



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**“RETENCIÓN ARBITRARIA E ILEGAL DEL MENOR POR PARTE
DE UNO DE LOS PROGENITORES”**

AUTOR:

Carlos Fernando Heras Maldonado

**Trabajo de Titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR**

TUTOR:

Ab. Zavala Egas Leopoldo Xavier, Msg.

Guayaquil, Ecuador

9 de febrero de 2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo titulación, fue realizado en su totalidad por **CARLOS FERNANDO HERAS MALDONADO**, como requerimiento para la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.

TUTOR

f. _____

Ab. Zavala Egas Leopoldo Xavier, Msg.

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Dra. Lynch Fernández María Isabel, Mgs

Guayaquil, a los 9 días del mes de febrero del año 2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, CARLOS FERNANDO HERAS MALDONADO

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Retención Arbitraria e Ilegal del Menor por Parte de Uno de los Progenitores**, previo a la obtención del Título **de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 9 días del mes de febrero del año 2020

AUTOR

f. _____
Carlos Fernando Heras Maldonado



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, CARLOS FERNANDO HERAS MALDONADO

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **Retención Arbitraria e Ilegal del Menor por Parte de Uno de los Progenitores**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 9 días del mes de febrero del año 2020

AUTOR

f. _____

Carlos Fernando Heras Maldonado

REPORTE DE URKUND

The screenshot displays the URKUND web application interface. At the top, there is a browser address bar showing the URL: <https://secure.orkund.com/old/view/61035562-734077-416058#BcExDoAgDAXQu3T+MbsU0noV42CIGgZZG113972XnkknxgJOIEqJADKtKdWigCByng>. The main content area shows document details for 'Proyecto retención arbitraria.docx' (ID: 062892971), presented on 2020-01-23 12:24 (-05:00) by dtzavala@zavalabaquerizo.com. A message indicates that 4% of the 19 pages are composed of text from 7 sources. A list of sources is provided on the right, including links to a university document player, a case study, Wikipedia, OAS, and various legal websites. Below the document details, a table of contents is visible, listing sections such as 'INDICE INTRODUCCIÓN', 'FORMULACIÓN DEL PROBLEMA', 'JUSTIFICACIÓN', 'SITUACIÓN CONFLICTO', 'OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN', 'MARCO TEÓRICO', and 'CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES'. The document is identified as 'Retención Arbitraria e ilegal del Menor por Parte de Uno de los Progenitores ALUMNO: CARLOS HERAS MALDONADO'. The interface also shows a Windows taskbar at the bottom with the date 10/2/2020 and time 22:40.

TUTOR

f. _____
Ab. Zavala Egas Leopoldo Xavier, Msg.

AUTOR

f. _____
Carlos Fernando Heras Maldonado

AGRADECIMIENTO

El amor de Dios es el motor principal para obtener la inspiración necesaria que nos vuelve capaces de conseguir y volver realidad nuestros propósitos.

Gracias a mi esposa, por ser mi compañera y amiga al brindarme ese apoyo incondicional, su paciencia y amor, buscando que logre crecer, acompañándome durante largas y agotadoras noches de estudio siempre junto a mí.

A mis padres, por ser los promotores de mis sueños, por su fe y confianza en mí, por apoyarme y tener siempre las palabras precisas para esforzarme un poquito más.

Y a mis tres amados hijos por su comprensión y cariño ya que con su inocencia y ternura me convierten en alguien invencible.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a todas las personas que estuvieron junto a mí durante este largo camino, a quienes me brindaron ese apoyo incondicional y creyeron en mí, en mis capacidades, en mi esfuerzo y dedicación.

A mis tres hijos en espera de ejemplificar la perseverancia como un valor positivo, a mis padres a quienes les debo mi vida entera y hoy quiero darles esta alegría con todo mi cariño.

A mi querida Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y a todos mis tutores quienes fueron mis guías durante este proceso de formación; en especial a mi mentora y amiga Carla Zapata.

Y finalmente, dedico este trabajo a una persona muy especial para mí, con todo mi amor para mi esposa Katherine a quien hoy puedo decir que lo logramos.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. José Miguel García Baquerizo, Mgs.
DECANO

f. _____

Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.
COORDINADORA DEL ÁREA

f. _____

Ab. María Paula Ramírez Vera, Mgs.
OPONENTE

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	iii
AUTORIZACIÓN	iv
REPORTE DE URKUND	v
AGRADECIMIENTO	vi
DEDICATORIA	vii
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN	viii
ÍNDICE.....	ix
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	2
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
JUSTIFICACIÓN	4
SITUACIÓN CONFLICTO.....	4
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	5
OBJETIVO GENERAL.....	5
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	5
PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	6
DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	6
VARIABLES DEL PROBLEMA.....	6
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	7
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA: CONCEPTUAL Y LEGAL	7
2.1 Marco Conceptual.....	7
Retención arbitraria e Ilegal del Menor.....	8
La inviolabilidad de domicilio como Derecho Universal	8
La víctima como sujeto procesal.....	9
Interés Superior del menor	12
Medidas de protección	13
2.2 MARCO LEGAL.....	14
III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	18
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	19

CAPÍTULO IV. PROPUESTA.....	30
TÍTULO DE LA PROPUESTA.....	30
JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA	30
OBJETIVOS DE LA PROPUESTA.....	31
OBJETIVO GENERAL.....	31
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	31
DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA	31
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	32
CONCLUSIONES	32
RECOMENDACIONES.....	32
BIBLIOGRAFÍA	34

RESUMEN

Existe un vacío jurídico y falta de conocimiento de los profesionales en derecho en la aplicabilidad de normativas referentes a la sustracción de menores de edad en el Ecuador, recordando que esto involucra el Convenio de La Haya de 1980 el cual contiene “aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, especialmente lo que compete la función Judicial”, sin embargo los procesos fijados para la sustracción internacional en ciertos casos existe una mala práctica dentro de los procesos judiciales con respecto a este tema y en otros, se violenta el impacto del interés superior del menor, lo cual ya constituye un problema.

Cabe destacar además que, “la sustracción y/o retención ilegal de forma internacional realizada por un progenitor influye en miles de niños y adolescentes, donde el primer instrumento de ejecución internacional debería ser el Convenio de La Haya de 1980” (Abadeano C. , 2014).

Si bien este no pretende resolver aquellas situaciones en torno a la patria potestad, custodia u otro aspecto de tenencia del menor, lo que involucra es validar el accionar en torno al principio de que todo menor que ha sido sustraído y/o retenido de forma ilegal debe ser regresado a su país de domicilio o residencia.

Palabras Clave:

- Convenio
- Sustracción internacional
- Accionar
- Ejecución internacional

ABSTRACT

There is a legal vacuum and lack of knowledge of legal professionals in the applicability of regulations regarding the abduction of minors in Ecuador, recalling that this involves the 1980 Hague Convention which contains “civil aspects of abduction international of minors, especially the jurisdiction of the Judicial function ”, however the processes established for international abduction in certain cases there is a bad practice within the judicial processes regarding this issue and in others, the impact of the best interest is violated of the child, which is already a problem.

Keywords:

- • Agreement
- • International subtraction
- • Activate
- • International execution

INTRODUCCIÓN

Aspectos como los conflictos familiares como violencia y maltrato hasta situaciones personales hacen que las familias se desintegren, especialmente cuando el padre y la madre del menor deciden separarse y han convivido o han concebido a su hijo (a) en dicha convivencia, por lo cual existen distintas condiciones a nivel familiar donde se involucra los aspectos como la convivencia del niño (a) con sus padres, o con uno solo de ellos, pues cuando se trata de padres en separación o divorcio, se asumen situaciones de riesgo e inestabilidad para el menor, donde en muchos casos ya sea por venganza con la expareja o por retomar la convivencia con el menor uno de los progenitores retiene de forma arbitraria o ilegal al mismo.

Si bien la retención ilegal del niño, niña o adolescente por uno de los progenitores constituye una problemática que afecta e involucra el no cumplimiento de derechos fundamentales como el derecho a la libertad y en caso de los menores de edad a estar en un entorno armónico, se conoce que uno de los principales mecanismos utilizados para lograr la protección del menor en situaciones de traslados y retenciones ilícitas fronterizas y transfronterizas es el Convenio de la Haya de 1980, el mismo que “involucra a 75 Estados parte, y que aunque su propósito no se vincula con la resolución de la patria potestad, custodia o tenencia del menor” (Abadeano C. , 2014), impera la gran necesidad de defensa hacia los principios de inviolabilidad del menor, donde se involucra que estos no sean retenidos de forma ilegal, el cual da una serie de normas y de procesos para que el menor sea devuelto a su país de residencia habitual, bajo la resolución de Autoridades Judiciales estatales.

Es así que, se pretende incluir un análisis descriptivo y de campo sobre esta problemática de la retención del menor la cual puede ser de tipo nacional o también internacional, siendo esta segunda la más sensible a vulneraciones de restitución del menor a su lugar habitual de vivienda, por lo que se hace factible el análisis del presente trabajo.

CAPÍTULO I. EL PROBLEMA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Existe un vacío jurídico y falta de conocimiento de los profesionales en derecho en la aplicabilidad de normativas referentes a la sustracción de menores de edad en el Ecuador, recordando que esto involucra el Convenio de La Haya de 1980 el cual contiene “aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, especialmente lo que compete la función Judicial”, sin embargo los procesos fijados para la sustracción internacional en ciertos casos existe una mala práctica dentro de los procesos judiciales con respecto a este tema y en otros, se violenta el impacto del interés superior del menor, lo cual ya constituye un problema.

Cabe destacar además que, “la sustracción y/o retención ilegal de forma internacional realizada por un progenitor influye en miles de niños y adolescentes, donde el primer instrumento de ejecución internacional debería ser el Convenio de La Haya de 1980” (Abadeano C. , 2014).

Si bien este no pretende resolver aquellas situaciones en torno a la patria potestad, custodia u otro aspecto de tenencia del menor, lo que involucra es validar el accionar en torno al principio de que todo menor que ha sido sustraído y/o retenido de forma ilegal debe ser regresado a su país de domicilio o residencia.

Es así como los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en el Ecuador, deben resolver solicitudes de sustracción y retención ilegal de tipo internacional siempre precautelando el interés superior del menor aplicando los principios del Convenio de la Haya de 1980, sin embargo, debido a la ausencia de un manual aplicable de dicho convenio existe inobservancia u omisión por parte de los jueces ecuatorianos, lo cual perjudica al menor y también al progenitor que requiere la restitución inmediata internacional de su hijo o hija, lo que da como resultado la falta de devolución del niño o adolescente a su lugar de residencia común, violentando totalmente el principio de Interés Superior del Menor.

La formulación del problema es ¿Cómo la ausencia de conocimiento de los profesionales del derecho sobre la aplicación del Convenio de La Haya sobre asuntos de sustracción internacional de menores perjudica a los procesos jurídicos donde se ha de incluir el Interés Superior del Menor?

JUSTIFICACIÓN

Hay que considerar que, la restitución de un menor debe tramitarse de inmediato y sin demoras, por parte de la autoridad administrativa o judicial a la que le compete, sin embargo existen tardanzas y retrasos innecesarios para la restitución, aun cuando uno de los progenitores (por lo general) ya ha demostrado que el menor ha sido sustraído y retenido en el exterior, lo que a su vez violenta el derecho superior del menor porque no se lo permite regresar a su domicilio o residencia común.

Es así que, se hace necesario analizar la importancia de socializar con las Unidades Judiciales del Ecuador la norma internacional con respecto a la sustracción internacional de menores, donde se debe dar a conocer en el caso de sustracción internacional del menor el Convenio de la Haya, siendo que se han de reconocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes en casos de que sus derechos se encuentren amenazados en situaciones de traslado o retención ilícita.

En el caso del presente proyecto se asume la importancia de la falta de accionar de la sustracción del menor a tiempo, pues se conoce que la autoridad judicial debe velar por el interés superior del menor conforme la norma internacional y en observancia de dicho Convenio de la Haya de 1980.

La factibilidad del proyecto actual consiste en analizar la sustracción internacional del menor como un fenómeno que genera varios problemas como lo es la desintegración familiar, cambios y conflictos e inestabilidad en el menor sustraído, además afecta a los progenitores que piden su restitución pues amenaza su derecho a la custodia del menor.

SITUACIÓN CONFLICTO

El presente proyecto trata sobre la sustracción internacional de menores de edad en el Ecuador y la inobservancia de la norma internacional sobre esta temática incluido en el Convenio de La Haya de 1980, por supuesto que el presente trabajo no se enfoca en el análisis sobre la resolución de la patria potestad, la custodia o tenencia del menor, sino que involucra netamente el hecho de la sustracción internacional que este ha sufrido y el proceso de

restitución a su lugar de domicilio convencional en el Ecuador, siendo que existe una falta de conocimiento de los profesionales juristas competentes sobre el accionar en estos casos.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL

- Determinar cómo la ausencia de conocimiento de los profesionales del derecho sobre la aplicación del Convenio de la Haya sobre asuntos de sustracción internacional de menores perjudica a los procesos jurídicos y al Interés Superior del Menor en el Ecuador.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Recopilar información doctrinaria sobre la aplicabilidad del Convenio de la Haya en casos de sustracción del menor y tipos de sustracción.
- Indagar a jueces de la Niñez y Adolescencia sobre su percepción acerca del proceso actual de restitución del menor en casos de retención arbitraria o ilegal por un progenitor.
- Proponer una solución para evitar la inobservancia del Convenio de la Haya y falta de conocimiento de los jueces de la Familia, niñez y adolescencia en casos de sustracción internacional del menor.

PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- ¿Cómo influye el nivel de conocimiento actual de los Jueces de la Familia, Niñez y Adolescencia respecto a la aplicación de los Convenios Internacionales en casos de sustracción internacional del menor?
- ¿Cómo afecta la inobservancia del Convenio de la Haya para casos de sustracción internacional del menor al interés superior del niño, niña o adolescente?
- ¿Qué estrategias se debe implementar para mejorar el accionar inmediato de restitución internacional del menor en casos de sustracción internacional?
- ¿Sería factible la inclusión de un manual resumido para la aplicación del Convenio de la Haya para sustracción internacional del menor en el Ecuador?

DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación tiene su lugar dentro de las normas vigentes del Ecuador sobre la retención arbitraria e ilegal del menor por uno de los progenitores, en torno al derecho civil para el año en curso, 2019.

VARIABLES DEL PROBLEMA

Variable Independiente (antecedentes-causa):

Sustracción del menor

Variable Dependiente (resultado-efecto):

Aplicación de la restitución del menor

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA: CONCEPTUAL Y LEGAL

2.1 Marco Conceptual

Al hablar de la regulación del proceso con respecto a la devolución de menores que han sido trasladados de forma ilícita de un sitio geográfico, se habla de Exequátur, donde se concede “el reconocimiento de sentencia emitida en otro Estado Sentencia que se involucra según la custodia o el derecho de visita a uno de los progenitores, quien pasa a ser el afectado” (Muñoz, 2004, pág. 51) , y por lo tanto puede solicitar que en el país de donde se sustrajo ilegalmente al menor sea reconocida la sentencia que fue emitida en el país de la residencia usual del menor de edad.

También se puede adjuntar el proceso de restitución internacional como parte de la herramienta probatoria para que sea el juez del país solicitado quien realice la gestión oportuna, “se fundamentan las bases legislativas para el trámite oportuno de los pedidos de restitución internacional de menores privado cuando previamente se haya obtenido el diplomado en Derecho Internacional” (Scotti, 2013, pág. 3).

Se prevé una retención arbitraria del menor o su sustracción a nivel internacional donde puede involucrarse a “los matrimonios cuando tienen el carácter internacional, donde existe un matrimonio de dos personas de distinta nacionalidad ejemplo: (ecuatoriano con una colombiana). Lo cual involucra que el país donde se encuentra el menor (niño, niña o adolescente) sea quien resuelva la restitución, entender que es el Gobierno del ciudadano quien debe dar garantías de devolución de la víctima a su sitio de vivienda convencional, además que se han de anteponer el derecho de interés superior del menor.

Retención arbitraria e Ilegal del Menor

De acuerdo a lo que se menciona en el artículo 6 de la Convención de La Haya en 1980, se indica que:

Cada Estado es el encargado de designar una autoridad central quien ejercerá las investigaciones requeridas para la determinación del paradero del menor sustraído y o retenido de forma ilegal, además se garantizará en la fase administrativa la restitución voluntaria del menor, de no ser, así las cosas, se prestará las condiciones oportunas para aperturar un proceso judicial en el país donde reside el menor. (Alonso, 2004, pág. 25)

Además cabe destacar que, se requiere “La protección al niño, niña o adolescente en casos de vulneración de derechos que garantiza el Estado, es decir aquellos que involucran en la constitución, respondiendo tanto al Estado, como a la familia y a la sociedad” (López, 2016, pág. 47); por ello es indispensable impulsar estrategias activas de protección en situaciones de retención internacional, de tal forma que sea posible reducir problemas como secuestros de uno de los padre del menor tanto a nivel nacional como en el ente internacional.

La inviolabilidad de domicilio como Derecho Universal

En lo que respecta a los principios de derechos fundamentales, se los predispone para que sean parte de las normas constitucionales, pero existen aquellos que rigen también a nivel internacional, dentro de los derechos humanos los cuales son los que determinan los valores inherentes a la dignidad humana.

Se sabe que “Los derechos humanos tienen su característica en ser progresivos, es decir que tanto el alcance de estos como la protección son mayores con el transcurso del tiempo”, y es que se sabe que los derechos humanos son indefinidos, porque se adhieren directamente a la dignidad del ser. Es así que el contenido de los derechos humanos se enfoca en temas de índole de carácter universal, por ello se sabe que la norma constitucional establece un orden de jerarquía de aplicación de derechos humanos donde se postula que “la precisión del carácter jurídico que tiene el deber y la obligación, cuyo incumplimiento también genera responsabilidades de distinta índole a quienes actúan en nombre del Estado” (Pensantes, 2011), es así que se habla de deberes en el ámbito ético y moral inscritos en la misma Constitución.

Es así que, dentro de la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional en el marco de las responsabilidades y sanciones que están inscritas en el Código Orgánico de la Función Judicial se alega el principio de responsabilidad en el artículo 15 que detalla:

La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2011)

Lo anterior indica que, el Estado es el responsable de casos donde se cometan errores judiciales, o se proceda a una detención con arbitrariedad y a su vez lo anterior dicho se sustenta con la Declaración de Derechos Humanos, donde “se recoge un total del Código Orgánico de la Función Judicial” es aquí donde se habla en el artículo 2 acerca del derecho de inviolabilidad de domicilio, el cual define que:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (Declaración de Derechos Humanos, 1948), esto quiere decir que, todo ser humano.

La víctima como sujeto procesal

Por otra parte, se analiza el tema de los derechos de la víctima de algún tipo de delito, con el fin de ver el contraste que surge con respecto al derecho de inviolabilidad de domicilio, pues en ciertos casos la víctima puede tratarse de menores de edad, entendiéndose que son entes vulnerables, razón por la que es necesario analizar desde otro ámbito a la víctima como sujeto procesal, como necesario punto de referencia el abandono al que han estado sometidas por parte del excluyente sistema penal moderno. Nadie quiere identificarse con los perdedores del drama criminal, pues además de sufrir el impacto del delito, “deben enfrentar la indiferencia e insensibilidad del sistema legal y soportar la falta de solidaridad de la propia comunidad”. (Julio Sampedro, 2008, pág. 13)

(...) Tres bienes eminentes de toda sociedad fundamental sobre las bases de un orden justo y la pacífica convivencia son: la verdad, la justicia y la reparación.

Entre estos bienes hay profundas relaciones de conexidad e interdependencia. No es posible lograr justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia” (Frühling, 2010, pág. 30)

Por obvias razones la víctima hoy, es vista ya desde tres fases importantes como son la verdad, la justicia y la reparación, no solo basta con uno de estos elementos para darse una justicia integra; sino que se requiere de la aplicabilidad global de los mismos, lo cual permite garantizar a cabalidad el cumplimiento de los derechos de un individuo.

“De acuerdo al derecho penal, víctima, es la persona natural o jurídica que sufre, como resultado del cometimiento de un delito, la afectación o daño, físico o moral, material o psicológico” (Salcedo, 2014, pág. 49)

La víctima, entonces es considerada a la persona que sufre un daño ya sea material o psicológico, de todas formas, cualquiera que sea el caso lo anterior repercutirá siempre en un daño moral; y en el caso de ser físico provocará un daño corporal y también psicológico. Cabe mencionar que aquella persona juzgada de haber cometido un delito hacia la víctima no solo debe pagar su condena en honor a la verdad y la justicia, sino que debe revertir el daño ocasionado; sin embargo, cuando esto no es posible por alguna circunstancia en particular, de todas formas, debe ser indemnizado de forma monetaria.

Existen muchos conceptos dados a la víctima, sin embargo, hay uno que llama la atención, según Von Henting “La víctima es la persona que padece el sufrimiento físico, emocional, social a consecuencia de la violencia, de una conducta intencional agresiva antisocial.” (Henting, 1948, pág. 8).

La persona considerada como víctima, por algún motivo es vulnerable ante los hechos que se suscitan, es considerada indefensa, con cierta impotencia de reclamar sus derechos, además tiene un impacto traumático y subjetivo.

Adicionalmente al hablar del respeto y seguridad que se debe propiciar a la víctima, el Estado es el encargado de resguardar, hacer que se cumplan los derechos internos del sujeto procesal al seguir los siguientes parámetros:

- Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;
- Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;
- Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación
- Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales. (Salcedo, 2014, pág. 46)

Si bien es cierto, todas las anteriores son las herramientas que permitirán garantizar los derechos de las víctimas en un marco metodológico y digno de ser tomado en cuenta por El Estado y Gobiernos seccionales quienes se encargan de velar por el fiel cumplimiento de normas amparadas en los derechos humanos internacionales; si las víctimas disponen de los recursos necesarios y eficaces para contrarrestar su daño ya hecho aunque no puede ser revertido, si podrá ser reparado de cierta manera y con amparo de los derechos internacionales como mínimo.

Así lo menciona la Constitución:

En ningún caso se provocará la revictimización del sujeto pasivo del delito en la actualización de diligencias procesales, así como garantiza la debida protección contra toda amenaza o forma de intimidación, y propugna la restitución y reparación de derechos, así como las indemnizaciones a que haya lugar (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. Art.78)

“La revictimización, es aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, con el aparato represivo del estado y el frustrante choque entre las legítimas expectativas de las víctimas y de la realidad institucional”. (Fiscalía General del Estado, 2010)

Interés Superior del menor

Se parte de la realidad de que “un menor de edad desde el punto de vista jurídico en función a los compromisos de tipo internacional, se ha de anticipar un correcto entendimiento de quien pasa a ser titular del menor” (Universidad Autónoma de México, 2015), puesto que, la protección ha de ser la adecuada para asegurar una calidad de vida óptima para el menor.

Se constituye el principio prioritario dentro de la doctrina de protección integral al menor “la misma que se desarrolla por el Código de la Niñez y Adolescencia, y se contrapone a la denominada situación irregular que rige en el país desde que se puso en vigencia el Código de Menores en el año de 1992”.

Al hablar de la situación irregular se asumió que “ciertos sectores de la niñez en especial aquellos que incluían una condición económica baja, eran quienes tenían protección especial, sin embargo, se impedía la protección central a la persona” (Zambrano, 2017), a su vez esto se convirtió en un problema social y se llegó a incrementar los niveles de delincuencia en aquellos sistemas legislativos que incorporaron estas normas.

A pesar de todo ello, hoy se conoce que “la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho incluye la contraparte, es decir también se ha de velar por sujetarlos a obligaciones jurídicas” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2011), sin embargo, dentro de las obligaciones que competen a los niños, niñas y adolescentes y el ejercicio de los derechos, han de ser con el apoyo de los adultos.

Por ello “adicional a todos los demás principios jurídicos el interés superior del niño se aplica como un modo de interpretación del resto de normativas y reglas que forman parte del orden jurídico ecuatoriano” (Zambrano, 2017), puesto que se presenta como una confrontación entre derechos, y por ende todo ejercicio de ponderación no puede ser peyorativo al pleno ejercicio de los derechos de la niñez.

Por ello se hace válido lo dicho por la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989) “en todas las medidas que competen a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o los organismos legislativos, una consideración prioritaria a que se atenderá el interés superior del niño”.

Este principio se encamina en la garantía de las decisiones ante cualquier autoridad pública o privada que responda a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y se aplica

bajo el amparo de los principios y los derechos inherentes a los niños puesto que sus derechos están por encima del de las demás personas.

Así también en el Código de la Niñez y Adolescencia (2015) se detalla “el interés superior del menor de edad está por encima de cualquier otro que se interponga, siendo esta normativa imperativa ha de observarse tanto en el ámbito administrativo como judicial” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015).

Es así que se habla del interés superior del niño como un principio “de tipo universal con enfoque garantizado, de tal forma que permita al infante gozar de los derechos fundamentales, así como las autoridades administrativas, judiciales, tanto públicas o privadas tienen el deber de prevalecer los derechos de los niños” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015, art. 11)

Medidas de protección

Si bien en la actualidad las normas amparan a las víctimas de violencia, es el Estado el verdadero y unívoco garante de derechos ciudadanos, por lo que es factible implementar un articulado en el Art. 558 referente a las medidas de protección hacia la víctima de violencia de tal manera que le sea factible la incorporación a la vida productiva, algo que daría una solución a largo plazo y de forma que asegure el bienestar de la víctima, donde prevalece el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Es usual tener ejemplos de medidas de protección “ejemplo de ello son las boletas de auxilio de las cuales puede hacer uso la persona con la policía de por medio para detener al agresor y que este pueda ser trasladado a una unidad de flagrancia” (Caicedo, 2014, pág. 75).

Es así que, las medidas de protección se definen en el artículo 79 en lo cual “se transmite mediante el proceso administrativo cuya tramitación le corresponde a las Juntas Cantonales de primer nivel, y la apelación respectiva la tramita el Juez de la Niñez y Adolescencia, estas medidas son tramitadas ante el Juez de la Niñez y Adolescencia en el lugar donde no exista jueces competentes para realizarlo serán Jueces de lo Civil”

Dentro de las medidas de protección en casos de:

- Abuso
- Explotación sexual
- Tráfico de niños
- Pérdida de niños, niñas y adolescentes

2.2 MARCO LEGAL

Normativa Internacional

El convenio de la Haya sobre los Aspectos de tipo Civiles y la Sustracción Internacional de Menores cuyo objetivo se centra en “La regulación en vía administrativa de la aplicación de dicha Convención y la actuación de la Subsecretaría de Protección Especial del Estado parte” (Convenio de la Haya, 1980)

El fin de este Convenio es “La garantía de la restitución inmediata de los menores retenidos o que han sido trasladados de forma ilegal, en cualquier Estado contratante y de esta forma es posible velar por el cumplimiento de los derechos de custodia los cuales se respetan en los demás Estados contratantes” (Convenio de la Haya, 1980); por supuesto que estos Estados han de garantizar las medidas de protección adecuadas para dar garantía al cumplimiento de los objetivos de dicho Convenio Internacional, anteponiendo el Interés Superior del Menor y garantizando el regreso a su residencia habitual en donde se desarrollaba de manera social, y dándoles la oportunidad da sus progenitores de resolución de conflictos tanto legales como de custodia o tenencia dentro de la nación donde el niño se desarrolla socialmente.

Normativa Nacional

Constitución del Ecuador

En el artículo 9 de la Constitución del Ecuador se habla sobre “Las personas extranjeras que se encuentran en territorio ecuatoriano quienes han de disponer de los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos según la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En el artículo 11 se detalla que “El ejercicio de los derechos se regirá por los principios de ejercer, promover, exigir de manera individual o colectiva ante las autoridades competentes, las cuales garantizarán su cumplimiento” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En lo que respecta al numeral 3 del artículo 11 de la Constitución se habla de: “los derechos y garantías definidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales serán de directa e inmediata aplicabilidad y ante cualquier servidor o servidora público, administrativo o judicial” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En el numeral 5 del artículo 11 se detalla “las garantías constitucionales, donde los y las servidoras y servidores públicos administrativos y judiciales deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su vigencia” (Constitución de la República, 2008)

Además en el artículo 40 se habla sobre la protección de las familias transnacionales y los derechos de sus miembros, al mismo tiempo que “en el artículo 44 de la Constitución se detalla que el Estado, sociedad y familia promoverán de manera prioritaria el desarrollo integral del menor, además han de asegurar el ejercicio correcto de sus derechos, aplicando el principio de interés superior del menor y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas” (Constitución de la República, 2008).

En el artículo 341 de la Constitución, también se habla sobre el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y adolescencia, el cual “será el encargado de la seguridad del ejercicio de los derechos del menor, además serán parte del sistema de entidades públicas, privadas y comunitarias” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En definitiva, la constitución hace énfasis en la importancia fundamental de garantizar el cumplimiento de derechos hacia el menor, entendiendo que es un ente prioritario dentro de dicho cumplimiento.

Código de la Niñez y Adolescencia

Se incluye en el artículo 121 del Código de la Niñez y Adolescencia “la recuperación del hijo o hija, pues cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado sin consentimiento de sus padres o uno de sus padres al extranjero se está violentando las disposiciones del presente Código sobre el ejercicio de la patria potestad y de la tenencia” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015), es así que los órganos competentes del Estado deben tomar las medidas necesarias para el retorno del menor al país.

En el artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia se habla de la retención indebida del hijo (a) pues se asume que:

El padre, madre o alguna persona que realice la retención no autorizada e indebida del menor cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, podrá ser solicitado judicialmente para que se le entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a la indemnización de daños causados por el requerimiento y la restitución. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015)

Cabe destacar también que entre las medidas de protección del menor están:

1. Custodia familiar o el acogimiento de tipo institucional
2. Inserción del niño, niña o adolescente y su familia a programas de protección
3. Concesión de boletas de auxilio a favor del niño, niña o adolescente en contra de la persona que ha sido la agresora
4. Amonestación al agresor
5. Inserción del agresor a la atención especializada
6. Orden de salida del agresor de la vivienda
7. Prohibición del agresor de acercarse a la víctima
8. Prohibición del agresor de proferir amenazas ya sean estas directas o indirectas en contra de la víctima o parientes
9. Suspensión del agresor de tareas o funciones que actualmente desempeña.
10. Suspensión del funcionamiento de la entidad donde se generó el maltrato institucional
11. Participación del agresor en la que se produzca maltrato institucional
12. Seguimiento de los equipos de trabajo social de tal forma que se verifique la rectificación de las conductas de agresión. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015)

Por otro lado, en situaciones de emergencia donde se haya producido serios indicios de agresión o de amenaza, contra la integridad física, psicológica o sexual del niño, niña o adolescente o de delito flagrante, la entidad de atención puede ejecutar medidas anteriores numerales del 2 a la 9 y la 11 y 12, y poner en conocimiento de la autoridad que compete en máximo setenta y dos horas, para la disposición de medidas definitivas. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2015)

Código Orgánico General de Procesos

En el artículo 332 se habla de la procedencia, donde se involucra “el trámite por el procedimiento sumario, en el inciso 3 se habla de la pretensión relativa con la determinación

de prestación de alimentos y todo lo que implica esta ley de la materia y sus incidentes” (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

En el artículo 333 se habla del procedimiento, el mismo que involucra las siguientes reglas:

- No se procede con la reforma de la demanda
- Sólo se admite reconvención conexas
- Para contestar la demanda y la reconvención se debe tener un término de quince días a excepción de lo que involucra la niñez y adolescencia que será un plazo menor de diez días. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Es allí donde el demandado o demandada dispone de un plazo de treinta días para la contestación de la demanda, en dicho término se contará desde que se practicó la última citación, previamente a substanciar el proceso, la o el juzgador deberá calificar la demanda, su contestación, la reconvención, la contestación a la reconvención y de allí se procede según lo que ameritan las disposiciones generales del proceso.

III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

MÉTODOS

Los métodos a utilizarse para la presente investigación son de tipo cualicuantitativo o también llamado mixto, pues es una agrupación entre método cualitativo y cuantitativo.

Cualitativo. - Por un lado, se realizará un análisis con criterio personal sobre las teorías doctrinarias sobre el interés superior del menor y sobre la inviolabilidad del domicilio, casos donde el menor se encuentre en indefensión y de igual forma se analizarán los resultados que se obtendrán de la toma de datos a nivel analítico.

Cuantitativo. - Se calcularán a nivel estadístico en el programa de bases de datos Excel 2.0 las tabulaciones, frecuencias y análisis con gráficas estadísticas e interpretaciones frente a los resultados obtenidos de las encuestas a aplicar a jueces que han realizado casos sobre restitución del menor a nivel nacional o internacional.

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente proyecto utiliza una investigación de tipo descriptiva y experimental.

Descriptiva.- Es aquella que su propósito es describir de manera muy precisa las características, propiedades, de una situación o problema determinando sus particularidades y rasgos diferenciadores, es así que según (Roberto Hernandez Sampieri, 2010, pág. 20) este tipo de investigación busca “especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población” (Roberto Hernandez Sampieri, 2010).

En el presente proyecto se pretende como primer punto definir las doctrinas y jurisprudencia disponible sobre el tema de retención del menor de forma ilegal por parte de uno de sus progenitores, por otra parte, se verifican las normativas legales disponibles en el Ecuador sobre esta temática fundamentándose en la Constitución del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia y otras normas.

Experimental. - Se concentra en realizar un estudio de campo a nivel del uso de investigación con técnicas como la encuesta a jueces que han aplicado medidas de protección donde se antepone el interés superior del menor en casos de retención ilegal.

POBLACIÓN Y MUESTRA

En la actualidad existen aproximadamente 100 jueces encargados de otorgar medidas de protección en la ciudad de Quito, 100 fiscales y 200 peritos, dando un total de 400 personas que trabajan a diario con el tema de protección, de los cuales se obtendrá la muestra representativa que se la ejecutará de manera intencional, donde se incluirá la investigación a 15 jueces encargados de otorgar derechos de protección al menor.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Encuestas.- “Es un estudio en el cual el investigador obtiene los datos a partir de realizar un conjunto de preguntas normalizadas dirigidas a una muestra representativa o al conjunto total de la población estadística en estudio, formada a menudo por personas, empresas o entes.” (Roberto Hernandez Sampieri, 2010)

Las encuestas fueron recopiladas en base a la visita a 30 profesionales en derecho civil en Cuenca, de donde se hizo 10 preguntas de selección múltiple

Cuestionario. - El cuestionario de la encuesta cuenta con preguntas abiertas, cerradas y de selección múltiple que serán respondidas por un total de 30 profesionales en ramas de derecho de la niñez y adolescencia.

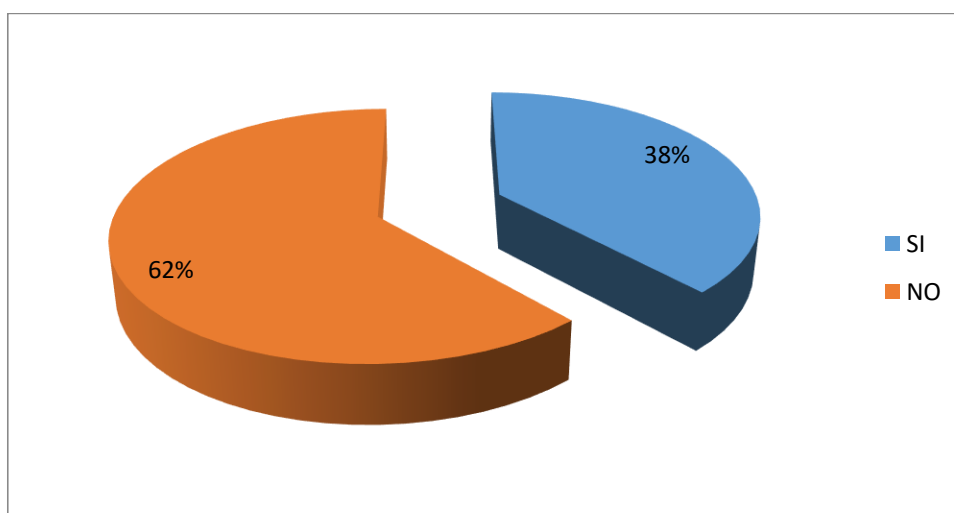
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se procesarán los datos en el programa de Microsoft Excel 2.0 y posteriormente se tabularán los datos hallados, se agruparán para formar un cuadro de frecuencias y porcentajes y en lo posterior se obtendrá el gráfico por cada pregunta, interpretación y análisis de los datos recopilados.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

1.- ¿Considera que la medida de restitución que actualmente se utiliza en casos de retención ilegal del menor por parte de uno de los padres antepone consigo el Interés Superior del Menor?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	110	38%
NO	178	62%
TOTAL	288	100%



Análisis

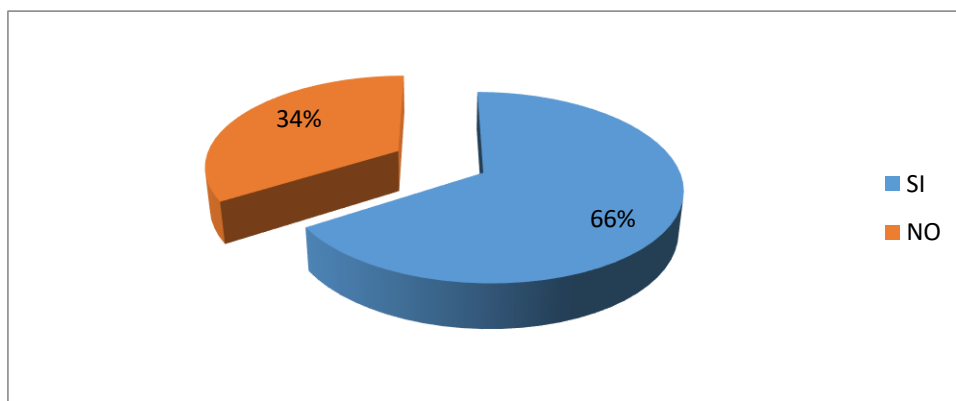
De todos los jueces de la niñez y adolescencia encuestados, el 62% indica que no considera que actualmente las medidas de restitución en casos de retención ilegal del menor por parte de uno de los progenitores antepongan consigo el Interés Superior del Menor, el otro 38% dijo que sí.

Interpretación

Lo que indica que la mayoría de jueces indican que no siempre el interés superior del menor está por encima de las medidas de restitución y su eficacia.

2.- ¿Está de acuerdo con que la medida de protección en especial de restitución del menor sea una acción sin previas formalidades?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	190	66%
NO	98	34%
TOTAL	288	100%



Análisis

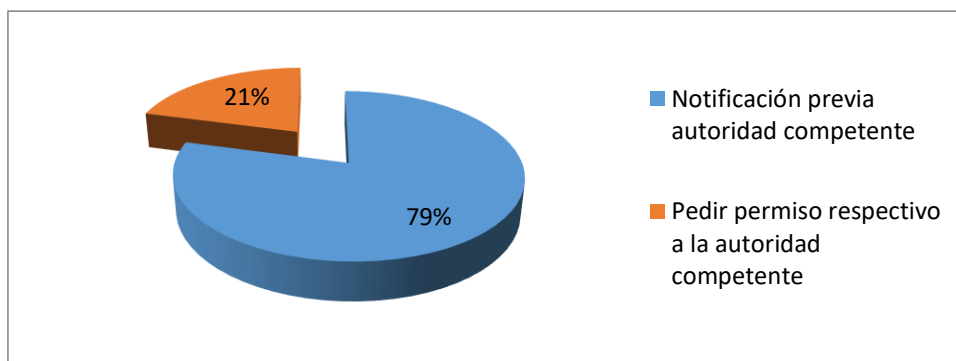
De los jueces encuestados el 66% indican que, si están de acuerdo con que la medida de protección en especial la restitución del menor sea una acción sin previas formalidades, el otro 34% no.

Interpretación

La mayor parte de jueces encuestados indican que están de acuerdo con que la medida de protección y en especial la restitución del menor es una acción sin previas formalidades, pero hay un porcentaje considerable que considera que esta acción si debería tener formalidades previas.

3.- ¿En el caso de que la medida de protección de restitución del menor tendría ciertas formalidades cuáles considera que deberían serlo?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Notificación previa autoridad competente	228	79%
Pedir permiso respectivo a la autoridad competente	60	21%
TOTAL	288	100%



Análisis

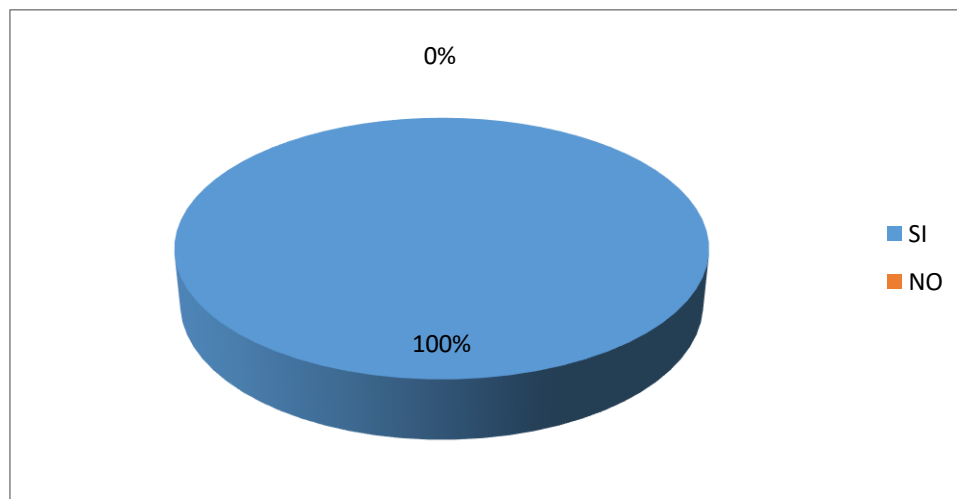
El 79% de los jueces encuestados indican que en el caso de que la medida de restitución del menor tenga ciertas formalidades debería ser la notificación previa a la autoridad competente y el 21% dijo que debería pedir el permiso respectivo a la autoridad competente.

Interpretación

La mayor parte de jueces encuestados indicaron que en casos de que la medida de restitución del menor tenga ciertas formalidades sea la notificación previa a la autoridad competente acerca de la medida de restitución del menor.

4.- ¿Está usted de acuerdo con que las adopciones de las medidas urgentes de restitución del menor en casos de retención ilegal por uno de los padres tengan que ser proclamadas por un juez de la Niñez y Adolescencia?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	288	100%
NO	0	0%
TOTAL	288	100%



Análisis

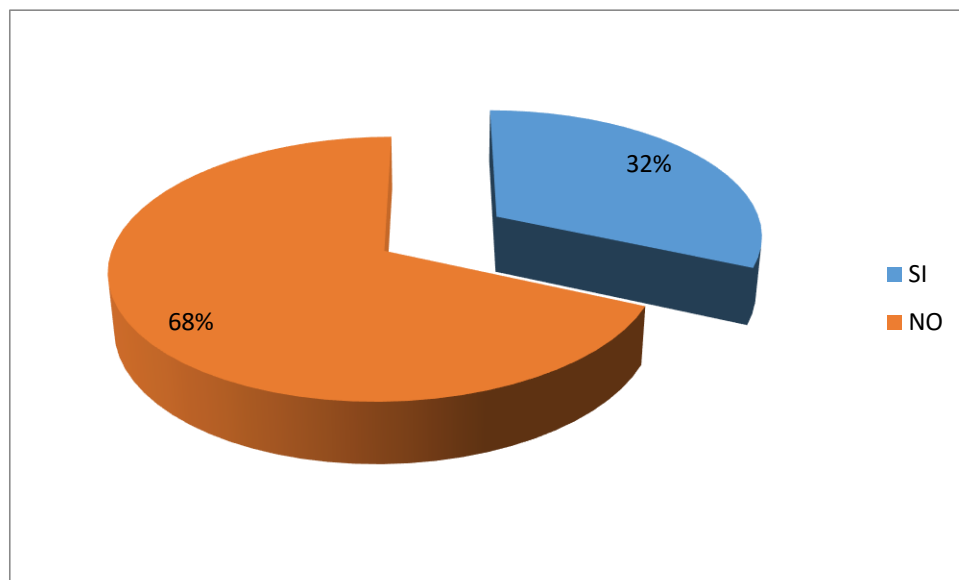
De los jueces de la Niñez y Adolescencia encuestados el 100% de ellos si están de acuerdo con que las adopciones de las medidas urgentes de restitución del menor en casos de retención ilegal por uno de los padres tienen que ser proclamadas por un juez de la Niñez y Adolescencia.

Interpretación

Todos los jueces están de acuerdo que entre sus competencias se incluya la proclamación de medidas urgentes de restitución del menor.

5.- ¿Considera usted que en ciertos casos el Interés Superior de los Niños se ve amenazado con la medida de restitución del menor?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	91	32%
NO	197	68%
TOTAL	288	100%



Análisis

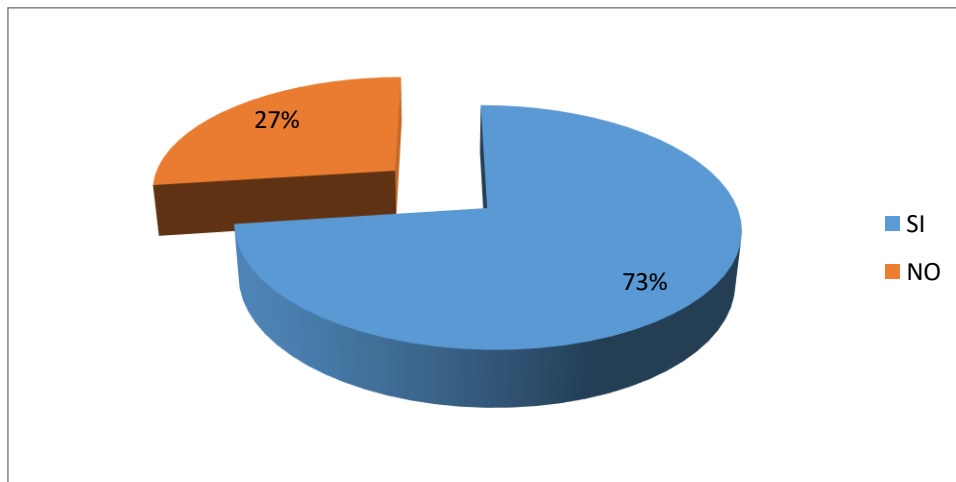
De todos los jueces encuestados, el 68% indica que no considera que en ciertos casos el Interés Superior de los Niños se vea amenazado con la medida de restitución del menor, el otro 32% indicó que si lo considera de esa forma.

Interpretación

La mayor parte de jueces encuestados están conscientes de que en algunos casos de aplicación de la restitución del menor el Interés Superior de los Niños se ven amenazados.

6.- ¿Piensa usted que los miembros policiales están totalmente preparados para casos de restitución forzosa del menor (a nivel nacional) para devolverlos a sus domicilios donde comúnmente se desarrollan?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	210	73%
NO	78	27%
TOTAL	288	100%



Análisis

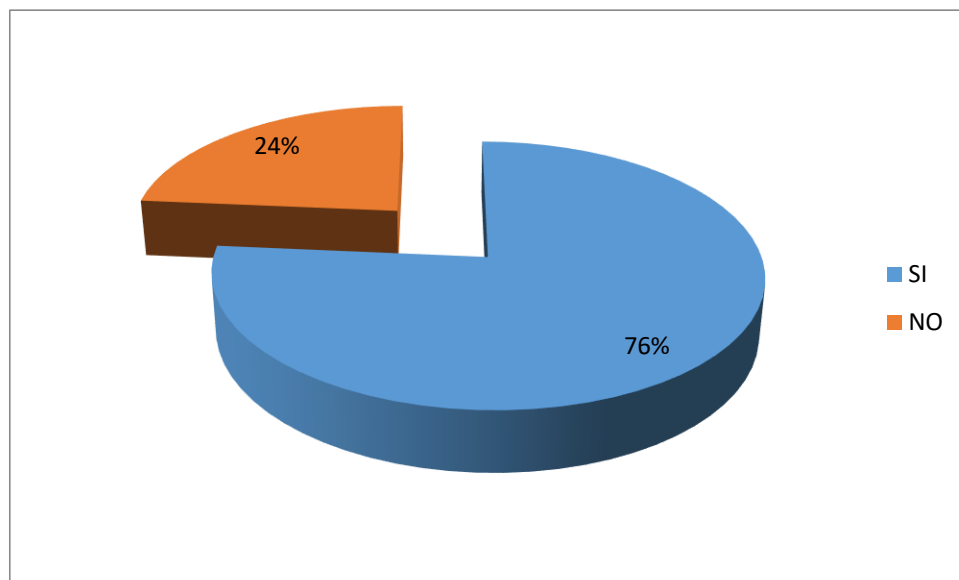
Del total de jueces encuestados el 73% piensa que los miembros policiales si están totalmente preparados para casos de restitución forzosa del menor (a nivel nacional) para devolverlos a sus domicilios donde comúnmente se desarrollan, el otro 27% indica que no.

Interpretación

La mayor parte de miembros policiales consideran que los miembros policiales si están preparados para casos de ejecución forzosa de restitución del menor a nivel nacional.

7.- ¿Estaría de acuerdo que se apliquen otro tipo de medidas de protección previas para evitar la restitución del menor?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	220	76%
NO	68	24%
TOTAL	288	100%



Análisis

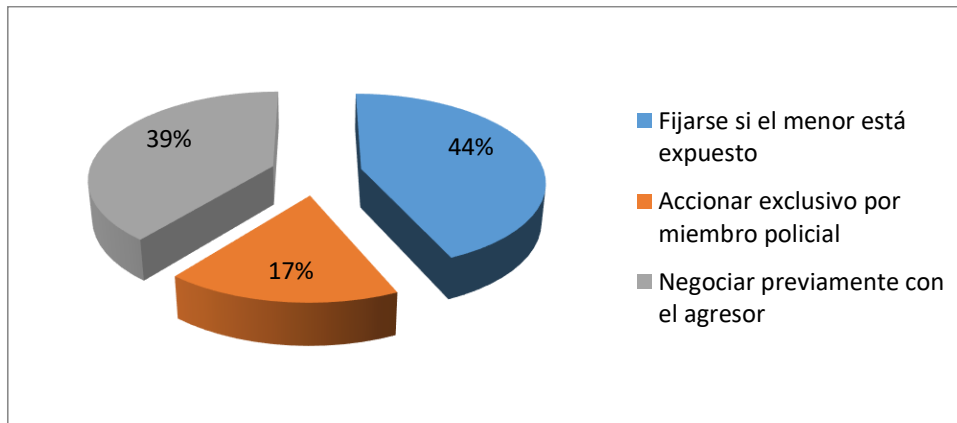
De los jueces encuestados, el 76% de ellos indican que, si estarían de acuerdo con que se aplique otro tipo de medidas de protección previas para evitar la restitución del menor, el 24% dijo que no.

Interpretación

De todos los encuestados jueces indica la mayoría que si está de acuerdo con que se aplique otro tipo de medidas de protección antes de que se produzca la restitución del menor.

8.- ¿Cuáles medidas previas se podría incluir antes de la restitución del menor?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Fijarse si el menor está expuesto	125	43%
Accionar exclusivo por miembro policial	50	17%
Negociar previamente con el agresor	113	39%
TOTAL	288	100%



Análisis

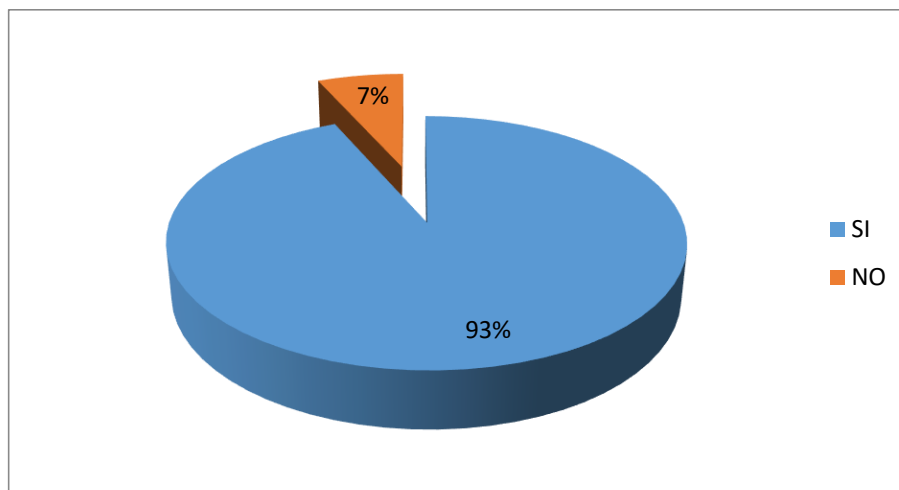
De todos los jueces encuestados de la Niñez y Adolescencia, el 43% de ellos indicaron que se puede incluir antes de la restitución del menor medidas como fijarse si el menor está expuesto a situaciones de riesgo, el 39% dijo que se podría negociar previamente con el agresor antes de la restitución del menor y el 17% dijo que se podría sugerir la acción exclusiva por el miembro policial.

Interpretación

De todos los jueces encuestados, la mayor parte de los jueces indicaron que es posible incluir antes de la restitución del menor medidas como fijarse si el menor está expuesto a situaciones de riesgo, lo cual se podría aplicar para la propuesta.

9.- ¿Considera usted que incide la falta de un procedimiento especial para la aplicación de medidas de restitución del menor en casos de retención ilegal por uno de los progenitores en la administración de justicia?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	269	93%
NO	19	7%
TOTAL	288	100%



Análisis

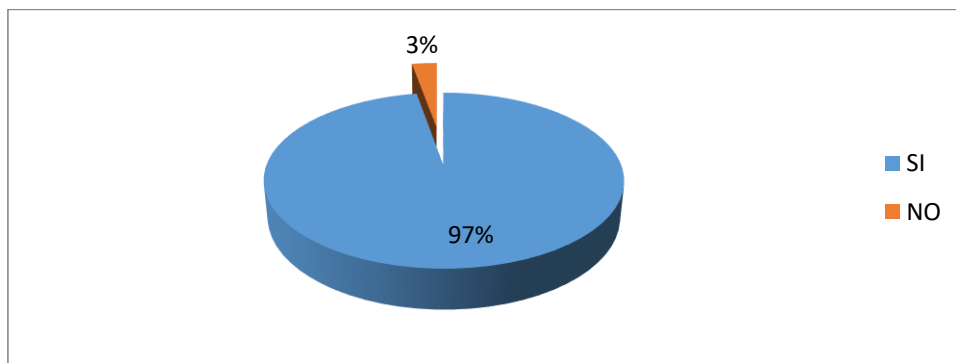
De todos los encuestados jueces de la Niñez y la Adolescencia, el 93% considera que si incide la falta de un procedimiento especial para la aplicación de medidas de restitución del menor en casos de retención ilegal por uno de los progenitores en la administración de justicia.

Interpretación

La mayor parte de jueces de la Niñez y Adolescencia afirman que si incide la falta de un procedimiento especial para la aplicación de medidas de restitución del menor en casos de retención ilegal por uno de los progenitores en la administración de justicia

11.- ¿Considera usted que, la falta de regulación en el Código Orgánico General de Procesos para disponer de las medidas de restitución a favor de que los niños, niñas y adolescentes regresen a su entorno donde se desarrollan incide de forma directa en la unificación de criterios judiciales al respecto?

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	280	97%
NO	8	3%
TOTAL	288	100%



Análisis

De todos los jueces encuestados, el 97% indicó que, si considera que, la falta de regulación en el Código Orgánico General de Procesos para disponer de las medidas de restitución a favor de que los niños, niñas y adolescentes regresen a su entorno donde se desarrollan incide de forma directa en la unificación de criterios judiciales al respecto, el otro 3% dijo que no.

Interpretación

La mayor parte de jueces encuestados indicaron que la falta de regulación en el Código Orgánico General de Procesos para disponer de las medidas de restitución a favor de que los niños, niñas y adolescentes regresen a su entorno donde se desarrollan si incide en la unificación de criterios judiciales al respecto.

CAPÍTULO IV. PROPUESTA

TÍTULO DE LA PROPUESTA

Aplicación del Convenio de La Haya a la retención ilegal del menor por parte de la Función Judicial en el Ecuador.

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

La no aplicación o la no correcta aplicabilidad del Convenio de la Haya por jueces de la Niñez y Adolescencia en procesos de restitución del menor perjudican consecuentemente al mismo, así como al progenitor quien solicita de forma urgente dicha restitución tanto nacional como internacional, donde se tiene como consecuencia la mala aplicación de procesos poco eficientes y que tardan demasiado tiempo en lograr la restitución e incluso existen casos donde ni siquiera se la ha logrado hacer efectiva dicha restitución del menor a su residencia habitual donde usualmente se desenvolvía.

Mucho más estos casos son comunes en el Ecuador, puesto que se ha podido evidenciar la falta de procesos efectivos por parte de jueces, juezas, abogados en particular, en temáticas de aplicabilidad de derecho internacional privado, sobre todo, y mucho más en la aplicación correcta de Convenios internacionales, como es en el caso de la restitución del menor retenido ilegalmente, el convenio de la Haya.

El fundamento básico es la necesidad imperante de evitar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se vean vulnerados, y es que esto ha sucedido al evidenciar situaciones de retención ilegal del menor por parte de uno de sus progenitores, sobre todo a nivel internacional, lo cual bajo ninguna circunstancia esto involucra el cumplimiento del Interés Superior del Menor, por lo que son los jueces de la Niñez y Adolescencia quienes deberían tomar las medidas inmediatas para lograr retornar al menor retenido lo antes posible a su residencia habitual, además el juez debe considerar las pruebas que han sido presentadas por el otro progenitor quien solicita la restitución, de tal forma que sea posible emitir un criterio y en base a un documento sea factible la verificación de que el menor no está habituado a otro entorno (al país o lugar donde fue retenido), situación por la cual se hace necesario incorporar una propuesta que involucre el conocimiento por parte de los jueces de la Niñez y adolescencia del procedimiento específico que se debe seguir para la restitución siguiendo lo dicho por el Convenio de la Haya de 1980 para lograr efectivizar y agilizar dicho proceso.

OBJETIVOS DE LA PROPUESTA

OBJETIVO GENERAL

- Fomentar el conocimiento por parte de los jueces de la Niñez y Adolescencia sobre los procesos que según el Convenio de la Haya son aplicables en procesos de restitución del menor (especialmente cuando dicha restitución ha de ejecutarse a nivel internacional).

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Promover que los jueces de la Niñez y adolescencia concienticen sobre la importancia de seguir un proceso específico anclado a la restitución del menor en casos de retención ilegal por parte de un progenitor, en especial cuando se trata de restitución internacional
- Incentivar al cumplimiento inevitable de la restitución del menor a su lugar de residencia habitual

DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA

Se hace válida la inclusión de talleres de aplicación de procedimientos de acuerdo al Convenio de La Haya de 1980 para casos de restitución.

Dichos talleres pueden ser dictados, al integrar un comité de jueces de la Niñez y Adolescencia quienes sean los directivos de esta propuesta, y los encargados de definir lineamientos, etapas, tiempos específicos en donde se dictarán dichos talleres, también es posible que incluyan la venida de expertos en Derecho Internacional para dichos talleres, el presupuesto será parte del aporte del Ministerio de Justicia, junto con el aporte ético y profesional de otras entidades tales como el MIES, DINAPEN.

Con estos talleres será posible la tramitación y recepción de solicitudes de cooperación jurídica internacional a jueces y juezas, así como también será posible generar una solicitud de

información de derecho internacional en base a los tratados y acuerdos de fuente nacional fundamentados en la aplicabilidad de procesos del Convenio de la Haya de 1980.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- La información doctrinaria involucra en esta temática de la retención arbitraria e ilegal del menor el Interés Superior del Menor como aquel derecho inviolable donde se antepone el bienestar físico, psicológico y social del menor por sobre cualquier otro derecho, sin embargo, la aplicabilidad del Convenio de la Haya para estos casos es aún un tema por descubrir en el Ecuador sobre todo donde no se gestiona a cabalidad la restitución del menor en estos casos
- Al indagar sobre casos donde los jueces han gestionado situaciones de restitución del menor por casos de retención arbitraria e ilegal, se ha evidenciado que, si bien ellos creen que se hace una buena labor, el proceso en sí de la restitución no está del todo claro e implícito en las normativas actuales del COGEP, algo que podría mejorarse para otorgar al menor la restitución inmediata del mismo respetando su Interés Superior.
- AL proponer una solución para evitar la inobservancia del Convenio de la Haya y la falta de conocimiento de jueces de la Familia, niñez y adolescencia sobre situaciones de retención arbitraria e ilegal del menor fue posible contemplar que sería factible fomentar el conocimiento de los procesos determinados por dicho convenio para casos de restitución, lo cual se puede realizar en base a talleres hacia los jueces de la Niñez y Adolescencia para que sean los encargados de procesar de forma oportuna dicha restitución al lugar habitual donde vive el menor.

RECOMENDACIONES

- Sería preciso crear planes conjuntos para promover la instauración del proceso de restitución sugerido por el Convenio de la Haya por parte del Estado, entes jurídicos de

la Niñez y Adolescencia junto con entidades como el MIES y DINAPEN de tal forma que entre todos integren nuevas estrategias para resolver lo antes posible situaciones de restitución del menor.

- Sería factible que se exija a los jueces y juezas de garantías del menor a conocer lo que dice el Convenio de la Haya y otros convenios tanto en el marco normativo como en los procesos específicos sobre casos de restitución.
- También puede haber un acompañamiento continuo al progenitor que solicita la restitución de tal forma que se sienta parte de un proceso legal y democrático, donde prime el Interés Superior del Menor.

BIBLIOGRAFÍA

- Abadeano, C. (2014). *La Determinación de la Paternidad en los Hijos Extramatrimonial en la Legislación Ecuatoriana*. Universidad Central del Ecuador.
- Abadeano, C. (2014). *La determinación de la paternidad en los hijos extramatrimoniales en la legislación ecuatoriana*. Quito.
- Aguilar, J. P. (2011). *Constitución y Realidad*. Quito: Inredh.
- Alonso, A. (2004). *Aspectos Prácticos de la Sustracción Interparental de Menores, Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional*. Quito.
- Anemdmment. (1791). "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.
- Atienza, M. (2000). *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*. Editorial Club Universitario.
- Aviles, E. (2015). *La restitución de las pensiones alimenticias, cuando se descarta judicialmente la paternidad, por falta de fundamento obligatorio*. Quito.
- Caicedo, M. (2014). *El apogeo de las nuevas leyes sobre violencia en la familia*. Madrid: Horizontes.
- Castro, P. (2005). *Hermenéutica Legal*. Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Cevallos, J. (2009). *Las Fuentes del Derecho. Especial Referencia a la Costumbre en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Clay, K. C., & Barry, C. (2011). *Avoiding the Spotlight: Human Rights Shaming and Foreign Direct Investment I*. Georgia: International Studies Quarterly.
- Código Civil . (2009). *Código Civil* . Quito.
- Código Civil. (2009). *Código Civil*. Quito.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2011). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2015). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2011). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2014). *Código Orgánico de la Función Judicial*.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito.
- Coello, H. (1995). *Epítome del Título Preliminar del Código Civil y sus Principales realciones con la legislación ecuatoriana*. Cuenca: Textos Universitarios.
- COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.

- Comisión de Legislación y Codificación . (2013). *Código Civil del Ecuador*.
<http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>: Ediciones Legales.
- Constitución de la República. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi.
- Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi.
- Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi.
- Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Convenio de la Haya. (1980). *Convenio de la Haya* . La Haya.
- Correas, Ó. (2004). *Teoría del derecho*. México.
- Crawford, J. (2002). *The International Law Commission Articles*. Cambridge.
- Declaración de Derechos Humanos. (1948). Ginebra: ONU.
- Diccionario Jurídico Mexicano. (1998). *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Porrúa.
- el mercurio. (2011). *el mercurio*. Obtenido de el mercurio:
http://www.elmercurio.com.ec/244898-el-concepto-de-ciudadania/#.WA_prfnhDIU
- Emilie Haftner. (2005). *Trading Human Rights: How Preferential Trade Agreements Influence Government Repression*. Cambridge: Sumer.
- Escobar, C. (2006). *Estudio comparativo del proceso de judicialización constitucional en Colombia y en el Ecuador*. Quito.
- Espinoza, Y. (2015). *Estudio sobre la disfuncionalidad familiar y su incidencia en el Aprendizaje de los niños y niñas de primero y segundo año de educación primaria de la Escuela Sagrado Corazón de Jesús de Tulcán* . Quito: Escuela Politécnica Nacional.
- Falconí, G. (2009). *Fundamentación Doctrinaria de la Filiación*. Quito.
- Feria, M. (2006). *La Víctima ante la Corte Interoamericana de Derecho Humanos a 25 años de su funcionamiento*. Londres.
- Fiscalía General del Estado. (2010). *Factores de Riesgo en las Víctimas*. Quito.
- Frühling, M. (2010). *Voces de memoria y Dignidad*. Quito.
- García, M. (2011). *Funcionalidad familiar y el adulto mayor*. Madrid.

- Guastini, R. (1989). *Poder: estado y discurso, Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. Quito: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Henting, V. (1948). *El criminal y su víctima*. Alemania.
- Hernández, J. (2011). *La Constitución de 1991 y los Derechos Fundamentales*.
<http://www.lavozdelderecho.com/index.php/opinion/analisis-juridico/item/2529-analisis-juridico-la-constitucion-de-1991-y-los-derechos-fundamentales-jose-gregorio-hernandez-galindo>.
- Hollyer, J., & Rosendorff, P. (2011). *Why Do Authoritarian Regimes Sign the Convention Against Torture? Signaling, Domestic Politics and Non-Compliance*. New York: Yale University; New York University.
- Jalil, G. (s.f).
- Jellinek, G. (2009). *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Granada: Editorial Comares.
- Julio Sampedro. (2008). *LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS: ApUNTES PARA LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA pENAL* . Bogotá Colombia.
- Kelsen, H. (1975). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Krasnow, A. (2006). *Filiación*. Buenos Aies: Primera Edición .
- Larrea, J. (1978). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- LOEI. (2017). *Ley Orgánica de Educación Intercultural*. Obtenido de https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/02/Ley_Organica_de_Educacion_Intercultural_LOEI_codificado.pdf
- López, M. (2016). *La Vulneración de los Derechos de la Niñez al ser maltratados por personas adulto centristas en los hogares y espacios públicos de Chillotallo*. Quito.
- Martinez, J. (2017). *Derecho Constitucional a la Identidad Personal, frente a la Aplicación de la Verdad Legal y Verdad Biológica en la Legislación Ecuatoriana*. Universidad Central del Ecuador.
- Montaña, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada*. Quito: CEDEC.
- Morales, F. (Septiembre de 2012). *Tipos de investigaciones* . Obtenido de Tipos de investigaciones : <http://www.creadess.org/index.php/informate/de-interes/temas-de-interes/17300-conozca-3-tipos-de-investigacion-descriptiva-exploratoria-y-explicativa>
- Muzio, P. A. (2011). *Psicología de la familia: Una aproximación a su estudio*. La Habana.
- NNUU. (1985). *Asamblea General de las NNUU*. Brasilia.
- Novoa, E. (1980). *El derecho como obstáculo al cambio social* . México : Editorial Siglo XXI.

- Paolantonio, M. (2011). *Antecedentes y Evolución del Constitucionalismo. Constitucionalismo Liberal y Constitucionalismo Social*. Argentina: MN.
- Pensantes, C. (2011). *Introducción al Derecho*. Quito.
- Povea, M., & Montenegro, S. (2009). *La paternidad en el proceso legal*. Madrid.
- Real Academia de la Lengua Española. (2017). *Real Academia de la Lengua Española*. Madrid.
- Rivero, M. (1970). *Paternidad*.
- Roberto Hernandez Sampieri, C. F. (2010). *Metodología de la investigación Quinta Edición*. Mexico: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. .
- Roy, C. (2012). *La familia y su función social*.
- Salcedo, J. (2014). *El Derecho de las Víctimas en la Constitución y en el Nuevo Sistema Penal Integral Vigente*. Quito.
- Salgado, J. (2011). *Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y Colombiana*. Quito: Revisa de Derecho.
- Tapia, C. (2014). *Propuesta de Reforma a la Impugnación del Reconocimiento Voluntario de los hijos*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Tranzegnies, F. d. (1997). *La muerte del legislador en Boletín Mexicano de Derecho*. México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Universidad Autónoma de México. (2015). *El Interés Superior del Menor*. México DF.
- Wigodki, J. (14 de julio de 2010). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de <http://metodologiaeninvestigacion.blogspot.com/2010/07/poblacion-y-muestra.html>
- Zambrano, D. (2017). Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://www.derechoecuador.com/interes-superior-del-nino-y-de-la-nina>



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Carlos Fernando Heras Maldonado, con C.C: # 0104355946 autor del Trabajo de Titulación: **RETENCIÓN ARBITRARIA E ILEGAL DEL MENOR POR PARTE DE UNO DE LOS PROGENITORES.** Previo a la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 9 de febrero de 2020

f. _____

Nombre: Carlos Fernando Heras Maldonado

C.C: 0104355946



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA		
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN		
TEMA Y SUBTEMA:	Retención arbitraria e ilegal del menor por parte de uno de los progenitores	
AUTOR(ES)	Carlos Fernando Heras Maldonado	
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. Zavala Egas Leopoldo Xavier, Msg.	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
FACULTAD:	Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales y políticas	
CARRERA:	Derecho	
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	09 de febrero de 2020	No. DE PÁGINAS: 50
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Convenio, Sustracción internacional, Accionar, Ejecución internacional	
<p>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): Existe un vacío jurídico y falta de conocimiento de los profesionales en derecho en la aplicabilidad de normativas referentes a la sustracción de menores de edad en el Ecuador, recordando que esto involucra el Convenio de La Haya de 1980 el cual contiene “aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, especialmente lo que compete la función Judicial”, sin embargo los procesos fijados para la sustracción internacional en ciertos casos existe una mala práctica dentro de los procesos judiciales con respecto a este tema y en otros, se violenta el impacto del interés superior del menor, lo cual ya constituye un problema.</p> <p>Cabe destacar además que, “la sustracción y/o retención ilegal de forma internacional realizada por un progenitor influye en miles de niños y adolescentes, donde el primer instrumento de ejecución internacional debería ser el Convenio de La Haya de 1980” (Abadeano C. , 2014).</p> <p>Si bien este no pretende resolver aquellas situaciones en torno a la patria potestad, custodia u otro aspecto de tenencia del menor, lo que involucra es validar el accionar en torno al principio de que todo menor que ha sido sustraído y/o retenido de forma ilegal debe ser regresado a su país de domicilio o residencia.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593 98 467 4515	E-mail: cayo_hm@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Toscanini Sequeira, Paola. Ab. Mgs	
	Teléfono: +593-42206950	
	E-mail: paolats77@hotmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		