

The logo of the Universidad Nacional de Loja is a large, ornate emblem on the left side of the page. It features a central circular seal with a figure holding a book and a torch, surrounded by the Latin motto "IN THESAURIS SAPIENTIE GLORIFICATIO VIUERE". Below the seal is a classical column with a hand holding a quill pen. A ribbon with the colors of the Ecuadorian flag (yellow, blue, and red) winds around the column. At the base of the column is an open book with the text "Educación sincrónica de Libertad". To the right of the book is a globe on a stand.

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

**FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y  
ADMINISTRATIVA**

**CARRERA DE DERECHO**

**TÍTULO:**

**“ESTABLECER UNA EVALUACIÓN  
PSICOLÓGICA ADECUADA, PREVIA A  
DICTAMINAR LA TENENCIA DE LOS  
MENORES DE EDAD DURANTE EL JUICIO  
DE DIVORCIO.”**

*TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL  
GRADO DE LICENCIADO EN  
JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE  
ABOGADO*

**AUTOR:**

**BAYRON ADRIÁN ESPINOSA BRAVO.**

**DIRECTOR:**

**Dr. ERNESTO GONZÁLEZ PESANTES. Mg. Sc.**

**Loja – Ecuador  
2020**

## CERTIFICACIÓN

### **Certifico:**

Que la tesis titulada **“ESTABLECER UNA EVALUACIÓN PSICOLOGICA ADECUADA, PREVIO A OBTENER LA TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD, DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO.”**, de autoría de BAYRON ADRIAN ESPINOSA BRAVO, ha sido corregida y dirigida, en fiel cumplimiento de las disposiciones reglamentarias de los referentes académicos de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, la tesis se encuentra desarrollada en un 100%, es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Loja, 10 de enero del 2020.



---

**Dr. Ernesto González Pesantes. Mgs. Sc.**  
**DIRECTOR DE TESIS**

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

En uso de mis facultades y condecor de la responsabilidad que acarrea una declaración bajo juramento, declaro que el contenido de la presente tesis es de mi autoría excepto las citas bibliográficas que se encuentran debidamente referidas y consignadas en la bibliografía.

Loja, 10 de enero del 2020.



**Bayron Adrián Espinosa Bravo**

**AUTOR**

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS, POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo, **Bayron Adrián Espinosa Bravo**, declaro ser el autor del trabajo de titulación: “ESTABLECER UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA ADECUADA, PREVIA A DICTAMINAR LA TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO”, como requisito para obtener el grado de **ABOGADO**.

Además, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Digital Institucional (RDI).

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Digital Institucional, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copias de la tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los trece días del mes de julio del dos mil veinte, firma el autor.

  
**Bayron Adrián Espinosa Bravo.**

**AUTOR**

**Dirección:** Sucre entre Mercadillo y Lourdes, Loja.

**C.I:** 1105696080

**Teléfono convencional:** 076061659.      **Teléfono celular:** 0988861325.

**Correo Electrónico:** adrianbay2009@hotmail.com

**DATOS COMPLEMENTARIOS.**

**Director de Tesis:** Dr. Ernesto González Pesantes. Mg. Sc

**TRIBUNAL DE GRADO**

**PRESIDENTE:** Dra. Paz Piedad Rengél Maldonado. Mg. Sc.

**1er VOCAL:** Dr. Raúl Marcelo Mogrovejo León. Mg. Sc.

**2do VOCAL:** Dr. Mauricio Quito Ramón. Mg. Sc.

## **AGRADECIMIENTO**

Dejo constancia de mi agradecimiento a la Universidad **Nacional de Loja** especialmente a la **Facultad Jurídica, Social y Administrativa** en la persona de sus dignas autoridades.

De igual manera agradezco a todos y cada uno de los Catedráticos de la **Carrera de Derecho**, formadores de personas de bien, que de manera oportuna y desinteresada aportaron con sus vastos conocimientos para mi formación profesional.

Con ímpetu dejo expreso mi más sincero agradecimiento al **Dr. Ernesto González Pesantes**, quien con su gran calidad de amigo y su noble sabiduría de maestro supo dirigirme acertadamente en la presente tesis de grado.

**El Autor**

## **DEDICATORIA**

La presente tesis la dedico, a mis amados padres y a mi valiente hermana Tamara, donde quiera que se encuentren, son la muestra precisa y perenne del amor de Dios para conmigo,

A la Reina más hermosa, mi Señora del Cisne, a quien adjudico mi carrera, mis logros, mi vida...

Para Mami Zoila y Papi Bolívar, a quienes les quedó corto el título de abuelos, por la bondad de su corazón y la generosidad de su tiempo, por sus consejos, su guía y la fiel compañía de siempre.

A mi hermosa esposa Andrea, la luz que no debe faltarle a mi vida, y a mi pequeño hijo Joaquín, mi motor, mi inspiración y fortaleza.

- **Bayron Adrián Espinosa.**

**AUTOR**

## **TABLA DE CONTENIDOS**

- 1. TÍTULO**
- 2. RESUMEN EN ESPAÑOL Y TRADUCIDO AL INGLES**
  - 2.1 Resumen en español.
  - 2.2 Abstract.
- 3. INTRODUCCIÓN**
- 4. REVISIÓN DE LITERATURA**
  - 4.1. MARCO CONCEPTUAL**
    - 4.1.1. La familia
    - 4.1.2 Evolución de la familia en la historia
    - 4.1.3 Etimología y definición
    - 4.1.4. Fundamento de la familia
    - 4.1.5. Funciones de la familia
    - 4.1.6. El divorcio
    - 4.1.7. La tenencia
    - 4.1.8. Procedencia para demandar tenencia.
    - 4.1.9. Evaluación Psicológica
  - 4.2. MARCO JURÍDICO**
    - 4.2.1. Constitución del Ecuador.
    - 4.2.2. Tratados e instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador.
    - 4.2.3. Código Orgánico General de Procesos.

4.2.4. Código de la niñez y la adolescencia.

4.2.5. Código civil.

### **4.3 MARCO DOCTRINARIO**

4.3.1. Origen y Evolución de la Familia.

4.3.2. La Patria Potestad.

4.3.3 La Tenencia.

4.3.4 Valoración Psicológica.

### **4.4. DERECHO COMPARADO**

4.4.1. Legislación chilena respecto a la tenencia de menores.

4.4.2. Legislación colombiana respecto a la tenencia de los menores.

4.4.3. Legislación peruana respecto a la tenencia de los menores.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS.**

5.1. Métodos.

5.2. Técnicas.

## **6. RESULTADOS**

6.1. Resultados de aplicación de encuestas.

6.2. Resultados de aplicación de las entrevistas.

## **7. DISCUSIÓN.**

7.1. Verificación de los objetivos.

7.2. Contrastación de la hipótesis.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta.

## **8. CONCLUSIONES.**



## **9. RECOMENDACIONES.**

## **10. PROPUESTA JURÍDICA**

10.1. Proyecto de reformas al Código Civil.

## **11. BIBLIOGRAFÍA**

## **12. ANEXOS.**

## **13. INDICE.**

## **1. TÍTULO**

**“ESTABLECER UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA ADECUADA, PREVIA A  
DICTAMINAR LA TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD DURANTE EL  
JUICIO DE DIVORCIO.”**

## 2. RESUMEN

El presente trabajo analiza el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores durante el juicio de divorcio, lo cual requiere un profundo análisis de la familia como institución destinada a la protección de sus integrantes; lo antes indicado requiere un conocimiento complementario de la tenencia y patria potestad como pilares del Derecho de Familia.

La tenencia de menores como normativa requiere un análisis constitucional, respaldado en legislación internacional, así como en el Código de la Niñez y Adolescencia, las leyes complementarias y el derecho comparado, lo que permite analizar los vacíos legales que el ordenamiento jurídico ecuatoriano presenta, lo cual evidentemente complica que el ideal de justicia y/o equidad que persigue el juzgador llegue a cumplirse.

El Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, caracterizado por su visión social, así como la defensa de la familia como pilar fundamental de la sociedad requiere un cambio jurídico en su actual visión de la tenencia y patria potestad, pues se debe romper el paradigma del otorgamiento de las mismas sólo por una cuestión de identidad social y de género, la cual históricamente recaía en la madre de los menores. Desde la esfera sociológica un proceso de divorcio es el fracaso de la convivencia entre los cónyuges, lo cual implica la ruptura de un proyecto de vida de la pareja, con el referido antecedente, en la actualidad el Código de la Niñez y Adolescencia resulta aún insuficiente para dirimir la existencia de conflictos que pudiesen suscitarse entre los progenitores de los menores de edad, esto con la finalidad de poder obtener la tenencia o patria potestad mientras dure la Litis.

La presente tesis analiza los efectos de la separación de los progenitores y las restricciones que estos imponen en relación al derecho de visitas del padre que no llegase a ser custodio, lo cual conlleva al juez a decidir sobre problemas profundos de pareja, por lo que se plantea como interrogantes: el régimen de visitas, el rol del operador de justicia ante los casos de violencia intrafamiliar, el rol de los menores ante sus padre durante el proceso judicial.

El Código de la Niñez y Adolescencia determina la protección a los menores de edad, para lo cual es necesario las medidas de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, frente a la negativa de la madre que ocurre en la gran mayoría de casos, en virtud del contexto antes descrito, es necesario reformar

el Código referido así como el Código Civil a fin de poder otorgar la tenencia y patria potestad al cónyuge que se encuentre apropiado para asumir la responsabilidad del cuidado formal de sus hijos.

**PALABRAS CLAVES:**

Constitución, niñez, tenencia, patria potestad y divorcio.

## ABSTRACT

This paper analyzes the granting of the possession of minor children during the divorce proceedings, which requires a thorough analysis of the family as an institution aimed at the protection of its members; The foregoing requires a complementary knowledge of tenure and parental rights as pillars of Family Law.

The possession of minors as regulations requires a constitutional analysis, backed by international legislation, as well as in the Code of Children and Adolescents, complementary laws and comparative law, which allows analyzing the legal gaps that the Ecuadorian legal system presents, which evidently complicates that the ideal of justice and / or equity pursued by the judge comes to be fulfilled.

Ecuador being a constitutional state of rights and justice, characterized by its social vision, as well as the defense of the family as a fundamental pillar of society requires a legal change in its current vision of tenure and parental rights, as it must be broken the paradigm of granting them only for a matter of social identity and gender, which historically fell to the mother of minors.

From the sociological sphere, a divorce process is the failure of cohabitation between the spouses, which implies the rupture of a life project of the couple, with the aforementioned background, currently the Code of Childhood and Adolescence is still insufficient to resolve the existence of conflicts that could arise between the parents of minors, this with the purpose of being able to obtain possession or parental rights during the Litigation.

This paper analyzes the effects of the separation of the parents and the restrictions that they impose in relation to the right of visits of the father who did not become a custodian, which leads the judge to decide on deep couple problems, which raises questions : the regime of visits, the role of the justice operator in cases of domestic violence, the role of minors before their parents during the judicial process.

**KEYWORDS:**

Constitution, childhood, safekeeping, parental rights and divorce.

### 3. INTRODUCCIÓN

El ser humano requiere por naturaleza el manifiesto cuidado y protección de su padres, lo cual obliga a que se genere una obligación consustancial, lo cual representa un derecho intrínseco de los niños, niñas y adolescentes, la tenencia según el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se trata simplemente de satisfacer necesidades primarias a través de un techo o una habitación, requiere satisfacer la esfera fisiológica, comida diaria, subsistencia, educación, vestuario, asistencia médica, etc.

La Constitución del Ecuador a través del Régimen del Buen Vivir busca el desarrollo holístico del ser humano, es decir, integral, por tanto desde el Derecho de Familia, la tenencia debe otorgar a los menores una relación parento-filial que garantice y proteja el derecho a la vida, a la supervivencia, lo cual implica la garantía de satisfacer las necesidades básicas que incluye, una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, salud integral, y provisión de medicinas, educación, cuidado, vestuario adecuado, vivienda segura e higiénica y dotada de los servicios básicos y otros derechos fundamentales.

La Tenencia de menores en virtud de los preceptos constitucionales debe ser visto como el derecho de responsabilidad otorgada por un juez a los progenitores de un menor de edad, lo cual involucra su desarrollo integral hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, por lo tanto, esta institución del derecho de familia busca cumplir funciones de cuidado y crianza, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece categóricamente quienes son las personas que a través de la Tenencia deben cumplir con las necesidades de un niño, niña o adolescente, imponiendo y responsabilizando a cumplir a los progenitores en este orden, conforme un acuerdo mutuo, al padre o madre producto de este convenio; a falta de

acuerdo de los progenitores, se confiará a la madre; en caso de inhabilidad de los progenitores, a un tutor nombrado por el Juez.

Por otro lado, en la actualidad se ha podido constatar que existen diversos casos de madres de familia que tienen la tutela, la custodia o la tenencia de un menor, las cuales no han cumplido en forma adecuada con el conjunto de derechos y obligaciones que la misma implica, lo antes señalado, se evidencia en virtud de diversos motivos, como son el descuido, la negligencia, el orgullo, más allá de su precaria condición económica, no son las más adecuadas psicológica, espiritual y moralmente para la debida crianza o cuidado de su hijo, perjudicando los intereses del menor y no aplicando el principio de prioridad absoluta e interés superior que esta direccionado a agotar todos los medios para el cumplimiento de los derechos del niño, niña o adolescente en cuanto a su desarrollo.

Lo antes expuesto, evidencia la necesidad de “Establecer una evaluación psicológica adecuada, previa a dictaminar la Tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio”, lo cual obligará a definir diversos paradigmas tradicionales que aún persisten en el actual Derecho de Familia, tales como el otorgamiento de la patria potestad o el régimen de visitas, la presente investigación busca analizar a través del ordenamiento jurídico ecuatoriano un mecanismo efectivo que fortalezca las relaciones parentales mientras dura la Litis.



#### **4. REVISIÓN DE LA LITERATURA**

En el presente trabajo se analiza el actual otorgamiento de la tenencia de los hijos menores de edad en el juicio de divorcio, lo cual obliga a redefinir actualmente el Derecho de Familia en su visión clásica, así como el sentido mismo, el alcance y efectos legales que trae una separación judicial, además de los criterios para el otorgamiento de la patria potestad.

La Constitución expresa que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lo cual supone una visión holística del ser humano, por tanto, el orden normativo está llamado a la protección de la familia, así como también la aplicación de los diversos principios, derechos e instituciones emitidos del Derecho Comparado tendientes al cumplimiento del precepto del interés superior del niño; lo antes descrito, evidencia la necesidad de determinar nuevos criterios para el otorgamiento de la tenencia de los menores durante el juicio de divorcio.

## 4.1. MARCO CONCEPTUAL

La familia desde la esfera social constituye la piedra fundamental del Estado, constituyéndose en el espacio pleno donde se desarrollan las niñas, niños y adolescentes, por tanto, se constituye en un imperioso deber sus integrantes el crear las condiciones adecuadas para que los menores puedan desarrollarse en forma física, mental, moral, espiritual y socialmente, en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

El interés superior del niño es el principio universal con el cual se busca proteger a los diversos miembros familiares, el cual se encuentra respaldado en primer término por la Constitución Ecuatoriana, así como por la normativa internacional de la cual el Estado es suscriptor, en este contexto, la sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar, proteger y fortalecer a la familia como pilar fundamental del desarrollo del país.

### 4.1.1. La familia

Expresa Arregui<sup>1</sup> que “la ley no brinda una definición expresa respecto a la familia, esta institución requiere que se analicen varios factores como lo son los sociales, políticos, económicos y culturales de cada época, su evolución se da de acuerdo a las transformaciones de cada sociedad, en cualquier época la familia es el núcleo de la sociedad, por lo que debe ser cuidada, protegida y preservada, por ser la base del ser humano”, lo cual explica que la familia ha sufrido cambios y su transformación se debe al tiempo, y a su condición de entorno, pero pese a todo, la familia en cualquier época es y seguirá siendo la base de la sociedad.

---

<sup>1</sup> Arregui, Denise, (2029), *Análisis de la Protección Constitucional a los Diferentes Tipos de Familias en el Ecuador, según los Artículos 67, 68 y 69 de la Constitución del Ecuador*, Quito, Editorial UIDE, pp.27-29.

Sostiene Barahona<sup>2</sup> que “la esencia misma que origina la familia es el matrimonio, la visión que en la actualidad se tiene es muy propia del derecho occidental, la cual se heredó del sistema romano, el cual lo llegó a concebir como la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer”, lo mencionado se refiere a la capacidad de procrear, educar hijos y de constituir entre los cónyuges una sociedad perpetua, por ende, esta definición plantea tres elementos fundamentales: procreación, libre consentimiento de las partes y heterosexualidad.

Con respecto a la familia Arregui<sup>3</sup> sostiene que “es la base del ser humano, por ende, llega a ser el primer contacto con el entorno social en su infancia, posteriormente en la escuela se llegan a formar los conocimientos, destrezas, afectos y valores con los que se desenvolverá el individuo en la sociedad”.

Lo antes expuesto, evidencia la necesidad de entender a la familia como la institución del derecho encargada de las relaciones de filiación que existen entre ascendientes y descendientes, las de parentesco, propiamente dichas, son las que existen entre los parientes colaterales hasta el cuarto grado (tíos y sobrinos), e incluso modernamente se sostiene que la familia política puede llegar a influir en el desarrollo holístico del ser humano por el grado de interrelación que se suscita a través de los lazos que tienen sus progenitores.

El Art. 67 de la Constitución<sup>4</sup> señala que “la familia en su estructura misma tiene diversas clases, lo cual reconoce la existencia de otras alternativas, se determina que es el núcleo fundamental de la sociedad, así como desde la visión neoconstitucional del Estado se expresa que se garantiza las condiciones que favorezcan integralmente a la misma”.

---

<sup>2</sup> Barahona, Amílcar, (2016), *Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Editorial UASB, pp.28-32.

<sup>3</sup> Arregui, Denise, (2029), *Análisis de la Protección Constitucional a los Diferentes Tipos de Familias en el Ecuador, según los Artículos 67, 68 y 69 de la Constitución del Ecuador*, Quito, Editorial UIDE, pp.27-29.

<sup>4</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

#### 4.1.2. Evolución de la familia en la historia

Sostiene Coronado<sup>5</sup> que “su punto de partida fue la comunidad primitiva, de la horda y la del clan, en esta etapa tenía una estructura y función en virtud del parentesco, interesaba la supervivencia, se tornaba imperioso la obtención de alimentos en la naturaleza, de esta manera la familia se volvió una unidad económica, que nació de la caza, pesca y agricultura; así surgió también la primera forma de organización, pues por las necesidades mismas de cada grupo social”. Luego se desarrolla la etapa de la horda, la familia comienza a ser mas reducida, obedece a un grupo pequeño al carecer de un territorio definido (nómada), así surgieron los clanes y tribus; finalmente en la etapa del clan existió la imagen de un líder o jefe, ejercía poder sobre los hijos, nietos, sobrinos, primos y más, se generaron lazos de parentesco y ascendencia, se buscó construir el ideal de un ancestro común.

La evolución de la familia ha sido muy dinámica, según el referido autor<sup>6</sup> “la etapa consanguínea, nace al dividir a la familia por generaciones, el período panalú fomentó el crecimiento de la organización familiar, se gestó como un núcleo básico, muy aparte en la etapa sindiásmica, se constituyó el salvajismo y la barbarie. La etapa monogámica con la división del poder entre Ejecutivo, Judicial y Legislativo, es decir la creación del Estado, y la etapa poligámica en Oriente, diferenciándose ya dos grandes tipos de matrimonios el monogámica y el grupal y de estos los de los poligámicos que se dividen en poliandria y poliginia”.

De acuerdo a otro enfoque histórico, expresa Durán<sup>7</sup> que “para los romanos, la familia era una organización patriarcal y jerárquica, la cual tenía su origen y centro de poder en el páter familias”, esta figura era quien ostentaba el poder, se encargaba de los vínculos de

---

<sup>5</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, Ambato, Editorial Uniandes,

<sup>6</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, Ambato, Editorial Uniandes,

<sup>7</sup> Durán, Augusto, (2013) *Código de Familia*, Quito, derechoecuador.com, p.3.

poder y se sus relaciones, por tanto, controlaba a todos aquellos que se encontraban bajo su dependencia, tal era su imperio que llegaba incluso a decidir sobre la vida o la muerte de su cónyuge e hijos.

Expresa García<sup>8</sup> que “la actual visión del modelo ecuatoriano respecto a la familia se originó en Roma, el cual luego se fue construyendo en forma dinámica sobre la fusión entre el matrimonio romano y el derecho canónico, la Iglesia Católica, a través del Concilio de Trento en el año de 1563 impuso la obligación de formalizar las uniones entre varón y mujer ante la autoridad eclesiástica, de esta manera quedaron legitimadas las familias, siendo esta la tendencia de la Edad Moderna”.

Por lo antes expuesto, sostiene el referido autor<sup>9</sup> que “los concubinatos fueron proscritos y las personas que se encontraban en esta calidad, lo cual conllevó al fortalecimiento del Derecho Canónico, por ende, fueron condenados a la ex comunión, el matrimonio fue considerado como un sacramento, que debía sujetarse estrictamente a los ritos impuestos por la Iglesia Católica Romana”.

#### **4.1.3. Etimología y Definición**

Expresa Arregui<sup>10</sup> que “el término familia proviene del latín “famulus” que quiere decir esclavo doméstico, en Roma este vocablo tuvo una visión altamente clasista, la cual era utilizada para identificar al conjunto de esclavos que pertenecían a un mismo noble romano, posteriormente se procedió a denominar la conjunto de esposa, hijos, esclavos que pertenecían a un patricio romano sobre quienes tenían el derecho y control de sus vidas., el paso del tiempo permitió que este vocablo se circunscriba únicamente a los esposos y sus descendientes”.

---

<sup>8</sup> García, José, *Diversos tipos de Familia reconocidos en la Constitución*, ob. cit., p.3.

<sup>9</sup> García, José, *Diversos tipos de Familia reconocidos en la Constitución*, ob. cit., p.3.

<sup>10</sup> Arregui, Denise, (2029), *Análisis de la Protección Constitucional a los Diferentes Tipos de Familias en el Ecuador, según los Artículos 67, 68 y 69 de la Constitución del Ecuador*, Quito, Editorial UIDE, pp.27-29.

Sostiene García<sup>11</sup> que “la etimología de la palabra familia proviene de la voz latina famas (hambre), otros estudiosos analizan que derivan de la raíz latina famulus (sirviente o esclavo doméstico)”, históricamente la familia agrupaba al conjunto de esclavos y criados de propiedad de un solo hombre, por ende, el páter familias tenía el poder absoluto y control total, incluido el de la vida y la muerte, de los esclavos y sus hijos.

La visión de familia desde la esfera legal tiene como referente la pareja, sostiene Baqueiro<sup>12</sup> que “incluye a los descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado, por tanto, todos sus integrantes se originan en la pareja”, lo cual supone la existencia de sus ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

En virtud de lo antes expuesto, sostiene García<sup>13</sup> que “la familia debe ser definida como la célula fundamental de la sociedad y el medio natural y necesario para la protección de los derechos y el desarrollo integral de sus miembros”, lo cual conlleva a que el Estado brinde el apoyo y protección a través de la Constitución y su ordenamiento, así como de las diversas instituciones que integran sus funciones, esto con la finalidad de que sus integrantes, pueda ejercitar plenamente sus derechos y asumir sus obligaciones.

Analiza Arregui<sup>14</sup> que “la familia como institución civil tiene diversas concepciones, tiene su origen y fundamento en el matrimonio; la unión de hecho; y la filiación biológica y adoptiva, por esta razón se la considera la base de la sociedad, se preocupa de la reproducción y del cuidado físico de sus miembros, es el ente llamado al bienestar, desarrollo psicológico y social de cada uno de ellos”; por esta razón, se considera a la

---

<sup>11</sup> García, José, *Diversos tipos de Familia reconocidos en la Constitución*, Quito, derechoecuador.com, p.3.

<sup>12</sup> Baqueiro Rojas, E y Buenrostro Báez, R (2001) *Derecho de Familia y Sucesiones*. Colección de textos jurídicos universitarios. Segunda edición. México. Editorial Oxford, p.9.

<sup>13</sup> García, José, *Diversos tipos de Familia reconocidos en la Constitución*, ob. cit., p.3.

<sup>14</sup> Arregui, Denise, (2029), *Análisis de la Protección Constitucional a los Diferentes Tipos de Familias en el Ecuador, según los Artículos 67, 68 y 69 de la Constitución del Ecuador*, Quito, Editorial UIDE, pp.27-29.

Familia como la unidad social básica, en donde el ser humano llega a construir su proyecto de vida, formándose desde la niñez, para que en su edad adulta se conduzca como una persona productiva para la sociedad donde se desarrolle.

La referida autora<sup>15</sup> expresa que “la familia es el conjunto de personas que se encuentran unidas por un vínculo de parentesco, puede estar formada sólo por los progenitores y los hijos, sin importar si viven dentro del matrimonio o no, por tanto, la ley considera solamente la condición genérica de “hijos”. Los hijos tienen los mismos derechos, sin considerar sus antecedentes de filiación y su identidad misma”.

Finalmente, Coronado<sup>16</sup> define a la familia como: “la unidad básica de la sociedad, en la que existe un grupo de individuos unidos por consanguinidad, afinidad legal y/o social, tienen objetivos personales que fortalecen el colectivo unitario”, esto supone la búsqueda continua y permanente de la construcción de vínculos de afectividad y solidaridad en forma continua por parte de sus miembros.

#### **4.1.4. Fundamento de la familia**

Sostiene Durán<sup>17</sup> que “la familia es el eje articulador a la sociedad misma, la cual se encuentra articulada por varias instituciones, las cuales generan múltiples relaciones paterno filiales, las mismas que se fundamentan en el amor y el respeto como ejes de convivencia y de aceptación de sus miembros, los vínculos paterno filiales deben ser entendidos como el conjunto de deberes, derechos, instituciones, obligaciones y principios que orientan la vida entre padres e hijos”; lo antes expuesto genera las siguientes obligaciones de padres a hijos: atención a la maternidad; patria potestad; tenencia; régimen de visitas; alimentos; acogimiento familiar; y, adopción.

---

<sup>15</sup> Arregui, Denise, (2029), *Análisis de la Protección Constitucional a los Diferentes Tipos de Familias en el Ecuador, según los Artículos 67, 68 y 69 de la Constitución del Ecuador*, Quito, Editorial UIDE, pp.27-29.

<sup>16</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, Ambato, Editorial Uniandes,

<sup>17</sup> Durán, Augusto, (2013) *Código de Familia*, Quito, derechoecuador.com, p.3.

Analiza García<sup>18</sup> que “la familia se origina en el matrimonio, la unión de hecho y la filiación biológica y adoptiva”; actualmente existen tratados internacionales que protegen la familia y a sus miembros y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y de conformidad con los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República tienen mayor valor que las normas legales existentes referentes a la Familia, así como el Código Civil, el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico General de Procesos.

Por todo lo expuesto, señala Coronado<sup>19</sup> que “el fundamento mismo de la familia, se debe a la multiplicidad de las personas que puedan integrar un grupo, indistintamente del vínculo legal directo o político, así como del grado de representación, todo esto determina exclusivamente los objetivos y metas, lo cual llega a constituir el proyecto de vida de las personas que integran la familia tanto en el ámbito psicológico, físico, sexual, anímico y económico, de manera interrelacionada, complementaria y que forman una unidad específica”.

Expresa el referido autor<sup>20</sup> que “se debe tener presente que la familia no es mono personal, por tanto, su naturaleza es amplia, integradora, necesita de dos o más personas para llegar a surgir y poder mantenerse históricamente, la existencia de la misma exige de protección y comunión de sus actores, los cuales cuentan con profundos rasgos de afinidad legal, social y consanguinidad”, lo antes referido, significa que todos los integrantes tienen fines y objetivos que son colectivos y personales que buscan la estabilidad colectiva de sus integrantes.

---

<sup>18</sup> García, José, *Diversos tipos de Familia reconocidos en la Constitución*, ob. cit., p.3.

<sup>19</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, Ambato, Editorial Uniandes,

<sup>20</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, Ambato, Editorial Uniandes,



#### **4.1.5. Funciones de la familia**

Sostiene Durán<sup>21</sup> que “se reconocen las siguientes: Cuidar a sus miembros, la satisfacción de las diversas necesidades materiales, físicas, culturales, anímicas, intelectivas y espirituales de los hijos, procurar el bienestar de sus miembros”, lo antes referido evidencia la necesidad de protección por parte de los padres a los hijos, lo cual se complementa con otras destinadas al desarrollo de la familia en el entorno social como son formar ciudadanos útiles para con el Estado, llegar a conservar sus tradiciones, honor y buen nombre e incorporar a las nuevas generaciones en la cultura, en los valores y en las normas de la sociedad.

Expresa García<sup>22</sup> que “la funcionalidad misma de la familia radica en ser el pilar fundamental de la sociedad, por ende, sus prioridades son la reproducción y del cuidado físico de sus miembros, busca el desarrollo y el bienestar permanente físico, psicológico y social de todos sus integrantes, esto para conseguir un desarrollo armónico del ser humano”, lo antes referido busca formar a la persona desde su niñez, para que en su edad adulta se conduzca como una persona productiva para la sociedad en donde se desarrolle.

#### **4.1.6. El divorcio**

Sostiene Coronado<sup>23</sup> que “es la institución legal de carácter civil, la misma que determinar la terminación del matrimonio generando, manteniendo y extinguiendo derechos y obligaciones para los ex cónyuges, previa a la determinación de una causal que fue expresamente determinada y comprobada en derecho”, en virtud de lo antes expuesto, las personas llegan a adoptar un nuevo estado civil para nuevos objetivos, sociales, anímicos y civiles.

---

<sup>21</sup> Durán, Augusto, (2013) *Código de Familia*, Quito, derechoecuador.com, p.3.

<sup>22</sup> García, José, *Diversos tipos de Familia reconocidos en la Constitución*, ob. cit., p.3.

<sup>23</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, Ambato, Editorial Uniandes, p.41.

A lo antes indicado, Cabanellas<sup>24</sup>, sostiene que “el divorcio debe ser visto como la acción y efecto de la separación formal de la pareja constituida por matrimonio ante la ley, lo cual es posible y debe suceder a través de la autoridad de un juez competente, por sentencia legal, separación que puede ser con disolución de vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el hecho común”, en tal sentido, el artículo 110 del Código Civil<sup>25</sup>, “se establecen las nueve causales para la procedencia de la demanda del divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos”.

En virtud de lo antes indicado, Villacrés<sup>26</sup> sostiene “que el divorcio es el rompimiento por decisión judicial de personas vinculadas en matrimonio, lo cual implica que se produce una interrupción de la vida conyugal de un hombre y su mujer, en virtud de una sentencia de mérito, lo cual elimina definitivamente los efectos de la cohabitación de las partes y completamente las relaciones matrimoniales”, por tanto, el mismo es un procedimiento de

---

<sup>24</sup> Cabanellas, Guillermo, (2008), Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo III..., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 23008, p.

<sup>25</sup> Código Civil, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>26</sup> Villacrés, F. (2019), *Indeterminación del Concepto de Adulterio para su Acreditación como Causal de Divorcio*, Babahoyo, Editorial Uniandes, pp. 27-32.

orden jurisdiccional, el cual está regulado por el Código Orgánico General de Procesos<sup>27</sup> en sus artículos 332 y 333 a través del procedimiento sumario.

Sostiene Villacrés<sup>28</sup> que “la disolución del vínculo matrimonial es una de las formas de terminación del matrimonio”, el artículo 106 del Código Civil<sup>29</sup> expresa que “el divorcio es una acción por la cual se da por terminado el matrimonio, lo cual sucede una vez que se haya dictado una sentencia por juez competente, y este marginada en la dirección del Registro Civil; cuando en la sustanciación existen hijos dependientes, se requiere nombrar un curador ad litem, para que represente a los menores, con lo cual se busca un eventual conflicto de intereses entre las partes porque este representa los intereses del menor, puede ser un familiar o no”.

#### **4.1.7. La Tenencia**

El Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia<sup>30</sup> determina que “se debe velar por el desarrollo integral del hijo o hija de familia”, por tanto, el Juez está llamado a confiar su cuidado, crianza, a uno de los progenitores, lo cual se conoce como tenencia, diferenciándose de la patria potestad que se encarga del conjunto de derechos y obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley.

Sostiene Badaraco<sup>31</sup> que “la tenencia sólo procede cuanto el juzgador estima la búsqueda de los más idóneo para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria

---

<sup>27</sup> Código Orgánico General de Procesos, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>28</sup> Villacrés, F. (2019), *Indeterminación del Concepto de Adulterio para su Acreditación como Causal de Divorcio*, Babahoyo, Editorial Uniandes, pp. 27-32.

<sup>29</sup> Código Civil, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>30</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>31</sup> Badaraco, Violeta, *La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad?*, Espirales. Revista multidisciplinaria de investigación, agosto de 2018, p.33.

potestad; del mismo modo se podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad”.

Analiza Ferreyra De la Rúa<sup>32</sup>, que “la tenencia es el mecanismo legal encaminado a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta”, lo cual supone que esta es una figura jurídica que tiene como fin la protección, cuidado, educación, alimentación, este escenario evidencia que las niñas, niños y adolescentes, por parte del padre de familia responsable a quien se confió su cuidado, lo cual se lo realiza de conformidad a lo que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en concordancia a los diversos preceptos constitucionales en cuanto a la Familia.

El Código de la Niñez y Adolescencia<sup>33</sup> señala que “la tenencia busca como finalidad el poder confiar el cuidado de una niña, niño y adolescente al padre o la madre que brinde una calidad de vida adecuada para el desarrollo de su hijo”, lo cual debe ser regulada por un Juez de Familia, en base a lo que establece el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, a lo cual Yuqui<sup>34</sup> añade que “pertenece al ámbito familiar, cuyo objetivo es otorgar a través de una autoridad competente, Juez de la Familia, la custodia legal de un hijo o hija a uno de sus progenitores, siempre y cuando se verifiquen diversas circunstancias relevantes que beneficien el perfecto desarrollo tanto psicológico, familiar y social del niño, niña o adolescente”.

La finalidad de la tenencia para Yuqui<sup>35</sup> es “el poder confiar el cuidado de una niña, niño y adolescente al padre o la madre que brinde una calidad de vida adecuada para el desarrollo de su hijo”, lo antes expresado según el Código Orgánico de la Niñez y la

---

<sup>32</sup> Ferreyra De la Rúa, A. (2002). Aspectos procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas. Revista de Derecho Procesal II, p.123.

<sup>33</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

<sup>34</sup> Yuqui, Jenny, “La opinión de las niñas, niños y adolescentes en las resoluciones de tenencia y patria potestad”, Riobamba, Editorial Universidad del Chimborazo, 2018, p.15.

<sup>35</sup> Yuqui, Jenny, “La opinión de las niñas, niños y adolescentes en las resoluciones de tenencia y patria potestad”, ob. cit., p.16.

Adolescencia, debe ser regulada por un juez de familia, lo cual señala que esta figura legal únicamente procede entre progenitores, es decir, ningún otro familiar que no sea la madre o el padre pueden plantear una demanda de tenencia, y el segundo parámetro es que la tenencia se solicite porque se están vulnerando derechos del niño, niña o adolescente, repercutiendo en su desarrollo integral.

Sostiene Cabrera<sup>36</sup> que “la palabra tenencia es la relación entre padres e hijos se verifica efectivamente una convivencia total o parcial, mas allá de su amplitud léxica, la doctrina enseña: a) en sentido amplio o legal (que sería poseer los atributos emergentes del ejercicio de la patria potestad), y b) en sentido estricto o tenencia “física” (que importaría tener al hijo consigo, ser titular de su guarda)”, por tanto, la tenencia en sentido amplio quedaría compatibilizada para regir como “compartida”, no obstante que la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre.

La tenencia según Rivera<sup>37</sup> “debe ser visualizada como la institución encargada entre padres e hijos que busca fortalecer el proceso de separación o divorcio, los padres luchan por la seguridad, protección y sobre todo el cuidado del menor bajo el amparo de uno de ellos”, y así mantener su desarrollo, pero para obtener esta tenencia debe ser autorizado por un Juez, velando siempre por el interés superior del niño.

Añade la referida autora<sup>38</sup> que “se debe tener presente que sí la tenencia es solo para un padre o madre, dependiendo de la situación del menor, prácticamente se estaría violando el interés superior del niño”, la Constitución en su artículo 44 señala la necesidad de, un desarrollo integral a todo niño, niña y adolescente, además de ejercer todos sus derechos comprendidos en la misma Constitución y Tratados Internacionales ratificados

---

<sup>36</sup> Cabrera, José, (2010). Interés Superior del Niño. Quito, Editora Jurídica, p.96.

<sup>37</sup> Rivera, Karen, (2016), *La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa*, Quito, Editorial Universidad Central del Ecuador, p.35.

<sup>38</sup> Rivera, Karen, (2016), *La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa*, ob. cit., p.35.

por el Estado ecuatoriano, otorgando un beneficio a los niños bajo su principio de interés superior, prevaleciendo ante los derechos de los demás.

### **La Tenencia Compartida**

De acuerdo a Correa<sup>39</sup> “este vocablo también es llamado coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, razón por la cual se la define como la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la Tenencia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”; esto supone un cambio radical en el paradigma que el hombre es el único que llega a proporcionar el sustento familiar y la mujer debería ocuparse de las tareas domésticas y los hijos, e incluso desarrollar la parte afectiva en el trato con sus hijos, estereotipo aún se mantiene en la actualidad.

Sostiene el referido autor<sup>40</sup> que “es un error pensar que la madre es quien exclusivamente debe mantener la tenencia por el hecho de ser su progenitora, los padres no pueden limitarse únicamente a ver a sus hijos los fines de semana alternos y medias vacaciones”, lo cual supone un gravísimo prejuicio social el pensar que las madres cumplieren cien por cien y los padres fuesen unos despreocupados e irresponsables, aunque exista algún caso. La tenencia compartida no significa que el hijo llegue a pasar semanas o meses alternos con los dos, es el reparto equitativo y más proporcionado del tiempo en que gozan del hijo, con matices y variedades según dónde y cómo vivan los padres, por ende, deberían repartirse las cargas económicas que la educación y la crianza llevan consigo y no hacerlas recaer sobre el padre, sobre todo, como viene ocurriendo.

---

<sup>39</sup> Correa, Jefferson (2018), La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador, Guayaquil, Editorial UG, pp. 14- 17.

<sup>40</sup> Correa, Jefferson (2018), La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador, ob. cit., pp. 14- 17.

Sostiene Correa<sup>41</sup> que “existen diversos tipos de tenencia, las modernas tendencias señalan que en las actuales legislaciones existen la modalidad Exclusiva, Alterna y Compartida”, esta figura se la conoce en otras legislaciones como Custodia, siendo en nuestro medio muy distinto su significado jurídico: a ) Tenencia Exclusiva a favor de uno de los progenitores: es la forma de Tenencia más frecuente adoptada por los tribunales juzgados o unidades en los procesos en los que no hay mutuo acuerdo, esto implica la atribución de la Tenencia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos.

b) Tenencia Repartida o Alterna según el referido autor<sup>42</sup> “permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un período del año, durante el cual ejerce plenos derechos de Tenencia, teniendo un régimen de visitas en el período restante”, c) Tenencia partida, en la que se atribuye la custodia de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro, d) Tenencia Compartida es aquella en que los progenitores, comparten el mismo tiempo y responsabilidades de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos.

El artículo 69 numeral 1 y 5 de la Constitución permitiría se llegue a desarrollar la implementación de nuevas modalidades de tendencia, esto en virtud de que ambos padres están llamados al cuidado y protección integral de los menores, lo cual busca llevar a cabo el principio de interés superior del niño consagrado en los Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia también los Art. 100 y 101 del mismo cuerpo legal que mantiene relación con los primeros de la constitución., con lo cual se busca precautelar la condición afectiva emocional y psicológica conforme estudios realizados por psicólogos, así como de evitar

---

<sup>41</sup> Correa, Jefferson (2018), *La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador*, ob. cit., pp. 14- 17.

<sup>42</sup> Correa, Jefferson (2018), *La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador*, ob. cit., pp. 14- 17.

la falta de afectividad de figuras paternas trastornos emocionales que atentan su desarrollo integral.

### **Diferencia entre Tenencia y Patria Potestad**

Sostiene Rivera<sup>43</sup> que “la tenencia es una institución jurídica, por la cual en un momento determinado los padres o madres interesados en ella o cualquier persona con parentesco hacia el menor, manteniendo su guarda, el juez a través de la sentencia es el encargado de determinar la seguridad y cuidado por alguna separación de hecho, además de garantizar la comunicación y el contacto físico con ambos progenitores y evitar un daño al menor”. El Código de la Niñez y Adolescencia<sup>44</sup> en su artículo 105 determina:

“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.

Por ende, la patria potestad la tienen los padres, este origina desde el nacimiento mismo del niño o niña, esta también le otorga a él poder de administrar sus bienes, en virtud de que los menores de edad no se encuentran en la edad ni en la capacidad para poder decidir sobre sus bienes hasta que éste sea emancipado o cumpla la mayoría de edad.

Sostiene Cabanellas<sup>45</sup> que “la tenencia debe ser definida como: la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual”, por ende el Código Civil en su artículo 283 señala:

“La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia, por ende, la patria potestad puede

---

<sup>43</sup> Rivera, Karen, (2016), *La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa*, Quito, Editorial Universidad Central del Ecuador, p.35.

<sup>44</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

<sup>45</sup> Rivera, Karen, (2016), *La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa*, ob. cit., p.35.



ser limitada por juez, otorgándola uno de los dos padres, quién será responsable de administrar los bienes del menor”.

La esencia entre tenencia y patria potestad para Cabrera<sup>46</sup> tiene como enfoque esencial de que se tratan de personas menores de edad, lo cual obliga a diferenciar conceptos de patria potestad y custodia, instituciones, referidas al bienestar y cuidado de la niñez, una persona puede tener el ejercicio de ambos institutos respecto de su hijo o hija o sólo uno de ellos: sin embargo, tanto la persona que ejerce la patria potestad como aquella que tiene al o a la menor bajo su custodia tienen, desde mi punto de vista, la facultad de corregirlo o corregirla y la obligación de observar una conducta que le sirva de ejemplo.

El referido autor<sup>47</sup> señala “que la tenencia busca que los padres mantengan sus deberes y responsabilidades como adultos hacia el menor de edad, otorgándole una manutención, cuidado y el debido desarrollo para mantener una protección integral al niño y evitar un daño al menor”, por ende, la patria potestad también es una institución jurídica otorgada por un juez hacia uno de los padres por motivos de separación matrimonial, además de velar por el cuidado y el bienestar del menor.

#### **4.1.8. Procedencia para demandar tenencia.**

Sostiene Ramos<sup>48</sup> “que para que la misma tenga lugar se requiere de ciertas condiciones formales: a) De acuerdo al artículo 108 del Código Civil se preferirá a la madre divorciada o separada del marido o del padre el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad”, lo cual se aplica cuando una madre no reúne las condiciones, persona que debe tener las cualidades morales, espirituales, sociales, culturales; que imparta amor a sus hijos, que ofrezca seguridad.

---

<sup>46</sup> Cabrera, José, (2010). Interés Superior del Niño. Quito, Editora Jurídica, p.96.

<sup>47</sup> Cabrera, José, (2010). Interés Superior del Niño. Quito, Editora Jurídica, p.96.

<sup>48</sup> Ramos, Héctor, (2014), *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*, Quito, Editorial Universidad Central del Ecuador, pp. 68-71.

b) “Los hijos púberes, estarán al cuidado del progenitor que ellos elijan”, el Código Civil en su artículo 198 numeral 1ro lo determina así, por tanto, el juez está llamado a tomar una decisión radical en cuanto a la decisión de los menores, los factores que este deberá analizar son los valores éticos, morales, psíquicos, sociales y culturales del progenitor con quien elijan irse los hijos.

c) No se confía el cuidado de los hijos cuando se comprueba inhabilidad física o mental de los padres, o por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110 del Código Civil”, a lo cual Ramos<sup>49</sup> expresa que “en el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden conforme lo expresa el referido Código”.

El problema de la Tenencia de los hijos para Ramos se llega a genera a partir de la destrucción del matrimonio llegando al divorcio, lo cual otorga una disputa por quién se debe quedar con los hijos, que generalmente es la madre; los hijos empiezan a sentir la falta del progenitor ausente, la falta de la familia, la ansiedad de los padres en este proceso de separación lleva efectos negativos a los niños en su desarrollo emocional, psicológico y social, lo cual conlleva a la ruptura del “Principio Constitucional de Interés Superior del Niño”, el mismo que se refiere a que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.

El referido autor<sup>50</sup> añade que “la tenencia se da preferencia a la madre divorciada o separada del marido tomando en cuenta que debe cumplir las condiciones señaladas en la ley”; en la mayoría de los casos no se le consulta si desea continuar con la crianza y educación de los hijos, aunque es una decisión muy obvia, muchas de ellas se sienten frustradas debido a la gran responsabilidad que ahora deben afrontar solas, frustrando su desarrollo individual y profesional.

---

<sup>49</sup> Ramos, Héctor, (2014), *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*, ob. cit., p.69.

<sup>50</sup> Ramos, Héctor, (2014), *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*, ob. cit., p.71.

#### **4.1.9. Evaluación Psicológica.**

Desde un punto de vista semántico, el término “Evaluación psicológica” es la traducción del inglés “assessment”, que podría también traducirse como “valoración”, puesto que ambos términos son sinónimos, aunque en la literatura especializada se les atribuye distinta significación:

Básicamente es una “recopilación sistemática, organización e interpretación de la información sobre una persona y sus situaciones”<sup>51</sup>.

Al igual sostiene Kelly<sup>52</sup> que “la evaluación psicológica es cualquier procedimiento para hacer un diagnóstico significativo con una diferenciación entre los seres humanos, con respecto a sus características o atributos psicológicos”, por lo que se puede decir que mediante varios parámetros planteados y luego analizados por el sano juicio personal, se puede llegar a un criterio sano acerca de algo o alguien.

En la década de los 70 se destacan distintos aspectos de la evaluación psicológica: su momento comprensivo o de conocimiento y su momento predictivo.

Por ello Matarazzo añade a “la evaluación es la dimensión social, al tener en cuenta las normas profesionales destinadas a proteger los derechos y prerrogativas, tanto del individuo como de la sociedad”.

Otro aspecto importante es el proceso que comporta la comprensión y predicción de la conducta.

Aspectos principales según Pelechano<sup>53</sup>:

1. “Formación de impresiones y emisión de juicios.
2. Colección sistemática, organización e interpretación de la información acerca de una persona y su entorno.

---

<sup>51</sup> Sundberg y Tyler, (1962).

<sup>52</sup> Kelly, (1967).

<sup>53</sup>PELECHANO Vicente, Psicología y Análisis (2012)

3. Proceso a lo largo del cual se toman decisión y se construye un modelo de trabajo acerca de la persona que se trata de evaluar y de la situación que a esta persona le toca vivir.”

Korchin<sup>54</sup> explica el cambio terminológico de nuestra disciplina en función de distintos fenómenos: “la apertura de nuevos ámbitos de trabajo para el psicólogo, la aparición de nuevas teorías que rechazan el “testing”.”

Pelechano indica que la razón más importante de la sustitución de psicodiagnóstico por evaluación es que en el primero existen insuficiencias comportamientos mentales.

## **4.2. MARCO JURÍDICO**

La tenencia de menores obliga un profundo análisis del interés superior del niño durante el juicio de divorcio, para lo cual se requiere analizar las disposiciones constitucionales existentes, así como los tratados e instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador en familia, el Código de la niñez y Adolescencia, además de lo preceptuado en el Código Civil.

### **4.2.1 Constitución del Ecuador**

El Art. 67 del referido Texto<sup>55</sup> reconoce a “la familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, de igual manera hace énfasis en los vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, lo cual determina la unidad entre sus miembros”, sostiene Coronado<sup>56</sup> que “esta norma así como la del matrimonio entran en un profundo cuestionamiento por las nuevas tendencias mundiales que se imponen en la

---

<sup>54</sup> KORCHIN Sheldon. Psicología Clínica Moderna (2005).

<sup>55</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

<sup>56</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, pp.19- 22.

actualidad, las cuales en el Ecuador son el resultado de una nueva ola de cambios que han sobrevenido de una visión propia del globalismo, la cual está caracterizada por una marcada tendencia a la apertura de mercados y servicios en un profundo escenario de competitividad”.

La globalización como tendencia actual es dinámica, sostiene el citado autor<sup>57</sup> que el Texto Constitucional del 2008 Título II, Capítulo sexto, se refiere a los Derechos de Libertad, los cuales constituyen las diversas garantía ciudadanas, por ende, también recoge varios de estos cambios sociales que ha sufrido la tradicional familia del Ecuador , a la vez que valida la existencia de nuevos derechos, lo cual se ve manifiesto en el artículo 67 de la Constitución<sup>58</sup> que manifiesta: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”.

El preámbulo de la Constitución<sup>59</sup> en un sentido dogmático y en forma tácita determina el sentido mismo de la familia al señalar: “Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;”, analiza Coronado<sup>60</sup> que “la familia como institución social debe entrar en un profundo cuestionamiento de sus estructuras, más allá del debate del matrimonio como institución civil”, es decir, se requiere que la familia pueda mantener sus objetivos clásicos en cuanto a los vínculos de ley es decir afinidad y consanguinidad, por aquellos de hecho se puedan generar y los dota de igualdad entre sus semejantes;

---

<sup>57</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, pp.19- 22.

<sup>58</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

<sup>59</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

<sup>60</sup> Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, pp.19- 22.

Lo antes descrito, plantea que el Ecuador a través de su texto constitucional<sup>61</sup> “debe dejar en libertad a los ciudadanos para proteger al Estado a través del cumplimiento de la ley y del ejercicio de garantías legítimamente constituidas”, lo cual significa que muchas normas caducas y anacrónicas deben ser modernizadas con agilidad en cuanto atente contra la seguridad jurídica que se le debe brindar a la unidad familiar.

Sostiene Zaidán<sup>62</sup> que “el Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, lo cual los conlleva al ejercicio pleno de sus obligaciones, el artículo 69 de la Constitución”<sup>63</sup> expresa: “se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”, por lo antes expuesto se dará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

El artículo 69 de la Constitución<sup>64</sup> en sus numerales 1, 4 y 5 garantiza y protege los diversos derechos de las personas integrantes de la familia, en su texto se promueve la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo, la disposición referida busca el cumplimiento formal de los diversos deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

El artículo 46 de la Constitución<sup>65</sup> contiene un mandato de garantía del cuidado diario de los menores de seis años a cargo del Estado, el art. 69 le impone al Estado la obligación de promover “la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los

---

<sup>61</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. Cit.

<sup>62</sup> Zaidán, Salim, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, p.47.

<sup>63</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

<sup>64</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

<sup>65</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. Por último, entre los deberes y responsabilidades de los habitantes del territorio ecuatoriano, el artículo 83 de la Constitución establece la corresponsabilidad de madres y padres, en igual proporción, de "asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos."

Analiza Delgado<sup>66</sup> que el artículo 424 de la Constitución de la República la determina como norma suprema, lo cual hace manifiesto énfasis en que sus disposiciones deben ser sujetas con armonía por las normas y actos de poder público, para así cumplir con su eficacia jurídica., lo cual también implica el reconocimiento de los s tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, por tanto, de esta manera se garantiza el cumplimiento del principio universal del interés superior del niño, por tanto, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Añade la referida autora<sup>67</sup> que “el texto constitucional en su artículo 425 expresa no solo la necesidad de aplicar el orden jerárquico establecido, sino la incorporación misma al ordenamiento establecido de lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño es fuente del derecho interno”, lo cual llega a constituir el determinado bloque de constitucionalidad; y por tanto, tiene jerarquía constitucional; es decir que prevalecerá sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico interno.

#### **4.2.2 Tratados e instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador**

El primer referente es la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>68</sup>, en su artículo 16 expresa que “las personas en la edad núbil podrán contraer matrimonio o disolverlo, de igual manera se llega a preceptuar el derecho a constituir una familia, la

---

<sup>66</sup> Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, Guayaquil, Editorial UCSG, p.25.

<sup>67</sup> Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, p.26.

<sup>68</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948). Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

cual se originará a partir del libre consentimiento de la pareja”; el contexto antes descrito determina que la familia es el origen y elemento natural sobre el cual recae la constitución de la sociedad misma, lo cual amerita la protección del Estado a través de su Texto Constitucional.

El artículo 23 numeral 3ro del referido Texto<sup>69</sup> determina que “para el trabajo será un mecanismo destinado al mantenimiento y mejoramiento de la calidad de vida de la familia, la cual debe contar con una vida digna, la cual debe contar con mecanismos efectivos que permitan desarrollar mecanismos de protección social”, lo cual debe materializarse en la satisfacción de las diversas necesidades inherentes al ser humano como lo son la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

De acuerdo a Rivera<sup>70</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, “se convirtió en un tratado internacional que vela por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es importante recalcar que cada Estado que se adhiera a esta convención se compromete a cumplirla”, lo cual lo vuelve de cumplimiento obligatorio en cuanto a su ejecución, es un instrumento internacional de carácter vinculante para la protección de los niños, niñas y adolescentes.

La referida Convención<sup>71</sup> en su artículo 1 determina: “Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, este criterio es incluyente incorpora una profunda visión de identidad y género para niños, niñas y adolescentes para la aplicación de sus derechos; el citado instrumento internacional desea proteger el

---

<sup>69</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948), ob. cit.

<sup>70</sup> Rivera, Karen, (2016), La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa, Quito, Editorial Universidad Central de Quito, 2016, p.45.

<sup>71</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.



desarrollo integral del menor, hace énfasis en una protección especial cuando sus padres se encuentren separados o divorciados, esto no debe afectar en la vida del menor ya que la relación de pareja de los padres no afecta con la relación de padres a hijos.

Lo antes expuesto para Rivera<sup>72</sup> ayudar a “desarrollar la personalidad integral del niño, en ocasiones los padres separados o divorciados, no permiten que uno de los progenitores llegue a tener una relación adecuada con su propio hijo”, lo cual no permite que se lleve a cabo el interés superior del niño es ciento por ciento prioritario ante cualquier otra consideración normativa; por tanto, sí a uno de los progenitores se le niega el contacto o la interacción con su propio hijo, claramente se establece que al menor recibe un daño muy grave, negando su crecimiento y desarrollo en un ambiente de bienestar.

La Constitución del Ecuador<sup>73</sup> en su artículo 424 señala que “es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, determina expresamente que la misma conjuntamente con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, lo cual privilegia la situación de la familia, de la niñez y adolescencia como eje capital del desarrollo humano del Estado Ecuatoriano”.

Lo antes referido, encuentra un manifiesto respaldo en el artículo 425 del referido Texto que expresa que el orden jerárquico de aplicación de las normas será la Constitución, seguida por los Convenios y por los tratados y convenios internacionales; de esta manera la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>74</sup> se torna un instrumento jurídico determinante en la protección de los derechos de los menores, el artículo 8 del referido instrumento internacional señala que los Estados Partes se comprometen a respetar el

---

<sup>72</sup> Rivera, Karen, (2016), La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa, ob. cit., p.46.

<sup>73</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

<sup>74</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, ob. cit.

derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

El numeral 2do del indicado artículo señala que se debe garantizar a los niños mecanismos de protección de su identidad, en este contexto, la Convención<sup>75</sup> expresamente manifiesta que “el menor debe contar con el derecho a tener una familia”, ya que la misma llega a construir el espacio en donde se desarrollara su personalidad así como sus rasgos psicológicos, por tanto, no pueden ser privados de esta realidad.

El artículo 9 del referido instrumento legal<sup>76</sup> expresa que “los estados están llamados a velar por el desarrollo integral del niño, es decir, este no podrá ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, en los casos que determine la ley y en virtud de las respectivas ordenes emitidas por las autoridades competentes”, esto obliga a definir que los diversos procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

La Convención<sup>77</sup> expresa que “los niños podrán ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él proceso judicial y de dar a conocer sus opiniones, se garantizara el derecho de los menores de edad que cuando estén separados de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. El artículo 9 del indicado Texto señala “una protección formal del interés superior del niño, determina que este no debe ser alejado o separado de sus padres, excepto cuando deba ser absolutamente

---

<sup>75</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, *ob. cit.*

<sup>76</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, *ob. cit.*

<sup>77</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, *ob. cit.*

necesario”, es decir, en aquellas situaciones en las que exista algún tipo de maltrato hacia el niño, generando violencia dentro del hogar.

El Tratado<sup>78</sup> en sí determina que “los niños tienen derecho a que el Estado garantice su crecimiento y crianza, potencializando sus capacidades, desde el apoyo, cuidado y protección de sus padres”, por tanto, el artículo 18 señala que los padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, por tanto, su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Lo antes expuesto para Rivera<sup>79</sup> determina que “en caso de que los padres separados o divorciados, uno de éstos prohíbe que el otro progenitor no tenga ningún tipo relación con su propio hijo”, por tanto, se aprecia que el interés superior del niño es ciento por ciento prioritario ante cualquier otra consideración normativa. Si a uno de los progenitores se le niega el contacto o la interacción con su propio hijo, afecta en forma manifiesta el crecimiento y desarrollo en un ambiente de bienestar.

Analiza Delgado<sup>80</sup> que “el principio del interés superior del niño es plenamente reconocido por el ordenamiento ecuatoriano, el Ecuador está suscrito a la Convención sobre los Derechos del Niño”, la cual es una ratificación plena de la importancia de los Derechos Humanos, siendo la misma probada en Noviembre 20 de 1989, y ratificada por el Ecuador en Marzo de 1990. Se constituye en el propósito de establecer una comunidad

---

<sup>78</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, ob. cit.

<sup>79</sup> Rivera, Karen, (2016), *La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa*, Quito, Editorial Universidad Central de Quito, 2016, p.45.

<sup>80</sup> Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, p.26.

internacional con un régimen estupendamente inquebrantable, constituyéndolo con una jerarquía superior a las normas locales de los Estados Miembros.

Se debe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>81</sup> señala en el numeral 1 del artículo 3 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, u otras instituciones dedicadas a su desarrollo integral, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño”.

Sostiene Delgado<sup>82</sup> que “el Código de la Niñez y Adolescencia, al ser eminentemente proteccionista, logra determinar en sus artículos 2 y 205 que el niño es sujeto de derechos desde su concepción”, también la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>83</sup>, en el artículo 4 numeral 1, reconoce que “todas las personas tienen derecho a que se respete con total integridad su vida desde la concepción, de determina el correcto abordaje de los asuntos de niñez”, en que el interés superior, constituye un pilar en la formulación de soluciones.

### **4.2.3 Código Orgánico General de Procesos**

#### **Procedimiento para la obtención de la tenencia**

De acuerdo a Yuqui<sup>84</sup> "el procedimiento que deberá cumplirse es el determinado en los artículos 142, 332 y 333” del Código Orgánico General de Procesos<sup>85</sup>, el cual deberá cumplirse en forma inexorable de la siguiente forma:

---

<sup>81</sup> *Asamblea General de las Naciones Unidas*, Convención sobre los Derechos del Niño, *ob. cit.*

<sup>82</sup> Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, p.26.

<sup>83</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigencia desde el 18 de julio de 1978. 25 Estados Parte. Ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

<sup>84</sup> Yuqui, Jenny, “*La opinión de las niñas, niños y adolescentes en las resoluciones de tenencia y patria potestad*”, *ob. cit.*, p.16.

<sup>85</sup> Código Orgánico General de Procesos, *ob. cit.*

“Primero. La presentación de la demanda de tenencia, cumpliendo con los siguientes requisitos: designación del juez, datos completos del actor que propone la demanda, datos completos del demandado, incluyendo el lugar de su citación, narración de los hechos que suscitan para solicitar la tenencia, fundamentos de derecho en los cuales basa su pretensión, anuncio de prueba con la cual pretende convencer al operador de justicia de su demanda, pretensión que es la obtención de la tenencia, cuantía en el caso, el procedimiento a utilizar que es el sumario y las firmas del actor. En caso de que la demanda no cumpla con los requisitos, se otorga en término de 3 días para completar y si no se cumple se ordena el archivo de la misma.

Segundo. El Código Orgánico General de Procesos<sup>86</sup>, determina “que cuando los requisitos fueren establecidos según lo determina la ley, se calificará la demanda y se ordenará la intervención de Equipo Técnico de la Unidad Judicial para la elaboración de los informes médicos, psicológicos, sociales, y conjuntamente se ordenará la citación a la parte demandada”.

Tercero. Al haberse cumplido lo antes señalado, el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos<sup>87</sup>, señala que “cuando hubiese sido realizada la diligencia la parte demanda tendrá el término de 10 días para contestar la demanda”.

Cuarto. El referido Código<sup>88</sup> señala que “es el Juez calificará la contestación a la demanda, corriendo traslado a la parte actora, para que de ser necesario ingrese nueva prueba en base a las proporcionadas por la parte demandada; y señalando día y hora para que se realice la audiencia única”.

---

<sup>86</sup> Código Orgánico General de Procesos, ob. cit.

<sup>87</sup> Código Orgánico General de Procesos, ob. cit.

<sup>88</sup> Código Orgánico General de Procesos, ob. cit.

Quinto. Sostiene Yuqui<sup>89</sup> que “el día de la audiencia única se ventilará practicando el principio de la oralidad” conforme lo establece la Constitución en su artículo 168 numeral 6to, lo cual se cumplirá en dos fases: la primera consta de tres aspectos: saneamiento, en la cual se verifica la validez del proceso; luego se procede a los puntos de debate, en la cual se enumera la pretensión de la demanda y la tercera la conciliación, en la cual se puede concertar a un arreglo y así poner fin a la demanda”.

Añade la referida autora<sup>90</sup> que “sí no se llegase a un acuerdo, se cumplirá inexorablemente la segunda fase, la cual consta de 3 puntos, el primero de las pruebas, en la cual se enlista y se práctica la prueba; parte fundamental, aquí se pueden ingresar tres tipos de pruebas la testimonial, documental y pericial que sean pertinentes, útiles y conducentes, para que el operador de justicia pueda llegar al convencimiento de la pretensión de la demanda”, en este caso de la tenencia. Luego de producida la prueba sigue la segunda parte que es el alegato final, en la cual se expone las razones que sirven de fundamento a la demanda y la tercera la resolución, en la cual el Juez que conoció la causa emite su resolución de manera oral en base a las pruebas que han sido practicadas dentro de la audiencia única.

El artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia<sup>91</sup>, establece “la imperiosa necesidad de escuchar a los niños, niñas o adolescente que se encuentren en condiciones de expresar su opinión, para lo cual se tendrá presente su edad y sus condiciones personales, además se debe respetar el acuerdo de los progenitores, si no existe el acuerdo o éste es nocivo para la niña, niño y adolescente, la patria potestad de los que no han cumplido 12 años se confiará a la madre”, por ende, las niñas, niños o adolescentes que han cumplido 12 años, serán confiados al padre o la madre que corrobore

---

<sup>89</sup> Yuqui, Jenny, “La opinión de las niñas, niños y adolescentes en las resoluciones de tenencia y patria potestad, ob. cit., p.16.

<sup>90</sup> Yuqui, Jenny, “La opinión de las niñas, niños y adolescentes en las resoluciones de tenencia y patria potestad”, ob. cit., p.16.

<sup>91</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Corporación de Estudios y Publicaciones.

seguridad emocional, madurez y un ambiente familiar, finalmente, en el caso de que o existan padres o estén incapacitados se designará un tutor.

Los artículos 118, 119 y 121 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia<sup>92</sup> “se constituyen en la esfera para que el juzgador dictamine la tenencia de las niñas, niños y adolescentes hacia alguno de los padres, y a falta de ellos se designará un tutor, por otro lado la resolución de tenencia no causa ejecutoria”, por lo tanto, la norma no específica con claridad si la misma se puede llegar a suspender con claridad si la tenencia se puede suspender o privar como consta en los articulados referentes a la patria potestad.

Lo antes expuesto, para García llega a evidenciar que existe una confusión entre la tenencia y la patria potestad, figuras que son completamente diferentes, debido a que en la primera se refiere específicamente a la persona que se hizo cargo de la niña, niño o adolescente; en cambio la patria potestad se configura como el derecho natural de representación que poseen los progenitores sobre la niña, niño o adolescente no emancipado, únicamente manifiesta que se podrá modificar las resoluciones de tenencia, sin determinar de qué manera se lo realiza, en tal virtud queda un vacío legal, razón por la cual la mayoría de los abogados en libre ejercicio plantean los juicios de tenencia con la finalidad de privar al otro progenitor o tutor del encargo que tienen sobre sus hijos y mas no se suspender la tenencia.

#### **4.2.4 Código de la niñez y la adolescencia**

Sostiene Zaidán<sup>93</sup> que “para determinar la tenencia y visitas en la ley existen determinadas reglas que deben ser cumplidas, en el primer numeral del artículo 106 de dicho Código<sup>94</sup> se asegura que "se respetará lo que acuerden los progenitores" pero se agrega la

---

<sup>92</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

<sup>93</sup> Zaidán, Salim, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, p.47.

<sup>94</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), ob. cit.

condición de que se respetará el acuerdo", siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija."

El referido autor<sup>95</sup> expresa que "es preocupante con respecto a las reglas anteriores, lo que se determina en los numerales dos y cuatro; en el primer caso se aplica "a falta de acuerdo" o "si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia", contiene una diferencia de tratamiento que carece de una justificación objetiva y razonable, que es discriminatoria y por tanto inconstitucional, con respecto a la regla general establece que "la patria potestad" (en realidad el legislador quiso decir custodia) de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre. La salvedad que se introdujo se presenta en el caso en que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija".

Analiza Montaña<sup>96</sup> que "el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia puede presentar como a regla del numeral cuarto que es igualmente inconstitucional porque crea una situación discriminatoria al establecer una preferencia a favor de la madre sin justificación, de las investigaciones sociales según esta autora se aprecia que no se cumpliría el principio superior del niño porque sí ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija". Estudios sobre el derecho de cuidado de los hijos y el trabajo de sus padres concluyen que a pesar del ingreso de las mujeres al trabajo remunerado, la institucionalidad vigente refuerza el modelo de responsabilidad de cuidado de hijos y cuidado del hogar a cargo de las mujeres.

---

<sup>95</sup> Zaidám, Salim, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, ob. cit., p.47.

<sup>96</sup> Montaña, Sonia y Calderón, Coral (2010), *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*, Santiago, CEPAL y Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer, p. 74.



La referida autora<sup>97</sup> analiza que “lo correcto es destinar y confiar la custodia de los niños al progenitor que, luego de valoraciones de los profesionales que integran el equipo técnico, demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica en la relación con sus hijos, es decir, que pueda generar un marco de acuerdos y convivencia dentro de la misma familia”.

La Convención sobre los Derechos del Niño según Zaidán<sup>98</sup> “es un elemento decisivo dentro de la estructura del derecho de familia ecuatoriano, el referido texto hace un enfoque amplio y muy positivo respecto a las responsabilidades parentales compartidas, las cuales buscan beneficiar en forma expresa el interés superior del niño, a veces pueden existir decisiones altamente complejas y difíciles, lo cual obliga a buscar como único criterio debe ser el interés superior del niño en particular”. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno.

El artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia<sup>99</sup> “no favorece expresamente el interés superior del niño, existe una manifiesta vulneración en cuanto al principio de igualdad, existe una distinción discriminatoria porque se debe tener presente que la preferencia materna no debería excluir a la paterna, esto significa violar los derechos reconocidos en los artículos 11 numeral 2, 19, 44, 45, 69 numeral 5, 83 numeral 16 y 333 de la Constitución”<sup>100</sup>, lo cual se complementa con lo dispuesto en el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), el cual dispone:

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico

---

<sup>97</sup> Montaña, Sonia y Calderón, Coral (2010), *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*, ob. cit., p. 74.

<sup>98</sup> Zaidán, Salim, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, ob. cit., p.47.

<sup>99</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

<sup>100</sup> Constitución de la República del Ecuador, ob. cit.

del niño. El Comité ya ha señalado que, “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño”.<sup>101</sup>

Sostiene Montaña<sup>102</sup> que “existe una perspectiva generalizada sobre el rol de la maternidad laboral de la madre, se ha normalizado esa sobrecarga en la responsabilidad de los cuidados, la preferencia materna no es adecuada para precautelar el bienestar del niño, desde la perspectiva de derechos porque atenta contra el principio y derecho a la igualdad y desde la perspectiva de las obligaciones porque incumple el principio de la corresponsabilidad de los dos progenitores en igual proporción que se enuncia en la Constitución para asumir la responsabilidad de crianza de los hijos”.

Expresa Zaidán<sup>103</sup> que “llegar a preferir a la madre al momento de conferir la custodia no siempre llega a garantizar el bienestar del niño, esa decisión debe estar respaldada en informes de la Oficina Técnica y debidamente motivada en la conexión de premisas fácticas y probatorias, pues la valoración de la prueba es fundamental en estos procesos para evaluar en cada caso las aptitudes de ambos progenitores, los comportamientos parentales y la situación del hijo”.

El espíritu del artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia<sup>104</sup> establece “la preferencia materna, lo cual no siempre es lo adecuado para la custodia de los hijos, el otorgamiento referido no es proporcional, genera un estereotipo y paradigma

---

<sup>101</sup> Comité de los Derechos del Niño – Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

<sup>102</sup> Montaña, Sonia y Calderón, Coral (2010), *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*, ob. cit. p. 74.

<sup>103</sup> Zaidán, Salim, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, ob. cit., p.49.

<sup>104</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

discriminatorio a las hombres, e incluso a las mujeres en cuanto una visión débil como miembro de familia”, esta situación en forma expresa vulnera el principio del interés superior del niño, genera un grave perjuicio al padre que lo margina expresamente del rol activo de los primeros años de vida de su hijo, bajo la figura del progenitor que "apoya" en los cuidados, con una muy limitada posibilidad de asumir la custodia exclusiva de sus hijos menores de 12 años.

Del análisis de Cock<sup>105</sup> se desprende que “al establecerse normativamente una preferencia injustificada hacia la madre se está perpetuando en la sociedad la idea tradicional de que el cuidado de los niños le corresponde exclusivamente a aquella, lo cual perjudica la convivencia porque se impone a la mujer expectativas muy fuertes de responsabilidades sociales como en este caso es la vida familiar, limitando sus opciones en el mercado laboral”.

Los artículos 21 y 122 del Código de la Niñez y de la Adolescencia<sup>106</sup> expresan “que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, por ende, esto obliga a cumplir en forma manifiesta el principio del interés superior del niño, con lo cual se busca garantizar al menor una adecuada vida, esto implica la necesidad de asegurar a los niños el cuidado de sus padres. Relaciones afectivas personales y regulares, a la vez que un oportuno régimen de visitas”.

El primer inciso del artículo 122 del referido código<sup>107</sup> señala: "En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.", el segundo

---

<sup>105</sup> Cook, Rebeca y Cusack, Simone, (2009), *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. University of Pennsylvania Press, p.67

<sup>106</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

<sup>107</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

inciso añade: “Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia”, por tanto, el juez es quien deberá considerar y evaluar la limitación cuando exista violencia a nivel intrafamiliar.

Analiza Cook<sup>108</sup> que “no es razonable que se le imponga una restricción al acercamiento entre padre e hijo si esa relación ha estado marcada por la violencia en perjuicio del niño, lo cual no impide llegue a desarrollarse las medidas de protección, como la boleta de auxilio, por supuesta violencia contra la custodia a uno de los progenitores del hijo”.

El artículo 123 del Código de la Niñez<sup>109</sup> determina que el régimen de visitas deberá ser aplicado conforme la primera regla del artículo 106 que dice: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;” y en el inciso final de dicho artículo. “Si no existiere acuerdo el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta: 1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y, 2. Los informes técnicos que estimen necesarios”.

Añade Zaidán<sup>110</sup> que “el régimen de visitas no es definitivo, por lo tanto, analiza la fijación y modificación, asegura la posibilidad de que ambos padres soliciten una modificación en cualquier momento, pues aunque existe el principio de autoridad de la ley y cosa juzgada, no puede dejar de reconocerse que se trata de procesos que permanecen siempre abiertos”.

---

<sup>108</sup> Cook, Rebeca y Cusack, Simone, (2009), *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, ob. cit, p.72.

<sup>109</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

<sup>110</sup> Zaidán, Salim, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, ob. cit., pp.49-52.

El cumplimiento de régimen de visitas según el citado Código<sup>111</sup> busca “el cumplimiento de las obligaciones parentales, no sólo busca el pago de las pensiones alimenticias, está llamado a la generación del vínculo afectivo, la falta de pago no responde a la falta de voluntad del padre para cubrir necesidades materiales de su hijo, sino a la falta de decisión de la madre a recibir recursos para el efecto, esto conlleva a analizar la necesidad de informes técnicos como elementos razonables para que el juez llegue a decidir”, de esta manera se busca generar la convicción razonable para que el juzgador pueda dictar sentencia.

#### **4.2.5 Código Civil**

El artículo 272 determina que no existirá prohibición alguna al padre o a la madre, con respecto al cuidado de los hijos, lo cual supone que los mismos pueden ser visitados con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes, esta disposición (Código Civil, 2015). Según Cabanellas visita significa: “acto de ir a ver a alguien en su casa, o en lugar donde permanece o se encuentra por razón de trabajo u otra causa, asistencia domiciliaria del médico”.

Con la disposición del referido artículo no se puede decir que el derecho tanto del menor como de aquel progenitor que ya no está al cuidado de aquel se cumpla a fin de garantizar una relación continua y adecuada, sino que más bien se limita al señalar el derecho de visita que les asiste.

---

<sup>111</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, ob. cit.

### 4.3 MARCO DOCTRINARIO

#### 4.3.1 Origen y Evolución de la Familia.

Se debe analizar que etimológicamente la familia según Muñoz<sup>112</sup> proviene del hoscó “famulus” que significa sirviente y se deriva de “famel”, esclavo, y por lo cual en forma primitiva se le conocía como conjunto de los esclavos y criados de una sola persona, a su cuidado y total protección.

Expresa Ramos<sup>113</sup>, que el término palabra viene en derivación de famulus, el que a su vez deriva del vocablo osco famel que significa siervo, y más remotamente del sánscrito “vama” que corresponde a hogar o habitación, el origen de este término significa sirviente, siervo o esclavo, sin perjuicio de señalar que familia es una adaptación de fames, que significa hambre.

Históricamente la Familia se remonta en sus orígenes mismos a la antigua Grecia, señala Nizama<sup>114</sup>, que “en esta época se buscaba llegar a unir a dos personas que no pueden ser completas la una sin la otra, siendo esencial la vinculación del hombre con la mujer para los efectos de la perpetuación de la referirse a ella, el primero de ellos, “oikos”, el que en sentido estricto quería decir “casa” y por extensión “patrimonio”, mientras que el segundo, “oiketat”, se refería al conjunto de personas sujetas al señor de la casa, entre los cuales se consideraban a la mujer, los hijos y esclavos”.

El mismo Aristóteles<sup>115</sup>, en su obra la Política, llegó a señalar lo siguiente: “la primera familia la compusieron la casa después la mujer el buey arador; porque que el pobre no tiene otro esclavo que el buey. Así, pues, la asociación natural y permanente es la familia”, por tanto, este pensador llegó a sostener que la convivencia debe estar dada por los actos

---

<sup>112</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp.18-19.

<sup>113</sup> Ramos, R., *Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t1, p.11.

<sup>114</sup> Nizama, M. (2008), *La Familia en el Derecho Romano y en el Ordenamiento Actual*, Revista de Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 66 (1 y 2): 275-295, Junio 2008, pp.275-278.

<sup>115</sup> Aristóteles, (1997), *La Política*, Madrid, Espasa Calpe, p.19.

mismos de la vida cotidiana, o bien, para la satisfacción de las necesidades de la cotidianidad.

Sostiene Corral<sup>116</sup> que “en la Antigua Grecia se llegó a delimitar como componentes familiares son el amo, el esclavo, el marido, la mujer, el padre y los hijos, a lo cual Aristóteles posteriormente llegaría a sostener que sólo los esclavos formaban parte de la familia bajo la mirada de unidad económica y no como entidad moral, ética o económica”.

El escenario histórico griego antes descrito es para Muñoz<sup>117</sup> “un referente de jerarquía familiar, estando constituido en un liderazgo pleno y absoluto del padre, el cual, era la cabeza y dueño de ella, la madre, era considerada inferior al varón y por lo tanto sometida a la autoridad de un hombre de la familia, los padres o hijos, son los que también dependen del padre”; por lo tanto, la descendencia masculina podía independizarse y formar su propia familia, a diferencia de la femenina que siempre se encontraba subordinada, ya sea al padre o marido, finalmente se encontraban los esclavos que se desempeñaban en el rubro doméstico y en el campo.

El referido autor<sup>118</sup> analiza que “la familia helénica llegó a constituirse como una agrupación económico-social que buscaba acaparar el control o potestad omnímoda del pater o jefe de la familia, la cual estaba compuesta, por una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos, y por otros miembros parientes y no parientes”, por tanto, el ordenamiento social y legal se encontraba elaborado para proteger o amparar una familia tradicional, siendo el resultado de un vínculo matrimonial.

---

<sup>116</sup> Corral, H. (1994), *Familia y Derecho Estudios Sobre la Realidad Jurídica de la Familia*, Santiago, Colección Jurídica Universidad de Los Andes, 1994, p.2.

<sup>117</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp.18-19.

<sup>118</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp. 20-26.

Después del período griego, le siguió el romano, sostiene López<sup>119</sup> que “esta sociedad ya representó intereses políticos y sociales pero esencialmente patrimoniales y de autoridad”, por tanto, la familia fue vista como el conjunto de muchas personas que o por su naturaleza o de derecho, llegaron a estar sujetos a la potestad de uno solo, lo cual llegó a significar un marcado sentido de disgregación de la gens o agrupación de familias con antepasado común sometidas a una misma potestad, toda vez que ello dio origen a las familia o una agrupación más pequeña bajo la misma autoridad.

Sostiene el referido autor<sup>120</sup> que “la sociedad Romana se caracterizó por la construcción de un aparato legislativo al servicio de sus ciudadanos, lo cual fue posible gracias a la construcción de tres pilares básicos que fueron los bienes, las personas y las acciones, entre ellos el derecho de familia como la proyección de la persona en su mínimo grado de organización social y su marcada influencia de intereses políticos, económicos y sociales”.

El paterfamilias fue el jefe o responsable de la familia, sostiene Muñoz<sup>121</sup> “que este fue el eje articulador, porque llegó a dominar y ser el director de todos los miembros de la agrupación familiar”, por lo antes expresado, es aquel que no se encuentra sometido a la potestad de otra persona encontrándose en una situación de independencia económica y jurídica, el mismo generalmente carece de ascendientes vivos por la vía masculina, lo anterior lo colocaba en la categoría jurídica de sui iuris, a diferencia de los aliena iuris o dependientes sometidos a su autoridad.

---

<sup>119</sup> López C., *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Santiago, Librotecnia, 2005, p.p.33-34.

<sup>120</sup> López C., *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Santiago, Librotecnia, 2005, p.p.33-34.

<sup>121</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp.18-19.



Sostiene López<sup>122</sup> que “en el Derecho Romano este poder llega a ser ejercido por los integrantes del grupo familiar, el cual recibía la denominación de “potestas”, y se denominaba “manus” en el caso de la cónyuge, patria potestas sobre los hijos, “dominica”, respecto de los esclavos, “dominium” sobre los bienes, “mancipium” sobre ciudadanos romanos que habían pasado a ser siervos, y “patronatus” sobre emancipados y clientes”; por lo tanto, la familia es reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único, la misma se encuentra compuesta por el “pater”, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal.

Mientras que el segundo escenario el referido tratadista<sup>123</sup> vislumbra al pater y a las demás personas unidas en un parentesco llamado “agnatio o agnaticio”, el cual subsiste una vez fallecido el padre, ya que si bien los hijos forman nuevas familias se consideran pertenecientes a una misma agrupación civil, por lo que familia son los agnados, es decir, el conjunto de personas unidas por el denominado parentesco civil.

Durante el Medioevo no existieron cambios radicales, Rams<sup>124</sup> expresa “que la institución de la familia fue vista como una gran unidad de carácter uniforme, las clases altas llegaron a formalizar su matrimonio ante “faciem ecclesiae” (en presencia de la iglesia) manteniendo la disciplina del esquema romano-pauliano, lo cual no sucedía con las clases proletarias que no contaban con esta posibilidad, carecían de la publicidad documental eclesiástica de gran similitud a lo que ocurría con el “usus romano”.”

El referido autor<sup>125</sup> que “los factores del siglo XIV se llegaron a concretar en las escribanías civiles los primeros regímenes de comunidad matrimonial, para este efecto se llegó a contar con el respaldo formal de los parlamentos y cortes de los reinos, en especial,

<sup>122</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp. 20-26.

<sup>123</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp. 20-26.

<sup>124</sup> Rams, J. y Amunastegui C. y Anguita, E., (2009), *Autonomía de la Voluntad y Negocios Jurídicos de la Familia*, Madrid, Dykinson SL, 2009, p.36.

<sup>125</sup> Rams, J. y Amunastegui C. y Anguita, E., (2009), *Autonomía de la Voluntad y Negocios Jurídicos de la Familia*, Madrid, Dykinson SL, 2009, p.36.

los sujetos a la monarquía Francesa y los de Aragón, Navarra y Castilla”. Sin embargo, en los territorios romanizados se mantendría la separación de bienes con dote, lo cual sucedió en algunas provincias de España e Italia.

La Revolución Francesa generó un cambio de paradigma, su pensamiento y conjunto de intereses fue el producto de la Ilustración, según Muñoz ,su pensamiento estuvo vinculado a motivos políticos más que sociales, ya que junto con la monarquía y la nobleza, el clero era el poder del “ancien régime” más resistido por los revolucionarios, se pretendió terminar con su posición relevante al interior del estado y con su dominio sobre la conducta moral de los franceses, por tanto, el derecho canónico empezó a desvincularse del Estado en sí y pasó el matrimonio a ser una institución como un contrato civil y la familia derivada del mismo una consecuencia privada con dimensión social.

Con respecto a la actualidad sostiene Córdoba<sup>126</sup> que “la Declaración de los Derechos Humanos en el siglo XX fue un factor trascendental, en la segunda mitad de la referida centuria la Guerra Fría llegó a crear un asentamiento de las ideas del comunismo en los países del este, se generaron movimientos fundados en la paz, la solidaridad, igualdad de sexos y contra el racismo”, el contexto antes descrito, provocó una interconexión del mundo y la masificación y difusión de las nuevas ideas por el efecto expansivo de las comunicaciones.

El citado autor<sup>127</sup> destaca “que la familia tuvo como ejes de convivencia la igualdad y paridad del varón con la mujer en contraposición a los marcados intereses muy tradicionales respecto a los clásicos roles de género, lo que produjo que los integrantes de la familia adquiriesen mayor participación en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas, de esta manera se abolió la visión clásica de la familia parental”, por primera vez

---

<sup>126</sup> Córdoba, Marcos y Vanella Vilma, (2005), *Derecho de Familia Parte General*, Buenos Aires, La Ley, pp.20-22.

<sup>127</sup> Córdoba, Marcos y Vanella Vilma, (2005), *Derecho de Familia Parte General*, Buenos Aires, La Ley, pp.20-22.

en la historia la mujer compartiría derechos y obligaciones por igual con el cónyuge, adquiriría el derecho a sufragio e incluso en muchos hogares se transformaría en el sustento familiar; por todo lo antes expuesto, la independencia económica, social y política de la mujer constituyó la piedra de inicio para la masificación de las rupturas conyugales, haciendo surgir al divorcio como una alternativa legal, social y pragmática frente a conflictos tradicionales del núcleo familiar.

#### **4.3.2 La Patria Potestad.**

“Esta institución es la llamada al cuidado integral del niño, bajo el cumplimiento universal del precepto del principio del interés superior del niño”, expresa Fiallos<sup>128</sup> que es un término jurídico que consiste en la potestad de los padres o ascendientes sobre sus hijos, a los que se les entrega la responsabilidad de proteger, cuidar y de darle una vida digna hasta los 18 años en algunos países o hasta que se emancipe.

A nivel universal para el referido autor<sup>129</sup> “la Patria Potestad es un derecho y una obligación con los descendientes, el cual históricamente se caracteriza por ser una obligación que se ha extendiendo a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, las sociedades ratifican que la tenencia y patria potestad de los niños niñas y adolescentes siempre debe estar en una persona responsable y si no lo existe en la familia se tiene que hacer responsable el estado”, ya que es el derecho que le da toda legislación en el mundo.

Sostiene Muñoz<sup>130</sup> que “la institución de la patria potestad se origina en el derecho romano; el cual con el devenir de la historia dejó de ser un derecho de sometimiento a favor del padre, el cual llegó a constituirse en una efectiva potestad o poder sobre los hijos

---

<sup>128</sup> Fiallos, Jessica, (2018), Patria potestad y vínculos afectivos en los adolescentes, Ambato, Editorial Universidad Católica, pp.16-22.

<sup>129</sup> Fiallos, Jessica, (2018), Patria potestad y vínculos afectivos en los adolescentes, Ambato, Editorial Universidad Católica, pp.16-22.

<sup>130</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp.22-27.

y sus descendientes, ejercido solo por el ascendiente varón de más edad, en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes”, este era ejercido solo por el ascendiente varón de más edad.

### **Evolución histórica de la patria potestad**

Expresa el referido autor<sup>131</sup> que “la patria potestad tuvo su origen mismo en la potestad marital que tenía con respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavo, estableciéndose en beneficio del jefe de familia, quien podría rechazarla si así le convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte”, por tanto, es imperioso destacar que el pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiriría con un poder absoluto.

Deben llegar a ser considerados como sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la convivencia del menor, tal cual lo disponen las reglas del Código Civil, al respecto Molina<sup>132</sup> sostiene “que son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados”. Esto significa que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y solo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma (bajo sentencia de un tribunal competente) o por acuerdo de los padres reducido a escritura pública debidamente subinscrita al margen de la partida de nacimiento del menor, para al otro.

---

<sup>131</sup> Muñoz, G. *Evolución del Concepto Familia y su Recepción en el Ordenamiento Jurídico*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, pp.22-27.

<sup>132</sup> Molina de Juan, Mario, (2018), “*El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar*”, *La Ley 2014-C*, Buenos Aires, La Ley, 568

Por lo antes expuesto, Molina<sup>133</sup> llega a sostener que “a la falta o ausencia temporal o definitiva de los padres deberá llegar a ser ejercida por los abuelos paternos, y a falta de ellos los maternos; cuando falta uno de los abuelos el otro la tendrá solo, antes de la pareja que siga en orden”, se debe destacar que el Estado al ser un ente protector de derechos y garantías ciudadanas no puede realizar acciones que promuevan la discriminación, por lo tanto, en el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente, como lo establezcan de común de acuerdo, en caso de controversia el juez de lo familia resolverá lo más conveniente para el menor.

Expresa Fiallos<sup>134</sup> que “la visión de la patria potestad tiene una visión marcada proteccionista, la misma que se le embarga a los progenitores, y si no se lo consigue se hace cargo el Estado, esta institución incluye que la autoridad jurídica del padre y marido se limitó a partir de cambios relativamente recientes en la legislación, tales como la ley de violencia intrafamiliar, lo cual cambio la visión de la filiación y la potestad marital”.

Expresa la referida autora<sup>135</sup> que “la autoridad plena del hombre dentro de la familia fue perdiendo peso, lo cual supuso llegar a pasar a un nuevo modelo más moderno-industrial, el cual llegó a estar protegido por el Estado de Bienestar fue perdiendo su soporte institucional y material desde hace más de tres décadas, las diversas reformas estructurales en el modelo económico, la flexibilización del mercado laboral y la inseguridad que acarreo, fueron desdibujando el rol de expresa protección que sobre la familia tenía el hombre”.

---

<sup>133</sup> Molina de Juan, Mario, (2018), “*El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar*”, *La Ley 2014-C*, Buenos Aires, La Ley, 568

<sup>134</sup> Fiallos, Jessica, (2018), *Patria potestad y vínculos afectivos en los adolescentes*, Ambato, Editorial Universidad Católica, pp.16-22.

<sup>135</sup> Fiallos, Jessica, (2018), *Patria potestad y vínculos afectivos en los adolescentes*, Ambato, Editorial Universidad Católica, pp.16-22.

El Código de la Niñez y Adolescencia<sup>136</sup> conlleva en su texto a “determinar que la patria potestad es un derecho irrenunciable de los progenitores”, la cual busca proteger la integridad del niño, niña o adolescente, obligando a velar en cada momento por el por el desarrollo integral de sus hijos, lo cual debe materializarse un proyecto de calidad de vida, con lo cual se busca garantizar un desarrollo pleno y emocional, lo cual será un escudo protector durante sus vida, dándoles la sensación de afecto y protección por parte de sus padres.

La patria potestad según la referida ley, debe ser vista como un conjunto expreso de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados, es decir, debe ser visto como un conjunto integral de medidas y cuidados destinados expresamente para el cuidado del niño para su óptimo desarrollo, por tanto, se busca la satisfacción formal y material de las diversas necesidades espirituales y básicas como son la educación, alimentación, vestimenta, salud, recreación del menor, acompañado del desarrollo integral y la defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución que garantiza el desarrollo del buen vivir así como el desarrollo holístico del ser humano y la ley, ya que las anteriormente nombradas protegen los derechos de cada uno de los ciudadanos y con mayores severidad la de los menores de edad.

### **4.3.3 La Tenencia**

Para Talciani<sup>137</sup> “esta debe ser definida como una determinada situación por la que un menor se encuentra transitoriamente en poder de quienes no son sus padres, tutores o guardadores, siendo esta una institución jurídica”, contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, a fin de poder llegar a brindarles un

---

<sup>136</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>137</sup> Talciani, Héctor, (2005), *Derechos de la familia*, Madrid, Editorial Jurídica Grijley, pp.30- 34.

cuidado integral, derecho este que puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>138</sup>, señala que es “la acción y efecto de guardar y defender”, lo cual conlleva a que debe “Guardar y cuidar o custodiar algo; tener cuidado de una cosa y vigilancia sobre ella, es asistir, guardar, conservar; por lo que se podría decir que “tuición” es el cuidado, custodia, guardia que ejerce una persona sobre un menor”, esto con la finalidad de garantizarle cuidado y protección adecuada como integrante del núcleo familiar, por tanto, la tenencia debe ser vista como la defensa, amparo, protección de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad, siendo estos deberes morales que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y protegidos por el Código de la Niñez y Adolescencia.

El Art. 119 del Título III Código de la Niñez y Adolescencia<sup>139</sup> establece “las modificaciones de las resoluciones sobre la tenencia que si resulta necesaria la variación de la Tenencia, ésta no causa ejecutoría, ya que el juez podrá alterar o modificar en cualquier momento si es necesario para el adecuado goce y ejercicio de los derechos de los hijos de familia”, esto supone que las decisiones de tenencia pueden ser ratificadas o no, lo cual dependerá de la situación emocional y material por la cual estén atravesando los menores durante el proceso de divorcio.

Sostiene Mafla<sup>140</sup> que “desde el derecho de familia como una rama del derecho público, la tenencia debe ser vista como la institución cuyo surgimiento se suscita a partir de la separación de los padres de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con

---

<sup>138</sup> Real Academia de la Lengua Española, (2008). diccionario de la de la Lengua Española, Madrid, Espasa Calpe.

<sup>139</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>140</sup> Mafla, Hilda, (2016), “*El Incumplimiento de la Tenencia de los Hijos Menores de Edad por Muerte de la Madre y la Vulneración del Principio del Interés Superior del Niño*”, Ambato, Editorial Uniandes, p.20.

quien se quedará el menor”, es decir uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo, en este escenario uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley.

La referida autora<sup>141</sup> expresa que “a partir de lo manifestado en el Código de la Niñez y Adolescencia existen tres clases de tenencia que se presentan con más frecuencia en los conflictos de divorcio o separación de los padres, o que a falta de la madre, la disputa se realiza entre el padre y los abuelos maternos, las mismas que se las resumen de la siguiente manera: en el primer escenario se encuentra la Tenencia Provisional que es la facultad de que tiene el padre que no tiene la custodia del menor de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional”.

Con respecto a la tenencia provisional el Código de la Niñez y Adolescencia, expresa que esto llega a ocurrir cuando el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica, sí uno de los padres tiene la custodia de hecho, entonces no podrá solicitar la tenencia provisional, sin embargo, este padre o madre que tiene la tenencia provisional podrá solicitar la tenencia, con respecto a la tenencia de hecho esta puede ser un acuerdo entre los padres sin llegar a recurrir a ningún tercero.

Por lo antes expuesto, se colige que “la tenencia definitiva por una decisión judicial o por un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada, puede llegar a suscitarse debido a un determinado proceso judicial o un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada como los Centros Alternativos de Resolución de Conflictos”; por lo tanto, no es una resolución definitiva, como otros juicios que tienen carácter de sentencia ejecutoriada, ya que se puede modificar de acuerdo a las circunstancias, siempre y cuando prevalezca el Interés Superior del Niño, así lo manifiesta el código de la materia.

---

<sup>141</sup> Mafla, Hilda, (2016), “*El Incumplimiento de la Tenencia de los Hijos Menores de Edad por Muerte de la Madre y la Vulneración del Principio del Interés Superior del Niño*”, Ambato, Editorial Uniandes, p.20.



#### 4.3.4 Valoración Psicológica

La legislación ecuatoriana aún no determina expresamente la necesidad de determinar la capacidad psicológica al momento del otorgamiento de la paternidad, lo cual también sucede con la gran mayoría de países con los cuales se comparte una tradición histórica jurídica, no obstante de aquello determina reglas para quien debe cuidar a los niños, el cual tiene un determinado sesgo porque el otorgamiento de la tenencia recae en el rol de la madre, habiendo muy pocas y raras excepciones que se han suscitado.

En legislaciones de tradición latina, se consagra la necesidad de un informe pericial en el ámbito del Derecho de Familia, al respecto Horcajo<sup>142</sup> sostiene “este dictamen técnico pericial podrá determinar a quién se le otorga la patria potestad o tenencia mientras dure el juicio de divorcio”, la legislación española en el artículo 299 de la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), debido a la complejidad existente en las decisiones de los tribunales en materia de guarda y custodia, expresa la necesidad de un informe psicológico forense privado elaborado por dos especialistas, en el que se evalúan las competencias parentales del progenitor custodio y el estado psicológico de la menor, a consecuencia de un informe psicosocial emitido por el Equipo Técnico de los Juzgados.

El referido autor<sup>143</sup> expresa que “la atribución de la custodia de los hijos menores ha sido un tema central en las separaciones, tanto matrimoniales como no matrimoniales”, ya que el progenitor custodio será el encargado del cuidado directo de los hijos, permitiéndole establecer un mayor vínculo afectivo. El denominador común durante los últimos 25 años de Jurisprudencia es el beneficio del menor: favor “fili” o “bonum minoris”.

---

<sup>142</sup> Horcajo, Pedro y López, Víctor, *Informe Pericial Psicológico: Competencias Parentales y Valoración Psicológica de una Menor en un presunto caso de Síndrome de Alienación parental (sap)*, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 17, 2017, pp.126-143.

<sup>143</sup> Horcajo, Pedro y López, Víctor, *Informe Pericial Psicológico: Competencias Parentales y Valoración Psicológica de una Menor en un presunto caso de Síndrome de Alienación parental (sap)*, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 17, 2017, pp.126-143.

La experiencia del otorgamiento de la tenencia en proceso de divorcio, supone que la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>144</sup> de España determina “que el Interés Superior del Menor (ISM) guía el proceso de toma de decisiones judiciales, escogiendo el régimen de custodia y visitas más conforme con aquél, con lo cual se distingue un paulatino aumento en el régimen de visitas paterna, dando paso a los primeros pronunciamientos judiciales a favor de adoptar un régimen novedoso en el ordenamiento jurídico español”, la custodia compartida, es con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cuando esta nueva figura jurídica “custodia compartida” toma forma de manera explícita en el marco legal español.

Añade Horcajo<sup>145</sup> que “en la legislación española la función pericial está regulada en el Derecho Civil por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)., en los procesos de divorcio litigioso el dictamen pericial psicológico de evaluación de la custodia de menores es un elemento probatorio de las decisiones judiciales, además en lo referente a los aspectos relativos al ámbito civil, la legislación vigente determina la intervención del psicólogo forense como apoyo en la toma de decisiones al juzgador”, con lo cual se busca superar esquemas sectarios, a la vez que fortalecer y respetar el género a partir del derecho a la inclusión y desde una visión integradora de la realidad.

#### **4.4 DERECHO COMPARADO**

La Constitución del Ecuador en su artículo 424 expresa que el ordenamiento jurídico se regirá por la suscripción de los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales deben ser ratificados por el Estado siempre que los mismos reconozcan derechos más

---

<sup>144</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-32.

<sup>145</sup> Horcajo, Pedro y López, Víctor, *Informe Pericial Psicológico: Competencias Parentales y Valoración Psicológica de una Menor en un presunto caso de Síndrome de Alienación parental (sap)*, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 17, 2017, pp.126-143.

favorables a los contenidos en el texto constitucional, estos prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El contexto antes referido, determina que el Derecho Familia se regirá por el principio de interés superior del niño como precepto universal, lo cual obliga a revisar la aplicación del mismo respecto a la tenencia de los hijos menores de edad durante el respectivo juicio de divorcio, siendo necesario analizar lo establecido en la legislación chilena, colombiana y peruana en virtud de la tradición histórica y tendencia jurídica similar que mantiene con el Ecuador respecto a su producción normativa.

#### **4.1.1. Legislación Chilena respecto a la tenencia de menores.**

La Constitución<sup>146</sup> en su artículo 1ro expresa que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, *determinando que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*, se logra expresar que el Estado está llamado a proteger y servir a la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos.

La familia en la legislación chilena de acuerdo al artículo 19 lo consagra como derecho y deber fundamental: *“el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”*, de acuerdo a Quintana<sup>147</sup> a parte de su Constitución, se reconoce los diversos tratados y convenios internacionales, en tal sentido se acepta lo preceptuado en la Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 2do numeral 1ro señala:

"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna,

<sup>146</sup> Constitución Política de la República de Chile, Santiago, 17 de septiembre de 2005.

Incluye las reformas introducidas por las leyes 18.825, 19.055, 19.097, 19.295, 19.448 , 19.519, 19.526 , 19.541, 19.597, 19.611, 19.634, 19.643, 19.671, 19.672, 19.742 ; 19.876, 20.050, 20.162, 20.193, 20.245, 20.337, 20.346, 20.352, 20.354 y 20.390 y 20.414.

<sup>147</sup> Quintana, María, *Legislación y Jurisprudencia sobre el Cuidado Personal del niño y la Relación Directa y Regular con él*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2009, p.152.

independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".<sup>148</sup>

La Ley No. 19.585<sup>149</sup> en el artículo 224 señala: "*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos*", en cuanto al cuidado de los hijos ha sido una de las más importantes de los últimos tiempos en el ámbito del Derecho de familia, según Quintana llegó a determinar el cuidado personal del menor y la relación directa y regular que puede –y debe– mantener el progenitor que no detenta su cuidado, en el inciso 2do de la referida norma señala:

"El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez"<sup>150</sup>

La aplicación del interés superior del niño en el Derecho Chileno es vinculante, sostiene Barcia<sup>151</sup> que este se suscita a partir del principio de la igualdad de los padres: desde una concepción de derechos y facultades para el padre no custodio hasta sistemas de custodia conjunta para uno de los padres, en principio a favor del padre y luego de la madre, hacia sistemas de custodia conjunta o cuidado compartido, esta Legislación rechaza la regla de la superioridad materna para otorgar el cuidado personal a uno de los padres, conforme al interés superior del niño.

---

<sup>148</sup> García, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F, 2010, p.97

<sup>149</sup> Ley 19585, publicada el 26-10-1998, promulgada el 13-10-1998.

Ministerio de Justicia, Modifica el Código Civil y Otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación.

<sup>150</sup> Ley 19585, ob. cit.

<sup>151</sup> Barcia, Rodrigo, *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*, Revista Ius et Praxis, Año 24, N° 2, 2018, p.472.

Añade el referido autor<sup>152</sup> que “los diversos modelos de asignación unilateral, conforme al interés superior, han ido evolucionando, en primer término, se otorgan facultades y derechos al padre no custodio para luego, en un segundo término, establecer regímenes supletorios y generales de custodia o responsabilidad compartida, por una parte, o de cuidado compartido, por la otra”.

Sostiene Zanoni<sup>153</sup> que “el derecho de familia chileno tuvo un cambio trascendental con la Reforma de la Ley N° 17.711 estableció que la preferencia materna quedaba descartada ante “causas graves”, de igual manera la Ley N° 23.515 modificó el concepto de “causa grave” por las causas “que afecten el interés del menor.” Esta noción permitió revisar decisiones de los padres contrarias al interés del menor frente a casos en que un padre exigía el reintegro de una hija para ayudarle en un negocio, o la negativa del padre custodio a que el menor se relacione con sus abuelos.

Con respecto a la tenencia de los menores en los juicios de divorcio, según Rodríguez<sup>154</sup> “debe analizarse que las objeciones de constitucionalidad de la preferencia materna no pueden apoyarse en la regla constitucional que prohíbe diferencias arbitrarias”, es una regla supletoria de la voluntad de los padres que no confiere a la madre derecho subjetivo alguno, sino una función o un deber de los que no está privado el padre y que no impide la modificación judicial de la atribución legal en función del interés del niño.

Añade la referida autora<sup>155</sup> que “la preferencia materna tampoco ofende el interés superior del niño, en este caso del hijo que se encuentra en un proceso de divorcio litigioso. Al contrario, evita litigios y la excesiva judicialización de los conflictos de los padres

---

<sup>152</sup> Barcia, Rodrigo, *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*, ob. cit., p.472.

<sup>153</sup> Zannoni, Eduardo (1998), *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo II, p.693.

<sup>154</sup> Rodríguez Pinto, Sara, (2014): “*Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la ley N° 20.680 de 2013*”, en: *Revista de Derecho de familia*, (vol. I), p.77.

<sup>155</sup> Rodríguez Pinto, Sara, (2014): “*Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la ley N° 20.680 de 2013*”, ob. cit., p.78.

sobre el cuidado personal de sus hijos y favorece los acuerdos”, todo lo cual no quiere decir que esta regla no admita otras formulaciones, como las que existieron en el Derecho chileno hasta la reforma de la Ley N° 18.802 de 1989”.

Sostiene Delgado<sup>156</sup> que “en un estado constitucional de derechos, no se puede aceptar que la madre es la figura más idónea respecto al padre, esto se torna en un principio doctrinario del feminismo de género, sin bases científicas que documenten una aptitud específica de la mujer relacionada con la función que está llamada a desarrollar en los primeros meses y años del hijo; y agrega que si se formulan fundamentos científicos es sólo porque sirven en la lucha de género, permitiéndole a la mujer una ventaja económica frente al padre al momento de organizar la ruptura”.

Analiza Villagrasa<sup>157</sup> que “el primer mito a romper en la familia es la superioridad maternal de sí y por sí, no niega la importancia de la madre en los primeros años de vida del hijo, pero tampoco desconoce la necesaria presencia del padre, el feminismo sostiene que la custodia compartida oculta cuestiones económicas y patrimoniales relacionadas con la vivienda familiar y la pensión alimenticia, y que en realidad no tiene sustento en la pretendida cooperación entre hombres y mujeres”; por lo tanto, los hijos siguen al cuidado de las mujeres, lo que incide en incrementar aún más la feminización de la pobreza.

En un proceso de divorcio litigioso sostiene Barcia<sup>158</sup> que “en la actualidad existe un régimen de facultades y derechos de filiación, conforme al interés superior, puede ser discriminatorio y transgresor del principio como la regla de la preferencia materna, en la medida que las facultades y derechos de filiación se concentren exclusivamente en el padre custodio”.

---

<sup>156</sup> Delgado, Gregorio, (2010), *La custodia de los hijos, La guarda compartida: opinión preferente*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters, p.43.

<sup>157</sup> Delgado, Gregorio, (2010): *La custodia de los hijos, La guarda compartida: opinión preferente*, ob. cit. p.43.

<sup>158</sup> Barcia, Rodrigo, *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*, ob. cit., p.479.

La atribución unipersonal del cuidado personal, de acuerdo al referido autor<sup>159</sup> se “le otorga a uno de los padres, lo cual implica conferirle una cuota de poder, en lo relacionado con la parentalidad, que representa una compensación a la cuota de poder económico que conserva generalmente aquel de los padres, que no convive con los hijos”. Y ello acontece aun en un régimen de facultades y derechos para el padre no custodio.

Sostiene Polakiewicz<sup>160</sup> que “el progenitor está llamado a un empoderamiento con sus hijos, y el padre no custodio comienza a apartarse del ejercicio cotidiano de la parentalidad y el control del dinero, restringiendo los aportes necesarios para su manutención, para lo cual se busca establecer un régimen que promueva la participación del padre no custodio en la educación y crianza de los hijos, impidiendo fomentar regímenes que en los hechos consagren facultades y derechos de filiación des-nudos para el padre no custodio”. A lo que se suma el que el padre no custodio, en la medida en que su fuerza patrimonial lo permita, cumpla con su deber de alimentos en el tiempo que el hijo esté con el padre custodio.

Sostiene De la Válgoma<sup>161</sup> que luego del respeto al texto constitucional, se encuentra el principio del interés superior del niño, por tanto, se defiende la teoría de que la determinación del interés del menor estaría en la defensa de los derechos fundamentales, todo el derecho de familia tiene esa eficacia, y, por tanto, promueve los derechos fundamentales de los miembros del grupo familiar, no los de la familia como tal.

El referido principio para el mencionado autor<sup>162</sup>, analiza que se reconoce a través de dos sistemas: identificándolo en situaciones incluidas en el concepto general y que proporciona al juez una guía al tomar decisiones que afectan al menor, o introduciendo una

---

<sup>159</sup> Barcia, Rodrigo, *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*, ob. cit., p.480.

<sup>160</sup> Polakiewicz, Marta, (1998), “El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres”, en: *Los derechos del niño en la familia, Discurso y realidad*. (Buenos Aires, Editorial Universidad), p.191.

<sup>161</sup> De la Válgoma, María (2013): *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Barcelona, Editorial Ariel, p.81.

<sup>162</sup> De la Válgoma, María (2013): *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, ob. cit., p.81.

cláusula general en la que sólo se impone la necesidad de actuar en interés del menor, sin darle un contenido concreto. Este último sistema es el elegido por prácticamente todo el derecho continental, el Código Civil de Chile<sup>163</sup> en su artículo 225 numeral 4to, 5to expresan:

“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una sub inscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

Sostiene Barcia<sup>164</sup> que el juzgador no debe en ningún caso fundamentar su decisión en la capacidad económica de los padres. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

El Código Civil de Chile<sup>165</sup> en su artículos 234 y 241 determinan que los padres tendrán la facultad expresa de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal, por tanto, se excluye toda forma de violencia intrafamiliar, no se permite el maltrato físico y psicológico; lo antes descrito supone un cumplimiento

---

<sup>163</sup> Código Civil (Chile), Decreto con Fuerza de Ley 1, publicación:30-05-2000, promulgación: 16-05-2000

<sup>164</sup> Barcia, Rodrigo, *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*, ob. cit., p.482.

<sup>165</sup> Código Civil (Chile), Decreto con Fuerza de Ley 1, ob. cit.



formal de los diversos derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>166</sup>

Los referidos artículos<sup>167</sup> expresan que cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad, la excepción a lo antes indicado son las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres.

Analiza Barcia<sup>168</sup> que es fundamental comprender que en la actualidad la doctrina ha señalado que el interés superior del niño es una expresión superlativa, que hace que este interés deba ser preferido sobre otras consideraciones, sobre todo en lo que se refiere a los derechos fundamentales de la infancia, no obstante, los derechos fundamentales deben ser ponderados respecto de otros derechos fundamentales, en los casos en que se produce un conflicto, la máxima precedente es sólo una regla general.

#### **4.1.2. Legislación Colombiana respecto a la tenencia de menores.**

La Constitución<sup>169</sup> determina en su artículo 5 que el Estrado es el llamado a reconocer, los diversos derechos de la persona, los cuales son inalienables y ampara a la familia como institución básica de la sociedad, en el Art. 44 hace énfasis al determinar que son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados

---

<sup>166</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, *Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.*

Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

<sup>167</sup> Código Civil (Chile), Decreto con Fuerza de Ley 1, ob. cit.

<sup>168</sup> Barcia, Rodrigo, *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*, ob. cit., p.482.

<sup>169</sup> Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional número 114 del jueves 4 de julio de 1991

de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

El referido Texto<sup>170</sup> hace hincapié en que los niños gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia; por tanto, la familia al igual que la sociedad y el Estado conforme lo determina el artículo 44 tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

El artículo 93 de la Constitución<sup>171</sup> señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno, por tanto, los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en este contexto se adopta lo expresado en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>172</sup> que en su artículo 18 expresa:

“Los Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

---

<sup>170</sup> Constitución Política de Colombia, ob. cit.

<sup>171</sup> Constitución Política de Colombia, ob. cit.

<sup>172</sup> *Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.*

El Código Civil<sup>173</sup> con respecto a la tenencia en su artículo 288 determina que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone, por tanto, corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos, innegablemente a falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

El artículo 253 de la referida ley<sup>174</sup> expresa que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos, lo antes descrito determina que la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres, de esta manera el hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres.

El Código Civil<sup>175</sup> dispone para los padres del menor que la patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo. Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad. La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

El Código de Procedimiento Civil Colombiano<sup>176</sup> determina que la tenencia de menores se sustenta en un proceso verbal, de acuerdo al artículo 247 es un procedimiento de mayor y menor cuantía, lo cual contempla en la privación, suspensión y

---

<sup>173</sup> Código Civil (Colombia), Modificada por la Ley 1116 de 2006, publicada en el Diario *Oficial* No. 46494, de 27 de diciembre de 2006.

<sup>174</sup> Código Civil (Colombia), ob. cit.

<sup>175</sup> Código Civil (Colombia), ob. cit.

<sup>176</sup> Código de Procedimiento Civil (Colombia), Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970, actualizado al 22 de noviembre de 2019.

restablecimiento de la patria potestad o de la administración de los bienes del hijo y remoción del guardador.

El artículo 435 de la referida norma<sup>177</sup> expresa que las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior.

#### **4.1.3. Legislación Jurisprudencia Peruana respecto a la tenencia de menores**

El Derecho Peruano vislumbra a la familia como la más preciada institución social, la cual a través del principio universal del interés superior del niño, el cual se encuentra plenamente respaldado en su Constitución<sup>178</sup>, su artículo 2 en el numeral 7mo señala que toda persona tiene derecho: *“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.”*,

Por lo antes indicado, el artículo 7 señala también que todo ser humano tiene derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa, la Constitución Peruana<sup>179</sup> en su artículo 4to señala que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, desarrolla una visión de protección social a la familia y promueven el matrimonio, en este contexto el artículo 81 de la Ley 29269<sup>180</sup> señala:

---

<sup>177</sup> Código de Procedimiento Civil (Colombia), ob. cit.

<sup>178</sup> Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993,

<sup>179</sup> Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993,

<sup>180</sup> Ley 29269, Ley que modifica el art. 81° y 84° del código de niños y adolescentes incorporando la Tenencia Compartida.

Ley 29269 promulgada el 16 de octubre del 2008,

“Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.”

Sostiene Aguilar<sup>181</sup> que debe entenderse a la tenencia como la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, el artículo 84 de la Ley 29269<sup>182</sup> expresa: *“el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”*.

El referido autor<sup>183</sup> plantea que la tenencia como derecho radica en el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (custodia, acción de custodiar o vigilar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre los términos tenencia y custodia como si fueran sinónimos, en tanto que, como ya quedó claro, la tenencia es un derecho, y la custodia es un deber.

---

<sup>181</sup> Aguilar, Benjamín, *La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida*, Derecho y Sociedad, Lima, 2019, p.192.

<sup>182</sup> Ley 29269, ob. cit.

<sup>183</sup> Aguilar, Benjamín, *La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida*, ob.cit., p.192.

## 5. MATERIALES Y MÉTODOS

A fin de poder desarrollar una correcta y acertada investigación en Derecho, se debe considerar que esta es una ciencia de carácter social, lo cual implica que para la presente investigación se analizaron diversos insumos teóricos y prácticos que constituyen las fuentes y soportes del presente trabajo académico.

### 5.1. Métodos

Sostiene Alexy<sup>184</sup> de manera enfática que: *«el tercer tipo del círculo hermenéutico concierne a la relación entre normas y hechos. Las normas son universales y abstractas, y los hechos a los cuales se debe aplicar son individuales y concretos»*. Las normas de los legisladores poseen los atributos de generalidad y legalidad tales que cobijen por igual a todos los casos. Al Derecho le importa la individualidad de los hechos y su pertenencia a un cuerpo de leyes que permitan su explicación y predicción.

Durante la realización del presente trabajo la metodología de investigación requirió de tres grandes componentes: a) métodos científicos generales en particular, b) métodos jurídicos los cuales se subdivide en métodos de interpretación de la ley, integración y creación legislativa del derecho, de este modo se podrá vincular la teoría y la práctica, aplicando y mejorando los diversos niveles metodológicos.

#### A) Métodos científicos generales en particular

De acuerdo a Pérez estos son el análisis, la síntesis, la inducción, la deducción, definición, clasificación y división, los cuales permiten contextualizar de mejor manera la ley, además de iniciar de manera lógica y adecuada el proceso de investigación, recordando que el abogado es un investigador social

---

<sup>184</sup> Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. 136p

El **Análisis**.- Es la descomposición de un todo en sus elementos heterogéneos y simples, en relación al todo, no debe confundirse con la división, puede ser experimental, racional, cuantitativo y cualitativo.

**La síntesis** para Pérez<sup>185</sup> es el elemento de investigación por el cual reunimos sus partes, es experimental, racional y productiva, según García<sup>186</sup> procede cuando se pasa de lo simple a lo compuesto, de las causas a los efectos, de los principios a las consecuencias, de las leyes a los fenómenos, de la esencia a las propiedades. Para saber cuándo hay síntesis debe atenderse al punto de llegada. Solo hacemos síntesis cuando partimos de lo particular para llegar a lo general; en el caso contrario habrá análisis.

**La Inducción**.- Según Pérez<sup>187</sup> va de lo particular a lo general, por tanto, concluye del hecho a la ley, expresa Guerrero<sup>188</sup> que debe ser visto como un *acto por el cual el espíritu pasa del conocimiento de los hechos al de las leyes que lo rigen*”, jurídicamente la inducción conlleva: observación, formulación de la hipótesis, experimentación y formulación de la ley.

**La Deducción**.- Para el referido autor<sup>189</sup> permite abordar el estudio de las legislaciones internacionales y concretar un enfoque general del tema en estudio, para luego ser contrastado con la realidad local y el inductivo se pone en práctica cuando se funda sobre la observación y la experiencia que, por sí mismas dan a conocer solo hechos particulares, para extraer de ellas una verdad general. La inducción procede de lo particular a lo general, concluye del hecho a la ley.

---

<sup>185</sup> Pérez, Javier, (2013), *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, tercera edición, p.44.

<sup>186</sup> García, Luis, (2011), *Elementos de Lógica para el Derecho*, Bogotá, Editorial Temis.

<sup>187</sup> Pérez, Javier, (2013), *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, tercera edición, p.44.

<sup>188</sup> Guerrero, Francisco, (2003), *Curso de Filosofía – Historia de la Filosofía – Lógica Moral*, Santiago, Editorial Nascimento, p.27.

<sup>189</sup> Pérez, Javier, (2013), *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, tercera edición, p.44.

La importancia jurídica según García<sup>190</sup> respecto a la deducción radica en saber traducir expresiones corrientes a sus formas categóricas, radica en que, primero, nos permite realizar inferencias inmediatas, y, segundo, las relaciones lógicas entre las proposiciones categóricas son similares a las expresiones modales (necesario, imposible, posible y contingente) y las normativas (obligatorias, prohibidas, permitidas, facultativas).

Sostiene De Plaza<sup>191</sup> que la deducción en el derecho debe ser vista desde la normatividad que es una unidad lógica de juicios imperativos, prohibitivos y permisivos en constante integración, desarrollo y transformación, según las exigencias políticas, económicas y sociales de cada momento histórico, y pertenecientes a cada Nación. Este orden fundamenta su unidad en la norma primaria o Constitución, de la cual extrae toda su fuerza obligatoria y relevancia jurídica.

De manera similar, una cadena deductiva que intente explicar conocimientos, justificar conductas o decisiones jurídicas, se remontará, necesariamente, a primeros principios, a creencias básicas, o autoridades que no son susceptibles de prueba ni de ulterior demostración o apelación. Ella concluye de la ley a hechos particulares, se clasifica desde varios puntos de vista: a) Matemática, b) Formal y c) Puede ser formal y constructiva.

Finalmente, con respecto a la deducción sostiene García<sup>192</sup> que en las ciencias jurídicas, la última palabra la tiene la Constitución y los encargados por ella interpretarla; y así cambien los valores de la sociedad cambian mientras no se modifique según los procesos constitucionales la norma que la prohíba, ella seguirá vigente.

**La Definición** de acuerdo al referido autor<sup>193</sup> las definiciones cumplen la tarea de economizar pensamiento y de evitar descripciones extensas. Desde luego que es imposible

---

<sup>190</sup> García, Luis, (2011), *Elementos de Lógica para el Derecho*, Bogotá, Editorial Temis.

<sup>191</sup> De Plaza, Héctor, (1980), Bogotá, Editorial Temis, p.26.

<sup>192</sup> García, Luis, (2011), *Elementos de Lógica para el Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, p.138.

<sup>193</sup> García, Luis, (2011), *Elementos de Lógica para el Derecho*, Bogotá, ob. cit. p.139.



definir explícita y originalmente todos los términos, porque ello supondría una absurda regresión al infinito., cuenta con dos elementos: **Definiendum**, la palabra o símbolo o incluso la formulación legal, que se ha de definir y **Definiens**, conjunto de operaciones o símbolos usados para explicar el significado del definiendum.

Definir, es explicar el significado de una palabra o frase; no se definen las cosas sino las palabras o frases que se usan para significar algo. Definir correctamente permite: a) Aumentar el vocabulario, se debe usar palabras que somos capaces de definir, b) Eliminar la ambigüedad, una palabra puede tener varios significados, c) Reducir la vaguedad, darle significado a las palabras, d) Influir en el auditorio y e) La comprensión del término estará mejor garantizada en una correcta definición y su uso.

La definición es el análisis de la comprensión de una idea con el objeto de obtener sus elementos o notas fundamentales, puede ser nominal (palabras) o real (cosas), las últimas pueden ser: esenciales o descriptivas, por tanto, según Guerrero<sup>194</sup> definir es resumir en una proposición los caracteres esenciales de un ser, de un objeto o de una idea.

**La Clasificación y la División.-** La primera ordena objetos, las ideas y los conceptos lógicamente, busca sistematizar y exponer, expresa Carnelutti<sup>195</sup> que clasificar es el poder distribuir los objetos en grupos homogéneos, la segunda procede del todo hacia las partes, del género a la especie, de la unidad a la pluralidad, “*Operación que analiza la extensión de una idea*”, *el todo puede ser natural, accidental o real.*

## **B. Métodos Jurídicos**

De acuerdo a Pérez<sup>196</sup> la interpretación es el acto de la inteligencia por el cual se desentraña el verdadero sentido y alcance de una norma de derecho, se clasifica en: a)

---

<sup>194</sup> Guerrero, Francisco, Curso de Filosofía – Historia de la Filosofía – Lógica Moral, Santiago, Editorial Nascimento, 2003, p.27.

<sup>195</sup> Carnelutti, Francesco, Metodología del Derecho, Buenos Aires, Dykinson, 2018, p.39.

<sup>196</sup> Pérez, Javier, (2013), *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, tercera edición, p.44.

Interpretación auténtica o con autoridad: legislador, b) Interpretación jurisprudencial y c) Interpretación doctrinal o privada, esto se suscita cuando la ley es una entidad diferentes, autónoma o independiente de la voluntad de su autor, el contenido de la ley es inmanente a ella y ese es el contenido que debe tenerse en cuenta en el futuro por el intérprete, teniendo como elementos el ámbito gramatical, teleológico, lógico sistemático e histórico.

En el presente trabajo se analizó los métodos de integración del derecho, que son la costumbre, la analogía y las reglas o principios generales del derecho; de acuerdo al referido autor se aplicó la analogía que consiste en la elaboración de una regla jurídica idéntica a la que existe para un caso previsto por el legislador, para aplicarla a un caso no previsto pero semejante al primero, también se aplicaron las reglas o principios generales del Derecho a través del cual se buscó una regla general de derecho cuando para un caso concreto no encuentre la solución en el derecho escrito, ni en la costumbre, ni pueda resolverlo por analogía.

Finalmente, se aplicó los **Métodos de Creación Legislativa del Derecho en los cuales la Ley** es una forma que reviste el derecho para manifestarse, por tanto, esta debe ser entendida como norma de conducta social, obligatoria, impersonal y permanente expedida por el poder público, por tanto, se convierte en una fuente del derecho adquiere su máxima importancia. Se debe indagar: el papel del legislador en la creación de la ley, los factores generadores del Derecho y la técnica de redacción de las normas jurídicas.

## 5.2. Procedimientos y Técnicas

Esta investigación requiere un procedimiento formal de investigación en el ámbito jurídico, se requiere fundamentalmente el desarrollar un buen nivel de documentación, tal cual lo enseña Javier Pérez Escobar<sup>197</sup> las técnicas bibliográficas y de campo están

---

<sup>197</sup> Pérez, Javier, 2013), *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, ob. cit., p.44.

destinadas a recoger la información de diversas fuentes secundarias localizadas en diversos medios de información jurídica.

La técnica del fichaje, permitirá la recolección datos teóricos que se relacionan con el tema, y los técnicas de campo permiten a través de los datos brindados por diversos profesionales del derecho, recopilar, analizar y contrastar la diversa información de la presente Tesis.

## **6. RESULTADOS**

En el presente trabajo se aplicó dos parámetros de investigación, en primer lugar se realizaron 35 encuestas a diversos profesionales del Derecho, los cuales ostentan título de cuarto nivel, todos ellos involucrados en su gran mayoría a la docencia universitaria a nivel público y privado.

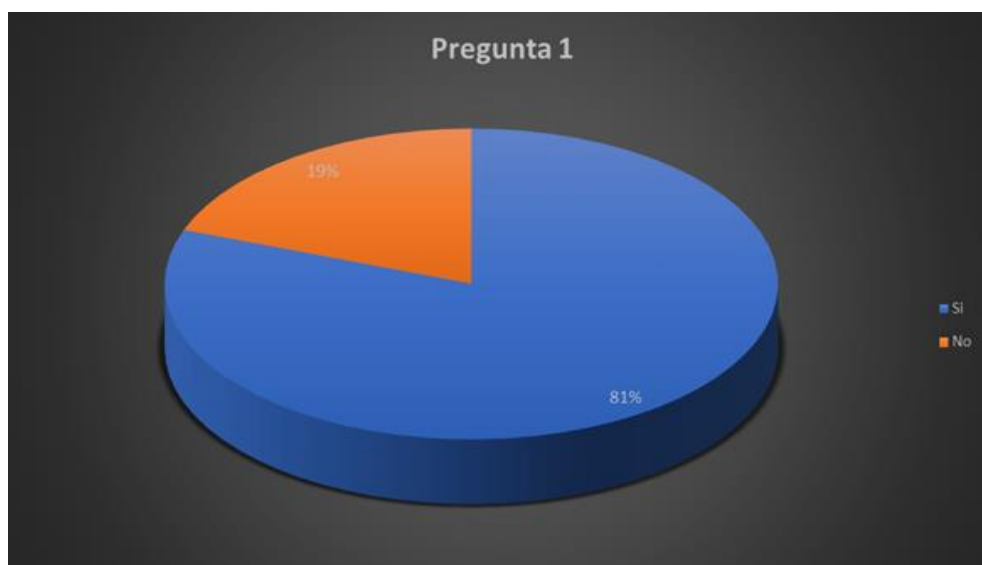
En segundo término se debe destacar que se aplicaron 10 entrevistas a profesionales del Derecho, destacándose entre ellos Docentes Universitarios de Pregrado y Posgrado, Abogados en el Libre Ejercicio Profesionales Promotores de Buffettes Jurídicos, ex Jueces Nacionales de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), ex Fiscales y un ex Juez de la actual Corte Constitucional.

### **6.1. Encuesta**

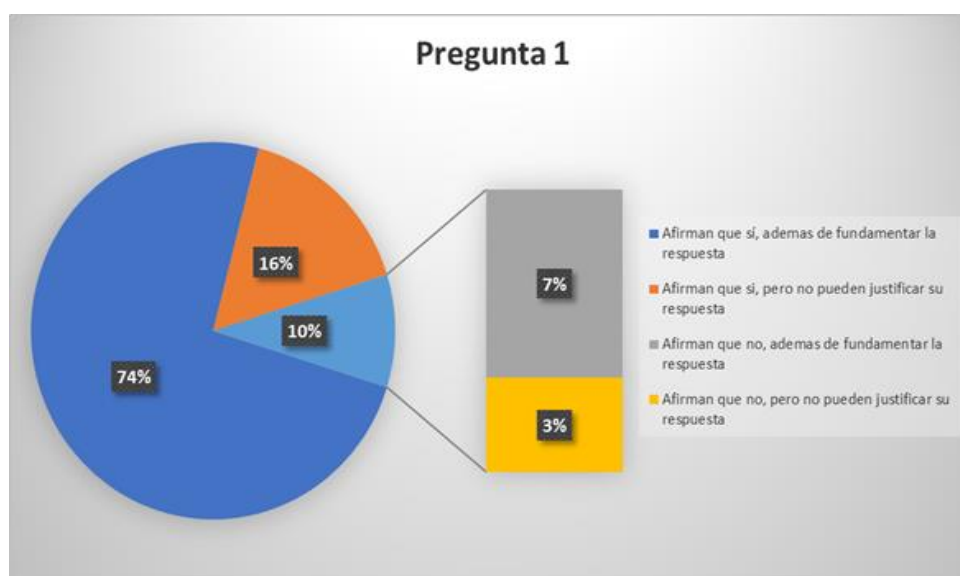
Se aplicaron 35 encuestas a diversos abogados en Libre Ejercicio Profesional, los cuales están vinculados con la docencia universitaria, el sector público y la Función Judicial, las preguntas buscaron no sólo determinar si el encuestado conocía lo requerido, sí además podían justificar en derecho lo aseverado, se aplicó el siguiente modelo:

Los resultados que se obtuvieron en términos numéricos de la presente encuesta fueron los siguientes:

**1. ¿Considera que la Constitución del Ecuador garantiza a cabalidad el interés superior del niño?**

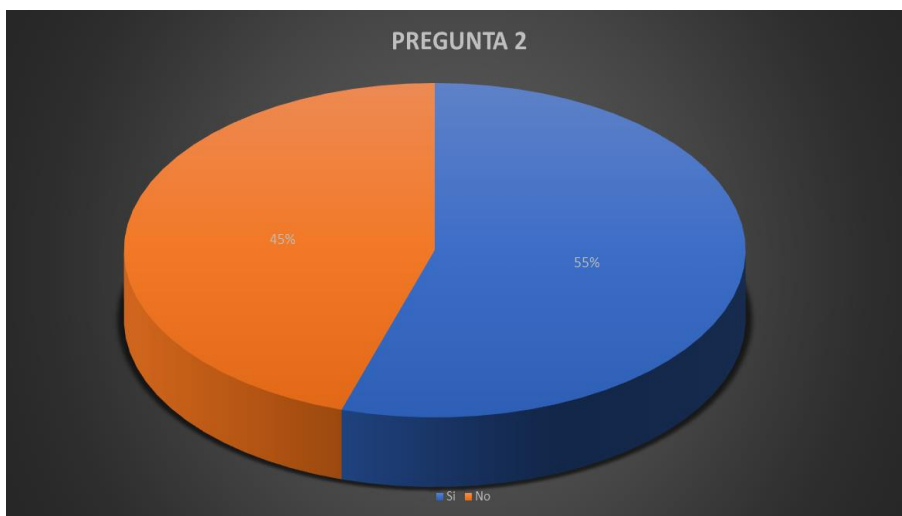


SI 81%  
NO 19%



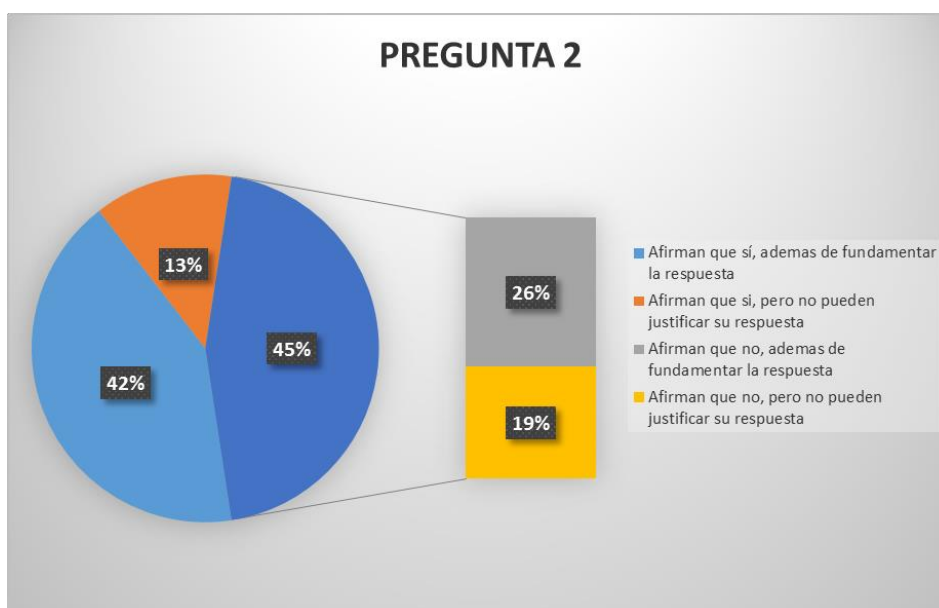
Afirman que sí, además de fundamentar la respuesta	23	74,19 %
Afirman que sí, pero no pueden justificar su respuesta	5	16,13%
Afirman que no, además de fundamentar la respuesta	2	6,45%
Afirman que no, pero no pueden justificar su respuesta	1	3,23%

2.- Considera que en el Ecuador se aplica adecuadamente los instrumentos internacionales, que protegen el principio del interés superior del niño.



SI: 55%

NO: 45%

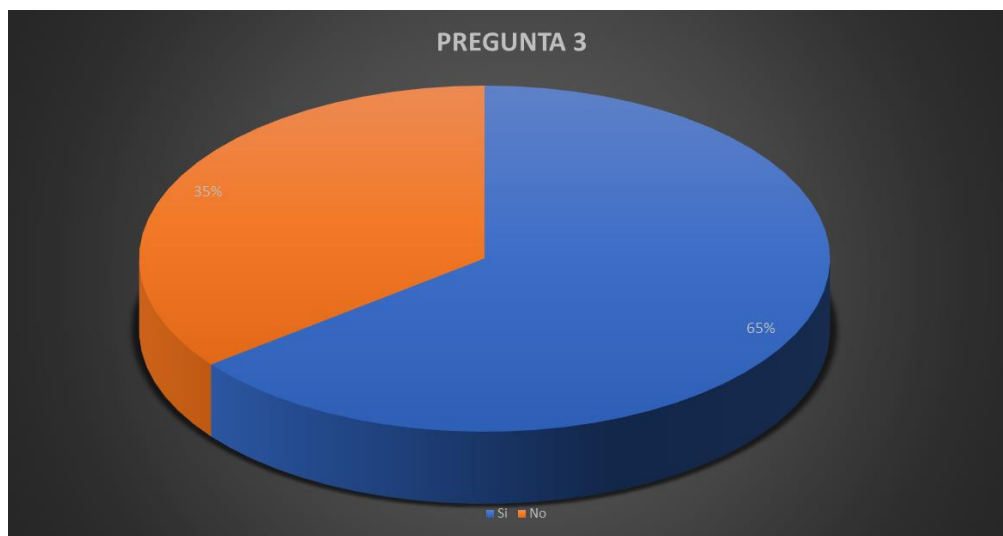


Afirman que sí, además de fundamentar la respuesta	13	45%
Afirman que sí, pero no pueden justificar su respuesta	4	13%
Afirman que no, además de fundamentar la respuesta	8	26%
Afirman que no, pero no pueden justificar su respuesta	6	19%

TOTAL DE ENCUESTADOS

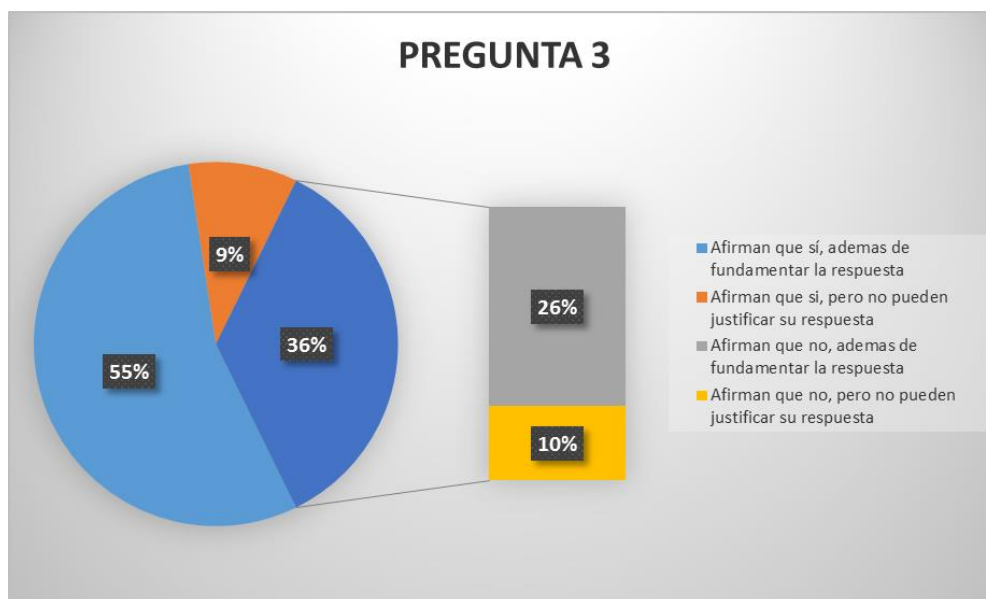
31

3.- Considera que, en el Ecuador durante todo el juicio de divorcio, cuando se trata de Tenencia, Régimen de visitas y alimentos, ¿se garantiza el principio del interés superior del niño?



SI 65%

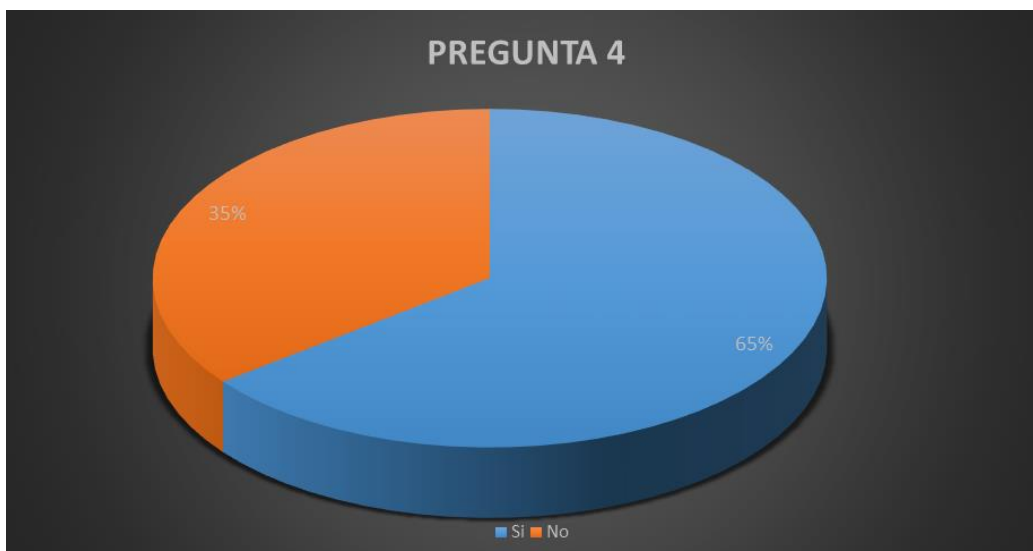
NO 35%



Afirman que sí, además de fundamentar la respuesta	17	55%
Afirman que sí, pero no pueden justificar su respuesta	3	9%
Afirman que no, además de fundamentar la respuesta	8	26%
Afirman que no, pero no pueden justificar su respuesta	3	10%

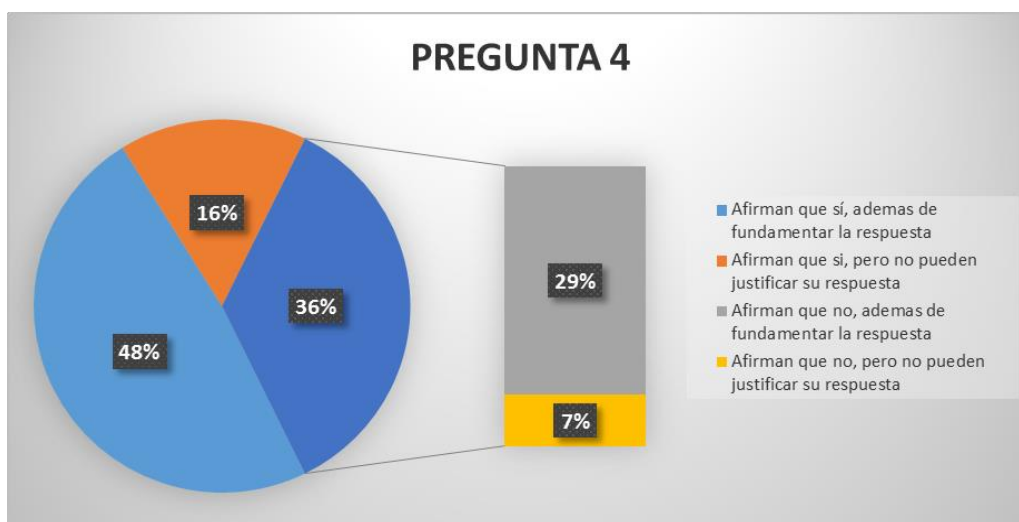
TOTAL DE ENCUESTADOS 31

- 4.- ¿Considera usted que el Código de la Niñez y Adolescencia regula adecuadamente la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio?



**SI 65%**

**NO 35%**



Afirman que sí, además de fundamentar la respuesta 17 48%

Afirman que sí, pero no pueden justificar su respuesta 3 16%

Afirman que no, además de fundamentar la respuesta 8 29%

Afirman que no, pero no pueden justificar su respuesta 3 7%

**TOTAL DE ENCUESTADOS 31**

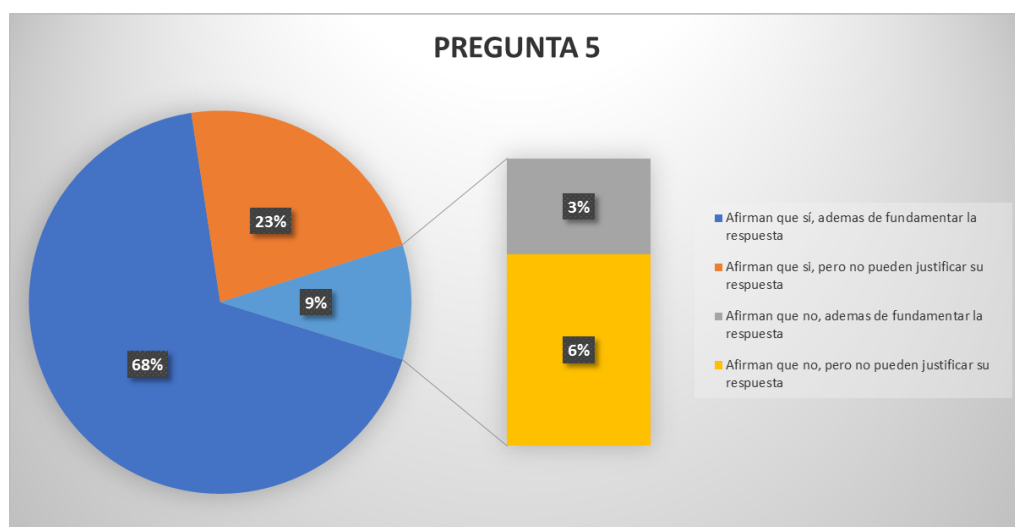


- 5 ¿Considera usted que el Código de la Niñez y Adolescencia deben crearse regulaciones de protección, para asegurar efectivamente la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio?



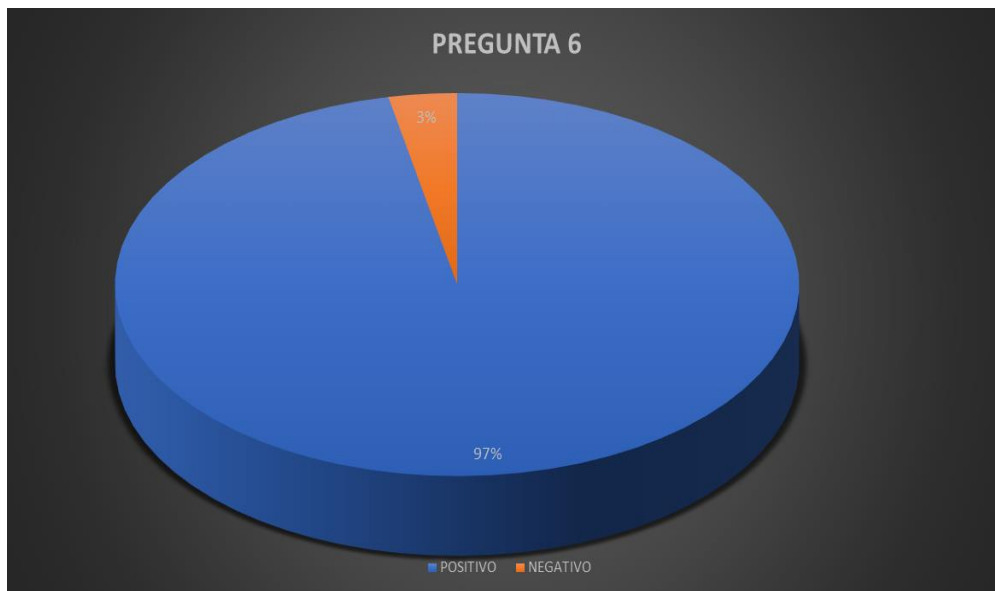
SI 90%

NO 10%



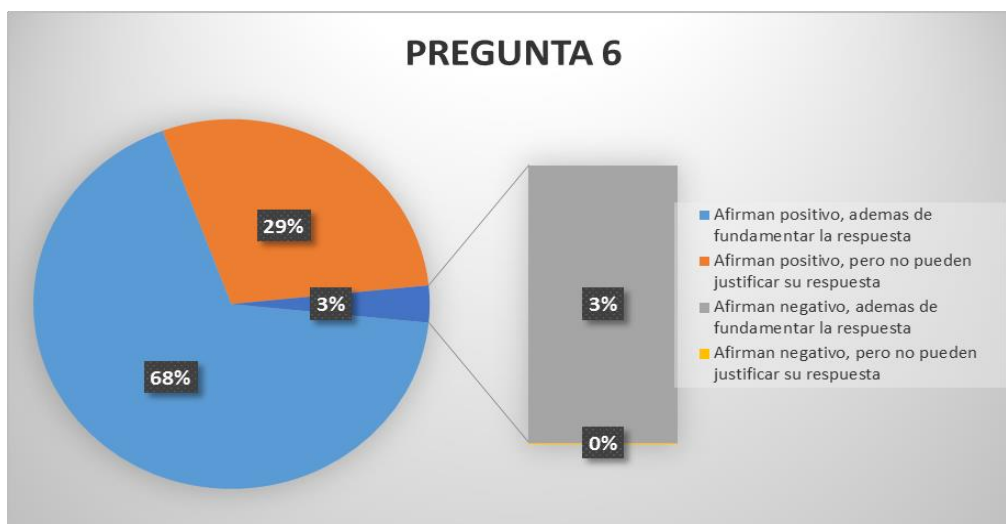
Afirman que sí, además de fundamentar la respuesta	21	68%
Afirman que sí, pero no pueden justificar su respuesta	7	23%
Afirman que no, además de fundamentar la respuesta	1	3%
Afirman que no, pero no pueden justificar su respuesta	2	6%
TOTAL DE ENCUESTADOS	31	

6. ¿Considera usted que el Código de la Niñez y Adolescencia como un mecanismo adecuado para aplicar el derecho de la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio debe establecerse una evaluación psicológica a los progenitores?



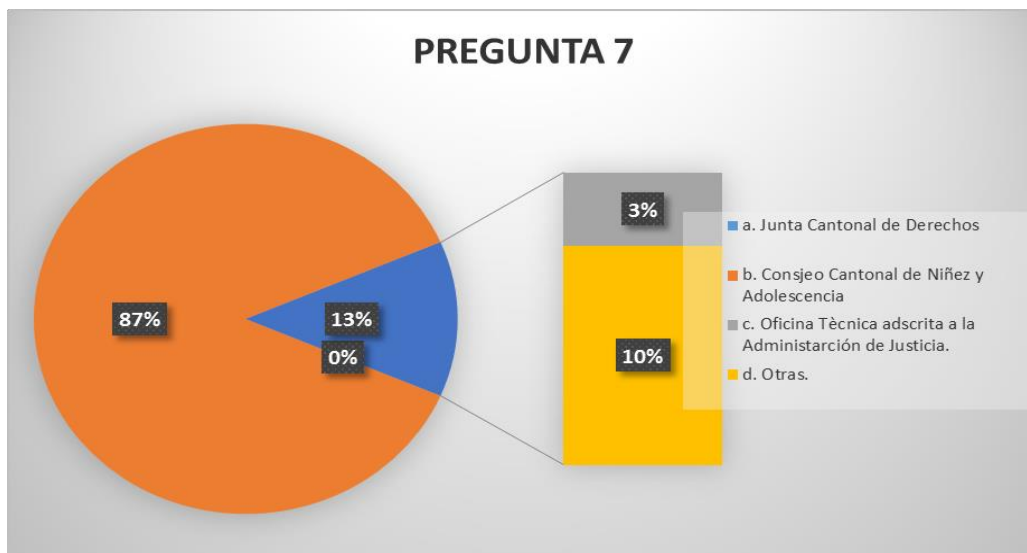
SI 97%

NO 3%



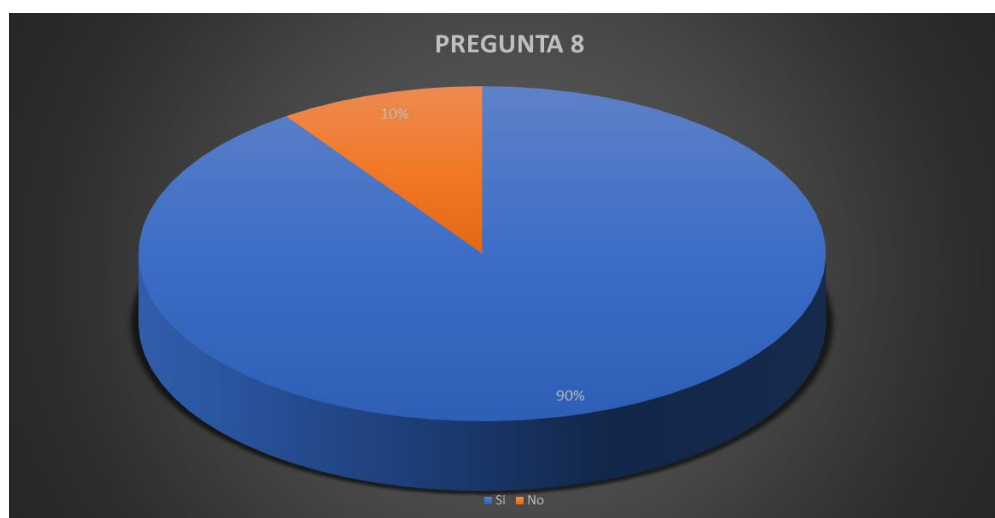
Afirman positivo, además de fundamentar la respuesta	21	68%
Afirman positivo, pero no pueden justificar su respuesta	9	29%
Afirman negativo, además de fundamentar la respuesta	1	3%
Afirman negativo, pero no pueden justificar su respuesta	0	0%
<b>TOTAL DE ENCUESTADOS</b>	<b>31</b>	

7. **¿Considera usted que debe producirse una reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia que determine que un organismo técnico sea el encargado de aplicar una evaluación?**

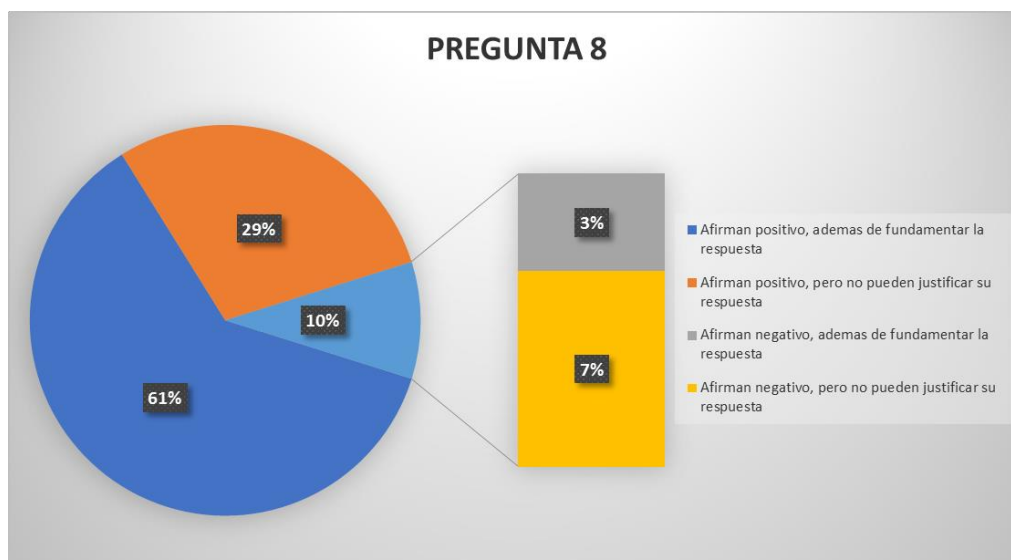


a. Junta Cantonal de Derechos	0	0%
b. Consejo Cantonal de Niñez y Adolescencia	27	87%
c. Oficina Técnica adscrita a la Administración de Justicia.	1	3%
d. Otras.	3	10%

8. **¿Considera usted que debe producirse una reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia que determine que un organismo técnico sea el encargado de aplicar una evaluación?**



SI	90%
NO	10%



Afirman positivo, además de fundamentar la respuesta	19	61%
Afirman positivo, pero no pueden justificar su respuesta	9	29%
Afirman negativo, además de fundamentar la respuesta	1	3%
Afirman negativo, pero no pueden justificar su respuesta	2	7%

TOTAL DE ENCUESTADOS      31

---

## 6.2. Entrevista

Debe destacarse que se aplicó 10 entrevistas a profesionales del Derecho, todos ellos vinculados a la Docencia Universitaria, los cuales ostentan una experiencia no menor de 20 años en el libre ejercicio profesional y un mínimo de un década en la Academia, se realizó de la siguiente manera:

### **ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO**

Debe destacarse que se aplicó 10 entrevistas a profesionales del Derecho, todos ellos vinculados a la Docencia Universitaria, los cuales ostentan una experiencia no menor de 20 años en el libre ejercicio profesional y un mínimo de un década en la Academia, se realizó de la siguiente manera:

## **ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO**

El propósito de la presente es recabar información para la Tesis denominada: **“ESTABLECER UNA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA ADECUADA, PREVIA A DICTAMINAR LA TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO.”**, a través de un diálogo franco que pueda expresar los criterios del entrevistado.

Los resultados obtenidos de las preguntas de las entrevistas son interpretados de la siguiente manera:

- 1. Considera usted, que la Constitución del Ecuador garantiza el cumplimiento del principio interés superior del niño.**

Análisis: Los entrevistados coinciden que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano garantiza todos los derechos del interés superior del niño, entre los cuales se destacan la integridad física y psíquica (los cuales se construirán en los pilares fundamentales para su desarrollo), por ende existe una manifiesta garantía de principios de acuerdo a lo establecido en los artículos 44, 45 y 46 del Texto Constitucional.

- 2. Cree usted adecuado el tratamiento que el Código de la Niñez y Adolescencia otorga a la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio.**

Análisis: Los entrevistados analizan y concuerdan en que es necesario que se otorgue la tenencia de los niños menores de doce años en los juicios de divorcio en mutuo acuerdo,

sin embargo es necesario realizar un control y seguimiento para el otorgamiento definitivo de la patria potestad del menor de acuerdo a lo señalado por el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118, el cual está en plena concordancia con las reglas establecidas en el artículo 106 del referido cuerpo legal.

Por lo antes expuesto, se busca complementar lo preceptuado en el artículo 108 del Código Civil que determina las reglas para el otorgamiento de la tenencia, lo cual sucede en juicios de divorcio.

**3. Considera usted que el Código de la Niñez y Adolescencia establece las regulaciones necesarias para asegurar el seguimiento y evaluación en los procesos de tenencia de niños, niñas y adolescentes.**

Análisis: En la actualidad, sí existe la presencia de un buen seguimiento, el cual se da a través del Departamento Técnico, lo cual es posible gracias al trabajo social realizado por diversas personas que laboran para las diversas unidades de justicia, lo cual también requiere de informes periciales que pueden ayudar a determinar las expectativas de las partes intervinientes en el proceso.

Por ende, se busca que estas personas puedan estar capacitadas para ayudar al desarrollo integral del niño sujeto de la tenencia, lo cual es posible gracias a un seguimiento institucional que persigue poder determinar la estabilidad emocional así como las correctas y adecuadas condiciones socioeconómicas.

**4. Estima necesario alguna reforma legal en el Código de la Niñez y Adolescencia a fin de poder garantizar de menor manera la práctica de la tenencia de menores en los juicios de divorcio**

Análisis: Es necesario una reforma integral, dedicada al fortalecimiento mismo de la Familia, desde la visión del Buen Vivir, la cual busque integrar a los padres de los menores como sujetos activos de su desarrollo, por tanto, se torna imperioso una reforma que permita definir el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores de edad, la cual garantice el desarrollo integral del niño de acuerdo a la visión constitucional, así como al cumplimiento universal del interés superior del niño como precepto de derecho.

## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1. Verificación de los objetivos.**

Los objetivos formulados se cumplen a cabalidad, se ha demostrado en la presente investigación que deben darse cambios en el Derecho de Familia Ecuatoriano, debe establecerse una evaluación psicológica previa dictaminación de la tenencia de los menores de edad en el juicio de divorcio, esto se justifica por lo determinado en el artículo 44 de la Constitución que expresa el principio del interés superior del niño, por el cual sus derechos prevalecerán sobre las demás personas.

La evaluación psicológica no sólo ayudara a determinar la tenencia, garantizará un manifiesto derecho a un desarrollo integral, garantizará los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, por tanto, se aprecia que los objetivos específicos se han cumplido, en la presente investigación se analizó que el tratamiento actual dado por el Código de la Niñez y Adolescencia a la tenencia resulta insuficiente, debido a que la separación de los progenitores, crea un vacío emocional, psicológico, afectivo, económico y de salud, que afecta su proyecto de vida.

Finalmente, en el trabajo se apreció que el Código de la Niñez y Adolescencia dentro de la dictaminación de la tenencia de los menores de edad en el juicio de divorcio, requiere de un respectivo seguimiento del proceso del niño niña por el cual en el resultado de la evaluación va a ser negativos por las secuelas psicológicas que se producen la momento mismo de la ruptura de la convivencia de sus padres.

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

La hipótesis indicada en el Proyecto se ha cumplido porque en la investigación se ha demostrado que los niños, niñas y adolescentes son un grupo protegido y privilegiado por



la Constitución, por ende, en un proceso judicial se encuentran en estado de vulnerabilidad por el cual se requiere aplicar procedimiento efectivo para desde la visión constitucional poder precautelar el bienestar, integridad, crecimiento, desarrollo y evolución con el pasar del tiempo en el suceso de una eventual separación de sus padres.

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

El artículo 44 de la Constitución Ecuatoriana expresa que los niños y niñas tendrán derecho al desarrollo integral, el cual debe ser entendido como un proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones en un correcto y adecuado entorno familiar, lo cual supone el cumplimiento del principio del interés superior del niño, ya que todos los menores deben gozar de un desarrollo integral.

Por ende, el Código de la Niñez y Adolescencia debe generar regulaciones para el seguimiento y evaluación de la tenencia, la propuesta busca analizar estas tipificaciones, en virtud de que los niños y niñas así como los adolescentes son la prioridad en todos los ámbitos de la vida.

La Constitución busca garantizar que el divorcio se lleve a cabo dentro de un proceso de respeto e integridad emocional para el infante, buscando no crear vulnerabilidad mientras dure la Litis, por tanto, la reforma permitirá que la evaluación psicológica otorgue al juez el no tener un libre albedrío total sobre la decisión de con quien se quedará el niño, la decisión será motivada porque habrán elementos que permitan valor en forma adecuada los niveles de calidad de vida del menor.

La Constitución<sup>198</sup> del Ecuador determina en el artículo 44 que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y

---

<sup>198</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, lo cual supone que el vínculo familiar supone un grupo de especial y prioritaria atención, para lo cual se garantizará la normativa consagrada en el texto constitucional, así como la que se suscribe con diversos Estados que encaminan grandes esfuerzos para proteger los derechos y garantías a través de los preceptos constitucionales, Tratados y Convenios Internacionales que coadyuven en el fortalecimiento de estos derechos.

La Constitución<sup>199</sup> en su artículo 44 expresa que las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones en un entorno familiar adecuada, El Estado Ecuatoriano de acuerdo al texto<sup>200</sup> señala en su artículo 1 que el mismo es de derechos y justicia, social, lo cual supone que se enfatiza en la protección de los Derechos del niño, niña o adolescente, así como la normativa que rige el ordenamiento interno, se hace así como las normas que rigen los procesos judiciales por Tenencia, régimen de visitas o patria potestad.

A lo antes indicado, sostiene Montecé<sup>201</sup> que el Ecuador requiere un cambio de paradigma respecto a la institución misma de la familia, luego del cumplimiento de la Constitución<sup>202</sup>, se requiere aplicar en el ordenamiento interno el principio universal del interés superior del niño, el derecho internacional sobre los derechos del niño generó un nuevo modelo para los Estados partes, que es el deber de garantizar la protección de los derechos subjetivos de los niños, niñas y adolescentes, y con mayor énfasis en la actualidad.

---

<sup>199</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

<sup>200</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

<sup>201</sup> Montecé, Alejandro, (2019), *Aplicación del principio de interés superior del niño. Caso de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas*, Quito, Editorial UASB.

<sup>202</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

Sostiene el referido autor<sup>203</sup> que el incorporar el indicado principio en la esfera del Derecho de Familia en el Ecuador, significa el cumplimiento de lo preceptuado en la esfera de la supremacía constitucional, además de generar un adecuado espacio de reconocimiento legal y social que permita integrar los derechos de las niñas, niños y adolescentes dejando de ser objeto de la tutela de los adultos para convertirse en sujetos de derechos, es decir, el niño es portador de una percepción autónoma de sus necesidades, pensamientos, conciencia, religión etc., para manifestarse con otros sujetos.

El Derecho de Familia por su naturaleza misma pertenece a la esfera de lo público, protege a la sociedad en sí misma, razón por la cual le conlleva el cumplimiento universal de la norma y garantía de protección al Interés Superior, lo cual según estudios modernos en esta disciplina de las ciencias jurídicas significa llevar una a autonomía progresiva de los derechos de la infancia, la doctrina expresa que es el referido principio puede verse afectado durante una controversia judicial, sostiene Delgado<sup>204</sup> que es necesario precautelar la integridad de las niñas, niños y adolescentes, lo cual obliga a garantizar su desarrollo.

El artículo 44 de la Constitución<sup>205</sup> expresa que la familia merece atención prioritaria porque ella es la que dictamina la existencia adecuada para niñas, niños y adolescentes de un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad, en este espacio se buscará la satisfacción plena de sus diversas necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

---

<sup>203</sup> Montecé, Alejandro, (2019), *Aplicación del principio de interés superior del niño. Caso de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas*, Quito, Editorial UASB.

<sup>204</sup> Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, Guayaquil, Editorial UCSG, p.11.

<sup>205</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

El texto constitucional para Montecé<sup>206</sup> determina que el interés superior del niño no sólo es un principio universal, el mismo en virtud de los convenios y tratados intencionales, toma el carácter de supranacional, pues su incumplimiento de acuerdo a al ordenamiento jurídico puede llegar a denunciarse en cortes internacionales, siendo el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, institución de la cual el Ecuador es un país miembro, y suscriptor de la actividad legal que se generó.

La supremacía constitucional<sup>207</sup> determina que el Ecuador tiene como orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: *La Constitución; los tratados y convenios internacionales*, esto presupone de acuerdo al artículo 425 que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, en tanto que la disposición del Art. 426 determina que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución, por tanto, las juezas y jueces, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, por lo tanto, el escenario antes descrito garantiza formalmente el interés superior del niño.

El artículo 426 establece que el interés superior del niño será de cumplimiento obligatorio y vinculante en el ordenamiento jurídico, este será un principio garantista, que mantiene que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos, por ende, este derecho consagrados en la Constitución<sup>208</sup> y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación tal cual lo dispone la norma.

La Opinión Consultiva número OC-17, 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el principio de interés superior del

---

<sup>206</sup> Montecé, Alejandro, (2019), *Aplicación del principio de interés superior del niño. Caso de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas*, Quito, Editorial UASB.

<sup>207</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

<sup>208</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

niño, es el eje regulador del Derecho de Familia, así como de la normativa de los derechos del niño y se fundamenta en la dignidad de todo ser humano, lo cual evidentemente deberá tenerse presente mientras dura un proceso judicial de separación de los padres, lo cual significa garantizar las diversas características propias de niños y niñas y en la entera necesidad de propiciar el desarrollo de los mismos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

El Código de la Niñez y Adolescencia<sup>209</sup> aún no contempla que en los casos de Tenencia, el Principio del Interés Superior puede verse afectado durante el desarrollo de estos procesos, siendo un factor fundamental ejecutar medidas preventivas que garanticen el bienestar del niño. Esto se puede observar en los diferentes casos de separaciones en los cuales los hijos forman una razón primordial en la disputa mediante procesos judiciales por Tenencia, siendo en muchos casos susceptible de vulneración el Interés Superior del Niño.

El Código de la Niñez y Adolescencia<sup>210</sup> es el llamado a determinar la protección integral que brinda el Estado, la sociedad y la familia, a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que residen en el Ecuador, en este sentido el artículo 1 expresa que se promoverán todas las acciones o mecanismos adecuados para lograr su desarrollo integral y pleno disfrute de sus derechos, teniendo como base la libertad, dignidad y equidad, esto supone evidentemente dar garantías y protecciones para el cuidado de los menores durante los diversos procesos judiciales en la que niñas, niños y adolescentes pudiesen llegar a estar involucrados.

Sostiene Baeza<sup>211</sup> que el cumplimiento del interés superior del niño debe ser aplicado durante los procesos judiciales, siendo este visto como “*el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar*”, por tanto, en el proceso de divorcio de

---

<sup>209</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>210</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>211</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

los padres el juzgador de instancia está llamado a buscar lo que es mejor para el niño y no lo que quieren los padres, incluso no es suficiente de sí y de por sí la opinión del menor, el criterio determinante a aplicarse por parte del juez es el que llega a fundamentarse en lo determinado en los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes

Lo antes indicado, supone el cumplimiento de la jerarquía constitucional<sup>212</sup>, recordándose que los tratados internacionales suscritos por el Ecuador tendrán mayor importancia siempre y cuando estos sean de mayor avance, progreso y justiciables en materia de derechos humanos por tanto, el principio de interés superior del niño tendrá carácter supraconstitucional, lo cual supone que la Familia de acuerdo a los artículos 44 y 45 como institución en el Ecuador es la llamada al goce y derecho pleno del ejercicio de los derechos, deberes, responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y como hacerlos efectivos, para poder garantizarlos y protegerlos, atendiendo el principio del interés superior de la niñez y adolescencia y la protección integral.

Expresa Montecé<sup>213</sup> que el Derecho de Familia en Ecuador debe estar dirigido a realizar acciones y políticas públicas destinadas a llevar a la práctica el principio interés superior del niño, en el Código de la Niñez y Adolescencia no se cumple con aquello pues esta ley presenta grandes vacíos e incompatibilidades, pues existen artículos que determinan en forma expresa el cuidado, manutención y protección de los hijos como una tarea plenamente matriarcal, lo cual dificulta plenamente que los menores de edad puedan llegar a desarrollar un vínculo afectivo con sus padres, lo cual además significa la práctica de una visión sexista y sectaria que no permite el desarrollo del género y la visión holística (integral) del ser humano la cual está consagrada en el Texto Constitucional.

El otorgamiento de la tenencia y la patria potestad a una persona por su sólo género, aún cuando esta expresamente determinado en el Código de la Niñez y Adolescencia

---

<sup>212</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

<sup>213</sup> Montecé, Alejandro, (2019), *Aplicación del principio de interés superior del niño. Caso de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas*, Quito, Editorial UASB, p.10.

significa una expresa vulneración al principio universal del interés superior del niño, el artículo 11 de la referida ley señala que el interés superior es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone un esfuerzo conjunto a todas las instituciones y autoridades administrativas, judiciales públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Con una visión moderna sostiene Delgado<sup>214</sup> que el artículo 21 del Código de la Niñez y Adolescencia determina que esta norma otorga a las niñas, niños y adolescentes el derecho a conocer a sus progenitores, a ser cuidados y mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con los mismos, lo cual supone una expectativa básica para el desarrollo integral del ser humano en cualquier edad, mas aún de un grupo especial y prioritario como lo son ellos.

La referida autora<sup>215</sup> sostiene que cuando los progenitores llegan a encontrarse separados por cualquier circunstancia, la cual fuese voluntaria o involuntaria a sus intereses, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías, se produce el escenario para que el juzgador considere que el Interés Superior del Niño se orienta a procurar un equilibrio entre los progenitores que tenga como objetivo el mejor bienestar de los hijos y en la forma que garantice la protección integral de estos niños.

Lo antes descrito, obliga a reformar en el Código de la Niñez y Adolescencia<sup>216</sup> así como en el Código Civil<sup>217</sup> la visión del otorgamiento de la paternidad, esto en virtud de que su actual visión es una vulneración a lo preceptuado en la Constitución<sup>218</sup>, lo cual también constituye en un incumplimiento formal y material de la legislación internacional

---

<sup>214</sup> Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, Guayaquil, Editorial UCSG, p.11.

<sup>215</sup> Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, Guayaquil, Editorial UCSG, p.11.

<sup>216</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>217</sup> Código Civil, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>218</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 448, lunes 20 de octubre de 2008.

de la cual el Ecuador en país suscriptor, de manera especial en la Corte Americana de los Derechos del Niño, violando expresamente los artículos 4, 5 y 7, de este instrumento normativo, el cual les otorga a los infantes la calidad particular de vulnerables a la violencia.

La tenencia o la patria potestad deben ser otorgadas expresamente a la persona que cumpla con el mejor perfil para la competencia del cuidado y protección de los menores, lo cual implica garantizar el proyecto de vida de los niños, niñas y adolescentes, mientras dure un proceso judicial, así como evitar rompimientos y distanciamientos afectivos con los padres a causa de un juicio de divorcio.

Una reforma al artículo 307 del Código Civil<sup>219</sup> y al artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia<sup>220</sup> debidamente analizados en la presente tesis en cuanto al otorgamiento de la patria potestad significa ratificar el paradigma del actual modelo neoconstitucional, garantizar calidad de vida a niños, niñas y adolescentes, dar la opción a los progenitores que se encuentren en condiciones formales de asumir estas competencias la oportunidad del cuidado, protección y desarrollo de sus hijos

Finalmente, la reforma permitirá además del escenario normativo antes descrito, el poder lograr cambios en cuanto al desarrollo de mejores medidas en cuanto a la protección y aseguramiento de los derechos de este grupo prioritario, por todo lo antes expuesto, esto significa también el poder evitar y terminar con la posibilidad de su vulneración por actos considerados violentos o que impliquen la afectación de su integridad de cualquier manera o forma.

---

<sup>219</sup> Código Civil, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>220</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.



## 8. CONCLUSIONES

Primero.- La familia como institución social ha sufrido cambios debido al avance mismo del Derecho, en la actualidad el modelo neo constitucional obliga a un debate sobre los alcances y efectos que tiene los modelos de paternidad y maternidad, así como de sus derechos y deberes para con sus hijos.

Segundo.- Históricamente, la concepción clásica de Familia en la Legislación Ecuatoriana equivocadamente ha visto a la tenencia y a la patria potestad en igualdad de condiciones, incluso como un efecto secundario de un proceso judicial, la actual Constitución rompe el esquema antes descrito, siendo un error, porque le otorga el carácter de pilar fundamental del Derecho Social.

Tercero.- Equivocadamente la tenencia de los hijos menores de edad ha sido vista como un efecto del juicio de divorcio, lo cual es un efecto de la tradición legalista y formalista anterior a la actual Constitución, mas no ha sido comprendido como un espacio desde el ámbito socio jurídico destinado por la ley para el fortalecimiento y protección de la familia, siendo una institución primigenia de nuestro ordenamiento legal, base del desarrollo del Estado

Cuarto.- En virtud de las encuestas obtenidas se aprecia que existe un marcado desconocimiento del marco normativo que regula el Derecho de Familia en el Ecuador, lo cual se evidencia en la inadecuada aplicación del principio universal del interés superior del niño, de manera especial el relacionado con el otorgamiento de la tenencia y patria potestad, lo cual no está permitiendo se aplique adecuadamente los principios constitucionales que consagran a la Familia como el eje fundamental de la sociedad.

Quinto.- El presente trabajo evidencia un desconocimiento del juez de familia respecto a la aplicación del principio del interés superior del niño, así como también un manifiesto incumplimiento en la aplicación del mismo por determinados operadores del Derecho.

Sexto.- La tenencia en el derecho de familia a la luz del actual Código de la Niñez y Adolescencia, así como de la normativa conexas, evidencia que es una institución que protege a las niñas, niños y adolescentes, la cual determina las condiciones idóneas para su cuidado y protección por parte de los padres, lo cual evidencia la necesidad de una evaluación psicológica previa a su otorgamiento, la cual deberá desarrollarse durante el término probatorio del respectivo juicio.

Séptimo.- La evaluación psicológica a los padres que llegasen a desear tener la tenencia y/o patria potestad de los menores de edad dentro de un juicio de divorcio, a fin de poder garantizar el cumplimiento del principio universal del interés superior del niño mientras dure la Litis, deberá ser fijada su fecha con 7 días de anticipación a la Audiencia de la Prueba, para dicho efecto el juez escogerá un Psicólogo con perfil en Familia, el cual será previamente calificado y avalado por el Consejo de la Judicatura, lo cual permitirá el cumplimiento de los preceptos de inmediación, concentración, oralidad y economía procesal consagrados en la Constitución.

## 9. RECOMENDACIONES

Primero.- El otorgamiento de la tenencia obliga a que el juzgador al momento de dictar justicia considere que la Constitución garantiza el intereses superior del niño, por ende, el juzgador debe tener presente que su decisión afectará al Estado y a la familia, así como su correcta decisión garantizará el ejercicio pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Segundo.- Para poder comprender en forma cabal a la tenencia de menores dentro de los procesos judiciales, es imperioso revisar otras experiencias que se originan en el Derecho Comparado, en la cual se establecen principios, reglas y derechos que asemejan una tendencia a la tradición jurídica que vive el sistema judicial ecuatoriano.

Tercero.- El Juez a través del Código de la Niñez y Adolescencia es el llamado a realizar el seguimiento y evaluación del cuidado de los menores, con lo cual el juzgador debe recordar que está llamado a garantizar el ejercicio pleno de sus derechos conforme lo estipula la ley.

Cuarto.- Es necesario redefinir el Código de la Niñez y Adolescencia, desde una visión holística, en el cual se privilegie el desarrollo integral de los menores de edad, con lo cual se pueda establecer nuevos criterios dentro de los diversos procesos judiciales que por su naturaleza son controvertidos como es el caso del juicio de divorcio.

Quinto.- En los juicios de divorcio se requiere una reforma respecto a la evaluación psicológica de ambos progenitores, así también como de los niños para garantizar las condiciones adecuadas para su desarrollo integral.

Sexto.- La evaluación psicológica dentro del juicio de divorcio permitirá que la tenencia y/o la patria potestad sean otorgadas en debida forma, lo cual permitirá fortalecer la convivencia en la familia, así como guardar la armonía que debe caracterizar a sus diversos miembros

## **10. PROPUESTA JURÍDICA.**

### **10.1. Proyecto de reformas al Código Civil.**

#### **PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 307 DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Que el artículo 44 de la Constitución, expresa que 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;

Que el artículo 44 de la Constitución, señala en forma expresa que las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad;

Que el artículo 45 de la Constitución, determina que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción;

Que el artículo 45 de la Constitución expresa que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria;

Que el artículo 307 del Código Civil expresa que en el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. El padre podrán, con todo, apartarse de esta regla por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa;

Que el artículo 106 numeral 1ro del Código de la Niñez y Adolescencia expresa que para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará como regla respetar el acuerdo de los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

Al amparo de los artículos 1, 44, 45 y 46 de la Constitución de la República del Ecuador expídase lo siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LOS ARTÍCULO 307 DEL CÓDIGO CIVIL Y  
ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

**CODIGO CIVIL**

**Artículo 1.- El artículo 307 del Código Civil señala:**

“En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa”.

**Deberá decir:**

“En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres que hubiese demostrado manifiesta idoneidad durante

la evaluación psicológica durante el juicio de divorcio. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa”.

## **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

### **Artículo 2.- Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia señala:**

“Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

“4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;”

### **Deberá decir:**

Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

“4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá al que hubiese demostrado manifiesta idoneidad durante la evaluación psicológica durante el juicio de divorcio., siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;”

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Benjamín, *La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida*, Derecho y Sociedad, Lima, 2019.
- Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989*. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
- Badaraco, Violeta, *La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad?*, Revista multidisciplinaria de investigación, agosto de 2018.
- Baqueiro Rojas, E y Buenrostro, R (2001), *Derecho de Familia y Sucesiones*. Colección de textos jurídicos universitarios. Segunda edición. México. Editorial Oxford.
- Barahona, Amílcar, (2016), *Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Editorial UASB.
- Barcia, Rodrigo, *La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres*, Revista Ius et Praxis, Año 24, N° 2, 2018.
- Cabanellas, Guillermo, (2008), *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo III, Buenos Aires, Editorial Heliasta.
- Cabrera, José, (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito, Editora Jurídica,
- Carenelutti, Francesco, *Metodología del Derecho*, Buenos Aires, Dykinson, 2018.
- Código Civil, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil (Chile), Decreto con Fuerza de Ley 1, publicación: 30-05-2000, promulgación: 16-05-2000.

Código Civil (Colombia), Modificada por la Ley 1116 de 2006, publicada en el Diario *Oficial* No. 46494, de 27 de diciembre de 2006.

Código de la Niñez y Adolescencia, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código de Procedimiento Civil (Colombia), Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970, actualizado al 22 de noviembre de 2019.

Código Orgánico General de Procesos, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Comité de los Derechos del Niño Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

Constitución de la República Del Ecuador, (2019), Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional número 114 del jueves 4 de julio de 1991

Constitución Política de la República de Chile, Santiago, 17 de septiembre de 2005.

Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigencia desde el 18 de julio de 1978. 25 Estados Parte. Ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

Cook, Rebeca y Cusack, Simone, Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales. University of Pennsylvania Press, 2009.



- Coronado, Eduardo, (2013), *El divorcio por falta de armonía en la vida conyugal: prueba psicológica fundamental*, Ambato, Editorial Uniandes.
- Correa, Jefferson (2018), *La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador*, Guayaquil, Editorial UG.
- De la Válgoma, María (2013): *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Barcelona, Editorial Ariel
- Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948). Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Delgado, Roxana, (2019), *La vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en los procesos judiciales por Tenencia*, Guayaquil, Editorial UCSG.
- De Plaza, Héctor, (1980), *Lógica Jurídica*, Bogotá, Editorial Temis.
- Delgado, Gregorio, (2010): *La custodia de los hijos, La guarda compartida: opinión preferente*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters.
- Durán, Augusto, (2013) *Código de Familia*, Quito, derechoecuador.com
- Ferreira De la Rúa, A. (2002). Aspectos procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas. *Revista de Derecho Procesal II*.
- García, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F, 2010.
- García, José, *Diversos tipos de Familia reconocidos en la Constitución*, Quito, derechoecuador.com
- García, Luis, (2011), *Elementos de Lógica para el Derecho*, Bogotá, Editorial Temis.
- Guerrero, Francisco, *Curso de Filosofía – Historia de la Filosofía – Lógica Moral*, Santiago, Editorial Nascimento, 2003.
- Ley 19585, publicada el 26-10-1998, promulgada el 13-10-1998. Ministerio de Justicia, Modifica el Código Civil y Otros Cuerpos Legales en Materia de filiación.

Ley 29269, Ley que modifica los art. 81° y 84° del código de niños y adolescentes incorporando la Tenencia Compartida, promulgada el 16 de octubre del 2008.

Montaño, Sonia y Calderón, Coral (2010), *El cuidado en acción: entre el derecho y el trabajo*, Santiago, CEPAL y Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer.

Montecé, Alejandro, (2019), *Aplicación del principio de interés superior del niño. Caso de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas*, Quito, Editorial UASB.

Pérez, Javier, (2013), *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, Bogotá, Editorial Temis

Polakiewicz, Marta, (1998), “El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres”, en: *Los derechos del niño en la familia, Discurso y realidad*. (Buenos Aires, Editorial Universidad),

Quintana, María, *Legislación y Jurisprudencia sobre el Cuidado Personal del niño y la Relación Directa y Regular con él*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2009).

Ramos, Héctor, (2014), *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*, Quito, Editorial Universidad Central del Ecuador.

Rivera, Karen, (2016), *La Tenencia del menor de edad a padres de diferentes países entre Ecuador y Europa*, Quito, Editorial Universidad Central del Ecuador.

Rodríguez Pinto, Sara, (2014): “*Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la ley N° 20.680 de 2013*”, en: *Revista de Derecho de familia*, (vol. I).

Villacrés, Fernando, (2019), *Indeterminación del Concepto de Adulterio para su Acreditación como Causal de Divorcio*, Babahoyo, Editorial Uniandes

Yuqui, Jenny, (2018), “La opinión de las niñas, niños y adolescentes en las resoluciones de tenencia y patria potestad, Riobamba, Editorial Universidad del Chimborazo, 2018.

Zaidám, Salim, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Zannoni, Eduardo (1998), *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo II.



5. ¿Considera usted qué en el Código de la Niñez y Adolescencia deben crearse nuevos mecanismos de control para regular efectivamente la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio?

Si ( )

No ( )

6. ¿Considera usted qué el Código de la Niñez y Adolescencia como un mecanismo adecuado para aplicar el derecho de la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio debe establecer una evaluación psicológica a los progenitores?

Positivo ( )

Negativo ( )

7. ¿Considera usted los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia serían los mecanismos adecuados para aplicar la evaluación psicológica a los progenitores como un mecanismo adecuado para aplicar el derecho de la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio?

Positivo ( )

Negativo ( )

8. ¿Considera usted que debe producirse una reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia que determine que los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia sean los organismos encargados de aplicar una evaluación psicológica a los progenitores como un mecanismo adecuado para aplicar el derecho de la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio con el efecto de vinculante? Justifique su respuesta

Positivo ( )

Negativo ( )

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

## **BANCO DE PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO**

### **ENTREVISTA**

1. Considera usted, que la Constitución del Ecuador garantiza el cumplimiento del principio interés superior del niño.
2. Cree usted adecuado el tratamiento que el Código de la Niñez y Adolescencia otorga la tenencia de los menores de edad durante el juicio de divorcio.
3. Considera usted que el Código de la Niñez y Adolescencia establece las regulaciones necesarias para asegurar el seguimiento y evaluación en los procesos de tenencia de niños, niñas y adolescentes.
4. Estima necesario alguna reforma legal en el Código de la Niñez y Adolescencia a fin de poder garantizar de menor manera la práctica de la tenencia de menores en los juicios de divorcio.

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**

---

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

**FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.**

**CARRERA DE DERECHO.**

**TITULO:**

**"ESTABLECER UNA EVALUACIÓN PSICOLOGICA ADECUADA, PREVIA A DICTAMINAR LA TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO".**

Proyecto de Tesis previa a la obtención del Título de Abogado.

**AUTOR:**

Bayron Adrián Espinosa Bravo

LOJA-ECUADOR

2019

## **1. TITULO.-**

**“ESTABLECER UNA EVALUACIÓN PSICOLOGICA ADECUADA, PREVIA A DICTAMINAR LA TENENCIA DE LOS MENORES DE EDAD DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO”.**

## **2. PROBLEMÁTICA.-**

La familia constituye el núcleo de la sociedad, todas las personas nos desarrollamos dentro de un entorno de afecto, y vínculo sanguíneo formados por abuelos, padres, hijos, nietos, etc., y es tan necesario el buen ejemplo y buen trato que recibamos de nuestros ascendientes, para en el futuro poder desarrollarnos como buenas personas ante el mundo, cada enseñanza, consejo, experiencia que se reciba de la familia nos forja una personalidad y un carácter que será nuestra guía y nos acompañara en cada acción que se realice durante nuestra vida.

Sin embargo cuando llega el momento de deficiencias en la familia, separaciones de hogar, en el ámbito judicial se producen divorcios y lo que primero que se establece en los procesos legales cuando existe un menor de edad de por medio, es la tenencia del mismo, para en efecto, fijar pensión de alimentos y régimen de visitas al padre de familia que no se le encargo la tenencia, pero se suscita un vacío legal en ese momento, porque el Juzgador hace efectiva la tenencia, como por costumbre, a la madre de familia del menor, ¿Quién es el padre más apto para la tenencia del menor? Existen padres que son capaces psicológica, moral y económicamente para la tenencia de su hijo, y que sin embargo se le fija la tenencia a la madre desamorada que se desentiende de su hijo, porque también existen madres que no son óptimas para el cuidado de un niño, no hay mayor maltrato psicológico que destruir los sentimientos de un menor, la formación de los niños se altera



profundamente, haciendo que los menores crezcan con deficiencias morales y psicológicas, los mismos que a futuro aplicaran comportamientos que no deberían ser parte de la formación íntegra de su vida, es decir, las consecuencias negativas a futuro, por no fijarse una adecuada tenencia por parte del juzgador, serán para los menores de edad.

Considerando este punto de vista, y como una estrategia de frenar el maltrato psicológico de hijos menores de edad, que proviene de una inadecuada distribución de la tenencia, elaboro el siguiente proyecto de investigación, para que mediante un estudio de varios antecedentes y análisis, sentar un camino a una distinta modalidad de asignar un garante de los derechos de los menores de forma responsable, es decir se establezca un psico- análisis necesario e infalible antes de fijar la tenencia de un menor, aplicado a los padres que buscan criar de su hijo al divorciarse, y dé al juez orientación segura de cuál es el padre más apto, psicológica, emocional, y económicamente para el cuidado de sus hijos.

### **3. JUSTIFICACION.-**

La tenencia de los menores de edad dentro de un juicio de divorcio que se establece para los padres de familia, se encuentra dentro del Derecho Civil, Derecho de Familia y constituye una Rama del Derecho Social, cumpliendo de tal manera con el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que lo designa de pertinente a este estudio investigativo, para optar el grado de Licenciado en Jurisprudencia, que me habilitará para obtener el Título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la Republica.

Es muy necesario investigar esta problemática y poder aportar una estrategia Jurídico-Social posible, de tal forma que los padres de familia y menores que se beneficien de una tenencia muy bien fijada por el juzgador, tengan mayor satisfacción por la aplicación de justicia, y puedan gozar de sus derechos de forma efectiva.

La cifra de divorcios aumentó considerablemente en 119,1% entre 2005 y 2015, en el país, es decir pasó de 11.725 a 25.692 y la mayoría de estas separaciones, deja de por medio menores de edad, son cifras preocupantes cuando es interés primordial de la Legislación Ecuatoriana la situación emocional y psicológica de los niños.

El presente proyecto es importante, porque buscará aportar a la Legislación actual una mejor solución o estrategia que al administrador de justicia le servirá de valoración a sus criterios, para dictaminar una adecuada tenencia de menores, para así garantizar sus derechos, sin que el fallo posible a dictaminar no conlleve consecuencias negativas, ni afecte en ningún sentido los sentimientos ni lo psicológico de los miembros de la familia.

#### **4. OBJETIVOS.-**

##### **4.1. Objetivo general.-**

Realizar un estudio conceptual, jurídico y doctrinario sobre la fijación de la tenencia de los menores de edad durante un juicio de divorcio, y la aplicación de un Psicoanálisis valorativo que aporte al proceso de tenencia para la solución de conflictos.

##### **4.2. Objetivos específicos.-**

1. Establecer las razones por la que se promueve plantear una psico-evaluación previa a la tenencia de los menores en un juicio de divorcio.
2. Demostrar que es factible acceder a una psicoevaluación previa, para poder solucionar conflictos de familia, enfocados en un proceso pacífico, generando satisfacción en los acuerdos conseguidos para las partes.
3. Formular una propuesta adicional de reforma al Código Orgánico General de Procesos, Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, en los cuales se tipifique una

psico-evaluacion a los padres de familia de un menor, en la vía judicial, previa al fallo del juzgador en materia transigible de la tenencia de menores.

## **5. HIPOTESIS.-**

Existe un inadecuado dictamen de tenencia de los menores, por lo general, en el proceso de juicio de divorcio, lo cual contradice velar por la integridad psicológica de los menores, que es amparada por la Constitución de la República y el Código de la Niñez y la Adolescencia, siendo necesario aplicar como medio alternativo para la solución de conflictos una infalible psicoevaluación a los cónyuges, para determinar eficacia paternal.

## **6. MARCO TEÓRICO.-**

### **6.1. Marco Conceptual**

#### **6.1.1. Concepto de Familia**

La familia es un grupo social, organizado como un sistema abierto, constituido por un número variable de miembros, que en la mayoría de los casos conviven en un mismo lugar, vinculados por lazos ya sean consanguíneos, legales y/o de afinidad.

Es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan. Naturalmente pasa por el nacimiento, luego crecimiento, multiplicación, decadencia y trascendencia. A este proceso se le denomina ciclo vital de vida familiar.

Es un núcleo compuesto por personas unidas por parentesco o relaciones de afecto. Cada sociedad va a tener un tipo de organización familiar pero algo muy importante es que en la familia las personas que conforman ese grupo van a tener relaciones de parentesco y

afectivas. Además en este grupo familiar se transmiten los valores de la sociedad en la que se vive y por lo tanto es reproductora del sistema social hegemónico de una época y sociedad determinada.

En la sociedad occidental la familia ha venido cambiando en función de los cambios sociales y hoy en día tiene diversas formas, a diferencia de la versión de familia clásica que se desarrolló a lo largo del siglo XIX y XX. Los cambios en el mundo del trabajo y la mercantilización de la vida cotidiana así como los cambios legales y sociales en torno a la diversidad sexual han modificado y diversificado el concepto de familia en cuanto a sus formas.

En suma, sí se puede definir a la familia como un grupo social que está unido por relaciones de parentesco, tanto por vía sanguínea como por relaciones afectivas. Estos grupos familiares van a reproducir formas, valores sociales y culturales que están instalados en una sociedad.

Además en este grupo familiar se transmiten los valores de la sociedad en la que se vive. Por lo tanto, la familia **es reproductora del sistema social hegemónico** de una época y sociedad determinada.

Tiene además una finalidad: generar nuevos individuos a la sociedad.

### **6.1.2 Concepto de Menores de edad**

Un menor de edad es, legalmente, un individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella. En muchos países occidentales, la mayoría de edad se alcanza a los 18 o 21 años. Un menor de edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene todavía plena capacidad de obrar. La ley específica de cada lugar será la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de ser menor de edad.

La minoría de edad y, por extensión, la ausencia de plena capacidad de obrar, suponen una serie de límites a los derechos y responsabilidades de la persona. Se establecen límites sobre actuaciones que se considera que el menor no tiene capacidad suficiente para hacer por su cuenta, y se exime de responsabilidad de actos que se entiende que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

Jurídicamente los menores son aquellos seres humanos que aún no han alcanzado la mayoría de edad que varía en los diversos países entre los 18 y los 21 años. Están sometidos al régimen de la patria potestad (están bajo la autoridad de sus padres, que deben mantenerlos protegerlos y educarlos) y si carecieran de padres por haber estos fallecido o hubieran perdido ese derecho por causas legales, se les nombra un tutor, para encargarse de sus personas y bienes.

### **6.1.3 Concepto de Tenencia de Menores**

La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor.

Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. En la tenencia uno de los padres puede ceder este derecho según lo establecido por ley.

Cuando una pareja con hijos se separa, los niños pasan a vivir con uno de los progenitores, el establecimiento de con quien vivirá este menor lo decide el juez, y se le denomina tenencia.

## **6.2 MARCO JURÍDICO**

### **6.2.1 Constitución de la República del Ecuador**

#### **Niñas, niños y adolescentes**

La Constitución de la República del Ecuador afirma que “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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”<sup>221</sup>, por tanto entendemos que la Constitución es la encargada de atribuir a l Estado y la sociedad, la garantía y motivación integral y personal de cada niño ecuatoriano, como pilar fundamental de su desarrollo a futuro, y exteriorización de sus potenciales.

### **6.2.2 Código de la Niñez y la Adolescencia**

El Código de la Niñez y la Adolescencia nos advierte que, “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106”<sup>222</sup>. Es decir el juzgador para

---

<sup>221</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, Art.44, Pag.34

<sup>222</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Art.118

poder emitir un fallo se referirá a el Art.106 que trata de patria potestad así: “ Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija; A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija”.<sup>223</sup>.

## **6.3 MARCO DOCTRINARIO**

### **6.3.1 Antecedentes históricos sobre los derechos de la niñez y adolescencia en la legislación ecuatoriana.**

Antiguamente en nuestra legislación ecuatoriana los niños, niñas y adolescentes, no tenían una legislación propia, sino un derecho a nivel social, ya que no existía ninguna diferencia entre los derechos de los niños y los derechos de los adultos, es decir, todo menor era tratado con los mismos derechos que tenía un adulto. Pero es en la Constitución del 26 de marzo de 1929, en la cual el Estado ecuatoriano garantiza al menor el derecho de una familia y las condiciones adecuadas para su debido desarrollo, haciendo una diferenciación y extendiendo derechos derivados entre adultos hacia los niños, niñas y adolescentes para su debida protección y cuidado. Es así que en cada nueva constitución que va creando el Estado ecuatoriano, cada vez va adoptando más normativa sobre derechos y principios para los niños, niñas y adolescentes, debido a los diferentes, tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador como 20 las Declaraciones de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás protocolos y acuerdos internacionales. Ecuador no solo desarrolla los derechos de los niños en su constitución, sino que también separó una

---

<sup>223</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Art.106

legislación de otra para obtener una propia norma jurídica que se dedique a desarrollar todos los derechos y deberes que garantiza el Estado ecuatoriano hacia los niños, niñas y adolescentes, haciéndolos prevalecer sobre cualquier otro derecho. En 1938 se crea el primer Código de Menores, siendo el principio de un conjunto de normas por la cual empieza a desarrollarse una normativa para establecer la protección de los niños, niñas y adolescentes, el Estado deja atrás el reconocimiento hacia los niños como objetos de protección, otorgando en este código una identidad como sujetos de derecho, garantizando el derecho a la salud, educación, a un crecimiento adecuado, a la familia y su cuidado, añadiendo además la creación tribunales de menores como entes reguladores. Éste Código con el tiempo tuvo varias reformas, las cuales dieron origen a varios principios entre los más importantes se encuentra el principio del interés superior del niño, es decir, los organismos o autoridades judiciales competentes deben dar como prioridad o preferencia este interés superior del menor ante todo problema que se pueda generar. Igualmente con las reformas se establece nuevas instituciones que se encargan de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes como es la Corte de Menores, incluso instituciones civiles como la adopción de los niños, la alimentación, incluso medidas de protección para situaciones en que el menor se encuentre en riesgo y finalmente se detalla 21 todos los organismos que tendrían la potestad de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Con el tiempo nuestra legislación ecuatoriana da grandes pasos en su normativa para regular a nuestra sociedad, por la cual nace el 03 de enero del 2003, el Código de la Niñez y la Adolescencia, este código empieza a añadir varios avances importantes para el reconocimiento normativo de derechos para los niños, niñas y adolescentes, tomando como base las suscripciones y ratificaciones que ha hecho el Estado ecuatoriano con los diferentes instrumentos internacionales. Además de ser garantista de derechos, éste código presenta varias innovaciones abarcando todos los aspectos de los



derechos de los niños, manteniendo un compromiso a nivel internacional, por lo cual el Estado se compromete a apoyar y a asistir a los niños, niñas y adolescentes, manteniendo de igual manera un principio esencial que es el interés superior del niño, es decir, que se establecerá lo más beneficioso para el menor.

## **7. METODOLOGÍA.-**

**7.1 Método Inductivo:** El método inductivo consiste en llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática, permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

**7.2 Método Deductivo:** Consiste en llegar desde un precepto general a un precepto particular; por lo cual me servirá para concluir los puntos más sobresalientes del desarrollo del presente trabajo investigativo.

**7.3 Método Comparativo,** realizaré el estudio de legislaciones de otros países, con la finalidad de obtener conocimientos e información que permita hacer efectiva la investigación y la Propuesta de mi proyecto.

## 8. CRONOGRAMA

TIEMPO/ACTIVIDAD	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo
Definición del Problema objeto de Estudio	X				
Elaboración del Proyecto		X			
Presentación y Aprobación del Proyecto		X			
Recopilación de la Información bibliográfica		X	X		
Investigación de Campo			X		
Análisis de la Información			X		
Revisión de Informe final, revisión y corrección				X	
Presentación y sustentación del Informe Final de tesis				X	X

## 9. PRESUPUESTO.-

La presente investigación se financiará exclusivamente con recursos propios del estudiante.

DETALLE	Costo en Dolares
Material de escritorio	\$100,00
Material bibliográfico	\$200,00
Fotocopias	\$50,00
Reproducción y empastado de tesis	\$100,00
Derechos y aranceles	\$50,00
Internet	\$10,00
Movilización	\$30,00
<b>TOTAL</b>	<b>\$540,00</b>

## 10. BIBLIOGRAFIA.-

CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014.

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Quito- Ecuador 2014

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014

LARREA HOLGUIN, Juan, “Derecho Civil Ecuatoriano II” y “Derecho Matrimonial” Editorial, Conejo, Quito- Ecuador, 2005.

PARREGUEZ RUIZ, LUIS, “Manual de Derecho Civil Ecuatoriano”, Volumen II, segunda edición, Cuenca- Ecuador 1996, pág.261.

### 13. ÍNDICE

CERTIFICACIÓN.....	ii
DECLARACION DE AUTORÍA .....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	iv
DEDICATORIA.....	vi
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN .....	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL .....	9
4.1.1. La familia .....	9
4.1.2. Evolución de la familia en la historia.....	11
4.1.3. Etimología y Definición .....	12
4.1.4. Fundamento de la familia.....	14
4.1.5. Funciones de la familia .....	16
4.1.6. El divorcio .....	16
4.1.7. La Tenencia.....	18
4.1.8. Procedencia para demandar tenencia. ....	24
4.1.9. Evaluación Psicológica. ....	26
4.2. MARCO JURÍDICO.....	27
4.2.1 Constitución del Ecuador .....	27
4.2.2 Tratados e instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador.....	30
4.2.3 Código Orgánico General de Procesos.....	35

Procedimiento para la obtención de la tenencia.....	35
4.2.4 Código de la niñez y la adolescencia .....	38
4.2.5 Código Civil.....	44
4.4 DERECHO COMPARADO .....	57
4.1.1. Legislación Chilena respecto a la tenencia de menores. ....	58
4.1.2. Legislación Colombiana respecto a la tenencia de menores. ....	64
4.1.3. Legislación Jurisprudencia Peruana respecto a la tenencia de menores .....	67
5. MATERIALES Y MÉTODOS .....	69
5.1. Métodos .....	69
5.2. Procedimientos y Técnicas .....	73
6. RESULTADOS .....	75
6.1. Encuesta .....	75
6.2. Entrevista .....	83
7. DISCUSIÓN .....	87
7.1. Verificación de los objetivos. ....	87
7.2. Contrastación de la Hipótesis .....	87
7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta.....	88
8. CONCLUSIONES .....	96
9. RECOMENDACIONES.....	98
10. PROPUESTA JURÍDICA. ....	99
10.1. Proyecto de reformas al Código Civil.....	99
11. BIBLIOGRAFÍA .....	102
12. ANEXOS .....	107
13. INDICE.....	124