



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**LA RECUPERACIÓN DE MENORES SIN AUTORIZACIÓN EN EL
EXTRANJERO Y LA POSIBLE VULNERACION DE LOS
DERECHOS**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPUBLICA**

AUTORA: CINTHIA ELIZABETH LOPEZ MOLINA

DIRECTOR: DR. FABIÁN SANTIAGO PALOMEQUE, MGS.

CUENCA- ECUADOR

2023

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**LA RECUPERACIÓN DE MENORES SIN AUTORIZACION EN EL
EXTRANJERO Y LA POSIBLE VULNERACION DE LOS
DERECHOS**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPUBLICA**

AUTORA: CINTHIA ELIZABETH LOPEZ MOLINA

DIRECTOR: FABIÁN SANTIAGO PALOMEQUE MGS.

CUENCA - ECUADOR

2023

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

CINTHIA ELIZABETH LOPEZ MOLINA portador de la cédula de ciudadanía N° O107204000 Declaro ser el autor de la obra: **“LA RECUPERACIÓN DE MENORES SIN AUTORIZACION EN EL EXTRANJERO Y LA POSIBLE VULNERACION DE LOS DERECHOS”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **27 de enero de 2023**

F: 

CINTHIA ELIZABETH LOPEZ MOLINA

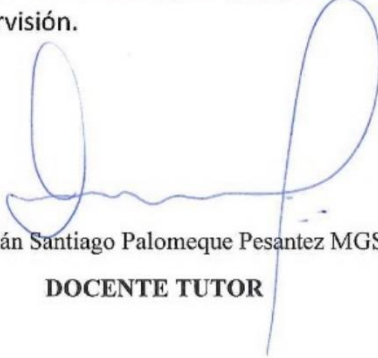
C.I. 0107204000

CERTIFICADO DEL TUTOR



CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **CINTHIA ELIZABETH LOPEZ MOLINA** con el Tema **“La recuperación de menores sin autorización en el extranjero y la posible vulneración de los derechos”** bajo mi supervisión.



Dr. Fabián Santiago Palomeque Pesantez MGS.

DOCENTE TUTOR

DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada:

A Dios quien ha sido mi guía, fortaleza y apoyo incondicional, ya que de su mano y amor eh podio lograr sin desmayar culminar esta etapa, pese adversidades que pudieron presentarse en este arduo proceso, y gracias a él todo esto es posible.

A mis padres. Y de manera especial a mi madre Mery Molina Cabrera quien con su amor, paciencia y esfuerzo me ha apoyado y acompañado a poder cumplir hoy una meta más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo, valentía y disciplina, de no temerle a las adversidades y siempre lograr salir adelante. A mi familia y todas las personas que hicieron que este proceso sea más llevadero por todo su amor y apoyo en cada momento cuando más lo necesitaba, y no menos importante quiero agradecer a mis fieles y leales compañeras de largas noches de estudio y desvela, Mily, Fiona y Vicky por su cariño y compañía durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento.

Finalmente, quiero dedicar esta tesis a mi persona, porque gracias a mi esfuerzo, dedicación y propósito hice posible que se cristalice este sueño, porque fueron largos días, noches, y momentos que solo yo sé cuánto me costaron, y fue por todo el empeño que puse a diario para que este proceso logre ser cumplido.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena mi vida siempre. A mi familia, amigos, además de todas las personas que son parte de mi vida personal y laboral ya que fueron gran parte fundamental de este proceso, ya que sin duda alguna fueron mi apoyo, guía y motivación, porque con sus oraciones, consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona y próximamente una gran profesional.

Mi profundo agradecimiento a todas las autoridades y personal que hacen la Universidad Católica de Cuenca, por confiar en mí, abrirme las puertas y haberme dado la oportunidad de ser parte de tan prestigiosa entidad. De igual manera mis agradecimientos a toda la Facultad de Derecho, a mis compañeros y especialmente a mis profesores quien con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hicieron que pueda crecer día a día como profesional, gracias a cada uno de ustedes por su paciencia, dedicación, apoyo incondicional y amistad.

Finalmente quiero expresar mi más grande y sincero agradecimiento al Dr. Fabián Santiago Palomeque P., principal colaborador durante todo este proceso, quien, con su dirección, conocimiento y enseñanza permitió el desarrollo de este trabajo.

RESUMEN

La legislación ecuatoriana es bastante clara en lo que respecta a la protección de los derechos de los menores, a pesar de ello, no consagra dentro del ordenamiento jurídico un procedimiento expreso para el tema de la recuperación de los menores y menos cuando estos se encuentran en el extranjero, a consecuencia de ello las autoridades Judiciales en materia de familia se encuentran obligados a interpretar la norma en la toma de sus decisiones, vulnerando así el interés superior del menor. Cabe destacar que al no haber un procedimiento expreso las acciones para recuperar al menor no siempre son las más efectivas, es por ello que en el desarrollo del presente trabajo investigativo se pretende realizar un análisis de los perjuicios causados para los progenitores pero sobre todo para el menor, así como también se analizara la legislación actual y vigente que rige nuestro país para plantear alternativas y soluciones que en la práctica resulten eficientes para recuperar al menor sin afectarle y sobre todo garantizando el pleno desarrollo de sus derechos

PALABRAS CLAVE

Menor, recuperación del menor, proceso legal, recuperación internacional del menor

ABSTRACT

Ecuadorian legislation is quite clear regarding the protection of the rights of minors, despite this, it does not enshrine within the legal system an express procedure for the issue of the recovery of minors and less when they are in custody. abroad, as a result of this, the Judicial authorities in family matters are obliged to interpret the norm in making their decisions, thus violating the best interests of the minor. It should be noted that in the absence of an express procedure, the actions to recover the minor are not always the most effective, which is why in the development of this investigative work it is intended to carry out an analysis of the damages caused to the parents but especially to the minor, as well as the current and current legislation that governs our country will be analyzed to propose alternatives and solutions that in practice are efficient to recover the minor without affecting him and above all guaranteeing the full development of his rights

KEY WORD

Minor, recovery of the child, legal process, international recovery of the child

INDICE

| | |
|--|-----|
| DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD..... | I |
| CERTIFICADO DEL TUTOR..... | II |
| DEDICATORIA..... | III |
| AGRADECIMIENTO..... | IV |
| RESUMEN..... | V |
| PALABRAS CLAVE..... | V |
| ABSTRACT..... | VI |
| KEY WORD..... | VI |
| INDICE..... | VII |
| INTRODUCCION..... | 1 |
| CAPITULO I..... | 3 |
| LA RECUPERACION DEL MENOR ANTECEDENTES Y CONCEPTOS..... | 3 |
| 1. ANTECEDENTES HISTORICOS..... | 3 |
| 1.1 DEFINICIONES DOCTRINALES Y JURIDICAS..... | 4 |
| 1.2 RECUPERACION DEL MENOR..... | 4 |
| 1.3 RETENCION INDEBIDA DEL MENOR..... | 5 |
| 1.3 AUTORIZACION PARA QUE LOS MENORES PUEDAN SALIR DEL PAIS..... | 7 |
| 1.4. PATRIA POTESTAD..... | 8 |
| 1.5 TENENCIA..... | 9 |
| CAPITULO II..... | 11 |
| DERECHOS VULNERADOS CUANDO EL MENOR SE ENCUENTRA EN EL EXTRANJERO SIN AUTORIZACION..... | 11 |
| 2. LA SALIDA DEL PAIS DE LOS MENORES:..... | 11 |
| 2.1 DERECHOS VULNERADOS Y AFECCION PRODUCIDA PARA LOS PROGENITRES..... | 12 |

| | |
|--|----|
| 2.2 DERECHOS VULNERADOS PARA LOS MENORES | 14 |
| 2.3 LIBERTAD DE TRANSITO: | 14 |
| 2.4 INTRES SUPERIOR DEL MENOR | 15 |
| 2.5 LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO | 17 |
| 2.6 CARACTERÍSTICAS DE LA RETENCIÓN INDEBIDA | 20 |
| CAPITULO III..... | 21 |
| LA RECUPERACION AL MENOR Y SU PROCESO | 21 |
| 3. LA RECUPERACION DEL MENOR..... | 21 |
| 3.1. PROCEDIMIENTO..... | 22 |
| 3.2 QUE ORGANOS PARTICIPAN EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL | 24 |
| 3.3 PROCESO INTERNACIONAL..... | 25 |
| 3.4 PROCEDIMIENTO CUANDO ECUADOR ACTÚA COMO UN PAÍS REQUERIDO: | 29 |
| 3.5 RECUPERACION DEL MENOR Y COOPERACION INTERNACIONAL.... | 30 |
| 3.6 CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980..... | 30 |
| 3.7 CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES | 31 |
| 3.8 CASO PRACTICO DERECHO COMPARADO..... | 33 |
| 3.9 SOLUCIONES JURIDICAS | 35 |
| CONCLUSIONES..... | 36 |
| RECOMENDACIONES | 38 |
| BIBLIOGRAFIA | 39 |
| ANEXOS | 43 |

INTRODUCCION

La libertad de tránsito es un derecho reconocido a todas las personas sin distinción alguna, sin embargo, este derecho muchas de las veces puede verse limitado por motivos que deben encontrarse preestablecidos dentro de la ley, una de estas restricciones es la que tienen los menores, la cual ha sido impuesta con la finalidad de precautelar sus derechos y garantizar su seguridad. A consecuencia de esta restricción, las autoridades han impuesto un requisito fundamental para que los menores puedan ejercer su derecho a la libertad de tránsito y salir del país libremente y ese requisito es la autorización de salida del país.

La autorización de salida del país debe ser dada por los progenitores, o de ser el caso por uno de ellos si va acompañado del otro, este es un requisito fundamental que debe ser respetado y valorado por las autoridades migratorias competentes antes de extraer a un menor del país, ya que de no tenerlo, el menor no podrá abandonar el territorio nacional.

Muchas de las veces el trámite para obtener esta autorización de salida del país es complicada ya que la mayoría de las veces la relación entre los padres no es buena y muchas de las veces hay la negativa por cualquiera de ellos, si bien la ley establece otra manera de obtener esta autorización mediante vía judicial, esta suele ser tardía lo cual causa perjuicios al menor. Un punto sustancial que será desarrollado es que en ocasiones con la autorización de la salida del país los menores ya no retornan, lo que vulnera una serie de derechos no solo para el menor, sino también para el progenitor quien dio o no su autorización para que el menor pueda ausentarse.

Es por ello entonces, que dentro del presente trabajo investigativa se pretende realizar un análisis jurídico de la figura jurídica de la recuperación de menores, sobre todo cuando estos han salido del país sin la autorización de uno de sus progenitores.

CAPITULO I

LA RECUPERACION DEL MENOR ANTECEDENTES Y CONCEPTOS

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Para hablar de la recuperación de los menores es necesario partir de la premisa de que todos los niños, niñas y adolescentes gozan de una serie de derechos, deberes y obligaciones, y cuentan con ciertas normas orientadas a precautelar su integridad su desarrollo integral y para velar por su seguridad.

Desde los orígenes de la historia de la humanidad el cuidado de los menores siempre ha estado a cargo de los progenitores pero mayormente a cargo de la madre quien ha sido la encargada de educar y criar a los hijos. Según la historia de la humanidad en la antigua Grecia y en el imperio Romano, era responsabilidad de las madres educar a sus hijos hasta la adultez, y los padres únicamente tomaban las decisiones a nombre de estos hasta que adquirieran capacidad de obrar, con el transcurso del tiempo y el desarrollo de la sociedad ambos progenitores se hicieron responsables del cuidado en general de sus hijos en reciprocidad de condiciones.

En nuestro mundo moderno con la variante que existe entre las familias, se ha creado el régimen jurídico de la tenencia y de la patria potestad, lo cual se refiere a quien toma las decisiones de los hijos que es la patria potestad conforme a ley y la tenencia que es con quien vive el menor.

En virtud de ello y centrándose en el tema que nos concierne cuando la persona que se encuentra en ejercicio de estos derechos retiene indebidamente al menor se faculta al otro a que pueda recuperarlo. Esta figura jurídica como tal es bastante moderna e implica la

cooperación no solo de las entidades competentes dentro del territorio nacional, sino que además implica la cooperación internacional en los casos de que el menor se encuentre en el extranjero.

1.1 DEFINICIONES DOCTRINALES Y JURIDICAS

1.2 RECUPERACION DEL MENOR.

Uno de los temas más relevantes que deben ser conceptualizados es respecto a la recuperación del menor, para ello se debe dividir el termino en dos: el primer es el término “recuperar” el cual según el diccionario jurídico de la RAE, puede ser definido como “volver a lo que antes se tenía” (RAE, 2021), y el segundo término es “menor”, que de manera general puede ser entendido como todas las personas que no han cumplido la mayoría de edad.

Es así entonces que haciendo una relación de esta definicion con el tema que está siendo analizado, es posible establecer que la recuperación de menores se refiere a devolver al menor a su lugar de origen o al lugar en el que se encontraba de manera habitual.

Para los autores Mayorga y Esparza, la recuperación del menor puede ser definida como “aquella acción realizada con la finalidad de restituir al menor a su domicilio en su país natal y con el o los progenitores que lo cuidan o de ser el caso con quien ejerza la patria potestad o el cuidado y crianza del menor. (Mayorga & Esparza, 2017).

Concordando con esta definición, el autor José Quilica establece que:

“la recuperación de menores se refiere a la restitución inmediata de un menor al cuidado de sus padres o de ser el caso de la persona que

ejerza la representación legal del mismo, es por ello que, para asegurar que esto se cumpla, el estado es quien debe intervenir a fin de garantizar que cualquier menor que haya sido apartado de su hogar o de su residencia habitual sea devuelto de forma adecuada y en pleno ejercicio de sus derechos, para que pueda tener un desarrollo integral adecuado” (QUILCA, 2017)

De todas estas definiciones, se puede establecer que la restitución del menor se refiere a que las autoridades competentes intervengan a fin de poder restituir a los menores al lugar que pertenecen, sea este su domicilio residencia habitual o incluso su país de origen de manera inmediata y rápida precautelando su bienestar y el pleno ejercicio de los derechos.

1.3 RETENCION INDEBIDA DEL MENOR

Otro tema de gran relevancia para el análisis que nos compete es la definición de la retención indebida de los menores, al respecto la autora Karina Criollo la define como “aquella acción mediante la cual un menor es trasladado a un lugar distinto o extraño al habitual sin el permiso o el consentimiento de sus padres o de su representante legal” (Criollo, 2017), esta definición está respaldada jurídicamente por el CONA, el cual establece lo siguiente:

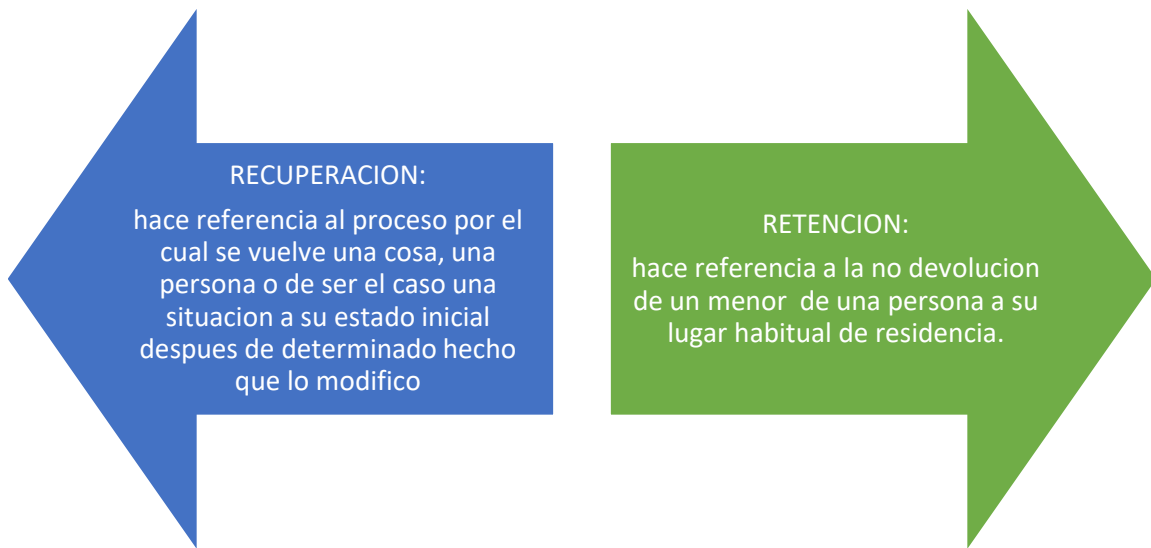
Cualquier persona que de manera indebida retenga al hijo cuya patria potestad, tenencia o tutela haya sido confiada a otro, podría ser requerido de manera judicial para que entregue al menor de manera inmediata a quien deba tenerlo o a quien se le haya confiado el cuidado del menor, y de ser el caso quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución,

si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez competente en materia de familia decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el menor para lograr su recuperación (CONA, 2015).

Así mismo, la Corte Provincial de pichincha, también se pronuncia respecto a la retención indebida del menor, y establece que “la persona que retenga de manera indebida a un menor, cualquiera que fuere la circunstancia, está obligado a devolverlo o restituirlo a quien de manera normal ejerza su cuidado y crianza” (RECUPERACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, 2018)

GRAFICA NO.1

DIFERENCIA ENTRE RECUPERACIÓN Y RETENCIÓN



FUENTE: elaboración propia

1.3 AUTORIZACION PARA QUE LOS MENORES PUEDAN SALIR DEL PAIS

La autorización de salida del país, es un tema sustancial a ser analizado ya que es una restricción impuesta al derecho de la libertad de tránsito de los menores y es un requisito fundamental para que los menores puedan dejar el país. Alrededor de este tema, existen varias definiciones, una de las más acertadas es la establecida por el Dr. Arellano, quién establece lo siguiente:

La autorización de salida del país es un requisito fundamental que debe ser cumplido por los progenitores para que el menor pueda abandonar el país por sí mismo o en compañía de una tercera persona y para que pueda quedarse por un determinado periodo de tiempo en el exterior (Arellano, 2019)

Otro de los grandes tratadistas que definen a esta autorización es Cabanellas, quién establece que la autorización es una facultad conferida a los padres para que permitan a los menores ausentarse del país por un periodo determinado de tiempo (Cabanellas G. , 2008)

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, si bien no existe una definición específica sobre el tema, el CONA si lo consagra dentro de su artículo numero 109:

Los menores que residan dentro del Ecuador que vayan a salir del país deben contar con la autorización de salida del país de uno o ambos progenitores en los casos en los que tengan que viajar en compañía de terceros, salvo que uno de ellos se encuentre privado del ejercicio de la patria potestad; o en su defecto con la autorización de un Juez (CONA, 2019)

Como se puede evidenciar, existe un requisito fundamental para que los menores de edad puedan salir del país, este requisito es la autorización que debe ser conferida por los progenitores a cuyo cuidado se encuentre el menor o de quien se encuentre en pleno ejercicio de la patria potestad y de no ser posible, deberá contar con la autorización de la autoridad Judicial Competente.

1.4. PATRIA POTESTAD

En el derecho moderno, Patria Potestad puede tener varias definiciones una de las más acertadas es la que nos trae el autor Cevallos, quien establece:

La patria potestad es el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que tienen los padres en relación a sus hijos para precautelar sus derechos hasta que alcancen la mayoría de edad o se emancipen conforme a ley (Cevallos, 2015).

El Código Civil, en su artículo 283 establece lo siguiente:

La patria potestad hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores sobre los hijos no emancipados (Codigo civil, 2021).

Concordando con lo establecido en el Código Civil, el CONA, en el artículo 105 establece:

La patria potestad no se refiere solo a los derechos sino también a las obligaciones de los padres para con sus hijos no emancipados referentes al cuidado, y desarrollo integral, de los hijos de conformidad a la ley (CONA, 2019)

De las definiciones que han sido establecidas en líneas anteriores, es posible establecer entonces que la patria potestad es el conjunto de todos aquellos deberes y derechos de los padres en lo que respecta a los hijos que no han alcanzado la mayoría de edad, cuidándolos y velando por su desarrollo integral ejerciendo su guarda y administrando lo concerniente a los hijos y sus bienes.

1.5 TENENCIA

Para desarrollar el tema de la tenencia, es necesario partir de sus orígenes, el cual se produce en la antigua Grecia pero que después fue empleada en el término latín para referirse en lo principal a la “*possessionem*” “*minior*” que se refiere a quién cuida al menor. (Vinicio, 2016).

En virtud de lo expuesto, es posible establecer que la tenencia es un derecho que tienen los padres sobre sus hijos y que se encuentra directamente relacionado con el ejercicio de las facultades de la patria potestad y con el cuidado y la crianza de los menores en pleno desarrollo de sus facultades. En términos bastante amplios, el régimen de tenencia puede

ser definida como “un atributo de la patria potestad, cuya finalidad es que los progenitores o uno de ellos pueda tener a sus hijos consigo y visitarlos conforme a lo acordado o a lo dispuesto judicialmente (Merino, 2014)

Existen varias definiciones doctrinarias sobre el tema, una de ellas es la que nos da la abogada María Augusta Duran, quien establece que la tenencia es “la responsabilidad que asume uno de los padres cuando ocurre un divorcio para velar por el normal desarrollo de sus hijos” (Mera, 2012).

Concordando con este concepto, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el artículo 118 establece que:

Quando el juez considere necesario para el desarrollo de los menores confiara el cuidado de estos a uno de los progenitores para que conviva con y pueda cuidarle y criarlo de manera adecuada respetando los derechos de la patria potestad. (CONA, 2021).

El autor Guillermo Cabanellas, define a la tenencia como “posesión o cargo de uno de los padres de velar por el bienestar de su hijo” (Cabanellas G. , 1988).

De todas estas definiciones se que la tenencia se refiere al cuidado de los menores por parte de sus padres cuando estos ponen fin a su relación, la autoridad competente en materia de familia es quien decide sobre la tenencia es el Juez, aunque también se acepta que los padres lleguen a un acuerdo en mediación sobre quien va a ejercer el cuidado del mismo.

CAPITULO II

DERECHOS VULNERADOS CUANDO EL MENOR SE ENCUENTRA EN EL EXTRANJERO SIN AUTORIZACION

2. LA SALIDA DEL PAIS DE LOS MENORES:

La salida del país de los menores se encuentra directamente ligado con el derecho a la libertad de tránsito, ya que los menores poseen una restricción legal para poder ejecutarlo, esta restricción ha sido creada con la finalidad de precautelar sus derechos, sin embargo muchas de las veces estos se ven vulnerados a pesar de querer ser protegidos.

Como ya se mencionó en varias ocasiones la restricción impuesta se da a través de la autorización de salida del país, la cual de manera general se refiere al permiso otorgado por los progenitores o por el juez para que el menor pueda salir del país. Esta autorización es sustancial ya que sin ello la autoridad migratoria se verá en la obligación de impedir la salida al exterior del menor.

El permiso de salida del país suele ser otorgado por el notario o por el Juez competente conforme así lo establece la ley. Si bien esta autorización de salida del país es un requisito fundamental para que el menor pueda ir al extranjero, esto no sirve de garantía o de seguro para que el menor regrese al país.

La autorización de salida del país debe contener una serie de requisitos para que sea válida, entre ellas encontramos: la fecha del viaje, la aerolínea, la ruta los días y el lugar de estadía y demás información que permita a las autoridades conocer dónde y con quien se encuentra el menor en el extranjero, sin embargo en varios casos el progenitor que sale del país con el menor consigue la autorización del otro progenitor ante el notario o por el Juez y una vez en el extranjero se queda en el país de destino reteniendo indebidamente al menor.

Un problema que se presenta con mucha frecuencia es que una vez que se cuenta con la autorización para que el menor viaje al extranjero, una vez ya fuera, los progenitores o la persona que los acompaña los retiene en el país de destino lo cual muchas veces es perjudicial para su desarrollo y vulnera no solo derechos de los menores sino del progenitor que se queda en el país de origen.

2.1 DERECHOS VULNERADOS Y AFECCION PRODUCIDA PARA LOS PROGENITRES

Cualquiera de los progenitores, tienen derechos y obligaciones respecto a sus hijos, estos derechos van mucho más allá de solo el cuidado, la educación y la crianza, ya que también tienen derecho a convivir con sus hijos es todo el sentido de la palabra salvo las excepciones establecidas en la ley.

Cuándo el menor abandona el país para ir al extranjero se presume que es algo beneficioso para su desarrollo sea este por motivo de estudio, recreación, etc. Sin embargo cuando no regresa se genera una afección directa para el progenitor, y para sus derechos.

Entre los perjuicios más significativos encontramos el daño emocional que se le ocasiona ya que no puede estar y compartir con el menor, ya que en muchos de los casos es poco accesible que el progenitor pueda Salir del país por temas legales o económicos por lo que pierde no solo la relación con su hijo sino la oportunidad de verle crecer, lo cual afectaría psicológicamente y de manera significativa el bienestar del progenitor. Incluso, según un análisis de los casos presentados ante la DINAPEN, se ha evidenciado que muchos de estos se presentan a modo de chantaje emocional, y se da sobre todo por mujeres que quieren volver con su ex pareja.

Una situación bastante común sobre todo entre padres separados, es el tema del régimen de visitas que es un derecho no solo de uno de los menores sino del progenitor, este régimen puede ser abierto, cerrado o mixto, pero se ve seriamente vulnerado cuando uno de los progenitores saca al extranjero al menor y lo retiene por más tiempo del acordado privando al otro progenitor de poder no solo visitarlo sino estar en contacto y compartir con el menor.

Es de suma importancia comprender estos derechos ya que su vulneración perjudica de manera significativa a los derechos de los pares, al menor y sobre todo causa afecciones de carácter emocional y psicológico que afectan al desarrollo y en la vida cotidiana de padres e hijos.

2.2 DERECHOS VULNERADOS PARA LOS MENORES

Los menores por regla general se encuentran bajo el cuidado y la crianza de sus padres o de uno de ellos si estos se encuentran separados, sin embargo muchas de las veces la relación entre estos no es buena por lo cual se afecta de manera directa al bienestar del menor.

Muchas de las veces, por varias circunstancias de la vida sean estas de carácter económico, cultural, educativo, entre otras cosa los progenitores sacan del país a sus hijos y muchas de las veces esto ocurre de manera unilateral por lo que se afecta de manera significativa a los hijos, esta afección puede ser analizada desde dos puntos sustanciales el primer desde la perspectiva de la libertad de tránsito y la segunda desde la perspectiva del interés superior del menor tal y como se desarrolla a continuación:

2.3 LIBERTAD DE TRANSITO:

La libertad de tránsito se encuentra reconocido en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución, el cual en su parte pertinente establece:

Se reconoce a todas las personas en igualdad de condiciones el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente (Constitucion, 2008).

De este artículo se desprende la idea de que si bien la Constitución garantiza este derecho a todas las personas sin distinción alguna de sus condiciones, limita el ejercicio con la frase la

que establece “su ejercicio estará regulado por la ley”, esta simple línea representa una restricción y limitación al derecho, lo cual afecta a los menores de manera significativa, ya que como se ha venido estableciendo, requieren de una autorización especial para salir del país.

Cuando uno de los progenitores saca al menor al extranjero sea con la autorización de salida del país o sin ella, vulnera este derecho ya que si es voluntad del menor a quedarse en su país con el otro progenitor no puede hacerlo por su voluntad propia, esto ocurre ya que no puede regresar debido a que esta libertad se encuentra limitada y de querer hacerlo pues deberá ser mediante un proceso judicial especial, el cual suele ser tardío.

2.4 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor es un principio fundamental del derecho internacional que se encuentra reconocido incluso dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, este principio en su parte sustancial hace referencia a que en caso de suscitarse problemas respecto a los menores, es obligación de las autoridades judiciales competentes aplicar la norma que resulte más favorable o beneficiosa para precautelar los derechos de los menores y la seguridad de estos.

Existen varias definiciones alrededor de este tema y una de las más relevantes es la que establece que:

“Este principio se refiere a las acciones y procesos que se llevan a cabo con la finalidad de garantizar el bienestar y el desarrollo integral de los menores otorgándoles una vida digna acorde a sus necesidades y a sus condiciones para que estos puedan vivir en las mejores condiciones posibles tanto de

manera emocional o afectiva como económica o material” (EUSKADI, 2018).

Este principio hace referencia a que en todos los casos en los que se ventilen problemas relacionados a menores, es obligación de las autoridades de familia competentes aplicar las normas que sean más favorables al bienestar de los menores, y que le otorguen la seguridad que el estado les reconoce.

Dentro del ordenamiento jurídico internacional, más precisamente en la Convención de los derechos de los niños, en el artículo 3 numeral 1 se abordan aspectos sustanciales respecto a este principio y establece:

1. En todas las medidas que se apliquen respecto a menores y que sean tomadas por cualquier autoridad o institución pública o privada de bienestar social, o autoridades administrativas atenderán al interés superior del niño (...). (Convención del Niño, 1990).

Este principio concuerda con lo establecido en nuestra Carta magna, cuyo artículo 44 establece lo siguiente:

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 (...)

(Constitucion, 2008)

Una vez entendido este principio, es necesario analizar cómo es que se ve vulnerando cuando arbitrariamente y unilateralmente uno de los progenitores saca del país al menor reteniendo de manera indebida en el extranjero.

Este principio busca aplicar la norma más favorable a los menores para precautelar sus derechos y garantizar su bienestar, sin embargo al no haber norma y procedimiento expreso dentro de nuestro ordenamiento jurídico no solo se vulnera este principio sino que además se vulnera la seguridad jurídica que será abordada más adelante.

Además, resulta perjudicial para el menor porque si bien este principio quiere el bienestar integral, al estar alejado de su país de origen de su familia de sus estudios en mucho de los casos o incomunicado de su familia por lo que puede causarle una afección emocional y psicológica gigante que le impida tener un desarrollo adecuado.

2.5 LA RETENCIÓN INDEBIDA DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Como se ha desarrollado en líneas anteriores la retención indebida se refiere al traslado del menor a un lugar distinto a su país de origen, lo cual obliga a que el menor deba ser restituido de manera inmediata. El ordenamiento jurídico ecuatoriano consagra ciertas normas respecto a la retención indebida y a la restitución del menor, sin embargo esta norma muchas de las veces resulta insuficiente.

El Código de Niñez y Adolescencia es la normativa actual y vigente en nuestro país que regula todos los aspectos relativos a los menores y a su bienestar, y establece además

ciertos procesos para determinadas situaciones que se regirán por el Código Orgánico General de Procesos, sin embargo respecto al tema de la retención indebida del menor la normativa es bastante precaria y general ya que únicamente se hace referencia a esta en el artículo 125 del CONA el cual establece:

Los progenitores o cualquier persona que de manera indebida retenga a un menor o que obstaculice el régimen de visitas están en la obligación de restituirlo de manera inmediata a quien deba cuidarlo o podrá ser requerido judicialmente, quedando obligado a indemnizar los daños que por su causa se hubieren creado (CONA, 2015).

Como se puede evidenciar de la parte inicial de este artículo la ley es clara y establece que se debe devolver al menor ante quien así deba tenerlo y cuyo cuidado haya sido conferido por el Juez competente en nuestro país, además establece un punto sustancial que es el tema de que “quedara obligado a indemnizarlo por los daños causados”, tener en cuenta esto es fundamental ya que la persona que retenga al menor debe no solo velar por su cuidado sino que además deberá cubrir todos los gastos que se causen los daños, las pérdidas, etc.

Este artículo es bastante preciso, además establece como se maneja el tema de gastos de la devolución del menor los gastos judiciales y que conlleva el requerimiento, pero en su último inciso establece una precisión sancionadora en caso de incumplimiento de la orden de restitución para lo cual establece:

Si la persona que ha sido requerida judicialmente no cumple con las órdenes del Juez podrá ordenarse el apremio personal o incluso el allanamiento del

inmueble en el que el menor que ha sido retenido de manera indebida se encuentra para poder recuperarlo de manera inmediata. (CONA, 2015)

Como se evidencia de las disposiciones de la ley, de ser completamente necesario incluso se le puede privar de la libertad o allanar su morada, todo con la finalidad de precautelar la integridad, la seguridad y el bienestar integral de los menores.

Un punto sustancial que debe ser analizado es respecto a que este es el único artículo en la norma que hace referencia a la retención indebida pero no establece ningún proceso ni la forma en la que se debe actuar cuando se produce ni la forma en la que se debe solicitar y mucho menos como aplicar la sanción y tampoco establece la forma en la que las autoridades y organismos auxiliares deben actuar.

En virtud de ello, lo único que se encuentra reconocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico es el tema de la protección de los menores contra el traslado la retención indebida tal y como lo dispone el artículo 77 del CONA, el cual establece:

Se prohíbe el traslado y la retención de los menores cuando se violente el ejercicio de las facultades conferidas por la patria potestad, el tema de las visitas o la autorización de salida del país.

Los menores que por cualquier motivo hayan sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a retornar a su ambiente familiar habitual y a gozar del régimen de visitas dispuesto en la ley, para ello, el estado es el encargado de tomar las medidas que sean más idóneas y necesarias para alcanzar la reinserción familiar y la restitución del menor. (CONA, 2015)

En virtud de todo lo expuesto se puede evidenciar que si bien nuestro ordenamiento jurídico prohíbe el traslado y la retención del menor de manera expresa, la norma resulta insuficiente, vaga y es muy precaria por lo que no protege a los menores cumpliendo con el fin mismo de esta ley.

2.6 CARACTERÍSTICAS DE LA RETENCIÓN INDEBIDA

Un tema sustancial a ser abordado es respecto a las principales características que existen dentro del tema de la retención indebida, para ello se debe citar el artículo 3 del Convenio sobre la sustracción de menores, la cual en su parte pertinente establece lo siguiente:

Para que se considere que ha existido la retención ilícita debe concurrir cualquiera de los siguientes numerales:

- a) Cuando se haya infringido el derecho otorgado judicialmente del tema de la tenencia, régimen de visitas o patria potestad separándole al menor del lugar y de la persona con quien debería estar antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en el literal
- c) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. (HCCH, 1980)

CAPITULO III

LA RECUPERACION AL MENOR Y SU PROCESO

3. LA RECUPERACION DEL MENOR

Si bien la recuperación del menor es una figura jurídica bastante moderna, su procedimiento no se encuentra consagrado ni regulado dentro de nuestro ordenamiento jurídico por lo que cuando ocurren estos casos los jueces resuelven no solo a su sana crítica y raciocinio sino además tomando en consideración ciertas normas del derecho Internacional.

Según datos de la DINAPEN, en los dos últimos meses del año pasado y en el año en curso se han presentado alrededor de 93 casos de retención indebida de menores no solo en otras provincias sino que además en el extranjero y únicamente un 5% se resolvieron de manera efectiva (DINAPEN, 2021)

En virtud de ello es evidente que existe un problema en nuestro país que está vulnerando una serie de principios y derechos fundamentales y uno de ellos es la seguridad jurídica, la cual se encuentra establecida dentro del artículo 82 de la Constitución, el cual establece:

“La seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitucion, 2008). De esta norma se desprende el hecho de que deben existir normas claras y previas en nuestro ordenamiento jurídico que regulen las diversas situaciones jurídicas que pudieran presentarse y una de ellas es el tema de la retención indebida de menores en el extranjero y la recuperación de los mismos, sin embargo esto no ocurre así ya que en nuestra ley no existen procedimientos que estén expresamente regulados sobre estas situaciones lo cual vulnera el derecho no solo del menor sino que también del progenitor que ha sido privado del cuidado de su hijo a causa del otro.

En virtud de todo lo expuesto, se debe analizar cuáles son las normas vigentes en nuestro ordenamiento respecto al tema y como se lleva a cabo el procedimiento cuando esto ocurre.

3.1. PROCEDIMIENTO

Cuando un menor se encuentra retenido existe la obligación de restituirlo, esta retención puede darse de dos tipos, la primera es cuando se produce dentro del territorio nacional en una provincia distinta a la que debería encontrarse y la segunda es cuando el menor se encuentra retenido en el extranjero, para ambos casos resulta necesario acudir a la unidad judicial y solicitar la recuperación del menor ya sea mediante la cooperación de las autoridades locales o la ayuda de los organismos internacionales.

Como ya se mencionó para la recuperación de menores en el exterior no hay ningún procedimiento expreso por lo que puede tardar varios meses incluso años y se requiere de la cooperación Internacional, para ello el progenitor afectado debe acudir ante la Unidad Judicial competente que en este caso es la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la provincia del lugar del domicilio del menor o de su padre o madre de acuerdo a ley. (Alban, 2018).

El trámite se los realiza mediante tramite “sumario-medidas de protección”, conforme a las reglas y especificaciones establecidas dentro del COGEP y el CONA, sin embargo debido a que se requiere de la cooperación de los Organismos Internacionales no siempre se obtiene un resultado favorable ya que al no haber un procedimiento establecido cada juzgador aplica el procedimiento que crea necesario y en ocasiones este no es el más favorable al niño lo cual acarrea una vulneración indirecta del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en cuanto a la aplicación e interpretación la ley establece que tiene que ser la más favorable al niño, niña y adolescente.

Cuando la retención de los menores se produce dentro del territorio nacional pero en un lugar distinto al domicilio habitual del menor, la ley si determina un procedimiento rápido o expedito mediante el auxilio de ciertos organismos como lo es la DINAPEN o la Policía Nacional, sin embargo para que puedan actuar es necesario que exista una orden de autoridad competente, es decir una resolución del Juez de familia quien de manera expresa solicite la recuperación inmediata del menor. Según lo dispuesto en el artículo 268 del CONA el cual establece que:

La investigación de la Policía y de la Oficina de la Niñez y la Adolescencia para la sustanciación de las investigaciones orientadas a:

1. Ubicar a los menores que se encuentran perdidos o que están desaparecidos
2. Identificar y ubicar los lugares de residencia del padre, la madre o parientes del menor. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2015)

3.2 QUE ORGANOS PARTICIPAN EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

A. DIRECCIÓN NACIONAL DE POLICÍA ESPECIALIZADA PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La DINAPEN es un organismo creado en beneficio de los menores y cuya finalidad es la de defender los derechos de todos los menores de edad evitando y previniendo que sus derechos sean vulnerados. Este organismo se encuentra plenamente facultado para recibir las denuncias respecto a maltrato, investigaciones sobre menores, adolescentes intervenidos en operativos, auxilios, contravenciones, aislamientos y demás actividades orientadas a precautelar su seguridad o integridad (DINAPEN , 2021)

Este organismo posee personal que especializado que se encuentra capacitado para actuar de manera inmediata sobre todo en aquellos casos que tratan de recuperar al menor sobre todo y más aún cuando existen conflictos de carácter social, si bien es un organismo de carácter autónomo en cierto caos para actuar requiere de la orden la autoridad judicial competente.

B. JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Son órganos de nivel operativo con autonomía administrativa y funcional que tienen como función pública la protección integral de los derechos individuales y colectivos de las niñas, niños y adolescentes en el respectivo Cantón.

C. JUZGADOS DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Las unidades judiciales son órganos de administración de justicia de primer nivel cuyo rol principal es conocer, tramitar y resolver los casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar que pongan en su conocimiento

3.3 PROCESO INTERNACIONAL

Cuando el menor se encuentra en el extranjero y es voluntad de uno de sus progenitores recuperar al menor se debe presentar una solicitud ante la autoridad competente, esta solicitud de manera obligatoria deberá contener los siguientes requisitos:

1. el nombre del solicitante, del niño y de la persona de la que se hubiere llevado o retenido al menor de manera indebida.
2. La fecha de nacimiento del niño, o la copia de la partida de nacimiento.
3. Se deben establecer los motivos detallados para pedir el regreso del menor

4. Se debe detallar toda la información que se sepa para ubicar al menor en el extranjero. (Cabra, 2008, pg65)

Si bien el procedimiento no se encuentra establecido en la ley, de manera expresa, de manera general una vez que se presenta la solicitud en pleno cumplimiento de los requisitos normales establecidos en líneas anteriores y que deben concordar con los del artículo 142 del COGEP, una vez presentada y revisada por tratarse de un tema de menores, la actuación de los organismos debe ser inmediata en tal virtud se procede a determinar el lugar en el que se encuentra el menor en el extranjero para ello de ser necesario se oficia al ministerio de relaciones exteriores a fin de localizarlo.

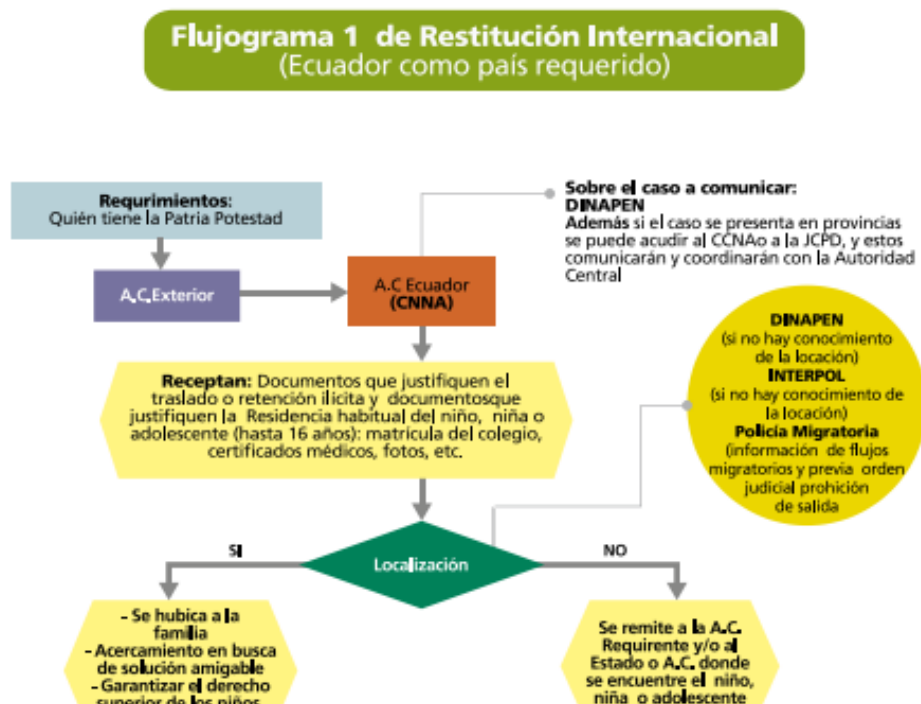
Una vez se tiene respuesta y se sabe el lugar en donde esta se da aviso a la autoridad central competente de ese país o estado a fin de que tome todas las medidas que sean necesaria para precautelar el bienestar del menor y para solicitar la entrega voluntaria de este. Este proceso tendrá el carácter de urgente por lo que todas las autoridades administrativas y judiciales trabajaran en conjunto para restituirlo a su país de origen.

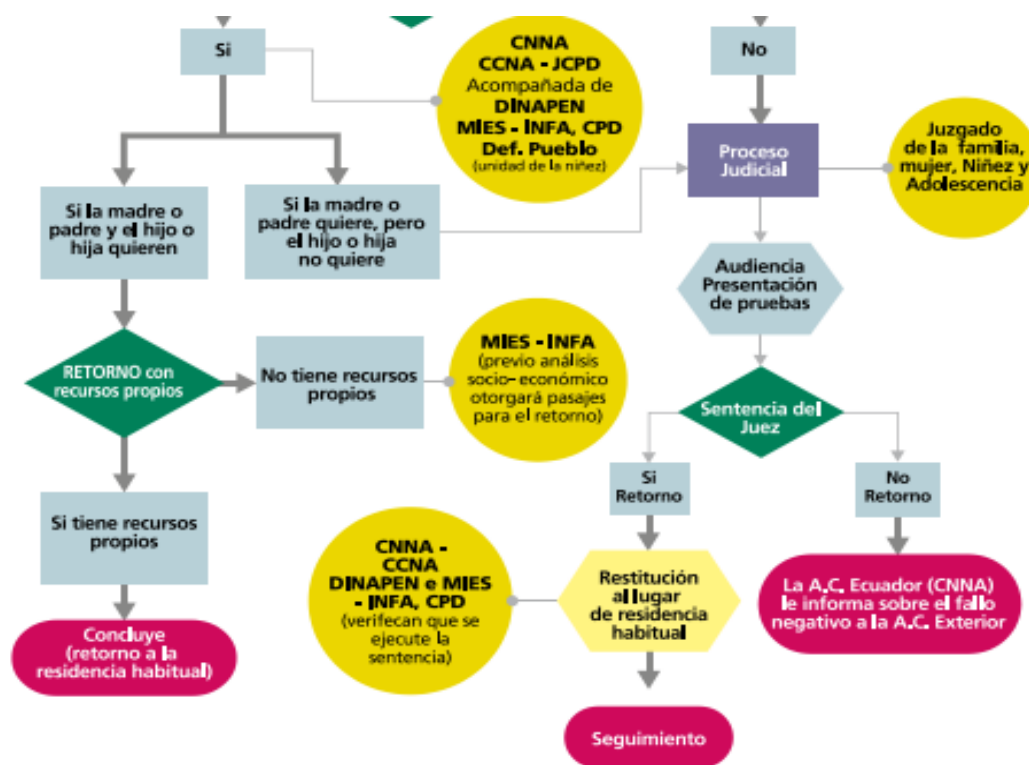
Según el derecho internacional y el derecho comparado, se concede a los otros estados el término máximo de 6 a 8 semanas para dar una respuesta y una solución al país que presento el requerimiento que en este caso es Ecuador, esta resolución deberá ser motivada y contener todos los fundamentos de hecho y de derecho en los que se fundamenta, el resumen de las actuaciones que han sido realizadas a fin de velar por el retorno del menor de manera segura y deberá contener las razones del que y por qué en caso de que exista una demora superior a el termino previsto legalmente (Cabra, 2008, pg65)

Este procedimiento si bien tiene el carácter de expedito muchas de las veces no surte los efectos deseados y suele tardar mucho tiempo, esto ocurre debido a la falta de ley en nuestro ordenamiento jurídico interno y a la dificultad de acceder a los Organismos Internacional, pero no solo eso sino que además representa un verdadero reto lograr determinar a ciencia cierta el paradero o la ubicación del menor a tal punto que incluso en meses o años esto resulta imposible.

Si bien una forma de saber el lugar donde está el menor es la autorización de salida del país, la cual como requisito fundamental establece la determinación de los vuelos y el domicilio de su estadía esto no es una garantía o un seguro de que ahí se encontrará el menor, esto ocurre ya que mucha de las veces llegan a un destino y se desplazan hacia otro en lo posterior por lo que a pesar de la cooperación esta búsqueda es muy compleja y tardía.

Esta inexistencia de norma respecto al procedimiento de recuperación al menor cuando este se encuentre en el extranjero, es un gran problema que vulnera una serie de derechos del menor y que a su vez pone en riesgo a su integridad, seguridad y bienestar en muchos de los casos vulnerando además los derechos del progenitor.





Fuente: (policia nacional, 2018)

3.4 PROCEDIMIENTO CUANDO ECUADOR ACTÚA COMO UN PAÍS REQUERIDO:

En conocimiento de la Autoridad Central del Ecuador de una solicitud de retorno de un niño, niña o adolescente que hubiere tenido su residencia habitual en otro Estado, se verifica primero que la solicitud cumpla con las condiciones exigidas por el Convenio. Una vez verificada la solicitud, la Autoridad Central del Ecuador, coordina con DINAPEN, INTERPOL o Policía de Migración para la investigación y localización del niño, niña o adolescente trasladado o retenido ilegalmente en el Ecuador. Si de las investigaciones realizadas se ubica al niño, niña o adolescente, la Autoridad Central del Ecuador intenta una devolución voluntaria, de lo contrario se procede a iniciar un proceso judicial de restitución. La Autoridad Central, de haberse resuelto la restitución y tras haberse ejecutoriado la sentencia, toma las medidas necesarias, coadyuvada de las entidades competentes, para asegurar el regreso del niño, niña o adolescente (policia nacional, 2018)



Fuente (policia nacional, 2018)

3.5 RECUPERACION DEL MENOR Y COOPERACION INTERNACIONAL

Una de las situaciones que hacen viable el retorno del menor a su país de origen cuando está retenido en el extranjero es mediante la cooperación Internacional, la cual se produce entre estados que forman parte de tratados o convenios Internacionales suscritos y ratificados, uno de estos es el “Convenio del Haya” que se encuentra ratificado por nuestro país y que conforme así lo dispone la Constitución es de obligatorio cumplimiento.

3.6 CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980

El Ecuador es miembro de este convenio que tiene por objeto asegurar el regreso inmediato de los niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier estado contratante y de proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención indebida y de establecer los procedimientos que

permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita.

Según el art. 8 del Convenio la persona, institución u organismo que pretenda que un niño ha sido trasladado o retenido en violación del derecho de tenencia o guarda puede hacerlo saber ya sea a la Autoridad Central donde el niño resida habitualmente o bien a la Autoridad Central de cualquier Estado Contratante para que estas brinden su asistencia con el fin de asegurar en regreso del niño.

Esta normativa resulta fundamental a ser considerada cuando de recuperar al menor se trata, ya que contiene las guías y preceptos que deben ser aplicados por las autoridades de los estados parte del Convenio y nuestro país no es la excepción. Debido a la falta normativa que existe los Jueces de niñez y adolescencia deben adoptar un procedimiento que no solo sea el sumario como se encuentra previsto, sino que además deben conservar estas normas para que la cooperación internacional entre los países surta los efectos deseados.

3.7 CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Esta convención es de suma importancia para el análisis que nos compete, ya que trae consigo los parámetros que deben ser tomados en cuenta para recuperar a los menores en instancia internacional; esta convención en sí, tiene por objeto asegurar la pronta restitución

de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

Esta norma establece el procedimiento a llevarse a cabo y establece que se debe hacer un proceso judicial y tener una sentencia de los jueces competentes para de este modo solicitar al país en el que se encuentra retenido el menor que lo devuelva a donde debería. Respecto a cuestiones de competencia, establece:

Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención (OEA, 1989)

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, por riesgo inseguridad del menor, se podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación. Se reconocen tres vías para hacer efectiva la reclamación y la devolución del menor a su país de origen, estas son:

- a. A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b. Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c. Directamente, o por la vía diplomática o consular.

Otra de las circunstancias que se hablan dentro de esta ley es respecto al término que debe concurrir a fin de obtener una respuesta, para ello se establece que:

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas (OEA, 1989)

Respecto a los gastos del traslado del menor, estos estarán a cargo del actor, es decir corren por parte de la persona que solicita la devolución del menor a su país de origen; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.

3.8 CASO PRACTICO DERECHO COMPARADO

Como ya se mencionó según la DINAPEN, son varios los casos que se presentan y muy pocos los que han sido resueltos de manera efectiva y uno de ellos es el que se narra a continuación. El análisis de este caso es un claro ejemplo de la falta de normativa que existe y por ende del procedimiento que deben seguir las autoridades judiciales para precautelar los derechos del menor.

Este caso se llevó a cabo con la ayuda del Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) a través de la Subsecretaría de Protección Especial a fin de recuperar a una menor que se encontraba residiendo en Italia, y que salió del país el 23 de septiembre de 2020 en compañía de su padre quien la retuvo sin la autorización y el consentimiento de su madre.

La autoridad central del Ecuador que es la Subsecretaría de Protección Especial coordinó acciones con la autoridad central de Italia a fin de encontrar a la menor y traerla de regreso de manera inmediata. El MIES mediante la Subsecretaría de Protección Especial, quien es responsable de la Autoridad Central ofrece patrocinio y asistencia jurídica gratuita para precautelar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a los convenios internacionales suscritos por el Ecuador y dentro de su jurisdicción.

Hasta la presente fecha, esta cartera de Estado ha atendido cientos de casos por prestación de servicios sociales, a favor de la niñez y adolescentes del Ecuador, relacionados con procesos de: restitución internacional, visitas, alimentos en el exterior, protección parental por vulneración de derechos, tráfico internacional de niñas, niños y adolescencia, entre otros.

Equipo técnico profesional del MIES especializado en el ámbito jurídico, psicológico y de trabajo social atiende este tipo de casos conjuntamente con la articulación interinstitucional de los Ministerios de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Interior, Justicia; Defensoría Pública y Dirección Nacional de Policía Especializada, para Niños, Niñas y Adolescentes, DINAPEN (MIES, 2022)

El proceso de restitución se realizó con asistencia jurídica en la que cooperaron todas las instituciones y autoridades dentro del territorio nacional para ubicar a la menor en el

extranjero, hacer el proceso sancionador correspondiente para el progenitor que retuvo de manera indebida y por ende la restitución de la menor a su estado anterior.

Este solo es uno de los casos que han ocurrido y uno favorable, sin embargo debería haber norma expresa que ayude a que este proceso se realice con éxito y en el menor tiempo posible.

3.9 SOLUCIONES JURIDICAS

Como ya se ha desarrollado dentro de todo este trabajo investigativo, la retención indebida del menor es un acto prohibido por la ley que faculta al otro progenitor a pedir su revolución a su país de origen hacia donde debió estar el menor, para ello se requiere de un trámite establecido en la ley, sin embargo este trámite no se encuentra regulado dentro de nuestra ley por lo que a causa de ello se generan una serie de problemas y de derechos que son vulnerados, es por ello que una de las soluciones jurídicas más viables y que surtan sus efectos en la práctica sería no solo la reforma del Código de Niñez y Adolescencia, sino que además se debería crear un proceso específico que regule la situación de los menores en el exterior.

Si bien los jueces aplican las normas del derecho Internacional, debido a la carencia normativa de nuestro país el proceso es tardío además de que todo el personal que interviene no está capacitado para actuar ya que requieren de una orden judicial y no solo eso sino que actúan una vez e tenga una resolución.

Con todo lo dicho entonces las autoridades judiciales deberían crear una propuesta de ley respecto a un procedimiento que garantice de manera eficiente la recuperación al menor,

que sancione de manera efectiva a quien retuvo indebidamente al menor, y que de seguridad jurídica evitando la vulneración de derechos sobre todo para el menor.

CONCLUSIONES

Del presente trabajo investigativo se pudieron obtener las conclusiones que se describen a continuación:

- La libertad de tránsito es un derecho fundamental de todas las personas sin distinción alguna en los parámetros que la ley así lo establece, sin embargo, esta libertad en el caso de los menores se encuentra limitada a la autorización de salida del país otorgada por uno o ambos de los progenitores según sea el caso.
- Muchas de las veces los progenitores llevan al menor al extranjero de manera unilateral a los menores reteniéndolos indebidamente e incumpliendo con las

autorizaciones de salida del país lo cual genera un gran problema y vulnera derechos tanto del menor como lo es el principio del interés superior del menor con el de los progenitores en el caso del derecho al régimen de visitas

- La recuperación del menor es una figura jurídica moderna y que si bien se encuentra contemplada dentro de nuestro ordenamiento jurídico esta es precaria y no cumple con su fin debido a que únicamente se establece un proceso específico para recuperar a los menores cuando estos se encuentran dentro del territorio nacional, pero cuando estos son llevados y retenidos en el extranjero no hay un procedimiento por lo que hay que apegarse a normas internacionales y a la cooperación entre estados.
- El proceso de recuperación internacional no es eficiente ya resulta bastante tardía y demorad puesto que hasta tratar de ubicar de manera certera a los menores pueden transcurrir vario meses o incluso algunos años, y requiere de un proceso judicial complejo y de la discrecionalidad procedimental d un Juez debido a la falta normativa
- La falta d norma no solo vulnera derechos de los menores y de los progenitores sino que además pone en riesgo la seguridad del menor mientras se encuentra en el extranjero es por ello que la sanción para quién incumple y retiene indebidamente al menor en el exterior debe ser severa a fin de que estos hechos n vuelvas a suceder.

RECOMENDACIONES

Del presente trabajo investigativo y del análisis realizado, es procedente establecer una serie de recomendaciones aplicables dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los mismos que se detallan a continuación.

- Con la finalidad de precautelar los derechos del menor y el principio del interés superior de este resulta necesario que exista una mejor protección del estado no solo en el que respecta a la autorización de salida del país sino que además respecto al control de las autoridades migratorias en el extranjero a fin de velar el lugar en el que este se encuentra

- En lo que respecta al tema de la restitución del menor tanto nacional como internacional la norma actual y vigente debería ser reformada y se debería establecer un proceso específico para cada uno de estos problemas, además debería capacitarse a las autoridades de las demás instituciones u organismos intervinientes a fin de que el proceso sea rápido y eficiente.
- Debería crearse un proceso que se encuentre expresamente regulado dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el que se establezca la manera en la que se debe proceder y resolver el trámite de la recuperación del menor en el extranjero
- Deberían establecerse sanciones rigurosas para quien retenga al menor en el extranjero no solo la restitución sin sanciones patrimoniales administrativa e incluso penales esto a fin de evitar la vulneración de derechos y la repetición de estas acciones lesivas.

BIBLIOGRAFIA

Adolescencia, C. O. (2021). *Codigo Organico de Niñez y Adolescencia*. Quito: Asamblea Nacional.

Alban, H. (2018). *derecho a la niñez y la adolescencia* . Quito: FUNDACION QUITO SPRINT.

ALFONSO, A. D. (2018). *LA TENENCIA Y VISITA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD, EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD DE LOS PADRES Y*

EL DERECHO AL BUEN VIVIR. Obtenido de uniandes:
<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8032/1/PIUAMCO030-2018.pdf>

Arellano, P. (04 de junio de 2019). *DerechoEcuador Diario La Hora*. Obtenido de autorizacion salida del pais :
https://www.academia.edu/47760103/AUTORIZACION_DE_SALIDA_DEL_PAIS_DE_MENORES_DE_EDAD

Bruñol, M. C. (2021). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO*. Washington D. C: oea.org.

Cabanellas, G. (1988). *Diccionario Juridico Elemental*. Buenos Aires- Argentina: Heliasta.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario juridico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Cabra, M. G. (2008, pg65). *Derecho de Familia y de la Infancia y Adolescencia*.

Cevallos, G. (2015). *la patria potestad* . Obtenido de ecotec :
https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2015A1_DER201_11_43114.pdf

Codigo civil. (2021). *Codigo Civil*. Quito: Asamblea Nacional.

CONA. (2015). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Asamblea Nacional.

CONA. (2019). *Codigo Organico general de procesos*. Quito: Asamblea Nacinañ.

Constitucion. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional

Convencion del Niño. (1990). *Convencion del Niño*. Unicef.

Criollo, A. K. (2017). *Retención indebida y la recuperación internacional de los niños, niñas y adolescentes. El Ecuador como país requerido*. Ecuador: UCUENCA.

DINAPEN . (2021). Obtenido de MINISTERIO DE GOBIERNO:
<https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/dinapen-al-servicio-de-menores-de-edad-en-situacion-de-riesgo/#:~:text=%2D%20La%20Direcci%C3%B3n%20Nacional%20de%20Polic%C3%ADa,la%20vulneraci%C3%B3n%20de%20sus%20derechos.>

DINAPEN. (16 de mayo de 2021). Obtenido de recuperacion del menor y la retension indebida .

EUSKADI. (20 de marzo de 2018). *principio de interes superior del menor*. Obtenido de <https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-del-interes-superior-dela-menor/>

GUARACA, J. (2012). *Derecho de la Niñez y la Familia*. Quito : primera edicion .

Mayorga, B. C., & Esparza, I. J. (diciembre de 2017). *El procedimiento de recuperación de menores, el principio superior del niño y su desarrollo integral*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/7401>

Mera, D. M. (16 de enero de 2012). *relaciones paterno filiales*. Obtenido de derechoecuador: <https://derechoecuador.com/paterno-filiales/>

Merino, J. P. (2014). *DEFINICIÓN DE TENENCIA*. MEXICO:
<https://definicion.de/tenencia/>.

MIES. (JUNIO de 2022). *RECUPERACION INTERNACIONAL DEL MENOR* . Obtenido de <https://www.inclusion.gob.ec/mies-resolvio-favorablemente-el-caso-de-restitucion-internacional-de-una-menor-de-edad/>

OEA. (1989). *CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES* . Uruguay: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>.

policia nacional. (1 de marzo de 2018). *Manual de Procedimientos de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Obtenido de https://www.policia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/1_restitucion_internacional.pdf

QUILCA, J. I. (2017). *“EL PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN DE MENORES, EL PRINCIPIO SUPERIOR DEL NIÑO Y SU DESARROLLO INTEGRAL*. ambato - ecuador: UNIANDES.

RAE. (2021). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. España - Madrid: RAE.

RECUPERACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, 00603-P-CNJ-2018 (Corte Provincial de Pichincha 24 de abril de 2018).

Vinicio, A. C. (mayo de 2016). *“La tenencia y patria potestad del menor de edad que no ha cumplido doce años y la debida aplicación al artículo 106, numeral dos del Código de la Niñez y la Adolescencia de la Legislación Ecuatoriana*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6571/1/T-UCE-0013-Ab-252.pdf>

ANEXOS

CINTHIA ELIZABETH LOPEZ MOLINA portador de la cédula de ciudadanía N° 0107204000. En calidad de autor y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación “**LA RECUPERACIÓN DE MENORES SIN AUTORIZACION EN EL EXTRANJERO Y LA POSIBLE VULNERACION DE LOS DERECHOS**” de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **30 de enero de 2023**

F: 

CINTHIA ELIZABETH LOPEZ MOLINA

C.I. 0107204000