

**LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN  
ECUADOR Y LA CARENCIA DE UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA SUSTANCIARLAS**  
**THE INTERNATIONAL RECOVERY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN ECUADOR  
AND THE LACK OF A JUDICIAL PROCEDURE TO SUBSTANCE THEM**

***Julia Dávila Álvarez, Mgtr.***

Universidad Tecnológica ECOTEC, Samborondón, Ecuador.

judavila@mgs.ecotec.edu.ec

***Andrea Zuleta Sánchez, Mgtr.***

 <https://orcid.org/0000-0002-1860-2099>

Universidad Tecnológica ECOTEC, Samborondón, Ecuador.

azuleta@ecotec.edu.ec

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

Recibido: 7 de octubre de 2020

Aceptado: 16 de junio de 2022

**RESUMEN**

El presente artículo busca determinar la falta de un procedimiento expedito para atender los procesos judiciales cuyo objeto de la controversia sea la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, en los dos escenarios posibles, esto es, el Ecuador como estado requerido; o, como estado requirente. En primera instancia se analizó la normativa legal vigente que contempla la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, así como, la necesidad de que previamente se haya establecido la tenencia a favor de uno de los progenitores. A continuación, se revisaron si los procedimientos contemplados en el Código Orgánico General de Procesos COGEP, podrían ser considerados idóneos para atender esta clase de procedimientos judiciales, tomándose en consideración la urgencia y emergencia que se les debe dar, así como la posible situación de riesgo en la que pudiesen estar los niños, niñas y adolescentes que son separados de uno de sus padres, sin autorización del otro. Finalmente, se cotejará si la normativa actual guarda armonía con la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, instrumento internacional aprobado por el Ecuador; para de esta forma determinar



que la carencia de un procedimiento expedido contraviene a lo determinado en dicha convención, a efectos de cumplir con todos los parámetros determinados en líneas anteriores, los métodos a emplearse son: el teórico – jurídico, exegético – jurídico y método jurídico comparado, así como, métodos empíricos: encuestas y entrevistas.

Palabras claves: recuperación de menor, interés superior, procedimientos especiales.

## **ABSTRACT**

This research seeks to determine the lack of an expedited procedure to attend processes of international recovery of children and adolescents, in the two possible scenarios, that is, Ecuador as a Required state; or, as a requesting state. Firstly, this research will analyze the current legal regulations in our country in relation to the international recovery of children and adolescents, as well as the need to have previously established custody in favor of one of the parents. Next, it will be reviewed if the procedures contemplated in the General Organic Code of Processes (COGEP), could be applied to this kind of judicial procedures, considering the urgency and emergency of such matters; and, specially risk situations where children and adolescents could be put into, when separated from one of their parents, without authorization from the other. Finally, this research will analyze whether the current regulations are in harmony with the Convention on the civil aspects of international child abduction, an international instrument approved by Ecuador; in order to determine that the lack of an expedited procedure contravenes the said convention.

Keywords: recovery, procedure, deficiency, minors

## **INTRODUCCIÓN**

La Constitución de la República del Ecuador CRE, en el artículo 44 preceptúa lo que en doctrina se conoce como el principio del interés superior del niño. (Asamblea Constituyente, 2008). De la lectura de dicho artículo, se aprecia que es una obligación, tanto del Estado, como del núcleo familiar, el propender un desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en el entorno que se desenvuelven. Ante lo anterior, surge como una primera aproximación al tema en análisis, que los niños, niñas y niñas tienen derecho a vivir en un entorno familiar estable que les brinde seguridad y confianza para poderse desarrollar plenamente.

El 25 de octubre de 1980, en la Haya, se suscribió el CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, al cual, el Ecuador se adhirió en el año de 1992. En el que se persiguen dos objetivos: el aseguramiento del retorno del niño, niña o adolescente que ha sido retenido de forma ilegal en otro estado que forme parte de la

convención; y, en segundo lugar, respetar las legislaciones de los estados contratantes respecto a los derechos de tenencia o custodia y de visitas. Y se determinan los requisitos de procedibilidad de dicha acción de carácter judicial en los cuales, niños, niñas o adolescentes, sean retenidos indebidamente por uno de sus padres, en un país distinto al de su domicilio habitual.

El artículo 77 del Código de la Niñez y Adolescencia contiene la prohibición expresa sobre el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes, cuando se violan los derechos de patria potestad, régimen de visitas y autorización de salida del país (Asamblea Nacional , 2003).

En este mismo orden de ideas, el artículo 125 de la norma antes citada contempla la posibilidad de que en caso de Retención indebida del hijo o la hija podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. Y contempla además que en el caso de que se incumpla la orden judicial, se decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación (Asamblea Nacional , 2003).

Con este breve preámbulo se puede afirmar que, el Código de la Niñez y Adolescencia, previa a la promulgación del Código Orgánico General de Procesos en adelante COGEP, determinaba la existencia de dos vías para la sustanciación de las acciones judiciales determinadas en dicho cuerpo normativo: por un lado, los procedimientos judiciales Especiales.

La metodología a utilizadas en este proyecto de desarrollo, tiene su basamento en la teoría trialista del derecho, esto es, a través de un método de análisis histórico a efectos de realizar un breve análisis acerca, la tenencia, y de la retención indebida de los niños. De igual forma, se aplicará un método teórico – jurídico y exegético - jurídico, a través del cual, se estudiará el objeto del arte de este proyecto, es decir, cómo actualmente se conciben las instituciones jurídicas antes detalladas y la legislación sustantiva y adjetiva aplicable al caso en especie.

### **Problema**

¿Cómo sustanciar el procedimiento judicial cuyo objeto de la controversia sea la recuperación internacional de un niño, niña y adolescente?

## **Objetivos**

### **General**

Analizar la estructura del proceso judicial de recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador y su suficiencia.

### **Objetivos Específicos**

- Determinar si la falta de procedimiento judicial para sustanciar las causas cuyo objeto sea la recuperación internacional de un niño, niña o adolescente, actualmente, afecta el principio del interés superior del Niño.
- Fundamentar un procedimiento judicial para sustanciar las causas cuyo objeto sea la recuperación internacional de un niño, niña o adolescente, para obtener una justicia expedita y armonizada con los instrumentos internacionales de los cuales Ecuador es signatario.
- Proponer una reforma legal tendiente a facilitar la recuperación internacional del menor.

### **Preguntas Científicas**

¿Cómo establecer un procedimiento judicial para sustanciar las causas cuyo objeto sea la recuperación internacional de un niño, niña o adolescente, para el logro de una justicia expedita y armonizada con los instrumentos internacionales de los cuales Ecuador es signatario?

¿Cuáles serían los componentes para obtener un procedimiento judicial para sustanciar las causas cuyo objeto sea la recuperación internacional de un niño, niña o adolescente, teniendo como fundamento jurídico principal el principio del interés superior del niño?

## **REVISIÓN TEÓRICA**

### **Naturaleza Jurídica de la Tenencia**

La tenencia es uno de los derechos que provienen de la patria potestad, entendida la misma como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos. Respecto a la patria potestad se define a la misma como: “El conjunto de derechos y deberes naturales que tienen los padres legales sobre sus hijos menores no emancipados y cuya finalidad es el desarrollo y protección legal de los derechos de la familia, del niño y del menor consagrados en la constitución política, en los tratados internacionales ratificados por Colombia y en las leyes nacionales” (Gómez Piedrahita, 1994).

En mérito a lo anterior, podemos definir entonces que la Patria Potestad, son atributos de los padres sobre sus hijos. Ahora bien, resulta importante para la investigación que se está realizando determinar a groso modo, cuáles son los mismos. Así tenemos que, como derechos que tienen los padres a sus hijos, se encuentran la administración de los bienes, representación legal, judicial y extrajudicial y disponer del usufructo de los bienes del hijo menor de edad.

La tenencia se traduce en: “la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad” (Aguilar Llanos, 2009).

El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia establece la procedencia de la tenencia, pero sin embargo no se otorga una definición legal a esta figura jurídica. (Asamblea Nacional , 2003). Ahondando más en el tema, podemos definir a la tenencia, al cuidado y protección de un niño, niña o adolescente, que se otorga a uno de los padres. Doctrinariamente, se define a la tenencia como, “la institución por la que se legitima la posesión que tiene un padre con respecto de sus hijos cuando hay una separación de hecho” (Varsi Rospiglioso, 2012).

De la misma forma se concibe a la tenencia como: “un atributo de la patria potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto, ejercen sus derechos y deberes en armonía; asimismo, como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su o sus hijos” (Celinda, 2011).

Ante lo anterior, hay que diferenciar los diferentes escenarios en los que se podría analizar la tenencia. El primer caso, es el general, esto es, cuando los padres viven juntos, ejercen conjuntamente la tenencia sobre sus hijos menores de edad, sin necesidad de ninguna decisión exógena sobre su familia.

Un segundo caso, es cuando los padres se separan, luego de un período de convivencia, sin divorciarse, por regla general, los niños menores de edad, quedan bajo la custodia y protección de su madre, salvo acuerdo en contrario, esto es lo que se denomina una tenencia de hecho, puesto que, no existe ninguna disposición judicial o autoridad administrativa que avale esta decisión.

Un tercer caso es en los casos de divorcio, puesto que, tal como lo determina el artículo 115 del Código Civil vigente, se debe definir previo a la obtención de la sentencia de divorcio, la situación socioeconómica en la que quedan los hijos menores de edad de las partes procesales. (Congreso Nacional, 2005) De conformidad con esta norma, existe otro panorama en el cual, surge la tenencia, esto es, en las terminaciones de uniones de hecho. Tanto en los divorcios de consuno, terminaciones de uniones de hecho por mutuo acuerdo y los divorcios por causal o terminaciones de uniones de hecho unilaterales, se deberá definir de forma clara, precisa y puntual, con cuál de los dos cónyuges quedarán los hijos menores de edad.

Ante estos escenarios podríamos resumir las clases de tenencia que existen en el Ecuador, tomándose en consideración la forma de conformación de las familias:

1. Tenencia legal: La que gozan los padres cuando viven conjuntamente.
2. Tenencia de hecho: Cuando no ha sido autorizada judicialmente sino es una decisión de los padres de forma extrajudicial.
3. Tenencia judicial: La que proviene de una decisión judicial.

Cabe aclarar desde ya, que la tenencia, al igual que la mayoría de los temas que se someten a la jurisdicción de los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, pueden ser modificables en cualquier momento, consecuentemente, no causan ejecutoria. Finalmente, es necesario reseñar que, en el Ecuador, no existe la figura de la tenencia compartida.

### ***La Recuperación***

Debe entender por recuperación, en el ámbito del Derecho de Familia, se indica lo siguiente: “Al comprender los conflictos familiares en cuanto a las diferencias en cuanto a la forma de compartir los cuidados de los hijos y de disfrutar de ellos se convierten en pugnas de custodia y el régimen de visitas, donde lo que se discute ni siquiera es la forma de compartir al menor, sino la propia permanencia, en la batalla legal de la familia el término custodia se convierte en sinónimo de propiedad, mientras el régimen de visitas manifiesta lo contrario” (Cillero Bruñol, 2008).

Una vez analizada la institución jurídica de la tenencia, surge la interrogante relacionada a la posibilidad de que uno de los progenitores decida unilateralmente romper el acuerdo, en el ámbito extrajudicial, respecto a quién será la persona bajo la cual quedará el cuidado y protección el niño, niña o adolescente. El segundo escenario, cuyo efecto es el mismo, es en el supuesto resultante de uno los progenitores que se niegue a cumplir con la resolución judicial mediante la cual se otorgó la tenencia al otro progenitor. A lo anterior, se suma, la variable consistente en

que, además, de incumplir con la tenencia fijada, decida llevarse al niño, niña o adolescente a otro país.

### ***Recuperación Nacional de niños, niñas y adolescentes***

En el primer evento, estamos frente a la Recuperación del niño, niña y adolescente, tal como lo señala el artículo 125 del Código de la Niñez y Adolescencia (Congreso Nacional, 2005) siendo la única norma en toda la legislación ecuatoriana que hace referencia a la recuperación del niño, niña y adolescente, dejando en claro que, la recuperación a la que se hace referencia, guarda relación solamente a la que se da en territorio nacional, sin embargo, considero imprescindible realizar un breve análisis a la misma, a efectos de determinar qué parámetros también tendrían plena validez para la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, que será analizada en el acápite siguiente.

En primera instancia la legitimación activa para solicitar esta clase de acciones, recae sobre quien ejerza la patria potestad, tenencia y tutela. Es decir, no solo los progenitores, sino que, en caso de falta de ellos, el familiar a quien un administrador de justicia ha designado mediante resolución como tutor de un niño, niña y adolescente.

Asimismo, pese a que no está contemplado en este artículo, la vía de sustanciación, de la acción judicial, es el procedimiento sumario, tal como lo determina el artículo 332 del COGEP que en su parte pertinente indica que todos los temas inherentes al Código de la Niñez y Adolescencia y sus incidentes se someterán a esta vía (Ecuador A. d., 2015).

Esta acción judicial procede, básicamente en un escenario, esto es, cuando el progenitor que está en goce del derecho de visitas no devuelve al niño, niña y adolescente, en el tiempo determinado para tal efecto, reteniéndolo indebidamente, es decir, sin justa causa. Teniéndose en claro que nos referimos a justa causa, posibles actos que atenten contra la vida del niño, niña o adolescente, en el supuesto caso de continuar con la tenencia fijada o en casos de grave riesgo que puedan afectar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Si no se cumplen estos dos parámetros, se estará frente a la recuperación del niño, niña y adolescente, cuya resolución será la orden inmediata de devolución del niño, niña y adolescente, así como, el pago de la indemnización si fuere del caso.

Si se negare a dar cumplimiento de esta resolución, el operador de justicia tendrá la facultad o potestad de dictar el apremio personal en contra de quien provocó la retención e inclusive el allanamiento del domicilio donde se tenga la certeza que se encuentra retenido el niño, niña o adolescente.

### ***Recuperación Internacional de niños, niñas y adolescentes***

Un segundo escenario, es cuando la retención indebida trasciende fronteras, ante lo anterior, estamos frente a la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes. La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes puede ser considerada como una forma de maltrato del niño, que surge por una disputa sobre la custodia, país de residencia o régimen de contacto de los niños, niñas y adolescentes.

Consecuentemente, la restitución o recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, no son otra cosa, que un mecanismo urgente, previsto a efectos de finalizar o hacer cesar la situación de vulnerabilidad o riesgo en la que se encontraría un niño, niña o adolescente.

Se debe dejar expresa constancia que, la recuperación internacional de niño, niña o adolescente, bajo ningún concepto se puede entender que es una custodia internacional, toda vez que, el tema de tenencia deberá ser resuelto ante las autoridades con competencia en dicho tema en el estado de residencia habitual del niño, niña y adolescente.

Bajo este panorama, la discusión y el litigio va más allá, puesto que, es un tema en el cual están inmersos dos estados, el requirente y el requerido. Se entiende por estado requirente, el país donde ha habitado el niño, niña y adolescente y es quien ha determinado la tenencia o custodia a favor de uno de los progenitores o de sus cuidadores. A contrario sensu, el estado requerido es el país a donde se llevaron al niño, niña y adolescente, sin autorización alguna, por lo que, su estadía se convierte en ilegal.

Al igual que el caso de la retención indebida nacional del niño, niña y adolescencia, la base en la cual se fundamenta esta acción, es la falta de consentimiento del progenitor que ostenta la tenencia o la custodia, consecuentemente, sólo procederá en estos casos, que deberán ser debidamente demostrados.

Por lo que, bajo ningún concepto se puede confundir esta figura jurídica, con el secuestro, que en nuestro país es considerado un delito, tal como lo determina el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 161 que define el tipo penal como aquel en el cual se prive de la libertad, se retenga, oculte, arrebate o traslade a una persona de un lugar a otro, sin su voluntad, sancionándose este comportamiento con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (Asamblea Nacional, 2014)

A lo anterior, se debe agregar el hecho de que, en la mayoría de los casos, el estado requirente reclama a su nacional, puesto que, el niño, niña y adolescente, sea por nacimiento o por naturalización, ha adquirido la ciudadanía de aquel país.

Si se revisa el Código de la Niñez y Adolescencia, no existe artículo alguno que haga mención a la Acción de Recuperación Internacional de Niños, niñas y adolescentes. Por lo que, es necesario remitirse a un instrumento internacional que suscribió el Ecuador, denominado CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, elaborada el 25 de octubre de 1980, rigiendo desde el 1 de diciembre de 1983; habiendo sido publicado en el Registro Oficial No. 572 del 17 de abril del 2009.

Este instrumento internacional fue el resultado de la sesión plenaria que se llevó a cabo el 24 de octubre de 1980, en la DÉCIMO CUARTA SESIÓN DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Esta conferencia es un organismo internacional que se encuentra integrado por 65 miembros, cuya sede está ubicada en La Haya.

Los estados que aprobaron dicho convenio fueron los siguientes: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, (en aquel entonces era un solo país, años más tarde se dio la separación), Venezuela y Yugoslavia.

Los presupuestos de este Convenio son los siguientes:

1. Un rechazo de los traslados ilícitos de niños, niñas y adolescentes, a efectos de evitar posibles consecuencias jurídicas, tales como, que, en el estado requerido, se fije una tenencia distinta al país requirente, donde está la residencia habitual del niño, niña y adolescente.
2. Pertenencia a una única comunidad jurídica: Se busca la unificación de criterios a efectos de hacer respetar el Principio del Interés Superior del Niño, el mismo que es de carácter universal.

3. Convenio de Cooperación administrativa y judicial: Toda vez que, están involucrados las tres funciones del estado, así como los organismos de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.
4. Competencia internacional de las autoridades del país de residencia habitual para decidir sobre la guarda y custodia del niño, niña y adolescente.
5. Principio de restitución inmediata de los niños, niñas y adolescentes sustraídos ilícitamente para proteger su interés.

El objetivo de este convenio es el aseguramiento de la devolución de los niños, niñas y adolescentes que fueron separados del progenitor que gozaba de la tenencia o custodia y viajaron a otro país, que no es el de su origen.

Consecuentemente, la finalidad de esta convención es brindar protección sobre los derechos de tenencia o custodia previamente fijados por el estado requirente. Es decir, proteger los intereses de los niños, niñas y adolescentes sustraídos ilícitamente los cuales, se ponderarán por sobre los derechos de los adultos que se encuentren en disputa.

Tal como se indicó en líneas anteriores, la sustracción no puede ser confundida con un secuestro, la primera surge de normas de carácter proteccionista, mientras que, el segundo es una figura de tipo penal que se sanciona con prisión.

A efectos del convenio, para que proceda la sustracción, se necesitan de tres requisitos:

- a. Separación ilegal de la familia del niño, niña y adolescente.
- b. Cambio de sus actividades diarias.
- c. Alejamiento total de los seres queridos.

De conformidad con el instrumento internacional que se está analizando, existen dos clases de restitución internacional:

1. Niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados ilícitamente.
2. Niños, niñas y adolescentes quienes se ha violado su custodia o tenencia.

Ante lo cual se procederá a analizar de forma general los capítulos pertinentes de dicho Convenio como norma supletoria: se analizarán los Capítulos I y III.

#### *Capítulo I:*

Para el cumplimiento del mencionado convenio, los estados adoptarán procedimientos de urgencia.

Se considerará que una retención es ilícita, cuando:

- a. Se viola el derecho de tenencia o custodia.
- b. El ejercicio del derecho de tenencia o custodia se ejercía de forma efectiva.

El Derecho de custodia podrá provenir, de conformidad con la legislación vigente de cada país:

- De pleno derecho
- Decisión administrativa
- Resolución judicial
- Acuerdo vigente

Este convenio se aplicará a favor de todo niño, niña y adolescente, que hasta antes del cometimiento de la infracción tenía su residencia habitual en alguno de los estados contratantes.

Este convenio no podrá ser aplicable para adolescentes de 16 años en adelante.

Finalmente, en el artículo 5 del convenio, se otorgan definiciones legales de custodia y visitas.

*“Derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.*

*Derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.* (Estados Miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1980)

### *Capítulo III:*

Cualquier persona podrá requerir la recuperación internacional de niño, niña y adolescente, por tener conocimiento de su traslado ilegal, para lo cual acudirá a la autoridad central, presentando la correspondiente solicitud que deberá contener:

1. Datos generales respecto al solicitante, al niño, niña o adolescente y sobre la persona que ha sustraído a dicho niño, niña y adolescente.
2. Si es conocida, la fecha de nacimiento del niño, niña y adolescente.
3. Los fundamentos en que se basa su acción.
4. Información sobre el lugar donde estaría el niño, niña y adolescente, así como, la identidad de la persona que lo tendría sustraído.
5. Además, deberá adjuntarse copia certificada del instrumento mediante el cual se justifique que se haya otorgado la tenencia o custodia, declaración jurada expedida

por la autoridad competente en la cual se acredite que el niño niña o adolescente tiene su residencia habitual en el estado requirente, así como, cualquier otro documento necesario.

Si de la revisión de la solicitud la autoridad central se percata que el niño, niña o adolescente se encuentra en otro país, remitirá sin demora alguna a la autoridad central del estado correspondiente.

Se determina que el procedimiento de recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, no debe extenderse por más de seis semanas, en caso de no respetarse este tiempo, el solicitante podrá, a través de la autoridad central o por sí mismo, peticionar las explicaciones a las autoridades correspondientes tendientes a desvirtuar las razones de dicha demora.

En el caso de que, desde la fecha en que se inició el procedimiento hasta su resolución, no hubiese transcurrido más de un año, la autoridad correspondiente, de forma obligatoria, ordenará la restitución internacional del niño, niña y adolescente de forma inmediata.

Si ha transcurrido más de un año desde la fecha de haberse incoado el proceso, si se demuestra que el niño niña o adolescente ya se ha adaptado a su nuevo ambiente, no podrá ordenar dicha restitución.

Los casos en que no es obligatorio para la autoridad judicial, de ordenar la recuperación internacional de niño, niña o adolescente, son los siguientes:

1. Cuando la persona que ejercía la custodia cuando se cometió la infracción no realizaba su labor de forma efectiva.
2. Cuando la persona que ejercía la custodia cuando se cometió la infracción, posteriormente consiente que el niño, niña o adolescente conviva con su otro progenitor.
3. Cuando exista un riesgo grave debidamente comprobado del retorno del niño, niña o adolescente. Este riesgo puede ser físico o psíquico, principalmente.
4. Cuando el niño, niña o adolescente se oponga a la restitución.
5. Cuando, de ordenarse la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, se viole flagrantemente los derechos humanos.

Será obligación de las autoridades administrativas y judiciales del Estado requerido, conocer directamente la legislación aplicable, así como, las decisiones que sobre la custodia de un niño niña o adolescente, existan en el estado requirente.

Se podrá solicitar por parte de las autoridades administrativas y judiciales, una certificación o decisión que justifique que el traslado ha sido ilícito.

Las autoridades judiciales o administrativas del estado requerido, carecen de competencia, para modificar la custodia que previamente ha sido fijada en el estado requirente.

Las decisiones que se tomen, teniendo como basamento, el convenio, no afectan bajo ninguna circunstancia las decisiones que se hayan resuelto en el estado requirente, respecto al derecho de custodia.

Además de este instrumento internacional, es imperioso destacar que el Ecuador, también ha suscrito otro instrumento internacional, que también se relaciona con la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes:

1. EI CONVENIO SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES suscrito en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989 en la CUARTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, el mismo que entró en vigor el 11 de abril de 1994., el cual está compuesto de 38 artículos que guardan estrecha relación con el texto del CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES SOBRE LA SUSTRACCIÓN DEL MENOR.
2. De igual forma, el Consejo de la Judicatura en transición, dictó la Resolución No. 162 publicada en el Registro Oficial No. 616 del 11 de enero del 2012, mediante la cual se ordena que los jueces a nivel nacional, den estricto cumplimiento al convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, especialmente en lo que guarda relación a la obligatoriedad de culminar los procesos en el plazo de seis semanas contados a partir del inicio del mismo.

Dando cumplimiento a los instrumentos antedichos que se encuentran en plena vigencia, la autoridad central en nuestro país, es el Ministerio de inclusión económica y social (MIES), quien es la entidad que coordina todo lo relacionado al procedimiento administrativo para la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes. Cuenta con la asistencia técnico – jurídica de la Defensoría Pública quien actúa en calidad de defensor del solicitante, así como, del estado requirente, en el procedimiento judicial.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia en la fase judicial, le corresponde a los Jueces de las Unidades de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. De igual forma, los organismos auxiliares de apoyo en la fase administrativa y judicial, son la Dirección Especializada de Niños, niñas y Adolescentes de la Policía Nacional (DINAPEN) y los equipos técnicos conformados por un médico, un psicólogo y un trabajador social, de las unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

***La fase administrativa:***

De conformidad con el Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Inclusión Económica y Social, dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 080, publicado en el Registro Oficial, Edición Especial No. 329, de fecha 19 de junio del 2015, determina que, al ser la autoridad central en el Ecuador, le corresponde a la Dirección Especial para Autoridad Central, el área específica que realiza el seguimiento de las solicitudes de los estados requirentes relacionadas a la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes.

La fase administrativa consecuentemente comienza de la siguiente forma:

1. La recepción de la solicitud y los anexos respectivos, la misma que deberá contener los requisitos determinados en el artículo 8 del Convenio sobre Aspectos Civiles sobre restitución internacional del menor.
2. La autoridad central avoca conocimiento de dicha solicitud.
3. Se procede a ordenar oficiar a la Dirección Nacional Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes de la Policía Nacional a efectos de que se proceda con la localización del niño, niña y adolescente, así como, se ordena oficiar al Servicio de Apoyo Migratorio de la provincia correspondiente, para que se remita el registro migratorio del niño, niña y adolescente, así como, del progenitor que habría retenido al niño, niña y adolescente.
4. Una vez localizado al progenitor que ha retenido al niño niña y adolescente, se inicia la fase de mediación, a efectos de que, a través de una negociación amigable se logre una restitución voluntaria.
5. Si no se puede llegar a un acuerdo amigable, se remite a la Defensoría Pública, a efectos de que se proceda a iniciar la fase judicial.
6. Es obligación de la autoridad central, realizar el correspondiente seguimiento de los procesos judiciales y el correspondiente traslado de información a la autoridad central del estado requirente.

Por su parte la fase judicial está compuesta por:

1. Presentación de la demanda siguiendo las reglas de los artículos 142 y 143 del COGEP. La misma es incoada por el Ministerio de inclusión económica y social, en la persona de su representante legal o quien haga sus veces.
2. La competencia estará radicada de conformidad con las reglas determinadas en el COGEP.
3. El Juez o Jueza de la Familia, mujer, niñez y adolescencia, contará con el término de cinco días para calificar la demanda, en caso de que no esté completa o sea necesario aclararla, se concederá el término de cinco días. Tomándose en consideración el principio del interés superior del niño, estas demandas no pueden ser archivadas por no haber sido completadas dentro del término de ley.
4. Una vez calificada, se ordenará la citación a la parte demandada.
5. Una vez citada la parte accionada, contará con el término de diez días para contestar la demanda.
6. Asimismo, cumplida la citación, el Juez de Familia, mujer, niñez y adolescencia, convocará a audiencia única, dentro del término de diez a veinte días, contados a partir de la fecha de citación.
7. De existir contestación a la demanda, se concederá el término de cinco días, para notificar a la parte actora y que se presente la prueba nueva.
8. El Juez de Familia, mujer, niñez y adolescencia, podrá de oficio, solicitar como prueba para mejor resolver, la intervención del departamento técnico, así como, una audiencia reservada; en el caso de que las partes no lo anunciaran como medios probatorios, en la demanda y en la contestación a la misma respectivamente.
9. Si la parte actora no acude a la audiencia única, no se podrá declarar el abandono de la causa ni tampoco, por el transcurso del tiempo determinado en la ley; ya que, existe prohibición expresa de declarar dicho abandono.
10. En la audiencia única, el Juez de familia, mujer, niñez y adolescencia, deberá resolver oralmente y tendrá el término de diez días para reducir a escrito su resolución.
11. Las partes podrán apelar de dicha decisión en el término contemplado en el COGEP, esto es, 10 días, debiendo fundamentar en el mismo término dicho recurso. Luego de trámite

correspondiente, si fue presentado debidamente, se elevará al Superior con efecto no suspensivo.

12. El juez de Familia, mujer, niñez y adolescencia (FMNA), deberá arbitrar todas las medidas necesarias a efectos de que se proceda con la ejecución de su resolución.

Tal como se ha indicado en líneas anteriores, el procedimiento que se sigue para sustanciar las acciones de recuperación internacional de niños, niñas y adolescente, sigue las mismas reglas de cualquier otro juicio de procedimiento sumario, por lo que, se incumple con el tiempo determinado en el convenio sobre aspectos civiles sobre sustracción internacional del menor, puesto que, todo el proceso judicial, normalmente demoraría de tres a seis meses, pudiendo inclusive ser mucho tiempo más.

## **CONCLUSIONES**

En primera instancia, se debe dejar en claro que la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, se configura en dos casos:

- a. Traslado ilícito: Alguno de los progenitores traslada al extranjero al niño, sin autorización de viaje, tomándose en consideración que, para que un niño, niña o adolescente, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia, pueda salir del país necesita una autorización expresa de su otro progenitor.
- b. Retención ilícita: El niño, niña o adolescente, viaja al extranjero de forma legal, es decir, cuenta con la autorización correspondiente, sin embargo, no retorna a su residencia, sino que se queda viviendo en el extranjero, con lo cual se viola el derecho de tenencia y custodia.

De igual forma, es necesario destacar que en nuestro país no existe legislación nacional sobre este tema, específicamente en el Código de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, al haberse ratificado el convenio sobre aspectos civiles sobre la sustracción internacional del menor, se vuelve obligatorio. Dicho convenio tiene como finalidad garantizar la restitución inmediata de los niños, niñas y adolescentes trasladados o retenidos y velar por el respeto de los derechos de custodia y de visitas vigente en otro estado contratante del convenio. De esta manera a efectos de dar cumplimiento con esta clase de acciones, se sustancia vía sumaria lo cual, conlleva de cuatro a seis meses, de sustanciación.

Lo anterior, queda al descubierto al determinar que en la legislación nacional vigente, no existen normas que regulen la recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, tanto en el Código de la Niñez, donde se concentran la mayoría de las normas sustantivas relacionadas al derecho de familia, así como, en el COGEP, cuerpo legal en el cual se determinan las únicas cinco vías de sustanciación del procedimiento, dejando a un lado, los temas relacionados con el contencioso administrativo y el contencioso tributario. Y con ello, se puede inferir que nuestro país incumple el Convenio de Sustracción, en lo que se refiere a los términos que debería durar el procedimiento en la fase judicial, lo cual conlleva inequívocamente a afirmar que, además del flagrante incumplimiento a un tratado internacional, este tema reviste una especial atención, toda vez que, se violenta un principio de carácter universal y constitucional, como lo es el principio del interés superior del niño.

Se hace énfasis en que el principio del interés superior del niño debe ser considerado como un principio rector que debe ser atendido por todos los países contratantes, especialmente, en lo que tiene que ver con la restitución internacional, puesto que, todas las actuaciones, tanto administrativas, como las jurisdiccionales que deban efectuarse dentro del proceso de recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes.

El Principio del interés superior del niño, será realmente cumplido si el proceso, conjuntamente, la fase administrativa y la fase judicial, se realizan de forma diligente y con la celeridad que el caso amerita, a efectos de no ocasionar daños psicológicos a los niños, niñas y adolescentes por cuanto si el tiempo transcurre en demasía, ya los niños niñas y adolescentes, se acostumbrarían a su nueva vida producto de una retención ilegal.

Frente a esta situación, se vuelve imprescindible realizar una revisión sobre la posibilidad de aplicar procedimientos más abreviados, una reducción de instancias recursivas, así como, una concentración de competencia.

De acuerdo a lo investigado, se ha podido constatar que, existe la ley modelo sobre normas procesales para la aplicación sobre sustracción internacional de niños que fue creada en el año 2007, cuya finalidad es justamente evitar obstáculos procesales que impidan un correcto cumplimiento del convenio, sin embargo, la misma es solo un proyecto que no tiene carácter vinculante para los estados.

Pese a lo anterior, se considera un buen referente para ser aplicado en nuestro país, ajustándose claro está a los principios de oralidad e intermediación que rigen el procedimiento civil en general. En este mismo orden de ideas, en Colombia existen ya leyes propias que regulan el

ejercicio jurisdiccional para la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes; a diferencia, de Argentina donde se rigen por los instrumentos internacionales a los cuales se han adherido.

Al principio del presente proyecto de investigación se fijaron objetivos general y específicos que buscaban en primera instancia analizar, como en efecto se ha analizado la estructura del proceso judicial de recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes denotándose definitivamente su insuficiencia tomándose en consideración la falta de normativa interna así como, el incumplimiento de términos determinados en el Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

De igual forma, se determinaron como objetivos específicos el determinar si la falta de procedimiento judicial para sustanciar las causas cuyo objeto sea la recuperación internacional de un niño, niña o adolescente, actualmente, afecta el principio del interés superior del niño. Lo cual, efectivamente se ha justificado, puesto que, de la revisión de la normativa internacional se puede apreciar que el proceso judicial de restitución debe ser de carácter urgentísimo, de carácter autónomo, con la restricción de su alcance, esto es, la limitación sobre la procedencia o no del pedido de restitución; no teniendo competencia alguna sobre el derecho de custodia.

Consecuentemente, la recuperación internacional es de naturaleza tutelar de urgencia y preventiva que sólo busca la remoción del ilícito y consecuentemente la devolución al status quo anterior a dicho traslado.

Como segundo objetivo se fijó el fundamentar un procedimiento judicial para sustanciar las causas cuyo objeto sea la recuperación internacional de un niño, niña o adolescente, para obtener una justicia expedita y armonizada con los instrumentos internacionales de los cuales Ecuador es signatario. Al respecto, de forma armónica y clara se ha podido determinar que efectivamente son imperiosas las reformas legales a efectos de que el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso consagrados en la Constitución se vean realmente respetados, puesto que, están íntimamente ligados a la efectiva protección del derecho material, esto es, el derecho de custodia o guarda. A este respecto, considero imperioso indicar lo que el doctrinario Alexy menciona, sobre los derechos al acceso de procedimientos judiciales, los cuales son en definitiva la tutela judicial efectiva. (Marinoni, 2007)

### **Propuesta o Recomendaciones.**

Ante lo antes analizado es imperante recomendar realizar una reforma legal donde se tomen en consideración los tratados internacionales de los que Ecuador es parte, así como, el irrestricto cumplimiento de una real aplicación al principio del interés superior del niño. Por lo que se exponen las consideraciones a efectos de justificar la reforma legal que como novedad científica de este trabajo:

1. El término razonable para atender un proceso de recuperación internacional de niños, niñas y adolescentes, debe ser máximo de seis semanas, tomándose en consideración que cada día que transcurra de la sustracción internacional, se generarían daños en el niño, niña y adolescente, así como aumenta la gravedad del conflicto familiar y lo anterior produce como resultado que el procedimiento judicial se vuelva más complejo.
2. El objeto de la controversia de esta clase de acciones, no guarda relación alguna con la fijación de la tenencia, puesto que, la misma ya ha sido determinada por autoridad competente con anterioridad.
3. La legitimación activa recae en el progenitor a quien previamente una autoridad judicial del país requirente, otorgó la tenencia, sea por un juicio de tenencia o custodia o por un juicio de divorcio, o medidas de protección que se encuentre vigente a la fecha de presentación de la demanda de recuperación internacional de niño, niña o adolescente.
4. La retención indebida internacional debe ser considerada como una forma de maltrato, puesto que, se afecta el derecho de un niño de ser separado indebidamente de quien ostente su custodia.
5. La autoridad competente para determinar la residencia habitual del Niño es su lugar anterior de residencia, bajo ningún concepto se puede confundir la acción de recuperación internacional del niño, niña y adolescente con custodia familiar o tenencia.
6. Las únicas excepciones que se pueden presentar al momento de contestar la demanda de restitución internacional del niño, niña y adolescente son las siguientes:
  - a. Que la parte actora no ejerza el derecho de custodia o tenencia.
  - b. Que exista por parte de quien sea el legitimado activo un consentimiento o aceptación posterior a la retención indebida internacional.
  - c. Grave situación de daño físico o situación intolerable, debidamente comprobado.
  - d. Oposición del niño, cuando el mismo, tenga la edad suficiente para poder dar su criterio de forma clara, de acuerdo a su lenguaje propio de su edad. De conformidad

con lo dispuesto en los artículos 11 y 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Respecto al artículo 11 antes reseñado ya fue analizado en el capítulo 1 de este proyecto. Respecto al Art. 106, el mismo indica que la opinión de un adolescente será obligatoria por el juez, a menos que se compruebe un riesgo inminente. Para los niños y niñas, menores de doce años, su valoración será de acuerdo al desarrollo de dichos niños y niñas. (Congreso Nacional, 2003)

En relación a este punto es determinante poder dirimir si realmente es una oposición que tenga trascendencia en la vida del niño, niña o adolescente, y no sea una simple preferencia de vivir en un país o en otro, con un progenitor u otro.

- e. La integración del niño al nuevo medio, esto es, de conformidad con el artículo 12 Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que preceptúa que si ya se cumplió un año desde el momento en que se produjo el traslado y se comprueba que el niño se ha integrado a su nuevo ambiente, ya no sería procedente la recuperación. (Estados Miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1980)
- f. Cuando deban primar los Derechos Humanos o normas de orden público.

Tal como se aprecia del listado de las excepciones planteadas ninguna guarda relación con la custodia del niño. Asimismo, dichas excepciones son manifestaciones concretas del principio del interés superior del niño. A todo lo anterior, se suma que los medios probatorios de ambas partes procesales, para que sean válidos, deberán guardar relación con todos los parámetros que se ha indicado en líneas anteriores, especialmente para determinar la legitimación activa y consecuentemente el derecho de acceso judicial, así como, la justificación de sus excepciones.

- 7. La carga de la prueba en esta clase de juicios, es inversa, es decir, no es la generalidad contenida en el artículo 169 primer inciso del COGEP, que indica que la misma recae en la parte actora. (Ecuador A. d., 2015). Toda vez que, le corresponderá a la parte accionada, que se oponga a la restitución deberá justificar sus razones de oposición.

Teniendo en consideración todo lo anteriormente reseñado, la propuesta que se presenta tiene su fundamentación en todo lo que ha se ha alcanzado a investigar, tomándose en consideración que el universo de estudio es amplio, vasto y cambiante:

En primer lugar, una reforma legal en el cuerpo legal sustantivo que rige el Derecho de Menores en el Ecuador, esto es, el Código de la Niñez y Adolescencia; y, una segunda reforma legal, al cuerpo legal adjetivo, esto es, el COGEP.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Sentencia T-514 (Corte Constitucional de Colombia 1998).

T-412 (Corte Constitucional de Colombia 2000).

Aguilar Llanos, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, 192 - 197.

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial.

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial.

Bermúdez Tapia, M. (2011). La Constitucionalización del Derecho de Familia. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 80-81.

Celinda, M. V. (2011). *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Normas Legales.

Cillero Bruñol, M. (2008). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Buenos Aires.

Congreso Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Registro Oficial.

Congreso Nacional. (2005). Código Civil. Quito: Registro Oficial.

Consejo de la Judicatura. (2017). Libro de Causas por Judicatura.

Diez Picaso, L. (1993). *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Ecuador, A. d. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito: Registro Oficial.

Ecuador, C. d. (2008). Asamblea Nacional.

Estados Miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. (1980). *Convenio sobre aspectos civiles en sustracción internacional de menores*. La Haya.

- Galvis Ortiz, L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 587-619 .
- Gómez Lara, C. (2004). Teoría General del Proceso. Oxford University Press.
- Gómez Piedrahita, H. (1994). Código de Familia Colombiano. Bogotá: Librería Jurídica Wilches.
- Gómez, G. R., Gil Flores, J., & García Jiménez, E. (1996). <http://www.academia.edu/download/38185394/investigacioncualitativa.doc>. Recuperado el 07 de 10 de 2019, de <http://www.academia.edu/download/38185394/investigacioncualitativa.doc>: [https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:KoX3vLnzjIj:scholar.google.com/+investigacion%C3%B3n+cualitativa&hl=es&as\\_sdt=0,5](https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:KoX3vLnzjIj:scholar.google.com/+investigacion%C3%B3n+cualitativa&hl=es&as_sdt=0,5)
- González, M. (2009). Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. México: Isonomía.
- Héctor, D. (1991). Procesos de Investigación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Humanium. (s.f.). Obtenido de <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>
- Ibáñez Peinado, J. (2015). Métodos, técnicas e instrumentos de la investigación criminológica. Madrid: Dykinson.
- Isaac, R. B. (2012). El interés superior del niño. Obtenido de El interés superior del niño: concepto y delimitación del término: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/38709/1/153701-593011-1-PB.pdf>
- López Herrera, F. (2007). Derecho de Familia. Caracas: Publicaciones UCAB.
- Lyotard, J. F. (1994). La condición postmoderna. Madrid: Cátedra.
- Marinoni, L. (2007). Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima: Palestra.
- Miguel, C. (1999). El interés superior del niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Otero Parga, M. (1999). Valores constitucionales: Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica. Santiago de Compostela: Manuais Universitarios.

- Real Academia de la Lengua. (s.f.). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Obtenido de <http://www.rae.es/>
- Real Academia de la Lengua. (s.f.). Diccionario de la Real Academia Española. Obtenido de Diccionario de la Real Academia Española: <https://dle.rae.es/tenencia?m=form>
- Salto Espinoza, R. (2013). La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Guayaquil: Biblioteca Jurídica.
- Salud, O. M. (2002). Informe mundial sobre la violencia y la salud.
- Tamayo y Tamayo, M. (2004). El proceso de la investigación científica. México: Limusa Noriega Editores.
- Trillos de Naranjo, I. (2007). El principio rector del interés superior en la ley de INFANCIA Y ADOLESCENCIA. Bucaramanga.
- UNICEF - Observatorio Social del Ecuador. (2016). Niñez y Adolescencia desde la intergeneracionalidad. Quito: Offset Abad.
- Unicef. (2017). Unicef Ecuador. Obtenido de [https://www.unicef.org/ecuador/media\\_28087.html](https://www.unicef.org/ecuador/media_28087.html)
- UNICEF. (s.f.). Unicef. Obtenido de <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- Unidade da cultura jurídica occidental. (1954). Revista de Faculdade de Direito, 25 y ss.
- Unidas, N. (1959). Declaración de los Derechos del Niño.
- Unidas, N. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Varsi Rospiglioso, E. (2012). Casuística del Síndrome de Alienación Parental. Diálogo con la Jurisprudencia: Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ver Pezcenik, A. (2004). Can Philosophy help legal doctrine? Ratio Juris.
- Wartofsky, M. (1973). Introducción a la filosofía de la ciencia. Madrid: Alianza Editorial.