



unl

Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja

Facultad Jurídica, Social y Administrativa

Carrera de Derecho

Estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio de interés superior del niño, niña y adolescente.

**Trabajo de Integración Curricular
previo a la obtención del título de
Abogado.**

AUTOR:

Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

DIRECTOR:

Dr. Fernando Filemon Soto Soto. Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2022

Loja, 24 de octubre de 2022

Dr. Fernando Filemon Soto Soto. Mg. Sc.

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

CERTIFICO:

Que he revisado y orientado todo proceso de la elaboración del Trabajo de Integración Curricular denominado: **Estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio de interés superior del niño, niña y adolescente**, previo a la obtención del título de **Abogado**, de la autoría del estudiante **Marlon Humberto Quizhpe Abrigo**, con **cédula de identidad Nro.1106022260**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.

Dr. Fernando



Firmado electrónicamente por:
FERNANDO
SOTO SOTO Mg. Sc.
SOTO

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Autoría

Yo, **Marlon Humberto Quizhpe Abrigo**, declaro ser autor del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación del Trabajo de Integración Curricular en el Repositorio Digital Institucional – Biblioteca Virtual.

Firma:

Cédula De Ciudadanía Nro.: 1106022260.

Fecha: 7 de diciembre de 2022

Correo electrónico: marlon.quizhpe@unl.edu.ec

Celular: 0981789634

Carta de autorización por parte del autor, para consulta, reproducción parcial o total y/o publicación electrónica del texto completo, del Trabajo de Integración Curricular.

Yo, **Marlon Humberto Quizhpe Abrigo**, declaro ser autor del Trabajo de Integración Curricular denominado: **Estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio de interés superior del niño, niña y adolescente**, como requisito para optar el título de **Abogado**, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los siete días del mes de diciembre del dos mil veintidós

Firma.....

Autor: Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

Cédula de ciudadanía Nro.: 1106022260.

Dirección: Av. 8 de diciembre y Pedro Pacheco. Loja-Ecuador.

Correo electrónico: marlon.quizhpe@unl.edu.ec/quizhpemarlon20@gmail.com

Teléfono Celular: 0981789634

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director del Trabajo de Integración Curricular: Dr. Fernando Filemon Soto Soto, Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Fransil Alcivar Castillo Prado PhD.

Vocal: Dr. Jefferson Vicente Armijos Gallardo, Mg. Sc.

Vocal: Dr. James Augusto Chacón Guamo Mg. Sc.

Dedicatoria

Al culminar el presente trabajo quiero dedicarlo en primer lugar a Dios, por ser parte fundamental en mi vida y sabiduría.

A mis padres, María Magdalena Abrigo Pullaguari y Angel Jorge Quizhpe Becerra, que son el pilar fundamental en mi vida, por su esfuerzo, sacrificio, por su confianza, amor, esperanza que me han brindado. A mis hermanas; Elsa Verónica Quizhpe Abrigo, Maritza Lorena Quizhpe Abrigo y Deisy Mayrovi Quizhpe Abrigo, así como a mis hermanos; Wilson Daniel Quizhpe Abrigo, Iván Ramiro Quizhpe Abrigo, Edinsón Leonardo Quizhpe Abrigo por el apoyo, confianza incondicional.

Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

Agradecimiento

A la Universidad Nacional de Loja, por la acogida dentro de sus aulas, a la Facultad Jurídica, Social y Administrativa, a la prestigiosa carrera de Derecho, a sus Autoridades y Docentes por haber impartido sus conocimientos durante toda la formación académica.

De manera especial un agradecimiento al Dr. Fernando Filemon Soto Soto Mg. Sc., por su dirección, tiempo y profesionalismo brindados durante el proceso de realización del presente trabajo de investigación.

Así mismo agradezco a todos los profesionales que me colaboraron con sus criterios y conocimientos para la culminación de esta investigación.

Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

Índice de Contenidos

Portada	i
Certificación	ii
Autoría	iii
Carta de autorización	iv
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Índice de Contenidos	vii
▪ Índice de tablas	
▪ Índice de figuras	
▪ Índice de anexos	
1. Título	1
2. Resumen	2
2.1. Abstract	3
3. Introducción	4
4. Marco Teórico	6
4.1. Familia.....	6
4.2. Relaciones familiares.....	7
4.3. Funciones de la familia.....	8
4.4. La familia desde el punto de vista jurídico.....	9
4.5. Derechos y deberes de los padres.....	10
4.6. Derechos y deberes de los hijos.....	12
4.7. Teoría de los sistemas ecológicos de la familia.....	14
4.8. La teoría familiar sistémica.....	15
4.9. La teoría del conflicto.....	17
4.10. Tipos de familia.....	18
4.11. Derecho de familia.....	21
4.12. Sujetos del derecho de familia.....	22
4.13. Contenido del derecho de familia.....	22
4.14. Matrimonio.....	24
4.15. Divorcio.....	25
4.16. Impactos y consecuencias del divorcio.....	26

4.17.	Separacion de los padres.	28
4.18.	Progenitores.....	28
4.19.	Niños, niñas y adolescentes.....	29
4.20.	Desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes	30
4.21.	Patria potestad	32
4.22.	Tenencia	33
4.23.	Tipos de tenencia	35
4.23.1.	Tenencia exclusiva	35
4.23.2.	Tenencia compartida	37
4.23.3.	Ventajas y desventajas de la tenencia compartida	41
4.23.4.	La tenencia compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del interés superior del niño, niña y adolescente.	44
4.24.	Evaluación del caso concreto de los niños, niñas y adolescentes para el encargo de la tenencia.....	46
4.25.	Derecho a ser escuchado y opinión de los niños, niñas y adolescentes.	48
4.26.	Derecho a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones de los niños, niñas y adolescentes.....	49
4.27.	Principio de interés superior del niño.....	50
4.28.	Principio de igualdad.....	55
4.29.	Principio de corresponsabilidad parental	57
4.30.	Constitución de la República del Ecuador	59
4.31.	Convención Americana sobre Derechos Humanos	63
4.32.	Convención sobre los derechos del niño	64
4.33.	Comité de los derechos del niño. Observación general N.º. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.	66
4.34.	Código de la Niñez y Adolescencia	68
4.35.	Código Orgánico General de Procesos.....	72
4.35.	Derecho Comparado	74
4.35.1.	Código Civil Español	74
4.35.2.	Código de las Familias y del Proceso Familiar. Ley 603.Bolivia	75
4.35.3.	Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina	76
4.35.4.	Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia. Ley Núm. 223. Puerto Rico	78

5. Metodología	79
5.1. Métodos	79
5.2. Técnicas	81
6. Resultados	82
6.1. Resultados de la Encuesta	82
6.2. Resultados de la entrevista	92
6.3. Estudio de casos	103
6.4. Análisis de datos estadísticos	110
7. Discusión	112
7.1. Verificación de los objetivos	112
7.1.1. Objetivo general	112
7.1.2. Objetivos Específicos	113
8. Conclusiones	116
9. Recomendaciones	117
10. Bibliografía	119
11. Anexos	124
11.1. Cuestionario de Encuestas y Entrevistas	124
11.2. Designación de director del Trabajo de Integración Curricular	127
11.3. Certificación traducción del abstract	128

Índice de Tablas:

Tabla 1. Cuadro estadístico No.1	82
Tabla 2. Cuadro estadístico No.2	85
Tabla 3. Cuadro estadístico No.3	87
Tabla 4. Cuadro estadístico No.4	89
Tabla 5. Cuadro estadístico No.5	91

Índice de figuras:

Figura 1. Representación gráfica No.1.....	83
Figura 2. Representación gráfica No.2.....	85
Figura 3. Representación gráfica No.3.....	87
Figura 4. Representación gráfica No.4.....	89
Figura 5. Representación gráfica No.5.....	91

Índice de Anexos:

Anexo 1. Cuestionario de encuestas y entrevistas	124
Anexo 2.Designación de director del Trabajo de Integración Curricular.....	127
Anexo 3. Certificación traducción del abstract.....	128

1. Título

Estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio de interés superior del niño, niña y adolescente.

2. Resumen

El presente Trabajo de Integración Curricular denominado: **Estudio, jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio de interés superior del niño, niña y adolescente**”, se encamina al estudio sobre la falta de normativa legal en el Código de la Niñez y Adolescencia sobre la institución de la tenencia compartida, para precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su interés superior, puesto que la tenencia exclusiva no es suficiente para la garantía, protección y ejercicio de los derechos de los menores, así mismo no permite ejercitar adecuadamente la corresponsabilidad parental y el derecho a la igualdad que tiene los padres en cuanto a los derechos, deberes y obligaciones luego de la separación o divorcio.

Mediante el estudio realizado se constata que la figura de tenencia compartida es un mecanismo que permite proteger y ejercitar el principio de interés superior del niño que son el elemento fundamental que tiene el estado, de la misma manera permite llevar a cabo adecuadamente la corresponsabilidad parental, donde tanto padre como madre son responsables en el cuidado, protección de sus hijos permitiendo así la convivencia normal y la conexión entre padres e hijos. No obstante, siempre que previo a aplicarla se debe analizar y evaluar el caso concreto de la situación del menor y poder determinar si es beneficio para los niños, niñas y adolescentes y no afecte sus derechos, es decir en los escenarios donde tanto padre como madre estén en condiciones de ejercer la tenencia compartida y puedan cumplir sus deberes como padres y de este modo se proteja al niño.

Para el desarrollo de este trabajo se establecieron distintos parámetros de investigación como son conceptuales, doctrinarios y jurídicos. El tipo de investigación fue bibliográfica y se requirió de los siguientes métodos: científico, inductivo, deductivo, analítico, exegético, hermenéutico, mayéutica, comparativo, estadístico y sintético. Como técnicas se utilizaron las encuestas y entrevistas lo cual permitió obtener criterios de profesionales y especialistas de la materia, para constatar el problema y sugerir la solución de incorporar la figura de tenencia compartida en nuestra legislación ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia.

2.1. Abstract

The following research work entitled: **Legal, doctrinary and comparative study of shared tenure in the legislation of children and adolescents and the vulneration of the principle of the best interest of the child and adolescent**, is addressed to the study of the lack of legal regulations in the code of children and adolescents on the institution of shared tenancy. Because exclusive custody cannot guarantee, protect and exercise the rights of children and adolescents and their best interests, and because it does not allow for the adequate exercise of parental co-responsibility and the right to equality that parents have in terms of their rights, duties and obligations after separation or divorce.

Based on the study conducted, the concept of shared custody is regarded as a method of protecting and exercising the principle of the child's best interests, which is a fundamental element of a state. As well as allowing parental co-responsibility to be carried out effectively, where both parents are responsible for the care and protection of their children, it also enables parents and children to maintain a normal relationship. However, before applying it, the specific case of the child's situation must be analyzed and evaluated to determine if it is beneficial for the children and does not affect their rights, that is, in scenarios where both father and mother are able to exercise joint custody and can fulfill their duties as parents and thus protect the child.

Research parameters such as conceptual, doctrinal and legal were established. Moreover, the type of research was bibliographic and the following methods were required: scientific, inductive, deductive, analytical, exegetical, hermeneutic, mayeutic, comparative, statistical and synthetic. The problem was verified through surveys and interviews, which provided the opportunity to obtain criteria from professionals and specialists, and suggested the solution of incorporating shared custody into our Ecuadorian legislation regarding children and adolescents.

3. Introducción

La tenencia compartida es una institución que permite la participación y distribución equitativamente las responsabilidades, deberes y derechos de los padres frente al cuidado, crianza, protección y formación integral de sus hijos como grupo de atención prioritaria.

Por lo antes mencionado, el presente trabajo de investigación jurídica denominado: **Estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio constitucional de interés superior del niño, niña y adolescente**, reviste de importancia porque la tenencia compartida permite que tras la separación o divorcio, los niños, niñas y adolescentes sigan conviviendo con ambos progenitores, puesto que al otorgar la tenencia exclusiva, esta limita la igualdad de derechos que tiene el padre frente a sus hijos donde se vulnera los derechos del menor y atenta contra el principio de interés superior, entonces la inclusión de la institución de la tenencia compartida permitirá el ejercicio y reconocimiento de los derechos y principios reconocidos en la constitución, fundamentalmente el principio de interés superior del niño, el de igualdad y corresponsabilidad parental.

Este trabajo relacionado a la tenencia compartida en base al principio constitucional de interés superior del menor, beneficiara fundamentalmente a las niñas, niños y adolescentes, cuando sus progenitores estén separados, y que por esta circunstancia se encuentren bajo la tenencia de un solo progenitor, estando con otro progenitor en un poco tiempo y limitando los derechos que le ha otorgado la justicia ecuatoriana; así mismo beneficiara, a los padres y madres que no tienen la oportunidad de estar más tiempo con sus hijos, y estos puedan crecer con el cuidado, educación y afecto de los mismos, logrando así armonizar de manera más efectiva el interés superior del niño como parte del grupo de atención prioritaria.

En el presente trabajo se verifica el objetivo general que consiste en: “Realizar un estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio constitucional del interés superior de la niña, niño y adolescente.”.

Así también se verificó tres objetivos específicos, los cuales consisten en: primer objetivo “Demostrar que en la legislación de la niñez y adolescencia no está legalizada la tenencia compartida con lo que se está vulnerando el principio de intereses superior de la niña, niño y adolescente.”; el segundo objetivo se refiere a “Determinar que la tenencia compartida se encuentra instituida en otras legislaciones con lo que se está precautelando los derechos de la

niña, niño y adolescente”; y el tercer objetivo específico es “Realizar sugerencias para la incorporación de una nueva forma de institución de tenencia del menor”.

El presente Trabajo de Integración Curricular se estructura por un marco teórico en el que se incluyen categorías como: Familia, Relaciones familiares, La familia desde el punto de vista jurídico, Derechos y deberes de los padres, Derechos y deberes de los hijos, Teoría de los sistemas ecológicos de la familia, La teoría familiar sistémica, La teoría del conflicto, Tipos de Familia, Derecho del derecho de familia, Sujetos del derecho de familia, Contenido del derecho de Familia, Progenitores, Niñas, niños y adolescentes, Desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, matrimonio, divorcio, Impactos y consecuencias del divorcio, Separación de los Padres, Patria Potestad, Tenencia, Tenencia exclusiva, Tenencia compartida, Ventajas y desventajas de la tenencia compartida, La tenencia compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del interés superior del niño, Evaluación de caso por caso para encargar la tenencia, Derecho del niño a ser escuchado, Derecho del niño a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, Principio de Interés Superior del niño, Principio de Igualdad, Principio de Corresponsabilidad Parental; así también se incluye una categoría de normas jurídicas del Ecuador, donde se analiza la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia; así mismo se cuenta con instrumentos internacionales ratificados por nuestro país que guardan relación a la temática estudiada, como la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos; adicionalmente en la categoría de derecho comparado se estableció semejanzas y diferencias de la legislación ecuatoriana con leyes extranjeras, en este caso Código Civil Español, Código de las Familias y del Proceso Familiar. Ley 603 de Bolivia y Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina

Con el desarrollo de lo descrito, ha sido factible poder emitir los fundamentos posibles como sugerencia o recomendaciones para dar una solución viable a la problemática desarrollada en el presente trabajo.

De esta manera queda presentado el presente trabajo de investigación jurídica que se refiere estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio constitucional de interés superior del niño, niña y adolescente, esperando que este documento sea una guía para estudiantes y profesionales del Derecho como fuente de estudio; quedando ante el tribunal de grado para su corrección y aprobación.

4. Marco Teórico

4.1.Familia

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, que como constitucionalmente se establece, requiere de protección al igual que sus integrantes; esto en atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la función social que le corresponde (Perez, 2010, p. 22).

La familia debe entenderse como la célula principal para el desarrollo y progreso de la sociedad, es decir es el medio de protección de los intereses y derechos de sus integrantes, sobre la base de que se cumpla con los fines familiares fundamentales tales como: la solidaridad, la convivencia, la subsistencia, la reproducción, los fines morales y de socialización, la protección, la relación afectiva, la educación, la unidad económica.

La familia es el núcleo social básico, en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle. De ahí su importancia y la necesidad de que exista una normatividad adecuada, que la proteja, fortalezca y garantice su permanencia e integridad (Morales, 2015, p. 34).

La familia es considerada como una institución o grupo de personas con lazos consanguíneos o no, que viven bajo un mismo techo donde comparten una vida material y afectiva, en la que se dividen las tareas y las obligaciones que permiten su subsistencia, desarrollo y calidad de vida integral.

De esta forma, la familia es la institución que mejor cumple con las funciones esenciales para el desarrollo de todo ser humano, a saber: la función biológica (sexual y reproductiva), educativa (socializa a los niños en cuanto a conductas, hábitos y valores), económicas (alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación) y la función protectora (seguridad y cuidados de sus integrantes, principalmente de los más débiles, niños ancianos e incapaces) (Torres & Puchaicela, 2019, p. 12).

Entonces la familia, además de cumplir su función social, cumple también su función en la vida humana, en ella se presencia la formación del individuo, y los niños, niñas y adolescentes son parte fundamental dentro de la familia, donde el padre y la madre son los sujetos propios que velan por su crecimiento, ya sea en el ámbito educativo, afectivo, económico, así como la protección de los mismos.

4.2.Relaciones familiares

Las relaciones de familia o en la familia se explican como el conjunto de deberes, derechos y obligaciones que existen y son exigibles, en razón de los vínculos jurídicos generados por el derecho, entre los integrantes de la familia. Dichos vínculos se generan como consecuencia o efecto del matrimonio, el parentesco. Los supuestos jurídicos sobre los que descansan las relaciones familiares y que son elementos fundamentales para el sano desarrollo integral de la familia son la consideración, la solidaridad y el respeto recíprocos entre sus miembros (Perez, 2010, p. 24).

A partir de esto se puede entender que las relaciones familiares son el vínculo que existe entre los miembros de una familia capaces de resistir un problema y crisis, donde los vínculos entre padres e hijos deben de ser buenos y así poder lograr un desarrollo adecuado en la familia. Cada pariente esta unido por lazos de sangre y logra proyectarse y desarrollarse, mismo que comienza desde la infancia y la convivencia propia, con los conocimientos aprendidos de los padres, pues ellos serán los modelos que necesitarán para fortalecer una buena relación con su familia y a cómo convivir diariamente, es por ello que la familia es un sistema de valores, normas, actitudes y comportamientos adecuados que deben de tener toda sociedad.

Las relaciones familiares están constituidas por las interacciones entre los miembros que integran el sistema; a partir de estas interacciones se establecen lazos que les permiten a los miembros de la familia permanecer unidos y luchar por alcanzar las metas propuestas. Dichas interacciones se manifiestan por medio de la comunicación, la cual permite observar los conflictos, las reglas y normas que regulan la homeostasis del sistema familiar, ya que el comportamiento de cualquier elemento del sistema lo altera en su totalidad (Amaris et al., 2004, p. 95).

La relación familiar es un proceso de interacción entre los miembros de la familia. El autor destaca la importancia de la comunicación para poder solucionar sus dificultades, es decir la fuente principal de las relaciones familiares es tener buena comunicación y apoyo dentro de la sociedad, basadas en el respeto, comprensión, amor, en la que se generen vínculos y buena conexión familiar, permitiendo vivir distintas etapas entre familia y disfrutar de cada momento, ya sean momentos alegres, tristes; así como compartir proyectos e ilusiones.

Por otra parte se entiende que “Las relaciones familiares influyen significativamente en el desarrollo físico y emocional del individuo, al ser la familia una de las principales instituciones de la sociedad” (Marín et al., 2019,p.164).La familia es la principal formadora, la

misma que brinda las instrucciones para saber comportarse y socializar en el entorno, como se puede apreciar, en las relaciones familiares el desarrollo emocional y físico de la persona es la parte fundamental, son los padres de familia principalmente quienes brindarán a sus hijos o a cada miembro de la familia el cuidado, bases primordiales en formación en valores para su buen comportamiento y desarrollo.

4.3. Funciones de la familia

La familia cumple varias funciones que hacen de ella una institución única. Las actividades y relaciones intrafamiliares, que se agrupan en funciones familiares, están encaminadas a la satisfacción de importantes necesidades de sus miembros, no como individuos aislados, sino en estrecha interdependencia.

- **La función biosocial:** está relacionada las relaciones sexuales y afectivas de la pareja, así como la procreación y crecimiento y cuidado de los hijos, la estabilidad familiar y en la formación emocional de los hijos y su identificación con la familia.
- **La función económica:** comprende las actividades y condiciones que posibilitan la reposición de la fuerza de sus miembros para realizar el trabajo y otras labores, el presupuesto económico de la familia; las tareas domésticas como: garantizar el abastecimiento, producción de bienes y servicios, la satisfacción de necesidades materiales individuales, los cuidados y la salud de los integrantes.
- **La función espiritual-cultural:** implica el aprendizaje de la cultura milenaria de la sociedad, que posibilita la formación como ser humano, la satisfacción de las necesidades culturales de los integrantes, el desarrollo cultural, estético, la recreación y la educación de determinadas condiciones espirituales del sujeto.
- **La función educativa:** se desarrolla de forma permanente y está relacionada con la formación y desarrollo psíquico del niño desde el mismo momento del nacimiento y durante toda la vida, en las situaciones donde se le inculca y desarrollan sentimientos, se le enseña a hablar, a comunicarse, a caminar, se le forman y desarrollan los procesos cognoscitivos, hábitos, habilidades, convicciones, autovaloración, intereses en genera, se educa el carácter y la personalidad
- **La función protectora:** Las familias son el espacio fundamental donde se brindan los cuidados y la protección necesarios a sus integrantes. (Martín & Tamayo, 2013, p. 64).

No es posible comprender de forma sistémica a la familia si se analizan sus funciones por separado. Las funciones tienen que condicionarse entre sí; la familia no es viable sin cierta armonía entre ellas; una disfunción altera el sistema. Las funciones de la familia son el ámbito de la vida familiar, directamente relacionado con la satisfacción de las necesidades específicas de sus miembros. Los miembros de la familia interactúan en función de su propia organización familiar para la atención de las necesidades básicas, económicas y sociales de sus integrantes. Asimismo, la familia es el primer espacio de transmisión de normas y valores que contribuye a la formación de las identidades de sus integrantes.

Para Torres & Puchaicela (2019) las funciones de la familia son las siguientes:

- Satisfacer las necesidades culturales, biológicas y psicológicas de los hijos;
- Procurar el bienestar de sus miembros;
- Servir como mediadora entre otras estructuras sociales;
- Formar ciudadanos útiles a la sociedad;
- Conservar sus tradiciones, honor y buen nombre; y,
- Incorporar a las nuevas generaciones en la cultura, en los valores y en las normas de la sociedad.
- Constituir el lugar de la privacidad humana (p. 17).

Básicamente la familia, es nuestro primer contacto con la sociedad se constituye como el grupo primario encargado de la socialización inicial de los individuos, y donde la misma debe velar por la formación plena del humano, encargándose de brindar cuidado, afecto y protección para el logro y desarrollo de facultades en todos sus miembros. Además de su función biológica y socializadora, la familia es la responsable de cuidar y criar a sus integrantes, pues está obligada a satisfacer las necesidades básicas de protección, compañía, alimento y cuidado de la salud de sus miembros. En ese contexto la familia debe de cumplir con funciones básicas para su óptima realización.

4.4.La familia desde el punto de vista jurídico

La familia puede ser definida desde el punto de vista jurídico, en un sentido estricto, como: el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones (Perez, 2010, p. 23).

Desde la perspectiva jurídica la familia es la unión socialmente aprobada por los vínculos de filiación, alianza y consanguinidad, de un hombre, una mujer y sus hijos, es decir, la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo e incluye dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad.

La familia desde la perspectiva técnico jurídica, es la que señala que la familia es un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco, (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye un efecto jurídico (Fueyo, 1990, p. 17).

En el matrimonio y la filiación se encuentra la fuente de los vínculos familiares. El matrimonio crea la condición de cónyuges y la filiación origina la calidad de parientes, por tanto, la familia es el conjunto de personas que se hallan unidas por los vínculos jurídicos que derivan del matrimonio y de la filiación.

La familia se integra por el cónyuge, los ascendientes y descendientes, sean legítimos o naturales, los hijos y los padres adoptantes, los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y los afines hasta el segundo (Monroy, 2012, p. 23).

Desde esta perspectiva se resalta la necesidad de que exista un vínculo sea de parentesco o afinidad para que un colectivo sea entendido como familia, entendiéndose por lo tanto que ante la inexistencia de tales vínculos aunque exista un elemento de convivencia que genera obligaciones y derechos, este grupo no se entendería como familia.

Por otra parte, la familia “es el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los perteneciente a la familia entre sí y respecto de terceros” (López, 2005, p. 15).

A partir del concepto antes citado se entiende que la regulación de relaciones personales serían intrínsecas de la persona cuyo fin es la satisfacción y alcance de derechos personales, las relaciones patrimoniales que regularían el ámbito de bienes la propiedad, incluso el aspecto contractual que de modo general son derechos personales que tendrían efectos sobre sí mismo y sobre terceros.

4.5. Derechos y deberes de los padres

Los derechos de los padres son los siguientes: tener y conservar la custodia de sus hijos; tener y conservar la convivencia con éstos; representarlos; administrar sus bienes;

escoger de común acuerdo su educación; ser respetados y honrados por ellos; corregirlos y recibir alimentos, así como socorrerlos si así lo requieren (Pérez, 2000, p. 94).

A partir de lo señalado anteriormente se puede decir que corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos en donde comprende: la administración de sus bienes, y al de representación judicial y extrajudicial del hijo. Los derechos que derivan de la patria potestad se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo. Corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de sus hijos, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucran la obligación de mantenerlo o alimentarlo; y de educarlo e instruirlo, en otras palabras, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo en la medida que sirva al logro del bienestar del niño, niña o adolescente.

Los progenitores deben procurar una maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre están obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos. También tienen que inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa. El padre y la madre tienen el deber de dirigir la educación de sus hijos. Deberán inscribir inmediatamente al hijo, después de su nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan, garantizando el derecho del niño a su identidad e identificación (Sánchez, 2015, p. 29).

Ambos padres tienen obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño. Los progenitores tienen el compromiso de asegurar la participación de sus hijos e hijas en las decisiones de la vida familiar de acuerdo a su grado evolutivo y proveer a los mismos lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.

Pérez (2000) por su parte señala como deberes y obligaciones de los padres los siguientes: registrar a los hijos dándoles nombre y apellido (s); proporcionarles educación, enviándolos a instituciones de educación básica, media, técnica o especial, sean públicas o privadas; así como, en el caso de los varones, proporcionarles los alimentos, con todo lo que éstos incluyen, así como la satisfacción de todas sus necesidades, salud física y mental; guardar conducta y costumbres que representen un buen ejemplo para aquéllos, y finalmente respetar los derechos que se otorguen o las

restricciones que se hagan en las resoluciones judiciales respecto de la custodia, patria potestad y seguridad en casos de violencia intrafamiliar (p.95).

Ser padre y madre acarrea derechos y responsabilidades sobre sus hijos a fin de garantizarles su desarrollo integral tales como, una vivienda digna, manutención, vestuario y educación, que en forma proporcional se distribuyen entre la pareja para su cumplimiento, con destino a lograr un adecuado desarrollo, sostenimiento y educación de los hijos, en igualdad de condiciones, mientras dure su minoría de edad o en el evento de que exista algún impedimento que obstaculice a los menores de edad valerse por sí mismos.

En cuanto a las responsabilidades en la crianza de los hijos se consideran que son las de dar ejemplo, educar, lograr relaciones armoniosas, pasar tiempo juntos, disciplinar, amar, dar seguridad, formar, dar identidad, estar presentes, proveer lo necesario, comprender, proporcionar valores sobre los que edifiquen su vida y ofrecer una guía espiritual. Asimismo, la responsabilidad de proporcionar a sus hijos una educación integral, en donde se incluya la educación académica, sexual, moral y religiosa (Torres et al., 2008,p.87).

En este punto hay que recalcar que la tenencia de los hijos es un derecho, responsabilidad u obligación de los padres o representantes legales y un derecho de los niños, niñas y adolescentes, la cual se entiende como el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

4.6.Derechos y deberes de los hijos

Dentro de los derechos de los hijos entendemos que estos tienen derecho a recibir amor y comprensión por parte de sus padres; a vivir con ellos; a convivir con los mismos en caso de divorcio; a recibir alimentos, vestido, casa y educación; a que los registren proporcionándoles nombre y apellido (s); a ser respetados y hacerlos respetar física, psicológica y sexualmente en su hogar, y por cualquier otra persona; a no ser víctimas de violencia intrafamiliar; a recibir apoyo y un buen ejemplo de sus padres (Pèrez, 2000, p. 96).

Los derechos básicos de los niños, niñas y adolescentes son: la vida, la integridad personal, desarrollo integral, la salud, seguridad social, la alimentación equilibrada, a tener una

familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la identidad, la recreación y la libre expresión de su opinión. El niño también tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Se señala también la protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Los hijos deben respeto y obediencia al padre y a la madre. Aunque la emancipación permita al hijo obrar de una manera independiente, queda siempre obligado a cuidar de sus padres, en su ancianidad, en un estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios. Así mismo deben mantener un comportamiento responsable y afectuoso que facilite a sus progenitores el adecuado cumplimiento de sus deberes. Es su obligación colaborar en las tareas del hogar, de acuerdo a su edad y desarrollo, siempre que no interfiera con sus actividades educativas y desarrollo integral. No deben abandonar el hogar de sus progenitores, sin autorización de aquellos (Sánchez, 2015, p. 29).

A partir de aquello se puede resumir y agregar que los deberes de los hijos son: participar en la vida familiar, respetar a sus padres, hermanos y otros familiares o personas que se relacionen de forma estable con el núcleo familiar, participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad y con independencia de su género, respetarse a sí mismos, respetar a las personas con las que se relacionan, respetar al entorno en el que se desenvuelven, respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen, respetar el medio ambiente y colaborar en su conservación.

Los deberes y obligaciones de los hijos son: honrar y respetar a sus padres, tener un buen comportamiento; cumplir con el deber que tienen de estudiar y hacerse de un oficio o profesión; ayudar y socorrer a los padres cuando éstos lo requieran; colaborar, cuando les sea posible, en las tareas del hogar; proporcionarles alimentos, con todo lo que éstos implican, si es necesario y están en posibilidad de hacerlo hacia los padres; no cometer actos de violencia intrafamiliar, y permanecer en la casa de quienes ejercen la patria potestad hasta la mayoría de edad o cuando se haya emancipado por matrimonio (Pérez, 2000, p. 96).

En síntesis, los progenitores y sus hijos se deben mutuamente las consideraciones necesarias para que cada uno pueda desarrollar sus derechos propios a su condición de persona y cumplir sus responsabilidades en el seno familiar.

4.7. Teoría de los sistemas ecológicos de la familia

La orientación ecológica asume que la familia es un ecosistema que evoluciona en un tiempo y en un espacio que a su vez van cambiando, es decir como un sistema sociocultural abierto, en transformación. Es un sistema socio-cultural abierto en proceso de transformación, constituido por un conjunto de personas con vinculaciones consanguíneas, económicas, afectivas y de adopción, ligadas entre sí por reglas de comportamiento y funciones dinámicas, las que se encuentran en constante interacción y entre ellas y con el exterior (Adolfi, 2008, p. 90).

El enfoque ecológico es una teoría explicativa del desarrollo del ser humano, en la cual el individuo es considerado producto de un conjunto de interacciones entre sus miembros, y la relación con aspectos convivenciales, sociales y políticos con su entorno, es decir la perspectiva ecológica enfatiza en la relación entre las personas y sus ambientes físicos y sociales.

Tomando como referencia el modelo ecológico de Bronfenbrenner considero que no solo el individuo, sino la familia, vive inmersa en un conjunto de sistemas de influencia sociales, culturales e históricos que pueden sufrir procesos de cambio. Éstos configuran los entornos de influencias recíprocas a los que hemos hecho alusión más arriba y son:

- a) El microsistema: conjunto de relaciones directas (cara a cara) entre la persona en desarrollo o la familia y el ambiente más próximo. ej.: la familia (para uno de sus miembros), la escuela o el grupo de iguales (para uno de sus miembros).
- b) El mesosistema: configurado por las interrelaciones entre dos microsistemas. ej.: colaboración familia-escuela.
- c) El exosistema: estructuras sociales formales e informales que influyen o delimitan lo que acontece en el microsistema familiar. ej.: la familia extensa, el trabajo, las asociaciones vecinales, los servicios sociales...
- d) El macrosistema: formado por los valores culturales y/o étnicos, las creencias, las circunstancias sociales y los sucesos históricos acontecidos en la comunidad que pueden afectar a los demás sistemas (Bronfenbrenner, 1983, citado en Rodrigo, 2008, p. 49).

Podemos notar que en el microsistema encontramos a la familia como relación directa en el proceso del desarrollo humano puesto que el microsistema es concebido como el conjunto de interrelaciones que se producen en el entorno inmediato, la familia es el microsistema más importante porque configura la vida de una persona durante muchos años.

La ecología, es el estudio del hábitat, es decir del medio de vida implicando a organismos vivos y objetos que se ínter-influencian. Pero un medio de vida, es algo más que una simple colección de gente y de objetos: hay un carácter dinámico en donde cada elemento es a la vez origen y objeto de influencia por vía de reciprocidad: la gente actúa y se encuentra, los objetos se emplean. El medio está vivo; las personas están en actividad, interactúan entre ellas y utilizan los objetos; la calle, al igual que el jardín de infantes o la familia son medios vivos. Se trata de microsistemas en los que las personas tienen un rol, desarrollan actividades y tienen interacciones (Bronfenbrenner, 1979, pág. 186).

En este sentido, tomando en cuenta lo que establece el autor, estos microsistemas influyen tanto más sobre los participantes cuantos más lazos afectivos haya entre ellos; en una familia, por ejemplo, las ataduras naturales entre padres e hijos agregan, a la simple experiencia de hablarse o de jugar juntos, un significado y un valor de aprendizaje en comparación con estos mismos gestos o palabras proviniendo de personas extranjeras.

4.8.La teoría familiar sistémica

El concepto de familia dentro de esta perspectiva, se basa en ser un sistema, “la familia es un conjunto organizado e interdependiente de personas en constante interacción, que se regula por unas reglas y por funciones dinámicas que existen entre sí y con el exterior” (Minuchin, 1986, p. 86).

En base a esto, dentro del estudio de la familia no se toma en cuenta a un solo individuo, ni sus rasgos de personalidad, ni características, sino que se busca estudiar al grupo como tal, su identidad, el escenario en el cual se desenvuelven las múltiples relaciones que se crean dentro de dicho grupo.

La familia es un sistema social abierto, dinámico, dirigido a metas y autorregulado. Además, ciertas facetas -tales como su estructuración única de género y generación- lo diferencia de otros sistemas sociales. Más allá de esto, cada sistema individual familiar está configurado por sus propias facetas estructurales particulares (tamaño,

complejidad, composición, estado vital), las características psicológicas de sus miembros individuales (edad, fertilidad, salud, temperamento, etc.), y su posición sociocultural e histórica en su entorno más amplio (Broderick, 1993, p. 37).

En concordancia con el autor, podemos decir que las características particulares de las familias surgen de las relaciones entre sus partes, en vista de que se encuentran dinámicamente relacionadas, tanto con el entorno, como entre sí. Es decir, los atributos de las familias son emergentes y debido a ello surge la necesidad de realizar descripciones dinámicas, por lo que sería ineludible centrarse en los procesos que viven las familias y en las formas como se desarrollan dichos procesos a través del tiempo.

La familia es un conjunto de elementos en el que se puede identificar, la forma como se encuentran organizados funcionalmente. Es decir, las pautas de interacción que han elaborado sus miembros en el curso del tiempo y que constituyen su estructura, es determinada por patrones sociales, económicos y políticos de cada país, inclusive de cada región; sin embargo, se pueden establecer componentes universales como son: los subsistemas y la homeostasis universal (Torres & Puchaicela, 2019, p. 13).

El grupo familiar es en primer lugar, un conjunto que posee estructura, en una familia, obviamente, los elementos componentes serían los miembros individuales de la familia y, puesto que los elementos de un sistema son interdependientes, las conductas de los miembros de la familia se influirán mutuamente. En otras palabras, las familias constituyen una totalidad integrada y compleja donde sus miembros ejercen una influencia continua y recíproca entre sí, del mismo modo es un sistema que pasa de generación en generación, es decir es intergeneracional, desarrollándose en el tiempo y con una duración larga, lo cual permite a los individuos a desarrollarse de manera tanto personal como social.

La familia está formada por sistemas más pequeños, entre los que encontramos los subsistemas:

Aunque son varios los subsistemas estructurales o funcionales que pueden darse dentro de la familia, encontramos tres dadas referente a los subsistemas familiares, mismos que se encuentran bien diferenciados entre sí: subsistema conyugal (matrimonio), subsistema parental (padres), subsistema fraterno (hermanos). Estos subsistemas son altamente relacionados entre sí, lo que nos solo se ha demostrado científicamente, sino se visibiliza, además, en la misma vida cotidiana (Torres & Puchaicela, 2019, p. 14).

Cada uno de estos tres subsistemas tienen sus propias normas y relaciones, que se definen en su interior. Así el subsistema conyugal, se refiere a las interrelaciones de la pareja. El subsistema parental, corresponde a la relación de la madre y el padre con las hijas e hijos. El subsistema Fraternal, representa la relación entre hermanos y hermanas.

En el subsistema conyugal se conceptualiza el inicio de la familia como la unión de una pareja hombre y mujer, es una de las bases fundamentales de la familia, ya que constituye un apoyo para el resto de los integrantes del sistema, sobre todo es vital para el crecimiento de los hijos. El subsistema parental se fundamenta en el subsistema conyugal, e incluye la crianza de los hijos y las funciones inherentes como el afecto, la socialización, el cuidado y el status; a través de este subsistema, los hijos aprenden todo tipo de interacción, valores y reglas que conformarán su personalidad. Por último, en el subsistema fraternal se dan gran diversidad de actitudes como la cooperación, el afecto, la rivalidad y esto permite que se cree en el individuo sentimientos de seguridad en sí mismo, de tal forma de que puede adaptarse poco a poco al juego y al trabajo en equipo.

4.9. La teoría del conflicto

Desde la teoría del conflicto se plantea que los miembros de las familias buscan su propio interés y no hay razón para asumir que de forma natural compartan y trabajen hacia el logro de metas comunes. Aunque esto puede ser así en ciertos momentos en el tiempo, no es éste su estado normal, necesario o de equilibrio (Gracia & Musitu, 2000, p. 110).

La teoría destaca la función del poder en la vida familiar y sostiene que la familia a menudo no es un refugio, sino un escenario donde pueden ocurrir luchas de poder. Este ejercicio de poder suele implicar el desempeño de las funciones familiares.

En este sentido, la teoría del conflicto se refuta la idea de que existe una naturaleza humana que induce a los miembros de las familias a compartir las metas y a trabajar en busca de ellas, sino cada persona buscaría sus propios intereses. Lo que no significa que sea necesariamente en desmedro de las otras personas de la familia, sino que lo que se plantea es que, no hay una razón que explique por qué ha de asumirse que el estado de equilibrio al interior de una familia, corresponde a que todos sus miembros deban tener metas e intereses comunes y que todos se comprometan a trabajar con el fin de conseguirlas.

Los conflictos sociales que se viven son producto de las diferencias de clases, razas, etnias y de género y que ello se refleja en las interacciones familiares. Es decir, que los conflictos que se presentan en la sociedad se materializarían al interior de las familias. Bajo este sustento, se explicarían tales disputas, como productos, por ejemplo, de la cesantía, de la pobreza, de la distribución desigual del poder, etc. Esta corresponde a una perspectiva macrosocial de los conflictos familiares (Iturrieta, 2001, p. 16).

Es decir, es una mirada desde la estructura social, hacia el interior de las familias, forma parte de la sociedad humana y por ello deben establecerse normas para su manejo y control. Dicho de otro modo, el mantenimiento del orden social no implica la ausencia del conflicto, puesto que éste continúa estando presente, tanto entre grupos, como entre personas, pero sí necesita negociarse y manejarse para evitar consecuencias extremas, como la violencia. El conflicto sería una característica de los grupos humanos que, además desempeña un rol positivo en el logro de una mayor unidad en el grupo. Es decir que, el conflicto proporcionaría unidad y coherencia a la sociedad, siempre y cuando esas fuerzas se regulen a través de normativas.

4.10. Tipos de familia

La familia es el lugar donde se define los roles y funciones de sus miembros y para conocer cómo se componen es necesario hacer una clasificación de los tipos de familia de acuerdo a los miembros que lo componen:

- **Familia nuclear**

“El término familia nuclear hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, es decir, el padre y la madre y sus hijos” (Perez, 2010, p. 23).

Para Acevedo(2011) la familia nuclear o completa es la “compuesta por el esposo (padre), la esposa (madre) y los hijos. Estos hijos pueden ser los descendientes biológicos o los adoptivos” (Acevedo, 2011, p. 159).

La familia nuclear conocida también como tradicional, elemental o básica, es aquella que está compuesta por dos generaciones, padres e hijos, estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o adoptados por los mismos, conviven bajo el mismo techo y presentan lazos de afecto más intensos y una relación íntima.

- **Familia extensa**

Familia extensa o consanguínea es la “compuesta por más de una unidad nuclear porque comprende también a los abuelos, tíos, primos y hasta nietos que viven bajo un mismo techo” (Acevedo, 2011, p. 160).

Para Martínez(2015) este tipo de familia significa:

Se compone de más de una unidad nuclear, se extiende mas allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, y a los nietos (p. 526).

La familia extensa esta compuesta por varias generaciones donde incluye los padres, hijos, abuelos, tias, tios, sobrinos, primos, los cuales viven bajo el mismo techo, los miembros que lo conforman se basan en vinculos de consanguinidad. Este tipo de familia tiene como minimo tres generaciones y se da con frecuencia en la clase media baja o grupo socioeconomicos inferiores.

- **Familia monoparental**

“Es el que alberga a un padre o a una madre sin pareja con sus respectivos hijos. También puede ocurrir que la crianza de estos niños haya sido asumida por otro adulto: un tío, una abuela o una madrina” (Balbuena, 2007, p. 64).

Desde un punto de vista más amplio, Martínez(2015) lo define como:

Es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada: la familia de madre soltera; o por fallecimiento de uno de los cónyuges (p. 526).

Este tipo de familia esta constituida por uno o varios hijos que tiene a su cabeza un solo progenitor, quien se responsabiliza y convive con los hijos, y se dà en casos de abandono, separacion, divorcio o muerte.

- **Familia de padres separados**

Familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja, pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos/as se niegan a la relación de pareja, pero no a la paternidad y maternidad (Martínez, 2015, p. 527).

Para Corbin(2016) este tipo de familia significa:

En este tipo de familia, que podemos denominar familia de padres separados, los progenitores se han separado tras una crisis en su relación. A pesar de que se nieguen a vivir juntos deben seguir cumpliendo con sus deberes como padres. A diferencia de los padres monoparentales, en los que uno de los padres lleva toda la carga de la crianza del hijo sobre sus espaldas, los padres separados comparten funciones, aunque la madre sea, en la mayoría de ocasiones, la que viva con el hijo (p. 24).

Se pueda entender como una familia rota, pero no quita que siga siendo una familia, ya que habiendo hijos de por medio, vínculos, derechos, deberes y obligaciones seguirán existiendo, es decir se niegan a seguir viviendo juntos pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distante que se encuentren.

- **Familia homoparental**

La familia homoparental son “las que se componen de una pareja homosexual, ya sea de dos hombres o dos mujeres con sus respectivos hijos, si los hay” (Guzmán, 2017, p. 4).

Una familia homoparental es aquella donde una pareja de dos hombres o de dos mujeres se convierten en progenitores, de uno o más niños. Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, o de la inseminación artificial, en el caso de las mujeres (Avendaño, 2021, p. 6).

Este tipo de familia significa que las figuras parentales están conformadas por personas del mismo sexo teniendo consigo hijos generalmente por adopción pero también se llama familias homoparentales cuando uno de los dos miembros tiene hijos de forma natural de una relación anterior.

Independientemente de la tipología o clasificación familiar, la única función básica de los integrantes de la familia siempre debe conservar la esencia de ser el centro de protección y cuidado, así como ser el primer lugar para el desarrollo del ser humano.

4.11. Derecho de familia

Sobre el derecho a la familia, se lo entiende:

Llácese Derecho de Familia al conjunto de disposiciones legales que regulan la familia. O sea que es la rama del derecho civil que tiene por objeto material las instituciones familiares de todo orden: la filiación, el matrimonio, la protección del grupo familiar y de quienes lo componen, son sus grandes centros de atención, entendidos como géneros cuyos desarrollos específicos nutren de contenido el campo de acción de este ordenamiento jurídico (Parra, 1995, p. 91).

El objeto de las normas sobre el derecho de familia está constituido, primeramente, por el matrimonio, comprendiéndose en él varios aspectos. En segundo lugar, la filiación como tal. También hacen parte del derecho de familia, en general, los derechos y obligaciones propios del matrimonio y de la filiación, así como todo el conjunto normativo del derecho de menores.

El derecho de familia se refiere a las normas de orden público e interés social que regulan y protegen a la familia y a sus integrantes, así como su organización y desarrollo integral, sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana... (Perez, 2010, p. 21).

La familia es la parte medular en la sociedad, por lo tanto, las normas que le rigen están enfocadas a mantener armonía en el ejercicio de sus derechos de sus integrantes para cumplir su función social, pues es allí donde se enfoca el funcionamiento de los derechos humanos.

Los derechos de la familia, está organizado por el conjunto de normas, principios y pautas que constituyen parte del Derecho Privado; así, por ejemplo, encontramos en nuestra legislación: normas referentes a la familia en la Constitución de la República, además, en leyes secundarias como el Código Civil, el derecho patrimonial, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia(CONA) el cual contiene un conjunto de disposiciones que no solo están llamadas a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino que, igualmente, encontramos aquellas correspondientes con los progenitores en relación hacia sus hijos, y las garantías para los niños, niñas y adolescentes a conservar (Cárdenas, et al., 2021,p.132).

Los derechos de familia son reconocida y amparada constitucionalmente, así como en los tratados internacionales y legislación interna, es decir estas normas tanto nacionales como

internaciones garantizan la protección a la familia y todos los derechos de sus integrantes fundamentalmente las de los niños, niñas y adolescentes.

4.12. Sujetos del derecho de familia

Los sujetos del derecho de familia son: “1) Cónyuges, 2) Parientes, 3) Personas que ejercen y están sujetas a la patria potestad 4) Adoptantes y adoptados,5) Tutores, incapaces y curadores” (Perez, 2010, p. 26).

Estas personas son sujetos de derechos y obligaciones dentro de la familia conforme al Código Civil, en donde encontramos a los cónyuges (esposos), los parientes (trátase de aquéllos por consanguinidad, afinidad o adopción) como son padres, hermanos, abuelos, tíos, primos, etcétera; las personas que ejercen tanto la patria potestad como la tutela y los menores sujetos a ellas.

Las partes son todas aquellas personas que de alguna manera tienen responsabilidad, de conformidad con la ley, para con otros sujetos y que se encuentran ligados entre sí por la filiación (padres e hijos), por algún tipo de parentesco o por la ley (adopción y tutela). Resulta importante señalar que existen otros sujetos del derecho familiar que son nombrados en circunstancias especiales, estos son los tutores, quienes actúan en nombre y representación de los incapaces, esto es de los menores que no se encuentran sujetos a la patria potestad de sus padres o de algún pariente de acuerdo con la ley, o de adultos que sufren de alguna discapacidad de orden intelectual o mental (Pèrez, 2000, pág. 9).

La noción de sujetos de derecho se reconoce porque pueden ejercitar sus derechos o se les pueden imponer obligaciones a través del ordenamiento jurídico. Por tanto los sujetos del derecho de familia se basan en las relaciones jurídicas que pueden existir entre los mismos, para ello la normativa prevé un cúmulo de derechos en la forma como puede estar estructurada la familia, sus responsabilidades, funciones, así como deberes y obligaciones, así como sus prohibiciones.

4.13. Contenido del derecho de familia

El contenido del derecho de familia estará determinado por las relaciones que se establezcan entre sus miembros, es decir, entre los sujetos del derecho familiar, que a decir son:

- 1) Matrimonio, divorcio.
- 2) Relaciones paterno filiales, derechos, deberes y obligaciones.

3) Parentesco, derechos, deberes y obligaciones.

4) Menores, incapacitados y su protección (Perez, 2010, p. 27).

Se refiere a las normas de derecho de familia que regulan aspectos como el matrimonio, las relaciones de parentesco, el régimen de los bienes de la familia, la filiación, entre otros. En este caso por ejemplo en cuanto al matrimonio comprende las normas jurídicas relativas tanto a su celebración, sus efectos y las distintas situaciones de crisis como son la nulidad o bien el divorcio.

Para Torres & Puchaicela (2019) el derecho de familia se reduce a un conjunto de instituciones jurídicas que regulan:

- La forma en la que se crea una familia: paternidad, maternidad, matrimonio, unión de hecho, adopción y relaciones de parentesco.
- Las formas en las que se disuelve una familia: divorcio, separación conyugal.
- La forma en la se establecen las relaciones jurídicas entre cónyuges: potestad marital, alimentos, derecho de habitación.
- Las formas de relaciones jurídicas entre padres e hijos: tenencia, patria potestad, emancipación, alimentos, tutelas y curatelas, otros derechos y obligaciones de los padres y de los hijos.
- Los aspectos patrimoniales de las relaciones familiares: creación, administración, y disolución de la sociedad de bienes, patrimonio familiar, cuidado del patrimonio de los hijos (p. 50).

Las normas jurídicas que integran el derecho de familia regulan estas instituciones fundamentalmente tanto situaciones como derechos, deberes y obligaciones; también regula relaciones económicas, tales como alimentos. La normativa también tendrá un carácter de protectora (en el tema de niños, niñas y adolescentes), así como para cumplir un deber, en este caso normalmente el de los padres para con los hijos, o los de los cónyuges entre sí, o los de administración y disposición de bienes. En otras palabras, la normativa que rige al contenido del derecho de familia tiene como objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar, es decir los sujetos han de someterse necesariamente a la regulación del mismo.

4.14. Matrimonio

El matrimonio es la unión voluntaria, libre de vicios, de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en la que ambos se procuran respeto, igualdad, asistencia y ayuda mutua, pudiendo o no procrear hijos. Es un acto jurídico que se encuentra determinado por la voluntad de aquellos que desean contraer matrimonio, y por la intervención del Estado, que establece los requisitos, las formalidades y la autoridad ante la que se debe constituir, para su existencia y validez (Perez, 2010, p. 29).

El matrimonio es una de las instituciones tradicionales del derecho de familia sobre la que se sostiene la familia y la sociedad, da lugar a una relación jurídica entre los cónyuges que incluye además de una relación personal, una relación de bienes denominada sociedad conyugal. Por tanto, para que se legalice un matrimonio se debe cumplir con una serie de formalidades legales, todas ellas encaminadas a crear una plena comunidad de vida.

La doctrina lo ha definido como un acto formal que implica el consentimiento libre y válido de los dos contrayentes. Permite la unión entre un hombre y una mujer, investido de ciertas consideraciones jurídicas y dirigido al establecimiento de una plena comunidad de vida entre los cónyuges, da lugar a un conjunto de derechos y obligaciones (Aguilar, 2012, p. 54).

El matrimonio es una institución y un acto complejo que tiene un carácter contractual, un acto civil entre un hombre y una mujer que se unen en vínculo disoluble con el propósito de perpetuar la especie, ayudarse mutuamente, convivir y formar una familia. Es, por lo tanto, el matrimonio la fuente de derechos y obligaciones que tienen los contrayentes, por ejemplo: contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente, el deber de convivencia, el deber de ambos cónyuges de contribuir al mantenimiento del hogar, además los hijos que nazcan del matrimonio el deber de educarlos, alimentarlos, protegerlos, etc.

Tomando en consideración que en el Ecuador se aprobó el matrimonio igualitario, se lo define al matrimonio como:

Una comunidad de afecto o una sociedad de ayuda mutua que genera un vínculo entre dos personas, que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente, deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y

manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento (Rubio, 2013, p. 38).

A partir de esta definición se entiende al matrimonio como un contrato que se establece entre dos personas libres e iguales para realizar la comunidad de vida, en donde ambos procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.

4.15. Divorcio

Para entender el termino divorcio partimos con su definición: “El divorcio ha sido concebido como el rompimiento del vínculo matrimonial, y cese de todos los derechos y obligaciones, entre los cónyuges y sobre la institución” (Torres & Puchaicela, 2019, p. 91).

El divorcio es una forma legal a la que los cónyuges comparecen, ya sea voluntariamente o por una acción promovida por uno de ellos en función de una causal expuesta en contra del otro en la que, mediante sentencia, el juez declara la terminación del matrimonio. Surge en este caso, la terminación de las relaciones personales que mantuvieron los cónyuges entre sí y las económicas a que dé lugar el matrimonio.

Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables (Cabanellas, 1993, p. 107).

El vínculo matrimonial de las parejas es impredecible en lo posterior, por ende, pese a ser estable, puede llegar a su fin, por varios motivos, y ante disputas que puedan surgir y al ser voluntaria la unión es también susceptible a la voluntad el terminar con dicho contrato, mediante un proceso judicial que declare disuelto definitivamente el vínculo matrimonial, de acuerdo a las circunstancias en las que este llegue a su fin dependerá de la relación y criterio de las partes.

Entonces, el divorcio es la forma jurídica de disolver el matrimonio, y sólo es válido mediante la sentencia de una autoridad judicial competente que declare disuelto el vínculo matrimonial, a la petición de uno o ambos cónyuges, con fundamento en las causas y formas establecidas por la ley (Perez, 2010, p. 66).

El divorcio puede ser declarado por la autoridad competente en razón de existir un matrimonio válido, y tanto el hombre como la mujer quedan con el derecho y libertad para contraer un nuevo vínculo matrimonial, observando las excepciones claramente contempladas en la normativa.

En palabras de Larrea(2008),“por divorcio en general se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común” (p. 78).Como se ha mencionado el divorcio termina la unión matrimonial, libera a los contratantes de las implicaciones jurídicas de este acto jurídico donde una sentencia dará por terminada la unión, sin embargo, previo a disolver el vínculo matrimonial de los participantes, es necesario que se resuelvan otras situaciones afines, especialmente al existir hijos dependientes, será pertinente resolver en el mismo el futuro de los menores, su tenencia, alimentos y régimen de vistas.

4.16. Impactos y consecuencias del divorcio

El divorcio trae consigo una serie de consecuencias, dentro de las cuales están:

Disminución del estatus económico, cambios en los estilos de vida, separación de los hijos de uno de sus padres, ausencia de la familia extensa de ese padre, estrés por establecimiento de tiempos de visita y responsabilidades económicas, mayor riesgo de desarrollo de problemas emocionales y comportamentales en la mayoría de los hijos, uno de los padres se ve forzado a asumir la mayor carga de la paternidad o maternidad, descuido de los hijos al tener que dejarlos solos durante horarios prolongados, sobrecarga de tareas en los hermanos mayores (Mendoza, 2010, p. 96).

El divorcio trae consecuencias al hogar, generando cambios en el modo de vivencia entre padres e hijos. En otras palabras, impacta la estructura familiar, pero particularmente impacta en los niños y adolescentes. El divorcio constituye un proceso de cambio psicológico y social a nivel individual y a nivel familiar.

Los hijos son los que sufren en el divorcio. “El divorcio ocasiona efectos negativos en los niños; otros no han encontrado efectos significativos y unos pocos han evidenciado efectos positivos” (Espinoza, 2012, p. 124).

El divorcio de los padres repercute en los niños en diferentes aspectos y provoca un incremento de problemas de comportamiento, emocionales o psiquiátricos, que implican una desestructuración psicológica para muchos de ellos, puesto que tras la separación o divorcio en la mayoría de los casos los padres solo buscan su bienestar sin pensar en el niños, niñas y adolescentes.

El divorcio se le considere como parte de una nueva crisis, debe ser entendida que, ante la necesidad de las relaciones entre la padres e hijos dentro del subsistema parental y la adaptación a un proceso doloroso, puede llegar a ser confusa y perdurar al que están

sometidos algunos de los hijos debido a una ruptura. Sin embargo, la ejecución de roles que cumplen los padres es casi imposible ejercerlas correctamente, incluso en las mejores circunstancias, mientras que las reacciones de miedos, inseguridad, culpabilidad, tristeza, depresión, ansiedad, problemas de conducta, etc., entre otras situaciones que permanecen en los hijos actualmente se convierte en el resultado de una lucha de poderes donde se saca a la superficie la ruptura como la única forma de solucionar los problemas de los padres. De hecho, la salud psicológica del hijo de padres separados está más relacionada con la presencia de conflicto en casa que con la separación en sí y por supuesto va a depender de la calidad de las relaciones familiares tanto antes como después de la separación, e independientemente de la estructura familiar existente (Fernández, 2005, p. 251).

Los hijos de padres divorciados tienen más probabilidades de experimentar problemas de conducta, más síntomas psicológicos, rendimiento académico más bajo, mayores dificultades sociales y autoestima más baja que los niños de familias que no han sufrido esta clase de problemas en su hogar. Siendo habitual que después del divorcio los niños manifiesten una serie de reacciones como de no entender la razón por la cual uno de sus progenitores deja el hogar, asumiendo este comportamiento como un abandono hacia ellos, así mismo tener que ir asimilando repentinos cambios en sus hábitos y rutinas (colegio, hogar); generando también sentimientos de que son culpables de la separación de sus padres.

Este tipo de reacciones va a depender directamente de varias razones como la edad de los menores en el momento de la separación, el conflicto existente entre los progenitores o las habilidades o destrezas parentales para ayudar a los niños en tales momentos.

Por otra parte y en base al tema de estudio, el divorcio debe dejar de ser un acto desfavorable para el progenitor paterno, donde se lo despoja de sus derechos y su dignidad, que tiene que alejarse y debe dejar a sus hijos con la madre; el padre debe seguir siendo padre luego del divorcio, y no un visitante esporádico de los hijos, que solo los puede días y horas que autoriza un juez; los hijos de padres divorciados o separados tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su padre; el niño no debe ser afectado alejándolo de su padre cuando estos se divorcian, tampoco es justo que a los hijos se les limite el tiempo para que comparta con su padre.

4.17. Separacion de los padres.

La separacion consiste en: “Alejamiento. Apartamiento. División. Pérdida de contacto o proximidad. Interrupción de la vida conyugal, sin ruptura del vínculo, por acto unilateral de uno de los cónyuges, por acuerdo mutuo o por decisión judicial (Cabanellas, 1993, p. 292).

La separacion puede darse cuando durante la vida matrimonial la pareja decide apartarse, dejar de relacionarse con su otro progenitor. Es decir sin existir el divorcio la pareja decide separarse, teniendo aún el vinculo matrimonial sin desolverse.

La separacion tambien consiste que el padre y la madre se alejan sin que exista un vinculo matrimonial

Entonces para que se dé la separación no necesariamente la pareja debe estar casada, la separación también puede darse en parejas que viven en unión de hecho, o noviazgos de cuyo resultado quedan hijos. El efecto de la separación obviamente cuando existe niños da lugar al pago de pensiones alimenticias, juicios de tenencia, visitas etc (Quimbita, 2017, p. 27).

Por tanto no podemos referirnos de separación únicamente en el caso de los matrimonios, sino que ésta también se da en el caso de las personas que mantuvieron una unión de hecho o simplemente una relacion de novios en los cuales se procrearon hijos, donde fundamentalmente la preocupacion debe ser la continuidad de vida del menor.

4.18. Progenitores.

Los progenitores o padres son los sujetos principales quienes tienen el derecho de ejercer la tenencia de sus hijos.

Progenitores significa: “el que procrea o engendra. (v. ascendientes, madre, padre.)” (Ossorio, 2006, p. 781). La tenencia es el derecho que primordialmente ejercen los progenitores, puesto que aquellos han procreado un hijo, es su derecho natural, velar por el crecimiento, cuidado y formación. Entonces su separación o divorcio no es motivo para privar los derechos que tienen los padres de seguir ejerciendo la tenencia frente a sus hijos.

El diccionario jurídico elemental de Cabanellas nos señala que progenitor significa “el padre o la madre. Por extensión, cualquier otro ascendiente en línea recta” (Cabanellas, 1993, p. 260). El padre y la madre son los seres que nos dan la vida y que están a nuestro lado desde que llegamos al mundo y tenemos conciencia de que somos personas. La noción padre incluye

obviamente a la madre y al padre; ambos son igualmente importantes para el niño y su desarrollo integral, puesto que su papel de padres desempeña a su vez varias funciones, es decir asumen diversos roles en la vida de los hijos.

El rol de los padres es el de formar e inculcar a cada hijo en las diversas etapas de su desarrollo. Entonces su trabajo se extiende, naturalmente, a todas las formas de crecimiento: físico, intelectual, moral, psico-afectivo, etc. La paternidad y maternidad no son opuestas sino complementarias, por lo que es necesario la acción del padre y madre, para que el hijo crezca y se desarrolle de manera plena y armónica en un ambiente de paz y bienestar.

4.19. Niños, niñas y adolescentes

Niño/a.- Normalmente, se considera que los niños son aquellos individuos que transcurren por la primera instancia de la vida conocida como infancia y que es anterior a la pubertad. Los niños usualmente son entendidos como tales hasta los doce a catorce años en términos generales, aunque tal período de la vida es en algunos aspectos confusa en lo que hace al traspaso de etapas (Navarro, 2009, p. 1).

Se entiende por niñez a la etapa del desarrollo humano que comprende desde el nacimiento hasta los comienzos de la adolescencia. Esta etapa es donde se manifiesta el proceso de crecimiento donde el niño/a adquiere las habilidades propias del ser humano para vivir e introducirse en la sociedad. Es el momento donde el niño adquiere valores, costumbres, afecto, y todas las bases para su formación, desarrollo y bienestar.

El Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas establece la definición de niño y niña como: “la persona cuya edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón” (Cabanellas, 1993, p. 213). Son aquellos individuos que se encuentran en su primera etapa de vida y debido a sus características propias deben ser protegidos y cuidados por sus padres o su familia. Es decir, son dependientes de los adultos, teniendo aquellos la responsabilidad de velar para que los derechos esenciales de sus hijos sean cumplidos.

Adolescente. La adolescencia es una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por los cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos. No es solamente un período de adaptación a los cambios corporales, sino una fase de grandes

determinaciones hacia una mayor independencia psicológica y social. Es difícil establecer límites cronológicos para este período; de acuerdo a los conceptos convencionalmente aceptados por la Organización Mundial de la Salud, la adolescencia es la etapa que transcurre entre los 10 y 19 años (Pineda & Aliño, 1999, p. 16).

La adolescencia se le entiende como la etapa que le sigue a la infancia y antecede a la adultez. En esta etapa el ser humano experimenta cambios en su crecimiento y adaptación en la sociedad. Es decir, la adolescencia es la etapa donde el ser humano aún está en proceso de formación, e influye mucho la educación, afecto, trato que les dan sus padres o familia y su alrededor

La adolescencia se caracteriza por ser un momento vital en el que se sucede gran número de cambios que afectan a todos los aspectos fundamentales de una persona. Las transformaciones tienen tanta importancia que algunos autores hablan de este periodo como de un segundo nacimiento. De hecho, a lo largo de estos años, se modifica nuestra estructura corporal, nuestros pensamientos, nuestra identidad y las relaciones que mantenemos con la familia y la sociedad (Moreno, 2007, p. 13).

Entonces la adolescencia comprende un periodo especial del desarrollo, crecimiento y en la vida de cada ser humano y por lo general suele empezar desde la edad de los catorce años en los hombres, y en las mujeres desde los doce años, hasta los dieciocho años.

4.20. Desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes

El desarrollo integral infantil es un proceso continuo, donde el/la niño/a va aprendiendo a dominar procesos cada vez más complejos de movimiento, pensamiento, afectos y relación con los otros. Es un proceso que se despliega en interacción con su propio medio (su familia, otros sujetos sociales que participan en el desarrollo del niño, su cultura, instituciones, creencias y representaciones sociales, etc.) (Otsubo et al., 2008,p.15).

El desarrollo integral es el proceso de crecimiento, maduración, desarrollo de las capacidades y potencialidades de las niñas y los niños, dentro de un entorno familiar, educativo, social y comunitario.

Debe entenderse que el desarrollo integral infantil comprende el desarrollo físico, de lenguaje, de habilidades cognitivas, sociales, emocionales, entre otras. Para ello requiere

de condiciones sociales, económicas y políticas que faciliten una adecuada salud, nutrición, seguridad, protección y aprendizaje temprano (Ponce, 2016, p. 145).

El desarrollo integral del niño constituye todos los aspectos en la vida del niño desde que se ve inmerso como parte integrante del hogar, es decir desde que nace y en todas las etapas de la vida, siendo indispensable brindar el bienestar y calidad de vida adecuada principalmente en las etapas de niñez y adolescencia, en vista de que estas son las etapas donde se da el desarrollo físico y de sus capacidades, el niño emprende sus conocimientos, desarrolla habilidades, crea sus vínculos afectivos, es decir el menor necesita crecer relacionado con su hogar y la sociedad.

El desarrollo integral parte de una comprensión holística del ser humano, que como proceso de transformación es complejo, sistémico, sostenible e incluyente. Contribuye a la edificación de la identidad, a la configuración de la autonomía y al afianzamiento del sentido colectivo y social que define a los sujetos (Política Nacional de Infancia y Adolescencia , 2018, p. 30).

El desarrollo integral se concibe como un proceso continuo lo cual se mantienen a lo largo de la vida, de manera singular a partir de las vivencias que van aconteciendo durante el curso de vida, donde se presentan situaciones que implican cambio y transformación en los diferentes aspectos como en lo emocional, lo ético, lo personal, lo corporal, lo psicológico y lo espiritual, siendo estos aspectos relevantes para comprender que el desarrollo integral implica la garantía de los derechos en todas las etapas de la vida y se posibilita en entornos protectores.

El desarrollo infantil integral se lleva a cabo mediante la participación de la familia, el apoyo de la comunidad y la intervención de las entidades estatales. Por lo tanto, para contribuir con este aspecto se debe poner énfasis y atención en cubrir las necesidades de nutrición, salud y protección del infante. Además, se debe tomar en cuenta las necesidades y características de cada una de las etapas de vida de los niños y niñas respecto a su desarrollo cognitivo, psicomotriz, emocional, social y afectivo (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2013, p. 17).

De esta manera es innegable la importancia de procurar cuidados adecuados en la infancia, siendo responsabilidad no solo de la familia y la sociedad, sino también del Estado donde tiene lugar la política pública, como aliada del desarrollo infantil, aportando en que el medio y la atención del niño sean los propicios para optimizar esta etapa.

El entorno hogar es imprescindible en los procesos de atención integral y es un pilar importante en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Es necesario reconocer, entonces, las potencialidades de la familia para que prevalezca el contacto y se fortalezcan los vínculos y los lazos afectivos. Es indispensable, entonces, que el padre, la madre o el cuidador sean parte activa de los procesos de atención, dado que es en este entorno donde los niños, las niñas y los adolescentes deben estar protegido y sentirse acogidos (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar , 2021, p. 10).

Por tanto, deben intervenir de manera adecuada todos aquellos actores que forman parte de la vida del infante, incluyendo a los padres de familia, docentes y otros profesionales responsables de su formación y cuidado. Por tal razón, las actitudes, los conocimientos, las creencias y los modos de relación que las familias pongan en juego, incidirán en los niños, niñas y adolescentes.

4.21. Patria potestad

Para entender la patria potestad anotare la definición de Cabanellas, mismo que define como “el conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso, a la madre corresponde en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados” (Cabanellas, 1993, p. 236). Una de las figuras jurídicas más importantes dentro del derecho de familia, sin duda es, la que corresponde a la patria potestad, como el mismo lo manifiesta, es una potestad o poder relativo al conjunto de derechos y obligaciones, no solo del padre sino también de la madre sobre los hijos no emancipados.

La patria potestad tiene la siguiente connotación:

Por patria potestad podríamos entender hoy la función tuitiva que corresponde a los padres sobre sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal; y que también tiene consecuencias patrimoniales. En el ámbito personal, la patria potestad se traduce fundamentalmente en el deber de los padres de velar por el cuidado personal de los hijos, de su crianza, educación y establecimiento. En el ámbito patrimonial, la patria potestad se traduce en el cuidado de los bienes de los hijos, y en el derecho de aprovecharse de los frutos de estos bienes, en los raros supuestos en que los haya (Rodríguez, 2010, p. 56).

La Institución de la patria potestad está orientada a otorgar obligaciones a los padres para que sean ellos los encargados a salvaguardar la integridad y bienestar de sus hijos no

emancipados; estas obligaciones se direccionan a los diferentes aspectos y situaciones en la vida del niño, niña o adolescente. Por otra parte, los padres tienen derecho a administrar los bienes de su hijo de manera adecuada. Por estas razones se evidencia que los sujetos de la patria potestad son los padres de familia y sus hijos menores de edad.

Planiol y Ripert(1997) definen a la patria potestad como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales” (p. 255).

En sí, la patria potestad se define como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos y sus bienes, para poder administrarlos y dar cumplimiento a las obligaciones que la ley ha establecido destinado a la protección del niño, niña o adolescente, es decir, la patria potestad toma su origen en la filiación, en hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él, corresponde a la responsabilidad legal que tienen los padres para poder brindarles la protección que necesitan sin vulnerar sus derechos constitucionales.

Por lo tanto, como funciones de la patria potestad comprenden lo siguiente: tenerlos en su compañía, velar por ellos, educarlos, alimentarlos, procurar que los niños, niñas y adolescentes tenga una formación integral, representarlos y administrar sus bienes, para ello se requiere la cercanía necesaria de ambos padres para llevar a cabo estas funciones.

4.22. Tenencia

La tenencia en el campo jurídico significa:

Se refiere al poder que tienen los padres o guardadores sobre sus hijos o sobre el niño, niña o adolescente que se encuentre en su poder, además consiste en un derecho para tener consigo a sus hijos y en algunos casos podría otorgarse dicho derecho a quién tiene legítimo interés (Chunga, 2000, p. 124).

La palabra tenencia se refiere al cuidado, custodia, protección, guarda, que tienen los padres sobre los niños, niñas y adolescentes; no tenemos que confundir la palabra tenencia con la posesión de las cosas, ya que es el significado que le asigna nuestro Código Civil en el libro segundo sobre los bienes, al referirse a la tenencia, hace alusión a la posesión de las cosas.

De una más clara y para no caer en con función de la tenencia con la posesión de las cosas, se plantea la siguiente definición:

De acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, aquel Derecho que otorga el legislador al padre, a la madre, a otros ascendientes o colaterales, y aún a quienes no les liga parentesco alguno, de un menor de edad que requiere cuidado y protección de determinada persona o personas idóneas (Aguirre, 2010, p. 80).

Es el conjunto de deberes y derechos que corresponde al padre, madre respecto al cuidado personal, crianza y educación de los hijos; considerando los conceptos sobre tenencia y tuición pienso que el término más adecuado para hablar sobre los niños, niñas y adolescentes luego del divorcio es la tuición debido a que hace mejor referencia al cuidado y protección de los niños niñas y adolescentes.

También es importante recalcar que no se debe confundir la tenencia con la patria potestad, puesto que la primera consiste en el cuidado y protección que uno de los progenitores ejerce sobre su hijo, mientras que la segunda siempre la van ejercer ambos progenitores y consiste en el conjunto de derecho y obligaciones que tiene los padres sobre sus hijos.

La tenencia es la permanencia de los hijos con sus padres quienes le proporcionan los cuidados necesarios y suficientes a fin de garantizar una crianza, crecimiento y desarrollo físico y mental normal de los menores. Es un derecho que tienen solamente los padres para criar, cuidar, alimentar, educar proteger a sus hijos que permanecen con ellos. Cuando no existen sus padres, por ausencia, muerte, incapacidad física o mental, el juez procederá a nombrar a un tutor para cuide los intereses del menor de edad. (Saltos, 2011, p. 143).

La tenencia es una forma de ejercer la patria potestad. La tenencia hace referencia en si al cuidado y crianza que tienen los progenitores o padres sobre los niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, es el derecho que otorga el legislador a la madre, al padre, a otros ascendientes o colaterales ya que el menor requiere protección y cuidado de determinada persona. En la legislación ecuatoriana como sabemos el encargo judicial de la tenencia se encuentra bajo el cuidado de uno de los padres y como sabemos la ley otorga preferencia a la madre.

Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo, por extensión señala

el código, la tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés (Alban, 2010, p. 45).

La tenencia es una institución familiar que se instituye cuando los padres están separados de hecho o de derecho, con el fin de establecer con quien se quedan los hijos y además establecer el régimen de visitas para el padre que no obtuvo la tenencia y de esta forma garantizar el derecho de los hijos a convivir con los padres. tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar esto es, teniendo como norte el interés superior del niño resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

Esta institución, se constituye en una garantía para los niños, niñas y adolescentes, pretende amparar sus derechos, mismos que sobre todo en medio de una controversia legal como es el divorcio, y tras la separación de los padres, el hijo no quede desamparado o descuidado, es así que se prefiere el cuidado de los padres en caso de controversia o a falta de uno, el otro padre es responsable, y en caso de incapacidad de aquellos se procederá a buscar a otro prevaleciendo para ello los lazos sanguíneos y en su defecto un hogar provisional, o una medida de acogimiento institucional, procurando lo mejor para el menor y su desarrollo.

El problema de la tenencia de los hijos se genera a partir de la destrucción del matrimonio llegando al divorcio y transformándose en un problema legal en la disputa por quién se debe quedar con los hijos, que generalmente es la madre; es cuando 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. Quebrantando el Principio Constitucional de Interés Superior del Niño, el mismo que se refiere a que los derechos de las niñas, niños y adolescentes prevalecerán sobre los de los demás.

4.23. Tipos de tenencia

La doctrina establece varias clasificaciones de la tenencia, sin embargo, he creído conveniente ubicar y definir las dos principales como son la tenencia exclusiva y tenencia compartida.

4.23.1. Tenencia exclusiva

La tenencia exclusiva es la aplicada en el Ecuador y se la entiende como:

Este tipo de custodia se caracteriza por ser uno solo de los progenitores quien la ejerza, estableciendo para el otro progenitor un régimen de visitas y a la vez fijándole la obligación de contribuir con el pago de una pensión alimenticia (Acosta, 2017, p. 48).

La tenencia exclusiva es la que regula nuestra legislación ecuatoriana otorgando la preferencia materna, y es la que aplican los jueces, por determinar que es la más adecuada para la formación y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Pero es de notar que este tipo de tenencia es incoherente con el alcance del principio de interés del menor, ya que lo que se consigue es alejar al padre del hijo, hacer que el hijo sufra de problemas afectivos por el distanciamiento de su padre.

En otras palabras. “Es La decisión judicial en virtud de la cual el Juez competente encarga el cuidado y crianza del niño, niña o adolescente a uno de los padres, sin menoscabar el ejercicio conjunto de la patria potestad” (Alban, 2010, p. 157).

Por eso la tenencia se ejerce bajo un acto legal y de confianza que el juez otorga a uno de los progenitores sin perjuicio alguno del ejercicio de la patria potestad que puedan ejercer los padres.

La Tenencia es una de las facultades de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente del menor a uno de sus padres, esto no obstaculiza al otro padre de ejercer su Patria Potestad sobre el menor, ya que el hecho de que su tenencia habitual esté subordinada, no quiere decir que la toma de decisiones en su desenvolvimiento, excluya al otro padre (Cabrera, 2008, p.26).

La tenencia se otorga al progenitor que, según la consideración del Juez, se encuentre más apto para poder ejercerla permanentemente, sin intervenir en la relación emocional y afectiva por parte del otro progenitor o en la patria potestad referente las decisiones y obligaciones que los menores de edad, puedan contraer.

Hay que señalar, además, que en la actual legislación ecuatoriana el único régimen vigente que puede ser impuesto por vía legal es la tenencia unipersonal, es decir, se le asigna la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, siendo el otro quien deba ajustarse a un régimen de visitas y al pago de una pensión de alimentos (Quezada, 2017, p. 13).

Como se mencionó, esta modalidad es la única y la más utilizada dentro del sistema judicial ecuatoriano, la misma que consiste en que los progenitores, una vez divorciados o

separados, la tenencia del niño o adolescente la tiene un progenitor, mientras que, al otro, se le regula régimen de visitas para no perder el vínculo filial y debe aportar económicamente para el desarrollo social del hijo relación que implica construir una buena comunicación como parte de sus responsabilidades en la crianza del hijo en común. En nuestro sistema judicial ecuatoriano, es muy común que el juez siempre otorgue la tenencia a la madre si el hijo es menor de doce años, sin previo informe de trabajo social, siempre y cuando no existan impedimentos que pongan en riesgo la integridad física y emocional del niño o niña, por lo que, atendiendo esta norma, se toma en cuenta que, para aplicar la Tenencia, se deben seguir las reglas específicas que norman a la patria potestad del artículo 106 del CONA.

4.23.2. Tenencia compartida

El concepto tiene su origen en el derecho anglosajón (joint custody), pero el derecho familiar iberoamericano lo ha adoptado en algunas legislaciones, y en otras lo ha adaptado a su propia realidad social, bajo los términos “custodia compartida” o “derecho de crianza”. La custodia compartida se ha desarrollado en países como Suecia, Francia, Canadá, Australia y Estados Unidos. Y la política de Estado que le da sentido a esta legislación se centra en la preservación de los intereses del menor por encima de los derechos de los padres, poniendo en un nivel superior los derechos humanos de los niños respecto al resto de la sociedad. La custodia compartida tiene como finalidad única que, salvo en los casos en que ello sea perjudicial para los menores de edad, ambos progenitores prosigan con la crianza de sus hijos, pues son ellos los beneficiarios directos y plenos de esta institución del derecho familiar (Pérez, 2017, p. 3).

Para regular este tipo de institución se ha puesto como sitial al interés superior del niño por ser el fundamento principal debido a la necesidad y reconocimiento de sus derechos. La tenencia compartida ha cobrado relevancia por los conflictos de género existentes en la sociedad. Para regularla ha sido importante adaptar a las circunstancias de la realidad social de cada legislación.

A diferencia de la tenencia exclusiva este tipo de tenencia significa: “Tenencia compartida es como si se tratara de una familia intacta, en razón de que ambos padres están siempre compartiendo sus actividades diarias con sus hijos” (Serrano, 2012, p. 78).

Es un derecho en el que ambos padres tienen la tenencia de sus hijos, comparten derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención, y toda actividad

relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera gozan en igualdad de condiciones en todas las decisiones y acciones relativas a los hijos.

Se la define como aquella que: “consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes” (Schneider, 2001, p. 1446).

Se trata del cuidado de los hijos concedido a los padres que se comprometen a ello, con respeto e igualdad. En la misma, uno de los padres puede detentar la tenencia material o física del hijo, pero el que no detenta la tenencia física, participa de manera efectiva en ella, capaz de decidir directamente en la educación, religión, cuidados de salud, recreación y estudios, es decir participan activamente de la vida del hijo para su bienestar.

Para lograr esto es indispensable que tanto padre como madre, después de la separación, a pesar de sus diferencias como pareja, mantenga una relación de comunicación, todo esto en beneficio de sus hijos, aunque sabemos que esto es un acto en función del amor así sus hijos dejar de lado sus problemas, para que de alguna manera pueden sobrellevar la convivencia y no ser el responsable de futuros ciudadanos con desequilibrios psicológicos o rencores.

Así también tenemos que la tenencia compartida “es el equilibrio de papeles, valorando la paternidad y la maternidad, conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de fragmentación social” (Simon, 2009, p. 537). La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres.

La tenencia compartida es la situación legal por medio de la cual en caso de divorcio o separación matrimonial ambos padres ejercen simultáneamente la custodia legal de sus hijos menores de edad de acuerdo a las mismas condiciones y derechos sobre ellos. Por lo que la tenencia compartida debe ser entendida como el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos. Por lo tanto, la tenencia compartida debe propiciar los espacios adecuados para que el papá y la mamá que se divorcian, ejerzan la tenencia en forma conjunta. Esto implica que, ambos compartan los días de la semana en forma alternativa

con sus hijos, para velar por su cuidado, protección y cuidado del niño o adolescente de padres separados (Badaraco, 2018, p. 34).

Durante el matrimonio la tenencia de los hijos comunes, es compartida, ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos, pero luego del divorcio el peor problema a resolver suele ser la tenencia de los hijos. Se entiende tenencia, custodia o guarda como los cuidados y protección directa que los padres desarrollan hacia sus hijos.

A cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un visitante, le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador, crisis que suele conducir a situaciones de impotencia y autodestrucción personales. A los hijos se les priva de sus derechos, cuyos estados deben proteger; sin embargo, las normas jurídicas como por ejemplo en Ecuador, luego del divorcio los niños, niñas y adolescentes solo tienen un régimen de visitas con el padre o progenitor que sale de la casa.

Al tiempo de regular la guarda compartida, se tiene que atender a dos aspectos muy importantes, el tiempo y el domicilio. En relación al tiempo, se puede establecer una custodia compartida por noches, (lunes y martes con el padre, miércoles y jueves con la madre y fines de semana alternos), por semanas (una semana con cada progenitor), por quincenas (quince días con el padre y quince con la madre) o por meses (un mes con cada uno). Se debe regular igualmente, un régimen de visitas a favor del otro progenitor mientras no tenga bajo su guarda a los menores (Pinto, 2009, p. 54).

La Tenencia de los hijos o llamada también tenencia coparentalidad, la cual permite que los hijos puedan vivir indistintamente con cada uno de sus padres, encargándose ambos de su educación y desarrollo. Esto significa que, si los padres se encuentran separados de hecho o divorciados, los hijos puedan vivir algunos días de la semana con su padre y otros con su madre o algunos meses con su padre y otros con su madre.

La tenencia compartida, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paterna, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales (Trucco, 2009, p. 93).

Estos deberes deben ser equitativos y en iguales condiciones para que así se establezca un buen vínculo familiar y se logre crear una convivencia adecuada en relación a esta tenencia.

La demanda de que un padre se corresponsabilice en la crianza de sus hijos, es una petición que día a día crece en nuestra sociedad. Los padres y las madres, educados en valores democráticos de igualdad, reclaman cada vez con mayor energía una forma de custodia en la que los hijos no se vean forzados a perder una parte fundamental de sus vidas tras el divorcio.

Si se trata de decidir con quién se quedará un niño, luego de la separación de sus padres, qué mejor que asignar dicha responsabilidad a ambos, aun cuando la forma de ejercer dichos deberes, tenga, evidentemente, que cambiar y adecuarse a nuevas estrategias, sin necesidad de exponer a los niños, a que sean ellos quienes cambien y quienes sufran los avatares de una situación que no provocaron.

Este tipo de tenencia es la más adecuada para el menor y es la que debe aplicar el Ecuador en vista de que la presencia de ambos padres en la vida del niño para su cuidado, crianza, manutención ayudara a que los hijos puedan crecer con el afecto, cariño que necesitan para que su formación, desarrollo no sea alterada, ni tenga que presenciar conflictos de sus padres por querer tenerlos y así puedan gozar de los derechos que reconoce la constitución como el derecho a su desarrollo integral, vivir en familia, el buen vivir, entre otros.

La doctrina favorable a esta tenencia compartida es analizada por distintos autores, entre ellos, la Dra. Cecilia Grosmán (2008) cuando desarrolla el tema sosteniendo: “que ante la falta de prohibición legal es facultativo para los cónyuges efectuar acuerdos de este tipo, siempre y cuando no fueren perjudiciales para el menor” (p. 42).

La custodia compartida tiene como fin el precautelar el interés superior de los niños, es decir que se satisfagan sus necesidades básicas como son las relaciones afectivas con sus padres, la necesidad de seguridad, la convivencia familiar, entre otros. De tal modo que si la situación del hogar o el modo de vida de la madre y el padre separados o divorciado no es adecuada o es perjudicial para el menor no sería factible este tipo de tenencia.

Doctrinariamente, para Pérez (2017) en lo que respecta a la tenencia compartida, indica que pueden ser de dos tipos de carácter:

De carácter físico: El niño o niña vive un período con el padre y un período de vivencia con la madre, aquí existe un traslado del niño o niña a la casa de los padres. De carácter legal: esta opción se asimila a un régimen de visitas abierto, en el cual los padres

comparten en la toma de decisiones y la convivencia será con los dos padres sin que se traslade el niño o adolescente a la casa de uno de ellos (Pérez, 2017).

Este autor pone de manifiesto dos formas de llevar a cabo este tipo de tenencia, la primera se refiere al reparto de tiempo en cuanto a la permanencia de sus hijos con cada uno de ellos, es decir trasladándose a al hogar de cada uno de ellos, la segunda forma por su parte hace alusión a que, si un progenitor tiene la tenencia y el otro que no lo tenga, este puede cumplir libremente su corresponsabilidad parental, es decir estar atento en todas las necesidades del menor. Considero que estas dos formas tratan de que se cumplan la corresponsabilidad parental ya que en aquella se fundamenta la tenencia compartida, pero sería más adecuado que el menor conviva con cada uno de sus padres, es decir trasladándose a la casa de cada uno de ellos.

4.23.3. Ventajas y desventajas de la tenencia compartida

Según varios estudios presentados donde buscan insertar este tipo de tenencia existen varias ventajas tales como:

- Los niños están mejor adaptados.
- Los niños presentan mejores niveles de autoestima, autoevaluación y confianza en sí mismos, y menos excitabilidad e impaciencia.
- No vivencian sentimientos de abandono o indiferencia por parte de sus progenitores.
- Los padres tienen menores niveles de conflictividad en sus relaciones
- Existe mejor relación de los hijos con sus progenitores
- La desigualdad en las atribuciones de custodia inhibe la cooperación entre los progenitores
- Las madres en situación de custodia compartida se encuentran más satisfechas.
- Se percibe al ex cónyuge con una mejor relación con los hijos, y se muestran satisfechos con el comportamiento de esa persona como progenitor (Catalàn, 2014, p. 69).

Este tipo de tenencia ayuda a desarrollar a los menores de mejor manera, los niños sienten mayor satisfacción al compartir con ambos progenitores. Entonces tras la separación de una pareja, el aplicar el régimen de la tenencia compartida para los hijos existentes que tienen en común resulta beneficioso, ya que estos crecen con mayor estabilidad emocional, además que no se ven afectados por la separación de sus progenitores, es decir, el afecto, cariño la

educación brindada va a continuar manteniéndose. Por tanto, va existir mejor relación entre progenitores y de estos con sus hijos.

Seguendo a Catalàn (2014), entre las desventajas que presenta la tenencia Compartida, destacan:

- El continuo cambio de domicilio (cuando se opta por la alternancia entre la vivienda materna y paterna). Los detractores de la custodia compartida arguyen que el hecho de que el menor esté haciendo maletas continuamente y vaya de un sitio a otro perjudica su estabilidad emocional.
- Existe una mayor exigencia y necesidad de entendimiento entre los ex cónyuges, para establecer el acuerdo, que en algunas situaciones resulta muy complicado, debido al profundo deterioro de la relación de pareja (p.70).

Cuando se aplique el régimen de tenencia compartida el niño va encontrarse influenciado por dos casas diferentes, con circunstancias también distintas, puesto que para adaptarse a las mismas se debe procurar que los hijos tengan todo lo necesario en las dos casas en donde van a vivir, y eso a veces crea algunos problemas. Además, un cambio de domicilio continuo puede hacerles tener menos concentración, menos seguridad y sentido de pertenencia, Por otra parte, va existir mayor carga emocional en la relación entre los progenitores, como consecuencia de la necesidad de mantener una buena comunicación y contacto directo en todas las decisiones que afecten o incumban a sus hijos, es decir mayor comprensión, colaboración y coordinación, que en determinadas situaciones resulta compleja, dada la situación de ruptura en la relación de los progenitores.

Frente a una separación o divorcio para evitar problemas posteriores se describe las siguientes ventajas de la tenencia compartida:

- La más obvia es que los padres tienen derechos, responsabilidades, y los niños pueden disfrutar de su compañía y atención por igual, lo que significa que cada uno puede mantener una relación de apego fuerte.
- El niño no percibe altercados acordes a su rutina frecuente, sobre todo si son los padres que se turnan para vivir en el que ha sido el hogar conyugal sin que los hijos tengan que salir de él.
- Puede favorecer una relación equilibrada, ya que ambos padres cuentan con responsabilidades y se obvian fuentes de conflicto como no me dejas ver a mis hijos

o me hago cargo de todas las responsabilidades en la que disfrutan de los fines de semana.

- Evita problemas económicos entre la expareja al hacerse cada uno cargo de la mitad del tiempo y, por lo tanto, de las obligaciones económicas (Instituto de Formación de Intervención Social, 2020).

A partir de lo señalado anteriormente se puede mencionar que las ventajas de la tenencia compartida es permitir que los hijos puedan disfrutar de la presencia de ambos progenitores, por lo que la ruptura de la relación de sus progenitores resulta menos traumática. La aplicación de custodia compartida resulta beneficiosa, ya que esta evitara que exista un resentimiento de los hijos hacia los padres, pues en muchos de los casos que los menores viven bajo una custodia monoparental los niños generan sentimientos de culpa, rechazo, negación y otros. Así mismo, permite que los padres sigan ejerciendo sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones.

No obstante, en cuanto a las desventajas de la tenencia compartida encontramos las siguientes:

- Obliga a ambos progenitores a vivir en la misma localidad o relativamente cerca, por lo que será complicado el desplazarse cada cierto tiempo a hacerse cargo de cada uno de los hijos.
- Exige una comunicación adecuada con la expareja para estar al tanto de los niños mediante acuerdos para ver a los niños cuando están bajo la custodia del otro.
- Dificulta a los progenitores el rehacer su situación sentimental, teniendo en cuenta si la actual pareja no acepta la situación resultando embarazoso apartarse de la nueva familia el tiempo correspondiente (Instituto de Formación de Intervención Social, 2020).

Se puede mencionar que más allá de la buena voluntad de los progenitores, la tenencia compartida trasciende a la propia decisión cuando las circunstancias externas imposibilitan esta medida. Por ejemplo, cuando la distancia entre los domicilios de ambos es elevada en kilómetros es fundamental hacer un cambio de planteamiento. También puede suceder que sea poco positiva cuando no existe una relación cordial entre los padres, los cuales deben respetar los horarios y hábitos de los hijos, es decir debe haber mayor comunicación entre la pareja para no cambiar los horarios de los hijos. No siempre es fácil mantener las rutinas con dos progenitores que viven separados. Es uno de los obstáculos a superar. Todo esto puede provocar cierta inestabilidad en los hijos y problemas entre padres.

Según varios estudios presentados por los grupos que buscan insertar esta opción en las leyes de la niñez y adolescencia existen varias ventajas para los niños tales como: Convivencia igualitaria con cada uno de los padres, no hay padres periféricos, inclusión en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres en caso que se tenga otro compromiso, mayor comunicación y estabilidad emocional al contar con el cuidado y protección de ambos padres, de esta manera se garantiza el interés superior de los niños, niñas y adolescente (Quimbita, 2017, p. 18).

En este tipo de tenencia ambos padres se mantienen guardadores, en otras palabras, tanto padre como madre continúan criando activamente a sus hijos, es decir ninguno de los dos queda marginado, ni alejado de los hijos, calificando la aptitud de cada uno de ellos. La idoneidad de cada uno no es discutida, es reconocida y útil en el ejercicio de su rol como progenitor garantizando así el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

Así mismo Quimbita (2017) señala que existen muchos detractores de esta petición y especialistas que rechazan este tipo de custodia compartida, es decir desventajas tanto para el niño como para los padres, existiendo muchas falencias que presenta este sistema ya que cada hogar tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios. Los niños deben adaptarse muchas veces a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes. Mientras que para los padres entre sus principales complicaciones está la flexibilidad laboral, ya que es imprescindible que la forma de sustentación de cada padre permita un horario flexible que se adapte a cubrir las necesidades de tiempo para el cuidado de los hijos (p. 19).

Los niños deben de adaptarse a las normas y las costumbres de cada una de las casas en las que vive, es decir a dos formas de convivencia. La tenencia compartida presenta también desventajas cuando uno de los padres se encuentra incapacitado para cuidar de sus hijos (por ser consumidor habitual de drogas, tener adicciones, mantener relaciones hostiles con sus hijos o presentar rechazo expreso directo por parte de los mismos).

4.23.4. La tenencia compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del interés superior del niño, niña y adolescente.

La corresponsabilidad parental es un derecho que los padres deben cumplir con sus hijos, y la custodia o tenencia de los hijos deben estar a cargo de los dos progenitores, de tal forma que las obligaciones y responsabilidades los padres deben asumir entre ellos (Càceres, 2018, p. 25).

De esta manera, la Corresponsabilidad parental se consagra, distribuyendo entre ambos progenitores, en forma equitativa los derechos y deberes que tienen respecto de los hijos considerando en todo momento el interés superior del niño.

La ruptura del vínculo matrimonial entre los contrayentes, no debe significar una separación entre los progenitores y sus hijas e hijos, pues lo que se ha disuelto es el vínculo que unía a sus padres que podríamos llamarlo un vínculo amoroso, pero de ninguna manera se termina la relación parento-filial entre padre e hijo/a o madre e hijo/a. Los hijos de padres divorciados, tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su padre y madre; es decir, este derecho de los hijos y de sus padres no se puede reducir a meras visitas o a una mañana o a unas horas, debido a que es fundamental el contacto entre ellos para que exista un equilibrio en la vida del niño y un verdadero desarrollo integral. Es indispensable la convivencia familiar para ello los padres deben organizarse y llegar a acuerdos para que el niño comparta de forma permanente con papá y mamá y con todo su entorno familiar que son los abuelos, tíos, primos (Cajamarca, 2018, p. 22).

Para que se cumpla la corresponsabilidad parental es necesario que exista una igualdad parental es decir que sea el padre y la madre en igual proporción quienes puedan tomar decisiones y estar pendientes de todo lo referente al hijo, es decir, no importa si los progenitores viven juntos se encuentran separados o divorciados, lo que realmente interesa es el involucramiento de los dos en la crianza y las responsabilidades de manutención. Cuando los padres comparten la responsabilidad de criar a sus hijos reconocen que los dos tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus hijos y comienzan a construir un modelo de vida que les permita desarrollarse en un ambiente adecuado y digno para sus hijos.

La responsabilidad que incumbe a ambos padres en la crianza y educación de los hijos, esto es, la corresponsabilidad parental, aparece indisolublemente ligada, en estos textos internacionales –de aplicación en nuestro ordenamiento interno–, al interés superior del niño, en términos que puede postularse que a ambos padres les corresponden responsabilidades respecto de sus hijos no tanto porque ambos tienen iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de los niños. Lo propio ocurre con la custodia compartida de los hijos (principal manifestación de la corresponsabilidad), la cual debe estar fundada en el interés superior del menor y que la relevancia de este sistema radica en que permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis (Acuña, 2013, p. 34).

De acuerdo a lo señalado, las obligaciones comunes de ambos padres respecto de sus hijos en materia de crianza y desarrollo, la base es el interés superior del niño, es decir que en la actuación de común acuerdo de los padres en las decisiones fundamentales que atañen a los hijos, el principio del interés superior del niño guía de acción de aquellos. Por tanto, es dudoso que el principio de corresponsabilidad parental sea un principio autónomo, más bien se sustenta en el principio del interés superior del niño, en otras palabras, la finalidad del principio no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos, pues este es su fundamento.

Por tanto, la tenencia compartida es la máxima expresión del principio de corresponsabilidad parental, pues a través de ella se consigue mantener vigente dicho principio. Además, vivir en familia es un derecho fundamental para todos los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, puesto que su bienestar está estrechamente ligado a la calidad de las relaciones que establezcan sus padres frente a ellos.

4.24. Evaluación del caso concreto de los niños, niñas y adolescentes para el encargo de la tenencia.

La evaluación del interés superior: consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño (Martínez, 2017, p.8).

En los escenarios en lo que se discuta la tenencia, el juez o jueza no puede fundamentar su decisión en el género de los progenitores, se debe evaluar caso por caso, de acuerdo al contexto en donde se desarrolle el niño para de esta forma primar el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes.

La lista de elementos que ha de tenerse en cuenta para la evaluación del interés superior del niño será la que sigue: la edad y madurez del niño; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; la opinión del niño; la

identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales; el cuidado, protección y seguridad del niño; el derecho del niño a la salud; el derecho del niño a la educación; aquellos otros elementos de ponderación que en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños (Martínez, 2017,p.9).

Los elementos anotados deberán ser tomados en consideración uno a uno por el juzgador que vaya a tomar una decisión donde se encuentre involucrado el menor. En este caso el juez deberá ponderar que peso da a cada elemento en la situación del niño en concreto, así como que aspectos de los elementos importan más en la decisión concreta y de este modo determinar cuál es el interés superior del niño a raíz de todas las circunstancias.

Para establecer el interés superior de los niños y niñas se hace necesario estudiar y considerar el caso concreto, para luego analizar cada uno de los factores que puedan incidir en determinar lo que más le convenga al niño o niña, y así poder garantizar el goce y disfrute de cada uno de sus derechos (López, 2015, p.58).

El interés superior del niño radica en la protección integral al niño, niña y adolescente, los cuales, por la condición de ser menores, merecen mayor cuidado, atención y protección de sus derechos e intereses, donde corresponde a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales observar, atender y respetar este principio y deberá perdurar en toda resolución y decisión que afecte directa e indirectamente a los niños, niñas y adolescentes, siendo importante estudiar y tomar en cuenta el caso concreto para determinar lo que más le convenga al menor.

A raíz de ello, se hace indispensable establecer tres puntos concretos para lograr alcanzar los fundamentos teleológicos del principio: la capacidad de los niños y niñas, su entorno familiar y social, y la predictibilidad (López, 2015, p.58).

Estos elementos permiten establecer el contenido sustancial sobre el alcance del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, mismos que tienen que estar presentes y tratar de ser desarrollados en cada hecho particular. Al velar por el interés superior del niño, todo juzgador o funcionario deberá analizar el caso y tratar de alguna manera encontrar los elementos anteriormente indicados.

De acuerdo a la temática que se pretende analizar, de los elementos anotados considero que es importante tomar en cuenta la opinión del niño y la preservación del entorno familiar y

mantenimiento de las relaciones personales, mismas que tienen una vinculación directa al momento de encargar la tenencia. En este caso la opinión del niño permitirá reconocer su expresión sobre el encargo de la tenencia, por otro lado, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, es la que debe tener en cuenta al juzgador en estos casos para que de alguna manera poder mantener los principios de la familia. A continuación, se analizará estos elementos.

4.25. Derecho a ser escuchado y opinión de los niños, niñas y adolescentes.

Poner en práctica el principio de interés superior del niño, es permitirle al menor el derecho a opinar como un elemento fundamental que va encaminado a tomar en consideración en todos los asuntos que le afecten.

Podríamos afirmar que el derecho a opinar y a ser oído es una de las formas en que se instrumenta en la práctica el principio de los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derecho o, como está previsto en nuestra Carta Magna, como sujetos plenos de derecho. He aquí su importancia fundamental (Fundación Juan Vives Suriá, 2010, p. 15).

Entonces uno de los elementos fundamentales que se debe evaluar para tomar en consideración el interés superior de los niños, niñas y adolescentes es su libre opinión, puesto que garantizar el derecho a ser escuchado permite tomar mejores decisiones, así como estimular las capacidades de las niñas, niños y adolescentes para ejercer derechos.

El derecho a expresar su opinión, el derecho a ser oído y el derecho a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en razón de la edad y madurez del niño, son aspectos que se encuentran estrechamente vinculados entre sí, dando origen a una interdependencia indisoluble, pues los tres deben concurrir a objeto de garantizar efectivamente el derecho a opinar (Ferrer, 2007, p. 78).

El derecho a opinar significa proporcionar la oportunidad necesaria al niño para que haga uso de la facultad que tiene de expresarse, manifestar su querer, su pensamiento, así como sus inquietudes, en otras palabras, de decir lo que piensa acerca de las situaciones que puedan afectarle. El derecho a ser escuchado por su parte se refiere a que se debe prestar atención importante a lo expresado, es decir corresponde al sujeto sobre el cual recae este derecho, cuyas manos está en tomar una decisión, en otras palabras, el juzgador debe adoptar los mecanismos necesarios para permitir la comunicación con los niños, niñas y adolescentes. Por último, el

derecho a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en función de su edad y madurez, constituye en sí el fin último, sin lo cual el derecho a opinar carecería de su contenido más elemental, significa que se debe tener en cuenta sus opiniones como factor destacado en las decisiones, es decir los resultados del proceso deben compartirse con el niño, de forma que se evidencie su participación en el proceso como sujeto activo.

La capacidad natural de actuación de los niños, niñas y adolescentes se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, que les permite decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir. De ahí que pueda establecerse que el niño o niña con suficiente madurez, independientemente de su edad, puede ejercer sus derechos y definir sus deseos; en el caso de carecer de madurez suficiente, el niño o niña podrá ejercer sus derechos y deseos de expresión con la ayuda de sujetos expertos en psicología infantil, los cuales podrán determinar el verdadero deseo del niño o niña (Lòpez, 2015, p. 59).

El juzgador, con su respectivo cuerpo técnico, al escuchar al menor debe tomar en consideración su opinión de acuerdo a su madurez y capacidad en cada caso particular, es decir no tomar en cuenta una edad generalizadora para todos los casos en general. En el contexto de la normativa ecuatoriana, cuando se aplica el derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado al momento de encargar la tenencia, este derecho está limitado por el criterio de tenencia preferente materna, haciendo que pierda su efecto útil dejando sin eficacia el derecho del menor a ser escuchado puesto que, bien el niño podría expresar su opinión sobre el encargo de la tenencia, pero esta se encontraría limitada por este modelo de preferencia materna al ser menores de 12 años como nos señala nuestra legislación.

4.26. Derecho a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones de los niños, niñas y adolescentes.

Uno de los aspectos importantes de la evaluación para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente es la preservación del entorno familiar y mantener las relaciones con sus progenitores, al momento de encargar la tenencia.

Derivado del derecho a tener una familia nace el correlativo de convivencia de los hijos con sus padres y familiares privilegiando el mejor desarrollo integral de los primeros. Es fundamental que se entienda que la convivencia del niño, niña y adolescente con sus padres es su derecho, pero también será un deber de los progenitores para con ellos (Pèrez, 2013, p. 1159).

Es fundamental para garantizar el óptimo desarrollo integral del menor la convivencia con ambos padres que como sabemos la familia es el medio principal para el crecimiento y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, al existir la tenencia exclusiva donde se prefiere directamente a la madre se estaría reforzando la separación familiar, así como impidiendo que exista un fortalecimiento del núcleo familiar. Por ello lo mejor para los niños, niñas y adolescentes es mantener las relaciones con ambos progenitores, tras la separación o divorcio, teniendo en cuenta que no contravenga con su interés superior.

La preservación del entorno del niño es fundamental (...) en el caso de ruptura en la familia, la custodia ha de procurar incidir en la menor manera posible en las rutinas del pequeño y en todos los casos hay que procurar sostener una relación normalizada con ambos progenitores y sus familias en sentido amplio (García, 2016, p. 149).

Entonces se puede afirmar que el mantenimiento de los vínculos familiares es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, por lo que el juez al evaluar el interés superior del menor debe tener en cuenta este derecho, tomando en cuenta conjuntamente con los elementos necesarios para el caso.

Al otorgar la tenencia preferente a la madre, se manifiesta la contradicción de la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, puesto que el padre debe primeramente probar que la madre no es apta para el cuidado de los niños, niñas y adolescentes en vez de salvaguardar su interés, generando así conflictos que conllevan a presentarse la violencia de género e intrafamiliar, así también provoca el distanciamiento entre los progenitores y entre la familia ampliada. De la misma manera, al encargar la tenencia de forma prioritaria a la madre, causa una desventaja para la familia ampliada del padre, cuando este se encuentre apto en las mismas condiciones para cuidar al menor, es decir esto puede ocasionar distanciamientos emocionales entre los niños, niñas y adolescente y su familia paterna.

Del tal modo que, para mantener la relación con sus progenitores y sus familias, luego de la separación o divorcio y que dicho contacto sea beneficioso para el niño, la mejor opción es la tenencia compartida.

4.27. Principio de interés superior del niño.

Los orígenes de la protección integral de la niñez y adolescencia, develan dos doctrinas diametralmente opuestas, una fundamentada en la relación adulto-menor mediada por el tutelaje, donde las niñas, niños y adolescentes no eran considerados sujetos de

derecho, se concebían como objeto de patrocinio e intervención; por otro lado, se encuentra la doctrina de protección integral, que los reconoce como sujetos de derechos y que precisa del Estado la modificación de los marcos legales. Uno de los primeros precedentes se encuentra en el sistema anglosajón, que reconocía a la familia como el principal pilar para el progreso de una sociedad, donde las niñas, niños y adolescentes como parte de esta institución, debían ser sujetos de derecho para facilitar su pleno desarrollo personal; lo que motiva y da inicio al estudio del Interés Superior del Niño (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020).

En este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento internacional de carácter vinculante, establece un antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como sujetos plenos de derechos. Efectivamente, con la Convención, cambia la protección jurídica del grupo formado por niños, niñas y adolescentes. Con este instrumento internacional se supera la Doctrina de la Situación Irregular para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, es decir todos los derechos para todos los niños. Por lo tanto, El Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los Derechos Humanos de la infancia.

El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad (Balleste, 2012, p.91).

Pues nos damos cuenta de que este concepto está bien planteado debido a que los niños, niñas y adolescentes merecen que sean sujetos de derecho y puedan contar con una atención prioritaria en el momento que vayan a ser vulnerados sus derechos.

Deberán buscar el interés de este, configurándose como una modelización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de los conflictos inter conyugales. Esto quiere decir que, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede (Díaz, 2010, p. 23)

El interés superior del niño es el derecho más protegido, debido que las decisiones que se tomen, afectan directamente a los niños y, la persona quien esté en el sistema de justicia será

el encargado de hacerlo y buscar método idóneo de aplicarlo, salvaguardando la integridad de los niños.

En la Constitución de 1998, así como en la actual de 2008 se considera el interés superior de las y los niños, así como el de las y los adolescentes, prevaleciendo sus derechos sobre los de las demás personas, por ellos es que todas las Instituciones del Estado, la Sociedad y la familia, tienen la obligación de respetar y hacer prevalecer sus derechos, sus intereses sobre el de los demás (León, 2014, p. 143).

Los niños, niñas y adolescentes se hallan amparados bajo el principio de interés superior, mismo que coloca en una situación privilegiada a los menores, por su condición de vulnerabilidad, y debido a que requieren atención especial, y que indica que los derechos, intereses y beneficios de los niños, niñas y adolescentes se encuentran por encima del de las demás personas, de igual manera las leyes que lo amparan son superiores y primordiales, así mismo la Constitución de la República del Ecuador los considera como grupo de atención prioritaria y preceptúa un trato especial y adecuado a sus necesidades especiales.

El interés superior del niño tiene un triple concepto. En primer lugar, es un derecho de las niñas, niños y adolescentes para que su interés sea tomado en cuenta, y se evalúe el mismo cuando existan otros intereses para la toma de decisiones que como consecuencia afecten a un niño o niña, o a los niños en general. En segundo lugar, es un principio de interpretación fundamental, conforma al cual, prevalecerá la norma que de mejor manera satisfaga el ejercicio de derechos de los niños. Finalmente es una norma de procedimiento que determina que el proceso para la adopción de medidas que afecten a niños o niñas deben incluir una estimación de sus posibles repercusiones, lo que incluye la necesidad de incorporar garantías procesales (UNICEF, 2018, p. 2).

El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Es un derecho que puede ser exigido ante quienes tienen el deber de respetarlo y garantizarlo: la familia, la sociedad y el Estado, por otra parte, se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta. Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña. y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño, niña o adolescente prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño, niña

o adolescentes. Una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados. En la evaluación y determinación de su interés superior los jueces deben respetar los derechos a la tutela judicial efectiva y a las garantías del debido proceso. Por otra parte, tiene que ver con la motivación de la decisión de la autoridad, es decir, en la motivación de las decisiones judiciales no basta con citar el principio del interés superior del niño, sino que se requiere detallar específicamente los elementos que se tomaron en cuenta para determinarlo, los criterios en los que se ha basado la autoridad judicial y la forma en la que se ponderaron los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que nos conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que nos pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño, hemos de considerar aquella que satisfaga en mayor medida el interés de este último (García, 2016, p.140).

Siguiendo esta línea se puede considerar que el legislador no ha tomado en cuenta la esencia del principio constitucional del niño. Lo que se pone en juego no es la situación de los padres, puesto que si bien es cierto el divorcio o separación de pareja como el termino lo dice implica un aislamiento de los mismos, pero lo que se debe de tomar en cuenta tras la separación o divorcio son los derechos del menor para su formación, desarrollo integral, y la razón principal para precautelar esos derechos es la presencia de ambos padres permanentemente ya que lo que se busca es salvaguardar el principio del menor por encima de los derechos de los padres. Desde otro punto de vista este principio significa:

Una medida jurídica garantista, de control y protección de la infancia, que obliga a una autoridad a tener presente los derechos actualmente reconocidos de los niños, al momento de tomar cualquier decisión jurídica o administrativa en donde se vean inmersos sus intereses, con el objetivo de satisfacer dichos derechos (Anilema, 2018, p.20).

Por lo tanto, está en la obligación de todo juzgador precautelar y primar de forma efectiva y sin excepciones el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Lo cual exige determinar la totalidad de los hechos puestos en conocimiento ante el juzgador, así como las

circunstancias propias de cada caso, lo cual implica analizar cuestiones específicas de las niñas, niños y adolescentes y particularmente la realidad como se desenvuelven dentro de la familia. Esto también significa que el operador de justicia debe considerar la opinión del niño antes de encargar la tenencia con el propósito de garantizar su interés superior.

El Interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña (López, 2015, p. 55).

Se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños, niñas o adolescentes.

Los asuntos de menores de edad que involucren derechos prevalecientes, de acuerdo a este principio, deben ser afrontados de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta los parámetros generales, y los criterios orientados que pueden servir para el análisis de casos individuales que involucren derechos propios de los menores de edad, conocer y relacionarse con sus verdaderos padres. El encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior del niño, niña y adolescente. Al contrario, se debe evaluar caso por caso cuál sería la mejor opción para el niño, niña y adolescente.

En nuestra legislación en el código de la niñez y adolescencia primero se ordena observar la situación del padre y de la madre y, luego, el interés superior de los niños niñas y adolescentes a pesar de que este último debe ser lo principal.

El interés superior del niño, tiene como último fin, el precautelar los derechos de los niños a través de mecanismos y procesos adecuados, los cuales, ayudan a que el niño se desarrolle en un ambiente propicio para su desarrollo integral, social, cultural, político, y económico.

El interés superior del niño es un tema muy importante que se lo debe tratar con mucha responsabilidad y hacer cumplir este principio en todo su contexto y que para ello es necesaria la colaboración de todas las autoridades en especial las legislativas y administrativas, para que no se viole por ningún motivo este principio.

4.28. Principio de igualdad.

Que un hombre no sea tratado como igual minimiza su humanidad. Que una mujer no sea tratada como igual, invisibiliza su humanidad. Es por ello, que la igualdad además de ser un derecho también es un principio y una garantía de actuación (Cedeño, 2022, p. 937).

La igualdad no es solo un derecho, también es un principio que rige la actuación del Estado frente a sus ciudadanos, lo que garantiza no solo un trato igualitario, sino la prohibición expresa de realizar cualquier discriminación, debiendo adoptarse acciones afirmativas que promuevan la igualdad real. La igualdad real sería aquel resultado de la evolución de la igualdad y una característica principal de un Estado social de derecho y de justicia, en los cuales se resaltan las diferencias sociales con el fin de crear las políticas públicas a los fines de garantizar la igualdad verdadera y no solo en letra, de ahí viene su carácter de principio y no solo de derecho.

Principio general del derecho que propugna la igualdad de trato de las personas de manera que ante situaciones iguales se otorgue el mismo trato y en situaciones desiguales se favorezca un trato distinto a las personas. La igualdad puede ser vista desde un punto de vista formal en la regulación de las diferentes cuestiones en las leyes (igualdad en la ley), así como desde un punto de vista material en la aplicación de las mismas (igualdad en la aplicación de la ley) (Enciclopedia Jurídica, 2020).

La igualdad como derecho y principio busca colocar a las personas en similares condiciones desde una noción equivalente y justa. De tal modo que no se dispongan excepciones, así como privilegios que excluyan a un individuo de los derechos que se otorga con otra.

La igualdad de género no significa que hombres y mujeres deban ser tratados como idénticos, sino que el acceso a oportunidades y el ejercicio de los derechos no dependan del sexo de las personas (ONU Mujeres, 2015, p. 4).

La igualdad de género hace referencia a que tanto mujeres como hombres, deben gozar por igual, los mismos derechos, responsabilidades, oportunidades y protecciones. Supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres. Sin embargo, se evidencia que el padre presenta desventajas para ejercer la tenencia por su razón de género, por ello la implementación de la tenencia compartida en nuestra legislación es una forma de hacer efectivo la igualdad de género como nos señala nuestra constitución, y poder construir nuevas relaciones sociales y entornos saludables y justos para niñas, niños y adolescentes.

El Estado no ha tomado ninguna medida para combatir esta desigualdad de derechos, es precisamente por esta razón que muy pocos padres se atreven a plantear una demanda de tenencia por un niño porque no existen jueces que apliquen el principio de igualdad; si un padre plantea una denuncia por maltrato físico o psicológico a su hijo, las autoridades no toman ninguna medida inmediata, pero si se trata de la madre es inmediato las medidas de protección que dictan; entonces ante este tipo de abusos no podemos hablar de igualdad de derechos (Gomez, 2016, p. 22)

Según el autor se puede decir que la igualdad al estar contemplada en la Constitución, así como en tratados internacionales, no ha sido aplicada correctamente, puesto que al hombre le dan desventajas por su condición de género y la sociedad le atribuye otros conceptos como la capacidad de cuidado en diferencia con la mujer pero eso no justifica de que todos los hombres se la debe considerar de la siguiente manera, hay padres que muestran condiciones para ejercer la tenencia, pero debido a la preferencia materna esta situación queda escondida, pero si aplicamos el principio de igualdad se haría más eficaz la participación de los padres .

El derecho de igualdad al estar estipulado en nuestra Constitución debe ser respetado, ya que es aquel derecho constitucional que debe ser punto de partida en decisiones tomadas dentro de los cinco poderes del Estado: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral, transparencia y control social, y cada uno de los ciudadanos en su vivir diario, principalmente los operadores de justicia son los llamados a través de sus decisiones judiciales, más aún cuando dentro de un proceso judicial se encuentre inmerso el interés superior del niño, este requiere velar para que este derecho de igualdad que está encaminado en la dirección de los demás derechos como lo establece el artículo 11 de nuestra Carta Magna; sea verdaderamente considerado en sus sentencias (Cedeño, 2022, p. 939).

El derecho de igualdad en este aspecto se ve inmerso en reconocimiento igualitario de ambos padres, dando el trato igualitario de sus derechos frente a sus hijos. Nuestra constitución es garantista, por lo tanto, el estado en ejercicio de sus funciones debe poner en función este principio y al tratarse en temas de niños, niñas y adolescentes, es de prioridad aplicar la norma constitucional dando un trato igualitario de los padres frente a sus hijos.

El principio de igualdad tiene relación directa con la tenencia compartida y el principio constitucional de interés superior del menor, debido a que juega un papel importante en la decisión que se tomen por parte de los padres, el niño necesita del cuidado protección de ambos padres y la separación de sus padres no supone un quebrantamiento de esa participación igualitaria, sino que significa que el niño tenga en su presencia en la convivencia a ambos padres.

4.29. Principio de corresponsabilidad parental

El principio de corresponsabilidad significa que ambos padres se responsabilizan y participan, es decir concurren los dos progenitores, asumen en común ciertas funciones en relación a los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación” (Acuña, 2013,p. 56).

Este principio es el pilar fundamental de la tenencia compartida ya que en él se funda la igualdad de derechos y obligaciones que otorga esta norma jurídica a los padres, independientemente o no que vivan bajo el mismo techo. El menor necesita la presencia de ambos progenitores para que su información integral no se vea afectada.

Consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos; combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo el mismo techo; este principio de corresponsabilidad parental y el derecho a relacionarse con los hijos no son absolutos, sino relativos, y deben ponerse en relación con el prevalente principio del interés superior del niño; por tanto, el planteamiento ha de partir del niño y no de los padres, lo que implica asegurar la supervivencia de la pareja parental; en ese sentido, el desarrollo integral del menor se debe llevar a cabo procurando mantener las relaciones con ambos progenitores de manera continuada, plena e intensa.

Este principio tiene su fundamento en la familia, en razón de que la familia es el grupo fundamental para el desarrollo y bienestar de los niños; los niños deben crecer junto a

su familia, especialmente con sus padres, estén casados o separados en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (Romero, 2009, p. 56).

Es necesario que los hijos crezcan junto a su familia, fundamentalmente con el padre y la madre, ya sea estén casados o separados en un escenario de comprensión, amor y felicidad. Este principio hace referencia al reconocimiento de la participación del padre y la madre en el cuidado, crianza y educación de los niños, niñas y adolescentes. En este caso, los padres deben tomar toda la responsabilidades y actitudes necesarias, para asegurar en lo posible el bienestar de sus hijos, por la tanto debe existir igualdad entre ambos padres en la toma de decisiones que tenga que ver con el interés superior del menor.

La corresponsabilidad parental determina que, así como el estado y la sociedad son corresponsables en los diferentes ámbitos de su accionar, los progenitores, del mismo modo, tienen la responsabilidad primigenia, directa e ineludible de la sobrevivencia de los menores de edad. Es una responsabilidad compartida de padre y madre. Es decir, los dos por igual deben asumir esta tarea (Albàn, 2003, p. 112)

La corresponsabilidad, se entiende como la autoridad que tienen los padres sobre el menor sea dentro o fuera del matrimonio velando de una forma equitativa por todos los derechos y deberes de protección y responsabilidad del niño, así también el cuidado personal del menor es compromiso de los progenitores es ahí donde empieza el término jurídico utilizado como custodia compartida. Mantener los deberes parentales debe ser obligatorio inclusive después de un proceso de divorcio, para que el menor no se vea afectado por la ausencia paterno-materna, lo cual le produzca inestabilidad emocional y psicosocial. La Corresponsabilidad parental es un principio novedoso dentro del marco jurídico y la doctrina, ha venido tomando importancia durante los últimos años, debido a que a la madre se le atribuye mayor carga en el cuidado de los hijos mientras que el padre por lo general hace de proveedor, lo recomendable es que el hombre y la mujer ejerzan todos los derechos y responsabilidades para con sus hijos, de manera equilibrada sin necesidad de referirse meramente a labores domésticas para con los menores de edad.

Es un principio que reconoce la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos; por lo que los padres deben tomar todas las conductas necesarias, para asegurar en la medida de sus posibilidades el bienestar físico y espiritual de sus hijos, debe existir igualdad entre ambos al adoptar decisiones que tengan que ver con su hijo, procurando siempre el bienestar del niño; si el legislador decidió establecer el principio de corresponsabilidad parental

lo hizo pensando que ambos padres son individualmente aptos para el cuidado y crianza de los hijos.

A pesar de la separación de la pareja y cualquiera que fuere el motivo de la misma, debe prevalecer la responsabilidad como padres para el buen desarrollo integral del menor, los dos deben estar pendientes de las necesidades y de igual manera disfrutar de los buenos momentos con sus hijos, dejar atrás sus conflicto como pareja y así lo establece y consagra nuestra Constitución de la República, no solo es el deseo que tengan los padres sobre la buena situación del menor, sino que es la obligación de ellos el velar por el cuidado y protección y en función de esto, en nuestro país se debe establecer o regular una norma jurídica, en primer lugar para que se respete nuestra Ley Suprema y segundo lugar crear más normas para hacer prevalecer y respetar los derechos del niño.

4.30. Constitución de la República del Ecuador

Art. 67.- 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. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008).

La constitución refiere a que el Estado en el ejercicio de sus funciones proteja el derecho a la familia, ello implica garantizar que sus integrantes gocen de sus derechos en igualdad de condiciones sin ningún tipo de discriminación. En este caso, el estado debe garantizar que tanto el padre como la madre ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones frente a sus hijos.

Nuestra Constitución establece en el Título II de los Derechos, en el Capítulo III de los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria en el Art. 35:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008).

Las niñas, niños y adolescentes están comprendidos dentro del grupo de personas con atención prioritaria, por lo tanto, es importante que el Estado reconozca a este grupo que por su condición necesita atención especializada tanto en lo público como en privado, en otras palabras, se trata de los derechos de igualdad real para dar cumplimiento a lo establecido en la constitución.

En la legislación ecuatoriana fundamentalmente en la constitución nos presenta una serie de principios, dentro de los cuales encontramos el principio de interés superior del niño. Así, el artículo 44 nos describe:

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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El menor como parte del grupo de atención prioritaria requiere de la protección, eficaz por parte del estado, lo cual implica emitir los lineamientos, políticas públicas necesarias, trabajar para que las leyes ecuatorianas se adecuen a los principios establecidos en la constitución, en este caso al principio constitucional de interés superior del niño para el goce progresivo de los derechos de los niños de acuerdo a su desarrollo integral, en un marco legal y constitucional enfocado al buen vivir.

La constitución también nos puntualiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes:

Art. 45.- 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.

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; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008).

Estos derechos descritos por la constitución son fundamentales para el menor, puesto el menor por su condición de edad requiere de mayor protección y en ello se engloba un cumulo de derechos que debe garantizar el estado, la familia y la sociedad. Estos derechos propios del menor permiten que este pueda desenvolverse y crecer con el cuidado y protección que el menor lo necesita.

Art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008).

Del articulo mencionado se puede mencionar que está en la obligación de todo juzgador precautelar y primar de forma efectiva y sin excepciones el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Desde esta perspectiva se entiende que es necesario la opinión del niño, así como su evaluación frente a la toma de una decisión por parte de la autoridad judicial que preferiblemente debe ser especializada en estos temas, con el propósito de precautelar el interés superior del menor, lo cual exige determinar la totalidad de los hechos puestos en conocimiento ante el juzgador, así como las circunstancias propias de cada caso, lo cual implica analizar cuestiones específicas de las niñas, niños y adolescentes y particularmente la realidad como se desenvuelven dentro de la familia.

Sobre el derecho a la igualdad, la constitución en su artículo 11 numeral 2, párrafo 1 nos expresa:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (Constitución de la República del Ecuador ,2008).

Hay que reconocer que la igualdad no es solo un derecho sino también un principio que rige la actuación del Estado frente a las necesidades de sus ciudadanos en aras de armonizar sus derechos, puesto que no solo significa un trato igualitario, también busca la prohibición de realizar cualquier tipo de discriminación, por ello se debe optar acciones afirmativas que garantice este derecho y principio como característica principal de un estado social de derecho y justicia, donde se evidencia las diferencias sociales como en la familia, por ello el estado debe crear las políticas públicas necesarias con el propósito de garantizar la igualdad entre hombres mujeres.

La constitución del Ecuador en su artículo 69, en su numeral 1 y 5 nos da una referencia importante respecto a la corresponsabilidad de la madre y el padre que debe existir frente al cuidado y protección de sus hijos:

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. 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

5.El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Nuestra constitución nos expresa que está en el deber y obligación de los padres el cuidado, bienestar y protección de los derechos de sus hijos e hijas. Entonces, claramente se puede notar la protección que otorga la constitución a los integrantes de la familia que son

principalmente la madre, el padre y el hijo, por lo que la obligación del cuidado, crianza alimentación, educación y desarrollo del menor es de ambos padres, sin hacer ningún tipo de distinción de género y el estado es participe de promover esta igualdad de derechos y obligaciones entre los progenitores es decir de la corresponsabilidad parental.

Así mismo nuestra constitución, en el artículo 83 numeral 16 indica:

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En base a esto se puede mencionar que los niños, niñas y adolescentes requieren necesariamente la participación responsable de los dos progenitores en el cuidado, desarrollo y bienestar del menor, velar por ellos, no descuidar su formación integral, puesto que lo que se pone en juego no es la situación de los padres, si bien es cierto el divorcio o separación de pareja como el termino lo dice implica un aislamiento de los mismos, pero lo que se debe de tomar en cuenta tras la separación o divorcio son los derechos del menor para su formación, desarrollo integral, y la razón principal para precautelar esos derechos es la presencia de ambos padres permanentemente ya que lo que se busca es salvaguardar el principio del menor por encima de los derechos de los padres.

4.31. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Este instrumento internacional de igual forma protege a la familia y a sus integrantes, específicamente a los progenitores, niños, niñas y adolescentes.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

De los siguientes enumerados previamente anotados, el numeral 4 nos pone de manifiesto un aspecto muy importante, puesto que se refiere a la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades de los padres frente a sus hijos incluso cuando este disuelto el matrimonio, ya que la preocupación será la protección de sus hijos, salvaguardando su interés superior. Es decir, el divorcio o separación no repercute en las responsabilidades de sus padres, los padres son encargados de velar por la continuidad de la vida del menor.

En el artículo 19 del presente instrumento se refiere a los derechos del Niño y describe “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

El niño tiene características propias que por su condición requiere conferírle importante protección de sus derechos por parte de la familia, es decir es necesario la presencia en su vida de sus semejantes que principalmente son sus padres, y esta responsabilidad también se extiende a la sociedad y del Estado.

4.32. Convención sobre los derechos del niño

El presente instrumento de carácter Internacional nos describe una serie de derechos y principios los cuales protegen a las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los

órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Convención sobre Los Derechos del Niño, 1989).

El interés superior del niño debe ser una consideración primordial, es decir se debe tener en cuenta fundamentalmente en todas las decisiones concernientes a ellos. Por tanto, se lo debe tratar con responsabilidad y hacerlo cumplir dicho principio en todos los aspectos y para ellos es necesario la actuación especializada de todas las autoridades legislativas y administrativas, en vista de no atentar por ningún motivo el alcance de este principio.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención (Convención sobre Los Derechos del Niño, 1989).

Los derechos del niño son protegidos fundamentalmente por sus padres, pero esta obligación también se extiende a su familia ampliada, tutores u otras personas encargadas, es decir independientemente en donde el niño se desarrolle se debe tratar en todo lo posible salvaguardar sus derechos.

Artículo 9

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado 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 (Convención sobre Los Derechos del Niño, 1989)..

Los niños, niñas y adolescentes para su formación, bienestar y desarrollo integral requieren de la convivencia familiar, puesto que sus padres son los responsables principales de velar por la protección de los menores desde su concepción, así como de proveerles los servicios

necesarios, formarles como seres humanos. Los padres y familiares son los actores de inculcar valores, principios referentes a su personalidad, ideas políticas, sociales religiosas, esencialmente en sus primeros años de vida, puesto que la persona necesita la presencia familiar en todos los aspectos. Por tanto, el Estado debe tratar en lo posible mantener los derechos de familia para lograr un óptimo desarrollo de la sociedad.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres 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 (Convención sobre Los Derechos del Niño, 1989).

Esta Convención pone de manifiesto que el principio de interés superior del menor sea garantizado por todos los estados por lo que cerciorara que los padres realicen el cuidado, desarrollo y crianza de sus hijos menores edad en condiciones iguales, es decir la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación, alimentación, cuidado y al desarrollo de sus hijos, en beneficio de la consideración primordial de interés superior del niño.

Artículo 27

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (Convención sobre Los Derechos del Niño, 1989).

Para garantizar el interés superior del menor, los niños, niñas y adolescentes necesitan un nivel de vida adecuado, es decir necesitan crecer en un ambiente de bienestar, de forma pacífica, entendiéndose que no deben ser usados o manipulados para cualquier tipo de situaciones negativas, al contrario, los que estén a cargo de ellos deben brindarles un hogar, alimentación, cuidado y afecto en óptimas condiciones.

4.33. Comité de los derechos del niño. Observación general N.º. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

13. Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la

obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

El principio de interés superior del niño como una consideración primordial significa ponderar distintos intereses y garantizar sus derechos siempre que una decisión afecte al mismo. Por otra parte, si existe una normativa abierta a más de una interpretación, se debe tomar en cuenta la interpretación que mejor sirva al interés superior del niño. Así también, consiste evaluar y tomar las consideraciones necesarias en función de cada caso frente a una decisión donde se involucren los menores.

43. La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan

53. El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Como nos señala el Comité el menor es parte fundamental dentro del proceso, puesto que su opinión tiene que incidir en todas las decisiones que tome el juzgador, es decir la opinión abre la posibilidad de conocer la situación, la realidad del niño, como se desenvuelve dentro de la familia y a través de ello poder determinar qué es lo mejor para el mismo, en otras palabras, a través de su opinión y que las mismas sean tomadas en cuenta, se garantiza su interés superior.

67. El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el 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 de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

El artículo mencionado es importante, en vista de que el juzgador debe primeramente evaluar el interés superior del niño tomando en cuenta primordialmente el derecho del niño a

conservar la relación con ambos progenitores. No obstante, si bien las responsabilidades compartidas resultan beneficiosas para el niño, esto no quiere decir que el juez otorgue directamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o ambos. En síntesis, el interés superior del niño debe estar por encima de la situación de los padres, al evaluar caso por caso el juez debe determinar si lo mejor para el niño es que se determine la responsabilidad parental a uno de los progenitores o para ambos, es decir las responsabilidades parentales pueden ser compartidas, no necesariamente puede ser solo para un progenitor.

70. La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Al permitir que el menor siga manteniendo la convivencia con sus padres cuando estos estén separados, se permite también que el niño siga manteniendo vínculos afectivos o conservando el entorno familiar con la familia ampliada, no obstante, si la tenencia la tiene un solo progenitor el niño va experimentar un alejamiento o disminución de contacto con su familia ampliada sea de su padre o madre.

4.34. Código de la Niñez y Adolescencia

El código de la Niñez y Adolescencia es la normativa contemplada en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano que regula lo relacionado a los derechos, principio y garantías de las niñas, niños y adolescentes. Por ello mencionare algunos artículos que van directamente relacionado a la temática que se pretende analizar:

Art. 9.- Función básica de la familia. - La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La familia es la base principal de la sociedad, así mismo es el lugar donde se desarrolla los derechos de sus integrantes, por lo que fundamentalmente las niñas, niños y adolescentes requieren crecer en familia como pilar fundamental para su desarrollo integral, por tanto, es prioridad de los progenitores tener la responsabilidad compartida para la protección, cuidado

de sus hijos porque ambos padres cumplen su rol importante frente a las decisiones de sus hijos y son responsables en su formación, educación y desarrollo de los mismos.

Art. 11.- El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

En concordancia con el artículo 50, del mismo cuerpo normativo:

Art. 50.- Derecho a la integridad personal. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Este principio fundamental prima sobre cualquier otro principio incluyendo a la de los padres por lo que todas las medidas relativo a los menores que tomen las instituciones tanto públicas como privadas, deben tener en consideración primordial a lo que se atenderá será en base al interés superior del menor. Las necesidades y derechos de los hijos deber ser atendidas y cubiertas por los padres de una manera responsable. De esta manera se asimila interés superior del niño como un principio fundamental lo cual consta de un conglomerado de acciones y proceso tendientes a garantizar su desarrollo integral, bienestar y una vida digna en todos los ámbitos, así como las condiciones económicas, culturales, materiales y afectivas donde pueda vivir privilegiadamente y alcanzar el mayor bienestar posible.

Art. 21.- Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser

cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquel, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La norma prevista apunta a la idea de que los niños deben mantener relaciones con sus padres, y ser cuidado por ellos. Entonces la responsabilidad es de ambos padres, sin importar que se hayan divorciado o separado.

Art. 105.- Concepto y contenidos. - La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La separación o divorcio de los padres no ponen fin a la patria potestad de ambos, entendiéndose que esta es el resultado de un vínculo parento-filial y no depende de la unión de los progenitores. Estos deberes y derechos de los padres referente a la patria potestad son de carácter personal y patrimonial, y cuando hablamos de tenencia nos referimos al carácter personal de la patria potestad puesto que alude al cuidado, educación, asistencia física y moral de los hijos.

Entonces se entiende que una de las formas para ejercer la patria potestad es la tenencia, y como sabemos no es la única forma de ejercerla, puesto que el ejercicio de la patria potestad también comprende la representación y administración y administración de los bienes de sus hijos.

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego

de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- 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;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
- 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
- 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Del mencionado artículo se observa que hace alusión a la patria potestad, determinándose así que la norma es confusa, puesto que estas reglas se refieren exclusivamente para encargar la tenencia, es decir que no se refieren a la atribución de la patria potestad, puesto que esta se ejerce en conjunto. Por tanto, la norma se centra como se dijo en el encargo de la tenencia es decir cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, de acuerdo con la Corte Constitucional, los numerales 2 y 4 de la referida norma, resulta primeramente discriminatoria por preferir directamente a la madre, así mismo por establecerse como regla la situación o el género de los padres y poniendo como condición

el interés superior del menor, cuando este principio debe ser la regla por la cual se encarga la tenencia.

Art. 118.- Procedencia. - 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.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

El juzgador de acuerdo a estas reglas está limitado de encargar la tenencia a ambos progenitores, puesto que a pesar de que los progenitores estén en igual condiciones para ejercer la tenencia, la tenencia siempre va ser preferible a la madre, vulnerando el derecho de igualdad reconocido en la constitución y fundamentalmente al principio de interés superior del niño.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. - Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Según este articulo un juez puede modificar la tenencia exclusiva cuando se pruebe que no esté resultando beneficioso para el menor, otorgándolo así a otro progenitor o un miembro familiar, es decir, el juez debe tratar de determinar lo mejor para el niño. En este caso si se regulara la tenencia compartida el juez también puede modificar su resolución cuando evidencie que afecta los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es decir puede volver a una tenencia exclusiva, cuando se demuestre que un padre es apto para el cuidado. Por tanto, en cualquier tipo de tenencia se debe buscar que es lo mejor para el niño y que no menoscabe sus derechos.

4.35. Código Orgánico General de Procesos

Art. 332.- Procedencia. - Se tramitarán por el procedimiento sumario:

3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.

4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho.

La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley (Código Orgánico General de Procesos, 2021).

Este procedimiento establecido en el COGEP, es aquel que se debe seguir en temas relacionados con niños, niñas y adolescentes en cuanto alimentos, tenencia, visitas y patria potestad. Hay que recalcar como nos señala el numeral 4 del mencionado artículo que estos temas se deben resolver previamente antes del proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho.

Art. 333.- Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:

4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

En materia de niñez y adolescencia, la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación.

5. En las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral, conforme este Código (Código Orgánico General de Procesos, 2021).

En este proceso judicial uno de los padres puede reclamar ante un juez la tenencia del menor. La tenencia será determinada por el Juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el menor, de esta manera el hijo vivirá con uno de los padres, en tanto que el otro padre tendrá derecho a un régimen de visitas y pensión de alimentos. Hay que recalcar que previo

a una resolución de divorcio o la terminación de unión de hecho, se debe determinar primeramente la situación de régimen de tenencia, así como los alimentos y visitas.

4.35.Derecho Comparado

4.35.1. Código Civil Español

Dentro del derecho comparado en el Código Civil Español en el del Libro I título IV con título “Del Matrimonio” y en su capítulo IX se refiere a “Los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” se puntualiza este tema específicamente en el artículo 92:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de

las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (Codigo Civil Español, 1889).

A diferencia de la legislación ecuatoriana esta le da prioridad al interés superior del menor donde es válida su opinión y le confiere el derecho a ser escuchado, previo a la determinación de la custodia compartida. Por otra parte, también toman en consideración la relación de los padres con sus hijos, aunque estos ya hayan solicitado la custodia compartida o puedan acordar en el transcurso del proceso, y poder determinar si es idóneo la tenencia compartida.

Así también pese a no ser solicitado la custodia compartida por ambos padres, el juez determinara que para proteger el interés superior del menor es necesario o adecuado acordar la tenencia compartida.

Entonces al tomar en consideración la opinión del menor y evaluar las relaciones de los padres con sus hijos para otorgar la tenencia compartida, se está salvaguardando y protegiendo los derechos del niño, niña y adolescente.

4.35.2. Código de las Familias y del Proceso Familiar. Ley 603.Bolivia

En la legislación boliviana concretamente en el Código de las Familias y del Proceso Familiar regula la guarda compartida:

Artículo 217. (Guarda Compartida)

La guarda compartida es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de las y los hijos comunes, mediante un acuerdo voluntario que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

El acuerdo establecerá la frecuencia con la que cada progenitor mantendrá una relación directa y regular con los hijos o hijas y el sistema de asistencia familiar, bajo la supervisión del equipo interdisciplinario de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

La Defensoría de la Niñez y Adolescencia de oficio, la madre, el padre o ambos podrá solicitar el cese de la guarda compartida cuando la situación no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad de las hijas o hijos, en cuyo caso la autoridad judicial tomará las medidas necesarias para la protección de las hijas e hijos (Codigo de las Familias y del Proceso Familiar, 2014).

La referida norma puntualiza que la tenencia compartida es un régimen de vida donde se involucran los padres de familia en la que ambos progenitores contribuyen en el desarrollo, cuidado y formación de sus hijos.

A raíz de esto se toma en cuenta que, si la situación en la que vive el menor con los padres compartidamente no garantice la estabilidad y continuidad adecuadamente para su desarrollo integral, el operador de justicia tomara las medidas necesarias, por tanto, una vez más se lo faculta al juez analizar, evaluar las circunstancias y situaciones del entorno natural y social en el cual se desenvolverá y desarrollara el menor en beneficio de su bienestar.

4.35.3. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina

En la legislación Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26/994, el 7 de octubre de 2014, regula respecto al cuidado compartido de los padres frente a sus hijos en los siguientes artículos:

Artículo 648. Cuidado personal Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

Artículo 649. Clases Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

Artículo 650. Modalidades del cuidado personal compartido El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Artículo 651. Reglas generales A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

Artículo 655. Plan de parentalidad. Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación (Codigo Civil y Comercial de la Nación, 2014).

En esta normativa de la legislación argentina, se toma en consideración las reglas generales que establece para el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, puesto que dicha tenencia compartida o coparentalidad, puede ser peticionada por uno o ambos progenitores y es concedida por el juez que puede ser de oficio o por voluntad de las partes. En este aspecto, como primera opción el juez debe otorgar el cuidado indistinto, excepto que atente al beneficio del interés superior del menor.

Así mismo dentro de la legislación argentina se puede notar que cuando se otorgue una tenencia compartida los progenitores del menor serán los encargados de elaborar un plan de parentalidad, la cual va direccionada en beneficio del menor por lo que dicho plan deberá ser aprobado por el operador de justicia para que certifique de que este plan no atente contra el interés superior del menor y más bien salvaguarde todos sus derechos. Por tanto se puede evidenciar que existe una gran diferenciación en comparación con nuestra legislación ecuatoriana, puesto que en la legislación argentina los padres tienen la oportunidad de crear un plan de parentalidad cosa que en nuestra legislación no se ve contemplada, dicho plan es de gran importancia ya que da paso a que los progenitores tengan una responsabilidad compartida de sus hijos de llevar a cabo su cuidado crianza, manutención y desarrollo integral de forma conjunta y no separar las obligaciones y responsabilidades para cada progenitor como se lo practica dentro de nuestra normativa.

4.35.4. Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia. Ley Núm. 223. Puerto Rico

En el año 2011 se expide la Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el proceso de adjudicación de custodia en la legislación de Puerto Rico, la cual conceptualiza a la tenencia compartida de la siguiente manera:

Artículo 3. — Definición de custodia compartida. Para los propósitos de esta Ley, custodia compartida significa la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos, relacionándose con éstos el mayor tiempo posible y brindándoles la compañía y atención que se espera de un progenitor responsable.

La custodia compartida no requiere que un menor tenga que pernoctar por igual espacio de tiempo en la residencia de ambos progenitores. No obstante, en el caso de que un menor solamente pernocte en el hogar de uno de los progenitores, se dará la custodia compartida si el otro progenitor se relaciona de forma amplia y en el mayor grado posible con el menor y desempeña, responsablemente, todas las funciones que como progenitor le competen y la patria potestad le impone. De ninguna manera se entenderá que la adjudicación de la custodia compartida significará la no imposición de una pensión alimentaria a favor de los menores. Tampoco significará, necesariamente, la disminución o aumento en la misma.

Artículo 4. — Consideración de la custodia compartida. En todos los casos de divorcio, separación o disolución de una relación consensual donde estén involucrados menores de edad, la custodia compartida de los menores, aun contra la voluntad de alguno de los progenitores que interesa se le otorgue la custodia monoparental, se considerará si es beneficiosa a los mejores intereses del menor, salvo prueba en contrario y con excepción de los casos en que apliquen las exclusiones establecidas en el Artículo 9 de esta Ley. Por lo tanto, los tribunales deberán evaluar y considerar la custodia compartida sujeto a lo dispuesto en esta Ley. El Juez se asegurará, previo a solicitud de parte, que se cumplan con los planes establecidos para la custodia compartida.

Nada de lo contenido en este artículo se entenderá como que conlleva que es compulsorio fijar la custodia compartida por los Tribunales. En los casos que se demuestre que alguno de los progenitores no se encuentra capacitado para ostentar la misma, los tribunales, actuando en beneficio de los mejores intereses de los menores,

no la concederá. No obstante, los tribunales deben estar atentos a cualquier actuación frívola e infundada de alguno de los progenitores, dirigida a impedir que el otro progenitor disfrute de la custodia compartida, aun cuando se encuentre capacitado para ello (Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, 2011).

La presente ley mencionada determina que, dentro de un proceso de divorcio o separación de los progenitores, el juez tiene el deber de plantear como primera alternativa la custodia o tenencia compartida, en base a que se ha presenciado resultados favorables lo referente a comunicación entre padres e hijos, así como en las pensiones alimenticias, régimen de visitas, coparentalidad y optimas relaciones entre los padres con el propósito de salvaguardar el desarrollo y bienestar del menor.

La figura de la tenencia compartida en esta legislación es impuesta por el juez, puesto que, al estar facultado para administrar justicia, otorgará la tenencia compartida, aun contra la voluntad de alguno de los padres cuando estos hayan solicitado la tenencia exclusiva, si cree que es lo mejor para los niños, niñas y adolescentes. No obstante, hay que señalar que en los casos que se demuestre que uno de los padres no se encuentre capacitado para ostentar la misma, los operadores de justicia, actuando en beneficio del interés superior del menor no la otorgará.

5. Metodología

5.1.Métodos

Los métodos son el conjunto de procesos que permiten el desarrollo y ejecución del presente trabajo de investigación, entre los métodos que conllevaron indagar sobre el problema socio-jurídico planteado, tenemos:

Método Científico: Es una serie de etapas que hay que recorrer para obtener un conocimiento valido desde el punto de vista científico; en el presente trabajo se utilizó este método para el análisis de las obras tanto científicas como jurídicas, las cuales fueron desarrolladas en el marco teórico, donde todos los datos constan de las citas y bibliografía correspondiente.

Método Inductivo: Es un proceso sistemático, que va de lo particular a lo general; dentro de este trabajo de investigación, para lo cual se inició desde un enfoque nacional y posteriormente abarcando el ámbito internacional, cuya finalidad es enfatizar en la necesidad de reconocer la institución de tenencia compartida; este método se aplicó en el marco teórico y conclusiones.

Método Deductivo: Es un método de análisis que parte de lo general a lo específico o particular; en otras palabras, el método deductivo parte de datos generales aceptados como verdaderos, para deducir mediante el razonamiento lógico, varias hipótesis o suposiciones para aplicarlas a casos individuales y comprobar su validez. En este caso el método deductivo permitió analizar cómo funciona la tenencia compartida en otros países, lo cual dio paso a identificar falta de regulación en nuestra legislación y como violenta el principio de interés superior del niño; este método se aplicó en el marco teórico y recomendaciones.

Método Analítico: Este método consiste en la separación de un todo en partes o elementos constitutivos, para comprender y determinar sus causas, naturaleza y efectos de lo que se considera como una unidad; este método permitió conocer más de la problemática planteada, así como también hacer el análisis de cada cita de los diferentes autores, que consta dentro del marco teórico, realizando el respectivo comentario; también fue utilizado para realizar el análisis e interpretación correspondiente de los resultados tanto de las encuestas como entrevistas realizadas.

Método Exegético: Es un método de interpretación, aplicado para estudiar los textos legales e interpretarlo de tal forma como los legisladores redactaron la ley, este método se constituye en el elemento que ayuda a establecer el significado y alcance de las normas que forman parte de un ordenamiento jurídico. Este método es empleado en la fundamentación jurídica del presente trabajo y fueron utilizadas las siguientes: Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico General de Procesos.

Método Hermenéutico: Este método ayuda a esclarecer e interpretar textos jurídicos que se encuentren confusos y de esta forma dar un significado claro para entender lo que la norma establece, siendo por tanto la interpretación del espíritu de la ley. En el presente trabajo este método se utilizó para la interpretación de normas jurídicas dentro del marco teórico.

Método Mayéutica: Es un método investigativo que consiste en aplicar una serie de interrogantes para descubrir conceptos que estaban ocultos en la mente del interrogado, buscando mayor información. Este método fue aplicado en la elaboración del banco de preguntas para la realización de encuestas y entrevistas para la obtención de información relevante para el desarrollo de la investigación.

Método Comparativo: Este método de análisis permite establecer similitudes y diferencias entre uno o más fenómenos, en este caso permite contrastar dos realidades legales de manera minuciosa y de esa forma obtener un posible acercamiento a una norma que está prestando

aspectos trascendentales en otro país. Este método fue aplicado para el desarrollo del Derecho Comparado, donde se contrastó la realidad de la legislación ecuatoriana en lo que respecta a la tenencia compartida con la legislación española en su respectivo Código Civil, así como el Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina y la Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Puerto Rico, lo cual sirvió para adquirir mayor información y reforzar la fundamentación del trabajo de investigación.

Método Estadístico: El método estadístico consiste en manejar secuencialmente datos tanto cualitativos como cuantitativos dentro de una investigación. Este método fue aplicado dentro del presente trabajo al momento de ejecutar el trabajo de campo como son las encuestas y entrevistas, realizando la tabulación, cuadros estadísticos y las representaciones gráficas con la finalidad de obtener resultados de la investigación.

Método Sintético: Este método consiste en resumir y unir los aspectos de mayor relevancia de lo analizado, en otras palabras, se vale del análisis como medio para llegar a su objetivo. Con la ayuda de este método se realizó la discusión de la verificación de objetivos, aplicado al momento de emitir criterios luego del estudio de una temática.

5.2. Técnicas

Encuesta: Se conforma por un cuestionario que contiene preguntas y opciones de respuesta diseñada para reunir datos y conocer el criterio de 30 profesionales del derecho quienes tienen conocimiento sobre la problemática planteada.

Entrevista: Consiste en un diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio, en este caso se aplicó a 5 profesionales especializados y conocedores de la problemática.

Observación Documental: Las técnicas de investigación documental, centran su principal función en los procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos bibliográficos y documentales. En el desarrollo de este trabajo se utilizó estas técnicas para hacer el estudio de casos, resoluciones emitidas en lo que concierne a la tenencia compartida. También fue utilizado para realizar la extracción de los resultados de la investigación expuestos en tablas, gráficos y en forma discursiva en las deducciones, como las interpretaciones de las cuales se derivan análisis y criterios que tiene como finalidad estructurar el marco teórico y

verificación de objetivos, así también permitir desarrollar las conclusiones y recomendaciones para la resolución del problema antes expuesto.

6. Resultados

6.1. Resultados de la Encuesta

La presente encuesta como técnica de investigación y de recolección de datos, se procedió a aplicarla a profesionales del Derecho de la Ciudad de Loja, con una muestra de 30 Abogados, a través de un cuestionario de cinco preguntas, de las cuales se obtuvo los resultados que se detallan a continuación:

Primera Pregunta: ¿Considera usted que la figura de tenencia compartida es un mecanismo que evita transgredir el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente?

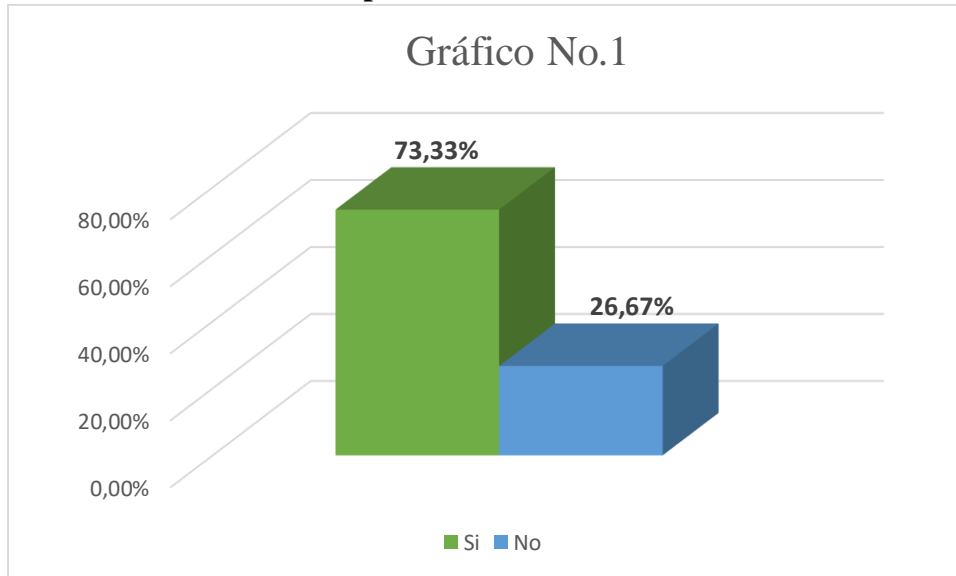
Cuadro Estadístico No.1

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	22	73,33%
No	8	26,67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Autor: Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

Representación Gráfica



Interpretación

En la presente pregunta, 22 de los encuestados que integran el 73,33% de los profesionales del derecho, señalan que la figura de tenencia compartida si es un mecanismo que evita transgredir el principio de interés superior del niño, niña y adolescente porque permite que el niño se encuentre adecuadamente y protegido y pueda gozar de sus derechos, en vista de que el niño necesita crecer y desarrollarse en un ambiente de armonía brindada por ambos progenitores, donde se lleva a cabo la interacción familiar y el niño disfruta de la presencia y afecto de los dos progenitores que favorece el integro desarrollo del menor, esto como nos señala la Constitución del Ecuador, el niño tiene derecho a un hogar y a criarse con sus padres y estos deben ser responsables en la crianza y manutención de forma igualitaria para preservar el estado emocional y desarrollo del menor, y la tenencia compartida significaría que los padres tengan las responsabilidades, deberes y obligaciones de cuidado de forma compartida y depende de ambos padres tratar de que el niño se sienta bien en los escenarios donde se comparte la tenencia; mientras que 8 personas que conforman el 26,67% de los participantes consideran que la figura de tenencia compartida no es un mecanismo que evita transgredir el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente por que al estar en dos hogares con principios y costumbres distintas desestabilizan emocionalmente al menor, puesto que con la tenencia exclusiva los progenitores pueden cumplir sus responsabilidades como padres, los encuestados afirman que el régimen de visitas y el pago de pensiones de alimenticias es el adecuado para el niño y no necesariamente se debe optar por una tenencia compartida.

Análisis

Respecto a esta pregunta comparto mi opinión con la mayoría de encuestados que equivale al 73,33%, en razón de que la figura de tenencia compartida es un mecanismo que permite proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, puesto que por la propia naturaleza un hijo va querer estar con el padre y madre o viceversa, entonces el niño necesita la presencia de cada uno de ellos, además de eso al existir la tenencia compartida vamos evidenciar que tanto el padre como la madre cumplan con sus responsabilidades, deberes y obligaciones de cuidado frente a sus hijos, porque lo mejor para el niño es convivir con sus padres, que como sabemos el divorcio o separación es una situación que tiene que ver con los padres mas no con sus hijos, entonces no estaría correcto que frente a una separación o divorcio se le asigne la tenencia a un solo progenitor. y el otro quede con el régimen de visitas y pensiones alimenticias que considero que no es suficiente para garantizar un adecuado desarrollo integral que como sabemos según el artículo 44 y 45 de nuestra constitución el niño tiene derecho a su desarrollo integral 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, así mismo el niño tiene derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, entonces la tenencia compartida permita que los progenitores cumplan sus deberes como padres en la vida de un niño y que esto beneficie al interés superior del niño.

Por otra parte, no comparto con la opinión del 13,33% de los encuestados porque hay que considerar que cada caso diferente, no podemos decir que las aptitudes de los padre o sus reglas establecidas en sus hogares van ser siempre negativas, pueden existir tanto padres como madres ejemplares en el cuidado del menor, y presten iguales condiciones y capacidades para responsabilizarse de sus hijos, o bien ellos mismos decidan querer compartir la tenencia porque creen que es lo mejor para el niño, entonces es necesaria la figura de tenencia compartida para precautelas el interés superior del menor

Segunda Pregunta: ¿Considera usted que los padres luego de la separación o divorcio tienen los mismos derechos, deberes y responsabilidades sobre sus hijos?

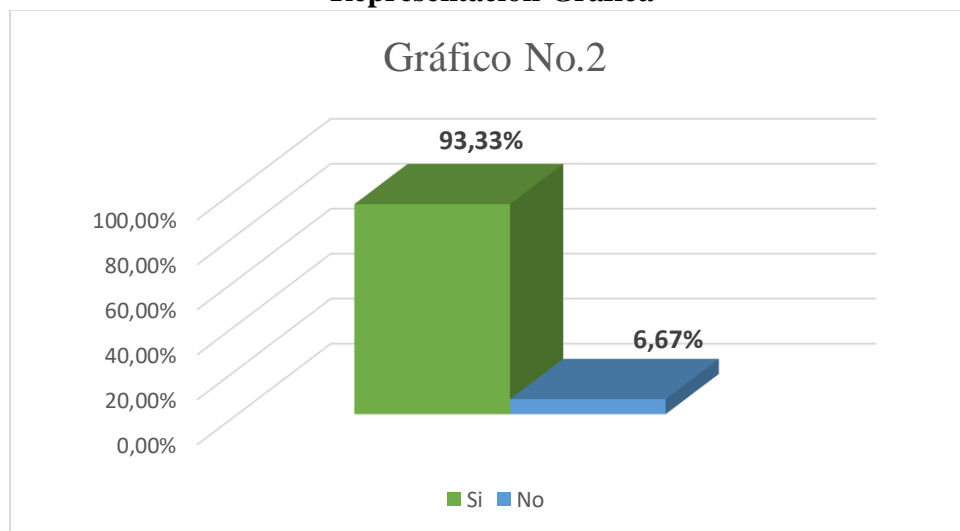
Cuadro Estadístico No.2

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	28	93,33%
No	2	6,67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Autor: Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

Representación Gráfica



Interpretación

En la presente interrogante, 28 de los encuestados que integran el 93,33% de los profesionales del derecho, señalan que los progenitores luego de la separación y divorcio si tienen los mismos derechos, deberes y obligaciones sobre sus hijos porque el divorcio o separación no es el mecanismo que indica que las obligaciones con los hijos se termina y los padres tienen la mismas responsabilidades y derechos, es decir el poder, autoridad y la responsabilidad directa en el cuidado y desarrollo del niño por que pueden dejar de ser pareja o cónyuges pero no de ser padres y por tanto deben hacerse cargo de sus hijos así como deben dar las facilidades para que el menor conviva con los dos y desde el punto de vista moral y social, los padres así como

tienen obligaciones, también tienen derechos de compartir la tenencia con sus hijos, así también señalan que la tenencia exclusiva permite que uno de los padres se queda con el menor, y el otro comparte en un tiempo reducido con sus hijos, además de pagar alimentos haciendo que no se cumpla la igualdad de derechos, deberes y obligaciones que tienen sobre sus hijos; mientras que 2 personas que conforman el 6,67% de los participantes, señalan que los padres no deben tener necesariamente los mismos derechos, deberes y obligaciones puesto que es adecuado que un hijo se quede con un progenitor y este en lo posible pueda cumplir con sus deberes de cuidado, mientras que el otro pueda proveerle de alimentos, y ejercitar las visitas.

Análisis

Respecto a este interrogante comparto mi opinión con la mayoría de encuestados que constituyen el 93,33%, puesto que, entre los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, la constitución ecuatoriana en su artículo 83, numeral 16 establece que asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos es de corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y podemos decir que frente a una separación y divorcio, los padres son responsables directos para tratar de proteger o velar la continuidad de la vida del menor y necesariamente se requiere que ambas figuras ejerzan sus derechos, deberes de forma equitativa, además los padres son los que han procreado un hijo y nada los puede separar de esa relación natural, entonces obviamente tienen los mismos derechos, cumplir los deberes y obligaciones frente a sus hijos sin importar que por alguna circunstancias se hayan separado o divorciado.

Por otra parte, no coincido con el criterio del 6,67% de los encuestados, los cuales indican que la tenencia del niño con un solo progenitor el padre puede cumplir la igualdad de derechos, deberes y responsabilidades frente a sus hijos, lo cual puedo decir que no es correcto más bien esto genera una desventaja para otro progenitor, no permite que el otro participe en el cuidado que el niño requiere o bien ejercer su rol de padre o madre y se evidencia casos en el que se le priva visitar al niño o mantener contacto con él, entonces en una tenencia exclusiva no se puede evidenciar la igualdad derechos, deberes y responsabilidades que deben tener y ejercer los padres frente a sus hijos.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted que la tenencia exclusiva regulada por nuestra legislación vulnera el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente y el de igualdad?

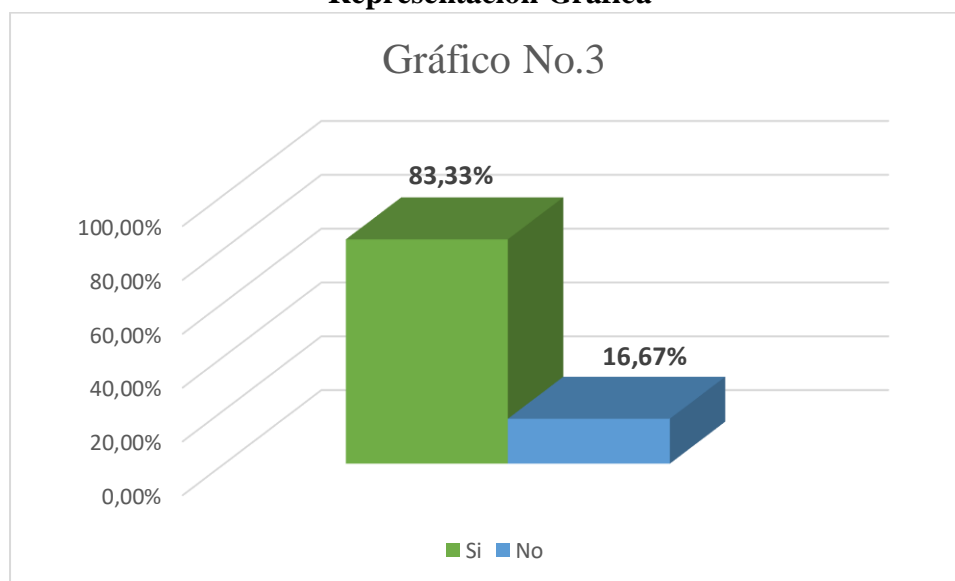
Cuadro Estadístico No.3

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	25	83,33%
No	5	16,67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Autor: Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

Representación Gráfica



Interpretación

En la presente interrogante, 25 de los encuestados que integran el 83,33% de los profesionales del derecho, consideran que la tenencia exclusiva si vulnera el principio de interés superior del niño, niña y adolescente y el de igualdad porque no permite una adecuada aplicación del principio ya que el niño tiene derecho a compartir con sus padres y no necesariamente debe ser exclusivo salvo en casos que se proteja al menor, además no se le está dando el derecho a la

igualdad a los progenitores de ejercer el rol como padres y de igual forma responsabilizarse del interés superior del menor y este pueda desarrollarse libremente, en vista de que al contar con la tenencia de alguno de sus progenitores es perjudicial para el niño ya que el niño necesita la presencia constante de los dos progenitores o conservar su relación familiar; mientras que 5 personas que conforman el 16,67% de los participantes señalan que la tenencia exclusiva no vulnera el principio de interés superior de niño, niña y adolescente y el de igualdad porque se lleva a cabo a través de un debido procedimiento en protección del interés superior del menor puesto que la tenencia sea de padre o madre, no vulnera estos derechos salvo en casos que se compruebe la irresponsabilidad y amor que no se da al menor.

Análisis

Respecto a este interrogante comparto mi opinión con la mayoría de encuestados que corresponde 83,33%, porque al contar con la presencia de un solo progenitor no garantiza que el niño pueda tener ese contacto necesario que él requiere con el otro progenitor, y en determinados casos puede resultar perjudicial para el menor por las actitudes negativas, irresponsabilidades en el cuidado que pueden otorgar el progenitor que este con él, porque si decimos que el interés superior del niño prevalece sobre la demás personas significa que no debe atenderse que lo mejor para el niño es estar con un solo progenitor, claro obviamente en los casos que sean necesarios va requerir vivir con un solo progenitor, pero al tener un único criterio no abrimos esa posibilidad de considerar que el niño también puede estar tanto con el padre como con la madre y garantizar la igualdad o ese equilibrio de derechos que tenemos todas las personas sin distinción alguna como nos indica nuestra constitución, entonces en este caso evidenciamos que resulta discriminatorio el hecho de hacer una asignación directa a un solo progenitor, puesto que si encontramos casos que lo mejor para el niño, es que conviva con ambos padres y estos presenten las mismas condiciones adecuadas, quedaría un vacío de no poder aplicar el principio de interés superior del niño correctamente

Respecto al 16,67% que corresponde a la minoría de encuestados no comparto con sus criterios ya que consideran que el procedimiento que se lleva a cabo en la tenencia es el adecuado y protege los derechos del menor y de los padres, pero hay que recalcar que la norma puede parecer que toma en cuenta los aspectos para aplicar una debida resolución por parte del juzgador pero eso no quita que se esté aplicando correctamente el principio de interés superior del niño y el principio fundamental de igualdad en este caso de los padres, ya que la tenencia única como se ha evidenciado no es suficiente o la adecuada para precautelar derechos de los niños, niñas y adolescentes.

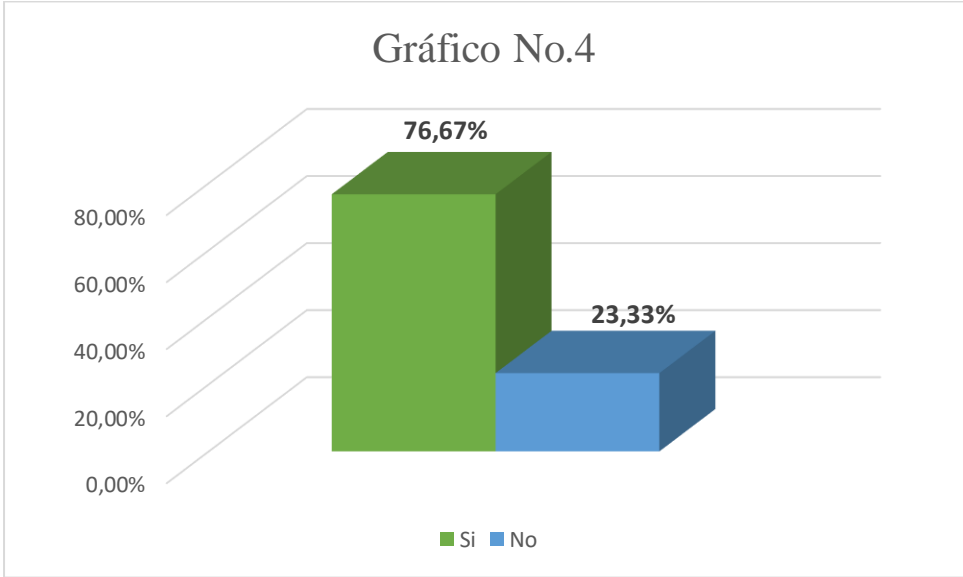
Cuarta pregunta: En las legislaciones como: España, Bolivia, Argentina, Puerto Rico se encuentra regulada la figura de tenencia compartida, a diferencia de la legislación ecuatoriana en donde se le obliga a un solo progenitor la tenencia del menor, en base a esto. ¿Considera usted que estas legislaciones hacen efectivo o precautelan a cabalidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Cuadro Estadístico No.4

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	23	76,67%
No	7	23,33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: Marlon Humberto Quizhpe Abrigo

Representación Gráfica



Interpretación

En la presente interrogante, 23 de los encuestados que integran el 76,67% de los profesionales del derecho, señalan que las legislaciones comparadas si hacen efectivo o precautelan a cabalidad los derechos de los niño, niñas y adolescentes porque son legislaciones que van evolucionando en el ámbito del derecho de familia y atienden a las necesidades más

primordiales de los menores y tratan de que no se vulneren los derechos del niño ni de los padres y permiten que el padre y la madre que estén en mejores condiciones puedan estar con el menor y por ende los dos cumplir con sus responsabilidades como padres, así también se señala que estas legislaciones han desarrollado de mejor manera este tema y si sería factible la tenencia compartida en nuestra legislación pero en nuestro caso se debería regular como se realizaría el pago de las necesidades básicas del hijo/a en cuanto a la educación, salud, alimentación, etc.; mientras que 7 personas que conforman el 23,33% de los participantes señalan que las legislaciones mencionadas no hacen efectivo o protegen a cabalidad los derechos del menor porque es muy complicado de determinar y asegurar que dichas legislaciones no vulneren el derecho del menor y se menciona que todo la legislación lleva sus falencias en el tema de menores.

Análisis

Con respecto con esta pregunta coincido con la opinión de la mayoría de los encuestados que corresponde al 76,67% por que estas legislaciones regulan como primera opción o alternativa la figura de tenencia compartida por que obviamente consideran que es lo mejor para el niño y los padres no puedan abandonar sus responsabilidades y poder seguir otorgando el afecto que ha nacido frente a sus hijos y en los casos que no permita un adecuado desarrollo o bienestar para el niño, estas legislaciones realizan un cambio de tenencia, entonces podemos decir que estas legislaciones tienen desarrollado ampliamente el tema de menores por que aplican los principios constitucionales, tratados o convenios internacionales y es tipo de figura de tenencia compartida en estas legislaciones no son nuevas, se evidencia que está incorporado desde años atrás, entonces se puede decir que si resulta beneficioso para el niño y el estado ecuatoriano podríamos imitar la forma en como lo aplican estas legislaciones adaptándola a los derechos, principios legales y constitucionales de nuestra legislación o bien a las características sociales de nuestro país.

Quinta Pregunta: ¿Considera usted necesario la incorporación de la Institución de la tenencia compartida en nuestra legislación?

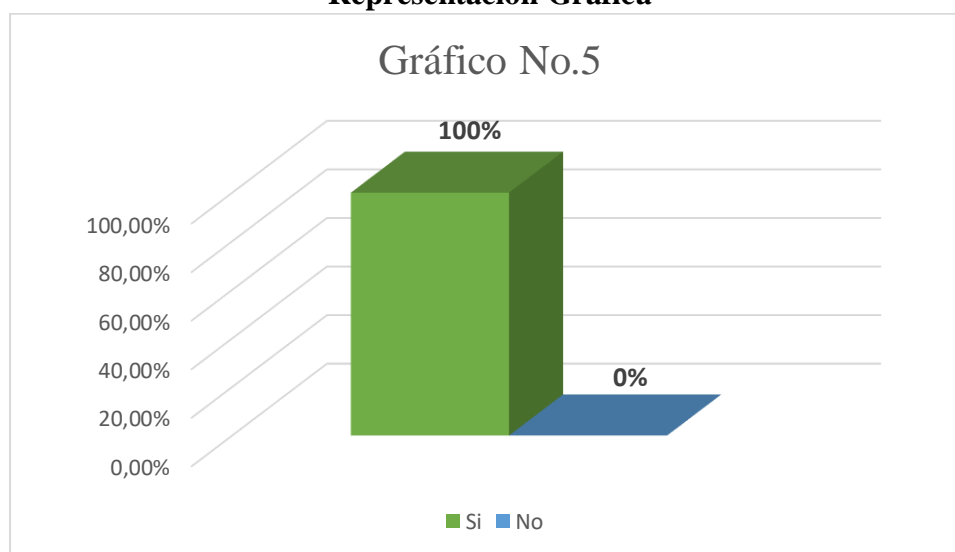
Cuadro Estadístico No.5

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.

Autor: Marlon Humberto Quizhpe Abrigo.

Representación Gráfica



Interpretación:

En la presente pregunta, los 30 encuestados que representan el 100% de la población encuestada, señalan que si sería necesaria la incorporación de la institución de la tenencia compartida en nuestra legislación porque tiene que evolucionar el derecho y sería importante abrir esta posibilidad jurídica en el ámbito de la tenencia en la que estaría regulada por el principio de igualdad consagrada en la Constitución de la República del Ecuador y no se vulnere el interés superior del niño, niña y adolescente, puesto que la razón principal por la que se debe incorporar es por la cuestión de precautelar el bienestar del niño, para su correcto

desenvolvimiento, desarrollo, estabilidad emocional en su proceso de formación durante su vida y pueda convivir con el amor, cuidado de ambos progenitores, así mismo aclaran y puntualizan que esta figura de tenencia compartida podría aplicarse no como regla general, sino en los casos en que pueda darse este tipo de tenencia, es decir cuando resulte beneficioso para el niño; mientras que 0 personas que corresponden al 0% no consideran necesario la incorporación de la institución de la tenencia compartida en nuestra legislación.

Análisis

En esta pregunta comparto con la opinión del total de los encuestados que corresponde al 100%, porque al incorporar o reconocer otra forma de tenencia como la tenencia compartida abrimos la posibilidad de aplicar los derechos y principios constitucionales como el principio fundamental del interés superior del niño en un escenario de tenencia, así daríamos la libertad de que los padres puedan ejercer sus derechos y deberes frente a sus hijos, de modo que estos no estén limitados y que sus decisiones se han garantizadas y los niños, niñas y adolescentes puedan tener o presenciar a un buen padre y una buena madre cuidándolos protegiéndolos y recibiendo el afecto que requieren los mismos. Ahora bien hay que recalcar que cada caso es diferente, entonces la tenencia compartida tendría que aplicarse en los casos que pueda darse y sea beneficioso para el menor, por tanto la norma debe ser claro o extensiva de modo que establezca como se vaya a llevar a cabo esa tenencia, entonces es adecuado evaluar a cabalidad la opinión del niño, la situación de los padres, el hogar y todas las situaciones que tengan que ver con un correcto cuidado para el menor, pero si es factible incluir este tipo de tenencia ya que contribuye a tener una perspectiva del niño como sujeto de derechos.

6.2. Resultados de la entrevista

La técnica de entrevista fue aplicada a 5 profesionales del Derecho, donde figuran jueces especializados en materia de familia, niñez y adolescencia, quienes participaron dando respuesta a un cuestionario de cinco preguntas, obteniendo los siguientes resultados.

Primera Pregunta: ¿Qué falencias considera usted que existen en la institución de tenencia exclusiva o única regulada en nuestra legislación de la Niñez y Adolescencia?

Respuestas

Primer entrevistado: En la legislación de la niñez y adolescencia se ha venido detectando algunas falencias, una de ellas es la tenencia preferente materna respecto de niños de temprana edad, pero por ventaja a través de criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional ya se

superó, declarando la inconstitucionalidad de la preferencia de la madre solo por ser madre y frente a esto la Corte ha indicado que hay que analizar una serie de contextos para determinar quién tiene las mejores condiciones, pero todavía se mantiene rezagos en ese sentido en la legislación, en cuanto a que la tenencia de un niño tiene que estar entregada única y exclusivamente a unos de los progenitores.

Segundo entrevistado: La tenencia exclusiva lleva en si sus problemas en que por ejemplo es un poco complicado de determinar en niños pequeños. Hay muchas situaciones como irresponsabilidad paterna, puesto que padres por no pasar alimentos solicitan la tenencia. La tenencia en si es complicado porque es difícil determinar qué es lo más que le conviene a un niño, pero eso es lo fundamental ya que ahora ya no hay esos esquemas de que los niños menores de 12 años le corresponden a una mujer, conforme a la resolución de la Corte Constitucional.

Tercer entrevistado: La tenencia conforme está dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia tiene algunos años, es decir desde que se expidió este Código. De acuerdo a la transformación de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos tiene que haber un cambio totalmente radical y por tanto la normativa tiene que ser aplicada a los nuevos estándares donde la protección especial del niño tiene que primar en la Constitución, el Código de la Niñez y Adolescencia, normas infra constitucionales. Por lo tanto, la falencia es que contamos con un código caduco respecto a la tenencia.

Cuarto entrevistado: En los casos prácticos de tenencia se detecta la controversia natural entre padres y madres por la tenencia del menor y es totalmente comprensible porque por naturaleza humana una madre quiere tener un hijo y un padre también quiere tenerlo con todo el derecho, entonces al existir una sola tenencia va existir una controversia, por tanto el paso dado por la Corte Constitucional es el primero al declarar que la tenencia no exclusivamente de la madre, en este sentido, se pueda ubicar también en una cuestión de tenencia compartida para que pueda sobrellevarse de mejor manera en los casos que expresamente se lo pida, arregle o se acuerde.

Quinto entrevistado: En el tema de tenencia el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia establece la varias formas de establecérsele que puede iniciar con un tema de acuerdo, pero ante esta falta de acuerdo la ley ha privilegiado la tenencia preferente materna, esta norma se venía aplicando sin novedad hasta que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de esta norma, indicando que la norma es preferente y establece una discriminación injustificada en relación al progenitor, por consecuencia a partir de este

pronunciamiento del Órgano máximo de interpretación los juzgadores observamos ya otro tipo de aplicación de régimen de tenencia.

Comentario del autor: Las opiniones de los encuestados coinciden en cuanto a que el código de la niñez y adolescencia venía aplicando la tenencia preferente materna pero mediante la resolución de la Corte Constitucional del Ecuador se superó este tipo de aplicación, ahora la tenencia ya no es exclusiva de un solo progenitor, ya que dependiendo de la evaluación que se realice lo puede ejercer el progenitor idóneo, pero igualmente va seguir existiendo controversias ya que hay escenarios en los que padres discuten la tenencia de sus hijos, entonces al existir una tenencia única, el juzgador le corresponde aplicar a un solo progenitor aunque se evidencie que el otro padre o madre también es apto para ejercer el cuidado, crianza de sus hijos. Entonces con esta normativa no se puede aplicar los nuevos estándares de la protección especial de los niños, niñas y adolescentes porque sus derechos tienen que primar principalmente en la Constitución, tratados internacionales y el Código de la niñez y adolescencia como tal.

Segunda Pregunta: ¿Cuál es su opinión sobre la falta de determinación de la norma legal en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la institución de tenencia compartida, para evitar transgredir los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Respuestas

Primer entrevistado: Considero que si se podría adoptar reformas legales a través de la Asamblea Nacional o a través de la Corte Constitucional, como legislador negativo que asume la competencia, para introducir textos normativos en el Código de la Niñez y Adolescencia que permitan regular tenencia compartida en el caso que sea posible y en el caso que no se afecte a los niños, niñas y adolescentes, es decir que resulte beneficioso para el menor. No obstante hay tener mucho cuidado, puesto que la tenencia compartida en algunos casos generan un desorden en el desarrollo del niño porque las reglas disciplinarias son diferentes e incluso contradictorias entre el padre y la madre, entonces hay que analizar todo el contexto pero si considero que hace falta establecer una facultad de hacer uso de una tenencia compartida en los casos que sea posible para que incluso se guarde coherencia con las normas convencionales, puesto que en dichas normas no se hace ninguna distinción o ninguna preferencia y se habla de que si puede haber casos en los que es mejor para el niño establecer una tenencia compartida.

Segundo entrevistado: Creo que lo más difícil es poder determinar o poder regular por el juez la tenencia compartida, pienso que en el tema de alimentos se puede establecer una compensación puesto que, si el progenitor lo tiene la mitad del tiempo porque tendría que pagar

alimentos si la mitad del tiempo pasa con el padre y con la madre, es decir compensar, pero la compensación no hay en el Código de la Niñez y Adolescencia, y estos son los problemas que ocasionaría.

Tercer entrevistado: A todos niños, niñas y adolescente debemos verlos como sujetos de derechos. En la práctica vemos una disputa de tenencia cuando se trata de pagar alimentos, donde el padre y la madre vienen a disputarse esa tenencia y actualmente con las resoluciones de Corte Constitucional lo estamos mirando de que la tenencia no solamente es exclusiva del padre y la madre, también puede ser compartida y ser también de la familia ampliada, entonces es una buena posibilidad porque ahí se determina que por ejemplo el niño o niña quiere irse con su abuelo paterno este pueda quedarse con aquel, entonces ahí le garantizamos su interés superior.

Cuarto entrevistado: La ley no prevé una cuestión de tenencia compartida, es decir no lo dice expresamente y obviamente los jueces siguen al pie de la letra de la disposición legal. Se tiene casos en la que la tenencia puede ser exactamente compartida, pero al no existir la ley se ha topado esto desde el punto de vista legalista o el clásico en la que solamente se permite lo que está escrito en la ley y no a los principios constitucionales de que se señala por ejemplo el principio de interés superior del niño de que pueda estar en dos partes, es decir con padre y madre, en base a ello la Corte Constitucional prevé esta situación y entiendo que a corto tiempo deberá también constar en el Código de la Niñez y Adolescencia ya regulado la tenencia compartida por que es una institución que nos damos cuenta es necesaria que exista en nuestra legislación.

Quinto entrevistado: En el caso que se solicite este tipo de aplicaciones efectivamente corresponde regularla de manera equitativa y el beneficio sería que permite el ejercicio de derechos y obligaciones sea por igual y que no nos preocupe quien da más dinero que el otro o cuánto gana el otro para poder obtener una pensión alimenticia. Esta tenencia compartida debe incluir tema de igualdad de condiciones, es decir debe ser muy equilibrado por tanto las partes deben realizar el pedido idóneo y el más adecuado que el juez debe regular para ese ejercicio tenencia compartida. Es adecuado el régimen siempre que comprenda una distribución equitativa de responsabilidades y de gastos en los que incurren los progenitores, además de esto entran en juego la calidad de vida que oferten los dos progenitores, y la propia capacidad de cuidado, es decir cuando hablamos de tenencia nos referimos a la obligación que tienen los progenitores en todo lo que se refiere al cuidado y crianza, entonces entra el tema de salud, de recreación, cuidado, alimentos, vestimenta, es decir engloba todo lo que incluye un tema de

cuidado. Entonces una tenencia compartida no sería que solo por ejemplo saque a pasear al menor los sábados y domingos ya que las obligaciones de criado y crianza en este caso no se estaría cumpliendo, lo único que estaríamos haciendo bajo esta figura es evitar pagar la pensión alimenticia bajo el pretexto de que ya pasa con el progenitor tantos días al mes y sin embargo la mamá es la que sigue cumpliendo la gran mayoría de tareas de cuidado con el niño. Entonces al incorporar en la norma la tenencia compartida debe darnos claridad y venir acompañado de una capacitación a la comunidad por que también se trata de romper roles de estereotipos de género, además de esto tiene que haber un cambio de actitud en los progenitores porque lo cotidiano o lo común que ocurre es que la tenencia queda con las madres y el tema de cuidado y crianza no este con los padres precisamente por esa falta de desarrollo de habilidades y por la convicción que tenemos que este tema no compete a los hombres sino a las mujeres.

Comentario del autor: Comparto con el criterio de la mayoría por que es necesario la regulación de la figura de tenencia compartida para precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en vista de que esta institución es coherente con la Constitución, los tratados y convenios internaciones, y el paso que ha dado la Corte Constitucional al analizar los principios y derechos de los hijos y padres en el tema de tenencia, nos permite que tengamos una perspectiva de que la tenencia no necesariamente debe ser única o exclusiva. Los entrevistados afirman que es adecuado el régimen siempre que comprenda una distribución equitativa de deberes y responsabilidades de los padres y está bien porque es tratar de que los padres cumplan con sus obligaciones sin generar ningún tipo de desventaja para el otro progenitor. En este caso corresponde a la Asamblea Nacional regularla cuidadosamente ya que desde mi punto de vista la tenencia compartida no sería la regla principal de tenencia en las puedan incurrir los progenitores, sino más bien tendría que ser regulada como opción, alternativa o mecanismo en la que tenga el derecho los padres de irse por esa vía, es decir esta debe ser concedida por el juez en caso que se compruebe que en verdad va proteger los derechos del menor.

Tercera Pregunta: ¿El numeral 1 del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia establece que se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija, por este acuerdo, ¿Considera Usted que se podría pactar una tenencia compartida y el juez deba respetar dicho acuerdo?

Respuestas

Primer entrevistado: Si, porque la decisión del juzgador no debe partir única y exclusivamente del texto de la ley, recordemos que la fuente del derecho son diversas y para ello está la

jurisprudencia, así como la Constitución de la República del Ecuador en cuanto a garantizar derechos y también están los Tratados Internacionales que nos sirven de sustento para poder decidir una tenencia compartida pese a que esa figura no está establecida en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Segundo entrevistado: Considero que puede ser, si de mutuo acuerdo dicen que el papá pueda tenerlo tales días, así como la mamá. Eso puede ser la mejor opción y lo que más beneficiaría al menor pero no por ello se puede solucionar a cabalidad esta situación, puesto que el juez debe ser muy creativo para solucionar ello porque si hay esa tenencia cincuenta para el padre y cincuenta para la madre como podría establecerse un régimen de alimentos y según mi opinión personal tendría que hacerse una compensación por que sería injusto fijarle al padre alimentos cuando él está obligado a proveer todo lo necesario a su hijo en el cincuenta por ciento del tiempo.

Tercer entrevistado: En este tema hay que revisar muchos factores y considero que tiene que haber un compromiso tanto de padre como madre, no es que independientemente el niño por ejemplo vaya a vivir quince días con el padre o independientemente con la madre y considero que ahí afectamos derechos, en este caso se tiene que analizar factores psicológicos, sociales e inclusive económicos como va estar bien el niño, para ello se tiene que auxiliar en la oficina técnica la cual sirve de suficiente para poder dar una decisión que proteja el principio de interés superior del niño.

Cuarto entrevistado: La cita legal del artículo 106 debe ser extensivo y claro para la tenencia compartida, puesto que desde la propia naturaleza humana como padres es necesario y compartido que debe ser la tenencia, es decir esta crianza y obligaciones. No podemos decir obligaciones de cuidado y alimentos de los progenitores y decir que padre y madre no puedan tener una tenencia compartida, es decir tiene que ser necesariamente igual de esa manera en los casos que se necesiten desarrollarse de aquella forma.

Quinto entrevistado: El acuerdo está condicionado a que sea respetuoso de los intereses del titular y que no me menoscabe sus derechos, no es que aquí presentan los progenitores un determinado acuerdo y el juez esta con los ojos vendados y lo único que le queda como salida procesal aprobar, la obligación del juzgador, es verificar que ese acuerdo no vulnere los derechos y garantice su desarrollo integral, entonces se tendría que ver el sitio donde vive el adolescente, si el tiempo en el que va estar el menor es debidamente equitativo y pueda ejercer las responsabilidades de cuidado, es decir el reparto de tareas, así como la estabilidad en el

ambiente en el que se desarrolla el niño, puesto que si hay normas o reglas diferentes en los hogares de sus padres podríamos afectar al menor. Creo que es uno de los pasos primero que ha dado la Corte Constitucional, pero para el hecho de que el juzgador pueda ejecutar el régimen de tenencia compartida de forma justa o equilibrada en donde veamos padre, madre y principalmente el titular nos falta optar primeramente por una capacitación, la apertura misma de nuestra predisposición a cambiar de criterio de nuestra mentalidad como tal que la arrastramos todos y todas. Por tanto, habría que ver el régimen en qué condiciones se va cumplir, puesto que un acuerdo como tal sería insuficiente, tiene que pasar el filtro de la oficina técnica que es el ente adecuado para realizar informes en donde da más luces a los juzgadores de cuáles son las situaciones que ofrecen ambos padres desde sus posiciones y hay que recalcar que cada caso es diferente, entonces es necesario que pase por un filtro previo de oficina técnica, de escucha del titular y de verificación de las reales capacidades que tengan ambos progenitores.

Comentario del autor: Es adecuado establecerse un régimen de tenencia compartida a partir del acuerdo de los progenitores y por ello concuerdo con la mayoría de los criterios de los entrevistados, de manera que si los progenitores concuerdan estar tanto tiempo con el menor y este tiempo sea el equilibrado y ellos puedan cumplir su rol de padres es el adecuado, pero esto no significa que si se plantea un acuerdo el juez tenga que directamente otorgar la tenencia compartida, como señalan los entrevistados esto tiene que primeramente analizarse, pasar necesariamente por oficina técnica donde se verifique que los padres están en las condiciones para llevar a cabo es tipo de tenencia, de lo contrario estaríamos afectando derechos, tiene que analizarse todos los factores que engloban un cuidado responsable, equitativo, que no afecte la integridad del menor. Por tanto, en este caso al no estar expresamente constando esta figura, y el acuerdo sea beneficioso para el menor, el juzgador tendría que apoyarse a las fuentes del derecho como la jurisprudencia, Constitución o la misma ley. Entonces al estar estipulado en el código de la niñez adolescencia que puede partir una tenencia compartida a partir de un acuerdo, la norma no es suficiente para llevar a cabo un debido procedimiento sobre el encargo de la tenencia, entonces este tema tiene que desarrollarse claramente en el artículo 106 en el Código de la niñez y adolescencia.

Cuarta Pregunta: ¿Qué opinión le merece a usted respecto a que la tenencia única vulnera el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a conservar la relación con ambos progenitores o al derecho a la familia?

Respuestas

Primer entrevistado: Estoy de acuerdo con lo mencionado, puesto que tener, percibir o interpretar como camisa de fuerza la tenencia exclusiva en favor de uno o de otro si podría vulnerar los derechos de los niños en algunos casos porque se genera una especie de propiedad de un progenitor sobre el niño y no se permite una convivencia normal con el otro progenitor. Si seguimos aplicando un criterio legalista de que la tenencia por aplicación de una disposición legal tiene que ser única y exclusivamente en favor de uno de los progenitores yo si considero que en algunos casos podría afectar el derecho del niño cuando se lo interpreta de esa manera, pero si la interpretación es con una visión más amplia de aplicar normas Internacionales se superaría o se daría un salto para dejar de concebir esto como una limitación y resolver en base a estas normas, pero si los juzgadores tiene el criterio legalista de aplicar solamente el texto de la ley si podría vulnerarse derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Segundo entrevistado: Los niños merecen de la protección especial, deben estar cuidado de una buena persona sea papa o mama y no considero que se vulnere estos derechos, sino que el juez tendría que regular en todos los casos, incluso en la privación de la patria potestad el régimen visitas, el hecho de que la madre no tenga al niño, lo puede proteger el padre, siempre debe haber alguien al cuidado y no por eso se vulnera los derechos más bien se debe regular otras situaciones como alimentos, visitas, pero los niños tienen que crecer primero protegidos de una persona, y en los casos que se determine que el niño no puede estar con la mama, habría que ver si su padre es apto, ya que si no puede tendría que ejercer la tenencia la familia ampliada.

Tercero entrevistado: Si vulnera estos derechos, puesto que en el código de la niñez adolescencia establecía que, a falta de acuerdo, los niños menores de 12 años estarán con la madre, pero la Corte Constitucional ya se ha referido que la tenencia inclusive puede ser a la familia ampliada, ósea tenemos que poner el sitio al niño, niña y adolescente donde se lo proteja sus derechos y él pueda desarrollarse, además de ello ahora hay que escucharlos para determinar cuál es su sentido.

Cuarto entrevistado: Es lamentable esta situación en la práctica diaria o en la casuística ya que muchos padres o madres de familia se valen como instrumento al hijo de presión para la pareja o para la contraparte, el no dejarlo ver o visitar, prohibir ciertas prácticas que inclusive de relacionarse por teléfono de los padres con los hijos, entonces se convierte en una situación lamentable que nos damos cuenta que existe, esta situación debe cambiar ya que hay un problema detectado. Esta práctica de la tenencia compartida es en aras del interés superior del niño para un desarrollo cognitivo, un desarrollo infantil bien llevado, es muy importante que

sea de padre y madre, si no es en conjunto porque no viven juntos, tiene por lo menos que tener un equilibrio para que puedan tenerlo al niño ambas partes.

Quinto entrevistado: La tenencia exclusiva lo que ha vulnerado es el hecho de que nuestra legislación la tenga como única opción, ya que estaba apegado a un criterio de preferencia materna y solo se podía regular este tipo de régimen, pero por resolución de la Corte Constitucional ya no existe esta tenencia preferente materna y puede ser exclusiva y podría ser compartida. Las tenencias exclusivas no son atentatorias de derechos de los niños en que ya le privamos de que pueda compartir con el otro progenitor por que la tenencia en si significa que si se encarga a un progenitor el cuidado, que esté atento de toda la cotidianidad del niño eso no releva ni afecta en nada el ejercicio del otro progenitor. Cuando hay una tenencia exclusiva no significa que el otro progenitor está prohibido de hacer cumplir tareas con el niño. Es decir, la corresponsabilidad parental puede ser ejercida, aunque exista la tenencia exclusiva y no afecta derechos y obligaciones de los padres y mucho menos de los hijos, pero lo que pasa es la forma en que las personas hemos decidido practicar este tipo de tenencia. Es decir, la norma no prohíbe dejar de cumplir obligaciones a los padres.

Comentario del autor: Conuerdo con el criterio de la mayoría de los entrevistados, en razón de que en que la tenencia exclusiva los vulnerables son los hijos, que tras de un divorcio o separación deben quedarse al cuidado de uno de sus progenitores y limitarse a que el otro lo visite, o deben escoger con que padre irse a vivir, lo que podemos decir que de ninguna manera les está garantizando el derecho a una familia, porque este derecho significa que el menor mantenga una convivencia normal con ambos progenitores y esto no significa que los niños y adolescentes deben mantener relaciones solo con sus progenitores, sino también con la familia ampliada de los mismos, ya que todo esto comprende y potencia su desarrollo integral, de manera que nuestra misma constitución establece que el Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad, así mismo el propio Código de la niñez y adolescencia establece que los niños, niñas, y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados, entonces garantizar un derecho a la familia significa que el menor tenga derecho de compartir su tiempo con la familia del progenitor que no tenga su tenencia y estos a su vez se responsabilicen en su cuidado y crianza.

Quinta Pregunta: ¿Qué criterio le merece a usted sobre la importancia de la presencia tanto de padre como de madre en la vida de sus hijos para garantizar su desarrollo integral sin importar que estén separados o no?

Respuestas

Primer entrevistado: Apoyado del estudio realizado por psicólogos, tengo el criterio que, para el desarrollo integral, normal y para la formación de la personalidad de un ser humano son indispensables la presencia de una buena madre y de un buen padre, entonces cuando tenemos un padre y una madre que presentan condiciones normales que contribuyen al desarrollo de un niño, la presencia de ellos es indispensable para la correcta formación del menor.

Segundo entrevistado: Los niños tienen que crecer en lo posible con la mejor imagen de sus padres, entonces esta la labor del juez que en toda separación o rompimiento de la pareja siempre el menor va quedar al cuidado de alguien pero no por ello eso va ser para que el otro progenitor se descuide tanto en lo económico como en lo afectivo, entonces el juez debe regular en todo juicio en el cual se discuta la tenencia un régimen de visitas, entonces como sabemos desde un enfoque cultural el hombre se olvida de sus hijos en lo afectivo y económico, pero los hijos deben estar contando con la presencia de la presencia y afecto de papá y mamá.

Tercer entrevistado: Es muy importante y en base a esto hago alusión al voto razonado por el Doctor Ramiro Ávila donde dice que lo ideal es que el niño este con el padre y madre y considero que los hijos se desarrollan mejor cuando está presente la figura tanto paterna como materna y en base a eso vamos a encontrar a niños, niñas y adolescentes como personas felices que tienen amor, comprensión, porque si no está presente la figura paterna va ser totalmente difícil, vamos a causar daños al menor.

Cuarto entrevistado: En la vida diaria en el desarrollo de un niño, niña y adolescente inclusive hasta en adultos es importante la presencia de su padre y madre. No hablemos como una unidad familiar si es que lamentablemente por cualquier motivo no están juntos como marido y mujer unidos en convivencia, pero si es importante que haya un equilibrio porque por la misma naturaleza de padre y madre quieren tenerlo a su hijo verlo, ubicarlo y pienso que no debe haber celo o cualquier tipo de presiones, para que pueda con esa libertad tanto el padre como la madre tener un tiempo, estar con el menor, así como tener interacción que le permita un desarrollo equilibrado, psicológico o mental para que pueda crecer con seguridad sabiendo que aunque no tiene un hogar unido, tiene padre y madre quienes están para su seguridad y para ayudar a garantizar los procesos en su desarrollo para su futuro.

Quinto entrevistado: La presencia de los dos padres en el desarrollo del menor es primordial para su vida, es elemental porque ya no hay por donde encontrar el problema, puesto que mediante estudios que se han realizado, la presencia de papá y mamá en un niño garantiza un desarrollo integral emocional, psicológico es decir profundo en un niño, lo que nos genera lo contrario es la ausencia de papá o mamá o la ausencia de las dos figuras y tener que criarse en manos de terceros, eso es lo que afecta la psicología de un niño, el amor propio, el autoestima, incluso su propia integridad porque cuando no está papá y mamá el niño está a la deriva y se genera cualquier tema de daño en su contra. Lo importante es que los padres como adultos puedan hallar vías de comunicación efectivas y que como padres conversen y definan que es lo mejor para un niño. En el tema de tenencia los padres tienen que desarrollar las habilidades de cuidado y de crianza y de comunicación entre adultos para poder viabilizar una crianza correcta y un acompañamiento, presencia de ambos en la vida cotidiana de un niño. La presencia de ambos es importante no necesariamente en el mismo momento, sino que los progenitores puedan participar cada quien en el mejor de sus tiempos en los actos de labores cotidianos de cuidado y evidentemente va a beneficiar a los niños.

Comentario del autor: Conuerdo con la totalidad de los entrevistados porque evidentemente un niño necesita la presencia de sus progenitores, ya que ambas figuras contribuyen a su normal desarrollo integro de la personalidad puesto que la interacción o comunicación de niños, niñas y adolescentes con sus padres coadyuva en los procesos de formación y desarrollo de las habilidades sociales y emocionales, así mismo los niños pueden crecer con el apoyo, seguridad y van a sentirse protegidos. Además, con la presencia de los padres se va evidenciar que ambos padres están siendo participes en la crianza del menor por que la enseñanza de herramientas para la vida no es responsabilidad solo de la madre también es del padre, de manera que son los encargados de enseñar valores y corregir las actitudes negativas de sus hijos. Entonces no podemos dañar la afectividad o cariño que ha nacido entre los padres y los hijos y no podemos abandonar la presencia de sus padres en la vida de un niño por que los dos tienen que contribuir en todos los aspectos de la vida como funciones de la familia sin importar que se encuentren separados o no. Por tanto, tiene que haber un equilibrio en la presencia de sus padres puesto que naturalmente el niño va querer estar tanto con el papa y la mama y estos también con él y no debe haber ningún de presiones o problemas al momento que los padres vayan hacer presentes en la vida de su hijo.

6.3. Estudio de casos

En el presente estudio de casos se analiza e interpreta la resolución de la Corte Constitucional del Ecuador relacionado al régimen de tenencia, así como se expondrá una resolución judicial donde se detecta el problema jurídico motivo del presente estudio jurídico.

Caso No.1

1. Datos referenciales

Sentencia No. 28-15-IN/21

Asunto: Tenencia

Dependencia: Corte Constitucional del Ecuador

Fecha: 24 de noviembre de 2021

2. Antecedentes:

En esta sentencia, se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Farith Simón Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, en contra el artículo 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. La Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad por el fondo de las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” de las normas impugnadas, por ser contrarias al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental.

Análisis de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional procede a analizar la inconstitucionalidad por el fondo de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA de la siguiente manera:

Primeramente, la Corte Constitucional observa que el artículo 106 del CONA se refiere exclusivamente a las reglas para encargar la tenencia pues el mismo Código señala que la patria potestad se ejerce en conjunto. Es decir que, el artículo 106 del CONA no se refiere a la atribución de la patria potestad a uno de los progenitores ya que esta se ejerce en conjunto.

La Corte Constitucional constata que la norma impugnada no supera el test de igualdad, por lo que se manifiesta como discriminatoria. Incumple una consideración primordial, que es el principio de interés superior de NNA. Es indispensable que se evalúe singularmente las circunstancias concretas de cada NNA para obtener una decisión particular que los involucre.

En cuanto a los padres, la norma impugnada se opone a la igualdad formal, ya que genera una desventaja para que se le entregue la tenencia, pues el padre deberá probar que es un cuidador más idóneo que la madre, aunque ambos sean igualmente aptos para que se les entregue la tenencia.

Sobre el principio de interés superior del niño la Corte señala que la norma impugnada, primero ordena observar la situación del padre y de la madre y, luego, el interés superior de NNA a pesar de que este último debe ser lo principal. El encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior de NNA. Al contrario, se debe evaluar caso por caso cuál sería la mejor opción para NNA.

La Corte Constitucional señala que sí se contempla el derecho de NNA a ser escuchados, pero este derecho está limitado por el criterio de preferencia materna y se pierde su efecto útil. En este sentido, la norma impugnada deja sin eficacia el derecho de NNA a ser escuchados ya que, si bien podrían expresar su opinión sobre el encargo de la tenencia, esta se encontraría limitada por una preferencia a la madre al ser menores de 12 años, por tanto la Corte Constitucional advierte que el juez, con el equipo técnico correspondiente, debe escuchar y tomar en consideración la opinión de NNA incluso antes de los 12 años, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido interpretada en la Observación General N°. 20 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, y en función de su edad y madurez. Así mismo La Corte Constitucional señala que el mantenimiento de vínculos familiares es un derecho fundamental de NNA. En el caso concreto, la norma impugnada dista de establecer como regla o como criterio principal el interés superior de NNA al momento de encargar la tenencia.

Sobre el principio corresponsabilidad parental la Corte Constitucional señala que encargar la tenencia de forma preferencial y prioritaria a la madre resulta contraria al principio de corresponsabilidad parental, la cual tiene su fundamento en el principio de interés superior del niño, niña y adolescente.

Por tanto, la Corte Constitucional observa que la norma impugnada es inconstitucional por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación, al interés superior de NNA y a la corresponsabilidad parental, por lo que debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

La Corte pone de manifiesto que existen otras medidas alternativas como la coparentalidad o tenencia compartida –en sus múltiples manifestaciones– que evitarían una transgresión a

principios constitucionales, en los casos en que los padres no lleguen a un acuerdo o cuando exista igualdad de condiciones entre los progenitores, y sobre esto la Corte Constitucional añade lo siguiente: Si bien la tenencia compartida no está expresamente contenida en el CONA, el numeral 1 del artículo 106 del cuerpo normativo referido señala que: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija”. Por este acuerdo, se podría pactar una tenencia compartida y el juez debe respetar dicho acuerdo, salvo que sea contrario o perjudicial para el interés superior de NNA.

Por último, la Corte constitucional advierte que bajo ningún caso el juez o jueza podrá fundar su decisión en el género de los progenitores o en su capacidad económica. Los lineamientos no deben ser considerados como una lista taxativa de condiciones que satisfactoriamente cumplan el interés superior de NNA. Se deberá evaluar cada caso, de acuerdo al contexto y utilizando como base todos los elementos establecidos en la presente decisión, sin considerar que unos tienen mayor jerarquía que otros.

3. Resolución

El pleno de la Corte Constitucional del Ecuador resuelve principalmente lo siguiente:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad N.º 28-15-IN.
2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.

4. Comentario del autor:

La Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación constitucional es clara al analizar los numerales 2 y 4 del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia, ya que todos los ciudadanos evidenciábamos que estas reglas eran incompatibles con la Constitución de la República del Ecuador. En la presente sentencia, la Corte Constitucional analizó el derecho a la igualdad y no discriminación, el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes y la corresponsabilidad parental y la Corte reitero que en casos donde se resuelvan derechos de niños, niñas y adolescentes primará el principio de interés superior por sobre los intereses de los padres. Después del análisis respectivo, la Corte concluyó que las disposiciones impugnadas eran discriminatorias, por lo que las expulsó del ordenamiento jurídico. Por ello la Corte esgrimió parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de niños, niñas y adolescentes. Tras este análisis, la Corte estableció que esta sentencia apuesta a la necesidad de

combatir estereotipos de género y la desigualdad en el ambiente doméstico, buscando el cumplimiento de la corresponsabilidad parental.

Ante este paso dado por la Corte Constitucional, de seguro marcará un nuevo trazo en el derecho de familia y en los derechos de niñas, niños y adolescentes. En este tema amerita cabe realizar unas precisiones: la Corte Constitucional no ha resuelto institucionalizar la custodia compartida de hijos, aunque, de acuerdo a la argumentación de la sentencia, a todas luces, hacia allá nos deberíamos conducir; así mismo la Corte Constitucional no ha resuelto quitarle la custodia a la madre para entregársela al padre, sino que ya no es exclusivo o preferente de la madre y el padre también lo puede ejercer.

Entonces a partir de esta sentencia se abre el criterio de la posibilidad de poder incorporar en el Código de la niñez adolescencia la figura de tenencia que como señala la Corte puede nacer a raíz de un acuerdo de los progenitores y que este no sea perjudicial para el menor. Además, a través de los criterios de la Corte Constitucional sobre el principio de igualdad, la tenencia compartida garantizaría este principio ya que tanto padres y madres podrán ser partícipes en el cuidado y crianza del menor, así como el principio de conservar las relaciones con ambos progenitores o preservación del entorno familiar que como sabemos es un derecho fundamental del menor y aunque mediante la tenencia exclusiva, el padre o madre pueda cumplir con la corresponsabilidad parental, no podemos decir que es efectivo por que un régimen de visitas es limitado y genera problemas entre los progenitores no siendo suficiente para evidenciar que padres y madres puedan contribuir con el desarrollo de sus hijos.

Caso No.2

1. Datos referenciales

Juicio No. 11203-2019-6401

Asunto: Régimen de visitas

Actor: S.M.Z.A

Demandada: V. E.A.F

Dependencia: Sala de Familia, mujer, niñez, adolescencia y adolescentes infractores de la Corte Provincial de Loja.

2. Antecedentes:

La parte actora S.M, Z.A, en la demanda solicita se establezca un régimen de visitas a fin de poder visitar a su hija, poderla llevar con él y poder compartir con la madre en su crianza, cuidado, educación, sugiriendo que la pueda visitar y llevarla con él tres días a la semana de 16h00 a 18h00 de la tarde. La demanda cumplió con los requisitos de la presentación de la demanda conforme al Art.141 y 142 del Código General de Procesos COGEP y es admitida.

Se dispone mediante providencia que el caso pase a la Oficina Técnica de la Unidad Judicial para que el equipo realice un informe de las condiciones que rodean el caso.

La audiencia única en este caso, se opone a las visitas periódicas solicitadas y que están deben realizarse en el domicilio de la demandada y que deben realizarse una vez al mes por una hora. El actor invoca el interés superior del niño, solicita que se fije un régimen de visitas pues solo ha visto a su hija desde su nacimiento en cuatro ocasiones y solicita ante lo propuesto por la demandada que se disponga que puede visitar a la niña cada quince días los lunes y martes. El Juez reconoce en el acto judicial que se corre el riesgo de que no se generen lazos afectivos y señala audiencia de prueba y fija un régimen provisional de visitas basado en que el actor tendrá derecho a visitar a su hija, cada 15 días los días domingo de 14 H00 a 16 H00. En su hogar materno, debiendo la niña estar acompañada de un miembro de la familia y la oficina técnica dará el seguimiento correspondiente.

Antes de celebrar el acto las partes aportaron pruebas documentales y la confesión judicial de cada uno de ellos. En la audiencia de pruebas las partes solicitan que se reproduzcan las pruebas anunciadas para que en base a ellas el juez resuelva y el actor reitera su intención de mantener una buena comunicación con la niña y su madre en pos de su desarrollo. El Juez ratifica la resolución en la que se fijó un régimen de visitas provisional. Quedando el asunto pendiente de Resolución.

En fecha 23 de diciembre de 2019, se procedió a realizar la audiencia en ella se tuvo en cuenta las alegaciones y pruebas de las partes, las afirmaciones del Procurador de la demandada, el informe técnico realizado en la ciudad de Quito; el rechazo de la demandante en su contestación, el certificado de la Empresa TAME de los vuelos realizados por la demandada durante el mes de noviembre del 2018 Quito-Loja-Quito, la certificación del Centro Educativo San Gerardo sobre inasistencia de la niña a clase, certificado de horarios de trabajo de la demandada, la confesión judicial que rindió esta; copias del trámite en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, referente a la pensión alimenticia y régimen de visitas, las

conclusiones y recomendaciones del equipo técnico de la Unidad Judicial; Boleta de Auxilio emitida a favor de la demandada que declaró que al actor de este juicio S. Z, como autor de hechos de violencia psicológica en perjuicio de la madre de la niña Se tuvo en cuenta, confesión judicial del actor , informe técnico realizado a la niña a petición de la demandada en la Ciudad de Loja en la que se considera que la niña de dos años nueve meses presenta un desarrollo madurativo acorde a su edad cronológica y la recomendación de que “ La niña ha generado sentimiento de pertenencia e identificación con la familia materna, y se sugiere que este se efectúe en el hogar materno, o en presencia de algún miembro de este entorno con el cual la niña tenga apego; y por otro lado el equipo técnico de la Unidad Judicial Tercera Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito en el que se recomienda se “reanude el vínculo paterno-filial dadas las habilidades parentales y la motivación a la parentalidad que ha mostrado el señor S.M.Z.A, hacia la relación con su hija. Que se considere un régimen de visitas estructurado y progresivo por cuanto no ha existido continuidad en la relación. El juez fundamenta su resolución en que el derecho a visitas, está reconocido en instrumentos internacionales como Convención sobre Derechos del Niño, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El Juzgador analizó que con la demanda el actor pretende cumplir su rol de padre que por derecho lo tiene, que debe permitírsele a la niña una convivencia igualitaria, evitando que uno de ellos se convierta en un padre o madre periférico, que se deben estrechar las relaciones familiares en base al interés superior del niño. El operador de justicia tuvo en cuenta que no existe maltrato o descuido por parte de su padre que den lugar a la separación del progenitor de su hijo y consideró necesario que debe ampliarse el régimen de visitas porque este derecho es inalienable y recíproco y no es aceptable el impedir las relaciones entre el progenitor que no goza de la tenencia de su hijo. Tomo en cuenta lo alegado por la madre cuando se confesó que “todos los niños necesitan del padre y madre”, así como también que la niña I.S.Z.A, cuenta con dos años diez meses de edad, con fundamento en las disposiciones contenidas en los artículos; 44 de la Constitución de la República del Ecuador y 122 del Código de la Niñez y la Adolescencia

3. Resolución

El suscrito Juez de la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Loja, resuelve aceptar la demanda el actor Abogado S.M.Z.A, tiene derecho a visitar a su hija la niña I.S.Z.A, cada quince días los días domingos y lunes desde las 14H00 hasta las 17H00, en su hogar materno; con la aclaración que podrá llevar a su citada hija a lugares de recreación en esta ciudad de Loja, siempre que la niña se encuentre acompañada

de un familiar o de una persona de confianza de la accionada. La oficina técnica de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Loja, realice el seguimiento e informe sus resultados.

El actor solicita la ampliación de la Resolución dictada cuyo pedido es rechazado bajo los siguientes razonamientos: El Juez que dictó sentencia no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso ya la aclaración solo procede si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir frutos intereses o costas. La aclaración y la ampliación son consideradas como recursos horizontales cuyas motivaciones difieren entre sí. La aclaración cabe cuando la sentencia es obscura y la ampliación cuando no se resuelven los puntos controvertidos. Bajo este contexto, revisada la resolución se advierte fácilmente que la resolución guarda conformidad, con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes. En consecuencia, se rechaza el pedido del accionante.

El actor presenta Recurso de Apelación contra la resolución emitida, la cual es concedida a la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Con posterioridad esta se pronuncia manifestando que. “De conformidad a lo que dispone el art. 290 del COGEP, de oficio se aclara el DECRETO, que antecede en el sentido de que: Póngase en conocimiento de las partes la recepción de este proceso y cúmplase con lo resuelto por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia; y, Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en el ejecutorial que antecede. - Así mismo no se atiende el escrito, dada la naturaleza del asunto; el mismo se trata de Régimen de Visitas.

4. Comentario del autor

En este caso como se ha descrito anteriormente, el padre es la parte actora, demanda a la madre de su hija en un proceso de régimen de visitas debido a que esta, utilizando su posición de progenitor custodio, no le permitía ver, ni visitar a su niña, motivos por los que solicitó que se reconociera legalmente su derecho de poder compartir junto a la madre la crianza, cuidado y educación de la niña. La madre se opuso a las visitas solicitadas por el actor y solicitó que estas se realizaran en su domicilio en la ciudad de Loja, mientras que la residencia paterna es en la ciudad de Quito.

Ante esta Litis se realizó una audiencia única donde se fijó un régimen provisional de visitas y se realizó una audiencia de pruebas, nunca existió acuerdo de las partes. Con posterioridad se dicta resolución, por lo que el juez tomando como base el principio del interés superior del niño,

estableció el régimen de visitas para el padre cada quince días los domingos y lunes desde las 14h00 hasta las 17h00 en el hogar materno, y aclaró que el padre podrá llevar a su hija a lugares de recreación en la ciudad de Loja, siempre que la niña se encuentre acompañada de un familiar o de una persona de confianza de la madre.

El padre ante lo dispuesto interpuso un recurso horizontal de ampliación el que fue denegado por lo que acudió al Recurso de Apelación el cual resultó improcedente.

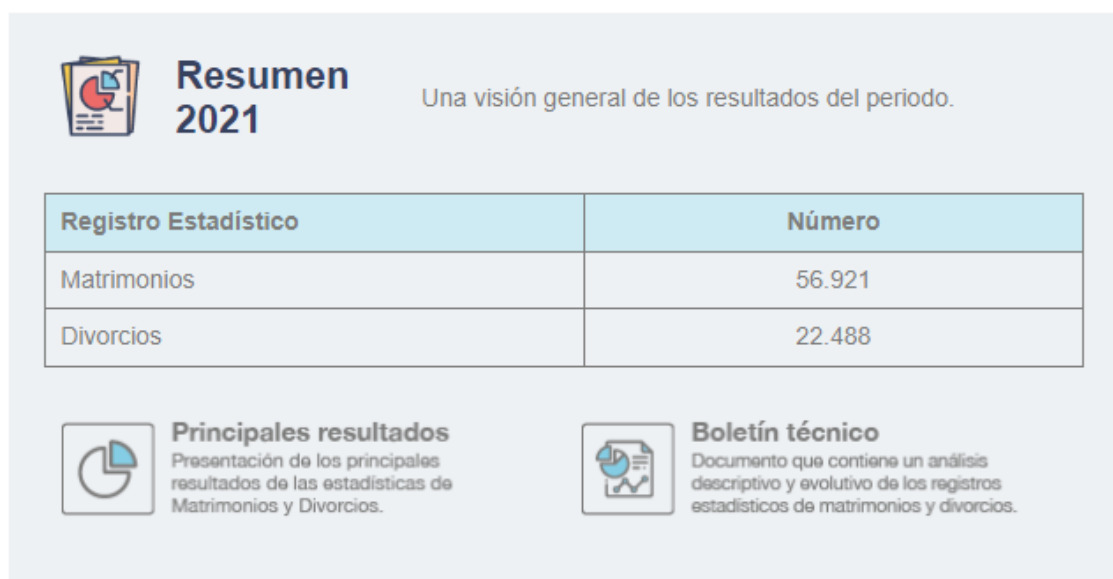
Para analizar este caso debe decirse que el juez reconoce que el régimen de visitas es un derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos permitiendo el desarrollo afectivo, emocional de estos, así como la consolidación de la relación paterno filial cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente, no obstante, a todo lo planteado anteriormente se rechazó el Recurso de Apelación interpuesto por el padre y se ratificaron las reglas narradas al comienzo del análisis.

Este caso es un ejemplo de las limitaciones de la tenencia exclusiva regulada en nuestra legislación, pues en este caso el actor resulta ser un padre que busca cumplir con la corresponsabilidad prevista legalmente y participar en la vida de su hija, limitándolo la decisión legal en tiempo y espacio, ya que este no radica en la ciudad donde esta domiciliada la niña; además todo lo razonado por el juez con respecto a los derechos del niño y los beneficios de la comunicación quedaron en una mera formalidad, si se tiene en cuenta que el padre no podrá brindar como desea todo el amor y el cariño que siente por su hija, ni participar en su crianza y educación; solo se convertirá en un visitante y cumplirá con la obligación pecuniaria, imposibilitándose de darle todo el afecto y apoyo a su hija que tanto desea y que esta a su vez necesita vulnerando el derecho de la niña a vivir en familia y el principio de interés superior del niño.

6.4. Análisis de datos estadísticos

En el presente subtema he obtenido la siguiente información en la página oficial del Instituto Nacional de Estadística y Censo, acerca de los datos estadísticos, sobre los matrimonios y divorcios realizados en el periodo 2021.

Registro estadístico de matrimonios y divorcios, periodo 2021



Fuente: Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios

Autor: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos

Análisis de Autor: Cabe señalar que la información estadística es primordial para el desarrollo de mi proyecto de titulación, y en particular para mejorar las condiciones de vida de la población, esto en la medida que permite sustentar el diseño y formulación de las políticas públicas y decisiones privadas.

Dentro del cuadro de estadísticas de la tasa de matrimonios y divorcios del año 2019 recalco que dentro de este año se registraron 56.921 matrimonios dentro del Ecuador y de divorcios se registra 22.488. Es evidente que los matrimonios superan a los divorcios pero no por ello quiere decir que no se perciba un problema ya que aun así cada año de acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos se aumentan los divorcios y quedan niños, niñas y adolescentes de por medio, los cuales se ven más afectados y son quien más sufren las consecuencias del divorcio de sus padres aumentando de esta manera las causas recibidas a lo largo del 2021 por motivo de tenencia, alimentos y visitas de los niños, niñas y adolescentes dentro del Ecuador, entonces cabe recalcar que el vínculo que se ve ya terminado es el matrimonial pero la relación padres a hijos no, entonces los hijos no deberían ser perjudicados en las convivencia con sus padres.

7. Discusión

7.1. Verificación de los objetivos

La presente discusión de los resultados obtenidos se procede a verificar en función de los objetivos planteados en el proyecto de tesis legalmente aprobado, existiendo un objetivo general y tres objetivos específicos que se presentan a continuación:

7.1.1. Objetivo general

El objetivo general planteado en el proyecto de tesis es el siguiente:

“Realizar un estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio constitucional del interés superior de la niña, niño y adolescente”.

El presente objetivo general se verifica en el desarrollo del marco teórico donde abarca las siguientes temáticas: Familia, Relaciones familiares, La familia desde el punto de vista jurídico, Derechos y deberes de los padres, Derechos y deberes de los hijos, Teoría de los sistemas ecológicos de la familia, La teoría familiar sistémica, La teoría del conflicto, Tipos de Familia, Derecho del derecho de familia, Sujetos del derecho de familia, Contenido del derecho de Familia, Progenitores, Niñas, niños y adolescentes, Desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, matrimonio, divorcio, Impactos y consecuencias del divorcio, Separación de los Padres, Patria Potestad, Tenencia, Tenencia exclusiva, Tenencia compartida, Ventajas y desventajas de la tenencia compartida, La tenencia compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del interés superior del niño, Evaluación de caso por caso para encargar la tenencia, Derecho del niño a ser escuchado, Derecho del niño a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, Principio de Interés Superior del niño, Principio de Igualdad, Principio de Corresponsabilidad Parental; así también, dentro de este marco teórico se incluye un subtema de derecho comparado donde se hizo referencia a legislaciones de países como España, Bolivia, Argentina y Puerto Rico, las cuales tienen regulado la institución de tenencia compartida; finalmente se realizó un estudio de las normas legales, analizando e interpretando la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, Código Orgánico General de Procesos, así mismo se realizó un estudio de los instrumentos internacionales relacionados a metería de niñez y adolescencia en la que consta la Convención americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los derechos del niño. De esta manera queda demostrado la verificación del objetivo general.

7.1.2. Objetivos Específicos

Los 3 objetivos específicos propuestos en el proyecto de integración curricular son los siguientes:

- 1. Demostrar que en la legislación de la niñez y adolescencia no está legalizada la tenencia compartida con lo que se está vulnerando el principio de intereses superior de la niña, niño y adolescente”.**

Se procede a verificar este objetivo con la realización de la técnica entrevista en su segunda pregunta misma que nos menciona: ¿Cuál es su opinión sobre la falta de determinación de la norma legal en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la institución de tenencia compartida, para evitar transgredir los derechos de los niños, niñas y adolescentes? A través de esta pregunta todos los entrevistados coinciden que la regulación de la institución de tenencia exclusiva no permite aplicar o precautelar correctamente cabalidad, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y la institución de tenencia compartida es coherente con la Constitución, los tratados y convenios internacionales, y el paso que ha dado la Corte Constitucional al analizar los principios y derechos de los hijos y padres en el tema de tenencia, nos permite que tengamos una perspectiva de que la tenencia no necesariamente debe ser única o exclusiva. Los entrevistados afirman que es adecuado el régimen siempre que comprenda una distribución equitativa de deberes y responsabilidades de los padres y está bien, porque es tratar de que los padres cumplan con sus obligaciones sin generar ningún tipo de desventaja para el otro progenitor. En este caso corresponde a la Asamblea Nacional regularla cuidadosamente ya que desde mi punto de vista la tenencia compartida no sería la regla principal de tenencia en las que puedan incurrir los progenitores, sino más bien tendría que ser regulada como opción, alternativa o mecanismo en la que tenga el derecho los padres de irse por esa vía, es decir esta debe ser concedida por el juez en caso que se compruebe que en verdad va proteger los derechos del menor.

De la misma forma la verificación de este objetivo se complementa con las respuestas obtenidas de la primera pregunta de la técnica de la encuesta, misma que nos menciona: ¿Considera usted que la figura de tenencia compartida es un mecanismo que evita transgredir el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente? Donde el 73,33%, mencionan que la tenencia compartida es un mecanismo que permite proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, puesto que por la propia naturaleza un hijo va querer estar con el padre y madre o viceversa, entonces el niño necesita la presencia de cada uno de ellos, además de eso al existir la tenencia compartida vamos evidenciar que tanto el padre como la madre cumplan con sus

responsabilidades, deberes y obligaciones de cuidado frente a sus hijos, porque lo mejor para el niño es convivir con sus padres, que como sabemos el divorcio o separación es una situación que tiene que ver con los progenitores mas no con sus hijos, entonces no estaría correcto que frente a una separación o divorcio se le asigne la tenencia a un solo progenitor y el otro quede con el régimen de visitas y pensiones alimenticias ya que no es suficiente para garantizar un adecuado desarrollo integral del niño.

2. Determinar que la tenencia compartida se encuentra instituida en otras legislaciones con lo que se está precautelando los derechos de la niña, niño y adolescente.

Se verifica el objetivo al desarrollar la temática del derecho comparado, donde se hace referencia a las legislaciones de países como España, Bolivia, Argentina y Puerto Rico, quienes dentro de su ordenamiento jurídico tienen regulado la figura de tenencia compartida, como mecanismo idóneo en el que acuden los padres para permitir precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

También se verifica este objetivo específico con la aplicación de la técnica de encuesta misma que en la cuarta pregunta señala: En las legislaciones como España, Bolivia, Argentina, se encuentra regulada la figura de tenencia compartida, a diferencia de la legislación ecuatoriana en donde se le obliga a un solo progenitor la tenencia del menor, en base a esto. ¿Considera usted que estas legislaciones hacen efectivo o precautelan a cabalidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes? Los encuestados que corresponde al 76,67% consideran que estas legislaciones tienen desarrollado ampliamente el tema de menores y van evolucionando en el ámbito del derecho de familia y atienden a las necesidades más primordiales de los menores y tratan de que no se vulneren los derechos del niño ni de los padres y permiten que el padre y la madre que estén en mejores condiciones puedan estar con el menor y por ende los dos cumplir con sus responsabilidades como padres y señalan que estas legislaciones aplican los principios constitucionales, tratados o convenios internacionales, puesto que la figura de tenencia compartida en estas legislaciones no son nuevas, se evidencia que está incorporado desde años atrás, entonces los encuestados mencionan que si resulta beneficioso para el niño y el estado ecuatoriano podríamos imitar la forma en como lo aplican estas legislaciones adaptándola a los derechos, principios legales y constitucionales de nuestra país o bien a las características sociales de nuestro país.

3. Realizar sugerencias para la implementación de una nueva forma de institución de tenencia del menor.

El presente objetivo se verifica por medio de las encuestas aplicadas a diferentes profesionales del derecho específicamente dentro de la pregunta número cinco misma que nos dice: ¿Considera usted necesario la incorporación de la Institución de la tenencia compartida en nuestra legislación? en donde 100% de la población encuestada, señalan que si sería necesaria la incorporación de la institución de la tenencia compartida en nuestra legislación porque tiene que evolucionar el derecho y sería importante abrir esta posibilidad jurídica en el ámbito de la tenencia en la que estaría regulada por el principio de igualdad consagrada en la Constitución de la República del Ecuador y no se vulnere el interés superior del niño, niña y adolescente, puesto que la razón principal por la que se debe incorporar es por la cuestión de precautelar el bienestar del niño, para su correcto desenvolvimiento, desarrollo, estabilidad emocional en su proceso de formación durante su vida y pueda convivir con el amor, cuidado de ambos progenitores, así mismo aclaran y puntualizan que esta figura de tenencia compartida podría aplicarse no como regla general, sino en los casos en que pueda darse este tipo de tenencia, es decir cuando resulte beneficioso para el niño.

De la misma forma la verificación de este objetivo se complementa con la técnica de entrevista, la cual en la quinta pregunta señala: El numeral 1 del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia establece que se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija, por este acuerdo, ¿Considera Usted que se podría pactar una tenencia compartida y el juez deba respetar dicho acuerdo? donde la totalidad de los entrevistados consideran que si los progenitores concuerdan estar tanto tiempo con el menor y este tiempo sea el equilibrado y ellos puedan cumplir su rol de padres como tal, se puede otorgar una tenencia compartida pero esto no significa que si se plantea un acuerdo el juez tenga que directamente otorgar la tenencia compartida, como señalan los entrevistados esto tiene que primeramente analizarse, pasar necesariamente por oficina técnica donde se verifique que los padres están en las condiciones para llevar a cabo es tipo de tenencia, de lo contrario estaríamos afectando derechos, tiene que analizarse todos los factores que engloban un cuidado responsable, equitativo, que no afecte la integridad del menor . Entonces al estar estipulado en el código de la niñez adolescencia el acuerdo de los progenitores para ejercicio de la tenencia del menor puede partir también una tenencia compartida a partir de dicho acuerdo, pero como señalan los entrevistados, no es suficiente para llevar a cabo un debido procedimiento sobre el

encargo de la tenencia, entonces este tema tiene que desarrollarse claramente en el artículo 106 en el Código de la niñez y adolescencia.

8. Conclusiones

Una vez desarrollado el marco teórico, así como analizados los resultados de campo, se llegó a las siguientes conclusiones:

1. La problemática tratada dentro del Trabajo de Integración Curricular parte generalmente cuando se presenta una separación o divorcio donde la normativa no establece los medios adecuados a través del cual se pueda precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de una manera propicia o justa y los más afectados son ellos por experimentar un cambio afectivo, sentimental y social afectando su desarrollo integral.
2. El principio de interés superior del niño está reconocido en los instrumentos internacionales, así como en la normativa ecuatoriana, principalmente en la Constitución, por tanto, tiene que materializarse mediante el reconocimiento y respeto al pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos y en todos los asuntos que le afecten debe aplicarse siempre en beneficio de los mismos.
3. Se ha demostrado mediante el estudio del derecho comparado que el tema analizado es regulado en países como España, Argentina, Bolivia y Puerto Rico, en donde los progenitores tienen las opciones de decidir si la tenencia de sus hijos sea de un solo progenitor o sea compartida, protegiendo así los derechos del niño y de sus padres, a comparación de la legislación ecuatoriana en donde se le obliga a un solo progenitor la tenencia del menor.
4. Mediante el estudio de casos se pudo evidenciar que cuando un progenitor busca cumplir con la corresponsabilidad parental prevista legalmente y participar en la vida de sus hijos en cuanto a la crianza y educación, este se encuentra limitado por las características de la tenencia exclusiva, es decir solo se convertirá en un visitante y cumplir con una obligación pecuniaria, imposibilitándose de dar todo el afecto y a poyo a sus hijos que estos a su vez desean o necesitan.
5. La tenencia compartida constituye una nueva forma de ejercitar la corresponsabilidad parental donde ambos progenitores cumplen con sus derechos, deberes y obligaciones relacionado con el cuidado y crianza coadyuvando al desarrollo completo de los niños, niñas y adolescentes y al respeto de su interés superior. De la misma manera permite

ejercitar el derecho del niño a vivir en familia, preservar el entorno familiar y mantener las relaciones con sus progenitores y la familia ampliada.

6. La tenencia exclusiva o única vigente en el Código de la Niñez y adolescencia no resulta suficiente en materia de niñez y adolescencia para la garantía, protección y ejercicio de los derechos de los menores, vulnera derechos elementales de los niños, niñas y adolescentes y el principio de interés superior de interés superior y el de igualdad.
7. En el desarrollo del marco teórico se pudo evidenciar que los tratados internacionales, específicamente la Convención de los derechos del niño, indica la importancia de que los niños, niñas y adolescentes mantengan una relación armoniosa y directa con ambos padres. De la misma manera, las normas jurídicas dentro del sistema normativo ecuatoriano, indican a través de todo su contenido, el derecho a la igualdad y corresponsabilidad parental, así como la importancia de respetar el principio de interés superior del niño sobre todas las demás personas. Por lo cual, la Constitución del Ecuador y el Código de la Niñez y adolescencia en su conjunto de articulados establecen los lineamientos necesarios para que este principio pueda cumplirse y pueda regularse la institución de tenencia compartida, no obstante, esta figura no se encuentra estipulado en la legislación ecuatoriana.
8. El paso que hizo la Corte Constitucional en sentencia No. 28-15-IN/21, al indicar que la tenencia compartida evitaría una transgresión a principios constitucionales, en los casos en que los padres no lleguen a un acuerdo o cuando exista igualdad de condiciones entre los progenitores, siempre que no sea contrario o perjudicial para el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, nos da luces para conducirnos a reconocer legalmente la institución de tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia.

9. Recomendaciones

Las recomendaciones que se consideran pertinentes en el trabajo de integración curricular son las siguientes:

1. Se recomienda al Estado ecuatoriano que en el ejercicio de sus funciones haga cumplir la Constitución como garantista de derechos priorizando los derechos de los niños, niñas y adolescente como grupo de personas de atención prioritaria, así como los derechos, deberes y responsabilidades que tienen los padres con los hijos en función al principio de igualdad y corresponsabilidad parental.

2. Resulta necesario que la Asamblea Nacional del Ecuador reconozca legalmente la tenencia compartida en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en donde los progenitores tengan igualdad de derechos y responsabilidades sobre los hijos, en la cual prime el interés superior del menor a poder convivir con sus progenitores.
3. Se recomienda a los juzgadores de Niñez y Adolescencia, cuando otorguen una tenencia compartida, primeramente analicen cuidadosamente caso por caso donde se verifique que los padres están en las condiciones para llevar a cabo es tipo de tenencia, es decir tienen que analizar todos los factores que engloban un cuidado responsable, equitativo, esto con el fin de garantizar un aporte de unidad familiar sin perjudicar ningún derecho de los menores de edad ni tampoco interrumpir el desarrollo físico como emocional de los niños, niñas y adolescentes.
4. A las Universidades y demás Institutos de Educación Superior del Ecuador, organicen foros, proyectos de vinculación con la sociedad, publicaciones, propagandas sobre los derechos y protección de los niños, niñas y adolescentes y de igual manera sobre las obligaciones y deberes de los progenitores en donde el cuidado y crianza de los hijos de acuerdo a la legislación ecuatoriana es de manera compartida sin ningún tipo de división de roles entre madre y padre.
5. Se recomienda a todas las juezas y jueces del Consejo de la Judicatura, evaluar cuidadosamente la situación de los padres y de sus hijos primando el interés superior del niño previo a encargar la tenencia, sea para un progenitor o para ambos.
6. A Los cuerpos Colegiados y Foros de Abogados, capaciten de forma continua a los profesionales del derecho, en cuanto a las necesidades sociales de los grupos de atención prioritaria más en específico de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
7. Al Ministerio de Inclusión Económica y Social, elabore planes o talleres para ser dictados a los padres de familia, para de esa manera tengan conocimiento de los derechos y obligaciones que tienen.
8. A la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, reformar las leyes que contradigan a la Constitución para que exista un equilibrio al momento de reclamar un derecho sin ser vulnerado principios y derechos por falta de norma expresa establecida.

10. Bibliografía

- Acevedo, L. (2011). El concepto de familia hoy. *Franciscanum. Revista de las ciencias del espíritu.*, 53(156), 149-170.
- Acosta, E. (2017). *El interes superior del niño y la custodia compartida.*[Trabajo de Titulacion, Universidad Tecnica de Ambato]. Repositorio Institucional-UTA.
- Acuña, M. (2013). El principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho*, 20(2), 21-59.
- Acuña, M. (2013). *Principio de Corresponsabilidad*. Primera Edicion.
- Adolfi, M. (2008). *Terapia Familiar*. Piados.
- Aguilar, B. (2012). *Derecho de Familia*. Ediciones Legales.
- Aguirre, R. (2010). *La Tenencia de menores en el Ecuador*. Graficas Cárdenas.
- Albàn, F. (2003). *Derecho de la Niñez y adolescencia*. Editorial Gemagrafic.
- Alban, F. (2010). *El Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Edicion 2010.
- Amarìs, M., Paternina, A., & Vargas, K. (2004). Relaciones familiares en familias desplazadas por la violencia ubicadas en "la cangrejera"(corregimiento de Barranquilla, Colombia). *Psicología desde el Caribe*(14), 91-124.
- Anilema, R. (2018). *El principio de Interes superior de niños, niñas y adolescentes, en los procesos juridico-administrativo de la adopcion internacional en el Ecuador.*[Proyecto de Investigacion, Pontificia Universidad Catolica del Ecuador sede Ambato]. Repositorio Institucional-PUCESA.
- Asamblea Legislativa Plurinacional. (2014, 19 de noviembre). *Codigo de las Familias y del Proceso Familiar. Ley N° 603*.
- Avendaño, M. (2021). *Tipos de Familia*. Obtenido de educajovenesyadultos.com: educajovenesyadultos.com/wp-content/uploads/2020/02/TIPOS-DE-FAMILIA-2.pdf
- Badaraco, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Espirales revista multidisciplinaria de investigación*, 2(19).
- Balbuena, J. (2007). *La familia, núcleo básico de la sociedad y reflejo de las condiciones de vida de la población*. Dialnet.
- Balleste, R. (2012). *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. Educatio Siglo XXI.
- Bonzano, N. L. (2010). *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Alveroni.
- Broderick, C. (1993). *Entendiendo los procesos familiares: bases sistémicas de la familia*. Sage.
- Bronfenbrenner, U. (1979). *The ecology of human development. Experiments by nature and design*. Press.

- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Juridico Elemental*. Editorial Eliasta.
- Cabrera, J. (2008). *Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica*. Editora Jurídica.
- Càceres, M. (2018). *La corresponsabilidad parental y custodia compartida de los hijos, en la vulneración del principio de interés superior del menor en la provincia de Tungurahua parroquia Huachi Chico período 2015*. Repositorio Institucional-UCE.
- Cajamarca, A. (2018). *La Tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en Ecuador*. Repositorio Institucional-UCACUE.
- Cárdenas, N., Solano, V., Álvarez, L., & Coello, M. (2021). La familia en Ecuador: Un enfoque desde lo jurídico. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*, 6(11), 129-146.
- Catalàn, J. (2014). *La custodia Compartida*. Obtenido de file:///C:/Users/Usuario/Documents/ventajas%20y%20desventajas%20de%20la%20tenencia%20compartida%202.pdf
- Cedeño, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del conocimiento*, 7(4), 930-954.
- Chunga, F. (2000). *Código de los niños y adolescentes*. Universidad San Martín de Porres.
- Codigo Civil. (2005). *Codigo Civil*. LEXIS.S.A.
- Codigo Civil Español. (1889). *Codigo Civil Español*. BOE.
- Codigo de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Codigo de la Niñez y Adolescencia*. LEXIS S.A.
- Código Orgánico General de Procesos. (2021). Lexis S.A.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. ONU.
- Constitucion de la Republica del Ecuador . (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Lexis S.A.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.Pacto de San José de Costa Rica. (1969). OEA.
- Convencion sobre Los Derechos del Niño. (1989). UNICEF.
- Corbin, J. (18 de marzo de 2016). *Los 8 tipos de familias (y sus características)*. Obtenido de Psicología y Mente: <https://psicologiymente.com/social/tipos-de-familias>
- Corte Constitucional del Ecuador. (21 de Noviembre de 2021). *Sentencia No. 28-15-IN*.
- Declaracion Universal de Derechos Humanos. (1948). Naciones Unidas.
- Diaz, L. (2010). *Conflictos entre los padres, divorcio y desarrollo de los hijos*. Revista Juridica.
- Enciclopedia Juridica. (2020).

- Espinoza, N. (2012). *La familia desde la propuesta ecosistèmica*. Primera Ediciòn.
- Fernàndez, J. (2005). *Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos implicaciones*. Universidad de Barcelona.
- Ferrer, A. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Juridicas*, 1(2), 73-99.
- Fueyo, F. (1990). *Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile.
- Fundación Juan Vives Suriá. (2010). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos y oídas en la Convención sobre Derechos del Niño y la Ley Orgánica para la Protección del Niño*. CLACSO.
- García, S. (2016). El Interés Superior del Niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16, 1-24.
- García, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16, 131-157.
- Gomez, A. (2016). *La tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes tras la disolucion del vinculo matrimonial.[Proyecto de investigacion previo a la obtencion de titulo de abogado,Universidad Regional Autònoma de los Andes]. Repositorio Institucional-UNIANDES*.
- Gracia, E., & Musitu, G. (2000). *Psicología social de la familia. Tema de psicología*. Piados.
- Grosmán, C. (2008). *El Divorcio*. Paidós.
- Guzmán, L. (2017). *La Familia*. Colegio de ciencias y humanidades Direccion General Portal Padres de Familia.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar . (2021). *Desarrollo Integral*. Bienestar Familiar.
- Instituto de Formación de Intervencion Social. (2020). *Pros y contras de la custodia compartida*. IFIS.
- Iturrieta, S. (2001). *Perspectivas teòricas de las familias*. Obtenido de https://www.academia.edu/39214187/PERSPECTIVAS_TE%3%93RICAS_DE_LA_S_FAMILIAS_COMO_INTERACCI%3%93N_COMO_SISTEMAS_Y_COMO_CONSTRUCCI%3%93N_SOCIAL
- Larrea, J. (2008). *Diccionario del Derecho Civil Ecuatoriano*. CEP.
- Leòn, E. (2014). *Pràctica Constitucional*. Carpol.
- Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicaciòn de Custodia.Ley Núm. 223. (2011, 21 de novimebre)*.
- Lopez, C. (2005). *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Talleres de LOM ediciones.
- Lòpez, R. (2015). Interès superior de los niños y niñas: Definiçión y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70.

- Marìn, M., Quintero, P., & Rivera, S. (2019). Influencia de las relaciones familiares en la primera infancia. *Poiésis*(36), 164-183.
- Martín, C., & Tamayo, M. (2013). Funciones básicas de la familia. Reflexiones para la orientación psicológica educativa. *EduSo*, 13(44), 60-71.
- Martínez, C. (2017). *Guía para la evaluaciòn y determinaciòn del interès superior del niño*. Comillas.
- Martínez, H. (2015). La familia: una visiòn interdisciplinaria. *Revista Mèdica Electrònica*, 37(5), 523-534.
- Mendoza, G. (2010). *Consecuencias del Divorcio*. Trias.
- Ministerio de Inclusiòn Econòmica y Social. (2013). *Desarrollo infantil Integral*. Direcciòn de Política Pública.
- Minuchin, S. (1986). *La segunda vez: la recuperaciòn de la familia, relatos de esperanza y renovaciòn*. Paidós Ibérica.
- Monroy, M. (2012). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Librería ediciones del profesional.
- Morales, S. (2015). La familia y su evolucion. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 3(5), 128-155.
- Moreno, A. (2007). *La adolescencia*. UOC.
- Murillo, P., Banchón, J., & Vilela, W. (2020). El principio de interès superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*, 12(2), 385-392.
- Navarro, J. (julio de 2009). *Definición ABC*. Obtenido de Definición de Niños: <https://www.definicionabc.com/social/ninos.php>
- ONU Mujeres. (2015). *La igualdad de genero*.
- Ossorio, M. (2006). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Heliasta.
- Otsubo, N., Freda, C., Wilner, A., Diaz, A., Nessier, C., & Echevarría, H. (2008). *Manual de Desarrollo Integral de la Infancia*. Accion contra el Hambre.
- Parra, J. (1995). *Principios Generales del Derecho de Familia*. Temis.
- Pèrez, M. (2000). *Derechos de los padres y de los hijos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Perez, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Nostra Ediciones.
- Pèrez, M. (2013). El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximaciòn. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(138), 1151-1168.
- Pérez, R. (2017). *La custodia compartida en el derecho familiar*. Revista del IJ.
- Pineda, S., & Aliño, M. (1999). *Manual de prácticas clínicas para la atención integral a la salud de la adolescencia*. MINSAP.

- Pinto, C. (2009). *La Custodia Compartida*. Bosch.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1997). *Derecho Civil*.
- Política Nacional de Infancia y Adolescencia . (2018).
doi:https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/11131.pdf
- Ponce, J. (2016). *Desarrollo Infantil: situación actual y recomendaciones de política*. BID.
- Quezada, P. (2017). *Análisis Del Alcance Del Derecho de Cuidado de los Hijos en el Sistema Ecuatoriano*. Centro de Estudios y Publicaciones.
- Quimbita, J. (2017). *Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito, primer semestre 2016.[Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de abogado, Universidad Central del Ecuador]*. Repositorio Institucional-UCE.
- Rodrigo, M. (2008). *Familia y Desarrollo humano*. Alianza.
- Rodríguez, M. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Ius et Praxis*, 16(1), 55-84.
- Romero, F. (2009). *Coparentalidad y género*. DULAC, edicions.
- Rubio, G. (2013). *Autorregulación de la crisis de pareja: Una aproximación desde el Derecho Civil catalán*. Dykinson.
- Saltos, R. (2011). *La Conflictividad de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. Editorial Biblioteca Jurídica.
- Sánchez, J. (2015). *El Principio de reciprocidad entre padres e hijos y la declaración judicial de la filiación.[Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de Abogada]*. Repositorio Institucional UTA.
- Schneider, M. (2001). *Un fallo sobre tenencia compartida*. L.L.Bs.As.
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación.Ley 26.994*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Serrano, J. (2012). *El divorcio por mutuo consentimiento*. Primera Edición.
- Simon, F. (2009). *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del niño a las Legislaciones Integrales*. Cevallos Editora Jurídica.
- Torres, L., Garrido, A., Reyes, A., & Ortega, P. (2008). Responsabilidades en la crianza de los hijos. *Enseñanza e Investigación en Psicología*, 13(1), 77-89.
- Torres, X., & Puchaicela, C. (2019). *Derecho de Familia. Evolución y actualidad en Ecuador*. CEP.
- Trucco, J. (2009). *Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida*. Ediciones B (Barcelona).
- UNICEF. (2018). *Interés Superior del Niño*. Asamblea Nacional del Ecuador.

11. Anexos

11.1. Cuestionario de Encuestas y Entrevistas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA

Distinguido profesional del derecho, de manera respetuosa solicito se designe contestar las siguientes preguntas de la presente ENTREVISTA que versa sobre el tema de tesis denominado **“ESTUDIO JURÍDICO, DOCTRINARIO Y COMPARADO DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE”**, cuyos resultados me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

1. **¿Qué falencias considera usted que existen en la institución de tenencia exclusiva o única regulada en nuestra legislación de la Niñez y Adolescencia?**
2. **¿Cuál es su opinión sobre la falta de determinación de la norma legal en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la institución de tenencia compartida, para evitar transgredir los derechos de los niños, niñas y adolescentes?**
3. **¿El numeral 1 del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia establece que se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija, por este acuerdo, ¿Considera Usted que se podría pactar una tenencia compartida y el juez deba respetar dicho acuerdo?**
4. **¿Qué opinión le merece a usted respecto a que la tenencia única vulnera el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a conservar la relación con ambos progenitores o al derecho a la familia?**
5. **¿Qué criterio le merece a usted sobre la importancia de la presencia tanto de padre como de madre en la vida de sus hijos para garantizar su desarrollo integral sin importar que estén separados o no?**

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



Universidad
Nacional
de Loja

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENCUESTA

Distinguido profesional del derecho, de manera respetuosa solicito se designe contestar las siguientes preguntas de la presente encuesta que versa sobre el tema de tesis denominado **“ESTUDIO JURÍDICO, DOCTRINARIO Y COMPARADO DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE”**, cuyos resultados me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

1. ¿Considera usted que la figura de tenencia compartida es un mecanismo que evita transgredir el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente?

Si ()

No ()

¿Por qué?

.....
.....

2. ¿Considera usted que los padres luego de la separación o divorcio tienen los mismos derechos, deberes y responsabilidades sobre sus hijos?

Si ()

No ()

¿Por qué?

.....
.....

3. ¿Considera usted que la tenencia exclusiva regulada por nuestra legislación vulnera el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente y el de igualdad?

Si ()

No ()

¿Por qué?

.....
.....

4. En las legislaciones como: España, Bolivia, Argentina, Puerto Rico se encuentra regulada la figura de tenencia compartida, a diferencia de la legislación ecuatoriana en donde se le obliga a un solo progenitor la tenencia del menor, en base a esto. ¿Considera usted que estas legislaciones hacen efectivo o precautelan a cabalidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Si ()

No ()

¿Por qué?

.....
.....

5. ¿Considera usted necesario la incorporación de la Institución de tenencia compartida en nuestra legislación?

Si ()

No ()

¿Por qué?

.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.2. Designación de director del Trabajo de Integración Curricular



1859



Universidad
Nacional
de Loja

SECRETARIA GENERAL
FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

Presentada el día de hoy, dieciséis de junio de dos mil veintidós, a las diez horas con cincuenta y tres minutos. Lo certifica, la Secretaria Abogada de la Facultad Jurídica Social y Administrativa de la UNL.

ENA REGINA
PELAEZ SORIA

Firmado digitalmente por
ENA REGINA PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.06.17 10:12:56
-05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc
**SECRETARIA ABOGADA DE LA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

Loja, 16 de junio de 2022, a las 17H46. Atendiendo la petición que antecede, de conformidad a lo establecido en el **Art. 228 Dirección del trabajo de integración curricular o de titulación**, del Reglamento de Régimen Académico de la UNL vigente; una vez emitido el informe favorable de estructura, coherencia y pertinencia del proyecto, se designa al Dr. Fernando Filemón Soto Soto, Mg. Sc., Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica Social y Administrativa, como **DIRECTOR del Trabajo de Integración Curricular o Titulación**, titulado: "ESTUDIO JURÍDICO, DOCTRINARIO Y COMPARADO DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE", de autoría del Sr. MARLON HUMBERTO QUIZHPE ABRIGO. Se le recuerda que conforme lo establecido en el Art. 228 antes mencionado. Usted en su calidad de director/a del trabajo de integración curricular o de titulación "será responsable de asesorar y monitorear con pertinencia y rigurosidad científico-técnica la ejecución del proyecto y de revisar oportunamente los informes de avance, los cuales serán devueltos al aspirante con las observaciones, sugerencias y recomendaciones necesarias para asegurar la calidad de la investigación. Cuando sea necesario, visitará y monitoreará el escenario donde se desarrolle el trabajo de integración curricular o de titulación". **NOTIFÍQUESE para que surta efecto legal.**



Firmado digitalmente por:
MARIO ENRIQUE
SANCHEZ ARMIJOS

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos, Mg. Sc.
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

Loja, 16 de junio de 2022, a las 17H47. Notifiqué con el decreto que antecede al Dr. Fernando Filemón Soto Soto, Mg. Sc., para constancia suscriben:



Firmado digitalmente por:
FERNANDO
FILEMON SOTO
SOTO

Dr. Fernando Filemón Soto Soto, Mg. Sc.,
ASESOR DEL PROYECTO

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.06.17
10:13:11 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc.
SECRETARIA ABOGADA

Elaborado por: Nancy M. Jaramillo

C.C. Sr. Marlon Humberto Quizhpe Abrigo
Expediente de Estudiante

C TLF. 072545114
Ciudad Universitaria "Guillermo Cordero Espinosa",
Casilla letra "S", Sector La Argelia - Loja - Ecuador

11.3. Certificación traducción del abstract



Mg. Yanina Quizhpe Espinoza
Licenciada en Ciencias de Educación mención
Inglés
Magister en Traducción y mediación cultural

Celular: +593989805087
Email: yaniques@icloud.com
Loja, Ecuador 110104

Loja, 29 de noviembre de 2022

Yo, Lic. Yanina Quizhpe Espinoza, con cédula de identidad 1104337553, docente del Instituto de Idiomas de la Universidad Nacional de Loja, y certificada como traductora e interprete en la Senescyt y en el Ministerio de trabajo del Ecuador con registro MDT-3104-CCL-252640, certifico:

Que tengo el conocimiento y dominio de los idiomas español e inglés y que la traducción del resumen de trabajo de integración curricular, **Estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida en la legislación de la niñez y adolescencia y la vulneración del principio de interés superior del niño, niña y adolescente**, cuya autoría del estudiante Marlon Humberto Quizhpe Abrigo, con cédula 1106022260, es verdadero y correcto a mi mejor saber y entender.

Atentamente

YANINA
BELEN
QUIZHPE
ESPINOZA

Firmado
digitalmente por
YANINA BELEN
QUIZHPE ESPINOZA
Fecha: 2022.11.29
10:26:09 -0500

Yanina Quizhpe Espinoza.

Traductora