatal; por un lado, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional; y por otro, la presencia de juezas y jueces quienes, investidos de potestad jurisdiccional, deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la tan anhelada justicia.¹⁰⁶

Según se observa, la Corte Constitucional ha entendido que basta con que exista un órgano jurisdiccional y jueces investidos de una potestad jurisdiccional que apliquen la Constitución y la ley a un caso concreto para que se configure la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que se soslaya el efecto intrínseco del principio de especialidad, esto es, la posibilidad de que los asuntos sean resueltos por jueces centrados en una materia específica con mayores posibilidades de auto-preparación y/o capacitación dirigida, lo que sin dudas garantizará una mejor aplicación normativa en pro de la justicia ante cada conflicto que se presente, razones que permiten sostener que

¹⁰⁴ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución No. 086-2016*, art. 3.

¹⁰⁵ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución No. 060-2017*, arts. 3-4.

¹⁰⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 029-13-SEP-CC”, en *Caso No. 2067-11-EP*, 10 de julio de 2013, 9.

el principio de especialidad requiere ser incorporado con mayor intencionalidad y en sus verdaderas dimensiones al discurso jurisprudencial y administrativo-judicial actuales.

2.4. El principio de especialidad en materia de tenencia de niñez y adolescencia en la normativa ecuatoriana.

Para comprender mejor el tránsito de la justicia especializada en temas de menores de edad, es importante recordar que en el Ecuador el tratamiento jurídico procesal de ello transitó por varias etapas, aunque sobre todo en cuanto al juzgamiento de hechos que no se asimilan a la responsabilidad penal propiamente dicha, lo que tradicionalmente se ha llamado “justicia de menores”.

En efecto, de una etapa en la que los menores de edad podían ser sujetos a proceso penal al igual que cualquier adulto,¹⁰⁷ se pasó a excluirlos de este tipo de asuntos, pero a través de la creación de un servicio judicial atípico e implementado en el ya derogado Código de Menores de 1938. Dicho Código preveía el establecimiento de un tribunal de juzgamiento integrado por un médico, un educador y un abogado, este último que lo presidía.¹⁰⁸ Según estudios realizados, las justificaciones para la conformación de tales estructuras obedecieron a “la imposibilidad de encontrar para cada provincia una persona provista de la triple cultura y formación del abogado, médico y educador [...]”.¹⁰⁹ Amén de los desaciertos que pudieran atribuirse a este diseño procesal, lo más relevante es que se intuía desde entonces la complejidad que suponía tomar decisiones relacionadas con un menor de edad como sujeto en pleno desarrollo y sin consolidar aún sus capacidades intelectivas y volitivas.

Farith Simón explicaba en ese sentido que hasta la aprobación del actual Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia – que se produjo en el año 2003 – el servicio judicial de menores se subordinaba al entonces Ministerio de Bienestar perteneciente a la Función Ejecutiva, y la permanencia durante tanto tiempo de estas estructuras partía de considerar a los menores como “objetos de protección y no como sujetos de plenos derechos (por lo

¹⁰⁷ Asunción Colás Turégano, “Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil”, en *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, coord. José Luis González Cussac y María Luisa Cuerda Arnau (Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2006), 81-2.

¹⁰⁸ Ecuador, *Código de Menores: Ley 170.PCL*, Registro Oficial 995, Suplemento, 7 de agosto de 1992, arts. 3-15.

¹⁰⁹ Emilio Uzcategui, *El niño en la legislación ecuatoriana* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1955, 2ª ed.), 36.

tanto, no titulares de las garantías mínimas reconocidas a todas las personas, por ejemplo el ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial [...]”.¹¹⁰

No obstante, la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes contasen con una justicia especializada cobró fuerza y fraguó en la Constitución Política de 1998, cuyo artículo 51 establecía lo siguiente:

Art. 51.- Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales.¹¹¹

Asimismo, la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la propia Constitución establecía que todos aquellos magistrados y jueces que antes se encontraban subordinados a la Función Ejecutiva por cualquier materia – incluida la justicia de menores – pasarían a la Función Judicial, con lo cual se especializaba formalmente este tema.¹¹²

Es apreciable que las disposiciones constitucionales citadas solamente vinculaban el criterio de especialidad a la justicia de menores y adolescentes infractores, dejando a un lado todos aquellos procesos que, directa o indirectamente, vinculaban los intereses de aquellos. Sin embargo, la actual Constitución de la República del Ecuador de 2008 señaló en su artículo 186 inciso tercero que: “En cada cantón existirá al menos una jueza o juez especializado en familia, niñez y adolescencia y una jueza o juez especializado en adolescentes infractores, de acuerdo con las necesidades poblacionales”.¹¹³ Como se ve, la norma subdivide las materias jurisdiccionales y encarga las cuestiones de familia, niñez y adolescencia también a jueces especializados.

Sin embargo, esta regulación ya se avizoraba en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, pues su artículo 255 señalaba:

Art. 255.- Especialidad.- Establécese la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados en este Código.¹¹⁴

¹¹⁰ Farith Simón Campaña, “La nueva administración de justicia en el Código de la Niñez y Adolescencia”, *Revista Iuris Dictio*, (14), s/n (2010): 182-3.

¹¹¹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 51.

¹¹² *Ibíd.*, Disp. Transitoria Vigésimo sexta.

¹¹³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 186.

¹¹⁴ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 255.

Una interpretación *lato sensu* de dicho precepto implica que la especialización de la justicia abarca tanto la protección y garantía de derechos como el juzgamiento de los adolescentes infractores, y es precisamente en el primer caso que se justificaba que todos los temas de familia se ventilaran a través de una justicia especializada, ya que estos se dirigen a salvaguardar las relaciones paterno-filiales¹¹⁵ y deben existir jueces capaces de discernir si los padres anteponen sus intereses a los de sus hijos, pues estos últimos deben prevalecer en virtud del principio del interés superior del menor, ya estudiado *ut supra*.

La justicia especializada en materia de niñez y adolescencia y de adolescentes infractores, conforme al artículo 259 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, corresponde a los juzgados de la niñez y adolescencia y a los juzgados de adolescentes infractores.¹¹⁶ No obstante, en la práctica adoptan la denominación conjunta de Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

Esta estructura judicial no supuso prescindir, al menos en sus bases, de criterios de otros profesionales en el contexto de las decisiones adoptadas, pues indudablemente la justicia vinculada a los menores parte de suponer que son procesos complejos y en la ponderación de sus intereses debe existir una visión multifactorial. Es por ello que el artículo 260 del mentado Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia establece que el Consejo de la Judicatura podrá disponer de Oficinas Técnicas como órgano auxiliar, la que se integrará por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales que se hubiesen especializado en el trabajo con la niñez y la adolescencia, de tal suerte que los informes de dichas Oficinas revisten el valor de una prueba pericial.¹¹⁷

Dicha institución que resulta amada y odiada, pero que nadie puede negar su importancia ya que fueron creadas en función de las necesidades de la administración de justicia, resulta importante señalar que la precitada oficina no es una estructura vana, sino que se trata de una entidad que se encarga de dar cumplimiento a las ordenanzas de los jueces y el material de probanza al que se accede en el proceso.

La justicia especializada de menores y adolescentes se rige por varios principios que aparecen en el artículo 256 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, a saber: “humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la

¹¹⁵ Farith Simón Campaña, “La nueva administración de justicia”, 186.

¹¹⁶ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 259.

¹¹⁷ *Ibíd.*, art. 260.

ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia”.¹¹⁸ Sin largos preámbulos, se pasan a caracterizar cada uno de ellos.

La humanidad en la aplicación del derecho se relaciona con el principio *pro homine*, o sea, la interpretación de todas las normas en beneficio de los seres humanos y con las mínimas restricciones posibles a sus derechos, o como diría Pinto de manera más amplia:

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.¹¹⁹

Por su parte, el principio de priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento busca promover una justicia flexible y adaptable a las condiciones que, en su propia condición, poseen los juicios que involucran intereses de menores. Por ejemplo, al recibírsele el testimonio judicial a una niña, un niño o un adolescente, no se tomará el juramento de ley y se receptorá en forma reservada, además de que las partes no harán sus preguntas directamente a estos, sino por intermedio del juez, como dispone el artículo 258 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia;¹²⁰ sin embargo, ello no quiere decir que el juez carezca de facultades que puedan atenuar parte de estos rituales, siempre que se enmarque en las prerrogativas del artículo 12 numeral 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y tribute a su interés superior como principio rector.¹²¹

El principio de legalidad “es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio de un poder público debería realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas”¹²². La Constitución de la República del Ecuador de 2008 lo ha caracterizado en su artículo 76 numeral 3 al decir que: “Sólo se podrá juzgar

¹¹⁸ *Ibíd.*, art. 256.

¹¹⁹ Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *Universidad Nacional de La Plata, Argentina*, 2012, apdo. I, párr. cuarto, <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-principio-pro-homine-criterios-de-hermeneutica-y-pautas-para-la-regulacion-de-los-derechos-humanos.doc>

¹²⁰ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 258.

¹²¹ ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 12.2.

¹²² Consejo de la Judicatura, *Guía para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil* (Quito: Fundación Terre des Hommes, 2016), 32.

a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”,¹²³ de lo que se puede inferir el estricto apego que debe existir a los procedimientos previstos en la ley y a la competencia especializada de los jueces en la materia.

Por otra parte, el principio de independencia judicial tiene varias manifestaciones que implican: independencia personal, independencia colectiva, independencia frente a la sociedad, independencia frente a las partes procesales, independencia frente al objeto litigioso, independencia frente a los superiores, independencia frente a los órganos de Gobierno e independencia funcional;¹²⁴ es decir, que desde todo punto de vista el juzgador debe poder actuar sin interferencias externas ni internas, basado exclusivamente en lo que se aporta por las partes en el proceso y la fundamentación legal del caso concreto.

El principio de gratuidad, o mejor denominado principio de acceso gratuito a la justicia, viene reconocido también en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador dentro de los derechos de protección,¹²⁵ e implica que no se cobrarán tasas ni cualquier otro emolumento para promover un proceso judicial cualquiera; aunque no quiere ello decir que no se deban pagar costas procesales o gastos extraordinarios, más allá de la actuación directa de los juzgadores. No obstante, otras normas procesales han excluido ciertas erogaciones dentro de procesos de niñez y adolescencia, como el caso de no exigir caución al que promueve una demanda de recusación dentro de dichos asuntos a tenor del artículo 27 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos.¹²⁶

El principio de moralidad, sin embargo, no ha sido caracterizado en la doctrina nacional ni en otras normas, al menos de manera directa, aunque no obsta aclarar que se debería entender como el conjunto de mandatos éticos que tendrán que presidir los actos de las partes o sujetos procesales y del órgano juzgador, como los de buena fe, lealtad procesal, probidad y veracidad.¹²⁷ En tal sentido, como manifestaciones del principio de moralidad se mencionan los artículos 21 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establecen el deber de los servidores judiciales de observar una conducta diligente,

¹²³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.3.

¹²⁴ José Sebastián Cornejo Aguilar, “Análisis del principio de independencia”, *Revista Judicial derechoecuador.com*, 1 de septiembre de 2015, párr. cuarto, <https://derechoecuador.com/analisis-del-principio-de-independencia>

¹²⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 75.

¹²⁶ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 27.

¹²⁷ Fernando Adrián Heñin, “El principio de moralidad en el proceso civil actual”, *Revista de la Facultad Dir. Sul de Minas*, (28), 1 (2012): 8.

recta, honesta e imparcial,¹²⁸ y de las partes y sus defensores de mantener una conducta de respeto recíproco e intervención ética,¹²⁹ respectivamente.

El principio de celeridad también aparece reconocido en el artículo 75 del texto constitucional¹³⁰ y desarrollado posteriormente en el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, referido a la necesidad de dispensar una justicia rápida y oportuna en todas sus fases, incluida la ejecución de lo decidido.¹³¹ Finalmente, el principio de eficiencia se interpreta como la posibilidad de “obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros [...]”.¹³²

A pesar de lo expuesto, en la Guía para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil, del Consejo de la Judicatura, se mencionan otros principios que se han estimado también como rectores de la justicia especializada de niñez y adolescencia y de adolescentes infractores: no discriminación, supletoriedad, ser escuchado, flexibilidad, proporcionalidad y entorno familiar, entre otros.¹³³ Este último se apoya precisamente en lo que prevé la Convención sobre los Derechos del Niño al derecho a vivir en familia, por ser el medio idóneo para el normal desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.¹³⁴

Cabe cuestionarse qué tipo de Juez debe estar en la justicia de menores, qué características en el plano profesional y personal debe tener el mismo. El Juez posee un principio de funcionamiento del que su uso tiende a loables esfuerzos como a desdeñables excesos, nos referimos sin duda alguna al principio de discrecionalidad, la cual según Moreno y Torres¹³⁵ se la puede entender como “la libertad de elección entre alternativas igualmente justas”. Por esto, se deduce que los jueces tienen un margen de apreciación al

¹²⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 21.

¹²⁹ *Ibíd.*, art. 26.

¹³⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 75.

¹³¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 20.

¹³² Ernesto Jinesta, “Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas”, *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, 2012, 7,

<http://www.asamblea.go.cr/sd/SiteAssets/Lists/Consultas%20Biblioteca/EditForm/Jinesta%20-%20PRINCIPIOS%20CONSTITUCIONALES%20DE%20EFICIENCIA,%20EFICACIA%20Y%20RENDICI%C3%93N%20DE%20CUENTAS%20DE%20LAS%20ADMINISTRACIONES%20P%C3%A9BLICAS.pdf>

¹³³ Consejo de la Judicatura, *Guía en la justicia juvenil*, 32-6.

¹³⁴ *Ibíd.*, 36; ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, arts. 8-9.

¹³⁵ J. Moreno- Torres Sánchez, *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, (Pamplona, 2009)

momento de tomar decisiones, por ejemplo al valorar una prueba, o como es el caso, a interpretar el alcance del interés superior del menor.

En la justicia de menores se permite a los jueces imponer sus criterios y valoraciones personales en los casos que sean de su conocimiento, que aunque no lleguen a la arbitrariedad, su aplicación, genera ciertos atropellos contra otros derechos, lo que puede considerarse como discrecionalidad abusiva. Para que aquello no acontezca, se planteó como posible solución al problema, la ponderación como herramienta auxiliar en caso de conflictos de difícil solución, pero no es el único elemento importante, sino también es necesario que se elabore por parte del juez una resolución motivada y coherente, que haga uso de la argumentación jurídica, y que justifique de forma proba, por qué el derecho del menor debe prevalecer o no, sobre otros derechos que pueden considerarse de igual jerarquía.

El connotado caso de la Jueza Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R co (denominación procesal), donde inicialmente se había dado la razón al progenitor de las menores amparados en prejuicios de índole sexual y excluyentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo¹³⁶

(...) Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.

Es razonable que los criterios para decidir la tuición deben orientarse a la idoneidad de la persona para velar por el mayor bienestar integral de los niños, cualquier otro criterio en que se base la decisión puede resultar discriminatorio (v. gr. la condición homosexual de la madre). La cuestión es, por lo tanto, discernir si la decisión de tuición se basó realmente en el mayor interés de las menores o no, porque este es el criterio para juzgar si fue justa o discriminatoria ¹³⁷

¹³⁶ http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=es

¹³⁷ Luis Alejandro Silva Irrázaval, Orientación sexual y parentalidad. Comentario crítico a la sentencia Atala Riffo y niñas v. Ch, Revista de Derecho · Escuela de Postgrado N° 2, diciembre 2012 Páginas 239 - 250

Por tanto estamos hablando de que en casos de niñez y adolescencia no se debe pensar en la decisión de las resoluciones o sentencias con un lenguaje motivacional clásico sino que exige por parte de los magistrados una visión mucho más multidisciplinaria para resolver y motivar tan candente temática, el conocimiento de varias ramas del saber y aquellas sobre todo que gravitan sobre el derecho de menores haría que los operadores del derecho abrieran su diapasón, adolecer de este conocimiento es al decir de Farith Simón un punto de inflexión para el logro de una justicia deontológica

Frente a casos en los cuales solo existiría una aparente motivación, es necesario establecer determinados parámetros o exigencias mínimas en su contenido, mismas que puedan garantizar que la motivación, refleje un correcto uso de elementos jurídicos; como la argumentación jurídica y que a su vez, contenga las siguientes características: expresa, clara, completa, legítima y lógica al decir de Espinosa Cueva¹³⁸

Por tanto los jueces deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Como ha referido la propia CIDH en el caso precitado (...) Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. (...)

En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado.

139 .

Cuando una motivación está debidamente fundamentada, debe permitir su entendimiento tanto interno como externo de la resolución para comprender su

¹³⁸ Carla Espinosa Cueva, Teoría de la resolución y jurisprudencia de casación y electoral, (Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010), 63

¹³⁹ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8603.pdf?view=1>

funcionamiento y concatenación lógica; es así que una sentencia inmotivada o motivada incorrectamente es tendencia hacia la arbitrariedad y la injusticia.

Todo lo anterior ha venido siendo la línea de pensamiento de los miembros de la Corte Constitucional del Ecuador como parámetros obligatorios en sus sentencias, para que así opere la motivación: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

No basta con que se afirme en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular.

Una reflexión general de todo lo expuesto permite concluir que es innegable que la especialización de la justicia en temas de niñez y adolescencia constituye un paso de avance significativo en el reconocimiento y la protección de sus derechos, lo que potenció el acceso a la justicia y una mayor garantía de acierto en los fallos sobre estos asuntos, sin que sea una obra acabada aún, pues se coincide con Farith Simón en cuanto a que se hace indispensable implementar mecanismos de evaluación céleres y sistemáticos de los jueces especializados previo a programas de capacitación estructurados conforme a cada necesidad territorial, a fin de ser bien selectivos en la permanencia de dichos jueces para mejorar la calidad de la justicia.¹⁴⁰

Para cerrar este punto es oportuno revisar los pronunciamientos de la CIDH sobre la temática en cuestión y sobre la preminencia de uno u otro progenitor y su definición en materia niñez.

¹⁴⁰ Farith Simon Campaña, “La nueva administración de justicia”, 193.

CAPÍTULO TRES

Las interpretaciones del principio de especialidad en casos de tenencia de niñez y adolescencia y su afectación al derecho a la motivación e igualdad de armas en el proceso judicial en Ecuador.

El presente capítulo analiza e interpreta la información estadística sobre los casos resueltos en materia de tenencia de niños, niñas y adolescentes a nivel nacional y la estructura de las unidades judiciales competentes con la finalidad de evidenciar de forma panorámica la estructura del sistema de justicia prevista para atender temas de tenencia. Asimismo, se determina el número de causas ingresadas, resueltas y sus formas de terminación, todo ello en el período comprendido por los años 2015, 2016 y hasta el mes de septiembre de 2017, lo cual permite identificar que existe una problemática relevante en temas de tenencia de niñas, niños y adolescentes

En un segundo momento mediante la metodología de selección de sentencias relevantes en materia de tenencia de niños, niñas y adolescentes se estudian los casos sobre la base del derecho de motivación e igualdad de armas como parte del derecho a la defensa para demostrar las deficiencias argumentativas por parte de los jueces en esta materia. Finalmente desde una perspectiva crítica se arriban a las conclusiones sobre el tema en estudio.

3.1. El principio de especialidad en la estructura de justicia en materia de tenencia de niñez y adolescencia en el Ecuador.

Como ya se dejó claro en el capítulo precedente el principio de especialidad en la justicia engloba tanto la protección y garantía de derechos como el juzgamiento en materia de niñez y adolescencia. Si tenemos especialidad en las materias, se supondría que el Juez tendría mayores conocimientos y capacidad de desarrollo en sus decisiones

Para atender los casos de tenencia de niñez y adolescencia se ha conformado una estructura judicial en Ecuador que está conformada por juzicaturas de primera instancia, llámense Juzgados o Unidades Judiciales Especializadas de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; Cortes Provinciales y de segunda instancia, mismas que tienen juzicaturas

multicompetentes, respondiendo a un modelo de gestión creado por el Consejo de la Judicatura en cumplimiento de lo previsto en la Constitución.

En contraste, la multicompetencia en el Ecuador surge con el Código Orgánico de la Función Judicial que entró en vigencia el 9 de marzo del 2009, de modo que en los momentos actuales existen Salas Multicompetentes, Unidades Judiciales Multicompetentes y Juzgados Multicompetentes en todo el país, lo cual rompe con el principio de especialización de la justicia

Las judicaturas multicompetentes no deben existir como tales, porque no permite una tutela efectiva de los derechos tanto constitucionales y legales. Los Juzgados Multicompetentes rompen con el principio de especialización de la justicia. Por lo que es imperativo que existan jueces para cada materia, porque incluso corren el riesgo de cometer prevaricato por el andamiaje de causas en diferentes materias que tiene que resolver¹⁴¹

Otro órgano encargado de la administración de justicia y de mayor jerarquía es la Corte Nacional de Justicia posee una Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Es importante aclarar que las sentencias de tenencia al no causar ejecutoria¹⁴² no son susceptibles de conocimiento por parte de la Corte Nacional ya que de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos en su artículo 266 dice que el Recurso de Casación procede “contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”. De lo cual se visualiza una debilidad ya que en materia de tenencia no hay un órgano de suprema jerarquía que revise los fallos inferiores.

Sin embargo de existir violaciones a los derechos constitucionales se puede acudir a la Corte Constitucional que es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en dicha materia, es decir que podrá conocer los temas de tenencia de niñez y adolescencia cuando en los mismos se hayan violentado derechos inherentes a este grupo vulnerable. Para efectos de la presente investigación se solicitó al Consejo de la Judicatura, datos estadísticos sobre casos de tenencia de niñez y adolescencia, su división y números por regiones, con el fin de diseccionar el estado

¹⁴¹ José Luis Estrada Fernández “El principio de especialidad y la multicompetencia de los jueces” Universidad Regional Autónoma de los Andes 2015 p. 9

¹⁴² Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 119

actual desde el punto de vista estadísticos; de los datos arrojados y que se mostrarán a continuación se puede denotar que siguen siendo tendencia negativa estos tipos de casos y que se continúa prefiriendo la opción jurisdiccional-litigiosa a los medios alternativos de conflicto..

Para dar cuenta de la relación entre estructura jurídica y casos a nivel nacional en materia de tenencia de niñez y adolescencia, se ha solicitado información sobre el universo de casos en materia de tenencia en todas las instancias antes revisadas. El Consejo de la Judicatura según respuesta en Oficio No. CJ-DNASJ-SNAJPJ-2017-199 de fecha 23 de octubre de 2017 suscrito por el Abogado Francisco Bonilla Soria, en su calidad de Director Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia (E), extendido a petición de la investigadora, se han sistematizado los casos resueltos en materia de tenencia de niños, niñas y adolescentes a nivel nacional relativa a los años 2015, 2016, y corte a septiembre 2017; también se ha incluido la información sobre el número de juzgados a nivel nacional que son competentes en dicha materia, lo que se demuestra a continuación.

Tabla 2

Judicaturas a nivel nacional con competencia en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Ítem	Cantidad	%
Unidades Judiciales Especializadas	49	28,32
Unidades Judiciales Multicompetentes	124	71,68
Total	173	100,00

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2017
Elaboración: Lizeth Machado

De la tabla 1 se puede interpretar que no se ha cumplido todavía el mandato del artículo 186 inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador, en tanto que es mayor el número de Unidades Judiciales Multicompetentes que resuelven asuntos de familia, mujer, niñez y adolescencia y otras materias, que las Unidades Especializadas, lo que incide potencialmente en que las decisiones sobre estos casos, no siempre sean acertadas; en consecuencia, el principio de especialidad no se aplica adecuadamente en el país.

Tabla 3

Judicaturas en la región Sierra, Ecuador en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Ítem	Cantidad	%
Unidades Judiciales Especializadas	25	30,48
Unidades Judiciales Multicompetentes	57	69,52
Total	82	100,00

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2017
Elaboración: Lizeth Machado

Tabla 4

Judicaturas en la región Amazónica, Ecuador en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Ítem	Cantidad	%
Unidades Judiciales Especializadas	5	22,72
Unidades Judiciales Multicompetentes	17	77,28
Total	22	100,00

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2017
Elaboración: Lizeth Machado

Tabla 5

Judicaturas en la región Costa e Insular, Ecuador en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Ítem	Cantidad	%
Unidades Judiciales Especializadas	19	27,53
Unidades Judiciales Multicompetentes	50	72,47
Total	69	100,00

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2017
Elaboración: Lizeth Machado

Del análisis conjunto de las Tablas 2, 3 y 4 anteriores, se puede advertir que la proporción de Unidades Judiciales Especializadas y Multicompetentes en materia de

Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia es similar en todas las regiones del país, aunque con un ligero incremento en la sierra, al ascender a un 30,48% de especialización; sin embargo, ello corrobora la idea de que al nivel nacional no se cumple con el principio de especialidad en dicha materia, tal como ordena el artículo 186 inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador.

Tabla 6
**Judicaturas de Corte Provincial en Familia, Mujer, Niñez y
Adolescencia, Ecuador**

Ítem	Cantidad	%
Salas Especializadas	9	37,50
Salas Multicompetentes	15	62,50
Total	24	100,00

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2017
Elaboración: Lizeth Machado

Las falencias apuntadas se reiteran incluso en las Cortes Provinciales de Justicia, al tener solo poco más de la tercera parte de aquella una Sala Especializada en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia (37,50%). Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia sí posee una única Sala especializada, en correspondencia con lo previsto en los artículos 172 y 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. Esta estructura afecta al desarrollo de los derechos y al tratamiento de las partes, ya que se podría inferir un trato diferenciado a las personas sujetos de derechos, así por ejemplo, las personas que vivan en ciudades o capitales de provincia tendrán acceso a un Juez especializado, mientras que las personas de provincia o parroquias tendrán un Juez Multicompetente.

Tabla 7
**Causas ingresadas y resueltas en materia de tenencia de
2015 a septiembre de 2017, Ecuador**

Ítem	2015	2016	2017
Causas ingresadas	3.652	2.921	2.056
Causas resueltas	6.496	5.703	2.797

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2017
Elaboración: Lizeth Machado

En la tabla anterior se observan cuantos procesos resiste esta estructura especializada y multicompetente, además se visualiza una tendencia decreciente sustancial de la radicación de asuntos en materia de tenencia de niñas, niños y adolescentes respecto al año 2015; no obstante, se debe notar que si bien la radicación de causas y nivel de resolución es inferior en el año 2017, por la fecha de corte (septiembre) es posible presumir que se comportó de igual manera que el año precedente. Esta información es meramente ilustrativa a los fines de la presente investigación.

3.2. El derecho de motivación y de igualdad de armas como parámetros de evaluación de las decisiones judiciales de materia de tenencia en relación al interés superior del niño.

El presente análisis se da en función del derecho a la motivación que se resolverá de forma teórica y por la Corte Constitucional, así como también el principio de igualdad de armas. Para una correcta comprensión y ser fieles con el texto que analizamos hemos decidido trabajar caso por caso con un resumen de los contenidos principales para que luego que se entiendan cuáles son los resultados.

A continuación se presentan las principales características de las sentencias que se analizarán críticamente, al igual que sus pronunciamientos más relevantes para comprender el objeto del debate y las posibles aristas de cada una de las problemáticas introducidas.

3.2.1. Sentencia No. 021-11-SEP-CC de la Corte Constitucional para el período de transición dictada en el Caso No. 0317-09-EP.

La sentencia es una acción extraordinaria de protección presentada por la madre de una menor de edad, a partir de que las decisiones judiciales de instancia y de apelación determinaron concederle la tenencia al padre, en lugar de a ella. La decisión judicial impugnada se planteó el 18 de julio de 2008.

En esencia, la accionante había mantenido una relación con el padre de la niña, pero sin que se constituyera un hogar de hecho. En el año 2007, a partir de hechos de violencia de los que fue víctima, determinó abandonar el inmueble donde vivía y regresó a la casa de sus padres, es decir, los abuelos de la menor. El padre, no obstante, mantuvo vínculos con la niña por medio de visitas al hogar donde residía la madre, aunque ni

siquiera cancelaba la pensión de alimentos de aquélla, siendo esa una de las razones por las que la madre y la menor atravesaban una delicada situación económica.

A finales del año 2007 y bajo pretextos de ofrecer a la niña regalos de Navidad, el padre la sacó a pasear y terminó llevándosela a su propio hogar, negándose así a restituirla a la madre. De igual forma, el padre entabló la demanda de tenencia para pretender legitimar sus acciones.

La primera sentencia, recaída en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas, en fecha 18 de julio de 2008, dentro del juicio No. 2785-2007, dispuso lo siguiente:

Resuelve: Declarar con lugar la presente demanda de tenencia presentada por el señor José Manuel González Rodríguez en contra de la señora María Fátima Ruiz Carreño, por lo que consecuentemente la menor María José González Ruiz estará bajo la tenencia, cuidados y protección de su padre señor José González, y se regulan las visitas a favor de la madre señora María Ruíz Carreño los días sábados y domingos en el horario de 11h00 a 18h00 en que será reintegrada al hogar paterno; así mismo pasara con la madre, el día de las madres, navidad, fin de año, en el mismo horario establecido.- este fallo se encuentra amparado en lo que disponen los artículos 11 y 118 del código de la niñez y adolescencia.⁻¹⁴³

Posteriormente, la accionante en el proceso constitucional y demandada en el juicio de tenencia, interpuso recurso de apelación, el que se declaró como no interpuesto en fecha 23 de marzo de 2009, ratificándose en consecuencia la sentencia de instancia en la que la madre fue privada de la tenencia de la hija.

Dentro de los fundamentos para establecer la acción extraordinaria de protección cuya sentencia ahora se analiza, constan la estimación de violación del debido proceso y, en especial, los artículos 44, 45, 75 y 76 numerales 1, 4 y 7 literales k, l y m de la Constitución de la República del Ecuador, es decir, se alegó la falta de competencia, independencia, imparcialidad, motivación, falsa valoración de las pruebas, entre otras, por todo lo cual se sostenía que las decisiones judiciales precedentes eran nulas.

Es así que la Corte debía resolver la existencia o no de vulneraciones a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, así como los postulados del debido proceso

La Corte Constitucional para el período de transición, en síntesis, consideró:

¹⁴³ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, “Sentencia 021-11-SEP-CC”, en *Caso No. 0317-09-EP*, 1 de septiembre de 2011, 4.

Con las argumentaciones emitidas, se colige que la decisión motivo de la presente acción se torna en una actuación judicial arbitraria, sin fundamento y violatoria de derechos. Al respecto, al considerar las circunstancias que rodean al caso y poniendo especial atención a la edad de la menor se evidencia vulneración de sus derechos fundamentales, a más del derecho al debido proceso de la accionante, por existir falta de motivación y contradicción de la normativa constitucional y legal.¹⁴⁴

En base a ello, se resolvió lo siguiente:

1. Declarar violados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en contra de la señora María Fátima Cruz Carreño, y el derecho a tener una familia, a favor de la niña María José González Ruiz y, en consecuencia, aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por la accionante, dejando sin efecto legal las siguientes resoluciones: 1. Auto expedido por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayaquil, de fecha 23 de enero del 2008, dictado a las 09h13, en el juicio de tenencia No. 2785-2007, mediante el cual se entregó la custodia provisional de la niña María José González Ruiz al padre, señor José Manuel González Rodríguez; 2. Resolución del 18 de julio del 2008 a las 11h35, expedida por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayaquil, mediante el cual concedió la tenencia de la niña María José González Ruiz al padre, José Manuel González Rodríguez; y, 3. Auto interlocutorio de fecha 23 de marzo del 2009 a las 16h15, dentro del juicio 868-2008, dictado por los Jueces Provinciales de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Atendiendo el interés superior de la niña María José González Ruiz, se otorga la tenencia a su madre, señora María Fátima Ruiz Carreño, disponiendo la inmediata entrega de la niña a su favor y, en consecuencia, su retorno al núcleo familiar materno, hecho para el cual la jueza de instancia deberá utilizar los mecanismos que le franquea la Constitución y la ley.

2. El régimen de visitas a favor del padre y la pensión alimenticia que debe proporcionar a la niña serán determinados por la jueza de instancia, en concordancia con las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia.

3. Remítase copia de esta sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que investigue la actuación de la funcionaria.¹⁴⁵

Aplicando el denominado test de motivación de las resoluciones podemos dilucidar que en la resolución analizada en el caso de la respuesta de la Corte Constitucional dictamina que la resolución de primera instancia vulnera los principios aludidos, y por tanto existe coherencia y lógica entre la premisa planteada y la respuesta dada en función de los derechos e interés del menor que se pretende proteger con el criterio de Corte Constitucional.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 15.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 16.

3.2.1.1 Análisis de Sentencia No. 021-11-SEP-CC de la Corte Constitucional para el período de transición dictada en el Caso No. 0317-09-EP.

En cuanto a la sentencia No. 021-11-SEP-CC de la Corte Constitucional para el período de transición dictada en el Caso No. 0317-09-EP (*vid supra* 2.1.), se puede analizar que concibe a la tenencia como una institución jurídica que se dirige a garantizar la protección al menor a través del respeto a criterios como conveniencia, bienestar e interés superior del niño, niña o adolescente, de manera que con ello se logre un desarrollo tanto físico como psicológico de aquel o aquella en condiciones óptimas para su futura vida como ser humano adulto.¹⁴⁶

Asimismo, se señala que los juzgadores de la materia deben tener en cuenta varios elementos al momento de decidir a cuál de los padres le encargarán la tenencia de un menor, a saber:

- La doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.
- El interés superior del niño o niña: El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.
- La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del /la niño/a.
- La presunción de "el/la dador/a de cuidados básicos": Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir, el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los /las niños/as.¹⁴⁷

Luego, tras evaluar dichos criterios en el caso concreto sometido a análisis, se ha podido constatar que los órganos judiciales que juzgaron el caso en primera y segunda instancia desconocieron hechos relevantes, por ejemplo: que la menor había sido separada abruptamente de su madre por acción de un padre que no ejercía todas sus funciones que como progenitor le encarga la ley hasta el momento en que tomó unilateralmente la

¹⁴⁶ Angelina Ferreyra De la Rúa, "Aspectos Procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires (II), (2002): 123-6.

¹⁴⁷ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia 021-11-SEP-CC", 10.

tenencia de su hija; que el hecho de que la niña no gozara de comodidades amplias en el hogar de su madre no era indicativo de su precario desarrollo, porque en el afecto y la compañía se podían ofrecer patrones de conducta y estabilidad que todo niño o niña necesita, entre otros factores.

Esta resolución sin dudas no pasa siquiera de forma elemental por el test de motivación, dado no solo que su aspecto decisorio respecto al progenitor resulta de una superficialidad manifiesta que rompen la lógica y la seguridad jurídica, dado que siquiera resulta salvable la comprensión del actuar. En otro punto álgido el principio de igualdad de armas le fue vulnerado a la madre de la menor bajo criterios soeces y de poco sentido, usando la sentencia criterios de exclusión en razón de la condición social declarada por la contraparte, sin que el juzgador siquiera entrara a conocer el fondo del asunto ni el material de probanza a su alcance.

En efecto, fue notorio también el desconocimiento de lo previsto en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que determinaba que, en ausencia de un acuerdo entre los progenitores, el cuidado de los hijos que no hubiesen cumplido 12 años de edad se confiaría a la madre, salvo que se probara que con ella los intereses del menor se verían afectados, lo que no sucedía en el caso. Obviamente aquí estamos en presencia de una decisión insuficientemente motivada que era necesario corregir, porque no se enunciaban las normas o principios jurídicos en los que se fundaba para quebrantar una regla legalmente establecida, tal como orientaba el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

3.2.2. Sentencia No. 038-17-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 1737-12-EP.

Es la sentencia de una acción extraordinaria de protección presentada por una madre portadora de VIH que tenía dos hijos menores de edad, una niña cuya tenencia fue conferida a su tía paterna y un niño que sí le fue dado en custodia a ella. La decisión judicial impugnada se presentó el 1 de julio de 2012.

En esencia, la demandante señaló que la tía paterna de la niña le había arrebatado a su hija y fueron infructuosas todas sus acciones para recuperarla. Estimaba además que la decisión pudo haber estado motivada por sus padecimientos de salud, a pesar de que en

la etapa correspondiente del proceso demostró que no tenía las enfermedades concomitantes que se le atribuyeron, de manera que acusó la violación del derecho a la igualdad y no discriminación y de la garantía de motivación prevista en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

La decisión impugnada consiste en el auto de 1 de octubre de 2012 dictado por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Manabí al resolver un recurso de apelación establecido por la entonces demandada, ahora accionante en el proceso constitucional:

Sin más consideraciones que realizar y en base a los argumentos jurídicos esgrimidos, la Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia, de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, RESUELVE: Ratificar la resolución venida en grado modificándola en los términos del presente fallo: Conceder la tenencia provisional, solicitada por la señora NN [tía paterna de los menores], con respecto de su sobrina NN, por cuyo efecto puede ejercer los actos de representación que la ley le concede, disponiendo que la regulación de visitas a su señora madre sea de lunes a viernes de 15h00 a 18h00, y los sábados de 09h00 a 18h00, a efectos que se mantenga el lazo de afectividad entre madre e hija, de tal forma que le permita sea llevadera la enfermedad que ésta padece y pueda estabilizarse la relación parental. Advirtiendo que el incumplimiento de las horas de visita aquí indicadas puede alterar la resolución dispuesta por esta Sala, por lo que se dispone que la Trabajadora Social del Juzgado, realice el seguimiento por el lapso señalado por el Juez de primer nivel, debiendo informar los pormenores del cumplimiento de esta decisión. Así mismo se dispone que la Psicóloga Clínica del Juzgado realice frecuentemente evaluaciones Psicológicas, de manera conjunta a los menores, sus progenitores, abuelos maternos paternos y la persona a quien se concede la tenencia, debiendo informar a la autoridad judicial de cualquier novedad que tienda a manipulación de los menores. En cuanto al menor NN [niño], éste seguirá bajo el cuidado y protección de su señora madre, que es la persona con quien se encuentra conviviendo, debiendo dar ésta las facilidades para las visitas de su señor padre y la relación afectiva con su hermana, por lo que queda así resuelto el recurso de apelación interpuesto por el accionado.¹⁴⁸

La Corte Constitucional, en síntesis, consideró que no había existido violación alguna de la garantía de motivación de la sentencia dictada, la que incluso realizó una valoración intensa y sustancial de las pruebas practicadas en el proceso, con lo cual se justificaba su decisión; asimismo, no podía entenderse tampoco que la sentencia impugnada quebrantó el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

En base a ello, se resolvió lo siguiente:

¹⁴⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 038-17-SEP-CC”, en *Caso No. 1737-12-EP*, 15 de febrero de 2017, 8-9.

1. Declarar que no existe vulneración a derechos constitucionales.
2. Negar la acción extraordinaria de protección propuesta.¹⁴⁹

En este caso la Corte Constitucional cumplió con los parámetros del test de valoración, definiendo las premisas de la resolución y resolviendo con lógica los puntos de derecho que presentaban las partes en el proceso, cuidando que no fuesen vulnerados criterios de interés superior del niño

3.2.2.1 Análisis de Sentencia No. 038-17-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 1737-12-EP.

Contrario sensu de lo expuesto, la sentencia No. 038-17-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional en el Caso No. 1737-12-EP fue enfática en afirmar que no había existido violación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y determinó que la decisión judicial impugnada por la cual una madre fue privada de la tenencia de uno de sus hijos – específicamente la niña que fue dada en custodia a su tía paterna – aun cuando no era la regla, fue debidamente sustentada.

La mentada sentencia constitucional parte de estimar que, conforme ha sido una jurisprudencia sentada por la propia Corte,

Las sentencias o resoluciones dictadas por los jueces y demás autoridades deben estar provistas de razones que garanticen la decisión y que a su vez exista una debida correlación entre lo que se decide y las normas legales y constitucionales aplicadas, mediante una interpretación racional ausente de arbitrariedades...¹⁵⁰

Luego, analiza concretamente que la sentencia combatida fue prolija en citar no solo los fundamentos de derecho relativos al tema de la tenencia y cómo se aplicaban al caso, sino también las normas sobre no discriminación de grupos vulnerables de personas que padecen VIH, sin incurrir entonces en omisiones sustanciales que fueran capaces de provocar una decisión diferente. También se evidenció que la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí había evaluado concienzudamente todas las pruebas practicadas, en especial los testimonios rendidos y las pericias ejecutadas por las cuales se colegía que la niña había crecido en el hogar paterno, con el amor de su tía, y que ambos padres eran portadores de VIH, con lo cual no se estaba excluyendo de sus derechos a ninguno de

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 25.

¹⁵⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 033-16-SEP-CC”, en *Caso No. 1442-12-EP*, 3 de febrero de 2016, 7.

ellos; por el contrario, la base de la decisión estribó en el daño psicológico que podría causarse a la infante si era separada bruscamente del núcleo familiar en el que vivió la mayor parte de su vida.

Una recta interpretación de lo expuesto conduce a entender que si bien el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece ciertas preferencias a favor de la madre, no se trata de un precepto inamovible porque precisamente el interés superior del niño, en tanto principio supra-ordenador de la materia, puede conducir a un resultado distinto, con lo cual debe garantizarse la independencia de los juzgadores para que en base a su sana crítica resuelvan en favor de los niños, niñas y adolescentes, como único modo de tutelar sus legítimos derechos, más aún cuando en estos casos – de manera general – intervienen servidores judiciales especializados en el tema. Queda claro por ello que la motivación de una decisión en materia de tenencia es compleja y no puede quedar circunscrita a los mismos parámetros de cualquier otra sentencia, por difícil que parezca.

En este caso a debate es evidente que la decisión si cumple con el test de motivación, además de permitir a las partes el uso de sus armas y herramientas procesales para poder arribar a la verdad material y a una decisión de justicia como la que en este caso se dictaminó, dando la custodia del menor a un tercero en razón de la lógica y claridad del caso en relación al material de probanza sostenido.

3.2.3. Sentencia No. 064-15-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0331-12-EP.

Es una sentencia de una acción extraordinaria de protección presentada por un padre reclamando la tenencia de su menor hija, a quien había cuidado durante varios años mientras la madre viajaba por situaciones frecuentes hacia los Estados Unidos de América. La decisión judicial impugnada se presentó el 12 de enero de 2012.

En esencia, el accionante también expresó que la madre de la niña atravesaba con frecuencia por inestabilidad emocional y trató de engañar en múltiples ocasiones a la administración de justicia presentando inclusive denuncias en su contra, para así tratar de legitimar su objetivo de retener la custodia de la niña.

Fue así que en primera instancia, mediante sentencia dictada el 04 de noviembre de 2009, el Juzgado Décimo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas

resolvió declarar con lugar la demanda interpuesta, concediendo al actor la tenencia de su hija; sin embargo, la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante sentencia dictada el 07 de abril de 2010 revocó la decisión judicial recurrida y declaró sin lugar la acción de tenencia, y a pesar de que se estableció el correspondiente recurso de casación, fue rechazado por estimarse que las resoluciones de tenencia no adquieren efecto de cosa juzgada y, por tanto, no se habilita el recurso de casación para ello.

Aquí, sin embargo, la acción extraordinaria de protección se dirigió a evaluar si se había quebrantado el derecho a la seguridad jurídica y el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, en consonancia con los artículos 82 y 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; no obstante, las reflexiones que se realizan son útiles de cierta forma para analizar el cumplimiento de la garantía de motivación que se ha previsto en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la propia Constitución.

La decisión impugnada consistió en el auto de 12 de enero de 2012 dictado por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, que señala en lo atinente:

SEGUNDO: En la especie, el recurso de casación ha sido presentado dentro del término legal, por quien ostenta legitimación activa para hacerlo, pero de una providencia que no es final ni definitiva, que no pone fin al proceso, pues se trata de un juicio especial de tenencia, cuyas resoluciones no causan efecto de cosa juzgada, ya que en cualquier momento pueden volverse a conocer cuando las circunstancias varíen. Por lo expuesto al no encontrarse la providencia impugnada dentro de las precedentes de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Casación, no se puede aceptar a trámite el recurso de casación interpuesto. En consecuencia y sin ser necesario otro análisis al haber sido debidamente negado el recurso de casación, SE RECHAZA EL RECURSO DE HECHO, interpuesto por el actor, y se ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.¹⁵¹

La Corte Constitucional, en síntesis, consideró que no había existido violación constitucional alguna por cuanto las autoridades judiciales habían procedido conforme a derecho. En base a ello, se resolvió lo siguiente:

1. Declarar que no existe vulneración a derechos constitucionales.

¹⁵¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 064-15-SEP-CC”, en *Caso No. 0331-12-EP*, 11 de marzo de 2015, 5.

2. Negar la acción extraordinaria de protección planteada.¹⁵²

En este sentido se debe acotar que la Corte sume un criterio legalista, dado que si bien es cierto que la instancia de Casación no está prevista para este tipo de casos, por lo que su repuesta de no entrar a conocer el caso obedece a la no configuración de la cosa juzgada, sin que siquiera valore el tipo de asunto al que se le sometía su conocimiento y el sujetos de derecho que se presentaba como es elemental se refiere a los menores involucrados. Siendo así que su resolución no es motivada y no cumple con el test en razón de amparar su inacción en el tipo de proceso y sus medios de impugnación, sin más posición que el respeto a la ley formal.

3.2.3.1. Análisis de Sentencia No. 064-15-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0331-12-EP.

También se puede señalar que la sentencia número 064-15-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional en el Caso No. 0331-12-EP, si bien no es específica en debatir o cuestionar el tema de la motivación, introduce reflexiones muy útiles que sirven de base a reflexiones en materia de tenencia y que sustentan precisamente la envergadura de la presente investigación.

Así, se observa que dicha sentencia reconoce que la tenencia encierra problemas humanos que comportan una dificultad intrínseca, pero todos los operadores de justicia, por imperio constitucional, se convierten en los primeros garantes de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de manera que cada una de sus acciones deben estar guiadas al favorecimiento del principio rector en la materia, o sea, el interés superior del menor, en especial porque en este tipo de asuntos suelen estar contrapuestos intereses de los progenitores con los del menor, e incluso con terceros y de todos estos entre sí;¹⁵³ dicha idea es, además, ilustrativa de que cualquier decisión adoptada debe encauzar el tema de la motivación en concordancia con una respuesta al conflicto de intereses donde se privilegie la posición más favorable para los intereses del infante.

En otras palabras, la sentencia que ahora se examina ha señalado una reflexión útil en materia de tenencia que resulta directriz y se ha utilizado incluso en ulteriores resoluciones de la propia Corte Constitucional:

¹⁵² *Ibíd.*, 27.

¹⁵³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 064-15-SEP-CC”, 27.

El operador de justicia, al resolver una decisión sobre tenencia, deberá propender, como afirmó anteriormente la Corte Constitucional, para el período de transición, a que exista un justo equilibrio entre los principios y derechos en conflicto, a saber, entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos que tienen los padres de familia, y los derechos de las personas que se encuentran interesadas en el desarrollo integral de aquellos.¹⁵⁴

Finalmente, es importante señalar que la sentencia número 064-15-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0331-12-EP también incorporó una reflexión singular en base al caso concreto que analizaba: la complejidad de las familias transnacionales, habida cuenta que se demostró que la madre de la niña tuvo necesidad de viajar al exterior con frecuencia para resolver ingentes necesidades económicas. Por otro lado, al momento de resolver el asunto es insoslayable recordar que se trataba de una niña menor de 12 años de edad, de modo que la regla del artículo 106 numeral 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia – varias veces mencionada – de favorecer a la madre con la custodia debía ser destruida categóricamente para poder conferir la tenencia al padre. Como elemento de juicio, la Corte Constitucional consideró válido que se hubiese evaluado por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas que la mera separación física de la madre con la menor por tales motivos no era criterio bastante para considerar que se vulneraban los derechos de la niña al conferirle a dicha progenitora su tenencia, máxime cuando sí se demostró que la madre contribuía con su trabajo en el exterior en las cargas económicas de la familia en beneficio de todos sus hijos.

Como se puede observar se cumple totalmente el test de motivación y la igualdad de armas, pues si se analiza vemos como el órgano juzgador respeto los derechos de la progenitora que se encontraba en el exterior y aportando con su labor a las cargas familiares, en este caso se debió y de hecho se fue sumamente comprensibles y lógicos en los postulados de la sentencia examinada.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 23.

3.2.4 Sentencia No. 288-16-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0702-10-EP.

Es una sentencia de una acción extraordinaria de protección presentada por una madre que había sido privada de la tenencia de uno de sus dos hijos, la que se le confirió al padre. La decisión judicial impugnada cobró firmeza el 25 de enero de 2010.

En esencia, la accionante expuso que la decisión del juzgador de instancia, que fue ratificada luego por la Corte Provincial competente, se quebrantó el derecho al debido proceso en la garantía motivación prevista en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la propia Constitución porque debió haberse argumentado si ella había incurrido en alguno de los supuestos previsto en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y no se hizo así.

La decisión impugnada consistió en la sentencia de 16 de septiembre de 2009 del entonces Juez Tercero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Guayaquil, que señaló lo siguiente:

Que consta de autos el expediente No. 6300-2009, por recuperación del menor sustanciado en el Juzgado Noveno de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, cuya titular en auto de catorce del actual a las 11:00 horas, amonesta a la demandada por violentar el derecho de educación de su hijo Juan Sebastián Rosero Castillo y la conmina cumplir con lo establecido en los Arts. 11, 37 y 39 del Código de la Niñez y Adolescencia; debiendo reintegrarlo de inmediato al colegio.- Por los antecedentes expuestos, el suscrito Juez Tercero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, en uso de sus legales atribuciones, resuelve declarar con lugar la demanda propuesta por el señor abogado José Fernando Rosero Rohde, concediéndose la tenencia de su hijo José Fernando Rosero Castillo.- El niño Juan Sebastián Rosero Castillo, continuará bajo los cuidados y protección de su progenitura señora María José Castillo Figueroa...¹⁵⁵

La Corte Constitucional, en síntesis, consideró que no había existido violación constitucional alguna por cuanto las autoridades judiciales habían procedido conforme a derecho, con la identificación de manera clara y correcta las fuentes normativas, el establecimiento de las premisas de la resolución y una redacción ordenada y secuencial, en un lenguaje inteligible. En base a ello, se resolvió lo siguiente:

¹⁵⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 288-16-SEP-CC”, en *Caso No. 0702-10-EP*, 7 de septiembre de 2016, 3.

1. Declarar que no existe vulneración a derechos constitucionales.
2. Negar la acción extraordinaria de protección planteada.¹⁵⁶

En esta resolución se vulnera el test de motivación en función de que se priva de la tenencia a la madre del menor en función de que se estaba incumpliendo el derecho a la educación del infante, sin que se precise por la Corte Constitucional las motivaciones que presentaba la madre para asumir esta lamentable actitud, siendo así que la premisa inicial no encuentra asideros lógicos en el desarrollo de la decisión. Tampoco se desarrolla el contenido del derecho en sí y se hace un análisis maniqueo del mismo.

3.2.4.1. Análisis de Sentencia No. 288-16-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0702-10-EP .

En la sentencia No. 288-16-SEP-CC de la Corte Constitucional dictada en el Caso No. 0702-10-EP, una madre fue privada de la tenencia de uno de sus hijos, aunque por razones distintas.

En el asunto anterior, la motivación de la sentencia combatida se dirigió a fijar la situación en la que se encontraban los hijos de la accionante a partir de sus actitudes en concreto, a partir de lo cual se pudo demostrar que uno de los menores estaba en realidad al cuidado de sus abuelos maternos porque la madre no solía estar presente, mientras que el otro permanecía con su padre, situación que incluso había llevado a que ambos hermanos se distanciaran en el plano afectivo. La Corte Constitucional valoró que

el juzgador al construir su razonamiento judicial, parte de los hechos demandados en concordancia con las alegaciones de la parte actora y demandada, para luego desarrollar los medios de prueba actuados en relación con los supuestos fácticos materia de litigio; siendo que, en razón de este desarrollo argumentativo y aplicando la normativa que resulta pertinente para el caso en concreto, arriba a la decisión - conclusión- de conceder la tenencia del hijo mayor al padre y del hijo menor a la madre...¹⁵⁷

Visto así, la decisión judicial anterior conduce a entender que el hecho de que se trate de un juicio de tenencia no implica distorsión alguna del proceso intelectual común de la valoración de las pruebas, ni mengua la prerrogativa judicial de apreciarlas según las

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 15.

¹⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 288-16-SEP-CC”, 11.

reglas de la sana crítica, siempre que ello, por supuesto, implique respeto del interés superior del menor como principio esencial.

En este caso resulta elemental que se cumple con el test de motivación, dado incluso que se dividió la custodia para lograr que las responsabilidades se compartieran y quedaran en manos de sus legítimos actores, la decisión de la Corte aunque puede ser considerada “salomónica”, no hizo más que cumplir con los postulados más avanzados de la técnica jurídica en materia de niñez y tenencia.

Muy interesante resultó el análisis de la sentencia de fecha 17 de marzo de 2017 dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en el juicio No. 17203-2016-08280, por la cual se determinó modificar parcialmente la sentencia de primera instancia en la que el juzgador había conferido la tenencia de los dos hijos menores de edad a su madre y desechado, por tanto, la pretensión de su padre de tenerlos consigo. En esencia, dicha sentencia resolvió la cuestión de manera justa al conferir la tenencia de un hijo a cada padre, aunque por argumentos válidos.

En efecto, a pesar de que se discutió abundantemente durante el proceso sobre las condiciones morales y socio-familiares de cada uno de los progenitores para juzgar su idoneidad a los fines de resolver sobre la tenencia de ambos hijos, la cuestión que zanjó la disputa fue la intervención de uno de los menores que sostuvo con firmeza que su opinión no había sido escuchada a fin de permanecer al lado de su padre, yendo incluso contra el criterio de la Oficina Técnica que emitió un informe distinto, al señalar que

Sería conveniente que los adolescentes permanezcan juntos en el entorno materno y se recomienda que el progenitor incentive a su hijo Héctor Mauricio para que regrese con predisposición al entorno familiar (...) También es importante sugerir a los progenitores que separen la problemática existente entre ellos con lo que significa ejerce su rol como padres...¹⁵⁸

La Corte adujo que la presencia e intervención del mayor de los hijos – aunque en condición de menor de edad – ponía en entredicho el criterio de la Oficina Técnica y, al no atenderlo, el juzgador de instancia contravino los artículos 44 de la Constitución de la

¹⁵⁸ Ecuador Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencia”, 4.

República del Ecuador y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia por cuanto su opinión era de apreciación indefectible y se ponía por encima de los intereses de los demás, más aún cuando se constató que no existía presión ni injerencia alguna sobre el adolescente en cuestión.

El análisis de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha es profundo en tal sentido y, a la vez, sienta pautas para interpretaciones futuras ajustadas al espíritu de la legislación vigente en materia de tenencia:

5.4.2.- La opinión de los menores además de permitirnos a los operadores de justicia determinar cuál es su decisión circunstancial sobre el proceso judicial que llevan los mayores, también ha contribuido para dejar en claro que los adolescentes son personas con un perfil sano y de un ejemplar desarrollo conductual, que lamentablemente están en medio de una pugna inútil y perjudicial elevada a contienda por parte de sus progenitores, y en este sentido no debe confundirse por las partes, los derechos y responsabilidades que tienen respecto de sus hijos, con el ámbito de la vulneración por maltrato, lo cual no se evidencia en el momento actual, pues si de patologías eventuales de agresividad se trataría, los dos progenitores por sí y ante sí, estarían llamados a someterse a medidas de apoyo y tratamiento terapéutico, que genera la obligatoriedad de superar este conflicto de intereses y personalidad en la finalidad de procurar un mejor bienestar para sus vástagos; por ello atribuir estos actos presuntamente lesivos a cualquiera de aquellos como factor que desequilibra el derecho de padre o madre, es poner una cortina de humo al grado de responsabilidad que deben asumir por encima de sus acusaciones para obtener el beneplácito de la tenencia...¹⁵⁹

Asimismo, cabe añadir que la Sala también recuerda algo ya analizado: que en el sistema procesal ecuatoriano rige la libre apreciación de las pruebas por parte de los jueces, por lo que si bien el criterio de la Oficina Técnica sirve de base a la decisión, no es obligatorio apreciarlo como un dogma, porque el principio de interés superior del menor en sus distintas manifestaciones puede ser la justificación precisa de la apreciación psico-social del caso, de modo que el juez tiene libertad para resolver lo más conveniente a la plena realización de dicho principio.

Podemos concluir que existe un desconocimiento por parte de los jueces de primera instancia de las más elementales reglas que rigen la motivación de las sentencias en general, pero específicamente en los casos de tenencia de menores analizados ha tenido que intervenir el órgano censor para determinar la decisión más apegada a derecho y que

¹⁵⁹ Ibid., 5

no vulnere los principios motivacionales, de tutela efectiva y de igualdad de armas, además de evitar con sus criterios jurisprudenciales que se abuse mediante decisiones parciales y mal sustentadas del debatido y flagelado interés superior del niño.

3.2.5 Sentencia de fecha 17 de marzo de 2017 dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en la causa número 17203-2016-08280.

La sentencia es de un recurso de apelación interpuesto por el padre de dos hijos menores de edad al considerar que la instancia había errado al no darle la tenencia de sus hijos por cuanto la madre no tenía condiciones emocionales estables para asumir su cuidado. La sentencia de primera instancia, reducida a escrito por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha el 1 de noviembre de 2016, determinó lo siguiente:

RESUELVO: 1.- Rechazar la demanda de tenencia presentada por el señor ALMEIDA ERAZO NELSON MAURICIO en contra de la señora MARIA GREGORIA SALGADO PINEDA, en consecuencia los menores RODRIGO JOAN Y HECTOR MAURICIO ALMEIDA SALGADO, de 13 y 15 años de edad continuarán bajo el cuidado y protección de su señora madre. 2.- A fin de no vulnerar derechos, la presente resolución con relación al menor HECTOR MAURICIO ALMEIDA SALGADO se cumplirá de manera progresiva, esto es, una semana permanecerá con el padre y una semana con la madre por el lapso de tres meses; contados a partir de la presente fecha, hasta que se produzca el reintegro total al seno materno.- 3.- Las visitas a las que tiene derecho el padre se cumplirá conforme a lo resuelto por la autoridad competente dentro del juicio de divorcio.- 4.- Se prohíbe de manera expresa a la señora MARIA GREGORIA SALGADO PINEDA ejercer de manera personal o través de terceras persona cualquier tipo de manipulación psicológica y/o violencia en contra de cualquiera de los dos menores, de existe cualquier indicio de vulnerabilidad de derechos, la presente resolución podrá ser revisada en cualquier tiempo.- 5.- Queda prohibido que los menores ejerzan actividades laborales, de cuidado de sus hermanas, sin perjuicio de la colaboración familiar.- 5.- La oficina Técnica de esta Unidad Judicial realizará el seguimiento respectivo de la tenencia de los menores por el lapso de dos años debiendo presentar un informe trimestral respecto del desarrollo integral de los menores.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ecuador Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, "Sentencia", en *Juicio No. 17203-2016-08280*, 1 de noviembre de 2016, 7.

Finalmente, luego de la audiencia del recurso de apelación, en la que se escuchó a ambos menores como ordenaba la ley, la Corte Provincial resolvió lo siguiente:

Este Tribunal de alzada, resuelve aceptar parcialmente el recurso de apelación, y reforma la resolución venida en grado, disponiendo que Rodrigo Joan continúe bajo el cuidado y protección por tenencia de su madre María Gregoria Salgado Pineda, mientras que Héctor Mauricio permanezca por tenencia bajo la protección de su padre Nelson Mauricio Almeida Erazo. De acuerdo al artículo 122 del Código de la Niñez y Adolescencia, en la finalidad de contribuir a la integración de sus derechos para compartir de mejor y mayor manera el tiempo asignado a la relación filial de los progenitores y sus hijos y de aquellos entre sí, se adecúa el régimen de visitas, siendo de participación semanal en el hogar del progenitor que corresponda con la presencia de los dos hermanos en cada visita, para cuyo efecto la madre o el padre alternadamente, entregarán a su hijo a cargo, los viernes a partir de las 15h00 hasta el domingo a las 17h00 en que se los reintegre. De otro lado, se dispone que la oficina técnica realice sesiones de terapia psicológica tendientes a lograr una debida y formal integración familiar, para cuyo caso la Jueza a quo proveerá y verificará su cumplimiento...¹⁶¹

3.2.5.1 Análisis de Sentencia de fecha 17 de marzo de 2017 dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en la causa número 17203-2016-08280.

Muy interesante resultó el análisis de la sentencia de fecha 17 de marzo de 2017 dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en el juicio No. 17203-2016-08280, por la cual se determinó modificar parcialmente la sentencia de primera instancia en la que el juzgador había conferido la tenencia de los dos hijos menores de edad a su madre y desechado, por tanto, la pretensión de su padre de tenerlos consigo. En esencia, dicha sentencia resolvió la cuestión de manera “salomónica”, al conferir la tenencia de un hijo a cada padre, aunque por argumentos válidos.

En efecto, a pesar de que se discutió abundantemente durante el proceso sobre las condiciones morales y socio-familiares de cada uno de los progenitores para juzgar su idoneidad a los fines de resolver sobre la tenencia de ambos hijos, la cuestión que zanjó la disputa fue la intervención de uno de los menores que sostuvo con firmeza que su

¹⁶¹ Ecuador Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio No. 17203-2016-08280*, 17 de marzo de 2017, 7.

opinión no había sido escuchada a fin de permanecer al lado de su padre, yendo incluso contra el criterio de la Oficina Técnica que emitió un informe distinto, al señalar que

sería conveniente que los adolescentes permanezcan juntos en el entorno materno y se recomienda que el progenitor incentive a su hijo Héctor Mauricio para que regrese con predisposición al entorno familiar (...) También es importante sugerir a los progenitores que separen la problemática existente entre ellos con lo que significa ejerce su rol como padres...¹⁶²

La Corte adujo que la presencia e intervención del mayor de los hijos – aunque en condición de menor de edad – ponía en entredicho el criterio de la Oficina Técnica y, al no atenderlo, el juzgador de instancia contravino los artículos 44 de la Constitución de la República del Ecuador y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia por cuanto su opinión era de apreciación indefectible y se ponía por encima de los intereses de los demás, máxime cuando se constató que no existía presión ni injerencia alguna sobre el adolescente en cuestión.

El análisis de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha es profundo en tal sentido y, a la vez, sienta pautas para interpretaciones futuras ajustadas al espíritu de la legislación vigente en materia de tenencia:

5.4.2.- La opinión de los menores además de permitirnos a los operadores de justicia determinar cuál es su decisión circunstancial sobre el proceso judicial que llevan los mayores, también ha contribuido para dejar en claro que los adolescentes son personas con un perfil sano y de un ejemplar desarrollo conductual, que lamentablemente están en medio de una pugna inútil y perjudicial elevada a contienda por parte de sus progenitores, y en este sentido no debe confundirse por las partes, los derechos y responsabilidades que tienen respecto de sus hijos, con el ámbito de la vulneración por maltrato, lo cual no se evidencia en el momento actual, pues si de patologías eventuales de agresividad se trataría, los dos progenitores por sí y ante sí, estarían llamados a someterse a medidas de apoyo y tratamiento terapéutico, que genera la obligatoriedad de superar este conflicto de intereses y personalidad en la finalidad de procurar un mejor bienestar para sus vástagos; por ello atribuir estos actos presuntamente lesivos a cualquiera de aquellos como factor que desequilibra el derecho de padre o madre, es poner una cortina de humo al grado de responsabilidad que deben asumir por encima de sus acusaciones para obtener el beneplácito de la tenencia...¹⁶³

¹⁶² Ecuador Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencia”, 4.

¹⁶³ Ibid., 5

Asimismo, cabe añadir que la Sala también recuerda algo ya analizado: que en el sistema procesal ecuatoriano rige la libre apreciación de las pruebas por parte de los jueces, por lo que si bien el criterio de la Oficina Técnica sirve de base a la decisión, no es obligatorio apreciarlo como un dogma, porque el principio de interés superior del menor en sus distintas manifestaciones puede ser la justificación precisa de que se yerra en la apreciación psico-social del caso, de modo que el juez tiene libertad para resolver lo más conveniente a la plena realización de dicho principio.

En este último caso de la investigación resulta el mejor y en el cual se palpa el cumplimiento los postulados del test de motivación, dado que incluso solicita el auxilio de la oficina técnica en razón del seguimiento del caso. Además las premisas iniciales son desarrolladas con total lógica y transparencia acorde los principios de certeza y seguridad jurídica.

Finalmente, de un muestreo no probabilístico intencional, el tamaño de la muestra se determinó por saturación, ya que al revisar los números de sentencias la gran mayoría tributaban en el mismo problema, la falta de motivación. Así extraemos de los casos propuestos al análisis el siguiente gráfico en el cual se resume el cumplimiento del test de motivación y del principio de igualdad de armas.

Tabla 8

Análisis de casos de tenencia en materia de niñez y adolescencias

Igualdad de armas	Razonabilidad	Lógica	Comprensibilidad
2	3	3	3

Fuente: Consejo de la Judicatura, 2017

Elaboración: Lizeth Machado

Conclusiones

1) En la presente investigación nosotros respondemos que tanto de forma estructural, utilizando criterios de especialización en el sistema de justicia como en la parte de los contenidos de sentencia existe una afectación a los derechos de las partes, igualdad de armas y derecho a la motivación.

2) A pesar de que existen instrumentos internacionales diversos que de una forma más o menos específica abordaron los derechos de la niñez y la adolescencia, uno de los más emblemáticos ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por las Naciones Unidas, es un instrumento internacional relevante ya que consagró el principio del interés superior del menor como base de cualquier legislación y/o decisión que pueda dictarse o adoptarse en la materia. Este principio implica que el menor tiene derecho a que las autoridades judiciales, legislativas y administrativas adopten medidas que promuevan y protejan sus derechos de la manera más efectiva posible.

3) En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio del interés superior del menor multidimensional, pues abarca varios ámbitos que van desde el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes hasta consagrar la obligación de todas las autoridades e instituciones de protegerlos en sus actos y decisiones. Se trata de un elemento supra-ordenador que se utiliza como patrón interpretativo de todo el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, entre lo que se incluye el derecho a ser oídos y consultados en asuntos que puedan afectarle directa o indirectamente y la preeminencia de sus derechos respecto de otros que pudieran estar en conflicto.

4) Para resolver los conflictos de tenencia, según los artículos 106 y 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se privilegia la escucha de la opinión de la persona menor de edad y esta será determinante para que el juez adopte una decisión sensata. No obstante, sin perjuicio de velar por el interés superior del menor, se preferirá el acuerdo de los padres en ese sentido; a falta de ello, tratándose de menores de 12 años se preferirá a la madre, salvo que se pruebe que esto es nocivo, pero cuando sobrepasa dicha edad se hará una valoración más amplia de las capacidades emocionales, psicológicas y de otra índole de los progenitores para decidir a cuál se le confiará la

tenencia, aunque siempre se tiene preferencia por la madre. Por último, si nada de ello fuera posible, el juez tiene potestad de deferir la tenencia del menor a un tutor, en aras de precautelar sus derechos, sobre todo, que se le pueda proteger integralmente.

5) La motivación de las sentencias y resoluciones judiciales en materia de tenencia constituye una garantía del derecho a la defensa y el debido proceso que se reconoce expresamente por el artículo 76 numeral 7 incisos 1) de la Constitución de la República del Ecuador. En esencia, toda motivación debe incluir los fundamentos de hecho que sirven de base al caso concreto, los fundamentos de derecho relacionados con el tema y el establecimiento de un nexo lógico entre ambos, de modo que, si uno de ellos no está presente acarreará la nulidad de la sentencia o resolución de que se trate.

6) La legislación ecuatoriana vigente, sin embargo, no hace referencia a criterios o principios de argumentación jurídica que deberían constituir aspectos indisolubles de toda motivación judicial, como son los de fundamentalidad, generalidad y vaguedad. Una correcta aplicación de dichos principios conduce a la ruptura del silogismo tradicional y permite resolver problemas jurídicos complejos como los de relevancia, de interpretación, prueba y de calificación, todos los cuales pueden presentarse en materia de tenencia también.

7) Cabe añadir que la Corte Constitucional del Ecuador, a través de múltiples sentencias, ha dado una interpretación precisa al tema de la motivación de las sentencias y resoluciones, basada en el cumplimiento de tres criterios: razonabilidad, que supone la determinación de las fuentes de la decisión judicial; lógica, que implica la vinculación de elementos ordenados y concatenados de circunstancias fácticas y normas jurídicas, y comprensibilidad, que se relaciona con el entendimiento de la decisión adoptada para el sujeto medio.

8) Uno de los problemas que se presentan en materia de tenencia se deriva de la aplicación del principio de especialidad en la administración de justicia de la niñez y la adolescencia previsto en los artículos 175 y 186 inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador. Esta situación, por un lado, ha llevado al rechazo *in limine* o *a posteriori* de las demandas en las que se alegan, más allá de simples cuestiones de tenencia, violaciones a los derechos constitucionales de los menores, específicamente en relación con los principios del interés superior del niño y de protección integral; en otro orden, la falta de concreción adecuada de dicho principio en la práctica ha llevado a que

prolifere los juzgados o salas multicompetentes, a diferencia de las especializadas, lo que implica una clara dificultad para sistematizar criterios en regiones determinadas.

9) La justicia especializada de menores y adolescentes se rige por principios que aparecen en el artículo 256 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, a saber: “humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia”, pero en la Guía para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil, del Consejo de la Judicatura, se mencionan otros que se han estimado rectores, tales como: no discriminación, supletoriedad, derecho a ser escuchado, flexibilidad, proporcionalidad y entorno familiar, entre otros. Visto así, la especialización de la justicia en temas de niñez y adolescencia constituye un paso de avance significativo en el reconocimiento y la protección de sus derechos.

10) Del estudio realizado se puede advertir que si bien la proporción de Unidades Judiciales Especializadas y Multicompetentes en materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia es similar en todas las regiones del país, no se cumple con el principio de especialidad en dicha materia, tal como ordena el artículo 186 inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador, porque siempre son más las multicompetentes que las especializadas, lo que incluso es reiterativo al nivel de las cortes provinciales de justicia

11) Del análisis de diversas sentencias dictadas fundamentalmente por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otras dictadas por las unidades judiciales y las cortes provinciales, en su caso, se puede concluir que existen frecuentes desaciertos en la aplicación de la justicia en casos de tenencia de niñez y adolescencia.

12) En tal sentido, deben observar los órganos juzgadores que, al momento de decidir a cuál de los progenitores se confiere la tenencia de los menores de edad, existen varias doctrinas que se han asentado como patrones generales en el mundo y que son perfectamente aplicables en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a saber: la de los años tiernos, que supone que en sus primeros años de vida el infante necesita más la compañía de su madre; el interés superior del menor, por medio del cual se evalúan los lazos afectivos de cada niño o niña; la doctrina de la co-custodia, que implica una cooperación conjunta de ambos en el cuidado y la crianza de los niños, y la presunción del dador de cuidados básicos, por medio de la cual se prefiere al progenitor que haya asumido tales

funciones en mayor medida respecto al infante. Una decisión que no deje claro cómo ha aplicado tales doctrinas no estará suficientemente motivada.

13) Se recalca que aunque el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece ciertas preferencias a favor de la madre, el interés superior del niño puede conducir a un resultado distinto (con aplicación de las reglas previstas en el artículo 106 *ibídem*), con lo cual debe garantizarse la independencia de los juzgadores para que sus libres y racionales criterios en favor de los niños, niñas y adolescentes predomine, como único modo de tutelar sus legítimos derechos, máxime cuando deben intervenir jueces especializados en el tema.

14) No obstante, la motivación en materia de tenencia es compleja y no puede quedar circunscrita a los mismos parámetros de cualquier otra sentencia, por extraño que parezca. Todos los operadores de justicia, por imperio constitucional, se convierten en los primeros garantes de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de manera que cada una de sus acciones deben estar guiadas al favorecimiento del principio rector en la materia, o sea, el interés superior del menor, en especial porque en este tipo de asuntos suelen estar contrapuestos intereses de los progenitores con los del menor, e incluso con terceros y de todos estos entre sí. Luego, cualquier decisión se motivará en concordancia con una respuesta al conflicto de intereses donde se privilegie la posición más favorable para los del infante.

Referencias bibliográficas

- Aguilar , B. «¿ La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes.» *Dialogo con la Jurisprudencia*, 2012.
- Aguirre Guzman, Vanesa. «El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos.» *Foro*, 2010.
- Alban, E.F. *Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Gemagrafic, 2010.
- Aparicio, Carlos. *Introducción al Derecho del siglo XXI*. México: (s.e.), 2009.
- Asadobay, Jorge Alfonso. «El principio de especialidad y su incidencia en los derechos fundamentales de niños y adolescentes en los juicios tramitados en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, durante el 2015.» Tesis de grado previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, Universidad Nacional de Chimborazo, Riobamba, 2017.
- Asamblea Constituyente. «Constitución de la República del Ecuador.» *Registro Oficial*, n° 449 (noviembre 2008).
- Asamblea Constituyente. «Constitución de la República del Ecuador.» *Registro Oficial*, n° 180 (febrero 2008).
- Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. QUITO: Abya Yala; Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador & Fundación Rosa Luxemburg, 2011.
- . *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala, Universidad Andina Simón Bolívar & Fundación Rosa Luxemburg, 2011.
- Aydillo, María. *Las tres gloriosas: La revolución liberal burguesa de 1830 en Francia*. Trabajo de fin de grado, Facultad de Letras y de la Educación, Universidad de La Rioja, Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2016.
- Barrera Urrutia, Valeria Stefhania. *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los juicios de tenencia*. Graduación, Ambato: Universidad Tecnica de Ambato, 2015.
- Beloff, Mary. «Un modelo para armar - y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular.» 2013.

<http://www.ucipfg.com/Repositorio/EPDP/pcEPDPv03/EPDP-04-JSPP/EPDP02/Lecturas/3/Beloff.pdf> (último acceso: 10 de octubre de 2017).

- Beltran , Paloma. «El mejor padre son ambos padres.» *Boletín de la Familia*, 2009.
- Burgos, José Germán. «Estado de Derecho: del modelo formal al sustancial.» *Revista Diálogos de Saberes*, 2010: 231-244.
- Castillo, Carmen María, Gabriela Arias, y Marcela Zúñiga. «Aportes de la Universidad de Costa Rica en la promoción de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.» *Reflexiones* 1, n° 90 (2011): 121-34.
- Chamorro Bernal, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994.
- CIDH. «Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América.» *Documentos Oficiales* (OEA) 16, n° OAS/Ser.L/V/II.155 (2015).
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Estado de Derecho y Principio de Legalidad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- Cornejo, José Sebastián. *Análisis del principio de independencia*. 2015.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2015/09/01/analisis-del-principio-de-independencia>.
- Corredores, M, y R Avila. *Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Quito: V&M, 2010.
- Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. (s.l.): Taurus, 2010.
- Farith, C. «La nueva administración de justicia en el Código de la Niñez y la Adolescencia.» *Iuris dictio* (USFQ) 14 (2012): 181-193.
- Fernández, Jorge. *Fiscal Ortega afirma que sentencias del TSJ vulneran el hilo constitucional*. 31 de marzo de 2017. <http://versionfinal.com.ve/politica-dinero/fiscal-ortega-diaz-presenta-informe-de-gestion-del-ministerio-publico-en-2016/>.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta, S.A., 2014.
- González, Ernesto. «El Estado y su proceso histórico.» En *Reflexiones sobre los derechos constitucionales en perspectiva latinoamericana*, de Ernesto González, Ángel Torres, Pedro Javier Barrera, Edmer Leandro López, Graca María Borges de Freitas y Fernando Guerrero, 15-36. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- Hurtado Reyes, Martín. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Editores, 2006.

- Ibañez-Valverde, V.J. *El laberinto de la custodia compartida*. Santiago de Compostela: Compostela, 2006.
- Kant, Inmanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Buenos Aires: Losada, 1960.
- Lescano, Nathalia Viviana, y Mayra Cristina Mena. «Eficacia, eficiencia y efectividad en la resolución de conflictos transigibles de niñez y adolescencia en el Ecuador.» *Revista de Derecho UNED* (UNED), n° 18 (2016): 567-95.
- López, Mario Estuardo. *Los escritos políticos de Inmanuel Kant*. 2008.
<http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/mlopez2.html>.
- Maldonado, María del Carmen. «Experiencias del Estado constitucional de derechos y justicia.» En *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*, de Raúl Canosa y Jaime Rodríguez-Arana, 97-110. Madrid: Reus, 2014.
- Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid: UNICEF, Comité Español, 2006.
- OEA. *Mensaje del Secretario General de la OEA sobre Venezuela (C-042/17)*. 16 de mayo de 2017.
http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-042/17.
- Organización de los Estados Americanos. «Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.» *Departamento de Derecho Internacional, OEA*. 18 de marzo de 1994. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm (último acceso: 15 de abril de 2017).
- Raz, Joseph, Roberts Summer, Elías Díaz, Rodolfo Vázquez, Diego Valadés, y Luigi, Garzón, Ernesto Ferrajoli. *Estado de Derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*. 3a. México: Siglo XXI editores, 2012.
- Roizblatt, A. *Divorcio y Familia: antes, durante y despues*. Santiago: RII, 2013.
- Sentencia No. 001-16-PJO-CC*. Caso No. 0530-10-JP (Corte Constitucional del Ecuador, 22 de marzo de 2016).
- Sentencia No. 015-16-SEP-CC*. Caso No. 1112-15-EP (Corte Constitucional del Ecuador, 13 de enero de 2016).
- Serrano Alberca, José M. *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 1985.
- Solano, Mario Antonio. *El estado constitucional: ensayo*. San José: Universidad Tecnológica de El Salvador, 2009.

Steffen, Marc. *Coparentalidad post-separación conyugal un paradigma familiar en tuición compartida chileno*. Magister, Santiago: Universidad de Santiago, 2002.

Valencia, Javier Gonzaga. «Los principios y valores del Estado Social de Derecho como marco jurídico político para la resolución de los conflictos.» *Gestión Ambiental* 10, n° 1 (2007): 105-112.

Varsi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: El Buho, 2011.

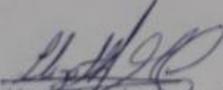
Vicente, T, y M Hernandez . *Los derechos de los niños. Responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, 2017.

Zalamea, Pedro José. «Análisis de la especialización de la justicia, en materia de niñez y adolescencia, según el Código Orgánico de la Función Judicial.» Tesis previa a la obtención del título de Abogado, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Cuenca, Cuenca, 2010-2011.

Anexos

Anexo 1

Oficio dirigido a la Dirección Nacional de acceso de los servicios de justicia .Consejo de la Judicatura

05 de octubre de 2017	  TRÁMITE EXTERNO: PETICIONARIO: RAZÓN SOCIAL: FECHA DE RECEPCIÓN: ÁREAS: NRO. DOCUMENTO: INGRESADO POR: CJ E XT 2017 2017 MACHADO CASTILLO LIZETH PARTICULAR QUIN 05/10/2017 10 30 25 TOTAL 1 FOLIA SI 00110101010 <small>Para el estado de trámite en TEL: 0011 26000000 o al 0011 26000000 (línea gratuita)</small>
Abogado Francisco Bonilla Soria Director Nacional de Acceso de los Servicios de Justicia	
De mi consideración:	
Mi nombre es Wilma Lizeth Machado Castillo, curso la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar.	
Al momento me encuentro en el periodo de investigación y desarrollo de mi tesis que tiene como finalidad analizar la motivación de sentencias de tenencia de niños, niñas y adolescentes en materia de Niñez y Adolescencia.	
En tal virtud, solicito a usted acceso a la información estadística de los casos resueltos de tenencia de niños, niñas y adolescentes a nivel nacional que tienen conocimiento el Consejo de la Judicatura en primera instancia, Corte Provincial y Corte Nacional, en los períodos 2015, 2016 y 2017, de conformidad al Art. 91 de la Constitución de la República del Ecuador. Así mismo, solicito información sobre el número actual de judicaturas a nivel nacional competentes en familia, mujer, niñez y adolescencia.	
Anticipo mi sincero agradecimiento al mismo tiempo de reconocer el trabajo realizado por el Consejo de la Judicatura.	
Atentamente,	
 Ab. Lizeth Machado Castillo	
c.c: 0401391008	
email: lizethmach@hotmail.com	

Anexo 2
Oficio dirigido a Corte Constitucional del Ecuador

Quito, 5 de Octubre de 2017

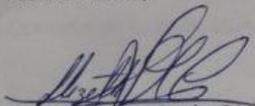
Señor Doctor
Alfredo Ruiz Guzmán
PRESIDENTE
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
De mis consideraciones.-

Mi nombre es Wilma Lizeth Machado Castillo, curso la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar.

Al momento me encuentro en el periodo de investigación y desarrollo de tesis que tiene como finalidad analizar la motivación de sentencias de materia de niñez y adolescencia. Por tanto solicito a usted como máxima autoridad de la entidad que representa se me permita obtener estadísticas, sentencias y más datos recurrentes a mi tema de investigación.

Agradezco de antemano por su pronta respuesta y deseo éxitos en la labor diaria.

Atentamente,


Ab. Lizeth Machado Castillo
CC.0401391008
Mail: lizethmach@hotmail.com

	SECRETARÍA GENERAL DOCUMENTOLOGÍA
Recibido el día de hoy	07 octubre
	2017 a las 09:30
Por:	ds
Anexos:	swanetes
 SECRETARÍA GENERAL	

Anexo 3

Número de causas resueltas 2015 a septiembre 2017 (formas de terminación)

Formas de terminación	Causas resueltas	Causas resueltas	Causas resueltas
Abandono	1.938	326	1
Abandono de la recusación	-	1	-
Abandono del recurso	-	-	3
Abandono por falta de comparecencia art. 87 # 1	-	-	15
Aceptando	922	885	359
Acuerdo conciliatorio	329	317	304
Archivo del proceso	1.897	2.648	990
Archivo del proceso por acumulación de autos y remisión del expediente	-	-	3
Archivo por no completar demanda	-	351	540
Auto resolutivo	672	3	2
Confirmando	82	100	28
Desistimiento	88	117	57
Modificando	-	9	10
Negando	435	472	230
Otras providencias	16	169	184
Prescripción	4	1	2
Reformando	12	2	-
Resolución	62	242	40
Revocando	26	32	17
Reformando	1	3	-
Sentencia	11	14	2
Sentencia y/o resolución	1	11	10
Total general	6.496	5.703	2.797

Fuente: Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE)

Anexo 4

Número de causas resueltas 2015 a septiembre 2017

Año provi denci a	Id juicio	Provi ncia	Cantón	Instancia	Judicatura	Materia	Tipo acción	Nombre tipo acción	Nombre delito	Delito_est	Recategoriza ción formas de terminación	cau sas res uel tas
2016	17201 20131 369	Pichi ncha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no_cogep	Causa	contenci oso general	Tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	Acceptando	1
2016	17202 20141 117	Pichi ncha	Quito	sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no- cogep	causa	contenci oso general	tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	aceptando	1
2016	17203 20138 208	Pichi ncha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de Pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no-cogep	Causa	contenci oso general	tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	aceptando	1
2016	17204 20145 416	Pichi ncha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de Pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no_cogep	causa	contenci oso general	tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	aceptando	1
2016	17204 20160 0368	Pichi ncha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no_cogep	Causa	Contenci oso general	Tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	Acceptando	1

2016	17205 20150 0379	Pichincha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no_cogep	Causa	Contencioso general	Tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	Aceptando	1
2016	17315 20160 0365	Pichincha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no_cogep	Causa	Contencioso general	Tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	Aceptando	1
2016	17962 20101 031	Pichincha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no_cogep	Causa	Contencioso general	Tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	Aceptando	1
2016	17982 20140 426	Pichincha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia no_cogep	Causa	Contencioso general	Tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	Aceptando	1
2017	17203 20160 8280	Pichincha	Quito	Sala de corte provincial	Sala Fmna de la corte provincial de pichincha	Familia mujer niñez y adolescencia	Causa	Sumario	Tenencia	Juicios de tenencia, custodia y patria potestad	Aceptando	1

Fuente: Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE)