

Naturaleza jurídica de la audiencia reservada del adolescente y su incidencia en el régimen de la tenencia

Paola Elizabeth Arrata Ordóñez

paolaarrata@yahoo.com

<https://orcid.org/0000-0001-5092-8673>

Universidad Indoamerica, Ecuador

RESUMEN

Los casos judiciales más vulnerables son aquellos en los cuales la intervención de niños, niñas y adolescentes es necesaria, los casos de tenencia por la custodia compartida o total son los principales porque la decisión que tomen los jueces en la sentencia está vinculada directamente con el futuro de los menores de edad. Las leyes y normas nacionales e internacionales que protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben ser aplicados durante este tipo de procesos. El desarrollo del presente informe titulado “Naturaleza Jurídica de la Audiencia Reservada del Adolescente y su Incidencia en el Régimen de la Tenencia” tiene como objetivo presentar el tipo de procedimiento que aplican las autoridades para llevar a cabo una audiencia reservada y cuando es necesario su aplicación. Para llevar a cabo esta investigación se aplicó la metodología cualitativa, así como la investigación descriptiva y la técnica de revisión documental, mediante la combinación de estas estrategias metodológicas se ha podido llegar a comprender el tema en cuestión, la investigación realizada en conjunto con el caso de sentencia N° 239-17-EP/22 con audiencia reservada aplicado permitió llegar a varias conclusiones que se encuentran plasmadas en el documento.

Palabras clave: audiencia reservada; metodología; leyes; menores de edad.

Correspondencia: paolaarrata@yahoo.com

Artículo recibido 15 enero 2023 Aceptado para publicación: 05 febrero 2023

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

Todo el contenido de **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, publicados en este sitio están disponibles bajo

Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) 

Cómo citar: Arrata Ordóñez, P. E. (2023). Naturaleza jurídica de la audiencia reservada del adolescente y su incidencia en el régimen de la tenencia. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 6866-6886. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.4933

Legal nature of the reserved hearing of the adolescent and its incidence in the tenure regime

ABSTRACT

The most vulnerable judicial cases are those in which the intervention of children and adolescents is necessary, the cases of joint or total custody are the main ones because the decision made by the judges in the sentence is directly linked to the future of minors. National and international laws and regulations that protect the rights of children and adolescents must be applied during this type of process. The development of this report entitled "Legal Nature of the Reserved Audience of the Adolescent and its Incidence in the Tenure Regime" aims to present the type of procedure applied by the authorities to carry out a reserved audience and when its application is necessary. To carry out this investigation, the qualitative methodology was applied, as well as the descriptive investigation and the documentary review technique, through the combination of these methodological strategies it has been possible to understand the subject in question, the investigation carried out in conjunction with the case Judgment No. 239-17-EP/22 with reserved hearing applied allowed several conclusions to be reached that are reflected in the document.

Keywords: *reserved audience; methodology; laws; minors.*

INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes son reconocidos como grupos prioritarios en la sociedad debido a su vulnerabilidad, por ende, se debe partir de los derechos establecidos en la CDN (Convención sobre los Derechos de los Niños), el cual dicta e indica el principio de participación del niño/niña/adolescente menor de edad, derecho particular que proporciona al infante a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, sea de forma directa o a través de un representante legal, acorde a las normas legislativas nacionales. (Convención sobre los Derechos del Niños, 2005, pág. 04)

Los niños tienen el derecho a la libertad de expresión u opinión en las situaciones que sean consideradas adecuadas a su edad y madurez, permitiéndoles recibir y difundir información concerniente y relevante a su situación, puede darse directamente de forma oral, o mediante algún escrito o cualquier otro medio favorable para el infante en cuestión.

Dentro del marco legal, cabe mencionar que existe el riesgo de que la participación de algunos menores de edad durante el desarrollo del caso judicial o administrativo que ha requerido su presencia, puede ocasionar secuelas negativas. Debido a esta incertidumbre, surgen preguntas como: ¿Qué debe hacerse en momentos así?, o si es necesario, ¿Se debe dejar que un adulto decida por él? O ¿Es necesario escuchar al infante? (Alarcón, 2015, pág. 12)

Este es un tema sensible y frágil dentro de la jurisprudencia, debido a que, la vida de niños menores de edad puede cambiar para bien o mal, dependiendo de la decisión final del juez. En casos de custodia completa para un solo progenitor, la ley ampara en mayor parte a la madre del niño, sin embargo, con base al derecho a la igualdad, esto no debería ser así, ya que, ambos pueden tener la misma posibilidad de obtener dicha custodia (Cedeño, 2022). Los jueces y defensores de este tipo de casos de sentencia buscan la mejor opción posible para el menor de edad, sabiendo que este resultara ser el más afectado. El objetivo del presente informe es conocer el tipo de procedimiento que aplican las autoridades para llevar a cabo una audiencia reservadas y cuando es necesario su aplicación.

La separación de una pareja consumada y con hijos de por medio, en la mayoría de los casos se torna complicada a causa de la custodia de los menores, aunque existen casos sobre la posibilidad de un acuerdo o convenio entre los progenitores. En casos de

custodia o patria potestad, los jueces a cargo pueden tomar sus decisiones con base en las pruebas presentadas, e incluso tomar como parte relevante de ellas, la opinión del menor o menores, esta opinión será valorada por el juez, pero no es obligatoria en niños y niñas menores de 12 años, mientras que la emitida por adolescentes mayores de 12 años será obligatoria para el juez a menos que esta sea perjudicial para el desarrollo personal del menor de edad. (Código de la Niñez y Adolescente, 2014, pág. 28)

Durante el desarrollo del artículo previsto sobre la participación del menor en audiencia reservada, se deberán analizar diversos términos y puntos que son necesarios, ¿Se le debe de informar absolutamente todo al menor? Es decir, la intervención que tendrá el menor en la audiencia reservada, luego de ello, se procederá a investigar sobre el régimen de tenencia, después se explicará la audiencia reservada con el niño, niña y adolescente y si la información obtenida es suficiente o insuficiente, sobre quien cae la responsabilidad de determinar el interés superior del niño, se presentará un caso de sentencia N° 239-17-EP/22 con audiencia reservada y por último se plasmarán las conclusiones obtenidas por la investigación.

METODOLOGÍA

La metodología aplicada en el presente informe se basó en el método cualitativo debido al tema en cuestión. Este tipo de tema se engloba a la leyes y normas que se deben de aplicar de los diferentes tipos de casos que involucran la aplicación de audiencia reservada. Por lo general, estas audiencias se dan cuando existen menores de edad involucrados, siendo los más vulnerables en esta situación.

Los autores Taylor y Bogdan (1989) consideran que el método cualitativo tiene un enfoque humanista, porque permite conocer un aspecto personal de las personas de acuerdo a la situación en la que se encuentren, además este tipo de estudio da un mayor énfasis en la investigación realizada previamente, corroborando la veracidad de la información, en conclusión, aseguran un estrecho ajuste entre los datos y lo que realmente la gente hace y dice.

El tipo de investigación aplicada es descriptiva, como lo indica Hernández (Hernández, 2010) un estudio descriptivo se centra en la medición o recopilación de información de forma independiente o en conjunto de diferentes conceptualizaciones que estén vinculados con el objeto de estudio.

La investigación descriptiva permite un mejor desenvolvimiento en el desarrollo del trabajo dado las diversas fuentes de información que se plasmaran con el objetivo de permitir una mayor comprensión del tema, además como un complemento para la investigación la técnica de recolección de datos es la revisión documental y con ello, el entendimiento del tema será mejor.

El tema investigación consiste en la Naturaleza Jurídica de la Audiencia Reservada del Adolescente y su Incidencia en el Régimen de la Tenencia, y es por ese motivo que es relevante conocer normas y leyes que se aplican en ello, además de conocer ejemplos prácticos, permitiendo saber si dichas leyes y normas nacionales e internacionales de protección a los niños, niñas y adolescentes son o no son aplicadas.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La Intervención del menor en audiencia reservada

La intervención de un menor de edad será necesaria en casos que afecten su vida de forma directa, como lo señalan los artículos 59 y 60 del capítulo V del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) , los cuales estipulan lo siguiente:

Derecho a la libertad de expresión: Derecho a expresarse libremente, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, de forma oral, escrito o cualquier método preferible para el infante, con las únicas restricciones que impongan la ley, el orden público, la salud o la moral públicas para proteger la seguridad, derechos y libertades fundamentales de los demás.

Derecho a ser consultados: Derecho a ser consultados en todo suceso o hecho relevante que pueda afectarle. La opinión emitida por el infante se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. No podrá ser obligado o presionado de cualquier forma ningún niño, niña o adolescente para expresar su opinión.
(pág. 15)

Los derechos mencionados anteriormente establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia y lo establecido en la observación general 12 El derecho a ser escuchado del Comité de los Derechos de las Naciones Unidas están basados en el artículo 12 de la Convención de los Derechos de los Niños (2005), el cual establece lo siguiente:

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. (pág. 04),

A pesar, de que el menor de edad tiene los derechos mencionados, en los que consta su libertad de expresión y derecho a ser consultado en procedimientos judiciales y administrativos, dependiendo de su edad y madurez su opinión será o no relevante durante el proceso.

Si bien, la intervención del menor durante el proceso puede ser o no solicitada, la declaración dada dependiendo de su edad y madurez será considerada relevante para la toma de decisiones finales que tome el juez a cargo del caso. Aunque este tipo de situaciones suelen darse cuando los progenitores no han llegado a un acuerdo mutuo de custodia compartida, ocasionado discordia en su relación de padres e hijos teniendo como consecuencia una disputa en los tribunales, lugar donde se determinara si el interés superior del niño está en cuestionamiento o no.

Según Soledad García (2016) en su artículo sobre el “Interés Superior del Niño”, opina que:

El interés superior del niño se conoce como principio básico que se estableció en los derechos de los niños, niñas y adolescente, reconociendo como un derecho subjetivo de los menores y principio interpretativo acerca de los diferentes enfoques o situaciones que pueden afectar directa e indirectamente a los niños. (pág. 01)

De debe tener en cuenta que el menor de edad se encuentra en una situación muy complicada, ya que, debido a la crisis familiar por la que está pasando, su estado tanto emocional, psicológico e intelectual pueden ser afectados a causa del estrés ocasionado por esta situación; los niños son personas inocentes que no deberían pagar por los errores cometidos por los progenitores, sin embargo, no es posible evitarlo.

El Comité de los Derechos del Niño (2019), durante el transcurso del desarrollo de sus Observaciones Generales, ha ido ejemplificando casos de procesos administrativos, penales o civiles en los que los niños, niñas y adolescentes valiéndose de sus derechos,

tienen que ser escuchados, sea de forma grupal o individual, en procesos o situaciones que los ameriten, como los siguientes:

Tabla 1 *Casos de procesos en los cuales los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados*

Casos de procesos en los cuales los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados
• El divorcio y la separación de sus padres.
• Formas sustitutivas de cuidado.
• Adopción.
• Justicia penal adolescente.
• Si son víctimas de delito.
• Solicitudes de refugio o asilo.
• Durante la tramitación de una ley, regla o norma que los afecte.
• Dentro de sus relaciones familiares.
• En las modalidades alternativas de acogimiento (proteccional).
• En la atención de salud.
• En el establecimiento educacional, en especial en cuestiones de rendimiento y medidas disciplinarias escolares.
• A nivel local y nacional sobre todos los aspectos de la política educativa y sistema educativo.
• En temas urbanísticos (accesibilidad y carácter apropiado de instalaciones).
• Ante situaciones de violencia.
• En situaciones de emergencia.
• Sistemas locales de transporte

Elaborado por autor

Fuente: (Informe Anual 2019 Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile, 2019)

La participación de los niños, niñas y adolescentes en los diferentes procedimientos mencionados en la tabla 1 no se da en la misma forma que se daría la de un adulto, debido a los diferentes procesos que se debe de seguir, el estado tiene que considerar que los menores de edad también son partícipes de estos casos, por ende, deben formular y establecer procesos que se adapten a ellos, con la finalidad de poder garantizar que se cumplan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a ser escuchados y poder participar cómodamente.

El derecho a la libertad de expresión y a ser consultados, son derechos inherentes que todas las personas poseen, y esto no será diferente para los niños, niñas y adolescentes, si bien es cierto, el entendimiento y comprensión que un niño puede tener sobre un

suceso es inferior al de un adulto, esto no quita que ellos también puedan emitir sus opiniones cuando la situación se vincula con ellos, porque puede afectar su formación y desarrollo personal, además de su posición dentro de un entorno familiar, social e individual.

El Comité de los derechos de los Niños (2009), en su Observación General N° 12, párrafo 10 señala que:

Quando se escucha a un niño de forma individual o cuando un grupo de niños expresa sus opiniones, pueden evaluarse las condiciones de edad y madurez que tengan los infantes. El evaluar aspectos como la madurez y condiciones de la edad puede verse facilitada cuando el grupo de niños se considere una estructura sólida, como una clase escolar, aunque resulta muy difícil cuando los niños se expresan de forma colectiva, debido a la influencia que unos puedan tener sobre otros, sea positiva o negativa. Aunque la evaluación de estos aspectos sea difícil, los Estados partes tienen la obligación de considerar a los menores como un grupo prioritario que debe ser escuchado. (pág. 08)

Las opiniones emitidas por parte de los menores pueden aportar y brindar perspectivas útiles, por ello, deben tomarse en consideración al momento de tomar decisiones, elaborar políticas y el establecimiento de leyes o medidas preventivas, Aunque la opinión del menor sea necesaria para el transcurso de algún procedimiento judicial administrativo, penal o civil, este tiene el derecho de no ejercer el mismo. Las opiniones realizadas por un niño son opcionales, no obligatorias. El gobierno es el encargado de asegurarse de que el menor en cuestión reciba la información necesaria, además del debido asesoramiento para que lo ayude en toma una decisión que sea favorable para su interés.

En el artículo 106 del Código de la niñez y adolescencia consta que la declaración de los niños menores de 12 años no será obligatoria, pero si será valorada por el juez, mientras que las declaraciones de los adolescentes mayores de 12 años serán obligatorias para el juez, a menos de que está perjudique su interés superior. (Código de la Niñez y Adolescente, 2014, pág. 28)

El Comité de los derechos de los Niños (2013) , en su Observación General N° 04, con el propósito de que los adolescentes no sean discriminados, estableció en el párrafo 6 que:

Los gobiernos están en la obligación de asegurar a todas las personas menores de 18 años el goce de los derechos establecidos en la Convención, sin discriminación alguna, independientemente de raza, género, idioma, religión, estatus social y salud del menor (VIH/SIDA y estado mental). Los adolescentes son más vulnerables a la discriminación, a los abusos, y otros tipos de violencia, por eso deben tener el derecho a la atención y protección de la sociedad. (pág. 02)

La Convención sobre los Derechos del Niño define al infante como “toda persona menor a 18 años” (2005, pág. 12), por lo cual, los adolescentes menores de edad tienen los mismos derechos que un niño menor de 12 años, ya que, la ley lo ha establecido así, sin embargo, debido a su proceso de transición su actuar puede ser propenso a actos no adecuados, por ello, las opiniones de los adolescentes deben tomarse en cuenta siempre y cuando no afecte su interés superior como se menciona anteriormente.

Régimen de Tenencia o Patria Potestad

La disolución de un hogar con hijos siempre traerá consecuencias, y los más afectados son los menores que no tienen la culpa de nada. El trámite de divorcio entre dos personas puede llevarse a cabo rápidamente si ambas partes se han puesto de acuerdo sobre la custodia compartida de los hijos, si no fuese el caso, y terminaron en malos términos, no solo se están separando ellos, también separan a un niño de su padre o madre.

El artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), Reglas para confiar la patria potestad dispone lo siguiente:

1. Respetar los acuerdos que los progenitores tengas, siempre que este no perjudique al menor.
2. Si no hubiese acuerdo, y los niños son menores de 12 años, la patria potestad será dada a la madre, salvo que el otro progenitor pruebe que con ellos perjudica al menor.
3. Si los niños son mayores de 12 años, la patria potestad será dado al progenitor que cuente con una mayor estabilidad emocional y madurez psicológica, estando en buenas condiciones para cuidar a los niños en un ambiente familiar que ayude a su desarrollo.
4. En caso de que ambos progenitores demuestran iguales condiciones, la custodia será dado a la madre, siempre que ello no afecte el interés superior del menor. (pág. 28)

Debido a la preferencia que el numeral 2 y 4 del artículo 106 estableció sobre la preferencia materna al confiar en la tenencia de niños, niñas y adolescentes, el pleno organismo constitucional mediante la publicación de la sentencia N° 28-15-IN/21 declaró la inconstitucionalidad de estos numerales. Esta sentencia se declaró tras un intenso análisis sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, tomando como punto base el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes y también la responsabilidad que deben tener ambos progenitores. (Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública, 2021)

El derecho a la igualdad como lo señala el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (2021) consiste en que todas las personas son iguales ante la ley y podrán gozar de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin discriminación alguna por aspectos como la edad, género, religión, cultura, color de piel, nivel económico, orientación sexual, ni por cualquier otro motivo que pudiese darse como discapacidad o condición migratoria. En caso de darse discriminación alguna, será sancionado por la ley.

La aplicación de este derecho ha permitido que leyes con preferencias para el género femenino seas inconstitucionales, dándoles al género masculino la valía que necesitaban para demostrar que, si son capaces de cuidar y criar correctamente a sus hijos, la preferencia materna quedo ha quedado disuelta, ahora la madre y el padre, ahora ambos se encuentran en el mismo nivel de poder obtener la tenencia o patria potestad del infante.

El autor Cedeño (2022) en su artículo sobre “El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador” opina que la tenencia, custodia, guarda, responsabilidad parental, responsabilidad de crianza son varios términos que se le atribuye a la patria potestad, siendo esta una participación directa, activa y personal en el cuidado y crianza de los niños implicando un contacto directo en la convivencia con los hijos. como patria potestad. (pág. 939)

El Código Civil (2019) en el artículo 283, establece que: “La patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que son dado a los padres de familia o progenitores sobre sus hijos bajo su cargo desde su nacimiento” (pág. 77).

El Código de la Niñez y Adolescencia (2014) en el artículo 118 señala que la tenencia se da: “Cuando el juez crea que lo más conveniente para un buen desarrollo del menor de

edad sea confiar en el cuidado y crianza de uno de los padres, teniendo en cuenta lo que menciona el artículo 106" (pág. 31)

Audiencia reservada con el niño, niña y adolescente

Llevar a cabo una audiencia reservada de forma concreta no es fácil, teniendo en consideración que los niños, niñas y adolescentes serán interrogados por personas extrañas a su entorno y vida cotidiana, a causa de sucesos con el que están relacionados, como lo serían casos de divorcio, adopción, víctimas de delito entre otros mencionados tabla 1.

La obtención de información útil por parte del menor de edad es el punto clave de la audiencia reservada, teniendo como prioridad en todo caso su interés superior, mediante un análisis y valoración individual. La ocurrencia de esto, dependerá del ingenio y creatividad que tengan los funcionarios judiciales y profesionales para llevar el caso con éxito.

El comienzo de la conversación con el menor de edad en la audiencia reservada debe ser entablada de manera adecuada, empleando parámetros mínimos de empatía y actuación con el propósito de que el infante se sienta cómodo y seguro en el procedimiento judicial. La entrevista realizada al niño, niña y adolescente se desarrolla en dos etapas: la primera es la etapa introductoria, en ella se cimentará las bases de la empatía que se darán entre el entrevistador y el entrevistado, por medio de esta, al menor se le explicara los principios globales de la entrevista a realizar y la situación en la que se encuentra, es recomendable que la sesión sea grabada en audio y video desde la primera etapa, dado que, en cualquier momento el niño, niña o adolescente puede decir información relevante. Durante la segunda etapa, el entrevistador buscará conversar sobre los sucesos ocurridos, siendo esta la parte principal de la entrevista. (Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales, 2021)

A continuación, se explicará el procedimiento que las autoridades deben realizar en una audiencia reservada. El Estado ecuatoriano mediante Resolución N° 116A-2018 del Consejo de la Judicatura, a probo la técnica de escucha especializada en niños, niñas y adolescente víctimas de violencia.

1. Los servidores judiciales deberán escuchar de forma objetiva, imparcial y especializada dejando atrás cualquier estereotipo, creencia política o religiosa y cualquier historia personal. El juez siendo un servidor público debe mantenerse

imparcial y no juzgar la vestimenta, habla u otro aspecto como corte de cabello, perforaciones, tatuajes u otros adornos corporales que tenga el menor de edad. Se hace mención de ello dado que los adolescentes son propensos a este tipo de apariencia y comportamiento.

2. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a expresar su opinión en las decisiones que afectan su vida, sin importar su edad. Es por ello que los procedimientos que se lleven a cabo para la escucha de opinión del menor deben establecerse y aplicarse acorde a la edad del niño, niña y adolescente. Cabe mencionar que es importante tener a consideración la aplicación de medidas cuando las capacidades del niño para opinar y participar evolucionen.
3. El niño, niña y adolescente deberá ser previamente informado de manera clara y sencilla, acerca del porqué de su participación en una audiencia reservada, y los pasos que seguirán. Lo más probable es que el niño, niña y adolescente llegue a una conclusión errónea sobre su declaración, por ende, es importante la forma en cómo se da la explicación al menor, si es entregada adecuadamente, esto lo tranquilizará y permitirá iniciar una conversación.
4. Cada niño, niña y adolescente es diferente, y tienen necesidades específicas que deben ser atendidas, como discapacidad presentada en el menor, entendimiento del habla, garantía de la traducción o interpretación de idioma en caso de lenguas ancestrales de los menores pertenecientes a pueblos indígenas, se debe contar con personas especializadas en el lenguaje de señas valorando el habla no verbal por parte de las autoridades, creando confianza entre las partes.
5. Los y las servidoras judiciales se acercarán al menor de edad de manera amigable, sin el uso de palabras técnicas que no puedan comprender, asegurándose de brindar confianza en el proceso. Por lo tanto, con base en la edad y desarrollo emocional y cognitivo del menor, se realizarán las preguntas respectivas, además se podrán utilizar otras herramientas para dar mayor comodidad como el dibujo o el uso de juguetes, entre otras cosas.
6. Mediante el avance de la entrevista, el entrevistador/servidor judicial debe permitir que el menor de su propia narrativa de los hechos, si este se siente cómodo para hacerlo.

7. Las preguntas formuladas y realizadas al menor deben tener un objetivo claro que permitan obtener información útil sobre el caso, teniendo en cuenta el interés superior del niño, evitando victimizarlo.
8. De acuerdo al tipo de caso, la presencia de profesionales en psicología y parvulario, así como los trabajadores sociales será relevante para tranquilizar al menor.
9. Si el niño, niña y adolescente pertenecen a una comunidad indígena, pueblo montubio o afro ecuatoriano, se debe respetar el principio de interculturalidad para ese tipo de casos.
10. El juez o jueza tiene la obligación de disminuir la tensión y estrés que puedan tener el menor durante la audiencia reservada. (Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño en los Procesos Judiciales, 2021, pág. 27)

Como lo menciona el Comité de los Derechos de los Niños (2009), en su observación general N° 12 Derecho a ser escuchado en su párrafo 34 dicta lo siguiente:

No será posible escuchar de manera eficaz a un niño, niña o adolescente cuando el entorno sea hostil, intimidatorio, sensible o inadecuado acorde a su edad. Los procedimientos apropiados para los niños deben ser accesibles apropiados y especializados. Debe tomarse especial cuidado al suministro y transmisión de la información (en lenguaje claro, sencillo y conciso), la capacitación del personal correspondiente, la imagen que proyecten las salas de tribunal, el vestuario de los servidores judiciales (jueces y abogados) [...], y las salas de espera. (pág. 12)

Suficiencia e insuficiencia de la información obtenida por audiencia reservada

La información obtenida por el menor durante una audiencia reservada puede ser suficiente e insuficiente, y en casos de que esta sea suficiente para demostrar que riesgo o amenaza al interés superior del niño, el juez o jueza tomará las medidas de protección preventivas necesarias para evitarlo.

El tipo de medidas de protección adoptadas siempre estarán sujetas a ser evaluadas y controladas mediante un seguimiento posterior y periódico permitiendo conocer la efectividad de su decisión o si esta requiere ser modificada o revocada. Las medidas de protección preventivas no son definitivas, estas cuentan con una duración temporal, es decir, durante el tiempo que se considere la existencia de posibles riesgos o amenazas a los derechos en la que se pueda encontrar el menor de edad, exceptuando la adopción,

que estipula el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), estableciendo: “La adopción elimina todo parentesco existente entre el adoptado y su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas” (pág. 44).

Si la información obtenida de la audiencia reservada con el menor es insuficiente, el servidor judicial encargado del caso estará en la obligación de otras fuentes de información, debido a que el menor no puede volver a ser solicitado para una nueva audiencia reservada, porque se estaría perjudicando su estabilidad emocional y psicológico además de victimizarlo. La creatividad, ingenio, juicio y sana crítica del juez o jueza son factores determinantes que le permitirán decidir la manera adecuada de conseguir la información necesaria. Se debe recordar que cada caso es único, por lo que los mismos métodos no son aplicables para todos.

¿Sobre quién recae la responsabilidad de la determinación del interés superior del niño?

En todos los procedimientos judiciales, la responsabilidad de la determinación del interés superior del niño recaerá en los jueces y juezas encargados de los casos de niñez y adolescencia, ya que ellos son las personas que dictarán la decisión o medida a favor del niño, niña o adolescente. Para llegar a esta conclusión, el servidor judicial encargado ha recolectado y analizado toda la información obtenida mediante las entrevistas, investigaciones y otras fuentes de información que le sirviesen de apoyo para poder determinar de mejor forma el interés superior del niño.

Los y las servidoras judiciales son responsables de analizar cada caso de forma única e individual, porque a pesar de que varios casos tienen el mismo motivo, sus procedimientos serán distintos, debido a la valoración personal del menor implicado, el análisis del entorno que vive y la familia del menor, todo esto permite reconocer que tipo de derecho han sido vulnerados.

Caso de sentencia con audiencia reservada

El caso de sentencia N° 239-17-EP/22 (2022) es un ejemplo práctico sobre la importancia que tienen los niños a ejercer su derecho a ser escuchado establecido en la Observación General 12 del Comité de los derechos del niño, adoptado en la legislación ecuatoriana dentro el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 60, derecho a ser consultados.

La sentencia consiste en la tenencia de una niña y dos niños por parte de su abuela paterna, debido al fallecimiento del padre de las niñas a causa de enfermedad (VIH). El padre e hijas fueron abandonados por la pareja y madre de las niñas, siendo este el caso, el padre regreso a la casa de sus progenitores dándoles un hogar estable y seguro a los niños. La madre de los niños no hizo visita alguna en todo el tiempo de abandono (3 años), posterior a la muerte del padre, apareció una sola vez para agredir psicológica y físicamente a los 3 menores, por ello, la abuela paterna presento solicitud de medidas de protección ante la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Niñez y Adolescencia de Santo Domingo.

El 15 de septiembre de 2016, la Junta Cantonal, como protección ante los insultos, amenazas y maltratos a la niña, niños y cuidadores, prohibió a la madre acercarse a ellos. Además, la Junta brindo la custodia familiar de la niña y los niños a la abuela paterna, por haber constatado que la madre de la niña y los niños se les acercaba para amedrentarlos y amenazarlos.

Octubre 12 del 2016, la madre de los niños comenzó un proceso de recuperación de sus hijos contra abuela paterna.

Noviembre 11 del 2016, la jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas rechazó la entrega inmediata de los menores de edad, la madre inconforme presentó recurso de apelación.

Enero 11 del 2017, los jueces de la sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, aprobaron su recurso de apelación, los jueces solicitaron la entrega de la niña y los niños a su madre.

En la misma providencia, los jueces negaron el recurso de casación planteado por la abuela paterna.

Enero 25 del 2017, la abuela (accionante) presentó una acción extraordinaria de protección. La accionante señalo la vulneración del principio de interés superior del niño y el derecho de los niños a ser escuchados, reconocidos en los artículos 44 y 45 de la Constitución, y solicitó que se deje sin efecto la decisión judicial. El accionante expreso que:

El fallecimiento del padre fue a causa de enfermedad, por ser portador de VIH SIDA, al igual que la madre y la niña, hija mayor de ambos. Los menores

no han presentado síntomas de enfermedad hasta la actualidad, sin embargo, deben estar bajo constante control médico, dentro de un ambiente familiar agradable. Todos estos cuidados los tenían con sus abuelos durante los tres y medios últimos años.

Con respecto al interés superior del niño, el accionante comentó que los jueces provinciales priorizaron los derechos de la madre antes que los derechos de los niños, por motivo de ser portadora de VIH.

Procedimiento ante la Corte Constitucional

La jueza Salazar con el objetivo de escuchar las opiniones de la niña y niños, mediante providencia de 7 de diciembre del 2021, los convocó a audiencia reservada, llevada a cabo el 17 de diciembre del mismo año.

Argumentos de la niña y los niños

Durante la audiencia reservada realizada el 17 de diciembre, la niña y los niños dijeron vivir muy felices en compañía de sus abuelos y recordaban que su madre los abandono.

La niña mayor indicó lo siguiente: Cuando ella se fue, mi papi y yo nos quedamos tristes. Mi papi me contó que ella se fue a pagar la luz y no volvió. Pasaron días mi papi dice que se había ido. Nos quedamos tristes, mi papi nos llevó con mi abuelita. Pasó tiempo, ella volvió, creo que a quedarse no me acuerdo muy bien y después se fue vuelta.

Uno de los niños recordó que DIVV “siempre salía en la noche, decía que iba a volver, a la tienda y nunca volvía. Nos dejaba encerrados. Nos pegaba feo”. La niña, que actualmente tiene 14 años, manifestó que la última vez que vieron a DIVV fue en una cita médica que tuvo a inicios de la pandemia. En sus palabras, indicó: “le vi cuando fui al hospital a hacerme exámenes, no hablé con ella porque no quería hablar con ella. Le tengo como miedo”.

El niño que actualmente tiene 13 años sostuvo “tengo mucho rencor con ella” y agregó: “ella me pegaba feo, una vez me clavó el lápiz en el ojo”.

El niño que actualmente tiene 9 años resaltó que él casi no tiene recuerdos sobre DIVV e indicó: “yo casi no le tengo miedo porque no le conozco”.

Además, la niña relató que respecto de la decisión judicial impugnada se sintió mal. En sus palabras, indicó: “me sentí mal de irme con ella porque sé que voy a estar mal con ella. ¿Por qué nos dejó a nosotros? Ella no tiene corazón. No tiene un hogar estable para

vivir con nosotros. Guardo resentimiento porque ¿por qué nos dejó a nosotros, si somos sus hijos?”.

Al finalizar la audiencia, la niña y los niños, afirmaron que lo mejor sería vivir con los abuelos, en lugar de su madre.

Las decisiones tomadas por la corte en ese momento fue la aceptación de la acción extraordinaria de protección de la accionante, dejar sin efecto la decisión emitida el 11 de enero de 2017, y dejar en firme la dictada el 11 de noviembre de 2016, Ordenar al MSP la priorización en la atención médica física y psicológica de la niña y niños y por último, ordenar al MIDUVI, presentar un informe a esta Corte en 60 días máximo, indicando un análisis sobre la situación de vivienda de la accionante y de la niña y los niños.

CONCLUSIONES

Los niños, niñas y adolescentes son un grupo prioritario que merecen atención y cuidado específicos que aseguren su estabilidad en la vida, los adultos son los responsables, sin embargo, existen casos para los cuales, las opiniones y decisiones emitidas por los adultos, no son suficientes para proteger a los menores de edad. La convención de los derechos del niño declaro en su artículo 12 que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser escuchados y dar su opinión en situaciones que los afecten directamente en su vida.

Los jueces y juezas considerados como servidores judiciales están en la obligación de escuchar la versión de los niños, cuando el caso lo amerite y dicha opinión no afecte su interés superior. Este tipo de procedimiento judicial se lo conoce como audiencia reservada solicitada por el juez encargado del caso. Los jueces y juezas son los responsables de tomar la decisión adecuada en virtud del interés superior del niño, basándose en las entrevistas e investigaciones que se realizaron en el desarrollo del caso. Con la finalidad de reafirmar el derecho a la igualdad de género por la tenencia de los menores de edad, el gobierno declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, poniendo fin a la preferencia otorgada a las madres en la tenencia de los hijos.

La audiencia reservada se la realiza con el objetivo de determinar y priorizar el bienestar de los niños, niñas y adolescente, dándoles voz y voto en las elecciones de su propia vida, y eso se mostró en el caso de sentencia N° 239-17-EP/22, tomando en consideración las

opiniones de los infantes, los cuales alegaron que no querían vivir con una madre que los abandono y prefirieron vivir con sus abuelos paternos, esto demuestra que la madre no siempre es la mejor opción para la tenencia de los hijos.

REFERENCIAS

- Borrayo Rodríguez, C., Valdez Zepeda, A., & Delgado Melgarejo, B. (2019). Cultura emprendedora en jóvenes universitarios de Guadalajara, México. *Revista de Ciencias Sociales*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/280/28060161005/html/>
- Camacho, D. (2003). La importancia de formar jóvenes emprendedores. *Apuntes del CENES*, 15. Obtenido de https://www.redib.org/Record/oai_articulo1686608-la-importancia-de-formar-j%C3%B3venes-emprendedores
- Ceja Oseguera, S., De la Torre Hidalgo, T., & Ramírez Murillo, L. (2018). Análisis de las competencias para el emprendedurismo que se desarrollan en los cursos presenciales de las licenciaturas del área de negocios. *Red Internacional de Investigadores en Competitividad*, 18.
- Chávez Moreno, E. (2020). Análisis comparativo de competencias emprendedoras entre estudiantes de la UABC. *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, 20. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-74672020000100131&lang=es
- Correa Correa, Z., Delgado Hurtado, C., & Conde Cardona, Y. (2011). Formación en emprendimiento en estudiantes de la carrera de administración de empresas en la Universidad Pública de Popayán. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 51. Obtenido de <https://journal.universidadean.edu.co/index.php/Revista/article/view/550/538>
- Duarte Masi, S., & Sung Park, S. (2019). El perfil del emprendedor y los estudios relacionados a los emprendedores Iberoamericanos. *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, 24. Obtenido de https://www.redib.org/Record/oai_articulo797820-el-perfil-del-emprendedor-y-los-estudios-relacionados-a-los-emprendedores-iberoamericanos
- Encina Ayala, L., & López Méndez, G. (2021). Emprendedurismo Femenino: Un estudio multi-caso de factores que influyen en la Intención Emprendedora. *Ciencia Latina*

- Revista Científica Multidisciplinar*, 18. Obtenido de https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v5i2.374
- Giraldo, J. (2018). Orientación Universitaria. *Universia Perú*. Obtenido de <https://orientacion.universia.edu.pe/infodetail/consejos/orientacion/mas-mujeres-optan-por-las-carreras-de-administracion--2774.html>
- Gómez, L., & Jacobsohn, G. (2007). *Desarrollo de competencias emprendedoras - La formación básica de la Universidad del Norte*. Barranquilla: Ediciones Uninorte. Obtenido de <https://books.google.com.py/books?id=efPQK2Utk9YC&pg=PR6&dq=La+Formaci%C3%B3n+B%C3%A1sica+en+la+Universidad+del+Norte&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjlm-qipvwAhWBJ7kGHe7TDZoQ6AEwAHoECAIQAg#v=onepage&q=La%20Formaci%C3%B3n%20B%C3%A1sica%20en%20la%20Universidad%20de%20Barranquilla>
- Gutiérrez Huby, A., & Amador Murguía, M. (2011). El potencial emprendedor en los estudiantes de la carrera de contabilidad de las universidades San Marcos de Perú y Guadalajara de México – Centro Universitario de los Altos – Un análisis comparativo. *QUIPUKAMAYOC- Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, 20.
- Hernández, S. (2010). *Metodología de la Investigación. (Quinta Edición)*. México D.F.: México: McGraw-Hill.
- Jiménez Sáez, F., & Arroyo Vázquez, M. (2006). El fomento del emprendedurismo universitario a través de un modelo integrador. *Instituto ingenio*, 17. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/36031597.pdf>
- Krauss, C. (2011). Actitudes emprendedoras de los estudiantes universitarios: El caso de la Universidad Católica del Uruguay. *Dimensión Empresarial*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/277259963_Actitudes_emprendedoras_de_los_estudiantes_universitarios_El_caso_de_la_Universidad_Catolica_del_Uruguay
- Martínez, F., & Carmona, G. (2009). Aproximación al concepto de “Competencias Emprendedoras”: Valor social e implicaciones educativas. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/40496765_Aproximacion_al_Concepto_de_Competiciones_Emprendedoras

- to_de_Competencias_Emprendedoras_Valor_Social_e_Implicaciones_Educativas
- Marulanda, F., Montoya, I., & Vélez, J. (2014). Aportes teóricos y empíricos al estudio del emprendedor. *Cuadernos de Administración*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/265961531_Aportes_teoricos_y_empiricos_al_estudio_del_emprendedor
- Rivas, J. (2015). *Guía para las personas que quieren emprender pero no saben como empezar*. México: Ediciones de Ideas Business.
- Robbins, S., & Judge, T. (2009). *Comportamiento organizacional (J. Brito, Trad.)*. México: Pearson Educación. Obtenido de https://frrq.cvg.utn.edu.ar/pluginfile.php/15550/mod_resource/content/0/ROBINS%20comportamiento-organizacional-13a-ed-_nodrm.pdf
- Ruiz Jiménez, J., Cabeza Pulles, D., & Briano Turrent, G. (2012). Universidad y Emprendimiento: Un caso de estudio en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la UGR. *ReiDoCrea*, 14. Obtenido de <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/21988/ReiDo-Crea-Vol.1-Art.20-Ruiz-Cabeza-Briano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sobrado Fernández, L., & Fernández Rey, E. (2010). Competencias Emprendedoras y Desarrollo del Espíritu Empresarial en los Centros Educativos. *UNED Revistas Científicas*, 24. Obtenido de <http://revistas.uned.es/index.php/educacionXX1/article/view/275/231>
- Stradi Granados, S. (2016). El emprendedurismo universitario en estudiantes de administración de empresas de la UNED de Costa Rica. *Universidad Estatal a Distancia*, 22. Obtenido de <https://revistas.uned.ac.cr/index.php/rna/article/view/1574>
- Taylor, S., & Bogdan, R. (1989). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós.
- Torres, M., Mendoza, L., Lara, Y., & Zazueta, J. (2016). Emprendimiento y su percepción en los estudiantes de la Licenciatura en Negocios y Comercio Internacionales. *Universidad de Sonora*, 21. Obtenido de <http://www.web.facpya.uanl.mx/Vinculategica/Revistas/R2/1680-1700%20-%20Emprendimiento%20Y%20Su%20Percepcion%20En%20Los%20Estudiantes>

%20De%20La%20Licenciatura%20De%20Negocios%20Y%20Comercio%20Intern
acionales.pdf

Vargas, L., & Bedoya, M. (2015). *Determinantes psicológicos de la intención de creación de empresas en los aprendices del Centro de Gestión Tecnológica de Servicios del SENA – Cali (trabajo de grado)*. Cali: Universidad del Valle.

Villalba Benítez, E., & Ortega Carrasco, R. (2021). El perfil emprendedor en Paraguay, análisis de la población juvenil. *Fundación Universitaria Konrad Lorenz*, 10. Obtenido de http://revistasumadenegocios.konradlorenz.edu.co/wp-content/uploads/2020/10/RSN_1226_04_Perfil_emprendedor.pdf

Viloria Escobar, J., Daza Corredor, A., & Miranda Terraza, L. (2016). Perfil emprendedor de los graduados de administración de empresas de la Universidad del Magdalena, 2010-2014. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/314300983_Perfil_emprendedor_de_los_graduados_de_administracion_de_empresas_de_la_Universidad_del_Magdalena_2010-2014