



**unl**

Universidad  
Nacional  
de Loja

# Universidad Nacional de Loja

## Facultad Jurídica, Social y Administrativa

### Carrera de Derecho

**“DEFENSOR DE FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTE DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, DURANTE LAS CONTIENDAS LEGALES DE LOS PROGENITORES”.**

Trabajo de Titulación previa a la obtención del grado de Licenciada en Jurisprudencia y Título de Abogada.

**AUTORA:**

**Josselyn Lilibeth Barba Tandazo**

**DIRECTOR**

**Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama, Ph.D.**

**LOJA – ECUADOR**

**2022**

*Educamos para Transformar*

## **Certificación**

Loja, 24 de marzo 2022

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D.  
**DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN.**

### **Certifico:**

Que, he revisado y orientado todo proceso de la elaboración del trabajo de Titulación: **“DEFENSOR DE FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTE DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, DURANTE LAS CONTIENDAS LEGALES DE LOS PROGENITORES”**, de autoría de la estudiante Josselyn Lilibeth Barba Tandazo, previa a la obtención del Título de Abogada, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación para la respectiva sustentación y defensa.

.....  
Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D  
**DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

## **Autoría**

Yo, Josselyn Lilibeth Barba Tandazo, declaro ser autora del presente trabajo de titulación y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi trabajo de titulación en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma: .....

Cédula de identidad: 0704468636

Fecha: 02 de septiembre 2022

Correo institucional: josselyn.barba@unl.edu.ec

Celular: 0998935180

**Carta de autorización del trabajo de titulación por parte de la autora, para la consulta de producción parcial o total, y publicación electrónica del texto completo.**

Yo, Josselyn Lilibeth Barba Tandazo declaro ser la autora del trabajo de titulación, titulado: **“Defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos dela niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores”**, como requisito para optar al Título de Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad. La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del trabajo de titulación que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, 02 de septiembre de 2022.

**Firma:** .....

**Autora:** Josselyn Lilibeth Barba Tandazo.

**Cédula:** 0704468636

**Dirección:** Guayas y Cotopaxi. Huaquillas, Provincia de El Oro.

**Correo electrónico:** lilibeth.barba@unl.edu.ec

**Teléfono:** 2725444

**Celular:** 0998935180

**DATOS COMPLEMENTARIOS.**

**Director del trabajo de titulación:** Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D.

**Tribunal de Grado:**

**Presidente:** Dr. Fausto Noe Aranda Peñarreta. Mg. Sc.

**Vocal:** Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras. Mg. Sc

**Vocal:** Dr. Mauricio Paul Quito Ramón. Mg. Sc

## **Dedicatoria**

Quiero dedicar la culminación del presente trabajo investigativo primeramente a Dios por concederme vida y salud, a las bendiciones de mi padre Alcívar Onofre Barba Farfán y de mi madre Flor María Tandazo Balcázar, quienes han creído en mí siempre y han sido ejemplo constante de superación, humildad y sacrificio, enseñándome a valorar todo lo que tengo y que nada en la vida se logra sin esfuerzo y tengo la certeza que hoy en día están orgullosos de verme alcanzar una nueva meta; a la motivación de superación y de seguir adelante y nunca rendirme de mis hijos Dasthan Matteo y Rebecca Charlotte; al respaldo de mis hermanos Ayrton Jhair y Alessia Fiorella; a las sabias enseñanzas y apoyo de mi Abuelito Santos Tandazo y a las bendiciones y oraciones desde el cielo de mis abuelitos Onofre Barba, Elida Bustamante y Reina Balcázar y, al apoyo incondicional de toda mi familia.

Es para mí un gran honor poder dedicarles a ustedes mi presente trabajo de titulación, ya que, con su ayuda y con dedicación, perseverancia, esfuerzo he logrado culminar con éxito el mismo.

***Josselyn Lilibeth Barba Tandazo***

## **Agradecimiento**

Al haber culminado la presente Trabajo de Titulación, dejo constancia de mi enorme gratitud a la Universidad Nacional de Loja, quien me forjó durante este período académico, a cada uno de los docentes universitarios ya que desde su nicho profesional supieron entregarme conocimiento y transmitirme su experiencia para formarme como profesional apta para desarrollarme en el contexto profesional. De manera especial al Dr. Rolando Jonathan Macas Saritama. Ph.D, por su dirección en todo el proceso de elaboración de la tesis, quien, con su dedicación, experiencia, experticia, profesionalismo dirigió de manera acertada mi presente trabajo investigativo. A mis compañeros y amigos que sin su ayuda y apoyo incondicional brindado día a día en el transcurso de los años de mi carrera Universitaria no hubiera sido posible culminar con mi meta.

Dejo constancia de mi gratitud a todas las personas que me brindaron su ayuda para el desarrollo de la presente tesis, a profesionales y docentes quienes me instruyeron proporcionándome información, criterios y conocimientos en la elaboración de la presente tesis.

***Josselyn Lilibeth Barba Tandazo***

## Índice de Contenidos

Portada.....	i
Certificación del trabajo de titulación (director Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D).....	ii
Autoría.....	iii
Carta de Autorización.....	iv
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento.....	vi
Índice de Contenidos.....	vii
<b>1. Título.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2.1. Abstract.....</b>	<b>3</b>
<b>3. Introducción.....</b>	<b>4</b>
<b>4. Marco teórico.....</b>	<b>9</b>
<b>4.1. Marco Conceptual.....</b>	<b>9</b>
4.1.1.    Derecho de Familia.....	9
4.1.2.    Defensor Público.....	10
4.1.3.    El Tutor y Curador.....	12
4.1.4.    Niños y Adolescentes.....	13
4.1.5.    Igualdad de Derechos.....	14
4.1.6.    Tutela Judicial Efectiva.....	15
4.1.7.    Derecho a ser oído.....	16
4.1.8.    Derecho a contar con Abogado de confianza.....	17
<b>4.2. Marco Doctrinario.....</b>	<b>18</b>
4.2.1.    Reseña Histórica del Curador en Ecuador.....	19
4.2.2.    Representación del Niño y Adolescente de un Abogado en las contiendas de los progenitores.....	20
4.2.3.    El rol del Abogado del Niño como garantía procesal.....	21
4.2.4.    Principio del Interés Superior del Niño.....	23
4.2.5.    Principios Rectores del Derecho especial de la Niñez y Adolescencia, que deben aplicarse en Forma Obligatoria en la Administración de la Justicia.....	24
4.2.6.    Doctrina de la Protección Integral del Niño.....	25
<b>4.3. Marco Jurídico.....</b>	<b>26</b>
4.3.1.    Constitución de la República del Ecuador.....	26
4.3.2.    Instrumentos Internacionales.....	28
4.3.2.1 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad.....	28

4.3.2.1.	<i>Convención sobre los Derechos del Niño</i> .....	30
4.3.3.	Código orgánico de la Función Judicial.....	31
4.3.4.	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	33
4.3.5.	Código Civil.....	38
4.3.6.	Código Orgánico General de Procesos.....	39
4.3.7.	Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia del Ecuador.....	40
<b>4.4. Derecho Comparado</b> .....		<b>42</b>
4.4.1.	Código de Infancia y Adolescencia de Colombia.....	42
4.4.2.	Ley Nacional 26 061, Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Argentina.....	46
4.4.3.	Ley núm. 19.968, crea los Tribunales de Familia de Uruguay.....	48
4.4.4.	Código de los Niños y Adolescentes del Perú.....	49
4.4.4.1.	Decreto Legislativo N° 1384 del Perú.....	50
<b>5. Metodología</b> .....		<b>51</b>
5.1.	Materiales Utilizados.....	51
5.2.	Métodos.....	51
5.3.	Técnicas.....	53
5.4.	Observación Documental.....	53
<b>6. Resultados</b> .....		<b>54</b>
6.1.	Resultados de las encuestas.....	54
6.2.	Resultados de las entrevistas.....	64
6.3.	Estudio de casos.....	71
6.4.	Análisis de casos de estadísticos.....	89
<b>7. Discusión</b> .....		<b>91</b>
7.1.	Verificación de los objetivos.....	91
7.1.1.	Objetivo General.....	91
7.1.2.	Objetivo Específicos.....	92
7.2.	Contrastación de Hipótesis.....	95
7.3.	Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal.....	95
<b>8. Conclusiones</b> .....		<b>100</b>
<b>9. Recomendaciones</b> .....		<b>101</b>
9.1.	Proyecto de Reforma Legal.....	102
<b>10. Bibliografía</b> .....		<b>110</b>
<b>11. Anexos</b> .....		<b>113</b>
11.1.	Cuestionario Encuestas y Entrevistas.....	113
11.3	Certificado Abstract.....	116



## **Índice de tablas**

Tabla 1 Tabla Estadística N° 1 .....	54
Tabla 2. Tabla Estadística N°2 .....	56
Tabla 3. Tabla Estadística N°3 .....	58
Tabla 4. Tabla Estadística N°4 .....	59
Tabla 5. Tabla Estadística N°5 .....	61
Tabla 6. Tabla Estadística N°6 .....	62

## **Índice de figuras**

Figura N° 1.....	54
Figura N° 2.....	56
Figura N° 3.....	58
Figura N° 4.....	60
Figura N° 5.....	61
Figura N° 6.....	63

## **Índice de anexos**

11.1. Formato de Entrevista .....	114
11.2. Formato de Encuesta .....	115
11.3. Certificado Abstract.....	116

## **1. Título**

**“Defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores”.**

## 2. Resumen

El presente trabajo de titulación se titula **“Defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores”**, surge el interés por investigar el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a ser oídos por el juez en las audiencias en conflictos de familia, y a estar representados por un abogado patrocinador que el juez designe para que asuma su defensa técnica jurídica y legal, conforme lo realiza el curador procesal en la legislación del Perú, es decir, los tutores y curadores que se designan en las controversias de familia para que represente al menor deben ser reemplazados por letrados en leyes especializado en materia de familia, niñez y adolescencia, para garantizar los derechos humanos de los menores. La normativa civil y del Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, y en especial la Resolución No. 10- 2016 de la Corte Nacional de Justicia, facultan al juez designar al curador Ad litem para que represente al niño, niña y adolescente en las controversias donde están involucrados sus progenitores.

El derecho del niño a ser oído en los juicios de familia está amparado en los tratados internacionales de la Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad. El abogado del niño tiene a su cargo su defensa técnica, entendida como la posibilidad de designar un letrado de su confianza o de recibir asistencia técnica de oficio, para lo cual debe interpretar los deseos y aspiraciones del niño y obrar en consecuencia. Este abogado tiene a su cargo el patrocinio de intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad.

En la presente tesis se aplicaron materiales y métodos que permitieron el desarrollo de la investigación, así mismo se realizó entrevistas y encuestas a profesionales del Derecho, los resultados obtenidos sirvieron para plantear la reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico de la Función Judicial con la finalidad de garantizar el derecho constitucionales del niño, niña y adolescente a ser oídos por el juez en los juicios donde estén en conflicto sus progenitores, y sean representados por defensor público, Abogado especializado en Derecho de la familia, niñez y adolescencia.

## 2.1. Abstract.

The title of this thesis is "**Public defender as an institution guaranteeing the effectiveness of the rights of children and adolescents, during the legal conflicts of the parents.**"

There is an interest in examining the right of children and adolescents to be heard by the judge at hearings in family disputes and to be represented by a sponsoring attorney appointed by the judge to assume their technical and legal defense, as is the case in Peruvian law with the procedural curator. Specifically, the guardians and conservators appointed in family, child, and adolescent matters to safeguard the human rights of minors. The civil regulations and the Ecuadorian General Organic Code of Processes, in particular Resolution No. 10-2016 of the National Court of Justice, authorize the judge to appoint the ad litem curator to represent the child and adolescent in disputes involving their parents.

In family trials, the international treaties of the Brasilia Rules for Access to Justice for People in Vulnerable Situations protect the right of minors to be heard.

The child's attorney is responsible for his technical defense, understood as the possibility of appointing a trusted lawyer or receiving ex officio technical assistance, for which he must interpret the minor's desires and act accordingly. This attorney is responsible for representing the client's interests and rights without supplanting his will.

In this thesis, materials and methods that permitted the development of the investigation were utilized, and interviews and surveys with legal professionals were conducted. The results were used to propose a legal reform to the Organic Code of Childhood and Adolescence and the Organic Code of the Judicial Function in order to guarantee the constitutional right of the child and adolescent to be heard by the judge in trials where their parents are in conflict and to be represented by a Family Defender, an attorney who specializes in Family Law, childhood, and adolescence.

### 3. Introducción

El presente trabajo de investigación jurídica titulado: “**Defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores**”, surge su interés para desarrollar el presente trabajo de titulación debido a que el defensor público es la autoridad que defiende a la infancia de la irresponsabilidad familiar, de los conflictos y de la incapacidad de los padres, del abuso de terceros, del marginamiento social y de las omisiones del Estado. Es decir, el Defensor Público es el Abogado defensor de los derechos humanos de la infancia, perteneciente al Estado, que debe poseer un título profesional especializado en derecho de familia y de niñez y adolescencia. Tomando en cuenta que el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el desarrollo integral de las niñas niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y manifiesta que se atenderá a su principio de su interés superior, esto quiere decir que los derechos de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de las demás personas.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 45 establece que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten. Al analizar el Art. 76 de la Ley suprema señala: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: g) “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”*. Esta disposición constitucional abarca a los menores de edad. Por lo tanto, ya es hora que el Código de la Niñez y Adolescencia cuente con una Oficina Técnica de Familia para que asuma las defensas jurídicas de los niños y adolescentes.

Al analizar el Código Orgánico General de Proceso en el Artículo 31 determina, Capacidad procesal: Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley, señalando que “los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías conforme a la ley. Las niñas niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos. En el Art. 32 del citado Código establece: Representación de menores de edad e incapaces. “Las niñas, niños, adolescentes, quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal

Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes”. Como se observa este artículo solo garantiza al menor de edad contar con un curador ad litem o especial para que lo represente en la controversia de sus progenitores, conociendo que los curadores o tutores únicamente asisten con su presencia sin asesorar al menor de edad de lo que está pasando en el proceso, no siendo abogados litigantes los curadores, no le permite la representación judicialmente, dejando en indefensión los derechos de los niños y adolescentes.

Por eso la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, Resolvió: “En los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad litem o especial para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente en juicio, la jueza o el juez de la causa, en providencia de calificación de la demanda dispondrá, que cumplida la citación, se le escuche para que en ejercicio de su derecho opine sobre el curador/a que le represente”. “La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez/a, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los y las adolescentes será obligatoria para el juez/a, a menos que sea manifiestamente perjudicial para sus intereses”. Esto significa que los niños van a ser oídos en audiencia, al igual que el curador, sin embargo, no cuentan con un Abogado patrocinador, que, por su condición de minoría de edad, debería ser un defensor público.

Al estudiar el Art. 235, establece la **Oficina Técnica**: “En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de oficinas técnicas como órgano auxiliar de los jueces y juezas de familia, mujer, niñez y adolescencia, de las salas especializadas correspondientes de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, en el número que para cada caso determine el Consejo de la Judicatura. Esta oficina tendrá a su cargo la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los jueces y sus informes tendrán valor pericial. Los servidores que integren esta oficina formarán parte de la carrera judicial administrativa”. Considero que esta Oficina Técnica debe contar con un defensor público conforme lo viene cumpliendo la legislación de Colombia en el Artículo 79. “Defensorías de Familia. Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para ser defensor

público se requiere ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente. En la actualidad, el defensor de familia en Colombia, se constituye en el garante de efectividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, ante todas las entidades públicas y privadas; es un servidor público que actúa en diferentes frentes y ejerce distintas competencias; tiene funciones de policía; es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la infancia; toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos; desempeña funciones judiciales cuando priva de los derechos de patria potestad, cuando decide sobre el estado civil de los niños, cuando falla sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas; es conciliador en los asuntos de su competencia; es litigante en representación de los derechos de los niños cuando presentan demandas ante las distintas jurisdicciones. Es entonces el defensor público un servidor público con múltiples funciones ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la rama judicial y la Fiscalía General de la Nación, al tomar decisiones de intervención directa. Tomando como referencia considero oportuno y trascendental que los niños y adolescentes estén representados en todo conflicto de familia donde estén en juego sus intereses, siendo el único conocedor del Derecho un Abogado el cual pueda asesorarle y garantizar sus derechos fundamentales. De lo expuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial debería pertenecer a la Oficina Técnica del Juzgado de Familia, el Defensor Legal de la Infancia, que permita confirmar los derechos constitucionales del niño, niña y adolescente a ser oídos y participar en los procesos judiciales con patrocinio de un letrado.

En el presente trabajo de titulación se verificó el objetivo general el cual consiste en: “Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado del derecho a ser escuchados y recibir una defensa jurídica los niños y adolescentes en los conflictos familiares”.

Igualmente se verificó los tres objetivos específicos que los detallaré a continuación, primer objetivo específico: “Determinar la importancia de que el niño y adolescente sea escuchado y defendido por un profesional del derecho en las audiencias de familia para garantizar su igualdad de derecho”. Segundo objetivo específico: “Demostrar que un defensor público garantizaría en audiencia de familia los derechos del niño y adolescente, en vez que los curadores”; tercer objetivo específico: “Elaborar un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al defensor público especializado en Derecho de Familia y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia”.

La hipótesis contrastada es la siguiente: La representación de los niños y adolescentes en audiencia de familia por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, sin asesoramiento legal de un abogado de confianza, deja en indefensión a la igualdad de sus derechos y a obtener una tutela judicial efectiva.

El presente trabajo de titulación se encuentra estructurado de la siguiente forma: El Marco Teórico que está conformada por un marco conceptual donde se desarrollan las diferentes categorías: Derecho de Familia, Defensor de Familia, El Tutor y Curador, Niños y Adolescentes, Igualdad de Derechos, Tutela Judicial Efectiva, Derecho a ser oído, Derecho a contar con Abogado de confianza.

En el Marco Doctrinario se desarrollaron los siguientes subtemas: Reseña Histórica del Curador en Ecuador, Representación del Niño y Adolescente de un Abogado en las contiendas de los progenitores, El rol del Abogado del Niño como garantía procesal. Pertinencia y relevancia, Principio del Interés Superior del Niño, Principios Rectores del Derecho especial de la Niñez y Adolescencia, que deben aplicarse en Forma Obligatoria en la Administración de la Justicia, Doctrina de la Protección Integral del Niño.

En el marco jurídico se analizaron e interpretaron normas jurídicas en relación al derecho a ser oído el niño y adolescente y a contar con un curador en los conflictos de familia normados en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales: Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad, Convención sobre los Derechos del Niño, Código orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Código Orgánico General de Procesos, Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

En el Derecho Comparado se procedió a establecer semejanzas y diferencias de las leyes extranjeras en relación con la normativa ecuatoriana, utilizando la siguiente legislación: Código de Infancia y Adolescencia de Colombia, Ley Nacional 26 061, Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Argentina, Ley núm. 19.968, crea los Tribunales de Familia de Uruguay, Código de los Niños y Adolescentes del Perú, Decreto Legislativo N° 1384 del Perú.

Así mismo, conforman la siguiente tesis los materiales y métodos utilizados que sirvieron para la recolección y obtención de información relevante, también la técnica de la encuesta y entrevista, conjuntamente el estudio de casos que contribuyeron con la información idónea y pertinente para fundamentar la presente tesis, con ello se ha logrado corroborar los objetivos, el objetivo general y tres específicos, se logró también contrastar la hipótesis cuyos resultados ayudaron a la fundamentación de la propuesta de reforma legal.

En la parte final del presente trabajo de titulación se exhiben las conclusiones y recomendaciones mismas que se lograron obtener durante todo el desarrollo de la



investigación, y con ello se presentó el proyecto de reforma legal al Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Función Judicial para incorporar dentro de la Oficina Técnica del Juzgado de Familia la Defensoría Pública, representada por abogados litigantes en defensa de los derechos e intereses de los niños y adolescentes.

De esta manera queda expuesto el presente trabajo de investigación jurídica que se trata sobre el defensor público como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores. Con el ánimo de que el presente trabajo sirva de guía para estudiantes y profesionales del Derecho como fuente de consulta y conocimiento; quedando ante el Tribunal de Grado para sus observaciones y aprobación.

#### **4. Marco Teórico**

##### **4.1. Marco Conceptual**

###### **4.1.1. Derecho de Familia**

La familia es la encargada de otorgar a los niños, niñas y adolescentes la afectividad, la alimentación, el cuidado y la manutención en general, ya que este es un derecho inalienable, una educación integral. La familia es el pilar principal de la educación e integradora social. Su función educadora está en base a que, como institución, supone un conjunto de personas que aceptan, defienden y transmiten una serie de valores y normas interrelacionado a fin de satisfacer diversos objetivos y propósitos. (Badaraco Delgado, 2011, pág. 3)

La familia está limitada a un ámbito de convivencia, que delimita una porción de la vida social, en virtud de metas definidas, vinculando a las personas en niveles de consanguinidad y afinidad. El Derecho de familia se debe estructurar, por tanto, no solo como un conjunto normativo, al cual se deben regir las diferentes situaciones que rodean las diferentes relaciones familiares, sino que además se debe entender que la familia es un elemento objetivo de estudio, por sí mismo.

La meta de la familia es socializar al individuo. El niño en los primeros años de vida está todo el tiempo en contacto con la familia, y formando su personalidad antes de recibir cualquier otra influencia. Los padres en este desarrollo actúan como modelos que los hijos imitan.

Es institución natural, jurídico y social que constituye la célula de la sociedad y que está formada por personas que se encuentran unidas por un vínculo de parentesco. La Ley otorga una protección especial a través de sus normas para garantizar el cumplimiento mínimo de los derechos y obligaciones de sus miembros entre sí. (Aguila Grados, 2013, pág. 109)

La familia es, por tanto, un elemento activo tanto para el Derecho como para la misma sociedad. La familia surge como una estructura especial en la cual diferentes individuos profesan una relación basada en elementos de identidad genética y unión afectiva por lazos consanguíneos y de afinidad.

El derecho de familia puede definirse desde dos ángulos diferentes: Objetivamente: es un conjunto de normas jurídicas que regulan la institución familiar. Subjetivamente: Es una sucesión de poderes de carácter jurídico que pertenecen exclusivamente a la familia. (Aguila Grados, 2013, pág. 109). El derecho de familia en un Estado de Derecho se regula por las normas jurídicas, donde garantizan los derechos fundamentales de los integrantes del núcleo familiar. En la familia subjetivamente la dirección y cuidado se debe al jefe de hogar que debe velar por el resto de familiares de acuerdo a las reglas y principios que rigen el hogar.

Se considera a la familia como núcleo de la sociedad, por lo que debe ser cuidada, protegida y preservada. Es la base del ser humano, el primer contacto con el entorno

social en su infancia, más tarde en la escuela donde se formarán los conocimientos, destrezas, afectos y valores con los que se desenvolverá el individuo en la sociedad. (Duarte, 2014, pág. 56).

La familia al ser considerada célula de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, así mismo, por las autoridades a cada integrante del núcleo familiar, por lo tanto, las leyes a favor de la familia deben ser aplicadas correctamente; y cada integrante ser respetados sus derechos conforme a la igualdad de derechos.

#### **4.1.2. Defensor Público**

“Defensor judicial: Persona designada por el juez para defender y representar los intereses de un menor de edad o incapacitado”. (Chanamé, 2014, pág. 302). Por defensor judicial se puede apreciar la designación que realiza el juzgado para que asuma la defensa un abogado a favor de los derechos de los niños o discapacitados. Lo cual garantiza los derechos humanos de los niños y adolescentes.

Defensoría Pública Art. 191.- La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado. (Constitución de la República del Ecuador, 2022, pág. 101)

La defensoría pública presta su auxilio y colaboración a la administración de justicia para la defensa de las personas procesadas inmersa en el cometimiento de delitos y en litigios civiles. El defensor público especializado en derecho de familia es un profesional del derecho perteneciente a una entidad pública, que representa en trámites administrativos y judiciales a los niños y adolescentes, asumiendo la defensa jurídica. El organismo de bienestar de la Familia dirige y regula al defensor especializado en derecho de familia, en Ecuador es indispensable que exista un defensor legal para los menores de edad, así como lo hay los jueces de familia.

Art. 285. Naturaleza jurídica y funcionamiento. - La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial y actuará de forma desconcentrada, con autonomía

económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República. La Defensoría Pública es responsable del servicio de asistencia legal gratuita y patrocinio para las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

El servicio lo prestará a través de las defensoras y los defensores públicos asignados a una determinada circunscripción territorial y, garantizará a las personas, el pleno e igual acceso a la justicia y la promoción de la cultura de paz. Los Consultorios Jurídicos Gratuitos forman parte de la Red Complementaria a la Defensa Jurídica Pública y se sujetarán a las disposiciones de la ley y a los lineamientos, políticas y resoluciones que emita la Defensoría Pública. La entidad se organizará y operará con base en los procesos gobernantes, de asesoría, agregadores de valor, habilitantes de apoyo y desconcentrados, determinados en su reglamentación orgánica funcional (Código Orgánico de la Función Judicial, 2022, pág. 94).

La Defensoría Pública por medio de los Defensores que son abogados que litigan en representación de los derechos de las personas más necesitadas. Así, se cuenta con una Red de defensorías públicas, para que asuman la defensa de los niños y adolescentes que se encuentran en litigios de alimentos, régimen de visitas, tenencia, patria potestad, herencia; donde un profesional del derecho es el idóneo que asesore la menor de edad, y asesore al tutor o curado. La importancia y desempeño de la función del defensor público especializado en derecho de familia como pieza clave en la jurisdicción de familia, invitando a entenderlo como un organismo de protección.

Art. 286.- Competencias y atribuciones de la Defensoría Pública. La Defensoría Pública tendrá las siguientes competencias y atribuciones:

1. Patrocinar, orientar y brindar asistencia legal gratuita a las personas que por su estado de indefensión, vulnerabilidad o condición económica sujeta a vulnerabilidad no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos conforme lo previsto en este Código y la ley;
- 6.- Garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas;
7. Garantizar la adecuada defensa técnica de la persona interesada y de ser necesario, a petición del usuario designar otro defensor público, de conformidad con la ley. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2022, pág. 94)

Las atribuciones son amplias en favor de las personas necesitadas del patrocinio de un abogado, quien debe realizar una defensa técnica en las audiencias de litigios de familia donde los niños y adolescentes cuenten con un asesoramiento legal. Por tratarse los menores de un grupo de atención prioritaria se debe de garantizar sus derechos por medio de la defensoría pública. Los defensores públicos deben ser profesionales especializados en

materia de familia, que represente los derechos constitucionales del menor de edad y los represente en todas las audiencias donde esté involucrado un niño, por asuntos de controversias de familia.

#### **4.1.3. El Tutor y Curador**

Las tutelas y curadurías o curatelas son cargos impuestos por la ley, y por medio de la autoridad a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar completamente sus negocios y que no se hallen bajo patria potestad del padre o madre. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y, genéricamente guardadores.

Que las guardas son cargos impuestos, esto es obligatorios. Por lo mismo, las causas de excusas y remoción no son voluntarias, sino que están expresamente determinadas por la ley.

Las tutelas y curadurías están íntimamente relacionadas con las incapacidades. Estas se producen en razón de la edad y de las interdicciones. (Guzmán Lara, 1994, pág. 126)

En esta definición deben diferenciarse tres instituciones jurídicas diferentes, de manera general, las guardas son el encargo que le asignan a una persona mayor de edad que cuide y proteja a los menores de edad, en cuanto a sus bienes en caso de haberlos, salud, alimentación y educación. Tutor es la persona que representa a un menor de edad en un litigio; el curador podría representar al niño en casos de existir bienes que debe cuidarlos y administrarlos.

Curador es la persona que ejerce la guarda o curaduría de los incapaces o de los bienes que no pueden ser administrados por su dueño. Las guardas son desempeñadas por un tutor (para los menores de edad), o un curador (para todos los demás casos) (Larrea, 2005, pág. 430)

Para el autor Juan Larrea Holguín, la incapacidad de personas por su condición de edad, o física, biológica, debe estar representadas por curados o tutores; por lo que le juez se encarga de la designación para que representen en un proceso judicial a un niño tutor; y a una persona con capacidad diferenciada a un curador.

La guarda propia de los menores que no están bajo la patria potestad de uno o ambos padres, es la tutela, pero, en especiales circunstancias, el menor sujeto a patria potestad o a tutela, puede tener también un curador de menores. (Larrea, 2005, pág. 456)

La guarda como termino general abraza la protección de los menores de edad bajo la Institución de la tutela y curaduría dentro de un juicio de la niñez y adolescencia donde se encuentren involucrados menores de edad. Por lo tanto, el curador procesal es aquella persona designada por el Juez para comparecer en un proceso en lugar de la parte o de su

representante legal por no tener éstos capacidad procesal o no poder hacerla efectiva.

Persona designada por el juez para seguir pleitos y defender los derechos de una menor, de un ausente o del sometimiento a interdicción civil o a otra incapacidad, en el Derecho español, al desaparecer la figura del curador, las funciones específicas de este especial son confiadas a un defensor judicial (Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2003, pág. 450).

El curador es designado por el Juez de Familia para que lo represente al menor de edad, sin embargo, el niño o adolescente no cuenta en ningún momento procesal de un abogado defensor, para que lo defienda en los juicios de familia. Como se observa al curador o tutor es la persona que es sugerida por las partes procesales para qué representante al menor de edad, sin embargo, no se considera la preparación o conocimiento del Derecho que deba poseer para que en las audiencias intervengan en representación legal de niño.

#### **4.1.4. Niños y Adolescentes**

Niño palabra con que se limita al ser humano, que se halla en un periodo comprendido entre la natalidad y la adolescencia. (Cabrera Vélez, 2010, pág. 21). Para este autor el niño se lo considera desde su nacimiento que sería desde la separación del cordón umbilical y demuestra signos de vida; hasta el momento que cumple los doce años que pasa a ser considerado adolescente.

Niño desde el punto de vista de su desarrollo psico-biológico, es la denominación utilizada para referirse a toda criatura humana que no ha alcanzado la pubertad, es decir el término niño se utiliza para designar a los menores de 12 años, conociéndose como púberes y adolescentes a los que han superado dichas edades (Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales., 2017, pág. 23)

Es todo ser humano comprendido hasta los doce años, quien debe ser representado por sus progenitores en los casos judiciales, o por curadores designados por el Juez de familia. El niño goza del principio del interés superior y estará garantizado por los administradores de justicia.

**Adolescente.** - La adolescencia es una etapa de la vida que se caracteriza por un continuo crecimiento, pues es la transición entre la infancia o edad escolar y la edad adulta, esta transición de cuerpo y mente proviene no solamente del individuo mismo, sino que se conjuga con su entorno, el cual es trascendental para que los grandes cambios psicológicos que se producen lo hagan llegar a la edad adulta, la adolescencia es un fenómeno biológico, cultural y social y, por lo tanto, sus límites no se asocian a las características puramente físicas (Hidalgo, 2015, pág. 76)

El periodo de la adolescencia es el desarrollo biológico y psicológico de la persona comprendida desde los 12 hasta los 18 años de edad; quien por su edad está regulado por

Código de la Niñez y Adolescencia. Durante la adolescencia el menor desea descubrir los cambios que sufre su cuerpo, la formación constante de su personalidad, a base de los grados culturales y valores familiares.

La adolescencia es una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por los cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos (Santiago, 2010, pág. 15).

El adolescente le toca vivir el cambio hormonal, fisiológico del cambio de su cuerpo humano, se enfrenta a los aspectos que van a orientar su vida como son los factores biológicos, psicológico y sociales donde se desenvuelve. Donde enfrenta contradicciones y conflictos para entender a las personas, relacionarse y para integrarse en el hogar.

#### **4.1.5. Igualdad de Derechos**

Igualdad es dar las mismas condiciones, trato y oportunidades a mujeres y hombres. La equidad es dar las mismas condiciones, trato y oportunidades a mujeres y hombres, pero ajustados a las especiales características o situaciones (sexo, género, clase, etnia, edad y religión) de los diferentes grupos, de tal manera que se pueda garantizar el acceso (Ruiz, 2003, pág. 34)

La norma suprema establece la igualdad de derechos y oportunidades, por lo tanto, los niños y adolescentes deben ser parte en los juicios de familia, representados por un defensor especializado que defienda sus derechos en la sala de juicio.

La igualdad jurídica es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convertido en fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los derechos sociales, hasta esa meta de derecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que todos son igualmente titulares del mismo (Ferrajoli, 1999, pág. 81).

Es importante tener presente este principio de la igualdad de todas las personas en los ámbitos de la vida, y es así que no tenemos ningún derecho de discriminar a nadie por ningún motivo. La Constitución prohíbe en forma expresa toda forma de discriminación y más bien promueve y reconoce la igualdad formal, material y no discriminación; por lo que se hace necesario cambiar nuestra mentalidad con referencia a nuestros semejantes y en muchas ocasiones despojarnos de prejuicios y aceptar la realidad como se presenta.

La igualdad ante la ley no significa gozo actual de los mismos derechos, sino capacidad general para adquirirlos, iguales garantías, y seguridad de que no se excluya a nadie arbitrariamente, pero la adquisición y ejercicio de los derechos supone

de todas maneras el cumplimiento de ciertos requisitos, sin los cuales no se pueden hacer efectivos. Ahora bien, las condiciones que se pidan para ser titular de un derecho, no pueden ser impuestas sino por la misma ley y con carácter general, obligatorio para todos; en esta forma se elimina la arbitrariedad de las autoridades. (Larrea Holguín, 2007, pág. 159)

Para este autor el derecho a la igualdad que debe permitirse a los menores es de exigir que un defensor público los represente en juicio, de modo que asuma su defensa técnica jurídica. Para que el menor de edad adquiera sus derechos debe estar permitido por la ley que goce de un profesional del derecho en los conflictos de familia y esté enterado oportunamente y pueda expresar su sentir apegados a las normas legales.

Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos de igualdad ante la ley, no pueden ser discriminados, por su condición de niño o niña porque todos los niños o niñas tienen los mismos derechos que cualquier otra persona que sea adulta, pero los niños tienen el derecho de que le sean reconocidos sus derechos en su condición de niño. (Badaraco Delgado, La Obligación Alimentaria, pág. 80)

Claramente se evidencia que existe la necesidad que los niños efectivicen sus derechos a ser defendidos por un profesional del Derecho en las contiendas legales, para estar informados durante todo el juicio o trámite administrativo que les toque asistir.

#### **4.1.6. Tutela Judicial Efectiva**

Derecho a la tutela judicial efectiva es aquel derecho que tiene todo ciudadano de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los servidores públicos se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. Eso significa que supone una garantizada posibilidad de acceso a la jurisdicción, todo ese entramado tiene relación con el derecho de acción que tenemos los ecuatorianos. Se trata de que la tutela sea efectiva. Por esta razón, la Constitución de la República, a más del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez y la celeridad procesal, destierra la indefensión que puedan quedar las víctimas y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habría la deseada efectividad en la administración de justicia. (Yavar Umpierrez, 2019, pág. 3)

El derecho a la tutela judicial efectiva supone la posibilidad de obtener una resolución judicial debidamente motivada en derecho sobre el fondo del asunto planteado, que puede ser favorable o adversa, siendo un derecho de índole constitucional, pero de configuración legal, pues debe ejercerse por trámites razonables que el asambleísta debe establecer.

El derecho a la tutela judicial efectiva, además, guarda relación con contenidos del debido proceso, en cuanto a los recaudos básicos que permiten la efectividad de la justicia.

La Tutela Judicial Efectiva, es un derecho y una garantía constitucional que tiene una



persona para concurrir ante un juez independiente, imparcial y competente de los órganos de primer nivel de la función jurisdiccional, con una demanda sujeta a los requisitos del debido proceso que el ordenamiento jurídico procesal prescribe, para recibir la protección jurídica real, íntegra y rápida, en aras de una solución y reparación de un derecho constitucional vulnerado, cuya resolución será motivada, es decir argumentada justificada y razonada en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en las pretensiones de las partes. La efectividad significa que el operador de justicia debe tomar en cuenta el derecho al acceso a la justicia gratuita al debido proceso, a la legítima defensa, al juzgamiento ante un juez competente, a una resolución motivada y a la ejecución y cumplimiento de la sentencia con observancia del trámite de cada proceso (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 48).

El derecho a la tutela judicial efectiva garantizada en la Constitución de la República, determina que las personas deben ser atendidas por las autoridades judiciales y garantizados sus derechos a la defensa y derecho de igualdad ante la ley, por lo tanto, los menores de edad necesitan de un abogado público pagado por el Estado, para que defiendan sus derechos en juicios de familia.

El derecho a la tutela judicial efectiva supone aquel derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. (Benalcázar Guerrón, pág. 1)

El derecho a la tutela judicial efectiva es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y fundamentada sobre una petición amparada por la ley. Para lograr la tutela judicial efectiva a los derechos de las personas, por parte de los órganos judiciales, es importante considerar que quienes están obligados a reconocer tal protección son los funcionarios que prestan sus servicios en dichos órganos, quien, en su calidad de servidores públicos, tienen como misión primordial la de servir al interés y las causas colectivas, no como por desgracia ocurre en ciertas circunstancias, la de servirse del público.

#### **4.1.7. Derecho a ser oído**

El derecho del niño a ser oído en el ámbito judicial: Tampoco son pequeños adultos, son personas en procesos de desarrollo que tienen deberes y responsabilidades, como todos tenemos en la medida de sus proporciones, asunto que está íntimamente relacionado con el proceso educativo: el niño, la niña, el o la joven pueden expresarse, pero deben aprender a respetar a los demás, a escuchar y a intercambiar sus ideas. (Morales, 2008, pág. 95)

La autora es bien precisa en señalar que todo niño debe ser oído en ámbito, judicial, ósea

en los trámites de familia donde la jueza debe resolver la situación cómo quedará el menor de edad. Con el asesoramiento del abogado patrocinador el niño podrá expresar en audiencia los requerimientos a su favor sobre el conflicto que se ventila en el despacho del juez.

El Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, Texto jurídico Art. 27 concentra las garantías procesales a favor de la infancia y adolescencia y, en consecuencia, confirma el derecho constitucional del niño o niña a ser oído u oída y participar en los procesos judiciales con patrocinio letrado. (Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, 2020, p.9).

Como se observa el sistema de protección del menor de edad garantiza que el niño en todo proceso judicial debe ser oído por el juez, por medio de un abogado; sin embargo, en Ecuador, se mantiene la institución jurídica de curador para que lo represente en los conflictos de familia.

Adoptar medidas para garantizar el derecho de los adolescentes a expresar sus opiniones sobre todas las cuestiones que los afecten, en función de su edad y madurez, y velar porque éstas se tengan debidamente en cuenta, por ejemplo, en decisiones relativas a su educación, salud, sexualidad, vida familiar y a los procedimientos judiciales y administrativos. (Comité de los Derechos del Niño, 2015, p.6).

El Comité contribuye con la garantía de los niños y adolescentes a ser oídos por las autoridades administrativas y judiciales, en todo asunto y ámbito donde estén involucrados sus derechos; su representación al momento de ser escuchados por la autoridad deberá estar acompañado de sus padres, sin embargo, cuando ambos progenitores están en litigio, el menor de edad es representado por un curado, persona neutral, que solamente con su presencia en juicio es suficiente para resolver juicios de familia; sin permitir que el niño, sea asesorado por un defensor público.

#### **4.1.8. Derecho a contar con Abogado de confianza.**

La palabra «abogado» proviene del latín *advocatus*, y en su exacta acepción, designa a un perito en derecho que se dedica a defender en juicio, por escrito o por palabra, los derechos o los intereses de los litigantes y también a dar opiniones o emitir dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se les consulte. (Valletta, 2006, pág. 11).

El abogado es un profesional del Derecho que tiene amplia experiencia y pericia en defensas judiciales, donde representa los derechos de las personas que lo contrata o le toca defender de oficio. Es el asesor legal en asuntos que lleguen a ser consultados por los clientes o grupos de asesores.

Evangelina Suárez (2017), afirma:

El abogado del niño tiene a su cargo su defensa técnica, entendida como la posibilidad

de designar un letrado de su confianza o de recibir asistencia técnica de oficio, para lo cual debe interpretar los deseos y aspiraciones del menor y obrar en consecuencia. Este abogado tiene a su cargo el patrocinio de intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad. (Suarez, 2017, pág. 3)

En conclusión, el abogado del niño o niña, viene a darle la voz en un proceso donde generalmente solo se escuchan las perspectivas adultas. El niño y la niña con su abogado, exige que se garantice la total vigencia de sus derechos en cualquier proceso donde ellos intervengan, independientemente del patrocinio letrado con el que cuenten sus propios padres y/o terceros intervinientes.

Cuando un abogado ejerce su profesión en pleito, no está ejerciendo simplemente su derecho a trabajar, sino que ejerce una función pública como auxiliar de la justicia, asegurando, además, a sus clientes el principio cardinal de defensa en juicio, derecho fundamental y básico (Valletta, 2006, pág. 11).

Un abogado defiende a cabalidad los derechos de los niños y adolescentes, asesorándolos y litigando a su favor, por lo tanto, todo menor necesita de un abogado patrocinador, para que lo asesore del Derecho en los casos de familia.

La figura del Abogado del Niño es de gran utilidad para la materialización del paradigma de la niñez, en tanto sujetos activos de derechos, constructores de su propia ciudadanía, surgiendo, así como el garante del ejercicio de los derechos de la infancia y adolescencia. Ahora bien, ese derecho implica, además, la posibilidad de «elegir al profesional» que quiera llevar adelante su juicio y, como contrapartida, la posibilidad de revocar el patrocinio cuando dicho profesional se aparte de los mandatos o deseos propios del niño o niña. La elección puede ser consecuencia de la confianza en ese profesional, o bien de la especificidad en el tema involucrado: derecho a las imágenes subidas a las redes sociales por los progenitores; acciones defiliación en temas de adopción y la participación en la elección de una familia; medidas cautelares en el marco de la violencia intrafamiliar, etc. (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Como se observa la Organización de Estado Americanos desde 1969, ya advierte a los Estados partes a garantizar la defensa de los niños con abogados defensores que los representen e intervengan por los niños en las audiencias. Así se garantiza el derecho a la igualdad de los menores de edad.

## **4.2. Marco Doctrinario.**

### **4.2.1. Reseña Histórica del Curador en Ecuador.**

Una vez que el Ecuador se liberó, continuaron rigiendo las leyes españolas, pero con ligeras modificaciones, tanto en la organización judicial como en los procedimientos.

La etapa colonial no dio tiempo para que se apliquen las Leyes de India, que de alguna

manera protegían a los pueblos aborígenes de la miseria, la explotación y la muerte.

En nuestro país, se mantuvo hasta el año de 1895, una estructura económica feudal, matizada con una artesanía que fomentaba el mutualismo y la ayuda solidaria.

Ecuador desde los primeros momentos de constituido como República, buscó organizarse jurídicamente y dentro de este anhelo, contar con un Código Civil, y en un primer momento se adoptó el Código Civil Chileno, llamado Código de Andrés Bello Caba, con el cual sometido a pequeñas reformas fue aprobado por la legislatura ecuatoriana en 1857.

En materia procesal civil, lo heredamos de España; al adquirir nuestra independencia continuó la normativa legal española y cuando se formularon los primeros Códigos, nos sirvieron de modelo los vigentes en España. (García Falconí, 2016, pág. 26). La Curaduría es la institución de Derecho Civil, que cumple un papel similar al que cumplen los padres en la patria potestad, la curatela, es un cargo impuesto a ciertas personas, quienes tienen la misión de proteger y representar a aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o gobernar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida, las personas que ejercen estos cargos se llaman curadores, y generalmente guardadores; y quien se somete a la curatela, toma el nombre de pupilo.

La curaduría es un órgano de auxilio judicial y como tal tiene deberes y responsabilidades, así como el Juez tiene el deber de ser imparcial, el abogado tiene la obligación de ser parcial y de defender los derechos e intereses de su patrocinado, y el curador es designado desde el emplazamiento con la demanda, podría formular cuestiones probatorias, deducir excepciones y contestar la demanda, la pretensión demandada hasta podría haber prescrito y nada asegura que el Curador deduzca la excepción de prescripción y que el Juez no puede invocar de oficio por prohibición expresa de la norma.

La tutela, la curatela y el defensor judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en nuestro ordenamiento y cumplen la función de amparar la persona; por lo tanto, se constituye sobre personas que requieren el ser representado legalmente como por ejemplo los menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave, mientras que, a la curatela, mucho menos frecuente, se sujetan los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos declarados incapaces para administrar sus bienes, y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos” (Eguiguren Carrión, 2005, pág. 43)

Cuando dentro de un proceso, se esté reclamando derechos de menores estos tienen que estar debidamente representados por una persona que sea su representante legal, como pueden ser sus padres, o por los respectivos curadores, tutores guardadores que representan al niño y adolescentes en litigios donde sus progenitores están involucrados.

#### **4.2.2. Representación del Niño y Adolescente con un Abogado en las contiendas de los progenitores.**

Los curadores procesales intervienen en el proceso, en los casos específicamente previstos por la ley. El curador procesal toma parte en el proceso, mientras comparezca por la parte a quien él reemplaza o por quien interviene en el proceso. Por imperativo de la ley, el nombramiento de curador procesal recae en un abogado, quien asume una serie de obligaciones y responsabilidades en el proceso. Derecho Procesal Civil. (Asociación Peruana de investigación Jurídicas, 2010, pág. 129)

Esta Institución de Derecho procesal permite tanto la iniciación de un proceso por el incapaz relativo y su defensa en los casos determinados en la misma ley. En los casos de demandados inciertos o desconocidos, y con domicilio residencial ignorados, el proceso se sigue con el curador procesal.

Los abogados como profesionales son requeridos por los litigantes para que los asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales. Los romanos acostumbraban llamar para los asuntos difíciles, para que auxiliasen a las personas acerca de cuestiones de derecho. Abogar equivalía a defender en juicio a una persona por escrito o de palabra o interceder por alguien hablando a su favor.

Entre los hebreos, existían defensores caritativos que asumían sin ningún interés económico la defensa de quienes no podían ejercer por sí mismos.

En Caldea, Babilonia, Persia y Egipto, los sabios hablaban ante el pueblo congregado patrocinando sus causas.

Es en Grecia donde la abogacía adquiere la forma de profesión, ya que un comienzo, los griegos, se limitaban hacerse acompañar ante el Areópago, o ante los Tribunales, por amigos que con sus conocidos dotes de oratoria contribuyeron a hacer prevalecer sus derechos, sin percibir, por ello ninguna retribución. Posteriormente, siguiendo el ejemplo de Antisoaes, empezaron a cobrar por sus servicios. (Asociación Peruana de investigación Jurídicas, 2010, pág. 163)

En Roma se produce una evolución casi similar, ya que en un comienzo la defensa no estaba atribuida a profesionales, sino era consecuencia de la Institución del patronato, pues, el Patronato estaba obligado a defender en juicio a su cliente.

La abogacía en España sigue la misma trayectoria y se establecieron disposiciones concernientes a la defensa en juicio en el Fuero Viejo, el espectáculo y el fuero Real, pero es en las partidas donde el Ministerio de Defensa adquiere la condición de oficio público minuciosamente regulado en el título 6º de la Partida III, en el que se determina condiciones de capacidad que deben reunir los abogados, sus derechos, deberes, sus honorarios, etc.

Rafael Bielsa, en su obra La Abogacía afirma que el Abogado en la época colonial española

conserva los atributos formales de su profesión, jerarquizada con cierto sentido de dignidad.

En la independencia de los países americanos, el abogado juega un papel importante, ya que contribuye en las alternativas y sobre todo para darle estructura jurídica y política a naciones que empezaron a surgir. (Asociación Peruana de investigación Jurídicas, 2010, pág. 164).

*Pendes* es señalado en la historia como el *primer abogado profesional*. La preparación profesional de las personas permitió que Ecuador cuente con profesionales del derecho para que representen a las personas inmersas en juicios.

#### **4.2.3. El rol del Abogado del Niño como garantía procesal, Pertinencia y relevancia**

El Estado debe tener en cuenta la situación particular de cada niño, niña y adolescente y trabajar para que tengan acceso a procedimientos eficaces: suministro de información, asesoramiento legal, promoción y autopromoción y acceso a la asistencia letrada.

Desde esa perspectiva, no basta que se reconozca a los menores de edad como sujetos de derechos, sino que se permita que los ejerzan activamente, y que los Estados otorguen la posibilidad del acceso a la justicia de modo seguro y protegido. Es decir, que los mecanismos de la justicia deben ser injustificadamente la capacidad de los niños y adolescente de acceder a la justicia.

Es, justamente, en este aspecto donde se pone de manifiesto la pertinencia y relevancia de la figura del Abogado del Niño, y el ejercicio de defensas técnicas en procesos judiciales que afecten al niño o la niña (sus clientes). En consonancia con esa perspectiva, Chávez-Luna (2015) afirma

Que en lo tocante a los principios en procesos de familia encuentra atinada la invocación al interés superior del niño en el artículo 706 del CCCN y la prescripción del art. 707 del mismo cuerpo normativo cuando concede derecho a los niños, las niñas y adolescentes a participar y ser oídos en todos los procesos que los afecta directamente y que su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida. (Chávez Luna, 2015, pág. 91).

Esta figura se diferencia claramente de la representación que puedan tener los padres (pues a éstos les caben las funciones derivadas de la responsabilidad parental de los hijos e hijas menores de edad) de las que pueda tener el Asesor de Menores, que es un mandato constitucional. Su rol es promover la participación de la justicia para garantizar la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (jueces), en procesos donde se involucran personas menores de edad —pero en ningún caso es el representante legal del niño y adolescente.

En el sistema legal argentino, se cuenta con tres normas claves por las que incorpora la figura del Abogado del Niño.

A partir de allí, el Estado argentino ratifica el derecho de los Niños y adolescentes a participar en los procesos que los involucra —aun en contra de sus padres— por medio de su abogado o abogada. Lo que implica la garantía del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La figura del Abogado del Niño es de gran utilidad para la materialización del paradigma de la niñez, en tanto sujetos activos de derechos, constructores de su propia ciudadanía, surgiendo, así como el garante del ejercicio de los derechos de la infancia y adolescencia. Ahora bien, ese derecho implica, además, la posibilidad de «elegir al profesional» que quiera llevar adelante su juicio y, como contrapartida, la posibilidad de revocar el patrocinio cuando dicho profesional se aparte de los mandatos o deseos propios del niño o niña. La elección puede ser consecuencia de la confianza en ese profesional, o bien de la especificidad en el tema involucrado: derecho a las imágenes subidas a las redes sociales por los progenitores; acciones de filiación en temas de adopción y la participación en la elección de una familia; medidas cautelares en el marco de la violencia intrafamiliar, etc.

Pero todo eso hace al modelo del Sistema de Protección Integral de los niños y adolescentes, y ya no pueden ser tratados como meros destinatarios de políticas y acciones asistenciales ejecutadas por el Estado o por otros mayores.

Tal como sostiene Videtta (2017), a pesar del respeto que adquirió, legislativamente, la figura del abogado en los últimos años, su puesta en práctica ha sido polémica y dificultosa (p. 6). Aún se discute sobre, ¿cómo se elige el Abogado del Niño?, ¿quién paga los honorarios?, ¿en qué tipo de procesos podría participar o es válido en todos?, ¿a partir de qué edad el niño o niña puede elegir un abogado?, ¿cuáles serían los mecanismos de remoción del patrocinante?, etc., cuestiones todas ellas válidas, pero que de ningún modo pueden afectar el cumplimiento y la efectividad de una norma vigente. De ningún modo, esos cuestionamientos pueden demorar, aplazar o denegar la participación de los niños, niñas y adolescentes con sus abogados o abogadas, en los procesos en los que ellos y ellas decidan designarlos/as. Destaca Videtta (2017), que el derecho a participar activamente de los procesos que lo afecten es una garantía procesal de los niños, niñas y adolescentes. Y en tanto garantía, resulta facultad de aquéllos designar un abogado y realizar actuaciones procesales, es decir que es un derecho y no un deber o una carga procesal. Empero, en tanto derecho tiene que tener la posibilidad de ejercerlo. (Videtta, 2017, pág. 6)

Esto llevó a que varias provincias dicten normas para la creación de registros de Abogados del Niño, y eventualmente la reglamentación del ejercicio profesional. Otras provincias no la tienen, como es el caso de Tucumán. Sin embargo, la figura del Abogado del Niño es expresa, está en la ley, es un derecho del niño o niña. Es una obligación de los operadores judiciales aceptar su intervención.

Autores locales, como Mónica Assandri (2015), han sostenido que la «defensa técnica» es una garantía esencial e integrante del debido proceso legal. Assandri afirma que el derecho de niños, niñas y adolescentes «de acceder a la justicia con patrocinio letrado hace a su interés superior» (Assandri, 2015, pág. 2461) ya que implica asegurarles el pleno goce de sus derechos sobre los principios de igualdad, libertad, autonomía y capacidad progresiva. El derecho «a comparecer a juicio patrocinado por su abogado», no puede ser limitado por ley, por resolución judicial ni política pública alguna.

El abogado del niño o niña debe garantizar, junto a todo el aparato judicial, el interés superior de los niños y niñas teniendo en cuenta los elementos señalados por Rony Eulalio López-Contreras (2015): la expresión y los deseos de los niños, niñas y adolescentes; la búsqueda de un entorno familiar y social que favorezca el desarrollo de su personalidad; y, la valoración de un futuro favorable. (López Contreras, 2015, pág. 13)

Cualquier discusión secundaria respecto del ejercicio o registración de esta figura, deberá postergarse para otros espacios: académicos, de política institucional, de protocolos, etc., sin que ninguno de esas cuestiones se convierta en un elemento disuasorio del derecho a la participación activa del niño o niña en el proceso junto con su abogado.

#### **4.2.4. Principio del Interés Superior del Niño.**

El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”. (López C., 2013, pág. 64)

Sobre el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes: Este principio constituye la base sobre la cual ha girado la doctrina de la protección integral, y que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ha elevado a rango de norma fundamental, en cuya consecuencia las legislaciones nacionales han receptado esta noción como una norma que contiene un principio estructurante del ordenamiento jurídico, asimismo se ha erigido en un principio guía-rector de interpretación por parte de toda autoridad, en aquellos casos en los que derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentren discutidos.

En la doctrina, “el interés superior del niño” es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Pensar que el solo reconocimiento de derechos a favor de este grupo humano, supone per se, la concretización del principio de interés superior, resulta peligroso e inexacto,



pues el solo reconocimiento de derechos puede alcanzarse con prescindencia del principio, así la propia Convención sobre los derechos del Niño, como la Constitución, y el Código de la Niñez y Adolescencia, reconocen un amplio catálogo de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes.

El reconocimiento de derechos a favor de la niñez y adolescencia, ha de ir necesariamente acompañado por una teoría de la autonomía, que posibilite el ejercicio individual de los derechos; de esta forma se pueden distinguir entonces, dos categorías, el reconocimiento y goce de derechos, y el nivel de autonomía por parte de los y las niñas y adolescentes, para ejercerlos por sí mismos o a través de sus representantes legales, tutores o curadores.

Por esta razón y en orden a velar por los derechos e intereses de los incapaces, es que el legislador creó, la representación legal, institución por la cual se coloca a unos sujetos al cuidado de otras, quienes pueden y deben actuar en su nombre y representación, vinculándoles a los efectos que de sus actos deriven, como si hubieran ejecutado ellos mismos.

#### **4.2.5. Principios Rectores del Derecho especial de la Niñez y Adolescencia, que deben aplicarse en Forma Obligatoria en la Administración de la Justicia.**

La Doctora Violeta Badaraco considera que en todo proceso referente a los menores se deben observar los siguientes principios:

##### 4.2.5.1. Debido proceso:

Sobre este principio Badaraco se refiere de la siguiente manera: “Este principio, básicamente lo que trata es de garantizar el derecho a la defensa de las partes contendientes”. (Badaraco D. V., 2011, pág. 342). El principio del debido proceso es garantizar a toda persona que, en caso de estar inmerso en un caso judicial, este se lleve a cabo de manera ordenada respetando los derechos de la persona y tener acceso a la defensa para que puedan hacerse valer sus derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

##### 4.2.5.2. Los juicios de menores de edad no son juicios formales, son casos humanos:

Badaraco nos dice referente a este principio que la administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia se rige por algunos principios entre estos “los principios de Humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia” (Badaraco D. V., 2011, pág. 345).

Para la autora en el tema de juicios sobre menores de edad se deben considerar algunos principios principalmente el principio de humanidad ya que toda decisión que se tome debe estar acorde a las necesidades de no emancipados; además, por la delicadeza de este grupo

de atención prioritaria por lo general estos juicios no son públicos, pero siempre se dan con más celeridad que en los demás casos.

#### 4.2.5.3. Testimonio del Niño y el derecho a ser escuchado, en todo ámbito y materia:

Badaraco referente a este tema manifiesta: “La opinión del niño, es el derecho que tiene de expresarse o darse a entender por cualquier medio, por cuanto de esta manera, es el propio niño quien debe indicar al juez su decisión o su interés en un caso determinado”. (Badaraco D. V., 2011, pág. 346)

Esto significa que en todo juicio en que se esté decidiendo sobre los intereses de un menor, el Juez está en la obligación de escucharlo y decidir en base a la opinión del niño considerando su grado de madurez y cuya opinión constituya expresiones coherentes, limpias y decidoras. En los casos de niños con discapacidad el juzgador debe buscar la manera de hacer valido este derecho que le corresponde al menor de edad a ser escuchado, es necesario realizar esto con finalidad de valorar sus opiniones, criterios y decisiones para juzgar y resolver el asunto sometido a su consideración.

#### 4.2.5.4. El Interés superior del Niño

Referente a este principio Badaraco dice que “este principio es Universal y no existe normativa que se contradiga”. (Badaraco D. V., 2011, pág. 347). Pues el fin de este principio es proteger los derechos e intereses de los que no pueden valerse por sí mismo y necesitan la protección y representación, esto con la finalidad de garantizar su buen desarrollo integral. Para hacer efectivo este principio es necesario que en una sociedad no solo se lo reconozca en las legislaciones sino también es necesario que existan organismos y procedimientos capaces de hacer efectivos los derechos y garantías que se reconocen en las normas jurídicas en base al interés superior del niño.

### 4.2.6. Doctrina de la Protección Integral del Niño

Al hablar de la teoría de la protección integral de las niñas y los niños debemos entender tres circunstancias:

1. El interés superior del niño
2. Los niños o niñas como sujetos de derechos, y
3. El ejercicio de los derechos fundamentales de las niñas y niños, por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de sus padres. (Badaraco Delgado, La Mediación en el Régimen de Visitas, 2011, pág. 80)

El interés superior de niños y niñas es toda la atención que el Estado debe proveer a la infancia para el efecto de garantizar su desarrollo integral, físicamente como emocionalmente para que puedan alcanzar la edad adulta y una vida sana.

Todos los niños, niñas y adolescentes no solo son objetos de protección, sino también sujetos con pleno derecho de recibir una protección integral, por parte del Estado y toda la sociedad.

En cuanto al parento-familiar, muchas veces los padres al estar discutiendo con sus cónyuges cómo en el caso de un divorcio, en el que tienen intereses diversos a sus hijos, por ello la ley exige se nombre un curador ad litem para que represente a los hijos en el juicio de divorcio en el que primero se resolverá la situación económica y social de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio, previo a resolver sobre lo principal de la demanda que es el divorcio.- en este caso los padres son egoístas y olvidan que tienen hijos que deben cuidar y proteger en lo emocional como en lo físico, y que incluso muchas veces los mismos hijos son utilizados como armas para atacar a sus ex parejas, en este caso el juez puede pedir que en un juicio con niños, niñas, y adolescentes de por medio, se le pida su opinión referente a sus padres y con quien desea vivir. (Badaraco Delgado, La Obligación Alimentaria, pág. 82)

El interés superior del niño, está sobre cualquier otro que se anteponga. Esta norma imperativa tiene que ser observada en el ámbito administrativo y judicial. Los derechos fundamentales de las niñas y niños, son más importantes que cualquier otro interés, siendo incluso más que el de los propios padres, por ser la infancia un sujeto de derechos, y todos los niños y niñas pueden invocarlos en todos los juicios en que estén involucrados, las autoridades en este caso deben garantizar que se cumpla la aplicación de esos derechos, por medio de diferentes diligencias para salvaguardar el interés superior del niño o niña y garantizar el ejercicio de sus derechos.

### **4.3. Marco Jurídico.**

#### **4.3.1. Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11 determina: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad...”* (Constitución de la República del Ecuador, 2021, pág. 8). Esta disposición constitucional, otorga derecho a los menores de edad a ser garantizados sus derechos humanos por un profesional del Derecho, conformelo permite para las personas adultas, al otorgarles el Estado un Defensor Público para que asuma la defensa jurídica.

Al analizar el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el desarrollo integral de las niñas niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y manifiesta: *“se atenderá a su principio de su interés superior, esto quiere decir*

que los derechos de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de las demás personas”; (Constitución de la República del Ecuador, p.39). Como se observa los derechos de las niñas, niños y adolescentes están garantizados y prevalecen por encima de los derechos de otras personas, en las contiendas legales, por lo tanto, necesitan representación profesional y jurídica para que les informen sobre asuntos judiciales o administrativos en los que resultan inmersos.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 45 establece: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten”, (Constitución de la República del Ecuador, p.39), es decir, si por cualquier motivo sus progenitores están como parte procesal en juicio de familia, los menores también necesitan conocer técnicamente su desarrollo y entender la situación de garantía que le brinde su defensor o representante.

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador determina:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (Constitución de la República del Ecuador, 2021, pág. 23).

Los derechos de los niños y adolescente están garantizados en la Ley suprema y prevalecen por los derechos de las demás personas, es decir, sus derechos son respetados igual que los de un mayor de edad, por lo tanto, la sociedad y el Estado deben obligar a las entidades públicas a respetarlos y acatar los derechos humanos de los niños.

Al analizar el Art. 67 de la Constitución establece: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines” (Constitución de la República del Ecuador, 2021, pág. 39). La familia y sus integrantes juegan un rol importante para el desarrollo social, sin embargo, en algunas entidades públicas se inobservan derechos de los niños y adolescentes a ser oídos y contar con un abogado de confianza.

Al analizar el Art. 76 de la Ley suprema señala: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: g) “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”*. Esta disposición constitucional abarca a los menores de edad. Por lo tanto, ya es hora que el Código Niñez y Adolescencia cuente con una Oficina Técnica de Familia para asuma las defensas jurídicas de los niños y adolescentes.

#### **4.3.2. Instrumentos Internacionales.**

##### **11.3.1.1 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad.**

Las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad (2008) aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana donde se establecen las pautas para el Acceso a la Justicia a las personas en Situación de Vulnerabilidad.

La Regla 5 # 2, se refiere a la Edad.

Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, pág. 6).

Estas Reglas de Brasilia determinan la edad que consideran al niño y adolescente que lo ubican al menor de dieciocho años edad que es similar a la norma legal del Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador. Obligando a la administración de justicia tener presente sobre el niño y adolescente su desarrollo evolutivo y derechos humanos.

Las personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos. Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

La Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública 1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica a la persona en condición de vulnerabilidad:

Regla 29: Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados... (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, pág. 10)

Los menores de edad al ser considerados personas vulnerables, el Estado está obligado a garantizar la defensa de sus derechos designándole un Defensor Público, en todas las materias del derecho donde se encuentre inmerso en juicios. Debe considerar las Defensorías de Oficio, Defensoría Públicas, Defensores Gratuitos de las Universidades y Defensores de

los Colegios de Abogados.

Regla 30: “Asistencia de calidad, especializada y gratuita: Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia”. (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, pág. 11). Las defensas legales deben ser técnicas y jurídicas aplicando correctamente las técnicas de litigación oral; asumiendo una excelente defensa a favor de su defendido.

Regla 31: Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones. (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, pág. 11). La defensa gratuita es responsabilidad del Estado asumir sus gastos, para ello debe contar con Defensores Públicos de Familia para que representen a los menores de edad en los conflictos donde estén involucrados sus progenitores.

Regla 64 # 2.- Asistencia: Previa a la celebración del acto se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial. (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, pág. 17)

Las personas consideradas vulnerables, como lo es el caso de los niños y adolescentes deberán ser provistos de profesionales para que lo asesoren y velen por su integridad personal; en toda audiencia siempre va a reinar la incertidumbre de sus desarrollo y culminación de la audiencia pública y contradictoria donde el menor debe estar bien representado por un profesional del Derecho.

Regla 65: Durante el acto judicial Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad. (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, pág. 17)

En algunos casos, se apela a la presencia de un referente emocional de personas en situación de vulnerabilidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen sus propios intereses, pueden ser comunes o no al de sus progenitores, y su propia voz en los procesos judiciales, puede y debe ser escuchada sin la intermediación de sus padres. Según las normas citadas, un niño, niña y adolescente tiene derecho a participar activamente de los asuntos judiciales que los involucre, y tiene derecho a elegir un abogado.

El abogado del niño tiene a su cargo su defensa técnica, entendida como la posibilidad de designar un letrado de su confianza o de recibir asistencia técnica de oficio, para lo cual debe interpretar los deseos y aspiraciones del menor y obrar en consecuencia. Este abogado tiene a su cargo el patrocinio de intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad. (p. 3)

Regla 78 # 6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales: En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares. (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, pág. 19)

La presente regla determina la sencillez, pero legalidad del acto solemne en las audiencias donde estén presentes los niños y adolescentes, por lo tanto, debe el juez dirigir la audiencia haciendo prevalecer el interés superior del niño.

Por lo expuesto y analizado se puede establecer que el abogado del niño o niña, viene a darle la voz en un proceso donde generalmente solo se escuchan las perspectivas adultas. El niño y la niña con su abogado, exige que se garantice la total vigencia de sus derechos en cualquier proceso donde ellos intervengan, independientemente del patrocinio letrado con el que cuenten sus propios padres y/o terceros intervinientes.

#### **4.3.2.2. Convención sobre los Derechos del Niño**

El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: Opinión del Niño: El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

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

La garantía procesal del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño: ser oído, que su opinión sea tenida en cuenta y participar con representante. Entre los derechos que consagra la Convención de los Derechos del Niño a favor de la infancia y la adolescencia,

se encuentra el derecho a ser oído, a opinar y a que su voz sea considerada por los operadores judiciales. Lo que jurídicamente se conoce como la garantía del debido proceso.

Esta norma establece dos derechos básicos de los Niños, Niñas y Adolescentes: primero, el derecho a ser oído y expresarse libremente en todo asunto que le concierne; y, segundo, la aplicación de esa regla, en procesos judiciales, donde el niño o niña se encuentre involucrado según grado y madurez y con la posibilidad de que participe por medio de representantes o de un órgano especial, acorde a los sistemas jurídicos internos. Se trata de un derecho humano que goza de jerarquía constitucional y que debe valorarse como un acto sustancial del proceso, jamás como una mera formalidad no esencial. El derecho a la participación del niño o niña con abogado en los procesos que lo afecten es de gran importancia.

#### **4.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial.**

Al estudiar el Art. 233 del Código Orgánico de la Función Judicial acerca de la competencia de las juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia, señala:

“En cada cantón existirá una judicatura de familia, mujer, niñez y adolescencia, conformada por juezas y jueces especializados de conformidad con las necesidades de la población” (Código Orgánico Función Judicial, 2022, pág. 76). Los jueces de familia son profesionales del Derecho especializados con maestrías en niñez, adolescencia y derecho de familia, y están distribuidos en todo el territorio nacional con sus respectivas competencias.

El Art. 234 del Código citado señala: Atribuciones y deberes. - Las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia conocerán y resolverán, en primera instancia, las siguientes causas:

1. Sobre las materias del Código civil comprendidas desde el título del matrimonio hasta la correspondiente a la remoción de los tutores y curadores.
4. Todo lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales, el Código de la Niñez y la Adolescencia y más disposiciones legales vigentes, excepto lo relativo a adolescentes infractores. (Código Orgánico Función Judicial, 2022, pág. 76)

Los jueces de familia conocen y resuelven controversias donde están involucrados menores de edad, siendo competentes en primera instancia. Esta norma si bien establece un Juzgador que garantice los derechos del menor de edad, más no señala que cuente con un abogado en libre ejercicio que pertenezca al Estado y defienda al niño o adolescente de manera técnica y gratuita. Todo lo concerniente a la designación y la remoción de tutores, matrimonio, divorcios es competencia exclusiva del juez de familia resolver y dictar sentencia en Derecho. En el Art. 235, establece la Oficina Técnica:

En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de oficinas técnicas como órgano auxiliar de



los jueces y juezas de familia, mujer, niñez y adolescencia, de las salas especializadas correspondientes de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, en el número que para cada caso determine el Consejo de la Judicatura. Esta oficina tendrá a su cargo la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los jueces y sus informes tendrán valor pericial. Los servidores que integren esta oficina formarán parte de la carrera judicial administrativa. (Código Orgánico Función Judicial, 2022, pág. 77)

A esta oficina técnica debe integrarse abogados en calidad de defensor público o curador procesal, conforme lo prevén las legislaciones de los vecinos países del norte y sur del Ecuador. Si bien es un organismo auxiliar de la administración de justicia bien podría contar con defensore de familia para que representen a los niños y adolescentes en las contiendan legales que surjan entre sus progenitores. Para completar el equipo en defensa de derechos de la niñes y adolescencia.

Según el Art. 323 establece: “La Abogacía como función social. - La abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho.

Es garantía fundamental de toda persona ser patrocinada por un abogado de su libre elección”. (Código Orgánico Función Judicial, 2022, pág. 103)

El profesional del Derecho, es el encargado de defender los intereses de una de las partes en litigio. Al tratarse de un profesional específicamente preparado y especializado en cuestiones jurídicas, es la única persona que puede ofrecer una orientación adecuada del problema que tiene el ciudadano o justiciable desde el punto de vista procesal.

Art. 330. Deberes del Abogado en el patrocinio de las causas. - Son deberes del abogado en el patrocinio de una causa:

1. Actuar al servicio de la justicia y para este objeto colaborar con los jueces y tribunales;
2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;
3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Conducta en el Ejercicio Profesional que será dictado por el Consejo de la Judicatura;
4. Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los tribunales y jueces, así como para que guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso;
5. Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su patrocinado;
6. Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso en que intervenga, aún no resuelto;
7. Consignar en todos los escritos que presentan en un proceso, su nombre, de caracteres legibles, y el número de su matrícula en el Foro, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se aceptará el escrito;

8. Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía;
9. Proceder con arreglo a las leyes y con el respeto debido a las autoridades judiciales; y,
10. Las demás que determine la ley. (Código Orgánico Función Judicial, 2022, pág. 104)

Uno de los deberes primordiales del abogado consiste en cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su patrocinado. Cuestión que no puede ni debe convertirse en una frase más, en una simple referencia escrita en el papel, si no por el contrario, en un comportamiento de vida profesional. Frente a estas atribuciones también está la defensa de los derechos e intereses de los menores de edad, apegados a la normativa legal.

#### **4.3.4. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

De conformidad al Art. 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece:

“Definición de niño, niña y adolescente. - Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 1). Esta disposición legal determina el alcance a la consideración de niño en una edad que fluctúa desde su nacimiento hasta los doce años; y al adolescente lo ubica en desde los doce años hasta cumplidos los dieciocho años de edad. Por lo que el esto de normativa vigentes en el Ecuador consideran esta edad para diferenciar al niño del adolescente.

Según el Art. 6 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia expresa:

Art. 6. Igualdad y no discriminación. - Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social..., o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares. El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 2).

Esta norma legal impide la discriminación hacia los niños y adolescentes por su condición de edad, es decir, son iguales ante la ley de exigir sus derechos por medio de un abogado patrocinador conocer de las leyes; y no solamente que estén representados por sus curadores o tutores que desconocen del Derecho. El Estado para garantizar este derecho a tipificado el delito de odio y discriminación a las personas por su edad, etnia, entre otros.

El Art. 8 de citado Código señala: Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. - Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 2)

El Estado, sociedad y familia son responsables de la exigibilidad del cumplimiento de todos

los derechos de los menores de edad, por lo tanto, deben ser cumplidos, en especial el derecho a ser oídos en juicios por medio de su abogado patrocinador.

El Art. 9. Establece: Función básica de la familia. - La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 2)

Los progenitores deben de velar por los derechos del niño y garantizar su cuidado, dentro del hogar deben de expresar sus sentimiento y afecto hacia los menores de edad, desde la familia se forma la personalidad de los menores de edad, en su educación y respeto a los demás, cumpliendo a cabalidad sus deberes y obligaciones dentro del hogar.

El Art. 10 señala. - Deber del Estado frente a la familia. - El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 2)

El Estado ecuatoriano es el principal responsable de cumplir y hacer cumplir con los derechos del menor de edad. Para esto, dictará políticas públicas a favor de los niños y adolescentes para que se cumplan con el respeto de sus derechos humanos.

Según el Art. 11 determina: El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 2)

Este principio prevalece sobre el resto de derechos que se oponen a los derechos de los menores de edad, o que se encuentre en contradicción jurídica, o de aquellos derechos que pretendan vulnerar o limitar a los derechos humanos de los niños y adolescentes. Al juez corresponde resolver a favor del menor de edad en caso de duda o incertidumbre jurídica, así mismo, le corresponde la juez interpretar el derecho a favor del niño.

El Art. 15 establece: Titularidad de derechos. - Los niños, niñas y adolescentes son

sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos; con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 3)

La igualdad de derecho debe cumplirse también a favor del menor de edad, por lo tanto, en las controversias judiciales el niño debe estar representado por un profesional del derecho. Y más aún al pertenecer el menor de edad al grupo de atención prioritaria y vulnerabilidad. El niño y adolescentes están representados por sus derechos fundamentales que les corresponden por su condición de vulnerabilidad.

El Art. 60 expresa: Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 14)

Frente a este derecho el menor de edad necesita contar con un asesor legal que lo dirija e informe sobre el litigio que se está ventilando, y las condiciones que sus progenitores van a quedar como resultado del juicio; teniendo en cuenta que no se afecte a sus derechos.

El Art. 105 dispone: Concepto y contenidos. - La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 25)

La defensa de los derechos del niño y adolescente corresponde a sus padres, sin embargo, que sucede cuando los padres están inmersos en un juicio como actor y demandado, es aquí, donde el menor debe contar con un representante legal, que en la actualidad vienen siendo un tutor o curador. Siendo necesario que cuente con asesoría legal de un profesional del derecho auspiciado por el Estado.

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

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez,

considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 26)

Cuando los progenitores se encuentran inhabilitados para proteger al menor. El juez designa a un tutor o curador para que lo represente en ese caso, por tratarse de una minoría de edad. La opinión de los menores es escuchada por el juez, sin embargo, esta disposición legal, discrimina al menor de edad cuando señala que solo la opinión del adolescente será obligatoria para el juez.

El Art. 108 manifiesta: Suspensión de la representación legal por causa de conflicto de intereses. - Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 26)

Al surgir conflictos de intereses entre progenitores, debe el juez nombrar curador especial por tratarse de menores de edad en un juicio frente al litigio de sus padres. Quedando de esta manera al frente de la responsabilidad y representación del niño o adolescente el curador, ahora, el curador deberá explicar detalladamente el proceso que se está desarrollando en el juicio, y cómo va a quedar su situación jurídica.

Respecto de la Junta Cantonal de Protección de Derechos del cantón encontramos:

El Art. 238 manifiesta: Audiencia. - En la audiencia se oirán los alegatos verbales de las partes, comenzando por el denunciante, concluidos los cuales se oirá reservadamente al adolescente, en todo caso, o al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 62). En las audiencias el juez está en la obligación de oír al adolescentes y niños para que expresen sus sentimientos en el juicio donde se encuentran litigando sus padres.

El Art. 255 dispone: Especialidad. - Establecese la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados en este Código. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 67)

La administración de justicia especializada en menores de edad, es una garantía dentro de la función judicial, porque son ellos, los encargados de velar por los derechos de los niños y adolescentes. Por lo tanto, esta administración de justicia también debe contar con defensores de familia para que representen al menor de edad.

El Art. 257 establece: Garantías del debido proceso. - En todo procedimiento judicial

que se sustancie con arreglo al Código Orgánico General de Procesos, las personas tendrán asegurada la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la intermediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 67)

El debido proceso debe estar presente en todo trámite administrativo o judicial, el juez debe velar que se cumpla, por lo tanto, los menores de edad tienen derecho a ser escuchados en los juicios donde se involucren sus progenitores. Al no escucharse al menor se lo deje en indefensión sus derechos.

El Art. 258 expresa: Testimonio del niño, niña y adolescente ofendido. - En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal. El niño, niña o adolescente declararán sin juramento, ante la presencia de sus progenitores o guardador. De no tenerlos, el Juez designará y posesionará en el acto un curador especial, prefiriendo para el efecto a una persona de confianza del declarante. La declaración deberá practicarse en forma reservada y en condiciones que respeten la intimidad, integridad física y emocional del niño, niña o adolescente. Las partes procesales podrán presenciar la declaración, si el Juez considera que no atenta contra el interés superior del niño, niña o adolescente. Terminada la declaración el Juez podrá autorizar el interrogatorio de las partes por su intermedio. El Juez no permitirá que se formule las preguntas que contravengan las disposiciones de este artículo. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 67)

El niño o adolescente en caso de resultar ofendidos en cometimientos de delitos el juez le asigna un curador especial para su representación. Sin embargo, no se le asigna un defensor público; siendo indispensable se cuente con Defensores de Familia para que los defiendan conforme a Derecho. La recepción de la entrevista al menor de edad es en forma reservada garantizando su derecho a la intimidad y debido proceso.

El Art. 260 señala: En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de una oficina técnica como órgano auxiliar de los jueces y juezas de la Niñez y Adolescencia, de las salas especializadas de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, en el número que para cada caso determine el Consejo de la Judicatura. Esta oficina tendrá a su cargo la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los jueces y sus informes tendrán valor pericial. Los servidores que integren esta oficina formarán parte de la carrera judicial administrativa que contempla el Código Orgánico de la Función Judicial. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 68)

Esta disposición legal es trascendental importancia porque la Oficina técnica al estar

conformada por un equipo de profesional, solo faltaría un Abogado para que asuma la defensa en calidad de defensor público, siendo necesario que el menor cuente con asesoramiento y defensa legal.

El Art. 291 dispone: Motivación del auto resolutorio. - El auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 72). Como se observa en los procesos judiciales el juez tiene la obligatoriedad de escucha al niño y adolescentes, sin embargo, para que el menor sea asesorado necesita de un abogado del Estado que lo represente y defienda sus intereses.

#### **4.3.5. Código Civil**

De conformidad al Art. 28 del Código Civil señala: “Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador.”. Como se observa, a más de los padres, los tutores o curadores en régimen civil ecuatoriano representan a los menores de edad, cuando su padre está inhabilitado.

El Art. 130 del Código citado establece. - Durante los juicios de divorcio, disolución o liquidación de la sociedad conyugal o cualquier otra controversia entre cónyuges, a petición de cualquiera de ellos o del curador ad litem, el juez podrá tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los bienes, mientras dure el juicio.

Como se determina el curador ad-litem es la persona adulta que represente en un juicio a un menor de edad o con capacidad diferenciada, es decir, únicamente para ese juicio lo va a representar ya sea un divorcio, disolución de la sociedad conyugal, régimen de tenencia, entre otras.

El Art. 132 del Código en estudio determina: “Habrá lugar al nombramiento de curador, aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre. Cuando así fuere, deberá el curador especial testificarlo”. En este caso el curador especial debe representar al menor de edad y hacer prevalecer sus derechos a los bienes de sus progenitores en caso de haberlo en la sociedad conyugal.

El Art. 133 del Código Civil dispone: La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio del progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad, que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su curaduría.

El curador especial representa a los hijos bajo patria potestad del progenitor cuyo estado civil sea soltero, viudo o divorciado; en aquellos casos que va contraer matrimonio debe

justificar su curaduría legamente establecida. El juez está pendiente del menor, sin embargo, falta un defensor público que instruya al niño o adolescente de lo que está sucediendo en esa controversia.

El Art. 298 del Código Civil expresa: No podrá el padre o la madre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.

Esta disposición legal determina claramente la participación de tutores y curadores, sin embargo, considero que deben representar al menor de edad, un abogado del Estado especializado en materia de la niñez y de familia, para que proteja los intereses del niño.

Según el Art. 300 del Código Civil dispone: El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad.

Si el padre o la madre niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que éste quiere intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis.

El menor de edad está limitado para actuar como actor en un proceso judicial, por lo que, el juez como autoridad judicial debe velar por la representación del menor de edad, por que procede a designarles un curador para que los represente en el conflicto, sin embargo, recordemos que los curadores, no es profesional del Derecho para que lo representen con una defensa técnica.

El Art. 301 del Código citado expresa: En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre o a la madre que ejerza la patria potestad, para que represente al hijo en la litis.

Si el padre o la madre que ejerza la patria potestad no pudiere o no quisiere prestar su representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis.

Cuando existe una pretensión contra un niño o adolescente, las acciones deben ir dirigidas a sus representantes en caso de negativa de la representación de sus padres, el juez designa un curador para que en el litigio represente al menor. Como se ha demostrado el régimen civil ecuatoriano representan al menor de edad en caso de ausencia de los progenitores con un curador o tutor para su amparo, sin embargo, no es suficiente porque el niño tiene derecho a ser escuchado y para ello debe ser asesorado por un profesional del derecho que asume su defensa legal.

#### **4.3.6. Código Orgánico General de Procesos**

Al analizar el Código Orgánico General de Proceso en el Artículo 31 determina, Capacidad procesal:

Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las



excepciones de ley.

Los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías conforme a la ley. Las niñas niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos. (Código Orgánico General de Procesos, 2022, pág. 10).

Como se observa este Código, ya permite la participación activa del menor de edad en juicio como parte en el proceso, sin embargo, no se aplica en su totalidad, porque no cuentan con profesional del derecho que los representen legalmente.

En el Art. 32 del citado Código establece: “Representación de menores de edad e incapaces. “Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes” (Código Orgánico General de Procesos, 2022, pág. 10).

Como se observa este artículo solo garantiza al menor de edad contar con un curador ad litem o especial para que lo represente en la controversia de sus progenitores, conociendo que los curadores o tutores únicamente asisten con su presencia sin asesorar al menor de edad de lo que está pasando en el proceso, no siendo abogados litigantes los curadores, no le permite la representación judicialmente, dejando en indefensión los derechos de los niños y adolescentes.

El Art. 122.- Diligencias preparatorias. Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias:

4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta. (Código Orgánico General de Procesos, 2022, pág. 36)

Dentro de las diligencias preparatorias que puede disponer el juez encontramos el nombramiento del tutor o curador de los incapaces como serían los menores de edad. Para precautelar sus bienes o herencias.

#### **4.3.7. Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia del Ecuador**

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, Resolvió:

Artículo 1.- En los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad litem o especial para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente en juicio, la jueza o el juez de la causa, en providencia de calificación de la demanda dispondrá, que, cumplida la citación, se le escuche para que en ejercicio de su derecho opine sobre el curador/a que le represente, señalando día y hora para el efecto, previo a la convocatoria a cualquier otra audiencia, según el tipo de proceso. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez/a, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los y las adolescentes será obligatoria para el juez/a, a menos que sea manifiestamente perjudicial para sus intereses. (Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia, 2016, pág. 7)

Esto significa que los niños van a ser oídos en audiencia, al igual que el curador, sin embargo, no cuenta con un Abogado patrocinador, que, por su condición de minoría de edad, debería ser un defensor público. La opinión de los adolescentes es obligatoria para el juez escuchar, con esto se está garantizando un debido proceso.

Artículo 2.- En los casos en los que el niño, niña o adolescente no pudiere o no quisiere expresarse, la designación la hará el juez/a previa audiencia de parientes o personas hábiles, para cuyo efecto señalará día y hora. (Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia, 2016, pág. 7). El juez debe considerar el valor de la opinión del menor, por lo que es necesario que el equipo de la Oficina Técnica lo atienda primero, luego un abogado del Estado para que verifique si el menor de edad, entiende sobre la contienda legal que está inmerso, por culpa de sus progenitores.

Artículo 3.- Efectuada la elección en una de las formas previstas en los artículos que anteceden, el juez/a designará en providencia al curador/a y dispondrá su comparecencia para la posesión del cargo. Cumplida esta diligencia, el juez/a llevará a cabo la audiencia que corresponda según la naturaleza del juicio. (Resolución 10- 2016. Corte Nacional de Justicia, 2016, pág. 8)

El curador ad litem se posesiona ante el juez sin embargo no contribuye en nada con el asesoramiento al menor de edad. El curador debe ser una persona conocedora del derecho conforme sucede en Perú donde designan un procurador procesal que defiende los derechos e intereses del niño y adolescente.

Artículo 4.- Para el nombramiento de tutor, tutora, curador o curadora que debe representar a los incapaces que carezcan de guardadora o guardador de los que trata el artículo 112.4 COGEP, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en los artículos que anteceden, previo al discernimiento del cargo, con las solemnidades previstas en el Código Civil. (Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia, 2016, pág. 8)

El curador está legitimado en el proceso civil, sin embargo, lo que se discute es su conocimiento de las leyes para asesorar y tomar bien las decisiones a favor del niño o

adolescente que representa. Estas figuras de representación al menor de edad del guardador, tutor y curador son designaciones del juez a favor del niño o adolescente que lo represente en juicios donde sus progenitores están litigando.

Artículo 5.- En el evento de que el tutor, tutora, curador o curadora que resulte nombrado, se encuentre inmerso en una de las causas de incapacidad previstas a partir del artículo 518 y siguientes del Código Civil; o incumpla las obligaciones legales atinentes a su cargo y su negligencia le resulte manifiesto perjuicio a los intereses y derechos de su representado/a, a petición de parte o de oficio, justificada la causa que la provoque, el juez/a dispondrá la remoción de su cargo, y acto seguido designará a la persona que debe actuar en su reemplazo, siguiendo el procedimiento previsto en las reglas anteriores. (Resolución 10-2016. Corte Nacionalde Justicia, 2016, pág. 8)

Como se observa la negligencia del curador o tutor es sancionado, sin embargo, su desconocimiento del Derecho para asesorar al menor de edad no se considera. La representación del menor de edad, debe estar a cargo de profesionales del Derecho con la finalidad que defiendan cabalmente y litigue en las audiencias donde corresponda.

#### **4.4. Derecho Comparado.**

##### **4.4.1. Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia**

El Artículo 26 señala: Derecho al debido proceso. - Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.

En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.

Como se observa este artículo solo garantiza al menor de edad contar con un curador ad litem o especial para que lo represente en la controversia de sus progenitores, conociendo que los curadores o tutores únicamente asisten con su presencia sin asesorar al menor de edad de lo que está pasando en el proceso, no siendo abogados litigantes los curadores, no le permite la representación judicialmente, dejando en indefensión los derechos de los niños y adolescentes.

Al analizar el Código de la Infancia y Adolescencia de la República de Colombia, en el Capítulo III, denominado de las Autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes nos encontramos con el defensor público prescrito en el Artículo 79 donde establece:

“Defensorías de Familia. Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes... Para ser Defensor de Familia se requiere ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente".(Código de la Infancia y Adolescencia, 2022, pág. 52)

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista. Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial.

Según el Artículo 80. Calidades para ser Comisario y Comisaria de Familia y Defensor y Defensora de Familia. - Para ocupar el empleo de Comisario de Familia y Defensor de Familia se deberán acreditar las siguientes calidades:

1. Título profesional de abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente;
2. Título de posgrado en derecho de familia, derecho civil, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho procesal, derecho penal, derechos humanos, o en ciencias sociales, siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa o títulos afines con los citados, siempre que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al comisario de familia o al defensor de familia.
3. Dos (2) años de experiencia relacionada con las funciones del cargo. En los Municipios de quinta y sexta categoría, se podrá acreditar un (1) año de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.
4. Contar con las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública para el ejercicio del cargo, las cuales deberán evaluarse a través de pruebas específicas.
5. No tener antecedentes penales, disciplinarios ni fiscales, ni encontrarse inhabilitado por normas especiales, especialmente en el registro de ofensores sexuales. (Código de la Infancia y Adolescencia, 2022, pág. 52)

Como se observa para representar a los niños y adolescentes es indispensable contar con un título de abogado y experiencia profesional, es decir ser un profesional con una hoja de vida intachable, para que garantice con prudencia los derechos de los menores de edad en los juzgados y tribunales de la República. Es importante que cuente con educación superior en temas relacionados a la niñez y adolescencia, derecho de familia, derechos humanos, entre otros méritos.

#### Artículo 81. Deberes del defensor de familia

Son deberes del Defensor de Familia:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.
2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este

Código le otorga.

3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que señala la ley, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.
4. Emplear las facultades que esta ley le otorga en materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.
5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los servidores públicos de la Defensoría de Familia.
6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas. (Código de la Infancia y Adolescencia, 2022, pág. 53)

En la actualidad, el defensor de familia en Colombia, se constituye en el garante de efectividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, ante todas las entidades públicas y privadas; es un servidor público que actúa en diferentes frentes y ejerce distintas competencias; tiene funciones de policía; es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la infancia; toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos; desempeña funciones judiciales cuando priva de los derechos de patria potestad, cuando decide sobre el estado civil de los niños, cuando falla sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas; es conciliador en los asuntos de su competencia; es litigante en representación de los derechos de los niños cuando presentan demandas ante las distintas jurisdicciones.

#### Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia

Corresponde al Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.
3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.
4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.
5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.
6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.

7. Conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez.
8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente
9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.
10. Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil.
11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.
12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.
13. Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación.
14. Declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente.
15. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.
18. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
19. Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se prueben que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia. (Código de la Infancia y Adolescencia, 2022, pág. 53)

Como se evidencia las facultades son amplias en materia administrativa y judicial en

resolver los conflictos que se llegare a presentar. Es entonces el defensor de familia un servidor público con múltiples funciones ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la rama judicial y la fiscalía general de la Nación, al tomar decisiones de intervención directa. Tomando como referencia considero oportuno y trascendental que los niños y adolescentes estén representados en todo conflicto de familia donde estén en juego sus intereses, siendo el único concededor del Derecho un Abogado que puede asesorarle y garantizar sus derechos fundamentales.

De lo expuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial debería pertenecer a la Oficina Técnica del Juzgado de Familia el Defensor Legal de la Infancia, que permita confirmar los derechos constitucionales del niño, niña y adolescente a ser oídos y participar en los procesos judiciales con patrocinio de un letrado.

#### **4.4.2. Ley Nacional 26 061, Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Argentina.**

Artículo 3° — Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Artículo 24. — Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Al igual que la legislación de Ecuador el derecho a ser oído está vigente en esta legislación, para lo cual cuentan con un Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien lo asesora y representa en las audiencias.

Artículo 27. — Garantías Mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

El Estado le garantiza al menor de edad en conflictos familiares ser asistido por un abogado, lo que es diferente a Ecuador porque le designa un curador ad-litem. El letrado debe tener especialización o maestría en niñez y adolescencia.

Artículo 48. — Control. La defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ante las instituciones públicas y privadas y la supervisión y auditoría de la aplicación del sistema de protección integral se realizará en dos niveles:

- a) Nacional: a través del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;
- b) Provincial: respetando la autonomía de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como las instituciones preexistentes. Las legislaturas podrán designar defensores en cada una de las jurisdicciones, cuya financiación y funciones serán determinadas por los respectivos cuerpos legislativos.



En la legislación argentina los derechos del menor de edad están garantizada a nivel nacional y local con las respectivas autoridades con competencia nacional el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y también a nivel local, situación que en Ecuador no sucede, por designarse únicamente curadores o tutores.

#### **4.4.3. Ley núm. 19.968, crea los Tribunales de Familia de Uruguay.**

Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad. (LEY NUM. 19.968, 2022, pág. 15)

El principio del interés superior del menor de edad, este sobre por encima de los demás derechos que se opongan a su eficacia, por lo tanto, el indubio pro infante y el interés superior prevalece sobre el resto de derechos de particulares que se oponga ante un menor de edad. El derecho del niño y adolescente a ser oído por el Juez es similar a la legislación ecuatoriana.

Artículo 19.- Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima. (LEY NUM. 19.968, 2022, pág. 15)

Esta disposición legal se diferencia a la del Ecuador porque permite al Juez designar un abogado que pertenece a la Corporación de Asistencia Judicial, para que represente a los niños y adolescentes que están involucrados sus intereses. Así mismo se amplía con la

designación del curador ad litem en representación del menor de edad, por lo tanto, el menor estaría custodiado en los juicios por su curador y abogado patrocinador que pertenece a la función judicial.

#### **4.4.4. Código de los Niños y Adolescentes del Perú.**

**Artículo 42º.- Definición.** - La Defensoría del Niño y del Adolescente es un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los niños y adolescentes. Este servicio es de carácter gratuito.

La República del Perú cuenta con la Defensoría del Niño y del Adolescente su funcionamiento a nivel local contribuye a garantizar los derechos del menor de edad. La gratuidad en la prestación de servicios jurídicos al grupo considerado vulnerable.

**Artículo 43º- Instancia administrativa.** - “Esta Defensoría actuará en las instancias administrativas de las instituciones públicas y privadas de atención a los niños y adolescentes”. La finalidad de la Defensoría es su actuación en instancia de carácter administrativa, que ayuda a los problemas que se llegaren a presentar en contra de los menores de edad.

**Artículo 44º.- Integrantes.** - La Defensoría estará integrada por profesionales de diversas disciplinas de reconocida solvencia moral, con el apoyo de personas capacitadas para desempeñar las funciones propias del servicio, quienes actuarán como Promotores-Defensores.

Las Defensorías que no cuenten con profesionales podrán estar integradas por personas de la comunidad debidamente capacitadas y acreditadas para el ejercicio de su función.

El equipo de profesionales que pertenecen a la Defensoría contribuye con el adelanto y la atención oportuna a los menores que enfrenten riesgos y conflictos familiares. Los Promotores- Defensores esta capacitados y cuentan con experiencia profesional para ayudar a la tratamiento y servicio social que requiera el menor de edad. La organización y funcionamiento de la Defensoría, así como el régimen laboral de los defensores, estarán sujetos a lo dispuesto por el sector público o privado que rija en la institución en que preste el servicio.

En esta legislación la diferencia principal es la existencia de la Defensoría del Niño y del Adolescente, encargada de velar por los derechos de los menores de edad. En Ecuador falta la creación de este organismo encargado exclusivamente en garantizar los derechos fundamentales menores de edad.

##### **4.4.4.1. Decreto Legislativo N° 1384 del Perú**

El Decreto Legislativo N° 1384 del Perú, publicado el 04 septiembre 2018, respecto de la garantía de protección al niño y adolescente determina lo siguiente:

“Artículo 66.- Falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida En caso de falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, se aplican las siguientes reglas:

1. Cuando la persona con capacidad de ejercicio restringida no tenga representante legal o éste estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al Juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo.
2. Cuando la demanda se dirija contra una persona con capacidad de ejercicio restringida que carece de representante o éste se halle ausente, el Juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida, si lo considera idóneo.
3. El Juez nombrará curador procesal para la persona con capacidad de ejercicio restringida que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida, si fuere idóneo.
4. También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el Juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre la persona con capacidad de ejercicio restringida y su representante legal, o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida.” (p. 22).

Es novedosa esta institución jurídica procesal de la designación del curador procesal, situación que encontramos prescrita en la legislación de Ecuador; por lo tanto, debe considerarse la aplicación en el ordenamiento jurídico nacional. El curador procesal es un abogado encargado de la defensa de los niños y adolescentes inmersos en conflictos de familia.

## **5. Metodología.**

### **5.1. Materiales utilizados.**

Los materiales que implemente para la elaboración del presente trabajo de investigación jurídica que me permitieron desarrollar y dirigir el trabajo de titulación tenemos las siguientes fuentes bibliográficas: obras jurídicas entre ellas el Abogado del Niño, Derecho de familia; leyes nacionales es como la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales: Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad, Convención sobre los Derechos del Niño, Código orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Código Orgánico General de Procesos, Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Revista Jurídicas y páginas de la web de los distintos organismos de justicia que iban encaminados al tema propuesto de tesis, los cuales están correctamente citados y forman parte de las fuentes bibliográficas de la tesis.

También forman parte de los materiales utilizados los cuales son: computadora, celular, cuaderno de apuntes, internet, hojas de papel bond, copias, anillados, impresión de borradores de tesis y empastados de la obra, libros, entre otros.

### **5.2. Métodos.**

En el proceso de investigación Socio-jurídico del presente trabajo se utilizaron los siguientes métodos:

**Método Científico:** el cual consiste en el camino a seguir para encontrar la verdad del problema determinado en la investigación jurídica; este método fue utilizado al momento de analizar minuciosamente las obras jurídicas, científicas, desarrolladas en el Marco Conceptual y Doctrinario dentro de la Revisión de la Literatura del presente trabajo de investigación, cuyos datos bibliográficos constan tanto en las citas como en la bibliografía.

**Método Inductivo:** Este método se aplicó al momento de narrar los antecedentes de la figura jurídica de la curaduría y tutor de los niños y adolescentes, abarcándolo desde un enfoque dentro del ámbito nacional para luego proyectarlo a un enfoque internacional de los países y verificar la designación de un abogado en representación de los menores en las controversias de familia; en otros países con relación a doctrinarios, este método que fue aplicado en la Revisión de Literatura.

**Método Deductivo:** Este método va desde lo general para llegar a lo particular, fue aplicado en la investigación del presente trabajo al momento de analizar el derecho a ser oído el niño y adolescente por parte del juez en las contiendas de familia. Sumado a ello, se pudo identificar las principales falencias en nuestra legislación ecuatoriana lo cual da lugar a que se

presente una vulneración del derecho de contar el niño o adolescente de un defensor público para que asuma su defensa cuando sus progenitores están en conflictos. Método que fue ocupado dentro de la revisión de la literatura.

**Método Analítico:** Implementado al momento de efectuar el análisis a continuación de cada cita que consta en la Revisión de Literatura, específicamente en el Marco Conceptual, Doctrinario, Jurídico y Derecho Comparado, añadiendo el respectivo comentario personal, adicionalmente se lo utilizó al analizar e interpretar los resultados de las encuestas y entrevistas correspondientes.

**Método Exegético:** Método implantado al momento de analizar las normas jurídicas utilizadas para la fundamentación legal del trabajo de investigación siendo estas:

Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Código Orgánico de la Función Judicial.

**Método Hermenéutico:** Este método que tiene como finalidad interpretar y esclarecer textos jurídicos que no están bien esclarecidos y dar un verdadero significado, el cual se lo utilizó en la interpretación de las normas jurídicas, desarrolladas en el Marco Jurídico, por lo cual se procede a realizar la interpretación de las normas ecuatorianas pertinentes encaminadas al tema de investigación.

**Método de la Mayéutica:** Es aquel método que trata de llegar a esclarecer la verdad mediante la aplicación de varias interrogantes, logrando obtener información fidedigna y oportuna, y fue aplicado mediante la elaboración de un banco de preguntas aplicados en las encuestas y entrevistas para la obtención de información necesaria para la investigación.

**Método Comparativo:** Este método fue aplicado en el trabajo de investigación en el desarrollo del Derecho Comparado, en que se procede a contrastar la realidad jurídica ecuatoriana con otras legislaciones: Código de Infancia y Adolescencia de Colombia, Ley Nacional 26 061, Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Argentina, Ley núm. 19.968, crea los Tribunales de Familia de Uruguay, Código de los Niños y Adolescentes del Perú, Decreto Legislativo N° 1384 del Perú, obteniendo semejanzas y diferencias de estos ordenamientos jurídicos en relación con leyes del Ecuador.

**Método Estadísticos:** Se lo utilizó para determinar los datos cuantitativos y cualitativos de la investigación mediante el uso de las Técnicas de la Entrevista y la Encuesta, aplicando al momento de realizar la tabulación, cuadros estadísticos, representación gráfica para desarrollar el punto de resultados de la Investigación.

**Método Sintético:** Consiste en resumir y unir sistemáticamente todos los elementos heterogéneos de un proceso con el fin de reencontrar la individualidad del problema analizado. Este método fue implementado a lo largo del desarrollo del Trabajo de investigación propuesto, con la discusión de la verificación de objetivos, contrastación de

hipótesis y fundamentación jurídica del proyecto de reforma legal, aplicado al momento de emitir un criterio luego de realizar un estudio minucioso del defensor público como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores.

**Método Histórico:** Utilizado al momento de analizar los acontecimientos del pasado encontrando explicaciones a los comportamientos actuales respecto del desarrollo del Derecho Procesal Civil. Este método se aplicó al momento de citar la Evolución Histórica del curador en Ecuador en el desarrollo del Marco Doctrinario.

### 5.3. Técnicas.

**Encuesta:** Cuestionario que contiene preguntas y respuestas para reunir datos e información a partir de la opinión pública sobre la problemática planteada. Desarrollada al momento de aplicar las 30 encuestas a los abogados en libre ejercicio, jueces, docentes universitarios los cuales tienen conocimiento sobre la problemática planteada.

**Entrevista:** Es el diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos relevantes y puntuales de la problemática de estudio, se aplicó a 10 profesionales especializados y conocedores de la problemática, entre ellos jueces, abogados en libre ejercicio de la profesión, docentes universitarios, entre otros.

### 5.4. Observación Documental.

Mediante la aplicación de este procedimiento se realizó el estudio de casos judiciales, sentencias, jurisprudencia, respecto de la designación del curador en conflictos de familia para que represente al niño y adolescente. También se cuenta con la obtención de datos estadísticos que sirven para la demostración y fundamentación de la tesis en lo relacionado al problema jurídico planteado.

Los resultados obtenidos de la investigación quedan expuestos en tablas, gráficos y en forma discursiva con deducciones, con sus correspondientes interpretaciones de las cuales se derivan su análisis de los criterios y datos específicos, que tienen la finalidad de estructurar la Revisión de Literatura, verificación de objetivos, contrastación de la hipótesis, y para dar lugar a las conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución de la problemática planteada.

## 6. Resultados.

### 6.1 Resultados de las Encuestas.

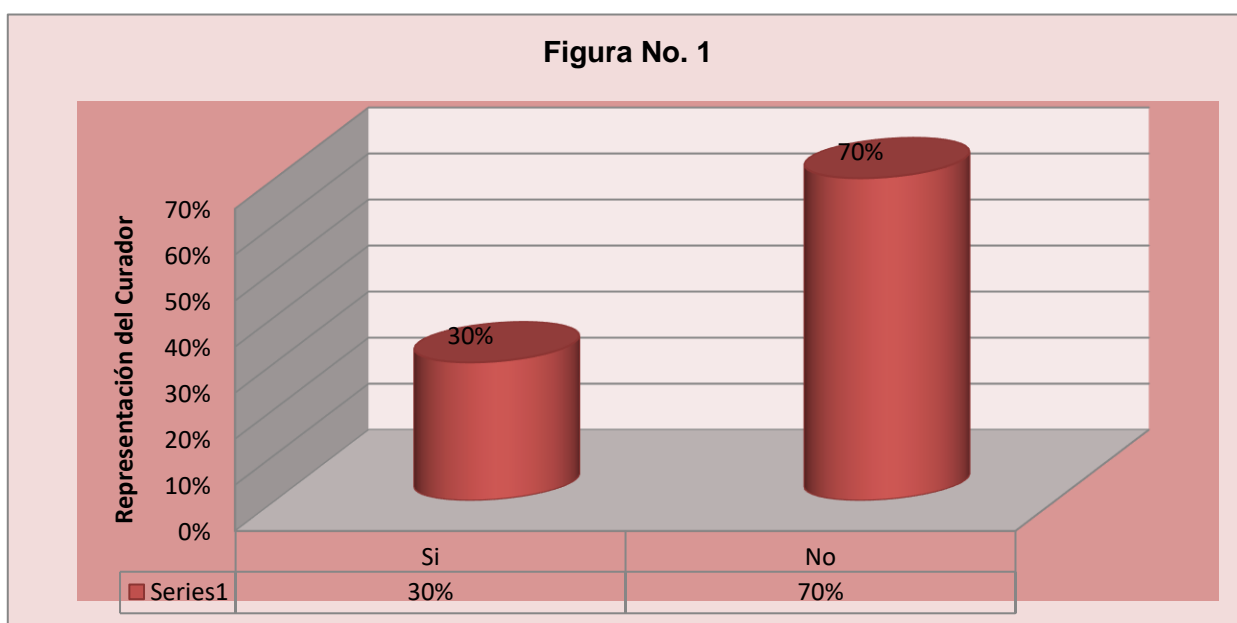
La presente técnica de encuesta fue aplicada a treinta profesionales del Derecho de la ciudad de Loja, en un cuestionario conformado por seis preguntas, obteniendo los siguientes resultados:

**Primera pregunta:** ¿Cree usted, que los niños y adolescentes están bien representados por su curador ad-litem durante las audiencias en conflictos de familia?

**Tabla Estadística No. 1**

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	9	30%
No	21	70%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja  
Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo



**Interpretación:**

En la presente pregunta 9 encuestados que corresponden al 30% responden que los niños y adolescentes si están bien representados por su curador ad-litem durante las audiencias en conflictos de familia, porque: el curador expresa y representa los derechos del menor en la audiencia. Para elegir los curadores, se realiza un estudio de idoneidad para el cargo que se le va a designar. Señalan que el curador ad litem es la persona designada por uno de los progenitores para representar al menor en la audiencia y son quienes velan por su interés.

En cambio, 21 personas que equivalen al 70%, manifestaron que los niños y adolescentes no están bien representados por su curador ad-litem durante las audiencias en conflictos de familia; porque en ocasiones es un familiar y no representa como se debe a un niño o adolescentes; además, puede ser que no esté diciendo la verdad o actuando a favor de lo que el menor quiere. Se debe considerar que no hay garantía de que el curador ad-litem ejerza los cuidados y la defensa de los derechos necesarios del menor, por lo tanto, los menores necesitan ser representados legalmente por un adulto y que conozca del Derecho y manejo de leyes.

**Análisis:**

Comparto con la opinión de la mayoría porque los niños y adolescentes no están bien representados por su curador ad-litem durante las audiencias donde sus progenitores se encuentran en conflictos familiares, recordemos que en un estrado de audiencianecesitamos un profesional del Derecho para que represente legal y técnicamente los derechos del menor de edad; que lo requiere en ese momento, cuidando así que se cumpla con el derecho de ser oído el niño por medio de su abogado curador procesal o defensor público ante el juzgador y pueda explicar al menor sobre su defensa y estado del juicio.

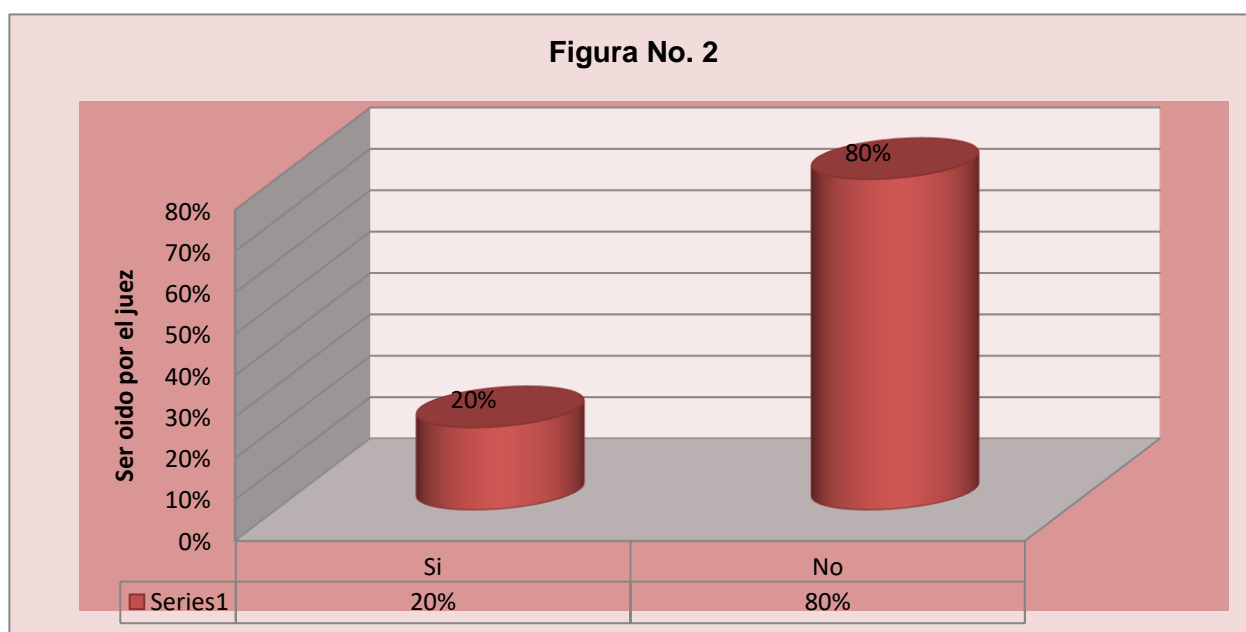
**Segunda pregunta:** ¿Considera que la representación de los niños y adolescentes en audiencia de familia (patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, derecho sucesorio), por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, es suficiente para garantizar sus derechos?



**Tabla Estadística No. 2**

Indicadores	Variabes	Porcentaje
Si	06	20%
No	24	80%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja  
 Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo



**Interpretación:**

Con relación a esta pregunta 6 encuestados que corresponden al 20% responden que la representación de los niños y adolescentes en audiencia de familia por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, *si es suficiente para garantizar sus derechos*; porque la representación generalmente la hace una persona cercana que explica al menor y defiende los intereses del mismo; siempre y cuando exprese que guía los derechos del menor, que queda a valoración del juez. El curador si procura que sus derechos no sean vulnerados, al constituirse en representante por imperio de la norma adjetiva, representando al niño en la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, derecho sucesorio.

En cambio, 24 personas que pertenecen al 80% señalan que la representación de los niños

y adolescentes en audiencia de familia por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, *no es suficiente* para garantizar sus derechos constitucionales porque se debe realizar una investigación de cómo es la vida del niño o adolescente para garantizar sus derechos; así mismo no se puede garantizar si está exponiendo lo que el menor verdaderamente quiere. Recordemos que la obligatoriedad del Juez de Familia no solo es escuchar a los sujetos procesales sino a la persona sobre la cual se va a tomar la decisión, siempre y cuando esta pueda representarse. A pesar de que la ley es pública no se la conoce en la totalidad, por lo cual, el niño o adolescente requieren de un profesional del Derecho para que haga su defensa técnica en conflictos de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, derecho sucesorio. Por otro lado, el curador ad-litem no puede expresar de forma clara, real y concisa la voluntad o sentir del menor de edad.

**Análisis:**

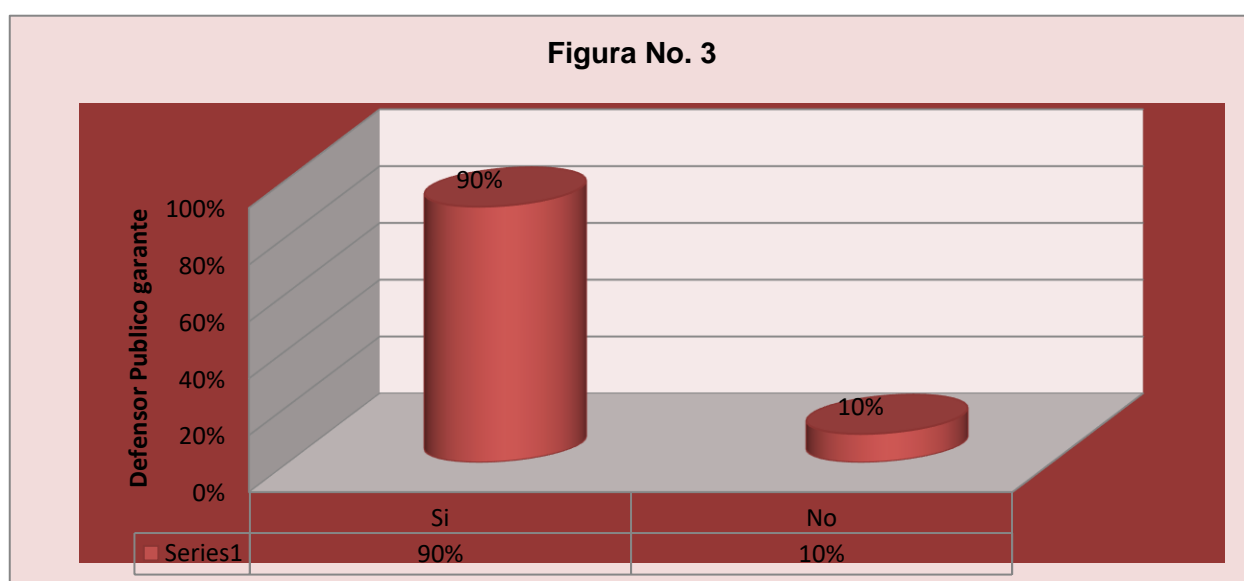
Comparto con la opinión de la mayoría porque existen preceptos que se deben tomar en cuenta para garantizar los derechos del menor, entre ellos que el curador es un sujeto temporal, momentáneo que no está inmiscuido en el desarrollo del menor, desconoce sus necesidades y mucho más, de los problemas por los que atraviesa. La persona designada por el Juez como curador, en la mayoría de casos, carece del pleno conocimiento del proceso legal en el que están inmersos sus representados. El niño y adolescente necesitan el asesoramiento de un profesional del Derecho, que le cuente con términos sencillos la labor o defensa que va a hacer a su favor y que derechos va a garantizar en el juicio de familia. El juez para oír al niño éste debe ser asesorado y estar representado por un letrado para garantizar un debido proceso.

**Tercera pregunta:** ¿Considera usted, que un defensor público sea la institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, derecho sucesorio, donde están inmersos los progenitores?

**Tabla Estadística No. 3**

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	27	90%
No	03	10%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja  
 Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo



**Interpretación:**

En esta pregunta 27 personas que conforman el 90%, opinan que un defensor público es la institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores, porque garantiza las normas constitucionales e infra constitucionales. El defensor público se centraría solo a estos temas en concreto al estar capacitados y son conocedores de la ley, y por ende se garantiza la defensa de los derechos de los niños y adolescentes. Así el menor estaría más protegido de eventuales actos o acuerdos entre padres y madres de familia que directamente afecten a los menores.

Mientras que 3 encuestados que constituyen al 10% señalan que no, porque existen muchos aparatos judiciales para tratar este tipo de problemas, no sólo enfocarse en el hecho de la contienda de los padres, sino en el estudio, orientación psicológica y emocional de los menores durante todo el proceso, lo primordial es el bienestar del menor ante todas las cosas; el juez es el garantizador de los derechos de las partes y no, siempre estos defensores ponen

el interés efectivo q debe haber.

**Análisis:**

Estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría que respondieron que, si considera que un defensor público es la institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de los progenitores; porque ya se cuenta con Juez de Familia; y es necesario contar con un defensor público o Curador procesal que sea un abogado para que represente legalmente al niño o adolescente. El defensor público como parte de la Función Judicial estará siempre capacitado en los derechos fundamentales de los menores de edad, y estará capacitado para sumir defensas legales y representar en las audiencias de familia.

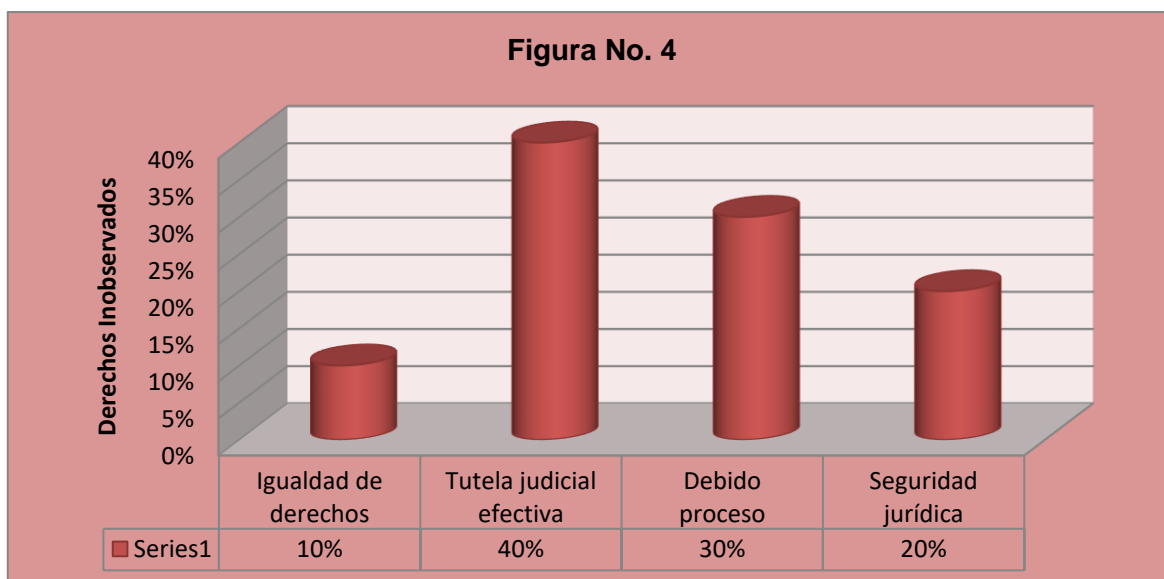
**Cuarta pregunta:** Que derechos constitucionales considera usted, que se inobservan al no contar los niños y adolescentes con el asesoramiento legal de un abogado de confianza durante los conflictos de familia.

- a. Igualdad de derechos ( )
- b. Tutela judicial efectiva. ( )
- c. Debido proceso ( )
- d. Seguridad jurídica ( )
- e. Otros: .....

**Tabla Estadística No. 4**

Indicadores	Variables	Porcentaje
Igualdad de derechos	3	10%
Tutela judicial efectiva	12	40%
Debido proceso	9	30%
Seguridad jurídica	6	20%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja  
Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo



### Interpretación:

En esta pregunta de test de selección de opción múltiple, los 30 encuestados al interrogarles acerca de qué derechos constitucionales se inobservan al no contar los niños y adolescentes con el asesoramiento legal de un abogado de confianza durante los conflictos de familia; señalaron de la siguiente manera: 3 encuestados que representan el 10% escogen la opción de igualdad de derechos; en cambio 12 personas que conforman el 40%, escogen la opción de la tutela judicial efectiva; mientras que 9 consultados que pertenecen al 30%, seleccionaron el debido proceso; por último 6 encuestados que equivalen al 20% indicaron la opción del derecho a la seguridad jurídica.

### Análisis:

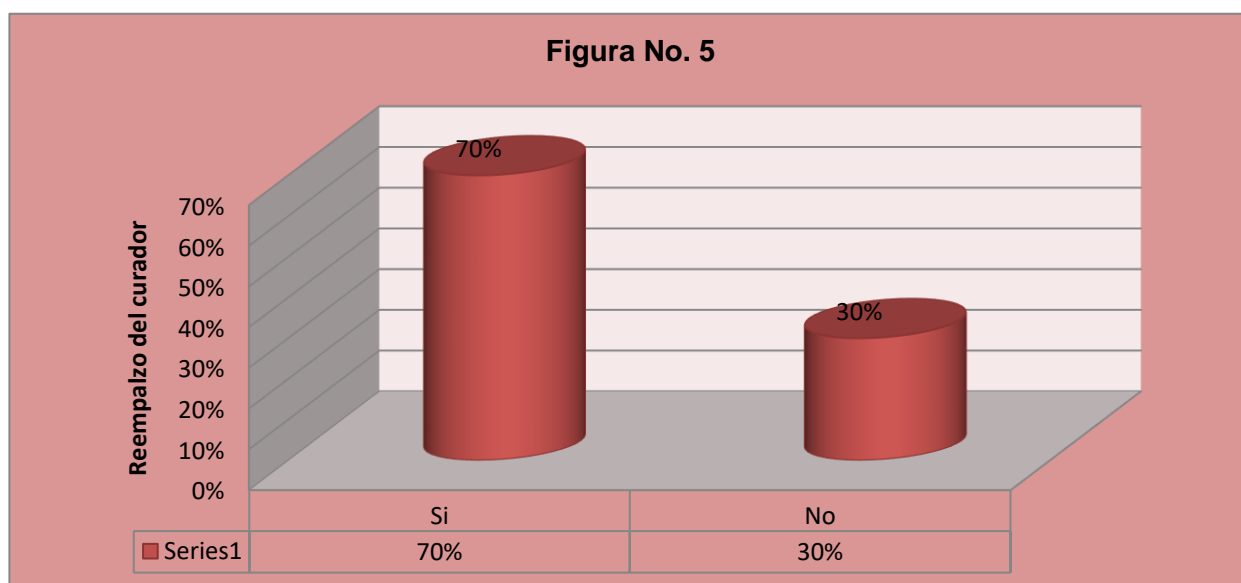
Como se observa la opción de mayor elección es la tutela judicial efectiva que resulta vulnerada cuando un niño en las audiencias de conflictos de familia no está representado por un profesional del derecho, sino por un familiar en calidad de curador ad litem, que impide al menor ser asesorado legalmente para pronunciarse en la audiencia ante el juez y ser oído correctamente en defensa de sus derechos constitucionales. Entendiendo que el menor tiene todo el derecho de acceder ante la administración de justicia y obtener la tutela judicial del Juez de familia, sin embargo, al momento de oír debe el menor estar asesorado por un profesional del Derecho que debería designar el Estado.

**Quinta Pregunta:** ¿Considera indispensable que el defensor público en calidad de Abogado del niño o adolescente, asuma la defensa técnica, y reemplace la Tutor o Curador en las audiencias de familia?

**Tabla Estadística No. 5**

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	21	70%
No	09	30%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja  
 Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo



**Interpretación:**

Respecto de esta pregunta 21 encuestados que pertenecen al 70%, señalan que, si considera indispensable que el defensor público en calidad de Abogado del niño o adolescente, asuma la defensa técnica, y reemplace la Tutor o Curador en las audiencias de familia, por qué; al ser un profesional del derecho, se puede garantizar que se exponga en una audiencia lo que el menor en realidad necesita, así se obtendría mejores resultados a favor de los derechos del menor de edad; además, porque el abogado es un profesional capacitado y conocedor de las leyes, en donde sabe cómo hacer efectivo los derechos de los menores, en todo campo y ámbito. Más que por su preparación técnica del abogado, por el seguimiento que le hace al caso y de esta forma poder defender los derechos de los menores, tratando de dar a conocer las falencias legales o que se estén pasando por alto en el proceso en favor de los menores. El abogado posee los conocimientos suficientes como para objetar o redargüir los hechos que contravengan a sus intereses.

En cambio, 9 personas que corresponden al 30% responden que no es necesario dado que el curador puede desempeñarse para estos menesteres, Porque el abogado solo asistiría al tutor para que se puedan cumplir los derechos de la persona que tiene a cargo, tanto el curador como el defensor público cumplen su papel independientemente.

**Análisis:**

Totalmente de acuerdo con la mayoría porque es indispensable que el defensor público en calidad de Abogado del niño o adolescente, asuma la defensa técnica, y reemplace la Tutor o Curador en las audiencias de familia. Hay que diferenciar todo este tiempo el curador en la audiencia de familia solo responde sí o no, con respuestas sencillas, sin poderfundamentar y apegadas a derecho; en cambio que un abogado o defensor público porsu conocimiento de la ley va a litigar a favor del niño o adolescente para garantizar los derechos del menor que es a quien representa judicialmente; porque los progenitores cada uno estará representado por un abogado particular.

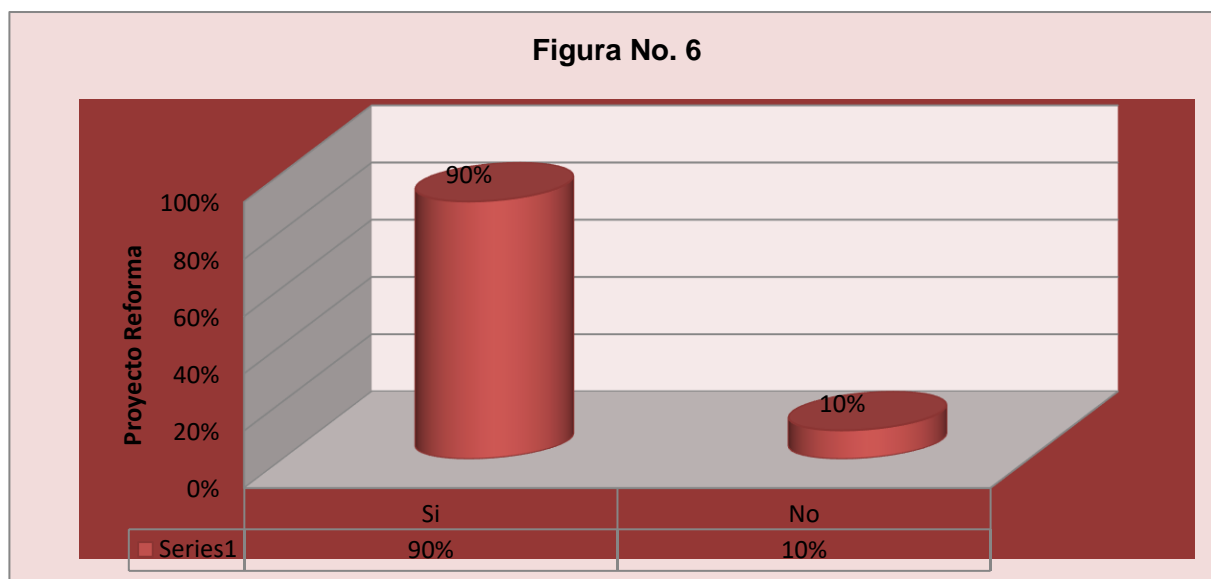
**Sexta pregunta:** ¿Está usted de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al defensor público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia?

**Tabla Estadística No. 6**

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	27	90%
No	03	10%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja  
 Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo

**Figura No. 6**



**Interpretación:**

En esta última pregunta 27 encuestados que equivalen al 90% señalan que, si están de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al defensor público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia, porque solo así podremos garantizar con efectividad que se cumplirán los derechos de los niños y adolescentes. Hay que considerar que han existido muchos errores actualmente y los más perjudicados han sido los menores de edad. Con esto sería más eficiente y eficaz para la resolución de los conflictos legales. Para que se garantice la tutela judicial efectiva de los menores que se encuentran en alguna contienda legal, y puedan ser representados de la mejor manera siendo un grupo de atención prioritaria como lo establece la constitución. Debería estar legislado para que de esta forma los niños y adolescentes tengan una defensa gratuita, óptima y de calidad en cuanto a todos los derechos que les consagra la Constitución de la República del Ecuador, Tratados internacionales y el Código de la Niñez y Adolescencia. Por lo tanto, es una vía idónea el elaborar un proyecto más factible y acorde a un debido proceso judicial, ahorrando una economía procesal y fomentando un desarrollo más favorable en base a una mejor preparación técnica de los profesionales representante de los menores en las audiencias, pudiendo así abordar cada caso de forma más analítica, garantizando los derechos del menor. La defensoría pública es necesaria esta institución especializada encargada de garantizar los derechos de la niñez y adolescencia. Por ser una figura adecuada para representar a los menores en un juicio ya que puede entender el lenguaje jurídico y conocer los derechos de los niños.

Mientras que 3 encuestados que representan el 10% señalan que no es necesaria la reforma legal, porque se crearía innecesariamente una figura y un puesto burocrático que puede más bien ser incrementado en áreas donde se necesita realmente. El curador representa al menor



como adulto, y el defensor como profesional del Derecho.

### **Análisis:**

Estoy de acuerdo con la mayoría en la creación de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al defensor público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia, de esta manera se garantizaría la eficacia del proceso de menores al estar representado legalmente por un profesional del Derecho que velará en la audiencia con su participación en calidad de litigante y representante judicial del menor de edad.

## **6.2 Resultados de las Entrevistas.**

La técnica de la entrevista fue aplicada a diez profesionales del Derecho, entre ellos Jueces de Familia, Docentes Universitarios, abogados en libre ejercicio de la profesión de Loja, de quienes se obtuvo la siguiente información.

**Primera Pregunta:** Qué opinión le merece del derecho que tienen los niños y adolescentes a ser escuchados y recibir una defensa jurídica en los conflictos familiares.

### **Respuestas:**

**Primer entrevistado:** En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra previsto que los niños y adolescentes deben ser escuchados, y las autoridades administrativas y judiciales, deben hacer valer este derecho más aún si es dentro de conflictos familiares.

**Segundo entrevistado:** La defensa debe ser primordial para ellos, ya que están dentro de un grupo vulnerable, por ende, nosotros como profesionales del Derecho somos quienes debemos velar por sus intereses sin perjudicarlos.

**Tercer entrevistado:** El derecho que tienen los niños y adolescentes es un derecho superior y debe ser respetado desde todo punto de vista jurídico y social sobre todo en el ámbito jurídico.

**Cuarto entrevistado:** La Constitución debe primar el principio de Interés superior del niño. Por lo tanto, se observa que en los conflictos familiares cuando se dan las designaciones de los curadores, se nombran muchas veces a los abuelos, los hermanos o a los tíos, entonces estos comparecen sin tener conocimiento legal, únicamente lo hacen para cumplir con lo que señala el procedimiento. Estas personas no tienen derecho ni siquiera a opinar, y sobre todo no podría orientar al menor porque no es un profesional abogado y no sería capaz de beneficiar sobre los derechos consagrados en la Constitución y en el Código de la Niñez y Adolescencia, de los cuales goza el niño.

**Quinto entrevistado:** Es un derecho fundamental que debe ser cumplido por las autoridades de familia en la audiencia donde se encuentre menores de edad en conflictos familiar el Juez deberá oír los niños y adolescentes; sin embargo, quien les asesora de lo que deben de decir en la audiencia a su favor.

**Sexto entrevistado:** Como norma de los principios generales del Derecho toda persona debe ser oída por el juzgador para que tome una decisión. Ante de esto en caso de menores de edad deberá estar representado por un curador por encontrarse sus padres en el litigio como sujetos procesales.

**Séptimo entrevistado:** El derecho de progresividad del niño y adolescente les facultad a ser escuchados por su condición de edad por un profesional especializado en temas de la niñez, adolescencia y familia, por lo tanto, deberá estará asesorado para que pueda expresar su sentir en el juicio frente al litigio de sus padres.

**Octavo entrevistado:** Los menores como toda persona adulta debe estar representada en un juicio por un abogado y en caso de requerir su versión deberá ser escuchado por el juez, previo asesoramiento de su abogado defensor.

**Noveno entrevistado:** Es un derecho fundamental que debe ser respetado y efectivizados por el juez de familia, sin embargo, debe así también haberse designado un defensor público en defensa de sus derechos humanos para que lo represente judicialmente.

**Décimo entrevistado:** El derecho a ser escuchado y recibir defensa técnica los menores de edad es una garantía constitucional que debe ser cumplida efectivamente en los juicios, es decir, el juez velará que el niño cuente con un letrado para que pueda asesorar al niño o adolescente.

**Comentario de la autora:** Todos los entrevistados opinan favorablemente que el menor de edad, debe ser escuchado en audiencia y representado por un abogado en libre ejercicio con la finalidad de no perjudicar sus derechos fundamentales. Recordemos que pretende a un grupo de atención prioritaria y por su edad se encuadra al grupo de vulnerabilidad protegido y garantizados por los tratados internacionales como las Reglas de Brasilia y Declaración Universal de los Derechos del Niño.

**Segunda Pregunta:** Considera usted, importante de que el niño y adolescente sea escuchado y defendido por un profesional del Derecho en las audiencias de familia para garantizar su igualdad de derecho.

**Respuestas:**

**Primer entrevistado:** Los niños y adolescentes deben ser representados por sus padres o por un curador, y éstos pueden ser patrocinados por un defensor público.

**Segundo entrevistado:** Claro que sí, un Abogado es quien debe estar siempre pendiente de ellos, como lo manifesté anteriormente nosotros somos quienes estamos para velar sus intereses, por ellos la defensa siempre debe ser en base a sus beneficios.

**Tercer entrevistado:** Estoy totalmente de acuerdo para que exista seguridad jurídica y cumplimiento en el deber de la protección de los niños y adolescentes.

**Cuarto entrevistado:** Necesariamente es muy fundamental de que el niño, niña y adolescente tal como lo consagra dentro de la clasificación de los derechos constitucionales que se refiere el derecho de las personas y grupo de atención prioritaria, en esta parte se establece los derechos que tienen los menores, entonces es importante que se designe un profesional del derecho en las audiencias de familias ya que, se estaría garantizando la igualdad de derechos.

**Quinto entrevistado:** Completamente de acuerdo que el menor de edad se garantice su derecho a la igualdad ante la ley, en todas las diligencias procesales donde este inmiscuido por causas de controversia legal de sus progenitores.

**Sexto entrevistado:** Claro que, si el menor debe ser escuchado por el Juez, pero para esto primer lugar debe ser asesorado por un profesional del derecho particular o público, quien va a explicar con términos jurídicos el desarrollo del juicio de familia.

**Séptimo entrevistado:** Considero de gran importancia que el niño y adolescente sea asesorado y defendido por un letrado en derecho para que asuma su defensa y brinde asesoramiento gratuito, con la finalidad de prepararlo para que ante el juez exprese su sentir por sus progenitores durante el conflicto de familia que se ventila.

**Octavo entrevistado:** La igualdad de derecho del niño y adolescente debe ser garantizada en todo juicio, de ahí la importancia que el menor cuente con un profesional del derecho para que garantice sus derechos y garantías básicas del debido proceso.

**Noveno entrevistado:** Si es importante toda persona necesita ser escuchado por un juez, no se diga un menor que a cada rato tiene que estar siendo protegido por su vulnerabilidad más aún cuando está en juicio, debe contar con un abogado.

**Décimo entrevistado:** toda actuación del menor en juicio es de importancia y debe estar protegido y representado por un profesional del derecho que asesore bien en el juicio donde

sus padres estar en conflicto y el niño debe ser representado por un abogado.

**Comentario de la autora:** Todos los entrevistados concuerdan que es de gran importancia para garantizar el derecho constitucional a la igualdad, el niño y adolescente debe contar con un abogado, que debería ser designado por el juez y pagado por el Estado, es decir pertenecer a la Función Judicial, para que asuma la defensa en forma gratuita. Todo profesional del Derecho sabrá cómo defender a su patrocinado que sería el niño o adolescente, para lograr que los niños estén listos para cualquier interrogante que le realicen en la audiencia de familia y puedan hacerlo en forma segura y confiable en la audiencia.

**Tercera Pregunta:** Considera usted, que un defensor público garantizaría en audiencia los derechos del niño y adolescente, en reemplazo de los curadores que desconocen del Derecho.

#### **Respuestas:**

**Primer entrevistado:** Los curadores en el caso de desconocer derecho, pueden ser patrocinados por un defensor público otorgado por el Estado.

**Segundo entrevistado:** La respuesta es Sí, ya que nosotros los abogados conocemos del tema y sabemos cómo los tenemos que defender. Los curadores muchas de las veces desconocen del tema y solo aceptan esta representación por un compromiso más no por lo que les conviene a los niños, niñas y adolescentes.

**Tercer entrevistado:** Si, efectivamente es así, un defensor público garantizaría que se respeten los derechos de los niños y adolescentes porque un curador o tutor no puede desconocer del derecho y al desconocer de los aspectos legales y jurídicos no estaría en la capacidad de poder hacer frente a una defensa en la cual posiblemente se vulnere los derechos de los niños.

**Cuarto entrevistado:** Sí, siempre y cuando el profesional del derecho sea designado por el Estado de manera que este obrará de manera imparcial y con ello se estaría garantizando el derecho que tiene los niños y es fundamental de que se designe un defensor del derecho para que pueda garantizar todos los derechos que goza el menor para que puedan así estos menores estar garantizados en la normativa constitucional y la ley de la materia.

**Quinto entrevistado:** Los curadores solo asumen la representación por compromiso del familiar, y en la audiencia solo repiten lo que un abogado le indica; más no representa el sentir del niño o adolescente que está presente en audiencia; por esta razón la importación que asuma la defensa técnica un letrado.

**Sexto entrevistado:** Un profesional del derecho en libre ejercicio siempre hará una buena defensa del niño y adolescente en vez del curador, porque un curado solo representa como familiar, mas no defiende por carecer de técnicas de litigación oral, por no ser abogado.

**Séptimo entrevistado:** Un defensor público al formar parte del organismo auxiliar del juzgado de familia, viene a complementar en la defensa legal del menor y garantiza un debido proceso a favor de interés superior del niño, en cambio que no podría hacerlo el curado por tratarse de un familiar que solo representa sin litigar en audiencia.

**Octavo entrevistado:** La Defensoría Pública actualmente garantizan la defensa de las personas adultas, en este sentido un defensor público garantizaría la defensa del menor de edad, para que no quede en indefensión sus derechos en audiencias de conflictos de los progenitores.

**Noveno entrevistado:** Considero que si el defensor público va a defender de mejor manera al menor de edad en los litigios de familia donde sus padres están en conflicto de divorcios, tenencia, patria potestad, entre otros.

**Décimo entrevistado:** La defensa técnico-jurídica siempre va a realizar de manera correcta un abogado que en este caso sería un defensor público que actuaría en representación legal del niño para hacer prevalecer sus derechos.

**Comentario de la autora:** Comparto las opiniones de los entrevistados porque los niños necesitan de un abogado patrocinador especializado en la niñez, adolescencia y derecho de familia par que garantice sus derechos en todas las controversias que este inmiscuido y pueda ser asesorado y exprese al juez sus inquietudes de manera precisa y en forma legal. El curado como representante familiar solo sirve para eso, sin embargo, ellos no son adiestrados por los abogados particulares y por le función judicial de cómo va a desempeñar su papel de curador frente a las necesidades del niño y adolescente.

**Cuarta Pregunta:** ¿Considera usted, indispensable que mediante la Oficina Técnica del Juzgado de Familia se integren Defensores Públicos especializados en derecho de familia para que asuma las defensa técnico- jurídica en los conflictos patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, derecho sucesorio que estén involucrados menores de edad?

**Respuestas:**

**Primer entrevistado:** Los menores de edad deben estar legalmente representados por sus padres o por un curador, y existen los defensores públicos, quienes podrían realizar la defensa técnico-jurídica.

**Segundo entrevistado:** Totalmente de acuerdo que se integren Defensores Públicos especializados, ya que trabajarían en conjunto con los demás profesionales y así no se vulnerarían los derechos que tiene este grupo vulnerable.

**Tercer entrevistado:** Sí, estoy de acuerdo, el Estado debería proporcionar este tipo de funcionarios, estos cargos que se les impondrían a las personas que vayan a trabajar en este sentido para que así se pueda garantizar el derecho de los niños y los adolescentes.

**Cuarto entrevistado:** Si considero que es indispensable que el profesional que va a participar en las audiencias de conflictos de familia debe pertenecer a la oficina técnica del juzgado de familia para que este no cobre a las partes y que sea el propio estado el que tiene que cancelar o tener su sueldo este defensor designado por el estado para que pueda intervenir en dichos conflictos de familia como curador ad litem.

**Quinto entrevistado:** Claro que sí, debe de existir un defensor público en la Oficina Técnica adscrita al Juzgado de Familia, porque estaríamos hablando de profesionales del Derecho especializados en la rama de la niñez, adolescencia y familia, quien sería competente para asumir defensa de los derechos del niño.

**Sexto entrevistado:** Para que exista corresponsabilidad en funciones y sirvan al Juez de Familia dictar una correcta sentencia, es necesario que se cree el defensor público para que defienda los derechos fundamentales del niño en las contiendas legales que necesite ser representado por encontrarse sus padres como sujetos procesales.

**Séptimo entrevistado:** La Oficina Técnica del Juzgado de Familia como organismo auxiliar a más de contar con profesionales de la medicina, psicología, trabajo social, debe también contar con un abogado en calidad de defensor público para que represente al menor de edad en las contiendas que sus padres estén en conflictos.

**Octavo entrevistado:** Estoy de acuerdo que la Oficina Técnica del Juzgado de Familia integre a un abogado de familia para que asesore y defienda en los litigios donde el niño no tiene representantes legales.

**Noveno entrevistado:** Correctamente todo Juzgado de familia cuenta con el apoyo de la Oficina Técnica con un equipo de profesionales especializado en la niñez que ayudan a emitir informes sobre la situación familiar, afectiva del niño y adolescente, así mismo es indispensable que cuenten con un abogado defensor de los derechos del niño para que litigue a su favor conforme a Derecho.

**Décimo entrevistado:** Comparto con la atribución de la Oficina Técnica del Juzgado de Familia cuenta con un defensor público que deberá ser un abogado especializado en la rama de la niñez, adolescencia, familia y derechos humanos, para que garantice el interés superior del niño en las controversias familiares de sus progenitores.

**Comentario de la autora:** Las opiniones de los entrevistados son valederas por cuanto al existir la Oficina Técnica para atender las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura es el encargado de su creación, como órgano auxiliar de los jueces y juezas de familia, mujer, niñez y adolescencia, de las salas especializadas correspondientes de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia; esta Oficina Técnica es la competentes para auxiliar en los proceso de conflictos de los cónyuges donde hay hijos menores de edad, debe de garantizar el interés superior del niño. El funcionamiento de la Oficina Técnica del Juzgado de Familia la encontramos tipificada en el Art. 235 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el Art. 260 del Código de la Niñez y Adolescencia.

**Quinta Pregunta:** Que sugerencia daría usted para garantizar el derecho a ser oído el niño y adolescente en las contiendas legales de familia.

#### **Respuestas:**

**Primer entrevistado:** Los abogados en libre ejercicio y la ciudadanía debemos exigir a las autoridades administrativas y judiciales el cumplimiento de este derecho que se encuentra previsto en la Ley.

**Segundo entrevistado:** Sería importante que para garantizar todos los derechos que tiene los niños, niñas y adolescentes en un conflicto legal, sean auspiciados por Defensores probos y que sean ellos lo que velen por los intereses que tienen.

**Tercer entrevistado:** Que se preste atención a los niños y adolescentes y sobre todo que se dote de un defensor público para que se pueda garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños ya que se debe proteger sus derechos en todos los ámbitos. Y actualmente no hay un funcionario competente puesto por el estado para que vele por sus derechos, reclame y exija el cumplimiento de sus derechos.

**Cuarto entrevistado:** La sugerencia es que se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia y que se incorpore dentro de la oficina técnica se designe un defensor del derecho para que pueda intervenir en todas las audiencias cuando existe conflictos de familia y el niño este

representado por este defensor de derecho quien va a hacer respetar sus derechos que le consagra la Constitución.

**Quinto entrevistado:** El Estado a través de las instituciones competentes debe realizar capacitaciones sobre este derecho que tienen los niños y adolescentes.

**Sexto entrevistado:** Las autoridades judiciales o Consejo de la Judicatura deben crear la autoridad pública del defensor público perteneciente a la Oficina Técnica, que será un abogado litigante en favor de los derechos de la niñez y Adolescencia.

**Séptimo entrevistado:** Sugiero que los niños y adolescentes sean escuchados por medio de un defensor público que será un abogado que forme parte de la Oficina Técnica.

**Octavo entrevistado:** Des factible que, para ser oído el niño o adolescente por el juez, primero sea asesorado por un Abogado del Estado para que lo represente judicial y extrajudicialmente.

**Noveno entrevistado:** Del derecho a ser oído el niño en audiencia por parte del juez es una garantía constitucional que debe ser respetada, aunque está prevista en la norma constitucional y en el Código General de Procesos, para que conozca la verdad del hecho que deberá decir en juicio de sus progenitores, sin que sus derechos resulten lesionados.

**Décimo entrevistado:** Las contiendas legales de familia donde hay hijos menores de edad, estos van a estar representado por sus curadores, sin embargo, no es suficiente porque no se garantiza con el asesoramiento legal de sus derechos y en principal del interés superior del niño.

**Comentario de la autora:** Como se observa los entrevistados afirman que dentro de las Oficinas Técnica se designen Defensores de Familia para que sean quienes garanticen los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. Recordemos que el derecho de ser oído los niños y adolescentes por parte del Juez lo manda la Constitución y los prevé en armonía con el Código General de Procesos y Código de la Niñez y Adolescencia.

### **6.3 Estudio de Casos.**

El presente estudio de casos se desarrolla con sentencias emitidas por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, Corte Nacional y Sala de Familia del Tribunal Superior de *Atlantis de Colombia*, para ser analizados, interpretados y expuestos en el siguiente estudio jurídico.



## Caso N°1

### 1. Datos Referenciales.

**Sentencia** No. 2691-18-EP/21.

**CASO** No. 2691-18-EP.

**Actor:** M.F.C.R

**Demandado:** M.R.R.S.A

EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

**Fecha:** Quito, D.M., 10 de marzo de 2021.

### 2. Antecedentes.

La accionante señala que la sentencia impugnada vulnera los derechos constitucionales del niño a la identidad, a ser escuchado en los procesos que afecten sus derechos, al principio del interés superior del niño G.E.C.C.; así como los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en las garantías de la motivación y a ser escuchado en el momento oportuno.

En un primer lugar, señala que se ha violentado el derecho del niño G.E.C.C. a la identidad, de escoger libremente sus nombres y el de autodeterminación personal; así como su derecho a ser escuchado en los asuntos que lo afecten.

Indica que el niño G.E.C.C. durante más de once años ha llevado los apellidos “C.R.” y así ha sido reconocido por sus familiares, amigos, compañeros de aula y vecinos, y el hecho que el niño haya sufrido un cambio de apellido sin su consentimiento ha transgredido el derecho a la autodeterminación. Por lo que señala que la sentencia impugnada *“al no amparar la necesidad inmediata de un niño, por restablecer su verdadera y única identidad, por respetar lo que ha decidido ese pequeño ser humano; quebranta el artículo 66, numeral 28 de la Constitución y desconoce el contenido de los artículos 3 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño”*.

En este sentido, señala que los jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro no quisieron escuchar al niño, ni interesarse por saber su opinión, recabar sus sensaciones, aspiraciones y necesidades, violentando el procedimiento constitucional, convencional y legal que se ha establecido para el efecto.

En un segundo lugar, menciona que la presunta vulneración a sus derechos se ha dado a través de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de El Oro, la misma que a su criterio, incumple con una adecuada motivación al contravenir con el “*tes*” de motivación fijado por la Corte Constitucional.

Con base en los argumentos reproducidos, la accionante solicita lo siguiente:

- “1) Que se acepte nuestra demanda de acción extraordinaria de protección.
- 2) Que, mediante sentencia, la Corte Constitucional declare la vulneración de los derechos constitucionales de mi hijo, tanto al debido proceso en la garantía de la motivación, así como la tutela judicial efectiva, el derecho a la identidad, a la autodeterminación personal ya ser escuchado en todo procedimiento que lo involucre.
- 3) Que como medida de reparación se dejen sin efecto la sentencia otorgada en segunda instancia por la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, expedida el 05 de junio de 2018, a las 15h08 y el auto expedido por la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro el día 20 de agosto de 2018, las 08h40, mediante el cual los jueces provinciales que dictaron sentencia negaron los recursos horizontales de aclaración y ampliación solicitados.
- 4) Que se ordene al Registro Civil del Ecuador que proceda de forma inmediata a registrar la identidad de mi hijo bajo la única denominación que es aceptada por él.
- 5) Que esta Corte Constitucional determina de manera clara y contundente, para ante al foro jurídico y dirigida al “gran auditorio social”, una garantía de no repetición, para que ningún niño sea obligado a padecer todo el calvario que está aconteciendo alrededor de este niño”.

De la revisión de la demanda presentada por la accionante, se pueden observar tres alegaciones principales: 1) Alega que se ha violado el derecho del niño G.E.C.C. a ser escuchado en los asuntos que lo afecten y consecuentemente su derecho a la identidad, a escoger libremente sus nombres y el de autodeterminación personal; 2) Que se ha violado el derecho a la defensa en la garantía de ser escuchada, al habersele privado la posibilidad de argumentar en audiencia; y 3) Que la sentencia impugnada carece de motivación.

Por ende, esta Corte procederá a analizar cada una de las alegaciones de la accionante, planteando dos problemas jurídicos a resolver: 1) ¿La sentencia del 5 de junio del 2018, emitida por la Sala de lo Civil Corte Provincial de Justicia de El Oro, ¿vulnera el principio del interés superior del niño y el derecho del niño “G.E.C.C.” a ser escuchado en los asuntos que lo afecten? 2) ¿La sentencia del 5 de junio del 2018, emitida por la Sala de lo Civil Corte Provincial de Justicia del Oro, vulnera el derecho de la accionante a la defensa en las garantías de recibir decisiones judiciales motivadas y de ser escuchado en el momento oportuno?

La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 207-11-JH/20 sobre este principio estableció: *El interés superior del niño, como principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, impone a todas las*

*autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo.*

Bajo la misma línea argumentativa, refirió que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular en la cual deben considerarse las circunstancias concretas de cada niño, niña y/o adolescentes. Entre ellas se encuentran características como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad y el contexto social y cultural. Conforme a ello debe considerarse, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

**Del derecho a ser escuchado de los niños, niñas y adolescentes en procesos donde se discutan sus derechos.** - De acuerdo a la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto 2002<sup>18</sup>, los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana en general, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, las cuales se encuentran consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien estas garantías se reconocen a todas las personas por igual, deben correlacionarse, además, con las medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes garantizadas de forma especial en el artículo 19 de dicho cuerpo normativo de forma que deban ser atendidas en cualquier proceso administrativo o judicial en el que se discuta algún derecho de un niño, niña o adolescente, aquello en concordancia con los artículos 76 y 45 respectivamente de la Constitución.

En relación a lo expuesto, atendiendo en el caso que nos ocupa, al derecho de los niños y niñas y adolescentes a ser escuchados en los procedimientos judiciales o administrativos que los afecte, el mismo se encuentra consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que: "*[l]os Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. **Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional***".

En la Observación General No. 12, el Comité de los Derechos del Niño interpretó el contenido

del referido artículo. Explicó, entre otras cosas que los Estados deben, al menos **garantizar que existan mecanismos para obtener las opiniones de los niños y tenerlas en cuenta;** **(ii) suponer que el niño tiene capacidad para formar sus propias opiniones** y reconocer que tiene derecho a expresarlas y, en esa medida, no le corresponde al niño demostrar que tiene dicha capacidad; y (iii) garantizar que el niño pueda expresar su opinión, no la de los demás, sin influencias o presiones indebidas, lo cual también implica que puede decidir si quiere o no ser escuchado. En adición a ello señaló que (iv) sus opiniones deben considerarse seriamente a partir de su capacidad de formarse un juicio propio; (v) es una exigencia que se aplica a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño; y (vi) en caso de que el niño actúe por medio de representante o apoderado, estos deben ser conscientes de que representan exclusivamente los intereses del niño.

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

En nuestra legislación, el Código de la Niñez y Adolescencia regula el derecho a ser escuchado en los siguientes artículos:

*“Art. 60.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión”.*

Incluso, el legislador ecuatoriano introdujo en el artículo 31 del Código Orgánico General de Procesos (normativa supletoria a la LOGJCC), una regulación específica respecto a las

capacidades procesales, del siguiente modo:

*“Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos”.*

### **3. Decisión**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

- i. Acoger las medidas que reconocen los órganos internacionales a efectos de garantizar la observancia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, contenidas en el párrafo 44 *ut supra*.
- ii. Aceptar parcialmente la acción extraordinaria de protección No. 2691- 18-EP.
- iii. Declarar que la sentencia del 5 de junio del 2018, emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Oro, vulneró los derechos constitucionales de G.E.C.C. a ser escuchado en un procedimiento donde se decidió sobre sus derechos, así como violentó el principio del interés superior del niño.
- iv. Declarar que la sentencia del 5 de junio del 2018, emitida por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Oro, vulneró el derecho a la defensa en la garantía de recibir decisiones judiciales motivadas.

Como medidas de reparación integral se dictan las siguientes:

- i. Dejar sin efecto la sentencia del 5 de junio del 2018, emitida por la Sala de lo Civil Corte Provincial de Justicia del Oro dictada dentro del proceso No. 07333-2018-00644.
- ii. Ordenar que otros jueces de Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Oro conozcan y resuelvan el recurso de apelación interpuesto en el marco de la acción de protección No. 07333-2018-00644; y, en lo principal escuchen en audiencia la opinión del adolescente cuyos derechos se están decidiendo, debiendo tomar en consideración que aquello también implica que el adolescente G.E.C.C. tiene derecho a decidir no ejercer este derecho, y su opinión que será obligatoria de acuerdo a lo establecido por esta Corte en el párrafo 55 *ut supra*.

Para lo cual deben tomarse en cuenta, al menos, los siguientes parámetros:

- v. El Tribunal se asegurará que, el adolescente tome una decisión no coaccionada e informada en el espacio adecuado para el efecto, debiendo requerir el auxilio de la Oficina Técnica de la Corte Provincial de El Oro, con la finalidad de que el adolescente cuente con el apoyo del personal adecuado, quienes le explicarán sobre qué, cómo, cuándo y dónde se lo escuchará.
- vi. El Tribunal escuchará al adolescente en un ambiente de confianza, para lo cual deberá requerir el apoyo de un trabajador social y un psicólogo de ser necesario. En el lugar donde

se escuche al adolescente, no podrán estar presentes ni la madre, ni la abuela del adolescente.

- vii. El Tribunal deberá presentar un informe mensual a la Corte Constitucional respecto del desarrollo del proceso hasta su finalización.

#### **4. Comentario de la Autora.**

Como se observa en el presente caso las autoridades de primer nivel omitieron escuchar en audiencia al niño, y más aún que esté representado, a pesar de que el asunto administrativo lesionaba su derecho a la identidad por el cambio de apellido. Los jueces omitieron pese de existir norma expresa constitucional y en armonía con el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos. No existió un representante del Estado en calidad de abogado que asuma la defensa del niño para que explique cuidadosamente sobre el trámite administrativo que se realizaba en la Registro Civil en lo concerniente al cambio de apellido, lo que le podría acarrear a futuro.

Se debe considerar que los niños, niñas y adolescentes están dotados de capacidades para formar sus propias opiniones y que tienen derecho a expresarlas dentro de los procesos judiciales que atañen a los asuntos que los afecten, los jueces como guardianes protectores de los derechos comunes al ser humano y los específicos derivados de su condición, tienen la obligación de evaluar caso a caso y determinar en razón de las circunstancias específicas de cada niño, niña y adolescente, su interés superior para acordar la participación de éste dentro del proceso.

En tal sentido, esta Corte advierte que, los jueces, al inobservar el derecho a ser escuchados de los niños, niñas y adolescentes podrían conducir a la vulneración de los derechos que buscan determinarse en las causas sometidas a su conocimiento. Es por ello que este Organismo reitera que, la autoridad judicial deberá analizar y matizar caso a caso las condiciones específicas de cada niño o niña en concreto y su interés superior para acordar la participación de éste.

En conclusión, de la lectura de la sentencia impugnada y de la revisión del expediente la Corte verifica que la sentencia del 5 de junio del 2018 vulneró el derecho a ser escuchado de G.E.C.C, así como el principio del interés superior del niño como norma de procedimiento. Siendo importante contar como un órgano auxiliar del Juzgado de familia al defensor público para que asesore y defienda los intereses de los niños y adolescentes en todo tipo de trámite.

## Caso N°2

### 1. Datos Referenciales.

**Juicio** No. 07317-2018-00027.

**Resolución:** No. 0145-2019 - CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

**Actor:** E.C.S.P.

**Demandado:** A.A.A.P. representante legal de los menores.

**Fecha:** Quito, D.M., 09 de julio de 2019.

### 2. Antecedentes.

En el juicio ordinario que por cobro de dinero sigue E.C.S.P. en contra de A.A.A.P. como representante legal de los menores L.M.S.A. y J.D.M.A., la demandada interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2018, las 09h39, por un tribunal de jueces la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, la que, confirma la sentencia de primer nivel, que declara parcialmente con lugar la demanda y dispone el pago de la suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más los intereses legales a partir de la fecha de la citación con la demanda, calculados de conformidad con las regulaciones del Banco Central, sin costas.

Invocando el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.”, la recurrente acusa infracción de los artículos 44 de la Constitución de la República, 108 del Código de la Niñez y adolescencia y, 107.3 del Código Orgánico General de Procesos.

Aduce que, la actora demanda a sus nietos menores de edad, hijos del deudor, quien, según afirma la actora, le adeudaba la cantidad de veinte mil dólares, al ser los menores los únicos herederos del causante, a fin de que sean ellos quienes paguen la deuda; que, la jueza de primer nivel al calificar la demanda, anuncia que a estos menores se le debe asignar un curador ad litem por los posibles conflictos de intereses con la representante legal; que, *dicha curaduría no se otorga, lo que constituye falta de aplicación de las normas procesales*, con lo cual se omite una solemnidad sustancial en el trámite del juicio, como es la legitimidad de personería pasiva de los demandados, prevista en el artículo 107.3 del Código Orgánico General de Procesos; que esa curaduría ad litem debió otorgarse para los menores, especialmente cuando la madre está ventilando un trámite de reconocimiento postmortem de unión de hecho, y posterior reclamo de gananciales, lo que fuera anunciado por escrito, derecho a un curador que sostiene es irrenunciable de los menores, de conformidad con el

artículo 44 de la Constitución de República; que, el artículo 32 del Código Orgánico General de Procesos determina la necesidad de designar un curador especial para la representación de los menores cuando existan conflicto de intereses con sus representantes legales; que, el artículo 108 del “Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia” (sic) determina la suspensión de la representación por causa del conflicto de intereses; que, la **Resolución** No. 10-2016 de la Corte Nacional de Justicia, establece la necesidad de nombrar curadores en los casos en que se ventilen asuntos de menores en posibles conflictos de sus intereses y los de sus padres, que toda esta normativa tiene como propósito que, ante una posible y segura contraposición de intereses entre la madre y sus hijos, cuando se iban a afectar “derechos heredenciales” (sic) omisión que causa la nulidad del proceso e indefensión a los menores, violentando el artículo 107.3, que ocasiona la falta de legitimidad de personería pasiva, por el hecho de haber sido representados en el juicio por su madre que también tiene interés en la masa hereditaria dejada por su extinto conviviente con respecto a sus gananciales como cónyuge sobreviviente; que, la nulidad reclamada cumple con los principios que rigen estas nulidades, el de especificidad, porque está fijada en la norma ya enunciada, y el de trascendencia porque es decisiva para la causa; que constituye la falta de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias debiendo aplicar la norma sustantiva respecto a que el “*menor incapaz*” (sic) *debe estar representado por su curador*; que la falta de legitimidad de personería compromete la actuación de quien comparece a juicio en calidad de actor o demandante; que por el hecho de que la madre tiene interés en la masa hereditaria dejada por L.A.M.S., desde que está reclamando derecho de viudez (reconocimiento de unión de hecho post mortem), la juez de primera instancia debió asegurar una eficaz y legítima defensa para los menores, nombrado un curador ad litem, que la Sala de segunda instancia debió también haber advertido esa violación de los derechos de los menores que son irrenunciables y dictar la nulidad de la causa desde la calificación de la misma.

Al Tribunal, en virtud de los términos en los que se formula el recurso aceptado a trámite, le corresponde resolver:

*Si la no designación de curador ad litem para los hijos menores de edad, representados por su madre, provoca la nulidad de la causa, por un supuesto conflicto de intereses, al pretender la madre de éstos proponer una acción de declaración de unión de hecho, en contra de los menores, en representación de su fallecido padre.*

El artículo 32 del Código Orgánico General de Procesos dispone “Representación de menores de edad e incapaces. Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el



padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes.

Se entiende por conflicto de intereses la colisión de pretensiones nacida de la incompatibilidad con los fines o el objeto que persiguen los contendores, en las relaciones parentales cuando el beneficio de los unos se opone o menoscaba el de los otros desde el punto en que la representación de los progenitores interfiere con los derechos de los hijos.

Al respecto, es preciso señalar, que el artículo 301 del Código Civil dispone: “En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre o a la madre que ejerza la patria potestad, para que represente al hijo en la litis. Si el padre o la madre que ejerza la patria potestad no pudiere o no quisiere prestar su representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis.”, norma que ha de aplicarse junto con el artículo 32 del Código Orgánico General de Procesos que determina que los menores bajo patria potestad serán representados por el padre o madre que la ejerza, estableciendo como única excepción que haga imposible la aplicación de esta regla, la existencia real de un conflicto de intereses de los progenitores con los de sus hijos, en cuyo caso, procede la dotación de un curador especial, con el propósito de garantizar que sus derechos no sean menoscabados, en este caso, el interés de la madre es el mismo que el de los hijos, evitar el desmedro de los bienes sucesorios, en bien de su supuesto haber social y en bien de los intereses de sus hijos, demandados por un tercero.

## **1. Decisión:**

Escuchadas las partes procesales y analizado el expediente no se encuentra que en el desarrollo del proceso se haya incurrido en los vicios previstos en el artículo 268.1 del Código Orgánico General de Procesos que hayan provocado nulidad insanable o causado indefensión, al actuar la madre como legitimada pasiva en representación de sus hijos menores por así disponerlo la ley, los jueces que han resuelto las instancias, no han considerado existir contraposición de intereses entre ella y sus representados, razón por la que no han designado curador especial para la Litis; este tribunal señala que, el conflicto de intereses debe ser real y actual; no puede sustentarse en beneficios futuros o hipotéticos, en cuanto la petición de declaratoria de unión de hecho y la posibilidad de reclamar gananciales de la sociedad de hecho que pudiere ser establecida, es un hecho incierto, además de no implicar intereses opuestos, en la medida del beneficio que provee a sus hijos menores y a la madre la defensa directa de los bienes de sus representados, inclusive por las pretensiones expresadas por la recurrente.

La falta de designación de curador para los menores argüida no ha significado falta de legitimación ni detrimento del derecho a la defensa de los menores o, vulneración del debido proceso que provoque nulidad procesal, no justificado el cargo contra la sentencia sedesecha.

Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, no casa la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2018, las 09h39, por un tribunal de jueces la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro.

## **2. Comentario de la Autora:**

En el presente caso se observa que los jueces de los dos niveles y de casación no consideran necesario la designación de curador ad litem, para que represente a los hermanos menores que han sido demandados por la abuela para que paguen deudas civiles contraídas por la madre de los menores de edad. Durante los tres juicios de cada nivel no existe la designación de un curador ad-litem o especial; por lo que el trámite prosigue hasta llegar a la ratificación de la sentencia para que los menores cancelen la cantidad de pago de la suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más los intereses legales.

De conformidad al caso 1 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos prevé nulidad procesal si se ha causado nulidad insanable o indefensión y que ello haya influido en la decisión de la causa por la gravedad de la transgresión, invocándolo, la recurrente denuncia vulneración del artículo 107.3 del Código Orgánico General de Procesos, el artículo 108 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el artículo 44 de la Constitución de la República y la Resolución No. 10-2016 de la Corte Nacional de Justicia, argumentando la falta de legitimación pasiva *por falta de designación de curador ad litem de los hijos menores de edad*, al entender la madre, representante de aquellos, que sus intereses están en oposición con el de sus hijos por haber iniciado acción legal de declaración de unión de hecho post mortem y su intención de reclamar judicialmente gananciales como causa de nulidad.

### **Caso N°3**

#### **1. Datos Referenciales.**

**Sentencia** T-663/17

Sala de Familia del Tribunal Superior de *Atlantis*.

Secretaría de Integración Social de *Atlantis* del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra el Juzgado XX de Familia de *Atlantis*.

**Acciones:** de Tutela

**Actor:** Defensoría de Familia

**Demandado:** M y P. padres de la menor.

**Fecha:** Bogotá, D. C., treinta de octubre de dos mil diecisiete.

## 2. Antecedentes.

*La Juez de Familia debió aplicar el principio del interés superior del niño, en especial los criterios fácticos y jurídicos (fundamentos 26 y 30 de esta providencia), con el fin de evaluar la medida de declarar en situación de adoptabilidad al menor. Según el criterio fáctico, el Juzgado debió ser más cuidadoso en la ponderación de los hechos que fueron puestos a su consideración durante el proceso a partir de su ejercicio probatorio.*

Los referidos asuntos atienden a tres acciones de tutela promovidas por la Defensoría de Familia contra el Juzgado XX de Familia de *Atlantis*, para buscar la protección de los derechos fundamentales de dos niñas. Lo anterior, debido a que en diferentes providencias el referido juzgado se negó a homologar las resoluciones emitidas por la Defensoría de Familia que declaraban a las menores de edad en situación de adoptabilidad.

### **Hechos que generaron la presentación de las dos acciones de tutela:**

El 29 de noviembre de 2014, la Policía de Infancia y Adolescencia de *Atlantis* dejó a disposición de la “Comisaría del CAPIV” a *Esperanza*, para ese momento de 8 años de edad, debido a que estaba perdida. Ese mismo día la niña fue llevada al Centro Único de Recepción de Niños y Niñas de *Atlantis*, en adelante CURNN, y fue puesta a disposición de la Defensoría de Familia. Una vez registrada en el CURNN, *Esperanza* fue evaluada por Medicina Legal y ante dicha entidad la niña manifestó que: “mi mamá se fue a tomar con mi papá y cuando llego se olvidó que nos había dado plata y nos pegó”. Medicina Legal le otorgó 7 días de incapacidad a la niña. Debido a estos hechos, ese mismo día -29 de noviembre de 2014-, la Defensoría profirió auto de apertura de investigación. Según afirmó esa entidad en las acciones de tutela, los padres de la niña se presentaron a entrevista con el equipo psicosocial del ICBF, el 3 de diciembre de 2014.

Con posterioridad, el auto de apertura de la investigación fue notificado personalmente a la madre de la niña – *Minerva* – el 12 de febrero de 2015, y al padre –*Pegaso*– el día 20 del mismo mes y año. Indicó la Defensora que en las respectivas declaraciones que realizaron los padres al momento de notificarse del auto, reconocieron que “maltrataban a su hija con correa [y] ortiga”. Por lo anterior, **el 26 de febrero de 2015, se presentó una denuncia contra los padres de *Esperanza* por el delito de violencia intrafamiliar y maltrato infantil.**

Así mismo, la Defensora advirtió que el 11 de febrero de 2015, el señor *Hefesto*, en calidad de arrendador de la casa donde vivía la niña, se ofreció a asumir su custodia. Sin embargo, el 9 de marzo de 2015, la niña fue sometida a una evaluación psicológica en la cual se confirmó el maltrato con correa y ortiga que ella recibió de sus padres y, además, se

descubrieron “hechos de un presunto abuso sexual por parte del dueño de la casa Sr. Hefesto”.

Por tal motivo, la niña fue remitida al centro “XX” para iniciar un proceso terapéutico. De igual manera, la Defensoría presentó denuncia contra Hefesto, para que se investigaran los hechos relacionados con el presunto abuso sexual.

La Defensoría afirmó que el 19 de marzo de 2015, los padres de la niña fueron notificados y citados para que asistieran a la “Audiencia de práctica de pruebas” que se realizaría el día 26 siguiente. Sin embargo, según se indicó en la acción de tutela, los progenitores no asistieron.

Con posterioridad y dentro del proceso administrativo de restitución de derechos, en adelante PARD, de *Esperanza*, se notificó y llamó a declaración a dos tías paternas, a quienes se les preguntó si estarían dispuestas a hacerse cargo de la niña. La primera – *Aurora*– respondió: *“si pues yo podría hacerme cargo de la niña, pero es un tema que tendría que hablar con mi compañero, por ahora lo que me interesa es visitarla y apoyar a mi hermano”*. Con posterioridad, *Aurora* comunicó a la Defensoría que había hablado con su familia y habían concluido que no tenían medios para hacerse cargo de *Esperanza*. La segunda –*Doris*–, indicó: *“es mucha responsabilidad y tengo dos hijos”*.

El 24 de octubre de 2015, la Defensoría entrevistó a la madre de la niña, quien, manifestó, entre otras cosas que: *“tengo dificultades con mi esposo, se han presentado situaciones de violencia intrafamiliar, me ha maltratado físicamente y con amenazas en una oportunidad estando los niños presentes”*. El 28 de octubre siguiente, la Defensoría entrevistó al padre de la niña, quien sostuvo: *“la mamá de los niños... trabaja en la calle del Bronx en una tienda vendiendo cerveza y monedas para las máquinas y rockolas cuando deja a los niños con la abuela materna es un riesgo, porque esta señora consume SPA...”*. Ese mismo día, los progenitores de *Esperanza* fueron remitidos a la Comisaría de *Atlantis* por violencia intrafamiliar.

El 26 de febrero de 2016, se les citó a la “Audiencia de fallo” a la que, al parecer, sólo asistió el padre de la niña. En dicha audiencia la Defensoría propuso que la menor de edad quedara en situación de adoptabilidad, sin embargo, su padre y una de sus tías paternas se opusieron a la medida. Por ello, el PARD se envió al trámite de homologación ante un juez, en cumplimiento al artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ese trámite fue asignado por reparto al Juzgado XX de Familia de *Atlantis*, quien después de decretar pruebas y analizar la situación de la pequeña, decidió no homologar la resolución mediante la cual se declaraba su situación de adoptabilidad y, en consecuencia, ordenó su reintegro *“inmediato”* al seno familiar.

### **Primera Acción de Tutela – Expediente T-5.929.560**

La primera acción de tutela fue presentada el 1º de noviembre de 2016, y en ella se relataron los antecedentes ya reseñados. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Atlantis* admitió la solicitud de tutela, ordenó notificar al Juzgado demandado y vinculó a todos los intervinientes en el proceso de homologación de *Esperanza*, para que rindieran informe sobre los hechos narrados. Así mismo, solicitó copias auténticas *“de todo lo actuado en el trámite de homologación de la Resolución N° XX de 22 de febrero de 2016, en relación con la menor..., el cual se identifica con el número de radicación 20016-0166”*.

Explicó que si bien es cierto se presentaron episodios de violencia intrafamiliar en el hogar de *Esperanza*, también lo es que los padres de la niña solicitaron a la Procuraduría su intervención y vigilancia administrativa, con el fin de *“asumir el rol de padres, asistiendo a los cursos psicoterapéuticos consistentes en pautas de crianza, roles paternos y maternos, toxicología y alcoholismo, que sean necesarios...”*. Aclaró que los padres sí asistieron a los cursos ordenados por la Defensoría de Familia, pues existen las constancias que fueron aportadas a la historia de atención respectiva.

Para la Procuraduría, los hechos de violencia en que incurrieron los padres de *Esperanza* son *cultura familiar, machista y autoritaria, pero esta situación no puede ser la base para prescindir de los derechos de los padres y de los derechos de la niña a tener una familia y a no ser separada de ella*”. Explicó que en este caso son necesarias medidas de *“reeducación”* de los progenitores, en beneficio del proceso formativo de la niña. También sostuvo que la separación y la resolución de adoptabilidad no puede ser la única solución ante las dificultades que se presentan en las familias, situación que parece ser el proceder de la Defensoría de Familia que conoce el caso.

### **3. Sentencia única de instancia:**

El 15 de noviembre de 2016, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Atlantis* negó el amparo, toda vez no encontró arbitrariedad o capricho en la decisión adoptada por el Juzgado XX de Familia de *Atlantis*, sobre la no homologación de la situación de la situación de adoptabilidad de *Esperanza*.

En el asunto bajo estudio la Sala observó que *“no existe un total abandono de los padres y de la familia extensa hacia la menor, que los progenitores acataron las órdenes dictadas, dentro del trámite administrativo, tendientes a que el grupo familiar se restableciera, tales como el cambio de lugar de residencia y la asistencia a talleres, aparte de que con las pruebas recaudadas durante la homologación, interrogatorios de parte y visitas sociales, se estableció que en el hogar de la menor hay unidad familiar, cuidados y atención hacia sus otros vástagos, quienes se encuentran estudiando y asistiendo a actividades extracurriculares, patinaje y batuta, aparte de que la progenitora no está trabajando para poder cuidarlos, de lo cual concluyó que la mera situación económica no puede ser pretexto para aplicar una sanción tan*

*grave como la que se tomó...”.*

La Defensora de Familia impugnó el 28 de noviembre de 2016, sin embargo, este recurso fue negado debido a su presentación extemporánea.

### **Segunda Acción de Tutela – Expediente T-6.032.112**

La segunda acción de tutela fue presentada el 2 de diciembre de 2016. La Defensora precisó que, a pesar de que esta actuación también busca dejar sin efectos la sentencia del Juzgado XX de Familia de *Atlantis*, se presentaron hechos nuevos que permiten incoar un nuevo amparo.

En efecto, señaló que en aras del cumplimiento de la orden de reintegro al núcleo familiar de la niña *Esperanza*, se realizó una intervención por parte del equipo psicosocial de la Institución *Invernalía*. Indicó que, al conocer la decisión de reintegro, la niña *“presentó una reacción adversa, de rechazo hacia el reintegro, miedo y angustia”*.

Debido a lo anterior, presentó una solicitud al Juzgado XX de Familia de *Atlantis* para que le permitiera llevar a cabo la respectiva preparación psicológica de la niña *Esperanza* y un trabajo terapéutico con los padres, con el fin de evitar un reintegro forzoso y de crear vínculos afectivos entre la niña y su familia biológica. Sin embargo, ante tal solicitud el Juzgado se declaró incompetente.

Según la Defensora, con esa nueva decisión denegatoria se vulneraron los derechos fundamentales de *Esperanza* a la salud mental, psicológica y emocional, a la integridad personal, a la vida, a un ambiente sano y a la protección contra el abandono físico, emocional y psico-afectivo.

### **Respuestas de las partes e intervinientes:**

#### ***Juzgado XX de Familia de Atlantis:***

Después de reiterar algunos argumentos presentados en la primera acción de amparo, puso de presente que en realidad esta acción de tutela ataca el fallo proferido por la Sala de Familia del Tribunal, en sede constitucional, por lo cual resulta abiertamente improcedente, pues se trata de una tutela contra tutela.

Reitera que, tal y como lo avizoró el Tribunal Superior, la decisión tomada en el caso de *Esperanza* tiene respaldo probatorio, fáctico, jurisprudencial, legal y constitucional. Además, está fundada en el interés superior de la niña y en su derecho a conservar su familia, quien manifestó a funcionarios del ICBF que no quería estar allí y que no entendía *“porque los hermanos no pueden estar con ella”*. Por último, advirtió que la acción de tutela es temeraria y por ello deben ser impuestas las sanciones a que haya lugar.

#### ***Defensoría de familia adscrita al Juzgado XX de Familia de Atlantis***

La Defensora resaltó que sí se presentaron hechos nuevos en el presente caso, por tanto, la acción es viable. Reseñó la valoración psicológica adelantada por el equipo psicosocial de la Institución *Invernalía*, en la cual, se advirtió del “*riesgo inminente, real y palpable*” en que se encuentra la niña de cumplirse el fallo de reintegro al grupo familiar. Explicó que existe una ruptura grave del núcleo familiar que no puede ser ignorado por los funcionarios judiciales. Por tanto, la Defensora solicitó que en este caso se permita al ICBF continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, a efectos de verificar las condiciones que los padres le pueden ofrecer a *Esperanza*. Afirmó que sólo con un proceso terapéutico de apoyo psicosocial al medio familiar se puede reactivar un vínculo “*que se encuentra muy deteriorado [ya que] hace más de un año que la menor no tiene contacto consus progenitores y se ha generado en ella un profundo distanciamiento y rechazo*”.

La Procuraduría XX Judicial X de Familia solicitó que se negara esta segunda acción de tutela, al estimar que el Juzgado XX de Familia tomó la decisión correcta al no homologar la Resolución de adoptabilidad de *Esperanza* y ordenar su reintegro al hogar. Para la Procuraduría es claro que el reintegro de la niña debe hacerse tras un proceso psicológico de apoyo y protección.

Adicional a ello, resaltó que los hechos narrados por la Defensoría en las acciones de tutela son contradictorios y omiten hechos relevantes que deben ser tenidos en cuenta. Así explicó con varios ejemplos:

La defensora, basada en el informe psicológico de la Institución *Invernalía*, afirmó equivocadamente que la niña había huido de la casa varias veces. Según pudo comprobar la Procuraduría, lo anterior no es cierto y, por el contrario, lo que se extrae de la historia de atención de la niña es que fue hallada por la Policía porque se perdió en un parque en el que se encontraba con sus tres hermanos el día 28 de noviembre de 2014. Para la Procuraduría resulta contradictorio que la Defensoría argumente que la niña no puede ser reintegrada al hogar porque “*volvería a escaparse de su casa*”, cuando al parecer, la niña se extravió, no se escapó.

Otra de las contradicciones que pone en evidencia la Procuraduría, es que la Defensoría de Familia y el ICBF afirman constantemente, “*hasta el extremo de acudir a los medios de comunicación radiales (CARACOL y RCN)*”, que los padres de *Esperanza* “*abandonaron a su hija desde el momento en que fue entregada por la policía al ICBF y que desde esa fecha hasta el momento han pasado más de 2 años sin que los padres se hayan interesado por su hija*”. Contrario a estas afirmaciones, la Procuraduría advierte que los padres han buscado afanosamente ubicar a su hija, y que hasta el momento en que supieron donde se encontraba, fueron a visitarla. La Procuraduría explica que hubo un lapso de tres meses en el cual los padres no fueron a su encuentro porque pasaban por una difícil situación sentimental.

Por todo lo anterior, la Procuraduría insistió en que, si bien hubo errores por parte de los padres en los patrones de crianza, también lo es que los mismos necesitaban orientación y apoyo para cambiar sus pautas de educación. Sin embargo, lo que obtuvieron del ICBF fue la imposición de una de las medidas más severas y drásticas como la declaración de adoptabilidad de la niña. Por consiguiente, consideró que la decisión adoptada por el Juzgado XX de Familia de *Atlantis* fue la acertada.

Por último, resaltó que el reintegro de la niña al hogar es una medida necesaria para proteger los derechos de ésta, que debe estar precedida de una *“etapa previa de preparación y apoyo psicológico para el egreso del sistema de protección de la niña”*. Etapa que *“ya se está realizando por parte de la Defensoría de Familia, toda vez que ha hecho tratamiento psicológico a la menor de edad y una visita social al medio familiar al lugar de residencia de los padres”*.

### **1. Sentencia de primera instancia**

El 16 de diciembre de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Atlantis*, negó el amparo solicitado por la Defensora de Familia al estimar que la orden del Juzgado XX de Familia de *Atlantis* no es contraria a la Constitución ni a la Ley. Adicional a ello, para el Tribunal es claro que, de acuerdo con la Ley, existe un marco de acción para la entidad administrativa, en este caso el ICBF y la Defensoría, respecto del cumplimiento de la orden de reintegro de la niña a su hogar. Sostuvo que *“a quien le corresponde garantizar sin mayor traumatismo el ingreso de la menor de edad a su núcleo familiar es al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR”*.

Sin embargo, al evidenciar la resistencia presentada por la parte activa, el Tribunal tuteló de manera oficiosa los derechos fundamentales y prevalentes de la menor de edad. En consecuencia, ordenó al ICBF: *(i)* diseñar un plan de intervención con la participación de un equipo interdisciplinario, para buscar el reintegro al medio familiar; *(ii)* incluir a los progenitores en programas de asesorías de padres en la formación de pautas de crianzas y de educación; y *(iii)* orientar e implementar un programa de acompañamiento a la familia de la menor de edad, en procura de obtener los beneficios sociales y económicos que brinda el Estado.

### **Impugnación**

La Defensoría impugnó la anterior decisión, pues consideró que el Tribunal no tenía razón en establecer que el ICBF o la Defensoría cuentan con el referido marco de acción. Así mismo, porque considera que el Tribunal falló sin revisar las pruebas obrantes en el expediente. Debido a lo anterior, y a otros reparos, la Defensoría solicitó que se homologue la Resolución de adoptabilidad de la niña *Esperanza*.



## **2. Sentencia de segunda instancia**

La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, a través de sentencia del 9 de febrero de 2017, confirmó la decisión. Para la Sala, en primer lugar, era evidente que la mayoría de los argumentos estaban dirigidos a atacar una decisión judicial que ya había sido objeto de estudio (la sentencia de no homologación), por tal razón, estimó que la presente acción reflejaba un *“empleo excesivo de esta herramienta especial de salvaguarda constitucional”*.

En segundo lugar, encontró que del escrito de impugnación se advierte la inconformidad de la defensora con la decisión del juez de familia, respecto del tiempo que debe tomar el proceso de reintegro de la niña a su hogar. Para la Sala, esa discusión también estaba zanjada en tanto el mismo Juzgado le informó a la defensora que ella era la competente para determinar las acciones necesarias para cumplir las órdenes emitidas. Por lo cual, la defensora tiene un deber de intervenir *“de manera diligente y eficaz, propendiendo por el restablecimiento de los vínculos paterno y materno filiales con la menor...”*.

Por último, la Sala destacó que la adopción es una de las medidas más extremas que pueden tomarse en torno a los hijos, razón por la cual, ésta sólo se puede ordenar ante la imposibilidad de materializar otras gestiones tendientes a restablecer el orden familiar.

## **4. Comentario de la Autora:**

Como se puede apreciar en la legislación y administración de justicia de la República de Colombia el Juez de Familia cuenta con dos organismos auxiliares para administrar justicia y dictar la respectiva sentencia a favor de los niños y adolescentes; estos son la Defensoría de Familia y la delegación de la Procuraduría, que son profesionales del Derecho que garantizan los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia en los casos de controversias que se lleguen a presentar.

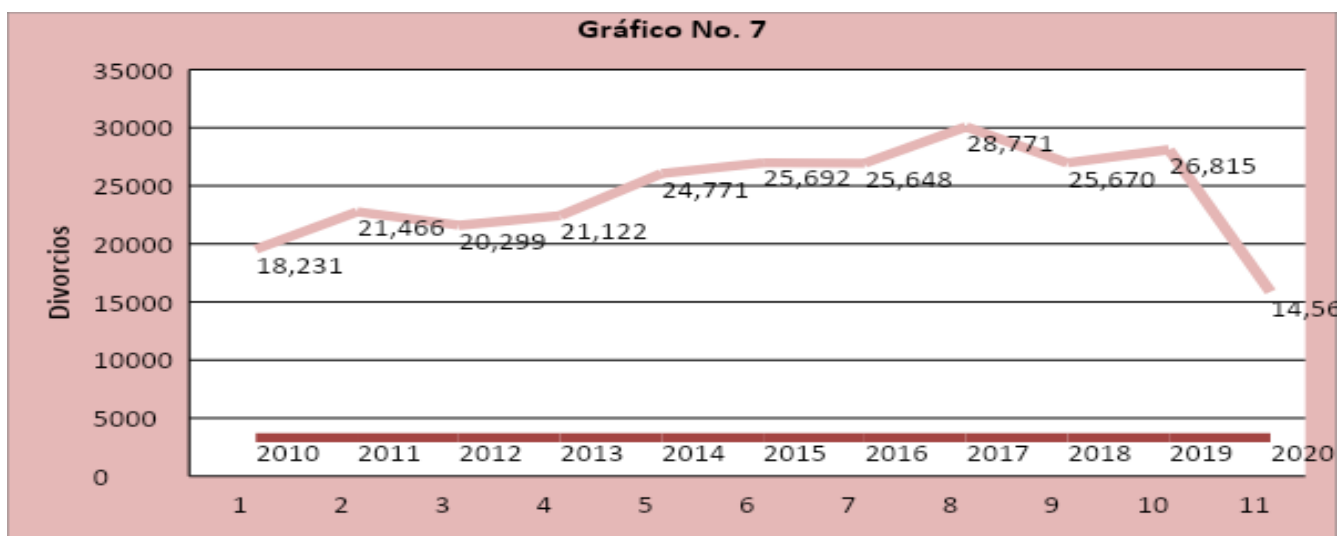
Se observó en este caso que se trata de la vulneración de derechos de una niña tanto de violencia intrafamiliar por parte de sus progenitores, como de abuso sexual del representante que la cuidaba; por lo tanto, la Defensoría de familia propone acciones a seguir a la Fiscalía presentado la respectiva denuncia en contra de los agresores de la niña. En la legislación colombiana hablamos de una Defensoría de Familia adscrita al Juzgado XX de Familia de Atlantis. Conforme lo que se está guiando para el Ecuador que la Defensoría Pública intervenga oportunamente a favor de la niñez y adolescencia.

## 6.4. Análisis de Datos Estadísticos.

### 6.4.1. Registros Estadísticos de Divorcios 2010 - 2020.

Según estos datos de igual forma en los divorcios se registra una disminución de 45.7% al pasar de 26.815 casos en 2019 a 14.568 en 2020.

Figura 2. Número de Divorcios, periodo 2010 – 2020



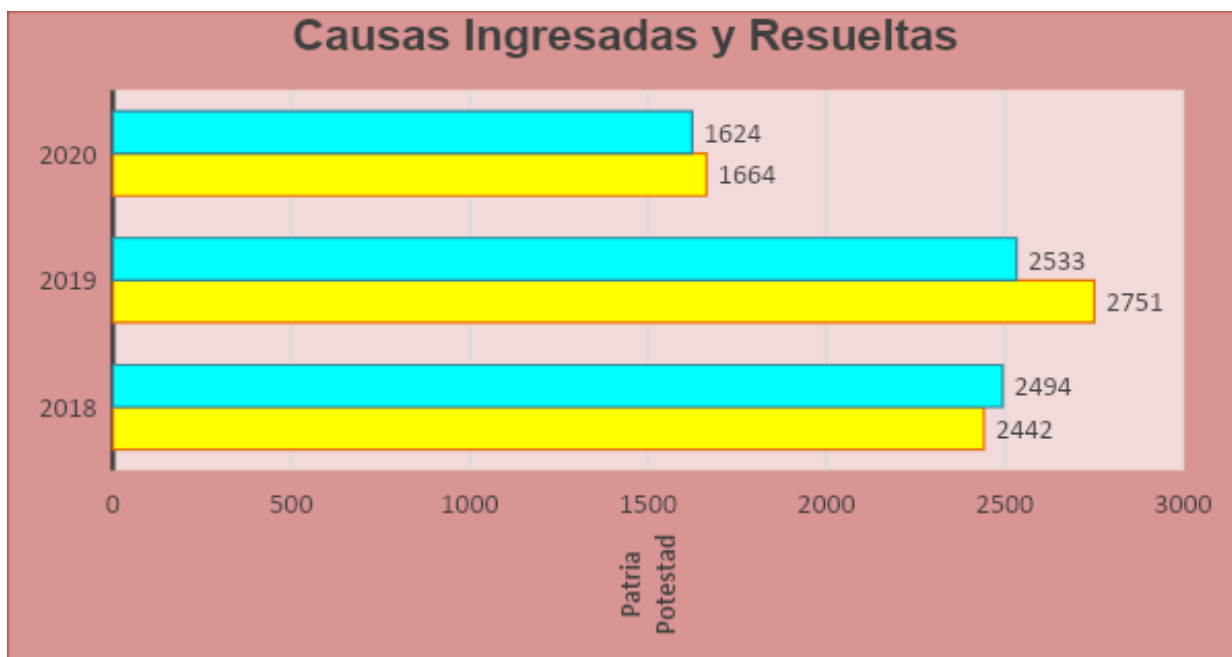
Fuente: INEC. Boletín Técnico No. 01-2021 REMD.

Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo

#### 6.4.1.1. Análisis e Interpretación de la autora:

Mediante la obtención de datos estadísticos del INEC se puede apreciar la gran cantidad de divorcios que se suscitan en el Ecuador durante el periodo del 2010 hasta el 2020 asciende a 253.053 divorcios, de los cuales, en caso de haber hijos menores de edad, se debieron haber designado un curador ad-litem en cada juicio para que los represente por estar los progenitores en contienda legal. Es decir, que en las audiencias de familia los menores de edad estuvieron representado por familiares en calidad de curadores, y no por profesionales del Derecho que les asesoraban para que puedan expresarse ante el juez y se cumplan con la norma constitucional del derecho que tienen los niños y adolescente de ser oídos en audiencia por el Juez.

## 2.Registros Estadísticos de Litigios contra quien ejerce Patria Potestad años 2018, 2019, y 2020.



Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial / Unidad Provincial Estudios Jurimétricos de Loja.

Autora: Josselyn Lilibeth Barba Tandazo

### 6.4.2.1. Análisis e Interpretación de la autora:

Como se aprecia de los datos estadísticos otorgados por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y estadísticas de la Función judicial, se observa los siguientes datos: 6.857 causas ingresadas y 6.651 causas resueltas, lo cual significa que el juez defamilia ha designado curadores ad litem en 6.651 juicios resueltos, donde el curador represento a los hijos de los cónyuges inmersos en conflictos de patria potestad, dicho curador en muchas de los casos resulta ser un familiar de los menores que asiste a la audiencia y repite lo que el abogado le señalado que indique en audiencia. Lo bueno sería que todos los menores de edad estén representados por un abogado que formaría parte de la defensoría pública para que asesore y litigue en representación legal del niño y adolescente.

## 7. Discusión.

### 7.1. Verificación de los Objetivos.

En el siguiente apartado se procede a analizar y sintetizar los objetivos planteados en el proyecto de tesis legalmente aprobado; en cual existente un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación son verificados.

#### 7.1.1. Objetivo General.

El objetivo general que se encuentra establecido en el proyecto de tesis legalmente aprobado es el siguiente:

**“Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado del derecho a ser escuchados y recibir una defensa jurídica los niños y adolescentes en los conflictos familiares”.**

Este objetivo se logra verificar con el desarrollo de la revisión de literatura donde se desarrollan un marco conceptual que contiene los subtemas: Derecho de Familia, Defensor público, El Tutor y Curador, Niños y Adolescentes, Igualdad de Derechos, Tutela Judicial Efectiva, Derecho a ser oído, Derecho a contar con Abogado de confianza.

En el Marco Doctrinario se desarrollaron los siguientes subtemas: Reseña Histórica del Curador en Ecuador, Representación del Niño y Adolescente de un Abogado en las contiendas de los progenitores, El rol del Abogado del Niño como garantía procesal. Pertinencia y relevancia, Principio del Interés Superior del Niño, Principios Rectores del Derecho especial de la Niñez y Adolescencia, que deben aplicarse en Forma Obligatoria en la Administración de la Justicia, Doctrina de la Protección Integral del Niño.

En el marco jurídico se analizaron e interpretaron normas jurídicas en relación al derecho a ser oído el niño y adolescente y a contar con un curador en los conflictos de familia normados en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales: Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad, Convención sobre los Derechos del Niño, Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Código Orgánico General de Procesos, Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

En el Derecho Comparado se procedió a establecer semejanzas y diferencias de las leyes extranjeras en relación con la normativa ecuatoriana, utilizando la siguiente legislación: Código Civil y Código de Infancia y Adolescencia de Colombia, Ley Nacional 26 061, Sistema

de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la República de Argentina, Ley núm. 19.968, crea los Tribunales de Familia de Uruguay, Código de los Niños y Adolescentes del Perú, Decreto Legislativo N° 1384 del Perú.

### **7.1.2. Objetivo Específicos.**

En el proyecto de tesis legalmente aprobado se trazaron tres objetivos específicos que seguidamente se procede a verificarlos:

El primer objetivo específico es el siguiente:

**“Determinar la importancia de que el niño y adolescente sea escuchado y defendido por un profesional del derecho en las audiencias de familia para garantizar su igualdad de derecho”.**

Este objetivo se verifica con el Estudio de la sentencia de la Corte Constitucional donde señala en los casos derecho de los niños y niñas y adolescentes a ser escuchados en los procedimientos judiciales o administrativos que los afecte, el mismo se encuentra consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que: los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Además se logra verificar con la segunda pregunta de la entrevista al interrogarles considera usted, importante de que el niño y adolescente sea escuchado y defendido por un profesional del Derecho en las audiencias de familia para garantizar su igualdad de derecho?, donde respondieron es muy fundamental de que el niño, niña y adolescente tal como lo consagra dentro de la clasificación de los derechos constitucionales que se refiere el derecho de las personas y grupo de atención prioritaria, en esta parte se establece los derechos que tienen los menores, entonces es importante que se designe un profesional del derecho en las audiencias de familias ya que, se estaría garantizando la igualdad de derechos.

El segundo objetivo específico es el siguiente:

**“Demostrar que un Defensor público garantizaría en audiencia de familia los derechos del niño y adolescente, en vez que los curadores”.**

Este objetivo se verifica con el estudio de la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior de *Atlantis*, donde la Defensoría de familia adscrita al Juzgado XX de Familia de Atlantis resaltó que sí se presentaron hechos nuevos en el presente caso, por tanto, la acción es viable. Reseñó la valoración psicológica adelantada por el equipo psicosocial de la Institución *Invernalía*, en la cual, se advirtió del “*riesgo inminente, real y palpable*” en que se encuentra la niña de cumplirse el fallo de reintegro al grupo familiar. Explicó que existe una ruptura grave del núcleo familiar que no puede ser ignorado por los funcionarios judiciales. Por tanto, la Defensora Pública solicitó que en este caso se permita continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, a efectos de verificar las condiciones que los padres le pueden ofrecer a *Esperanza*. Afirmó que sólo con un proceso terapéutico de apoyo psicosocial al medio familiar se puede reactivar un vínculo “*que se encuentra muy deteriorado [ya que] hace más de un año que la menor no tiene contacto con sus progenitores y se ha generado en ella un profundo distanciamiento y rechazo*”.

Con el estudio del segundo caso de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador se observa en la Decisión: Que escuchadas las partes procesales y analizado el expediente no se encuentra que en el desarrollo del proceso se haya incurrido en los vicios previstos en el artículo 268.1 del Código Orgánico General de Procesos que hayan provocado nulidad insanable o causado indefensión, al actuar la madre como legitimada pasiva en representación de sus hijos menores por así disponerlo la ley, los jueces que han resuelto las instancias, no han considerado existir contraposición de intereses entre ella y sus representados, razón por la que no han designado curador especial para la Litis; este tribunal señala que, el conflicto de intereses debe ser real y actual; no puede sustentarse en beneficios futuros o hipotéticos, en cuanto la petición de declaratoria de unión de hecho y la posibilidad de reclamar gananciales de la sociedad de hecho que pudiere ser establecida, es un hecho incierto, además de no implicar intereses opuestos, en la medida del beneficio que provee a sus hijos menores y a la madre la defensa directa de los bienes de sus representados, inclusive por las pretensiones expresadas por la recurrente. La falta de designación de curador para los menores argüida no ha significado falta de legitimación ni detrimento del derecho a la defensa de los menores o, vulneración del debido proceso que provoque nulidad procesal, no justificado el cargo contra la sentencia se desecha.

También se verifica con la segunda pregunta de la encuesta que es como sigue: ¿Considera indispensable que el defensor público en calidad de Abogado del niño o adolescente, asuma la defensa técnica, y reemplace la Tutor o Curador en las audiencias de familia?, el 70%, señalan que si considera indispensable que el Defensor P ú b l i c o en calidad de Abogado del niño o adolescente, asuma la defensa técnica, y reemplace la Tutor o Curador en las

audiencias de familia, porque; al ser un profesional del derecho, se puede garantizar que se exponga en una audiencia lo que el menor en realidad necesita, así se obtendría mejores resultados a favor de los derechos del menor de edad; además, porque el abogado es un profesional capacitado y conocedor de las leyes, en donde sabe cómo hacer efectivo los derechos de los menores, en todo campo y ámbito. Más que por su preparación técnica del abogado, por el seguimiento que le hace al caso y de esta forma poder defender los derechos de los menores, tratando de dar a conocer las falencias legales o que se estén pasando por alto en el proceso en favor de los menores. El abogado posee los conocimientos suficientes como para objetar o redargüir los hechos que contravengan a sus intereses.

El tercer objetivo específico es el siguiente:

**“Elaborar un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al Defensor público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia”.**

Este objetivo específico se logra verificar con la aplicación de las últimas preguntas de la Encuesta y de la Entrevistas.

En la encuesta se preguntó: ¿Está usted de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al defensor público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia?, respondiendo el 90% de encuestados que si están de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al defensor público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia, porque solo así podremos garantizar con efectividad que se cumplirán los derechos de los niños y adolescentes. Hay que considerar que han existido muchos errores actualmente y los más perjudicados han sido los menores de edad. Con esto sería más eficiente y eficaz para la resolución de los conflictos legales. Para que se garantice la tutela judicial efectiva de los menores que se encuentran en alguna contienda legal, y puedan ser representados de la mejor manera siendo un grupo de atención prioritaria como lo establece la constitución. Debería estar legislado para que de esta forma los niños y adolescentes tengan una defensa gratuita, óptima y de calidad en cuanto a todos los derechos que les consagra la Constitución de la República del Ecuador, Tratados internacionales y el Código de la Niñez y Adolescencia.

En la respuesta de las entrevistas sugieren que se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia y que se incorpore dentro de la oficina técnica se designe un defensor del derecho para que pueda intervenir en todas las audiencias cuando existe conflictos de familia

y el niño este representado por este defensor de derecho quien va a hacer respetar sus derechos que le consagra la Constitución.

## **7.2. Contrastación de Hipótesis.**

La hipótesis expuesta en el proyecto de tesis legalmente aprobado es el siguiente:

**“La representación de los niños y adolescentes en audiencia de familia por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, sin asesoramiento legal de un abogado de confianza, deja en indefensión a la igualdad de sus derechos y a obtener una tutela judicial efectiva”.**

Con el estudio de casos de Ecuador de la Corte Constitucional y Corte Nacional se demuestra la vulneración que tiene los niños a no ser oídos por el juez en los casos que sus progenitores se encuentran en la contienda legal, debiendo el juez designarles un curador ad-litem, sin embargo, no los nombra en el presente caso, lo que ocasiona inaplicabilidad del debido proceso. Así mismo, no cuenta el niño o adolescente en el juicio, con una defensa técnica jurídica de un abogado litigante que represente al Estado y asesore gratuitamente al menor de edad.

Con el derecho comparado se observa que el Código Civil de Colombia y Código de la Infancia y Adolescencia en las contiendas donde los padres del niño estén inmersos se debe nombrar un curador, el cual deberá ser un defensor público, es decir, un abogado especializado en materia de la niñez y adolescencia que represente al menor para garantizar sus derechos fundamentales.

Además se contrasta la siguiente hipótesis con las respuestas de la segunda pregunta de la entrevistas que es la siguiente; ¿Considera usted, importante de que el niño y adolescente sea escuchado y defendido por un profesional del Derecho en las audiencias de familia para garantizar su igualdad de derecho?, Y respondieron La igualdad de derecho del niño y adolescente debe ser garantizada en todo juicio, de ahí la importancia que el menor cuente con un profesional del derecho para que garantice sus derechos y garantías básicas del debido proceso.

## **7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal.**

Desde un enfoque doctrinario se fundamenta la presente tesis al considera que el defensor público intervendrá en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramiten antes esta jurisdicción y en los que actuaba el defensor de público, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al Ministerio Público. Intervendrá



también en interés del menor, para promover las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales de familia; sin perjuicio de la presentación legal y judicial que corresponda.

Según Juan Larrea Holguín, la incapacidad de personas por su condición de edad, o física, biológica, debe estar representadas por curados o tutores; por lo que le juez se encarga de la designación para que representen en un proceso judicial a un niño tutor

Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos de igualdad ante la ley, no pueden ser discriminados, por su condición de niño o niña porque todos los niños o niñas tienen los mismos derechos que cualquier otra persona que sea adulta, pero los niños tienen el derecho de que le sean reconocidos sus derechos en su condición de niño.

El derecho a la tutela judicial efectiva supone aquel derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas

El abogado del niño tiene a su cargo su defensa técnica, entendida como la posibilidad de designar un letrado de su confianza o de recibir asistencia técnica de oficio, para lo cual debe interpretar los deseos y aspiraciones del menor y obrar en consecuencia. Este abogado tiene a su cargo el patrocinio de intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad.

Los curadores procesales intervienen en el proceso, en los casos específicamente previstos por la ley. El curador procesal toma parte en el proceso, mientras comparezca por la parte a quien él reemplaza o por quien interviene en el proceso. Por imperativo de la ley, el nombramiento de curador procesal recae en un abogado, quien asume una serie de obligaciones y responsabilidades en el proceso.

La «defensa técnica» es una garantía esencial e integrante del debido proceso legal. Assandri afirma que el derecho de niños, niñas y adolescentes «de acceder a la justicia con patrocinio letrado hace a su interés superior.

En la doctrina, “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican.

El Testimonio del Niño y el derecho a ser escuchado, en todo ámbito y materia: Badaraco referente a este tema manifiesta: “La opinión del niño, es el derecho que tiene de expresarse o darse a entender por cualquier medio, por cuanto de esta manera, es el propio niño quien

debe indicar al juez su decisión o su interés en un caso determinado”

Desde un enfoque jurídico se interpreta el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:* g) *“En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”.*

Las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad Regla 65: Durante el acto judicial Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

En el Art. 235 del Código Orgánico de la Función Judicial establece la Oficina Técnica: En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de oficinas técnicas como órgano auxiliar de los jueces y juezas de familia, mujer, niñez y adolescencia, de las salas especializadas correspondientes de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, en el número que para cada caso determine el Consejo de la Judicatura

El Art. 60 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa: Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

El Art. 258 Código de la Niñez y Adolescencia expresa: Testimonio del niño, niña y adolescente ofendido. - En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal. El niño, niña o adolescente declararán sin juramento, ante la presencia de sus progenitores o guardador.

De no tenerlos, el Juez designará y posesionará en el acto un curador especial, prefiriendo para el efecto a una persona de confianza del declarante. La declaración deberá practicarse en forma reservada y en condiciones que respeten la intimidad, integridad física y emocional

del niño, niña o adolescente. Las partes procesales podrán presenciar la declaración, si el Juez considera que no atenta contra el interés superior del niño, niña o adolescente.

El Art. 260 Código de la Niñez y Adolescencia señala: En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de una oficina técnica como órgano auxiliar de los jueces y juezas de la Niñez y Adolescencia, de las salas especializadas de la Corte Provincial y Nacional.

De conformidad al Art. 28 del Código Civil señala: “Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador.”.

El Art. 130 del Código Civil establece. - Durante los juicios de divorcio, disolución o liquidación de la sociedad conyugal o cualquier otra controversia entre cónyuges, a petición de cualquiera de ellos o del curador ad litem, el juez podrá tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los bienes, mientras dure el juicio.

El Código Orgánico General de Procesos en el Artículo 31 determina, Capacidad procesal: Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley. Los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías conforme a la ley. Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.

En el Art. 32 del Código Orgánico General de Procesos establece: “Representación de menores de edad e incapaces. “Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 1.- En los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad litem o especial para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente en juicio, la jueza o el juez de la causa, en providencia de calificación de la demanda dispondrá, que, cumplida la citación, se le escuche para que en ejercicio de su derecho opine sobre el curador/a que le represente, señalando día y hora para

el efecto, previo a la convocatoria a cualquier otra audiencia, según el tipo de proceso.

El Artículo 2.- En los casos en los que el niño, niña o adolescente no pudiere o no quisiere expresarse, la designación la hará el juez/a previa audiencia de parientes o personas hábiles, para cuyo efecto señalará día y hora.

Según el Artículo 305 del Código Civil establece: Siempre que el hijo tenga que litigar contra quien ejerce la patria potestad, se le dará un curador para la litis, el cual será preferencialmente un abogado defensor público cuando exista en el respectivo municipio; y si obrare como actor será necesaria la autorización del juez.

Con los resultados de campo se fundamenta particularmente con el Estudio de casos se demuestra la necesidad que en Ecuador se cree la Defensoría Pública, pues las dos sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Nacional direccionan a la falta de un abogado patrocinado por el Estado para que asuma la defensa de los menores de edad, donde los jueces no consideran necesario designar curadores ad-litem, y vulnerar el derecho a ser oído del niño.

Con los datos estadísticos se aprecia una elevada cantidad de divorcios y trámites de patria potestad donde los jueces suelen designar a curadores ad-litem, que resultan ser parientes de los menores en los litigios, sin embargo, no tiene ese conocimiento en Derecho como lo tienen los abogados para que puedan litigar y defender los derechos de los niños y adolescentes; conforme si se ejecuta en el tercer caso de la sentencia de colombiana.

Con los resultados de las entrevistas y encuesta se ha demostrado que existe la necesidad de reformar el Código Orgánico de la Función Judicial y Código de la Niñez y Adolescencia que incorporen al defensor público para que asuma la defensa técnico jurídica de los niños y adolescentes en los conflictos donde su progenitores estén inmerso y necesiten los menores un representantes en las audiencias que velen por sus derechos a ser oídos por el juez, y a contar con una defensa jurídica profesional; por lo tanto se deja constancia del vacío jurídico que existen en régimen de familia del Ecuador.

## **8. Conclusiones.**

Previo el desarrollo de la revisión de literatura, examinado los resultados de campo y sintetizada la discusión de los resultados de la tesis, se establece las siguientes conclusiones:

1. Se aprecia del trabajo de campo que la representación de los niños y adolescentes en audiencia de familia por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, sin asesoramiento legal de un abogado de confianza, deja en indefensión a la igualdad de sus derechos y a obtener una tutela judicial efectiva.
2. Se concluye que es importante que el niño y adolescente sean escuchados y defendidos por un profesional del Derecho en las audiencias de familia para garantizar su igualdad de derechos constitucionales que están siendo limitadas con la actual normativa.
3. Se establece que un defensor público como letrado, garantizaría en audiencia ante el Juez de familia los derechos del niño y adolescente, en vez que los curadores que son familiares del menor sin pleno conocimiento del Derecho.
4. Del estudio del derecho comparado se demuestra que en otros países como Colombia en las contiendas legales entre padres donde hay hijos menores de edad el juez designa a un defensor público para que asuma la defensa del niño o adolescente y garantice sus derechos constitucionales.
5. Del Estudio de casos se observa que las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y Corte Constitucional del Ecuador los Jueces de primer nivel omiten la designación de curador ad-litem en el juicio, dejando en indefensión los derechos del niño, por no existir un defensor público que los represente, conforme se aprecia de la sentencia de Colombia.
6. Existe un vacío legal en cuanto a la representación de los niños y adolescentes en audiencia de familia por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, sin asesoramiento legal de un abogado de confianza, lo que deja en indefensión a la igualdad de sus derechos y a obtener una tutela judicial efectiva.
7. Se Constata la necesidad de elaborar un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al defensor público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia.

## **9. Recomendaciones.**

Las recomendaciones que se considera viables presentar son las siguientes:

1. Que el Estado ecuatoriano en coordinación con las demás entidades garanticen los derechos de los niños y adolescentes en las contiendas donde sus progenitores estén litigando y necesite el menor ser representado por un curador, que debería ser reemplazo por un Defensor público en calidad de abogado que asesoraría y representaría al menor de edad en los juicios.
2. Se recomienda al Consejo de la Judicatura proceda a la creación del defensor público en calidad de abogado litigante a favor de los derechos de los niños y adolescentes, que deberá estar adscrito a las Oficina Técnica del Juzgado de Familia.
3. A la Función Judicial a través de su Escuela proceda capacitar en temas de derecho de la niñez y adolescencia a los Abogados que deseen formar parte de la Defensoría Pública especializada en niñez y adolescentes y velar por los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.
4. A los Colegios de Abogados por medio de conferencia y seminarios dicten cursos sobre los derechos constitucionales de los niños y adolescentes y como deben estar asesorados en un juicio por un abogado litigante.
5. A las Carreras de Derecho de las Universidades del Ecuador promuevan capacitaciones a los profesionales del Derecho en lo concerniente al derecho constitucional de los niños y adolescentes a ser oídos por el juez en audiencia cuando los progenitores se encuentren inmersos en una contienda legal.
6. A la Asamblea Nacional del Ecuador recomiendo considerar el proyecto de reforma que presento para que se garanticen los derechos constitucionales de los niños y adolescentes en los juicios donde sus progenitores se encuentren litigando, y le toque al menor ser representado por un defensor público en calidad de abogado patrocinador del menor de edad.

## 9.1. Proyectos de Reformas Legales.

### 9.1.1. Proyecto de Reforma Legal al Código Orgánico de la Función Judicial.

#### REPÚBLICA DEL ECUADOR

#### ASAMBLEA NACIONAL

#### CONSIDERANDO

**Que:** el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el desarrollo integral de las niñas niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y manifiesta: “se atenderá a su principio de su interés superior, esto quiere decir que los derechos de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de las demás personas”.

**Que:** el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: g) “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”.*

**Que:** la Regla 29: Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

**Que:** el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: Opinión del Niño: El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan: 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

**Que:** el Art. 235 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece la Oficina Técnica: En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de oficinas técnicas como órgano auxiliar

de los jueces y juezas de familia, mujer, niñez y adolescencia, de las salas especializadas correspondientes de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, en el número que para cada caso determine el Consejo de la Judicatura.

**Que:** el Art. 11 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia determina: El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

**Que:** el Art. 60 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia expresa: Derecho a ser consultados.

- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

**Que:** El Art. 106 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala: Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas: 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

**Que:** el Art. 108 manifiesta: Suspensión de la representación legal por causa de conflicto de intereses. - Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos.



**Que:** El Art. 238 manifiesta: Audiencia. - En la audiencia se oirán los alegatos verbales de las partes, comenzando por el denunciante, concluidos los cuales se oirá reservadamente al adolescente, en todo caso, o al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión.

**Que:** el Art. 258 expresa: Testimonio del niño, niña y adolescente ofendido. - En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal. El niño, niña o adolescente declararán sin juramento, ante la presencia de sus progenitores o guardador. De no tenerlos, el Juez designará y posesionará en el acto un curador especial, prefiriendo para el efecto a una persona de confianza del declarante.

**Que:** el Código Orgánico General de Proceso en el Artículo 31 determina, Capacidad procesal: Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley. Los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías conforme a la ley. Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.

**Que:** En el Art. 32 del Código establece: “Representación de menores de edad e incapaces. “Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes

**Que:** La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, Resolvió: Artículo 1.- En los casos en que la ley exija la presencia de un curador ad litem o especial para proteger los intereses en conflicto del niño, niña o adolescente en juicio, la jueza o el juez de la causa, en providencia de calificación de la demanda dispondrá, que, cumplida la citación, se le escuche para que en ejercicio de su derecho opine sobre el curador/a que le represente, señalando día y hora para el efecto, previo a la convocatoria a cualquier otra audiencia, según el tipo de proceso. La opinión de los hijos e hijas

menores de doce años, será valorada por el juez/a, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los y las adolescentes será obligatoria para el juez/a, a menos que sea manifiestamente perjudicial para sus intereses.

**Que:** existe un vacío legal en el régimen de la niñez y adolescencia del Ecuador que limita al menor de edad contra con un profesional del derecho para su asesoramiento y defensa legal, que lo instruya lo que debe de responder cuando el Juez lo escuche en la audiencia; ya que la representación del curador ad litem, no le ayuda en nada porque se tratade un familiar que desconoce el procedimiento de las leyes.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional, resuelve expedir la siguiente:

### **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**

**Art. 1.** A continuación del Art. 235 agréguese un artículo innumerado que dirá:

*Art. 235.1. Defensor público. - Es un profesional del Derecho especializado en Derecho de Familia, encargado de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las controversias de patria potestad, tenencia, alimentos, régimen de visitas donde sus progenitores estén inmersos.*

*Para ser Defensor público se requiere ser abogado en libre ejercicio y con credencial profesional vigente otorgada por el Consejo de la Judicatura y especialización o maestría en Derecho de la Niñez, Adolescencia y Familia.*

*El Defensor público asesorará al niño o adolescente que se le haya designado uncurador ad-litem, asumirá la defensa técnica jurídica a favor del menor de edad.*

**Artículo Final:** Quedan derogadas las demás disposiciones legales que se opongan a la presente reforma.

**Disposición Final:** La presente Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 25 días del mes de marzo del 2022.

f).....

**Presidenta de la Asamblea Nacional**

f).....

**Secretario**

### 9.1.2. Proyecto de Reforma Legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

#### REPÚBLICA DEL ECUADOR ASAMBLEA NACIONAL CONSIDERANDO

**Que:** el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el desarrollo integral de las niñas niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y manifiesta: “se atenderá a su principio de su interés superior, esto quiere decir que los derechos de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de las demás personas”.

**Que:** el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: g) “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”.*

**Que:** las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad: la Regla 29: Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

**Que:** el Art. 235 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece la Oficina Técnica: En atención a las necesidades del servicio de administración de justicia, el Consejo de la Judicatura podrá disponer la existencia de oficinas técnicas como órgano auxiliar de los jueces y juezas de familia, mujer, niñez y adolescencia, de las salas especializadas correspondientes de la Corte Provincial y Nacional, integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, en el número que para cada caso determine el Consejo de la Judicatura.

**Que:** el Art. 11 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia determina: El interés superior

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

**Que:** el Art. 60 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia expresa: Derecho a ser consultados.

- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

**Que:** El Art. 106 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala: Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas: 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo con las reglas generales. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

**Que:** El Art. 238 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia manifiesta: Audiencia. - En la audiencia se oirán los alegatos verbales de las partes, comenzando por el denunciante, concluidos los cuales se oirá reservadamente al adolescente, en todo caso, o al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión.

**Que:** el Art. 258 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia expresa: Testimonio del niño, niña y adolescente ofendido. - En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal. El niño, niña o adolescente declararán sin juramento, ante la presencia de sus progenitores o guardador. De no tenerlos, el Juez designará y posesionará en el acto un curador especial, prefiriendo para el efecto a una persona de confianza del declarante. La declaración deberá practicarse en forma reservada y en condiciones que respeten la intimidad, integridad física y emocional del niño, niña o adolescente.

**Que:** el Código Orgánico General de Proceso en el Artículo 31 determina, Capacidad procesal: Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley. Los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones

judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías conforme a la ley. Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.

**Que:** En el Art. 32 del citado Código establece: "Representación de menores de edad e incapaces. "Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes

**Que:** existe un vacío legal en el régimen de la niñez y adolescencia del Ecuador que limita al menor de edad con un profesional del derecho para su asesoramiento y defensa legal, que lo instruya lo que debe de responder cuando el Juez lo escuche en la audiencia; ya que la representación del curador ad litem, no le ayuda en nada porque se trata de un familiar que desconoce el procedimiento de las leyes.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional, resuelve expedir la siguiente:

## **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

**Art. 1.** *En el Art. 60 incorpórese un inciso que dirá:*

*Para ser escuchado el niño o adolescente por el Juez en audiencia, deberá de contar con un Defensor público para su asesoramiento y acompañamiento en la audiencia, quien asumirá su defensa técnica jurídica y garantizará los derechos constitucionales del menor de edad.*

**Art. 2.** A continuación del Art. 260 agréguese un artículo innumerado que dirá:

*Art. 260.1. Defensor público. - Es un profesional del Derecho, encargado de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las controversias donde sus progenitores estén inmersos.*

*Para ser Defensor público se requiere ser abogado en ejercicio y con credencial profesional vigente otorgada por el Consejo de la Judicatura y especialización o maestría en Derecho de la Niñez, Adolescencia y Familia.*

*El Defensor público asesorará al niño o adolescente que se le haya designado un curador ad-litem, asumirá la defensa técnica jurídica a favor del menor de edad.*

**Artículo Final:** Quedan derogadas las demás disposiciones legales que se opongan a la presente reforma.

**Disposición Final:** La presente Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 25 días del mes de marzo del 2022.

f).....

**Presidenta de la Asamblea Nacional**

f).....

**Secretario**

## 10. Bibliografía.

Aguila Grados, G. (2013). *El abc del Derecho Civil*. Lima - Perú: Egacal,.

Asociación Peruana de investigación Jurídicas. (2010). *Curador Procesal*. Lima - Perú: San Marcos.

Assandri, M. (2015). *Principios y Reglas Generales del proceso ante el fuero familia*. Buenos Aires - Argentina: Abeledo Perrot.

Badaraco Delgado, V. (2011). *La Mediación en el Régimene de Visitas*. Guayaquil:

Biblioteca Jurídica. Badaraco Delgado, V. (s.f.). *La Obligación Alimentaria*.

Guayaquil: Biblioteca Jurídica.

Badaraco, D. V. (2011). *La Obligacion Alimentaria*. Quito: Biblioteca Jurídica Editora.

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Juridico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L.

Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires -

Argentina: Heliasta. Cabrera Vélez, J. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito:

Editora Jurídica Cevallos.

Chávez Luna, L. (2015). *El Abogado del Niño*. Buenos Aires: Tribunales Ediciones.

Código de la Infancia y Adolescencia. (2022). *Defensorpía de Familia*. Bogotá - Colombia.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2022). *Niño y Adolescente*. Quito:

Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Función Judicial. (2022). *Juez de Familia*. Quito: Ediciones Legales.

Código Orgánico General de Procesos. (2022). *Derecho a ser oídos los niños*.

Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. (2021). *Igualdad de Derechos*. Quito: Ediciones Legales.

Duarte, F. (2014). *La Familia su historia como institución y figura jurídica*.

Caracas - Venezuela: Encuadernación Rústica.

Eguiguren Carrión, E. (2005). *Curso de Derecho Civil*. Quito Ecuador: Don Bosco.

- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta S. A.
- García Falconí, J. (2016). *Análisis jurídico teórico- Práctico de COGEP*. Quito - Ecuador.
- García Sarmiento, E. (1991). *La Jurisdicción de Familia y Alimentos*. Bogotá - Colombia: El Foro de la Justicia.
- Guzmán Lara, A. (1994). *Diccionario Explicativo de Derecho Civil. Título Preliminar y Personas*. Quito: Editora Jurídica del Ecuador.
- Hidalgo, A. (2015). *Manual de Derecho Civil*. Quito: Universitaria.
- Hinestroza, F. (2007). *Prólogo de las Memorias del Seminario de capacitación Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá - Colombia.
- Larrea Holguín, J. (2007). *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea, J. (2005). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Derecho Civil*. Quito.
- LEY NUM. 19.968. (2022). *Juzgado de Familia*. Montevideo - Uruguay.
- Llanos, A. (2015). El debido proceso: una construcción principialista en la justicia administrativa. *Justicia*, 88- 104.
- López Contreras, R. (2015). Interés Superior de los niños y niñas. *Revista latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*.
- Morales, G. (2008). *El derecho del niño a ser oído en el ámbito judicial*. Caracas: Acea.
- Ossorio, M. (2017). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires- Argentina: Heliasta SRL.
- Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. (2008). Brasilia.
- Resolución 10-2016. Corte Nacional de Justicia. (2016). *NOMBRAMIENTO DE CURADOR AD-LITEM*. Quito: Registro Oficial.
- Rojas Gómez, M. (2008). *Restablecimiento de derechos de la infancia*. Bogotá - Colombia: Temis/Universidad de los Andes.
- Suarez, E. (2017). *El Abogado del Niño*. Buenos Aires - Argentina:



Thomson Reuters. Valletta, M. L. (2006). *Diccionario Jurídico*.

Buenos Aires - Argentina: Valletta Ediciones.

Videtta, C. (2017). *Los niños y adolescentes como sujetos de Derechos*. Buenos Aires: Thomson Reuters.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad*. Brasilia: secretaria Permanente.

Yavar Umpierrez, F. (2019). *Práctica Comentarios a las Reformas del COIP*. Guayaquil.

## 11. Anexos.



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**  
**CARRERA DE DERECHO**

### **ENTREVISTAS DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO**

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: **“DEFENSOR PÚBLICO COMO INSTITUCIÓN GARANTE DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, DURANTE LAS CONTIENDAS LEGALES DE LOS PROGENITORES”**, solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

#### **CUESTIONARIO**

1. Qué opinión le merece del derecho que tienen los niños y adolescentes a ser escuchados y recibir una defensa jurídica en los conflictos familiares.
  
2. Considera usted, importante de que el niño y adolescente sea escuchado y defendido por un profesional del Derecho en las audiencias de familia para garantizar su igualdad de derecho.
  
3. Considera usted, que un defensor público garantizaría en audiencia los derechos del niño y adolescente, en reemplazo de los curadores que desconocen del Derecho.
  
4. Considera usted, indispensable que mediante la Oficina Técnica del Juzgado de Familia se integren Defensores de Familia para que asuma la defensa técnico jurídica en los conflictos familiares que estén involucrados menores de edad?
  
5. Que sugerencia daría usted para garantizar el derecho a ser oído el niño y adolescente en las contiendas legales de familia.



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO**

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: **“DEFENSOR PÚBLICO COMO INSTITUCIÓN GARANTE DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, DURANTE LAS CONTIENDAS LEGALES DE LOS PROGENITORES”**, solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

**CUESTIONARIO**

1. Cree usted, que los niños y adolescentes están bien representados por su curador ad-litem durante las audiencias en conflictos de familia?

Si (    )                      No (    )

Porque?

.....  
.....  
.....

2. Considera que la representación de los niños y adolescentes en audiencia de familia por parte de un curador y a ser oído por el juez para su valoración, es suficiente para garantizar sus derechos?

Si (    )                      No (    )

Porque?

.....  
.....

3. ¿Considera usted, que un defensor público sea la institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia, durante las contiendas legales de patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, derecho sucesorio, donde están inmersos los progenitores?

Si ( ) No ( )

Porque?

.....  
.....

4. Que derechos constitucionales considera usted, que se inobservan al no contar los niños y adolescentes con el asesoramiento legal de un abogado de confianza durante los conflictos de familia.

- a. Igualdad de derechos ( )
- b. Tutela judicial efectiva. ( )
- c. Debido proceso ( )
- d. Seguridad jurídica ( )
- e. Otros: .....

5. ¿Considera indispensable que el Defensor Público en calidad de Abogado del niño o adolescente, asuma la defensa técnica, y reemplace la Tutor o Curador en las audiencias de familia?

Si ( ) No ( )

Porque?

.....  
.....  
.....

6. Está usted de acuerdo con la elaboración de un proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, para que se cree al Defensor Público y represente judicialmente al niño y adolescente en audiencia de familia.

Si ( ) No ( )

Porque?

.....  
.....  
.....

### 11.3 Certificado Abstract


Loja, 17 de agosto de 2022

Dra. Mg. Sc. Maria Lorena Muñoz Vallejo

#### CERTIFICO:

Yo, **María Lorena Muñoz Vallejo** con cedula de identidad # 1102548847, Licenciada en Ciencias de la Educación, mención inglés; Master in Teaching English. TOEFL teacher. He traducido al idioma ingles el apartado de "DEFENSOR DE FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTE DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, DURANTE LAS CONTIENDAS LEGALES DE LOS PROGENITORES", de la estudiante **Josselyn Lilibeth Barba Tandazo** con cedula de ciudadanía número 0704468636.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facilitando a la interesada hacer uso legal del presente, en lo que estimare conveniente.



Dra. Mg. Sc. Maria Lorena Muñoz Vallejo  
C.C 1102548847