



Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja
Facultad Jurídica, Social y Administrativa
Carrera de Derecho

“Análisis jurídico doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21, ventajas y desventajas”

**Trabajo de Titulación previo a la obtención
del Título de Licenciada en Jurisprudencia y
Título de Abogada**

AUTORA:

Soler Del Cisne Procel Hidalgo

DIRECTORA:

Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano. Mg.Sc.

Loja – Ecuador

2023

Loja, 14 de septiembre de 2022

Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano, Mg. Sc.

DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

CERTIFICO:

Que he revisado y orientado todo proceso de la elaboración del Trabajo de Titulación denominado: **“Análisis jurídico doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-in/21, ventajas y desventajas”**, previo a la obtención del grado de **Licenciada en Jurisprudencia y título de Abogada**, de autoría de la estudiante **Soler Del Cisne Procel Hidalgo**, con cédula de identidad **Nro. 1105673949**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación para la respectiva sustentación y defensa.



Firmado electrónicamente por:
JENNY MARITZA
JARAMILLO
SERRANO

Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano, Mg. Sc.

DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Autoría

Yo, **Soler del Cisne Procel Hidalgo**, declaro ser autora del presente Trabajo de Titulación y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi Trabajo de Titulación en el Repositorio Institucional- Biblioteca Virtual.

Firma:

Cédula de identidad: 1105673949

Fecha: 11 de enero de 2023

Correo: soler.procel@unl.edu.ec

Teléfono: 0980523483

Carta de autorización por parte de la autora, para la consulta y reproducción parcial o total y publicación electrónica de texto completo, del Trabajo de Titulación.

Yo, **Soler del Cisne Procel Hidalgo**, declaro ser el autora del Trabajo de Titulación denominado: **“Análisis jurídico doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia Compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No.28-15-IN/21, ventajas y desventajas”**, como requisitos para optar el grado de **Licenciada en Jurisprudencia** y título de **Abogada**; 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 de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Por constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los once días del mes de enero de dos mil veintitrés.

Firma:

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo

Cédula No: 1105673949

Dirección: La Argelia

Correo Electrónico: soler.procel@unl.edu.ec

Celular: 0980523483

DATOS COMPLEMENTARIOS

Directora del trabajo de titulación: Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano. Mg.Sc.

Dedicatoria

Quiero dedicar mi trabajo de Titulación con mucho amor y agradecimiento:

A mi madre querida que desde el primer día me apoyo incondicionalmente y supo educarme con valores que me permitieron seguir adelante, y que sin su apoyo esto no hubiera sido posible, gracias por esto y por todos sus innumerables esfuerzos.

A mis hermanos que me han apoyado y han sujetado a mi madre en los momentos más difíciles, que han hecho posible que este momento suceda.

A mis amigos que con sus palabras, consejos y motivaciones han hecho que este camino sea más llevadero, los mismos que me han permitido pasar los momentos más felices de mi vida universitaria, gracias por eso.

A todas aquellas personas que directa o indirectamente con sus palabras me motivaron a seguir adelante.

Soler del Cisne Procel Hidalgo

Agradecimiento

Agradezco primeramente a la Universidad Nacional de Loja, y a todo el cuerpo docente que, desde el primer día con su profesionalismo, paciencia y con su tiempo, permitieron mi formación académica.

Quiero dedicar especial agradecimiento al Dr. Rolando Macas Saritama Ph.D por su paciencia y sabiduría durante la realización de este trabajo de titulación, así como también por su bondad al haberme ayudado a despejar las interrogantes que me surgían en todo lo referente al tema de investigación.

De igual forma mi especial gratitud a mi directora del trabajo de titulación Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano. Mg. Sc., que con sus correcciones, direccionamientos y sabiduría hicieron posible que este trabajo de titulación este mejor encaminado.

Soler Del Cisne Procel Hidalgo

Índice de contenidos

Portada.....	i
Certificación.....	ii
Autoría.....	iii
Carta de autorización.....	iv
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento.....	vi
Índice de contenidos.....	vii
Índice de tablas	ix
Índice de figuras.....	x
Índice de anexos	x
1. Título.....	1
2. Resumen.....	2
2.1. Abstract.....	3
3. Introducción.....	4
4. Marco teórico.....	7
4.1. Derecho de Familia	7
4.1.2. Antecedentes del derecho de familia	10
4.2. La Familia.....	13
4.2.1. Funciones de la Familia	14
4.2.2. Rol del padre y la madre en la familia	14
4.3. Del divorcio	15
4.4. La Patria Potestad.....	18
4.4.1. Reglas para el ejercicio de la patria potestad	20
4.4.2. Causas de la suspensión de la patria potestad	20
4.4.3. Causas para la pérdida de la patria potestad.....	21
4.5. Tenencia de los niños, niñas y Adolescentes	22
4.5.1. Antecedentes	23
4.5.2. Características	26
4.5.3. Clases de tenencia.....	28
4.6. Tenencia de los niños, niñas y adolescentes en la normativa vigente del Ecuador	30
4.6.1. Tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia.....	30

4.6.1.1. Régimen de visitas	31
4.6.1.2. Derecho de alimentos.....	34
4.6.2. Procedimiento por divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento y divorcio contencioso cuando hay hijos menores de edad dependientes en el Código Orgánico General de procesos.	36
4.6.3. Situación económica de los hijos menores de edad en el Código Civil.....	39
4.7. Tenencia Compartida	40
4.7.1. Evolución histórica del apareamiento de la tenencia compartida.....	41
4.7.2. La tenencia compartida en los instrumentos internacionales	43
4.7.3. Posicionamientos sobre la tenencia compartida	46
4.8. Principio de Corresponsabilidad Parental.....	49
4.8.1. Breve reseña histórica del principio de corresponsabilidad parental.....	50
4.8.2. Principio de corresponsabilidad parental en los instrumentos internacionales	53
4.8.3. Derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores	58
4.9. Síndrome de la Alienación Parental.	59
4.9.1. Signo de alertas y síntomas	60
4.9.2. Grados leve, moderado y severo del síndrome de alienación parental	64
4.10. Derechos de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria.	65
4.10.1. Derecho a la vida	66
4.10.2. Derecho a una vida digna.....	67
4.10.3. Derecho a la integridad personal	68
4.10.4. Derecho a la educación	69
4.10.5. Derecho a la salud.....	70
4.10.6. Derecho a ser consultados	72
4.10.7. Derecho a tener una familia y la convivencia familiar	73
4.10.8. Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.	74
4.11. Principio de interés superior del niño	75
4.11.1. Breve reseña histórica del principio de interés superior del niño	76
4.11.2. Funciones del interés superior del niño.....	80
4.11.3. Criterios para la aplicación del principio de interés superior del niño.....	82
4.12. Desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes	83
4.13. Plan Nacional de Desarrollo	85
4.14. Doctrina de la Protección Integral.....	86
4.14.1. Principios básicos de la doctrina de la protección integral	87
4.15. Introducción al proceso de inconstitucionalidad	89
4.15.1. Procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma, regulada en la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional.....	90

4.15.1. Ley que Regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes de la República de Perú	98
4.15.2. Ley que modifica el Código Civil con el fin de establecer como general el régimen de la tuición compartida de los hijos e hijas en el caso de separación de los padres de la República de Chile.	100
4.15.3. Código Civil y Comercial de la Nación de la República de Argentina.....	102
4.15.4. Código de Familia de la República de Costa Rica.....	104
5. Metodología.....	105
5.1. Materiales utilizados.....	105
5.2. Métodos	105
5.3. Técnicas.....	107
5.4. Observación documental	108
6. Resultados.....	108
6.1. Resultados de encuestas.....	108
6.2. Resultados de las Entrevistas	123
6.3. Estudio de Casos	152
6.4. Análisis de datos estadísticos:.....	176
7. Discusión	178
7.1. Verificación de objetivos	178
7.1.1. Objetivo General	179
7.1.2. Objetivos específicos	180
7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal.	194
8. Conclusiones.....	199
9. Recomendaciones	201
9.1. Proyecto de reforma legal.	203
10. Bibliografía.....	207
11. Anexos	212

Índice de tablas

Tabla 1. Normativa vigente.....	108
Tabla 2. Sentencia.....	111
Tabla 3. Tenencia compartida.....	113
Tabla 4. Preservación del entorno familiar.....	115
Tabla 5. Tenencia atribuida a un progenitor.....	116
Tabla 6. Implementación de tenencia compartida.....	118

Tabla 7. Propuesta jurídica.....	121
----------------------------------	-----

Índice de figuras

Figura 1. Normativa vigente.....	109
Figura 2. Sentencia.....	111
Figura 3. Tenencia compartida.....	113
Figura 4. Preservación del entorno familiar.....	115
Figura 5. Tenencia atribuida a un progenitor.....	117
Figura 6. Implementación de tenencia compartida.....	119
Figura 7. Propuesta jurídica.....	121
Figura 8. Tendencia de matrimonio.....	177
Figura 9. Causas de divorcio.....	178

Índice de anexos

Anexo 1. Cuestionario de Encuesta.....	212
Anexo 2. Cuestionario de Entrevista a profesionales de Derecho.....	215
Anexo 3. Oficio de Designación de la Directora del Trabajo de Titulación.....	216
Anexo 4. Certificación del Tribunal de Grado.....	217
Anexo 5. Certificación de Traducción del Abstract.....	218

1. Título

“Análisis jurídico doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No.28-15-IN/21, ventajas y desventajas”

2. Resumen

El presente trabajo de titulación denominado: **“Análisis jurídico doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21, ventajas y desventajas”**.

Surge el interés por investigar esta problemática, puesto que se evidencia una notable contradicción jurídica en nuestra normativa, debido a que el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que, cuando el juzgador estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, confiará su cuidado y crianza a uno de los progenitores, mientras que en la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 69 numerales 1 y 5, prescriben sobre la promoción de la maternidad y paternidad responsables en particular cuando se encuentren separados, y la corresponsabilidad parental en el cumplimiento de sus deberes y derechos, incluso el mismo Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 100, prevé sobre dicha corresponsabilidad, aunado a esto, gracias a la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador que al eliminar la preferencia materna viabiliza la implementación de la tenencia compartida.

En las decisiones de la administración de justicia en lo competente a juicios de separación o divorcio, se ha podido observar la vulneración de los derechos tanto para los hijos como para los progenitores, pues la normativa al momento de estipular que la tenencia solo podrá ser encargada a uno de ellos limita en cierta medida la posibilidad que el juzgador otorgue una tenencia compartida, en los casos cuando los dos progenitores acrediten que se encuentran en óptimas condiciones para hacerse cargo de todos los cuidados que llegue a requerir el niño, niña o adolescente, de acuerdo a su desarrollo evolutivo, y los mismos manifiesten abiertamente pretender ser parte activa en su vida, siempre y cuando se garantice el principio de interés superior del niño en todo momento, por lo que no debería haber ningún impedimento legal que dificulte el encargo judicial de este tipo de tenencia.

En el presente trabajo de titulación se emplearon materiales y métodos que permitieron el desarrollo de esta investigación, igualmente se realizaron entrevistas y encuestas a profesionales del derecho, cuyos resultados obtenidos sirvieron para plantear el proyecto de reforma legal para la implementación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia.

2.1. Abstract

The present work entitled: “Doctrinal legal analysis of the reform in reference to the shared custody of children and adolescents in Ecuador, sentence of the Constitutional Court No. 28-15-IN/21, advantages and disadvantages”.

The interest arises to investigate this problem, since there is a notable legal contradiction in our regulations, because Art. 118 of the Code of Childhood and Adolescence, states that, when the judge deems more convenient for the integral development of the child, he/she will entrust his/her care and upbringing to one of the parents, while in the Constitution of the Republic of Ecuador, in Art. 69 paragraphs 1 and 5, prescribe the promotion of responsible parenthood, particularly when they are separated, and parental co-responsibility in the fulfillment of their duties and rights, even the Code of Childhood and Adolescence in Art. 100, provides for such co-responsibility, in addition to this thanks to Ruling No. 28-15-IN/21 of the Constitutional Court of Ecuador, which by eliminating maternal preference makes the implementation of shared custody viable.

In the decisions of the administration of justice regarding separation or divorce trials, it has been possible to observe the violation of the rights of both the children and the parents, since the law stipulates that custody can only be granted to one of the them, limiting to a certain extent the possibility of the judge to grant shared custody, in cases where both parents prove that they are in optimal conditions to take care of all the care that the child or adolescent may require, according to his or her evolutionary development, and they openly state their intention to be an active part of this or her life, as long as the principle of the best interest of the child is guaranteed at all time, so there should not be any legal impediment that hinders the judicial assignment of this type of custody.

In this degree word, materials and methods that allowed the development of this research were used, as well as interviews and surveys to legal professionals, whose results were used to propose the legal reform project for the implementation of shared custody in the Code of Childhood and Adolescence.

3. Introducción

El presente trabajo de titulación se denomina: **“Análisis jurídico doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No.28-15-IN/21, ventajas y desventajas”**.

En nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a los procesos de divorcio o separación cuando existen hijos menores dependientes, es un requisito indispensable que el juzgador resuelva sobre la situación del niño, niña o adolescente, entre ellos, la tenencia, régimen de visitas y alimentos, siendo la más trascendental y tema de esta investigación la tenencia.

En este sentido, la legislación ecuatoriana prevé que su encargo judicial será otorgado a uno de los progenitores independientemente de que ambos se encuentren en igualdad de condiciones, lo que ha generado que durante estos procesos se vean violentados sus derechos, cabe recalcar en este punto, que la Corte Constitucional en su sentencia que trata sobre la eliminación de la preferencia materna para el encargo judicial de la tenencia, ha analizado esta problemática, donde se ha visibilizado que las reglas para el encargo de la misma tiene un tinte discriminatorio que coloca en una situación de desventaja al padre y madre de familia, a partir de ello, en dicha sentencia se discutió que, si bien es cierto, la madre por razones biológicas como la lactancia materna tiene una relación más cercana con su hijo, esto no es justificación suficiente para que en todos los casos la tenencia sea encargada a la madre, debido que no se puede concebir que en el cien por ciento de los casos la mujer va estar más capacitada que el padre.

Producto de este análisis los miembros de la Corte Constitucional, declararon su 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 hija”, estos por ser contrarios al principio de corresponsabilidad parental, el derecho de igualdad y no discriminación y en especial al principio de interés superior, lo que viabiliza la implementación de la figura jurídica de la tenencia compartida, misma que va permitir que los progenitores sigan cumpliendo responsablemente con sus obligaciones parentales después de producida una separación, lo que se traduce en el reparto equitativo del cuidado, crianza, alimentación, educación, desarrollo integral y la protección de los derechos del hijo o hija, siempre que, el juzgador conjuntamente con el apoyo de la Oficina Técnica, haya acreditado que tanto el padre como la madre se encuentran preparados para ejercer este tipo de tenencia, así como también, la garantía de que el menor haya ejercido su derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta

Cabe recalcar que con la eliminación de la preferencia materna, no significa que se haya incorporado o debatido sobre la implementación de esta figura jurídica en nuestra legislación, puesto que sigue esta lamentable situación que coloca en una posición de desigualdad a un progenitor respecto del otro, lo que evidencia una contradicción en nuestra normativa que transgrede los derechos de los progenitores, así como el derecho de los hijos e hijas dependientes que no están siendo garantizados, mismos que están reconocidos en nuestra norma suprema, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño en el Art. 9 numeral 1 y 3, que prevé, que los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad, así mismo, se deberá respetar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular cuando estén separados.

En el presente trabajo de titulación se verificó un objetivo general que consiste: Realizar un análisis jurídico, doctrinario y comparado sobre la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.

De la misma forma, se verificó cuatro objetivos específicos que a continuación se detallan: primero objetivo específico “Estudiar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes desde la normativa vigente en el Ecuador”; segundo objetivo específico “Evaluar si la tenencia compartida es una solución para el pleno cumplimiento de los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria; tercer objetivo específico “Analizar la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador Caso No.28-15-IN/21; cuarto objetivo específico “Presentar una propuesta jurídica para garantizar la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en el régimen ecuatoriano”.

La hipótesis contrastada es la siguiente: “La vigencia de las reformas constitucionales de la tenencia compartida, incide en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, en garantía a sus derechos”.

Este trabajo se encuentra estructurado de la siguiente forma: el marco teórico está conformado: Derecho de familia; La familia; del divorcio; la patria potestad; Tenencia de los niños, niñas y adolescentes; Tenencia de los niños, niñas y adolescentes en la normativa vigente en el Ecuador; Tenencia compartida; Posicionamientos de la tenencia compartida; Principio de corresponsabilidad parental; Síndrome de Alienación Parental; Derechos de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria; Principio de interés superior del niño; Desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes; Plan Nacional de Desarrollo; Doctrina de la protección integral; Introducción al proceso de inconstitucionalidad; Derecho comparado,

Ley que Regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes de la República de Perú, Ley que modifica el Código Civil con el fin de establecer como general el régimen de la tuición compartida de los hijos e hijas en el caso de separación de los padres de la República de Chile, Código Civil y Comercial de la Nación de la República de Argentina, Código de Familia de la República de Costa Rica.

Así mismo, los materiales y métodos que fueron utilizados para la recolección y obtención de información relevante, igualmente se ha empleado la técnica de entrevista y encuesta, conjuntamente con el estudio de casos que contribuyeron con información veraz y oportuna que permitieron fundamentar este trabajo. Consecuentemente, con ello se ha logrado corroborar y constatar el objetivo general y los cuatro objetivos específicos, así también se logró contrastar satisfactoriamente la hipótesis cuyos resultados arrojados ayudaron a la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal. Aunado ello, en la parte final este trabajo se exponen las conclusiones y recomendaciones, las mismas que se lograron determinar durante todo el desarrollo de esta investigación, así como también, se presentó el proyecto de reforma legal para la implementación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Por todo lo evidenciado queda expuesto el presente trabajo de titulación relacionado al análisis doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-in/21. Esperando que el documento sirva de guía a los estudiantes y profesionales del Derecho como fuente de consulta y conocimientos; quedando ante el Tribunal de Grado para sus observaciones y aprobación.

4. Marco teórico

4.1. Derecho de Familia

El derecho de familia se lo puede definir, como aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas relativas a las relaciones de pareja, especialmente las matrimoniales, la filiación y las situaciones que dimanen de la ausencia de personas que ejerzan la patria potestad o se motiva por la restricción de la capacidad de obrar de algún miembro familiar o de la insuficiencia de medios económicos para su subsistencia. (Acedo, 2014, pág. 25)

La mayoría de familias se conforman a través de la institución jurídica del matrimonio, que conlleva el nacimiento de las obligaciones conyugales de la pareja y de los demás integrantes que la componen, es así que cuando hay hijos de por medio la ley establece regulaciones especiales que los protejan por encontrarse en una condición de vulnerabilidad. Dicho lo anterior, el derecho de familia regula el vínculo existente entre los hijos con los padres debido que la misma relación parental despliega una serie derechos y obligaciones, que deben estar regulados y protegidas.

Derecho de familia, “es el conjunto de normas expedidas por el Estado, que regulan en su integridad aspectos personales y patrimoniales resultantes del vínculo familiar, así como sus efectos legales en relación a terceros” (Parra, 1995, pág. 92). El Estado es el principal ente encargado de proteger a la familia, no solo en el ámbito de sus relaciones filiales sino también en ámbito patrimonial, debido que el mismo comprende parte importante del núcleo familiar por ser los bienes muebles e inmuebles adquiridos durante la vida matrimonial.

El derecho de familia, “reposa en la idea de que la finalidad de los vínculos que se establecen y los poderes que se otorgan no es tanto en crear derechos, sino más bien imponer deberes” (Treviño, 2017, pág. 24). En este sentido, según el autor el espíritu del derecho de familia no solo se centra en el control de sus derechos, sino más bien en la exigibilidad de sus deberes, ya que la violación o el abuso de las facultades que se les concede pueden determinar la privación o la pérdida de las misma.

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. (Pérez, 2010, pág. 21)

Es importante que las normas que regulan todo lo concerniente a las relaciones familiares se establezcan sobre la base del respeto de cada uno de sus miembros, sobre todo el derecho a la igualdad, ya que tanto el padre como la madre deben tener un papel protagónico en cuanto a sus derechos y obligaciones, el mismo que ayuda garantizar el desarrollo integral del hijo o hija durante su proceso de crecimiento, además del derecho a la no discriminación porque ambos sexos deben gozar de igualdad de condiciones ante la ley, todo esto en atención y provecho de los individuos que la conforman.

Respecto a la normativa la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 69, establece sobre la protección de 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 sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentran separados de ellos por cualquier motivo; 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; y 5. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 35)

Los pilares fundamentales de la familia lo constituyen los progenitores, por ello debe haber una estricta observancia en cuanto a sus deberes inherentes, ya que en ellos recae la obligación de socorrer al hijo o hija en todo lo concerniente a su cuidado, crianza, protección, alimentación saludable, educación de acuerdo a su nivel evolutivo, entre otros. En tal sentido, el Estado para lograr garantizar la protección de los derechos de los miembros de la familia, debe proveer todas las medidas necesarias para que tanto los progenitores como los hijos, cumplan a carta cabal con sus obligaciones, más aún cuando se trate de familias que se encuentren separadas, el Estado de brindar especial atención a los hijos.

Así mismo el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 9, “prescribe la función básica de la familia, siendo el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 2). En efecto, los padres y madres deben ejercer una responsabilidad compartida, al ser la familia el principal espacio donde crecen y se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes, por ello a falta de cumplimiento

de las responsabilidades o la ausencia de uno de los progenitores puede llegar afectarlos con el pasar del tiempo en su proceso de crecimiento, lo que ocasionaría una transgresión a su derecho a su desarrollo integral.

Esto en concordancia con el Art. 220 del Código Civil donde señala, “que ambos cónyuges proveerán a las necesidades de la familia común, en proporción de sus facultades” (Código Civil, 2005, pág. 63). Los cónyuges deben suministrar y contribuir con todo lo necesario para el solvento de las necesidades de sus integrantes, por ende, debe haber un reparto equitativo de sus deberes y derechos, ya sea que se encuentren conviviendo en un hogar común o se encuentren separados, más aún cuando tengan hijos menores de edad en común y en este caso, el juez regulará la contribución que realice cada cónyuge.

A breves rasgos como normativa vinculante, debo señalar el Art. 1 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, la misma que señala que tiene por objeto proteger la integridad física, psíquica y libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia, mediante la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar y los demás atentados contra sus derechos y los de su familia. (Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, 1995, pág. 1)

De acuerdo a lo anteriormente establecido, la familia necesita estar protegida en todos los ámbitos posibles sobre todo lo que tiene que ver con el derecho a la integridad personal de sus miembros, en tal sentido, el Estado deberá velar por la prevención y la respectiva sanción en el caso que una persona o institución pública o privada, atente contra la integridad de la familia en cualquier de sus esferas.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo prescribe que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. (Unicef comité español, 2006, pág. 8)

Tal como lo establece el Código de la Niñez y Adolescencia a la par con este instrumento internacional, la familia comprende una pieza clave en la sociedad y constituye el medio natural en donde el niño, niño y adolescente se desenvuelve y desarrolla, por ende, los Estados partes deben asegurarse que los miembros más vulnerables de la familia, es decir los menores, reciban una protección y asistencia especial.

4.1.2. Antecedentes del derecho de familia

De acuerdo con Alcívar en su artículo sobre “Las relaciones de la familia según el derecho romano y en la actualidad con la legislación ecuatoriana” el derecho romano nos brinda un sinnúmero de fundamentos importantes, para adquirir conocimientos en todo lo concerniente al derecho de familia.

Muchos códigos civiles se basan en gran medida en esta legislación, en que la que se encuentra “el derecho de familia, incluyendo el parentesco, el matrimonio, la adopción, la tutela, entre otras” (Alcívar & Calderón, 2013, pág. 2). Por lo tanto, es importante analizar estos puntos desde sus cimientos y así poder tener una comprensión amplia del derecho de familia enfocada en nuestra realidad actual, además que es una excelente fuente de interpretaciones jurídicas y legislativas, constituyéndose en una disciplina jurídica global que permite comprender los orígenes de lo que hoy nos rige y de nuestros derechos.

En la Antigua Roma se tenía varias acepciones de lo que la palabra familia constituía o más bien significaba, las mismas basadas en cinco grupos principales:

1.- Reunión de personas bajo la potestad de un jefe, llamado pater-familias. Aquí la familia aparecía compuesta por el padre (el jefe), la madre, los hijos y los esclavos. La autoridad se reservaba al jefe y éste podía inclusive vender o matar a su hijo; 2.- Personas unidas por el vínculo civil de la agnación, que podía ser descendencia paterna o la adopción; 3.- Igualmente, designaba el cognatio entre las personas que descendían unas de otras o de un autor común. Incluía la affinitas o afinidad; 4.- De manera restringida, significaba el domus, o personas bajo un mismo techo; 5.- Y, además, llamábase familia al patrimonio de un romano. Este sentido comprende un factor económico. (Parra, 1995, pág. 92)

Como se puede apreciar en el primer grupo, se destaca que los integrantes de la familia antiguamente se constituían por el padre, la madre, los hijos y esclavos, en donde se destacaba que el padre era el jefe de familia quien poseía o se le atribuía una especie de autoridad, la misma que le permitía y le daba el derecho de comercializar a sus hijos a su antojo o incluso acabar con su vida; el segundo grupo se basaba en la agnación, es decir parientes que tienen relación por línea paterna lo que supone que exclusivamente viene de un varón, aunque también podían unirse en caso de adopción; el tercer grupo se conformaba de los miembros de una misma familia ya sea que se trate del padre o de la madre; el cuarto grupo comprendía en la

unión de personas las mismas que convivía en las domus, lo que en ese tiempo se conocía como un tipo de casa romana; y finalmente el último grupo que comprendía esencialmente en el patrimonio económico de una familia romana.

Siguiendo la misma línea, a nivel internacional la Organización de las Naciones Unidas juntamente con los cambios de la época en temas familiares, en 1983 gracias a las recomendaciones del Consejo Económico y Social a través de su resolución 1983/23 se logró “una mayor concientización sobre los problemas y las necesidades de la familia, así como las formas eficaces de satisfacer dichas necesidades que azotan a las familias” (Naciones Unidas, 2022, pág. 5).

Se ha podido visibilizar que la mayoría de familias en los países del mundo, se encuentran en una posición de vulnerabilidad lo da pie a la transgresión de los derechos de los integrantes que la conforman, al ver este panorama desfavorable en 1985, el Consejo Económico y Social solicitó a la Asamblea General que en sus futuros proyectos y programas se incluya y entre en debate el tema titulado las familias en el proceso de desarrollo, el mismo que tuvo como propósito que los gobiernos y organizaciones gubernamentales tomen conciencia. A partir de la presentación de este programa, el Consejo se vio en la obligación de solicitar un informe a todos los Estados partes sobre la implementación de medidas que viabilicen el mejoramiento del bienestar y la situación de las familias; finalmente el 9 de diciembre de 1989 la Asamblea General en la resolución número 44/8, anuncio conjuntamente con la resolución A/RES/47/237 de que el 15 de mayo de cada año se celebre el día internacional de familia.

Los diversos enfoques que han estudiado esta institución coinciden en que la misma requiere de un conjunto de normas que la regulen a fin de que cada uno de los engranajes que la componen funcione correctamente. Es apreciado como el grupo de individuos hermanadas ya sea por afinidad, unión sanguínea y afectividad, lo cual determina el surgimiento de una serie de derechos y obligaciones de carácter social o patrimonial. (Cárdenas, et.al, 2020, pág. 130)

Como sabemos la familia está establecida por un grupo de personas, ya sea que estas mismas se hayan constituido por afinidad es decir por coincidencia en los gustos lo que les hizo decidir juntarse y formar una familia y por unión sanguínea que vienen siendo los ascendientes y descendientes, cabe acotar que para que dicho grupo pueda cumplir su rol en la sociedad sus derechos y responsabilidades deben estar reglados en cuerpos normativos que permitan

garantizar los mismos y sobre todo brindar protección a los niños, niñas y adolescentes por encontrarse en un estado de vulnerabilidad.

Dentro de la legislación ecuatoriana, la familia se encuentra regulada en diversos cuerpos normativos como lo son “el Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, Código de Trabajo entre otros, cuya finalidad es establecer los deberes y derechos de los integrantes que conforman el núcleo familiar” (Cárdenas, et.al, 2020, pág. 130), es importante hacer hincapié que el Código de la Niñez y Adolescencia, contiene un conjunto de disposiciones que no solo busca la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, sino igualmente establece las obligaciones de los progenitores en relación a sus hijos o hijas, y sus garantías que el Estado, la sociedad y la familia están llamados a proteger.

En el Ecuador si bien es cierto existen normas que protegen a la familia, no existe un solo cuerpo normativo independiente que regule todo lo concerniente a esta institución, es así que la Constitución de la República del Ecuador se convierte en la piedra angular para la promulgación de disposiciones que tratan de proteger a la familia. En este sentido el Art. 67 del cuerpo normativo antes mencionado, establece que “se reconoce a 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 vínculo jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derecho y oportunidades de sus integrantes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 34).

El Estado sin importar como se haya constituido la familia, tendrá la obligación de brindar protección y garantías a cada uno de los miembros que la integran, basándose en el derecho a la igualdad y oportunidad de los mismos, por ello, al referirnos a la familia se debe tener en cuenta el papel importante que desempeña en la sociedad además de su evolución, desarrollo y la influencia que ha representado a lo largo de la historia lo que ha llevado a que los Estados tenga la obligación de protegerla. Aunado a ello, la Corte Constitucional del Ecuador ha dictado y generado varias sentencias con la finalidad de preservar la filiación, el derecho de identidad y la tenencia, lo cual como ya conocemos genera jurisprudencia que sirve para emitir sentencias, que garantizan derechos como la vivienda, educación, alimentación, entre otros, que ayudan al crecimiento integral de las personas que conforman la familia.

Como podemos observar con el transcurso de los años los derechos de los miembros integrantes del núcleo familiar han sido reconocidos desde sus inicios, tal como se pudo

observar en la Antigua Roma que se reconocía a la familia en sus diversos tipos y años más tarde con el reconocimiento de la Organización de las Naciones Unidas sobre las necesidades que azotan a las familias siendo la mayor organización a nivel internacional que existe, consecuentemente en la actualidad los Estados han convenido reconocer el papel importante que desempeña la familia en la sociedad y el garantismo de sus derechos con especial énfasis en los miembros más indefensos, siendo en este caso, los niños, niñas y adolescentes.

4.2. La Familia

“La familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural, socio-económica, que aún sin convivir físicamente, comparte necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo” (Gómez & Villa, 2014, pág. 17). Antiguamente la familia solo podía constituirse a través del matrimonio, pero con el pasar del tiempo y el desarrollo de las sociedades se ha venido viendo que familia, también es aquella en donde sus integrantes conviven permanente en un domicilio en común, donde comparten intereses, objetivos, necesidades, sentimientos, etc., generando así producto de dichas relaciones paterno-filiales, derechos y deberes. Al respecto cabe destacar que, si la familia sufre alguna separación por cualquier motivo, esto no inhibe que los progenitores sigan cumpliendo con sus obligaciones, más aún si hay hijos en común de por medio.

La familia “es el conjunto de personas que se hayan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción” (Parra, 1995, pág. 92). En este sentido, el autor es más específico y concreto en cuanto a la definición, debido que la familia es la se constituye a través del matrimonio que es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con la finalidad de vivir juntos y apoyarse recíprocamente; por la filiación que es un vínculo biológico o jurídico entre el hijo o hija con sus padres y la adopción que aunque no haya sido concebido naturalmente, hace que la pareja adquiera derechos y obligaciones respecto del niño, niña o adolescente.

La familia “es el núcleo social básico, en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle” (Morales, 2015, pág. 154). La familia desempeña uno de los papeles más importante dentro de la sociedad, al considerarse uno de los principales medios donde se desarrollan y se desenvuelven los miembros de familia, de ahí su importancia de que se establezcan normativas que la proteja y la regulen, ya que son los mismos integrantes quienes conforman la sociedad.

4.2.1. Funciones de la Familia

En las familias cada uno de los integrantes cumplen una serie de funciones, siendo una de las más importantes satisfacer las necesidades de sus integrantes y brindarles protección, entre otras funciones se destacan:

1.- Satisfacer las necesidades culturales, biológicas y psicológicas de los hijos; 2.- Procurar el bienestar de sus miembros; 3.- Servir como mediadora entre otras estructuras sociales; 3.- Forma ciudadanos útiles a la sociedad (Sófocles afirmaba que el que es bueno en la familia eso también bien ciudadano); 3.- Conservar sus tradiciones, honor y buen nombre; 4.- Incorporar a las nuevas generaciones en la cultura, en los valores y en las normas de la sociedad y; 5.- Sin embargo, dos son las funciones que se constituyen en características esenciales de la familia, que son propiamente suyas, por lo que se refiere a su delicadeza, intimidad o responsabilidad humana; educación de los hijos y constituir el lugar de la privacidad humana. (Torres & Puchaicela, 2019, pág. 17)

La familia es uno de los entornos más esenciales en el desarrollo de las personas sobre todo de los hijos menores de edad, en la que los padres como principales actores del proceso de crecimiento de los hijos, están en la obligación de dotarle de todos recursos que le permiten satisfacer sus necesidades materiales y afectivo-emocionales, viabilizando así que las nuevas generaciones que se incorporan a la sociedad sean personas de bien y acaten sus normas, caso contrario si los progenitores no llevan a cabo estas funciones o responsabilidades básicas se estaría menoscaban el derecho de los menores y repercutiendo negativamente en su futuro.

4.2.2. Rol del padre y la madre en la familia

Los progenitores en relación a los demás miembros de la familia son los que llevan a cabo las principales tareas, al constituirse como pilares fundamentales para el correcto funcionamiento de la misma.

Con respecto a la madre, se puede señalar que lleva a cabo varias actividades importantes en cuanto al cuidado y crianza de los hijos, porque no solo es la encargada de satisfacer las necesidades fisiológicas del niño o niña, sino también debe constituirse en un medio proveedor total cuando no puedan valerse por sí mismos; siendo la base fundamental para el desarrollo del menor, “añadiendo a la atención maternal un contenido afectivo seguro, siendo un hecho emocional que se integra y unifica con el físico, consiguiendo la satisfacción

de las necesidades del menor a un nivel distinto de experiencia” (Torres & Puchaicela, 2019, pág. 27) a comparación de lo desempeñado por el padre; otras de las actividades que lleva a cabo, es dotar de una alimentación adecuada, vestimenta, higiene y transporte.

Por otro lado, el rol paterno en la actualidad ha ido tomando fuerza y ha contribuido en la formación y desarrollo de los hijos, “la cantidad de cuidado que los hombres brindan a los bebés están en aumento en los países industrializados” (Torres & Puchaicela, 2019, pág. 27). Entre las actividades que lleva a cabo podemos señalar: Ser un símbolo de identificación para el hijo o hija; representar un modelo de masculinidad especialmente para el hijo varón; establecer un tipo de liderazgo en la familia; llevar a cabo una concreta acción formativa en la vida del hijo, como lo es aportar seguridad, valores, autoridad y disciplina, además de servir como un medio idóneo para la apertura del hijo hacia la sociedad, aunque no único y exclusivo.

En lo que respecta a la normativa, el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 102, establece los deberes específicos de los progenitores: 1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto; 2. Velar por su educación; 3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano; 4. Incentivar en ellos el conocimiento y la defensa de sus derechos; 5. Estimular y orientar su formación; 6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar; 7. Promover la práctica de actividades recreativas; 8. Aplicar medidas preventivas. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 27)

De acuerdo a lo establecido por la normativa, queda claro que los progenitores son los principales encargados de asegurar el pleno ejercicio de los derechos del hijo o hija, en tal sentido, el Estado debe garantizar que el niño, niña o adolescente reciba todos los cuidados necesarios para su correcto desarrollo por parte de ambos padres no solo solventando sus necesidades materiales, ya que también se debe dar importancia a sus necesidades afectivo emocionales, es decir los miembros que conforman el núcleo familiar deben brindarle todas las herramientas necesarias para que pueda desenvolverse en un entorno lleno de amor, respeto, además de permitirle el conocimiento y defensa de sus derechos y sobre todo hacerle participe en las decisiones de acuerdo a su nivel evolutivo.

4.3. Del divorcio

El divorcio, desde el punto de vista jurídico consiste en la extinción o la ruptura de la vida matrimonial decretada por autoridad competente, no importante la causa, o bien fundada en alguna de las causas específicas señaladas por la ley, que significa formas de incumplir los deberes conyugales o por la imposibilidad de realizar los fines del matrimonio. (Treviño, 2017, pág. 113)

De acuerdo al autor, el divorcio es la interrupción en la convivencia matrimonial la cual puede llegar a su fin debido a distintos factores que deben estar previamente establecidos en la ley, siendo uno de ellos el incumplimiento de los deberes conyugales o la imposibilidad de seguir con la vida matrimonial, ya que de comprobarse alguna de las causales el juez podrá ordenar la disolución del vínculo matrimonial, cabe destacar en este punto que el divorcio también puede darse por mutuo consentimiento, sin la necesidad de que los cónyuges se enfrenten en un juicio litigioso.

En la actualidad, el divorcio se define como “la disolución del vínculo matrimonial válido, que deja en aptitud a los cónyuges para contraer nuevas nupcias” (Treviño, 2017, pág. 113). En otras palabras, podemos decir que el divorcio es la condición por la cual los cónyuges pueden contraer nuevas nupcias con otra persona, siempre y cuando haya sido declarado mediante sentencia la disolución vínculo matrimonial por autoridad competente

El divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en algunas de las causales previstas en la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial. (Varsi, 2007, pág. 9)

El autor en este sentido señala que el divorcio no solamente acarrea la disolución del vínculo matrimonial, puesto que también trae consigo otras consecuencias de carácter patrimonial, como puede ser la liquidación de la sociedad conyugal además si de existir hijos menores de edad, el juez deberá fijar la correspondiente pensión de alimentos, la tenencia y el régimen de visitas.

En lo que concierne a la legislación ecuatoriana el Art. 106 del Código Civil, establece “que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio” (Código Civil, 2005, pág. 32). En efecto, los progenitores que hayan contraído matrimonio podrán cesar el mismo a través de la sentencia de divorcio, ya sea por mutuo consentimiento que se sustancia en procedimiento voluntario Art. 107 o por una de las causales del Art. 110 en procedimiento sumario, es menester también indicar que la sentencia

de divorcio, no podrá pronunciarse si los padres no lograrán establecer quien va encargarse de la tenencia de los hijos menores de edad, debido que es un requisito indispensable que se resuelva sobre su situación económica, alimentación, cuidado y educación.

Con respecto a las causales de divorcio son nueve, las mismas que se encuentran establecidas en el Art. 110 del Código Civil:

1.- El adulterio de uno de los cónyuges; 2.- Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; 3.- El estado habitual de falta armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; 4.- Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro; 5.- La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro; 6.- Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro a los hijos en actividades ilícitas; 7.- La condena ejecutoriada a pena privativa de libertad mayor a diez años; 8.- El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano; 9.- El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos. (Código Civil, 2005, pág. 34)

La primera causal hace referencia al adulterio de uno de los cónyuges, que se da en el caso que uno de los mismos haya mantenido relaciones sexuales con otra persona que no sea su pareja, cometiendo de esta forma una infidelidad; la segunda causal se da cuando se cometan actos de carácter violento o cruel contra la mujer o los demás miembros del núcleo familiar considerándose este tipo de violencia, toda acción que tenga como resultado el maltrato ya sea físico, sexual o psicológico; la tercera causal se adjudica por la falta de armonía en la vida matrimonial ocasionada por ambas partes, esta llega a constituirse cuando en la relación cotidiana ambos cónyuges no logran entenderse o existe actitudes hostiles, llegando muchas de las veces a faltarse el respeto con ofensas graves de forma regular, imposibilitando así su convivencia; la cuarta causal se constituye cuando llegare a existir amenazas contra la vida de un cónyuge, esta causal es clara para la disolución del vínculo matrimonial, debido que puede poner en peligro no solo la vida del cónyuge, sino que también con el paso del tiempo le podría llegar afectar psicológicamente al recibir amenazas constantes de muerte, colocando al cónyuge en una posición de indefensión al encontrarse conviviendo bajo el mismo techo; la quinta causal hace referencia a la tentativa de acabar con la vida de uno de los cónyuges, que se traduce en el cometimiento de un delito que no llega a ser consumado, por ende, en este aspecto el cónyuge tiene toda la mala intención de causar daño a la integridad personal de su pareja; la sexta causal se refiere cuando uno de los cónyuges realice actos con el objetivo de involucrar a sus hijos o

pareja en actividades ilícitas, es decir cuando el padre o madre incite o llegare a obligar de cualquier forma a los hijos o la pareja al cometimiento de actos prohibidos por la ley; la séptima causal hace referencia cuando uno de los cónyuges tenga una condena ejecutoriada con una pena privativa de libertad mayor a diez años, debido que el tiempo que pasará privado de la libertad el cónyuge es un tiempo considerablemente largo lo que inevitablemente causaría la interrupción en la convivencia familiar, además de que se trata de delitos considerados graves; la octava causal que hace se constituye cuando uno de los cónyuges “sea ebrio consuetudinario o toxicómano, es decir cuando uno de los padres haya generado una costumbre en consumir bebidas alcohólicas o sea una persona dependiente al consumo de drogas o fármacos, que mucha de las veces les priva de la razón poniendo en peligro la seguridad de los miembros de la familia; finalmente la novena causal que habla sobre el abandono por más de seis meses ininterrumpidos llevado a cabo por cualquiera de los cónyuges sin justificación alguna, debido que la falta de presencia por un tiempo prolongado ocasionaría el incumplimiento de los deberes conyugales y por consecuencia la ruptura familiar.

El juzgador para poder dictar la sentencia de divorcio por alguna de las causales previamente establecidas, es necesario que una de las mismas haya sido previamente demostrada por el actor de la demanda, denotando así la imposibilidad de los cónyuges de seguir cumplimiento con las finalidades del matrimonio y precautelar en alguno de los casos la integridad personal de los miembros de la familia.

4.4. La Patria Potestad

La patria potestad es una institución encaminada a proteger los derechos de los hijos menores, quienes por naturaleza se encuentran más vulnerables y requieren del cuidado y atenciones de sus progenitores, necesitan ser alimentados, educados, guiados y representados por sus padres. (Saldaña, 2002, pág. 251)

Esta institución jurídica la podemos entender como el conjunto de deberes y derechos que la ley otorga a los progenitores con respecto a los hijos menores de edad, cuya finalidad se centra en brindar, protección, cuidado y dotar de todo lo necesario para la satisfacción de sus necesidades específicas de su edad, además de representarlos legalmente porque debido a su edad no pueden hacerlo por sí mismos.

“Es la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores para los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de sus hijos.”

(Saldaña, 2002, pág. 252). De acuerdo al autor, la patria potestad tiene como finalidad brindar auxilio al hijo o hija debiendo precautelar en todo momento que su ejercicio sea llevado a cabo bajo condiciones adecuadas, aunado a ello, los progenitores deben garantizar que el ejercicio del mismo favorezca a que el menor tenga un proceso de desarrollo integral y el pleno ejercicio de sus derechos.

Es una institución jurídica, y más que una potestad o un derecho en interés de quien la ejerce, tiene una función protectora de los hijos menores de edad, que promueve el desarrollo físico e intelectual de éstos y la salvaguarda de sus bienes materiales y morales, y resulta una carga impuesta a quien debe ejercerla. (Saldaña, 2002, pág. 252)

Debido que los hijos menores de edad por su condición de vulnerabilidad pertenecen al grupo de atención prioritaria, el Estado debe garantizar y asegurar que los progenitores se hagan cargo de su educación, cuidado, crianza y sobre todo que dicha potestad asegure que el niño, niña y adolescente adquiera todas las herramientas necesarias que ayuden potencializar su desarrollo físico y mental, de tal forma podemos decir, que esta institución no solo busca la satisfacción de todas sus necesidades materiales, sino también de sus necesidades afectivo emocionales.

Se puede definir a esta institución jurídica “como el conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales” (Saldaña, 2002, pág. 252). La patria potestad es una facultad que solo puede recaer en los progenitores con respecto a sus hijos, la misma que facilita a los padres hacerse cargo del menor en igualdad de condiciones, teniendo como limitante su restricción o pérdida si esta llegare a perjudicar el interés superior del niño.

En nuestra legislación ecuatoriana el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 105, establece a la patria potestad “como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantía de los hijos” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 27). Es así, que la institución jurídica de la patria potestad es la que es conferida a los progenitores con relación a sus menores de edad que no se encuentran emancipados, ya que al estarlo frente a la ley dejan de estar sujetos al cuidado de sus padres, por ende, pone fin al ejercicio de la patria potestad.

4.4.1. Reglas para el ejercicio de la patria potestad

El Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia prevé las reglas para su ejercicio, el mismo que debe fundamentarse en el derecho a ser escuchado del niño, niña y adolescente y que su opinión sea tomada en cuenta, debiendo hacer hincapié que en el caso de ser hijos menores de 12 años de edad su opinión debe ser valorada por el Juez considerando su grado de desarrollo, y en el caso de tratarse de adolescentes será obligatoria para el juzgador. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 28).

Cabe señalar que los numerales 2 y 4 de este articulado han sido eliminados por la Corte Constitucional del Ecuador, al considerar los mismos como inconstitucionales por ser contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores, al principio de corresponsabilidad parental y el principio de interés superior del niño del niño, por lo que mencionare los numerales que no han sido reformados:

1.- Se respetará el acuerdo que lleguen a establecer los padres, siempre y cuando no perjudique de ninguna manera los derechos del hijo o la hija; 2.- Se confiará la patria potestad de los hijos que han cumplido los doce años de edad, al progenitor que demuestre que se encuentra emocional y psicológicamente estable, además de contar con un ambiente familiar que le brinde las mejores condiciones para su desarrollo integral y si cuenta con tiempo de calidad necesario para prestarle al niño, niña o adolescente; 3.- De ninguna manera se podrá encomendar la patria potestad, al padre o la madre que este incurso en algunas de las causales del art. 113 del mismo cuerpo normativo. (Código de los Niños y Adolescentes, 2022, pág. 28)

Es menester que la patria potestad de los progenitores sea ejercida bajo estricta vigilancia, por ello las reglas que se establecen para su ejercicio deben ser cumplidas a carta cabal, en ese sentido, el Juez competente para poder encomendar la tenencia a uno de los progenitores debe analizar individualmente la situación del padre y la madre, ya que si uno de ellos llegare a demostrar que se encuentra en mejores condiciones de poder brindarle todo lo necesario al hijo o hija, pues será este progenitor el encargado de su cuidado, cabe señalar que el juzgador no podrá fundar su decisión únicamente por razones económicas, ni mucho menos por razones de género debido que el padre y la madre deben tener igualdad ante la ley.

4.4.2. Causas de la suspensión de la patria potestad

La patria potestad sólo podrá suspenderse mediante resolución judicial, y una vez desaparecida la causa que la motivo, el cónyuge podrá solicitar al juez la restitución de la misma, en este sentido podrá ordenarse su suspensión, según lo prescrito en el Art. 112 del Código de la Niñez y Adolescencia:

1. Cuando el padre o la madre se ausenten sin justificación alguna por más de seis meses;
2. Maltrato hacia el hijo o hija, que a criterio del juez no llegue a ser lo suficientemente grave para la privación de la patria potestad;
3. Cuando el progenitor sea declarado en interdicción por declaratoria judicial;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Cuando el progenitor ponga en peligro el desarrollo integral del hijo, por tener dependencia a sustancias estupefacientes o psicotrópicas o a su vez por alcoholismo;
- 6.- Cuando por algún motivo se incite o permita al menor, el cometimiento de actos que pongan en peligro su integridad física o moral. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 28)

Se entiende que la suspensión del ejercicio de la patria potestad es de carácter temporal, debido que en la posterioridad los derechos del progenitor con respecto al menor le pueden ser restituidos, es así que el Juez al comprobar que se ha incurrido en una de las causales antes establecidas y después de haber escuchado a los parientes del hijo según lo establecido en el Art. 304 del Código Civil, puede declarar su suspensión, ya sea solo para un progenitor o para los dos. Agregando a lo anterior, suspendida la patria potestad la podrá ejercer el padre o a madre que no se encuentre inhabilitado y si ambos lo están, el niño, niña o adolescente será encargado a un tutor que asuma su cuidado y protección.

4.4.3. Causas para la pérdida de la patria potestad

De la misma manera que la suspensión, la patria potestad se pierde por resolución judicial y en caso que un progenitor la pierda, la deberá ejercer el otro que no se encuentre inhabilitado y si en un caso ambos lo están, se dará al hijo no emancipado a un tutor. De este modo, se podrá privar o perder la misma en los casos establecido en el Art. 113 del Código de la Niñez y Adolescencia:

- 1.- Existencia de maltrato físico o psicológico regular de forma grave del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un

tiempo superior a seis meses; 6. Incumplimiento de los deberes que establece la patria potestad, de forma grave o frecuente: 7. Cuando uno o ambos padres, induzcan a la mendicidad al hijo o hija. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 30)

A diferencia de la suspensión de la patria potestad que puede ser retribuida cuando se supere la causa por la cual ha sido suspendida, la pérdida de la patria potestad es de carácter indefinido, debido a que si un progenitor o ambos incurren en alguna de las causales antes establecidas, se entiende que ponen en peligro el bienestar del hijo o hija afectando gravemente su interés superior e integridad personal, ya que si regularmente se encuentran conviviendo en un ambiente familiar donde sus derechos son violentados, imposibilita que tenga un adecuado desarrollo integral y por consecuencia le ocasionarle problemas psicológicos a futuro. Aunado a ello, a falta de los parientes que por ley están llamados a ejercer la tutela ya sea porque no pueden asumirla o no existiera ningún pariente, el juez en su resolución dictará que el niño, niño o adolescente sea dado en adopción.

4.5. Tenencia de los niños, niñas y Adolescentes

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor de cuidar al hijo, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de vivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral. (Varsi, 2012, pág. 304)

En otras palabras, podemos decir que la tenencia se traduce en el cuidado diario que ejerce un progenitor con respecto a su hijo e hija, el mismo que debe ser determinado por el juez competente una vez analizado las condiciones de vida de los progenitores y haber escuchado la opinión del niño, niña y adolescente de acuerdo a su desarrollo evolutivo, es importante aclarar que en estos de tenencia, debe prevalecer el interés superior del niño sobre el derecho de los padres, por ello la decisión del juzgador debe garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y su adecuado desarrollo integral.

Se puede definir a la tenencia, como aquella relación directa de permanencia que tiene uno de los padres respecto de su hijo, siendo aquella facultad establecida cuando existe una separación de cuerpo o divorcio que permite a uno de los padres quedarse al cuidado inmediato del hijo. (Varsi, 2012, pág. 304)

En este sentido, cuando los progenitores pasan por un proceso de separación o divorcio y tienen hijos menores de por medio, es menester que se determine que progenitor va ejercer el cuidado y crianza diaria del menor, ya que a comparación del progenitor que no tiene la tenencia, le imposibilita tener una relación directa de permanencia y cuidado inmediato con el hijo o hija.

La tenencia de los niños y adolescentes es la crianza, cuidado, custodia, protección, amor de los padres para con sus hijos; o la decisión que toma el Juez dentro de un proceso legal o como incidente mediante la cual confiere el cuidado, crianza y la custodia de una niña, niño o adolescente a uno de los progenitores, que se encuentran separados sin que esto afecte el ejercicio de la patria potestad de los dos. (Saltos, 2013, pág. 366).

El autor señala que la tenencia del hijo o hija se produce como consecuencia del divorcio o la separación de los padres, en la cual el Juez mediante resolución confiará la tenencia a uno de los progenitores facultándole poder hacerse cargo de todos los cuidados diarios que necesite, mientras que el progenitor que no la ejerce deberá consignar mensualmente una pensión alimenticia de acuerdo a sus ingresos, aunque esto no significa que pierde el ejercicio de la patria potestad y poder mantener contacto con su hija o hijo.

Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad. (Aguilar, 2009, pág. 193)

El ejercicio de la tenencia se caracteriza por la convivencia diaria con el hijo o hija en uno de los domicilios de los progenitores, a comparación del progenitor que no la ejerce que pasa tiempos de convivencia relativamente cortos con el menor. Es necesario resaltar que la tenencia permite el ejercicio de los demás atributos de la patria potestad, es por ello que cuando los padres dejan de convivir, gracias al ejercicio de la tenencia permite que los padres sigan cumpliendo con sus derechos y obligaciones mientras los hijos sean menores de edad.

4.5.1. Antecedentes

El desarrollo histórico-legislativo a nivel mundial ha propendido regular en la medida de lo posible todas o la gran mayoría de asuntos en los que se desenvuelve la vida del

ser humano. Si bien los historiadores del Derecho convergen en que las ramas jurídicas primigenias tenían como objeto principal la protección de los patrimonios personales y regulación del comercio, el paso del tiempo evidenciaría una inclinación del desarrollo legislativo hacia cuestiones extrapatrimoniales encaminadas a la protección de la vida y la integridad humana. El surgimiento del Derecho de Familia no fue sino una necesaria consecuencia de proteger a los miembros más vulnerables del núcleo familiar contra situaciones que pudiesen poner en peligro su integridad. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 641)

El avance de nuestra sociedad ha ido experimentado considerables cambios que han permitido regular las diferentes actividades concernientes a la vida del ser humano, entre las cuales se encuentra como una de las más principales las relaciones familiares, lo que ha dado pie al avance de los diferentes cuerpos normativos que han buscado regular el papel que desempeña cada uno de los miembros que integran la familia y garantizar conjuntamente con ello sus derechos, salvaguardando con especial énfasis en los que se encuentran en una posición de vulnerabilidad.

Las diversas instituciones del Derecho de Familia tienen como objetivo establecer el marco de acción referente a los derechos y deberes de los padres con sus hijos. Una de las instituciones primordiales que constituye el Derecho de Familia es la patria potestad, la cual es una institución jurídica que, a breves rasgos, se la puede definir como la institucionalización jurídica el deber moral y humano de los padres de garantizar y proteger el ejercicio de los derechos genéricos y específicos de sus hijos. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 641)

Como se ha establecido anteriormente la patria potestad constituye una de las instituciones más importantes del derecho de familia, debido que esta institución vela y establece los límites sobre la facultad que tienen los progenitores del niño, niña o adolescente, con lo que podemos concluir que esta institución se la puede definir, como la facultad que se le atribuye al padre y madre de familia para encargarse del cuidado, alimentación, educación y representación en defensa de los derechos y garantías de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad.

Ahora bien, desde la perspectiva del idealismo jurídico, la institución de la patria potestad ha estado encaminada a desarrollarse de manera conjunta entre ambos progenitores en un hogar en el que vivan juntos, en miras al aseguramiento de la calidad

de vida y el correcto desarrollo psicosocial del o los hijos. Sin embargo, las inherentes vicisitudes de la vida matrimonial han exigido que dentro del desarrollo legislativo del Derecho de Familia se incluyan figuras que aseguren el interés superior del niño o niña, independientemente de las situaciones anómalas en el marco de convivencia parental que bajo ninguna circunstancia puedan involucrar a los hijos o afectar el ejercicio ininterrumpido de sus derechos. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 641)

La patria potestad ha buscado establecer que ambos progenitores en igualdad de derechos y condiciones brinden al hijo o hija de familia todas las herramientas necesarias que asegure su calidad de vida, y su correcto desarrollo psicosocial con su entorno, sin embargo debido al surgimiento de los problemas en la vida matrimonial ha llevado que en la legislación se incluyan figuras que garanticen el interés superior por el cual están investidos los niños, niñas y adolescentes, ya que las contrariedades que se puedan suscitar en la convivencia parental bajo ninguna circunstancia puede llegar a transgredir el ejercicio ininterrumpido de sus derechos, como consecuencia de ello y la necesidad de brindar protección al menor, nace la figura de la tenencia como uno de los atributos de la patria potestad, que permite que uno de los progenitores luego de divorciarse o separarse, uno de ellos pueda encargarse del cuidado y convivencia física del el hijo o hija.

En consecuencia, la figura de la tenencia se erige como uno de los atributos asociados a la patria potestad para la determinación de a qué padre le corresponderá convivencia física con el hijo o hija cuando los progenitores ya no deseen o puedan convivir juntos en un mismo hogar. La principal diferencia entre la patria potestad y la tenencia además de la evidente presencia física y tangible de los hijos, es la mediatez en el cuidado y la toma de decisiones del progenitor que tiene a cargo la tenencia respecto del que no lo hace; así, el progenitor que convive con el hijo o hija “deberá tomar las decisiones inmediatas y no trascendentales de la vida diaria del niño, referentes a la disciplina, actividades escolares, visitas a los amigos”. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 642)

La tenencia denota la convivencia diaria física con los hijos, que se traduce en el auxilio inmediato en su cuidado y la toma de decisiones importantes que influyen en su vida respecto del que no lo hace además de permitir que se conserve el ejercicio de la patria potestad para ambas partes, aunque uno de ellos no cuente con la presencia física del niño, niña y adolescente.

La figura de la tenencia, además, permite que la patria potestad de los hijos se mantenga entre ambos progenitores, aunque el niño o niña permanezca físicamente con uno de

ellos, produciéndose así una ficción jurídica en la que el progenitor que no tiene consigo la tenencia de los hijos pueda y deba estar presente en las decisiones trascendentales de los menores. Es por ello que la doctrina ha intentado transformar el antiguo paradigma de la tenencia en donde se consideraba a la tenencia como una suerte de derecho de exclusividad de los hijos, como si de bienes patrimoniales se tratase, para instaurar y reforzar la figura de la coparentalidad, que refiere a la presencia de ambos padres, que aun viviendo separados, son partícipes y responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 642)

En tal sentido, se encuentra la necesidad de reforzar las obligaciones de los padres con los hijos y robustecer la llamada coparentalidad, porque se quiera o no, ambos progenitores aunque se encuentren separados por diversos factores y si los mismo ayudan a influir de manera positiva en la vida de los menores deben ser piezas activas y responsables directos en lo referente a educación, orientación y sobre todo la crianza, dando así también nacimiento a la figura de tenencia compartida, que más adelante la analizare, que a breves rasgos la figura de la tenencia compartida es una institución jurídica encargada de la protección de los hijos y la garantía de que los progenitores a pesar de haber vivido un proceso de separación puedan seguir siendo responsables del cuidado y la participes en las decisiones importantes de la vida del menor.

4.5.2. Características

La tenencia en primer lugar se considera un derecho personalísimo, o también denominado *intuitu personae*, de manera que únicamente pueden ostentarlo y petitionarlo jurídicamente los titulares del mismo, siendo estos el padre o la madre. En consecuencia, la tenencia no podrá ser reclamada judicialmente por tíos, hermanos u otras personas que no ostenten la calidad de progenitor. Asimismo, el ejercicio de la tenencia se podrá realizar únicamente sobre la persona del hijo o hija. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 642)

Como primera característica de la tenencia podemos establecer que solo podrán reclamarlo por la vía de lo legal los titulares de este derecho, siendo estos mismos los progenitores, es decir que por mantener una relación parento filial con sus hijos por el mero hecho de ser los padres biológicos acarrea un conjunto de deberes y obligaciones, lo que obstaculiza que los tíos, hermanos u otras personas puedan reclamarlo.

En segundo lugar, la tenencia se caracteriza por ser un derecho restringido, por lo que únicamente se podrá ejercer respecto de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad. La legislación considera que los hijos menores de edad, por su condición legal de incapacidad, necesitan el cuidado de al menos uno de los progenitores. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 642)

Se señala que la tenencia no podrá recaer en todos los hijos por igual, ya que se va considerar únicamente respecto de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad que por su situación legal de incapacidad y vulnerabilidad necesitan de los cuidados de al menos uno de sus padres.

La tercera característica la tenencia determina por ser un derecho divisible, por lo que los padres de consuno podrán determinar el tiempo que el hijo o hija compartirá con ambos padres, propendiendo así al rompimiento del antiguo paradigma de la exclusividad abordado previamente. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 643)

Se caracteriza por ser un derecho divisible, es decir que ambos progenitores podrán llegar a establecer el tiempo de convivencia que compartirán con su hijo o hija, dejando de lado la exclusividad que antiguamente caracterizaba a la tenencia.

El cuarto carácter de la tenencia se refiere a la condicionalidad, pues la conducta del progenitor que ostenta la tenencia determinará si continúa con la misma o si la pierde. En consecuencia, la tenencia no es un derecho inamovible ni absoluto. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 643)

Se tendrá que establecer sobre la base de la conducta del padre o la madre que ejerce la tenencia, ya que determinará a consideración del juzgador si pierde o continua con la misma, así que se puede concluir que también posee un carácter de condicionalidad.

En quinto lugar, la tenencia tiene el carácter de ser provisional. Aunada a la característica anterior, la administración de justicia puede ordenar un cambio inmediato del régimen de tenencia en miras a la protección del interés superior del hijo o hija; en consecuencia, el establecimiento judicial de la tenencia nunca es definitivo, y puede ser cambiado en cualquier momento para que se transfiera el otro progenitor. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 643)

Las resoluciones sobre la tenencia podrán ser alteradas en cualquier momento si esta llegara a representar un daño perjudicial para el menor, en este aspecto la administración de

justicia podrá ordenar un cambio en el régimen de tenencia basándose y fundamentándose en el interés superior del niño, por ende, una de sus características también es ser provisional, ya que si por algún motivo este principio llegare a ser transgredido el juzgador tendrá el deber de ordenar un cambio en la encargo de la tenencia sin dilación alguna.

Finalmente, la tenencia tiene la característica de ser gratuita, pues resultaría categóricamente inadmisibles desnaturalizar la figura para que su objeto sea el lucro patrimonial. Tampoco se puede hablar de negociaciones, intercambios o dádivas para “comerciar” la tenencia del hijo o hija en favor de uno de los progenitores. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 643)

Esta figura no tiene como objeto el lucro patrimonial, es decir los progenitores no podrán negociar de ninguna manera en el ámbito económico la tenencia a favor de uno de ellos, en consecuencia, tiene un carácter gratuito. En tal sentido podemos deducir que la tenencia es un derecho de los padres con respecto de sus hijos y viceversa, el mismo que se debe cumplir con ciertos requisitos que permiten el pleno ejercicio de este derecho, por lo tanto, la normativa debe establecer las facultades y los límites de la misma ya que si el juzgador llegare a observar que uno de los progenitores se encuentra incumplimiento con sus obligaciones, podrá ordenarse la suspensión o pérdida de la tenencia.

4.5.3. Clases de tenencia

La tenencia se categoriza en dos subdivisiones: tenencia uniparental y tenencia pluriparental. La tenencia uniparental es la modalidad por defecto de la tenencia y la que actualmente se encuentra consagrada en el Código de la Niñez y Adolescencia cuando el artículo 118 usa la expresión a uno de los progenitores. El jurista Julio López de Carril en 1999 se refiere al concepto de esta figura que se denomina tuición en la legislación argentina cuando expresa que es el conjunto o por el deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el juez respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 643)

La doctrina ha establecido y subdividido como las dos principales clases de tenencia: la tenencia uniparental o también conocida como monoparental, la misma que por orden de la administración de justicia se le atribuye a uno de los progenitores quien será el principal garantista encargado de velar por el interés superior del niño, tal como lo estipula actualmente el Art. 118 del Código De la Niñez y Adolescencia, lo que traducido a nuestra realidad se ve

reflejado en el desbalance en las responsabilidades parentales, debido que acarrearle a una sola persona el cuidado del niño, niña o adolescente podría provocar en muchos de los casos que no se satisfaga plenamente todas sus necesidades.

El criterio primigenio en la elaboración e institucionalización de la tenencia por parte de un solo progenitor, fue el de asegurar que el hijo o hija esté en manos del progenitor que se encuentre más apto para el cuidado; y, además, que los menores no se encuentren en medio de los conflictos de intereses de los padres que pudiesen provocar anomalías psicosociales a corto o largo plazo. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 644)

Siguiendo en la misma línea de la tenencia uniparental en sus inicios se estableció como una institución jurídica que buscaba y que busca al progenitor más apto para hacerse cargo del cuidado, educación, alimentación, etc., del niño, niña o adolescente.

Por otra parte, la doctrina advierte de una nueva clase de tenencia que debe ser incorporada progresivamente en las legislaciones, siendo esta la tenencia pluriparental. Esta clase de tenencia, no reconocida de manera autónoma y expresa en el Código de la Niñez y Adolescencia, propense a atender la grave falla legislativa que presupone la innecesaria presencia prolongada de ambos padres en el desarrollo de los hijos. La tenencia pluriparental o tenencia compartida es el régimen mediante el cual los padres desempeñan funciones de protección y cuidado por periodos prolongados de tiempos mayores a los establecidos dentro del régimen de visitas. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 644)

En tal sentido, esta segunda forma de ejercer la tenencia nos brinda un cambio de perspectiva al antiguo pensamiento clásico e incluso coadyuvaría en la progresión de los derechos tanto para los progenitores como para sus hijos, partiendo de ello antes se concebía como un derecho perteneciente a los padres siendo verdaderamente un derecho exclusivo de los hijos a convivir con sus dos padres. Agregando a lo anterior, puedo señalar que la tenencia pluriparental es la que mejor se adapta a las nuevas necesidades de las familias debido que permite que los progenitores que se enfrentan a un proceso de divorcio o separación puedan hacerlo igualdad de condiciones, lo que al final del día va contribuir positivamente en el desarrollo del hijo o hija al disfrutar de la presencia de ambos progenitores, además que permite que los padres sigan cumpliendo con sus responsabilidades recíprocamente sin recurrir en preferencia de ningún tipo.

4.6. Tenencia de los niños, niñas y adolescentes en la normativa vigente del Ecuador

4.6.1. Tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia

Antes de adentrarme al análisis de cada uno de los artículos que regulan la tenencia, es esencial mencionar la finalidad de este código, siendo la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindar a los niños, niñas y adolescentes, con el fin de conseguir su desarrollo integral y el disfrute pleno de los derechos específicos de su edad, en un marco de dignidad, equidad y libertad.

En lo que respecta a la procedencia de la tenencia el Art. 118 prescribe, “que el juez cuando estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiara su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 31). El juez para poder encargar la tenencia del hijo o hija a uno de los padres, es indispensable que se considere si se encuentra plenamente estable en todos los aspectos de su vida, es decir no solo se deberá tomar en cuenta el nivel económico con el que cuente, sino también su madurez psicológica, emocional y el tiempo de calidad que tengan disponible para encargarse de su cuidado y crianza.

Lo que compete a las modificaciones de las resoluciones sobre la tenencia se encuentra señalado en el Art. 119, “éstas resoluciones 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.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 31). Debido a que el objetivo de la tenencia es que el hijo o hija este a cargo del progenitor más competente, es importante que dicha resolución pueda ser alterada en el momento que llegare a representar un daño perjudicial y afectare el ejercicio de sus derechos, por ello si se llegare a requerir un cambio en la tenencia deberá realizárselo de la manera apropiada, sin causar perjuicios psicológicos en el niño, niñas o adolescente-

Una de las características de las resoluciones sobre la tenencia es que son de ejecución inmediata, según lo contemplado en el Art. 120, “las resoluciones sobre la tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio, si ello es necesario.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 31). Los niños, niñas y adolescentes están investidos por el principio de interés superior del niño ya que por su estado de vulnerabilidad e indefensión son parte del grupo de atención prioritaria, por ende, si el progenitor sin autorización o conocimiento de la otra parte llegare a llevarse o retuviera al hijo

o hija más tiempo de lo establecido por los padres en la resolución, se podrá recurrir al apremio personal y allanamiento del lugar donde se presume se encuentra retenido, para salvaguardar su integridad.

En el caso de que el niño, niña o adolescente haya sido llevado al extranjero por el progenitor irrespetando lo estipulado en la resolución judicial sobre el ejercicio de la patria potestad y de la tenencia el Art. 121 prescribe “que los organismos que gozan de competencia para la resolución de estos actos, arbitrarán de inmediato todas las medidas que sean necesarias para que el hijo o hija pueda retornar al país” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 31). El Estado conjuntamente con todos los organismos competentes en el caso de que un niño, niña o adolescente sea llevado al extranjero sin el consentimiento del otro progenitor, deberán adoptar sin dilación alguna todas las medidas necesarias para lograr ubicar al menor y poder lograr su retorno al país, precautelando en todo momento su bienestar.

Este cuerpo normativo también prevé sobre las normas especiales que se deben tomar en consideración para el juicio de tenencia, en efecto el Art. 290, establece sobre su seguimiento “en la resolución sobre la tenencia, el Juez dispondrá que la Oficina Técnica haga su seguimiento periódico de la tenencia e informes sobre sus resultados” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 77). Los informes periódicos emitidos por la oficina técnica debe brindarle al juez información integral, ya que es indispensable que contenga sobre la situación social, psicológica y el estado de salud del niño, niña o adolescente.

Finalmente, en lo que compete a la motivación del auto resolutorio el Art. 291, señala “que el auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 77). La motivación es una garantía básica del debido proceso establecida en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en tal sentido, el Juez en el auto que resuelve la tenencia debe considerar como eje fundamental el derecho del hijo o hija a ser escuchado y que dicha opinión sea tomada en cuenta, precautelando el juzgador en todo momento de no revelar su declaración.

4.6.1.1. Régimen de visitas

El régimen de visitas es una figura que se genera por la ruptura de la relación afectiva entre los padres, producto del cúmulo del conflicto, la familia y sus relaciones que no

solo se ve afectada en lo emocional sino en lo jurídico, pues se fragmentan los derechos y obligaciones que los padres tienen sobre sus hijos. (Jordán & Mayorga, 2018, pág. 50)

Así pues, el régimen de visitas representa de un cierto modo la interrupción de la convivencia familiar del niño, niña o adolescente que con el pasar del tiempo llega a afectar en el cumplimiento de las obligaciones de los progenitores, ya que, por el hecho de repartirse el tiempo de estancia con el hijo o hija en tiempos desiguales, hace que un progenitor este más activo y sea más responsable en su cuidado y crianza a comparación de la otra parte.

“El régimen de visitas es la decisión sobre los tiempos, condiciones y contextos en los que se produce la relación del niño o niña con el progenitor con quien no vive” (Naredo, et.al, 2011, pág. 8). En tal sentido, los progenitores al enfrentar un proceso de divorcio o separación es estrictamente necesario fijar los tiempos de estancia que pasara con uno de ellos, es por ello que el juez conjuntamente con el acuerdo que hayan llegado a establecer los padres y la opinión del niño, niña o adolescente, dictará la resolución que mejor convenga en beneficio de su interés superior.

El régimen de visitas consiste en un procedimiento legal bajo el cual se fija judicialmente ya sea en el convenio del proceso de mutuo acuerdo, o sentencia en el contencioso, días y horas en los que el progenitor no custodio podrá disfrutar del cuidado y compañía de los hijos comunes. (Cangas, et.al, 2019, pág. 823)

A diferencia de la primera definición, este autor señala que el objetivo del régimen de visitas es reforzar las relaciones familiares y el vínculo emocional-afectivo con el progenitor que no vive con el menor, ya sea que haya sido establecido de común acuerdo por los padres o por decisión del juzgador, todo esto en observancia al pleno ejercicio de los derechos del niño, niña o adolescente.

Siguiendo la misma línea, el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 122, establece sobre la obligatoriedad “el juez que confié la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32). El padre que no ejerza el cuidado y crianza del hijo o hija menor de edad, tendrá el derecho de poder convivir con el niño o adolescente por periodos de tiempo previamente pactados, con el finalidad de que el menor siga manteniendo contacto con uno de sus padres siempre y cuando contribuya de manera positiva en su vida, asimismo podrá impedirse dichas visitas, regularlas o decretar medidas de protección a favor del niño o adolescente, respecto del progenitor que haya ejercido violencia psicológica, física o sexual,

dichas medidas impuestas tendrán el objetivo de superar las causas que ocasionaron la suspensión.

Con respecto a las formas de regular el régimen de visitas el Art. 123, del mismo cuerpo normativo señala que “la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del art.106 y en el inciso final de dicho artículo” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32). En este sentido, el Juez deberá respetar el acuerdo que lleguen acordar de los progenitores siempre que este no resulte perjudicial para el interés superior del niño, niña o adolescente, o si en el caso que los padres no llegarán a entablar un acuerdo, el administrador de justicia deberá regular dichas visitas tomando en consideración primeramente, si el padre ha cumplido a carta cabal con todas sus obligaciones parentales y segundo basándose en todos los informes técnicos que se estimen necesarios.

En relación a la extensión de este derecho el Art. 124, prescribe que el juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32)

Por consiguiente, los demás parientes que forman parte del núcleo y el entorno familiar del menor tendrán derecho también al régimen de visitas, el mismo que podrá extenderse a los ascendientes los mismos que son: los padres, abuelos, bis abuelos, tátara abuelos, además de los demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de la línea colateral: hermanos, tíos, primos, sobrinos, aunque de darse el caso, el juez también podrá extender este derecho a otras personas, siempre y cuando dicha extensión no llegare a ser perjudicial para la vida del niño, niña o adolescente.

Finalmente, el Art. 125, prevé sobre la retención indebida del hijo o la hija, en tal sentido, el padre, madre o cualquier persona que lo retenga indebidamente cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargados a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 32)

Cuando el progenitor que no ejerza la patria potestad, tenencia o tutela retuviera al niño, niña o adolescente sin el consentimiento o conocimiento de quien la ejerce, o de algún modo obstaculizara el régimen de visitas, se verá forzado judicialmente a compensar todos los daños que se hubieran ocasionado además de las costas judiciales causadas por la restitución. Aunado

a esto, si a pesar de ser requerido judicialmente no cumpliera con lo ordenado por el juzgador, se ordenará el apremio personal en su contra sin la necesidad de emitir resolución previa con el allanamiento de su domicilio, o donde se supone se encuentra el menor, con la finalidad de lograr su pronta recuperación evitando dilación alguna durante el proceso.

4.6.1.2. Derecho de alimentos

También llamada prestación alimentaria, no solo es la satisfacción de las necesidades vinculadas a la subsistencia sino también las más urgentes de índole material-habitación, vestuario, asistencia médica, etc., y las de orden moral y cultural de acuerdo a la condición social del alimentario. (Fripp, 2009, pág. 118).

Es menester que el juzgador al momento de fijar el pago la pensión alimenticia, tome en cuenta los ingresos mensuales del alimentante y el número de hijos que tenga a su cargo; en lo correspondiente al monto, deberá ser establecido conforme a lo señalado en la tabla de pensiones alimenticias, por ende, la cantidad no puede exceder ni ser menor a lo estipulado.

“El concepto jurídico de alimentos no es igual al vulgar, porque comprende no sólo el sustento (comida), sino también los vestidos, la habitación, la enseñanza básica y media y los costos del aprendizaje de alguna profesión u oficio” (Pazos, 2009, pág. 525). El autor señala que el derecho de alimentos, no solo se traduce en el aporte para todo lo concerniente a la alimentación balanceada del niño, niña o adolescente, ya que la misma debe cubrir todas las necesidades básicas del hijo o hija para que pueda tener una vida digna, entre ellos comprende los gastos de salud, transporte, educación, habitación, vestimenta, etc.

En el Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia el Art. 2, señala “que el derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 33). El derecho de alimentos es connatural, debido a que nace del derecho que poseen los padres a relacionarse con sus hijos aunque estén divorciados o separados, por ende, es importante que la prestación de este derecho cubra con todas las necesidades básicas del hijo o hija que le garantice mantener un nivel de vida adecuado a su edad, entre ellos: una alimentación balanceada y nutritiva; acceso a servicios médicos de calidad de forma permanente que permitan la prevención de enfermedades y así mismo el suministro de medicinas cuando sea necesario; acceso a una educación ya sea a nivel básico o superior; a recibir cuidados por parte de ambos progenitores; vestimenta acorde a su edad; derecho a una vivienda que cuente con la

todos los servicios básicos y le brinde seguridad; a poder transportarse cuando lo necesite; que le permita su derecho a la recreación y la práctica de deportes; y por último si el hijo sufre de alguna discapacidad ya sea temporal o de forma definitiva deberá recibir rehabilitación especializada por su condición.

Asimismo, el Art. 13 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece sobre las características de este derecho, “siendo el mismo intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 33). Este derecho es intransferible debido a que no puede ser enajenado ya sea de forma gratuita o a título oneroso; es intransmisible porque no puede transmitirse por causa de la muerte del alimentante, menos aún enajenar o ceder la misma; irrenunciable ya que el hijo o hija no podrá ser obligado a renunciar a su derecho; imprescriptible porque aunque haya transcurrido el tiempo podrá demandar su derecho, debo señalar que esta característica no debe ser confundida con la prescripción de la pensión de alimentos donde el alimentario tiene el derecho de recibir dicha pensión hasta los 21 años edad si se encuentra estudiando; inembargable debido a que el dinero que se consigna tiene la finalidad de sustentar la vida del hijo, por ende al embargar las pensiones se violentaría su derecho; y finalmente no se permite su reembolso ya que el alimentario no tendrá la obligación de reponer el dinero recibido por el alimentante.

En lo que respecta a los titulares del derecho de alimentos el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que tienen derecho a reclamar alimentos: 1. Las niñas, niños y adolescentes, salvos los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios; 2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentren cursando estudios en cualquier nivel educativo; 3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismos. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 33)

Cabe señalar que los titulares del derecho de alimentos son personas que por su condición no tienen los medios para poder subsistir, en este sentido, tendrán derecho a reclamar este derecho los niños y adolescentes que no se hayan emancipado voluntariamente porque se sobreentiende que cuentan con ingresos propios para su subsistencia por ende, los padres no tienen la obligación de seguir haciéndose cargo de su cuidado y crianza; en el caso de tratarse de personas que tengan la edad de 21 años podrán reclamar este derecho siempre y cuando se encuentren estudiando ya que al dedicarse a una actividad como esta, representa una dificultad

para poder dedicarse a una actividad productiva; igualmente podrán acceder al mismo el hijo o hija que sufran de alguna discapacidad o si por alguna circunstancia ya sea física o mental no puedan valerse por sí mismos aunado a ello, es importante que dicha discapacidad sea debidamente justificada ya sea por el Consejo Nacional de Discapacidades o de la institución de salud que haya conocido la situación del niño, niña o adolescente.

Finalmente, el Art. 5 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece las personas obligadas a la prestación de alimentos, en tal caso los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria. En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden: 1. Los abuelos; 2. Los hermanos que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y 3. Los tíos. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 33)

Así pues, el juzgador cuando los progenitores no puedan proveer la pensión de alimentos necesaria para que sus hijos en común puedan tener una calidad de vida digna, el juzgador competente de acuerdo a los grados de parentesco antes descritos deberá regular el porcentaje que deberá consignar cada integrante hasta lograr completar el monto que haya sido previamente fijado por el juzgador, igualmente los parientes que hayan colaborado en el pago de la pensión podrán ejercer contra los titulares del derecho la acción de repetición. En conclusión, es menester que los jueces dispongan todas las medidas necesarias para garantizar sus derechos de alimentos ya que de ninguna forma podrán quedar en una situación de desprotección.

4.6.2. Procedimiento por divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento y divorcio contencioso cuando hay hijos menores de edad dependientes en el Código Orgánico General de procesos.

Este código tiene la finalidad de regular todo lo concerniente la actividad procesal en todas las materias con excepción en el ámbito constitucional, penal y electoral con estricto apego a las garantías básicas del debido proceso consagradas en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

En lo concerniente al procedimiento voluntario el Art. 334 numeral 3, establece que “el divorcio o terminación de unión de hecho o por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 87). Como sabemos este procedimiento se caracteriza por el consentimiento libre de ambas partes, en este caso el juzgador competente tendrá la obligación cuando haya hijos menores de edad resolver que progenitor va hacerse cargo de cuidado y crianza (tenencia), los horarios en los cuales se va llevar a cabo el régimen de visitas y por supuesto el derecho de alimentos que es la obligación del progenitor que no tiene su tenencia de proveer en el ámbito económico para la subsistencia digna del hijo o hija.

En lo referente al procedimiento el Art. 335, prescribe que se iniciará por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda. La o el juzgador calificará la solicitud. Si admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés del asunto. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 88)

Según lo anteriormente establecido, la solicitud del procedimiento sumario debe contener taxativamente con todos los requisitos de la demanda entre ellos: la determinación del juzgador competente; los generales de ley del acto y el casillero judicial de su abogado patrocinador; el RUC en los casos que sea estrictamente necesario; los generales de ley con indicación de la dirección del domicilio en el que deba citarse al demandado; la narración de los hechos clasificados y enumerados que sirven de fundamento de las pretensiones; los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción interpuesta; el anuncio de las pruebas que acreditan los hechos previamente detallados; de ser el caso la solicitud de acceso judicial a la prueba; la pretensión clara de lo que exige el actor de la demanda; la cuantía de acuerdo a la determinación del procedimiento; el procedimiento en el que sustancia la causa; las firmas del actor y del abogado defensor; finalmente los demás requisitos exigidos para cada caso.

En caso de oposición, el Art. 336, prevé “que las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 88). En estos casos, la persona citada podrá oponerse siempre y cuando dicha oposición haya sido debidamente fundamentada caso contrario será inadmitida, en los demás casos, será atendida por vía sumaria, en la que constará la solicitud inicial como demanda y la oposición como la

contestación de la demanda, y en esos casos, el juzgador competente dará a las partes procesales un término de 15 días para la anunciación de las pruebas, y una vez anunciadas se convocará a la audiencia.

En lo que respecta al procedimiento sumario el Art. 332 numeral 4, determina el divorcio contencioso. “Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 86). Como sabemos, el divorcio contencioso se da cuando existen conflicto de intereses entre los cónyuges que no han podido ser superados, en tal sentido, el juzgador competente no podrá dictar la sentencia que declara la disolución del vínculo matrimonial o de la unión de hecho si previamente no se ha resuelto sobre la situación de los hijos menores de edad en común hasta los 21 años de edad o discapacitados que no puedan valerse por sí mismos, cabe recalcar que el juzgador en todos los casos deberá fijar una pensión de alimentos provisional.

El procedimiento sumario según lo establecido en el Art. 333 numeral 3, deberá regirse por las siguientes reglas: “Para contestar la demanda y la reconvencción se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de 10 días” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 87). Al tratarse de procesos en los que haya derechos de los niños, niñas y adolescentes de por medio se tendrá el término de 10 días, debido que por su condición de vulnerabilidad no pueden quedar en la indefensión al estar envueltos en las disputas de sus padres por lo tanto se requiere que su situación sea resuelta lo más antes posible.

Citando al mismo artículo antes mencionado el numeral 4, señala que 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. La segunda fase se desarrollará en el siguiente orden: debate probatorio, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final. En materia de niñez y adolescencia la audiencia única se realizará en el término máximo de 20 días contados a partir de la citación. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 87)

El desarrollo de la audiencia podrá llevarse a cabo en el término de 20 días una vez citada la parte demandada, para tal efecto el desarrollo de la misma se realizará en dos fases, siendo la primera de saneamiento donde el juzgador deberá resolver todos los vicios que puedan llegar afectar la validez del procedimiento; la fijación de los puntos de debate en la cual las partes procesales deberán estar de acuerdo; y la segunda fase que en breves palabras es la práctica de

las pruebas donde se toma los testimonios, la exhibición de informes de peritos o documentos que acrediten los hechos que han sido previamente anunciados y el alegato final del abogado patrocinador.

Siguiendo en la misma línea los numerales 5 y 6 del mismo artículo, establecen que, en las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niños, niñas y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral y con respecto a las resoluciones serán apelables solamente en efecto no suspensivo. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, pág. 87)

El juzgador tendrá la obligación de que en la misma audiencia en su resolución oral se resuelva sobre la situación del niño, niña o adolescente en la misma audiencia, debido los mismos no pueden quedarse en indefensión, ya que al no poder valerse por si mismos y no poderse representar legalmente necesitan que se establezca que progenitor deberá hacerse cargo de cuidado y crianza, patria potestad, y en su defecto el régimen de visitas que es el derecho del padre que no tienen la tenencia a poder convivir con su hijo de acuerdo a los días previamente establecidos, aunado ello, dicho articulado prevé que de existir apelación por cualquiera de las partes procesales solo podrán serlo en efecto no suspensivo, es decir que se deberá cumplir con lo ordenado en la resolución impugnada

4.6.3. Situación económica de los hijos menores de edad en el Código Civil

Con lo que respecta a la sentencia de divorcio el Art. 115, determina que para que se pronunciar la sentencia antes mencionada, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimentos y educación de los mismos” (Código Civil, 2005, pág. 37)

Ya sea que se trate de la disolución del vínculo matrimonial por alguna de las causales o por mutuo consentimiento, es menester que los padres logren llegar a un acuerdo que beneficie al menor, por tal motivo los progenitores deberán pactar el cuidado y crianza diario del niño, niña o adolescente además de fijar una pensión alimenticia que le permita cubrir todas sus necesidades materiales básicas que va de la mano con el derecho del otro progenitor a seguir manteniendo relaciones parento-filiales con su hijo o hija, en las que además debe establecerse los horarios y la forma en que se va llevar a cabo el régimen de visitas.

4.7. Tenencia Compartida

La tenencia compartida entendida como un acuerdo alcanzado entre los padres, en dónde se comparten de forma equitativa los tiempos de estancia con los hijos, además involucra un proyecto educativo común que conlleva el desarrollo integral de los niños, en donde se necesita un entendimiento entre los padres para adaptarse continuamente a los cambios que se presenten, todo esto con el fin de crear una dinámica en los cuidados que se ofrezcan a los niños, niñas y adolescentes. (Vázquez, et.al, 2020, pág. 485).

Es así, que la tenencia compartida tiene como finalidad de que el niño, niña y adolescente mantenga y afiance sus relaciones familiares tanto en el entorno familiar de la madre como el del padre, tomando en consideración que el tiempo de convivencia con sus hijos debe ser un acuerdo alcanzado por parte de ambos progenitores siempre y cuando ese tiempo sea distribuido de forma igualitaria sin que incurra en preferencias, debido que ambos padres tienen la obligación de ser parte activa en el cuidado de su hijo o hija, sin que esto llegue a perjudicar su desarrollo integral.

La tenencia compartida implica, entre otras cosas, el ejercicio conjunto de la patria potestad, reconociendo a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades, y características personales, responsabilidades y deberes; que el niño tiene el derecho para comunicarse con sus padres en cualquier situación, cuidando de no haber interferencia en ello; y sobre todo, debe verse la tenencia compartida como un derecho de los niños, antes que un derecho de sus padres. (Aguilar, 2009, pág. 197)

Muchas de las veces el ejercicio de la tenencia se ha visto como un derecho de los progenitores más no como un derecho de los hijos, ya que al considerarse como un derecho de los padres da cabida a la vulneración de los derechos y el principio de interés superior del niño. Por ello la tenencia compartida a comparación de la tenencia, ha buscado que el niño, niña y adolescente pueda gozar de la convivencia con sus dos padres a pesar de encontrarse divorciados o separados, lo que ha contribuido positivamente en su desarrollo, ya que, al sentir el apoyo y la presencia de sus dos figuras materna y paterna, se puede evitar que pase por el proceso traumático que causa la ruptura familiar.

La tenencia compartida es la figura jurídica que materializa y potencia de forma plena los principios de coparentabilidad y corresponsabilidad repercutiendo positivamente en

la vida familiar diaria de los niños, niñas y adolescentes; ya que, de esta forma el vínculo afectivo existente entre padres e hijos seguirá fortalecida; dando lugar a que, cada progenitor cumpla su función (con todo el espectro amplio de derechos y deberes que ello significa) de forma positiva y en un margen de respeto frente al otro. (Espinoza, 2019, pág. 228)

De acuerdo a lo señalado por la autora, la tenencia compartida está constituida por el principio de coparentabilidad y corresponsabilidad, siendo el primero un principio que busca el reparto de forma equitativa de los derechos y deberes que los padres ejercen frente a sus hijos, mientras que el segundo implica el derecho de los hijos a mantener y continuar con las relaciones afectivas que sostiene con sus progenitores, aun cuando haya ocurrido una crisis familiar como es la ruptura conyugal o de pareja. Es así que esta figura jurídica permite que independientemente del estado civil de los progenitores, sigan cumpliendo de forma igualitaria con sus derechos y deberes inherentes a su condición, dejando de lado la idea tradicional de que el progenitor que cumple con su obligación alimentaria, no tiene el derecho de encargarse de la crianza y formación del hijo o hija.

La tenencia compartida, es un sistema genérico 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 paternal, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. (Aguilar, 2009)

Por consiguiente, la tenencia compartida debe considerarse de acuerdo a la situación particular de cada caso, ya que el juzgador debe asegurarse que ambos progenitores se encuentren preparados para asumir todas las responsabilidades que conlleva este sistema, porque caso contrario puede resultar perjudicial para el niño, niña o adolescente.

4.7.1. Evolución histórica del apareamiento de la tenencia compartida

La tenencia compartida es una figura jurídica de relativa novedad en el marco del Derecho de Familia, la doctrina sitúa al continente europeo como la cuna de la institucionalización primigenia de la figura; siendo Suecia el primer país que incorporaría en su ordenamiento jurídico la figura denominada como guarda compartida. Posteriormente, Francia sería el país donde la figura tendría un desarrollo legislativo sólido, aunque paulatino, pues si bien la figura se introdujo en el 1987, no

sería hasta el año 2022 cuando la ley previó la posibilidad de que el mejor tenga una doble residencia; una con cada uno de sus padres. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 644)

En tal sentido, Suecia siendo el primer país en implementar en su ordenamiento jurídico la figura de custodia compartida en el Código de los Niños y los Padres, ya que esta ley establece que al determinar la custodia se debe tener como piedra angular el mejor interés del niño, con el propósito de proteger la necesidad del menor de mantener un contacto estrecho y satisfactorio con ambos padres a pesar que estos vivan juntos o no. Posteriormente Francia determinaría la posibilidad de que la residencia del hijo pueda fijarse en el domicilio de cada uno de los padres de forma alternad, un dato importante de acotar es la Declaración de Langeac Francia de 1999, sobre el apoyo internacional para la tuición compartida tanto en las familias intactas como en las familias separadas, mismo cuerpo normativo que representa y ampara los mejores intereses de los niños, padres y la sociedad en general estableciendo como principios: que el padre y la madre deben tener iguales derechos e iguales responsabilidades; en el caso de que los padres no puedan ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual periodo de tiempo con cada progenitor; y como tercer y último principio la paternidad no debe ser basada únicamente en la relación entre los padres, sino en la relación padre-hijo. (Declaración de Langeac, 1999, pág. 1).

Dentro de la misma línea. La legislación alemana ha establecido legal y jurisprudencialmente desde hace varias décadas la continuidad de las obligaciones parentales conjuntas sin ruptura de la patria potestad. En Inglaterra, la Children Act promulgada en 1989 y vigente desde 1991 sostiene de igual forma el ejercicio mancomunado de la patria potestad, pero sin embargo hace una llamativa modificación terminológica pues sustituye la expresión custody (custodia) por el término residencia (residencia). El Derecho holandés, por su parte, cambia las reglas del juego, de manera que en dicho país la tenencia compartida es la regla y la tenencia uniparental es excepcional. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 644)

Al respecto se ha podido apreciar que las legislaciones de estos tres países tienen en común en enfatizar en primer plano la tenencia compartida antes que la uniparental, lo que nos da entender que se va a primar que el niño, niña o adolescente después de estar en medio de la disputa de la separación de sus padres, tener el derecho y la oportunidad si el caso lo amerita seguir conviviendo de forma personal y directa con sus dos padres siempre y cuando su interés superior no se vea afectado.

Finalmente, es notable traer a colación el caso estadounidense, en donde la denominada joint custody (custodia conjunta) constituye el régimen de aplicación preferente, siendo considerada por la jurisprudencia como la mejor solución para el menor y, como regla, corresponde a su efectivo interés; no es obligatoria en todos los estados, pero la mayor parte, quien se opone, debe demostrar su no conveniencia para el caso concreto. (Murillo & Vázquez, 2020, pág. 645)

El Derecho Estadunidense, prevé la joint custody donde ambos padres en proceso de divorcio o separación les posibilita ejercer la custodia legal de su hijos menores de edad siempre y cuando no tenga antecedentes o haya sido acusado de abuso infantil, violencia doméstica o no se encontrare capacitado por algún motivo, además su jurisprudencia señala como “la mejor solución para el menor, y como regla, corresponde a su efectivo interés” (Murillo & Vázquez, 2020) así mismo, la idea de otorgar la tenencia compartida no supone menoscabar los derechos del hijo o hija o el de los progenitores, ya que lo que se busca es que con dicho régimen de tenencia los padres sigan cumpliendo con sus obligaciones y los hijos seguir disfrutando de su presencia en partes iguales.

4.7.2. La tenencia compartida en los instrumentos internacionales

La legislación como la jurisprudencia internacional que se encarga del derecho de familia tiene como base fundamental el principio de interés superior del niño, por ello la legislación nacional y las sentencias sobre la materia deben acogerse a lo estipulado por estos organismos.

“En miras a que este principio supere el status de concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia internacional ha señalado criterios para su aplicación” (Murillo & Vázquez, 2020). Respecto a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido un concepto respecto al interés superior del niño, basándose en los casos *Bulacio vs Argentina* del año 2003, y *González y otras vs México* del año 2009:

Este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos señalado en la *Opinión Consultiva OC-17/2002* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades y que su prevalencia debe ser entendida como la necesidad de la satisfacción de todos los derechos de la infancia y adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los

demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, pág. 61)

En tal sentido, podemos deducir que el principio de interés superior surge de la necesidad de brindar protección integral a los niños, niñas y adolescentes por encontrarse en un estado de vulnerabilidad, siendo obligación de los Estados ajustar su normativa en armonía con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. De este modo, cuando los administradores de justicia resuelvan casos en lo se discutan sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe asegurarse que dicha resolución no perjudique su desarrollo integral entendido como el proceso donde van adquiriendo características propias, por ende, si no se llegase a aplicar este principio como regla general no se lograría el pleno ejercicio de sus derechos.

Asimismo, la Corte Interamericana de derechos Humanos descrita en líneas anteriores, dentro de la Opinión Consultiva OC-17/2002 resalta en la necesidad de la convivencia mutua de los progenitores con el niño, niña o adolescente, dicha opinión en su parte medular establece:

Que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. Asegura, además que aun cuando los padres estén separados de sus hijos, la convivencia familiar debe estar garantizada. El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional, y preferentemente temporal. (Fernández, 2017, pág. 235)

De acuerdo con lo anteriormente señalado, cuando las parejas están pasando por un proceso de divorcio o separación los lazos de convivencia entre los progenitores con los hijos tienden a deteriorarse más aún cuando un solo progenitor ejerce su tenencia, ya que de cierta manera genera un impedimento en las relaciones paténto-filiales respecto del progenitor que no está a su cargo, por esta razón es esencial que el juzgador en todo momento garantice la preservación con su entorno familiar, al constituirse como un elemento fundamental en la vida del menor.

Es menester, además hacer referencia al informe sobre el derecho del niño y niña a la familia emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2013 que en su parte pertinente señala:

En el ámbito internacional de los derechos humanos, existe el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia, y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición de esta. A su vez los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser separados y garantizados por los Estados. (Fernández, 2017, pág. 228)

Tal como lo estipulan los diversos instrumentos internacionales, los niños, niñas y adolescentes desde su nacimiento hasta que alcanzan la edad madura donde pueden valerse por sí mismos, tienen derecho a tener una familia y desarrollarse en un ambiente familiar que le posibilite tener un proceso de crecimiento acorde a sus necesidades y desarrollo evolutivo, siendo los progenitores quienes fungen como actores principales en el seno familiar además de ser los encargados de hacer efectivo los derechos integrales del menor. Es menester hacer hincapié que los Estados deben brindar especial atención a las familias disgregadas, con el fin de que sus miembros sigan cumpliendo con sus responsabilidades y evitar el desamparo de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, en lo que concierne a los instrumentos internacionales, en primer lugar, debo señalar el Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del primer artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que este 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 el interés superior del niño. (Unicef comité español, 2006, pág. 12)

Referente a ello, el Ecuador siendo uno de los Estados partes en la Convención deberá garantizar que los niños, niñas y adolescentes no sean disgregados de su entorno familiar, excepto en casos que sean estrictamente necesarios y que puedan llegar a poner en peligro su integridad personal ya sea en el ámbito físico, psicológico o sexual, teniendo en cuenta todo lo anterior, el juzgador competente si considera pertinente y luego de haber escuchado a todas las partes interesadas con especial énfasis en la opinión del menor de acuerdo a su grado de desarrollo en su resolución dictará que el hijo o hija sea separado de uno de sus padres o ambos. Aunado a ello, se deberá garantizar por todos los medios posibles el derecho del hijo o hija a seguir sosteniendo una relación cercana con el progenitor que no tiene su custodia, debido que la preservación del entorno familiar favorece a que el niño, niña o adolescente tenga un proceso de crecimiento en el que las personas que forman parte de su núcleo familiar contribuyan en su desarrollo integral, el mismo que está amparado en nuestra legislación nacional en el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador.

Vinculado a esto, el instrumento internacional antes descrito tiene estrecha armonía con el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el mismo que establece:

1. Que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; 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 adoptará disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. (Organización de los Estados Americanos , 1969, pág. 7)

De lo anterior, el Estado ecuatoriano deberá asegurar que los progenitores gocen de los mismos derechos además del reparto equitativo y recíproco de sus tareas durante y después del matrimonio sobre todo después de la disolución del vínculo matrimonial, ya que el juzgador no podrá dictar la sentencia de divorcio si los progenitores no hubieran resuelto sobre su cuidado, educación, alimentación y la forma en que como se va a llevar el régimen de visitas con respecto del padre o madre que no ejerce la tenencia del niño, niña o adolescente, todo esto tomando en consideración el interés superior del niño, por el cual los menores están protegido.

4.7.3. Posicionamientos sobre la tenencia compartida

Varios autores señalan las ventajas y desventajas sobre la incorporación de la tenencia (custodia) compartida, las cuales iré analizando con la finalidad de ponderar si la implementación de esta figura es beneficiosa tanto para los derechos de los progenitores como para los niños, niñas y adolescentes.

La custodia compartida podría traer como ventajas e inconvenientes: la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas, y que deben ajustar a la nueva aceptación del concepto familiar, todo ello tras haber superado y desaparecido los sentimientos de culpa. (González, 2009, pág. 28)

En tal sentido, cuando los progenitores llegan a separarse la mayoría de las veces suelen reconstruir su vida amorosa con otra pareja lo que en palabras del autor podría ocasionar que el niño, niña y adolescente tenga problemas de acoplarse a su nueva familia, además de acarrear inconvenientes por el hecho de estar conviviendo continuamente tanto en el domicilio de la madre como el del padre.

Según Becerril y Vegas analizan varias posiciones respecto a la custodia compartida, en este sentido el grupo de expertos que conforman la Federación Andaluza para la Defensa de la Igualdad Efectiva señalan varias ventajas tanto para los hijos como para los padres.

Se observa ventajas evidentes para los hijos: Debido que les brinda la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos padres, siendo el modelo de convivencia que más se aproxima al forjamiento de los vínculos familiares de los niños, niñas y adolescentes entre los integrantes del núcleo familiar, sin perder la esencia de la familia tradicional porque lo que la separación resulta una situación menos traumática; así mismo gracias a la implementación de este modelo se evita que desarrollen pensamientos negativos en los hijos, debido que las interferencias en las relaciones parento-filiales en los menores puede ocasionar “miedo al abandono, conflictos de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de suplantación” (Becerril & Venegas, 2017, pág. 175); se promueve una actitud mucho más abierta y positiva del hijo o hija ante la separación de los progenitores, por lo que posibilita una mayor aceptación ante del nuevo panorama de separación; previene que se materialicen en los hijos síndromes psicológicos sumamente preocupantes tales como el síndrome de alienación parental, el síndrome de la falsa memoria caracterizado porque las personas afectadas tienen recuerdos de haber sido víctimas de experiencias traumáticas, mostrando como consecuencias síntomas por estrés postraumático;

asimismo evita que se desarrollen trastornos de conducta familiar, escolar, alimenticia, entre otros; a la par también se previene conductas de violencia en el ámbito familiar, frustración o falta de control de la ira.

Se observa ventajas también para los padres: Por lo que les garantiza la posibilidad de seguir cumpliendo responsablemente con sus obligaciones parentales; asimismo la oportunidad de participar de forma igualitaria en el proceso de desarrollo y crianza del hijo hija que promueve inevitablemente positivamente en su desarrollo integral; asimismo fomenta una mayor concientización de ambos padres en la necesidad de auxiliar en los gastos que requiera el menor; se evita también disputas sobre que progenitor es el más idóneo; hay una equivalencia en el tiempo libre de los padres tanto para dedicarse a su vida personal como profesional; “se evitan dinámicas de dependencia que produce una separación, lo que convierte la compañía del hijo en la única razón de vivir, convirtiendo una relación y vinculación positiva y saludable en otra de tipo enfermizo y patológico” (Becerril & Venegas, 2017, pág. 175); los padres han de colaborar mutuamente, por lo que va favorecer en la adopción de acuerdos, construyendo un modelo educativo positivo para el niño, niña o adolescente. En conclusión, varios estudios científicos sobre el ejercicio de la custodia compartida, señalan que esto favorece a la cooperación, y no a lo contrario.

La revista jurídica en línea titulada Derecho y Cambio Social de acuerdo Aguilar (2009) en su estudio sobre la “La tenencia compartida” establece su posición sobre el sistema de tenencia compartida, el mismo que permite preservar en ambos progenitores la potestad de decisión con respecto a sus hijos aún luego de la disolución del vínculo matrimonial, por lo tanto, su enfoque se direcciona en garantizar que los niños, niñas y adolescentes tengan una mejor condición de vida, al dejarlos fuera de los desacuerdos conyugales.

Asimismo, otras de las ventajas que trae consigo el régimen de la tenencia compartida puede establecerse las siguientes: permite que intervengan activamente en igualdad de condiciones ambos progenitores, en el cuidado y crianza de sus hijos; “la equiparación de aquellos en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza” (Aguilar, 2009, pág.3); el reconocimiento en la importancia de los roles paternos y maternos en la vida del niño, niña y adolescente; afianza la comunicación regular entre ambos progenitores, lo que facilita el reparto de los gastos de manutención; la disminución del sentimiento de abandono en el hijo o hija producto de la separación, etc. Si bien es cierto, la tenencia compartida viabiliza que los hijos afiancen los lazos familiares por el

hecho de mantener un contacto directo con sus progenitores, cabe señalar que se debe reunir una serie de condiciones especiales que permita un mejor desempeño en la práctica, entre las cuales se destacan, establecer la relación de gastos que van asumir de forma proporcional, preservar un dialogo fluido y armónico sobre todos los asuntos correspondientes a las obligaciones con sus ojos.

En conclusión, se puede evidenciar que la figura de la tenencia compartida es la que mejor garantiza en pleno ejercicio de los derechos tanto de los hijos como el de los progenitores, aunado a ello se ha podido observar también que podría llegar a traer inconvenientes en los niños, niñas y adolescentes por los continuos cambios de domicilio, cabe destacar en este punto que las desventajas a comparación de las ventajas están son indudablemente mayores ya que los beneficios que representa siempre serán superiores que los posibles riesgos, por ende su incorporación es viable tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito psicológico de los menores al ayudar a reducir el proceso traumático que suele traer consigo la separación de los padres.

4.8. Principio de Corresponsabilidad Parental

La corresponsabilidad parental, consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan junto o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos. (Acuña, 2013, pág. 31)

El autor señala que este principio, se fundamenta principalmente en la distribución igualitaria de los deberes de los progenitores en todo lo que tenga que ver en la crianza del niño, niña o adolescente, lo que se traduce en el reparto del tiempo de calidad con cada uno de ellos, además de hacerse cargo de su educación, alimentación, vestimenta, etc., coligiendo así, que sus obligaciones parento-filiales con respecto a sus hijos, no se extinguen por el hecho de haber ocurrido una separación.

La corresponsabilidad parental es la crianza responsable y compartida por parte de los progenitores del menor, encargados de velar por su desarrollo y bienestar, defendiendo los derechos principales que tienen, los cuales son muy importantes en tu etapa de crecimiento. (Castillo, et.al, 2020, pág. 40)

Viéndolo desde la perspectiva de los padres, este principio dirige la forma en que se va llevar a cabo el cuidado personal y la relación con el hijo o hija según lo ordenado por el

juzgador competente, por lo tanto, este principio tiene como finalidad mantener el pleno ejercicio de la maternidad y paternidad y sus limitaciones si se llegare a dar el abuso de sus facultades, aunque por cualquier razón la familia se encuentre disgregada.

La corresponsabilidad parental se puede ejercer, aunque los padres estén separados, ya que el bien común son los hijos, por lo que es importante entender que los hombres ayudan a las mujeres a criar, y ellos son parte de la crianza. (Castillo, et.al, 2020, pág. 40)

En lo que respecta a la corresponsabilidad parental, se la entiende como los deberes y derechos que tienen los progenitores en todo lo que tiene que ver a la crianza, protección, cuidado de sus hijos menores de edad, independientemente de su estado civil, es decir no será impedimento que los progenitores se encuentran separados, por lo que deberán seguir cumpliendo equitativa y recíprocamente con la satisfacción de todas las necesidades que pueda llegar a requerir el niño, niña o adolescente. Con el pasar del tiempo en nuestra actualidad gracias a este principio ha permitido que el padre se vea más involucrado en el cuidado y crianza de los hijos, dejando de lado la creencia que solo la madre debía hacerse cargo mientras que el padre solo aportaba económicamente, dicho en otras palabras, este principio permite y obliga tanto al padre como la madre a seguir cumplimiento con sus obligaciones parentales.

4.8.1. Breve reseña histórica del principio de corresponsabilidad parental

A inicios del siglo XX, cuando se disolvía un matrimonio, la custodia la tenía por ley el padre, partiendo de la premisa de que se encontraba en mejores condiciones económicas para sustentar a sus hijos, quienes junto a sus esposas eran de su propiedad. Con el pasar de los años, en el siglo XXI el ordenamiento familiar ha sido un contexto propicio para varias reformas que tienden a mejorar la posición jurídica de los miembros del núcleo familiar, especialmente para los más necesitados de amparo que son los niños. (Castillo, Machado, Tixi, & Ayala, 2020, pág. 36)

En tal sentido, como se ha podido visibilizar a inicios del siglo XX la custodia o también llamada tenencia se le atribuía al padre, debido que en ese tiempo era considerado como el único miembro de la familia que podía hacerse cargo del cuidado crianza del hijo o hija, por el simple hecho de gozar de una mejor condición económica a diferencia de la madre. Con el

transcurso de los años conjuntamente con el avance de los cuerpos normativos que han sido reformados, esta situación ha ido cambiando de panorama lo que ha logrado que los progenitores tengan igualdad de derechos y obligaciones, sobre todo de los más vulnerables es decir los niños, niñas y adolescentes.

La Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 1959, representa el cambio oficial a partir del cual los menores de edad comienzan a tener sus propios derechos, de forma personal e independiente a los de sus progenitores, dando lugar a que los hijos pequeños debieran permanecer bajo el cuidado de las madres, que por ser la persona que les dio la vida. Deben ofrecer un mejor cuidado y protección. (Castillo, Machado, Tixi, & Ayala, 2020, pág. 36)

Junto con la llegada de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dio paso a la progresión de los derechos de los hijos menores, lo que incitó que después de producida una separación entre los progenitores los menores quedaran bajo el amparo y protección de la madre antes que el padre, basándose en un hecho natural como justificación antes que el mismo bienestar del hijo o hija.

En los años 70 surgió en Inglaterra una nueva posibilidad de custodia: la custodia compartida. A lo largo de esa década se crearon leyes que permitían compartir la custodia de los hijos cuando la pareja terminaba su relación sentimental. De igual forma en otros países del continente europeo se instauraron políticas con el fin de lograr la igualdad, por la importancia de que ambos padres sean encargados de la crianza de los hijos, cumpliendo su responsabilidad de manera compartida en deberes y derechos y encargándose de que el menor se encuentre en el ambiente adecuado con educación, alimentación, vestimenta, recreación. (Castillo, Machado, Tixi, & Ayala, 2020, pág. 36)

En el continente europeo antes que en América Latina, se estableció la custodia compartida como institución jurídica con el objetivo de que tanto el padre como la madre sigan cumpliendo ininterrumpidamente con sus responsabilidades parentales una vez terminada su convivencia como pareja, es así que surge un equilibrio al momento de repartir los deberes y derechos que corresponden tanto al padre como madre de familia, siempre y cuando estas relaciones de padres e hijos se desenvuelvan dentro de un ambiente familiar adecuado.

Históricamente el cuidado de los hijos era un asunto que se analizaba al interior de la unidad doméstica; ahora se habla de una corresponsabilidad familiar social y estatal, pues él debe garantizar el cuidado del menor precautelando sus derechos. Según los

índices en América Latina, la mayoría de madres están frente a la crianza de sus hijos creando una responsabilidad solo maternal, mientras que el padre se dedica más tiempo a su trabajo que a la formación del menor causándoles daños en su crianza. (Castillo, Machado, Tixi, & Ayala, 2020, pág. 36)

De lo dicho anteriormente la corresponsabilidad parental no debe ser un tema que solo se discuta dentro del seno familia, debido que debe ser un trabajo mancomunado conjuntamente con la sociedad y el Estado, ya que el trabajo conjunto de estos tres sectores estratégicos posibilita que las familias disgregadas por cualquier motivo puedan seguir manteniendo sus relaciones parentales indispensables para el correcto desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, por lo que no solo la madre debe estar a cargo del cuidado total de los hijos.

Ecuador no está ajeno a la expansión de divorcios y crisis matrimoniales, así como al aumento de familiar monoparentales, lo que da cuenta de los notables cambios en la forma de plantear y vivir el hombre y la mujer ese fenómeno social primario que es la familia. Los conflictos que relacionan a los padres y terminan con su relación de pareja no solo afecta los derechos e interés individuales de los mismos, sino que relevantemente conciernen al progresivo desarrollo social y afectivo del menor. (Castillo, Machado, Tixi, & Ayala, 2020, pág. 36)

Si hacemos una comparación de la cantidad de matrimonios con la cantidad de divorcios notablemente podemos apreciar que los divorcios están a la orden del día, por lo que las familias monoparentales va en aumento, es decir las que cuentan con la presencia activa ya sea de la madre (en la mayoría de los casos) o el padre, denotando un fenómeno social en la que la principal víctima son los niños, niña y adolescentes puesto que no se está atacando el problema desde su raíz, la falta de responsabilidad de los padres una vez producida la separación,

Actualmente, en Ecuador se encuentra es discusión el tema de la corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de los hijos; existen agrupaciones de madre y de padres que expresan sus diferentes puntos de vista. Coparentalidad Ecuador es un colectivo de padres que impulsa al planteamiento de la responsabilidad compartida mientras que las madres que integran Plataforma de Derechos por un Amor Responsable señalan que la tenencia compartida no debe ser impuesta sino consensuada y escuchando la opinión de los niños. La sociedad al otorgar el privilegio a uno de los dos progenitores, tenencia que conlleva a una vulneración sistematizada, debido a que no está en juego un bien, sino que se habla de un menor, el cual necesita cuidados y atención tanto afectiva como

emocional saciando sus necesidades y velando por sus intereses. De acuerdo con la cultura patriarcal que aún se vive, se tiene la idea de que la mujer es la que debe cuidada del menor dejando, obviando el derecho del padre; algunas mujeres usan a los hijos para conseguir de los padres el pago de la pensión con valor adicional, sin pensar que el único que sufre los daños es el menor. Uno de los factores que vulnera esta situación es el momento de fijar una pensión para su manutención, pues se considera que, si ambos padres trabajan, deben asumir de forma igualitaria los gastos del menor.

Ecuador en su normativa o más bien la nula acción del Estado frente a esta problemática social, se halla en el desafío de no cumplir a carta cabal con este principio de corresponsabilidad parental reconocido en innumerables instrumentos internacionales, debido que por el hecho de establecer en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, que el encargo judicial de la tenencia solo recae en uno de los progenitores, genera un desequilibrio en sus responsabilidades, puesto que por ejemplo, el tiempo mínimo que se le permite al padre pasar con el menor, es decir el régimen de visitas, es un tiempo mínimamente absurdo que no va permitir que el padre o la madre puedan ser parte activa en su cuidado y crianza, lo que les lleva a remitirse únicamente en la obligación de pasar alimentos, trayendo como consecuencia que el niño, niña o adolescente no tenga un adecuado proceso de crecimiento por lo que la falta de su figura paterna o materna, pueda llegar afectarlo en un futuro psicológicamente, ya que recordemos que lo más importante para su desarrollo integral no es lo monetario, sino más bien la presencia de sus padres que puedan proveerle todo lo necesario para la satisfacción de sus necesidades afectivo-emocionales.

4.8.2. Principio de corresponsabilidad parental en los instrumentos internacionales

Los tratados internacionales influyen en gran parte en los cambios que se han venido dando en materia de familia, primordialmente por el reconocimiento que la sociedad ha prestado a los derechos de las personas.

Dentro de este contexto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 16, establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2015, pág. 34).

Cabe señalar que la edad núbil, es cuando las personas han alcanzado la mayoría de edad para poder contraer matrimonio, en tal sentido el Estado, debe garantizar que las personas puedan contraer matrimonio sin discriminación alguna y poder formar una familia, como sabemos el matrimonio tiene como finalidad que la pareja se auxilie mutuamente, por ende debe asegurarse que durante la convivencia familiar ya sea durante y después los progenitores disfruten de los mismos derechos en igualdad de condiciones.

Dentro de la misma normativa el Art. 25, prescribe “que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tiene derecho a igual protección social” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2015, pág. 52). Es importante destacar, que tanto las madres que se encuentran embarazadas como los hijos menores de edad por su condición de vulnerabilidad pertenecen al grupo de atención prioritaria, por ende, deberán recibir por parte de las instituciones ya sean estas públicas o privadas una atención especializada, sin importar que hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, el Estado tiene la obligación de brindarle igual protección.

Esto en concordancia, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su Art. 23 numeral 4, ampara que los Estados partes en el presente pacto tomarán medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos 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. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, pág. 8)

El Ecuador siendo uno de los Estados partes en este pacto, tiene obligación de garantizar por todos los medios que se estimen pertinentes, que los progenitores gocen de igualdad de derechos y deberes durante y después de la vida matrimonial con especial atención en las parejas que han decidido ponerle un fin a su convivencia diaria, ya que son en estos casos cuando los hijos menores de edad se encuentran en una posición de inestabilidad.

Esto en concordancia con el Art. 17 numeral 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que establece sobre la igualdad y la equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, el mismo que ya ha sido analizado en el punto sobre la tenencia compartida.

En síntesis, se puede analizar que los tres instrumentos internacionales antes abordados, amparan al matrimonio, que como sabemos representa y constituye un ambiente para el

desarrollo del individuo que aún no ha cumplido la mayoría de edad, por lo tanto, cuando se habla de las responsabilidades del padre y madre de familia, también debemos hablar de las responsabilidades que les une por el hecho de tener hijos en común independientemente después de su separación o divorcio. Es interesante señalar, que los dos últimos instrumentos, su enfoque no solo se basa en los derechos, sino particularmente a las responsabilidades de las personas adultas.

En armonía con los cuerpos normativos antes abordados, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, es “uno de los instrumentos que marca un punto de inflexión en materia de responsabilidad de los padres” (Acuña, 2013, pág. 25) el mismo que en su preámbulo prescribe la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombre y mujeres y la sociedad en su conjunto, reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, pág. 2)

Vinculado a esto, cabe recalcar que tanto el padre como la madre fungen un papel importante en la familia, debido que ambos están llamados hacerse cargo de todo lo concerniente a las necesidades del menor, siendo una de las más importantes su derecho a la educación porque le dota de todas las herramientas necesarias para enfrentarse a la vida. Aunado a esto, tanto el Estado como la sociedad deben auxiliarse mutuamente para lograr con el pasar del tiempo superar los papeles que por tradición se le ha impuesto a la mujer como encargada total del cuidado de los hijos y al hombre como un simple proveedor, en consecuencia, la finalidad de esta Convención se centra en la necesidad de la responsabilidad compartida de ambos progenitores, porque de lo contrario supondría la discriminación por razón de su sexo.

Del mismo modo el Art. 5 literal b de la Convención, establece que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos

constituirá la consideración primordial en todos casos. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, pág. 3)

Es importante señalar, que los progenitores tienen la obligación de inculcar en los niños, niñas y adolescentes una educación basada en el respeto y en la comprensión, de que tanto la maternidad como la paternidad son importantes y que constituyen los pilares fundamentales para el desarrollo de la sociedad, por consiguiente, si se les brinda una educación adecuada se estará asegurando que tengan un desarrollo pleno de sus capacidades, además de la garantía de su interés superior por el cual están protegidos.

Asimismo, el Art. 16 literales d y f, del mismo cuerpo legal determina que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, pág. 7)

Es menester entender que esta Convención no solo se centra en establecer medidas pertinentes para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, ya que su normativa ampara que tanto la mujer como el hombre gocen de los mismos derechos y obligaciones, en este sentido, el matrimonio al ser una de las instituciones jurídicas que da pie a las diversas relaciones familiares que se generan entre sus miembros, es importante que se establezcan medidas para precautelar sus derechos con especial atención a los miembros más vulnerables. En consecuencia, si tanto el hombre como la mujer tienen los mismos derechos y deberes estarán en la obligación de hacerse cargo de las necesidades de sus hijos sin importar su estado civil, conviene subrayar en este punto, que a partir de lo establecido en la Convención se desprenden dos parámetros relevantes: el primero que se refiere a la igualdad en el ejercicio de los derechos y responsabilidades como padre y madre de familia, y segundo que el interés superior de los hijos deberá ser considerado como criterio rector en lo relacionado al ejercicio de las funciones parentales.

Finalmente, debo señalar la Convención de los Derechos del Niño que en el Art. 18, prescribe sobre las obligaciones de los padres en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y a su interés superior como preocupación fundamental de los padres. (Unicef comité español, 2006, pág. 26)

Los cuidados que realicen los miembros del núcleo familiar con respecto a los hijos, deben forjarse sobre la base del derecho de igualdad y sobre todo el respeto del interés superior del niño, precautelando que, si la convivencia con uno o ambos progenitores llegare a ser perjudicial, el juzgador deberá tomar todas las medidas que sean necesarias para precautela el bienestar del niño, niña o adolescente.

Dentro del contexto ecuatoriano el Art. 69 numeral 5, determina “que el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 32). El Estado ecuatoriano en consonancia con lo promulgado en los instrumentos internacionales, respaldan favorablemente en promover en la obligación que tienen los progenitores de cumplir de forma igualitaria sus deberes y derechos inherentes que les corresponde en relación con sus hijos.

A su vez el Art. 83 numeral del mismo, prescribe que son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas, asistir, alimentar, educar, criar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y los padres lo necesiten. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 38)

Esto se traduce en que la corresponsabilidad será el principio rector que va guiar toda la distribución de las responsabilidades domésticas de forma que cada integrante de la familia va desempeñar sus actividades de forma equitativa, sobre todo las labores de cuidado por parte de los padres con respecto a sus hijos.

En concordancia con el Art. 83 numeral 16, que prescribe que “son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas, asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 42). Es claro que los progenitores tendrán las mismas responsabilidades respecto de sus hijos, entre ellas las indispensables para su adecuado desarrollo y crecimiento, por lo tanto, es menester que los padres se distribuyan tales obligaciones independientemente de su estado civil, lo que quiere decir, que la separación no será motivo suficiente para dejar de cumplir todas y cada una de ellas.

Para finalizar el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 100, “señala la corresponsabilidad parental donde el padre y madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 26). Al igual que en los cuerpos normativos descritos en líneas anteriores, en lo que respecta a las relaciones familiares, los niños, niñas y adolescentes tendrán la garantía de que sus progenitores les doten de todas los recursos materiales y afectivos durante todo su proceso de crecimiento.

4.8.3. Derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores

La igualdad es un principio-derecho que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia. Ello implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden con otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones. (Cedeño, 2022, pág. 938).

Por lo tanto, la igualdad no solo es un derecho que protege a las personas sino un principio que obliga al Estado y a la sociedad, aplicar acciones que estén fundadas en un trato igualitario, por tal razón dentro del contexto de esta investigación, el juez al momento de dictar una resolución en un proceso de divorcio deberá tomar en cuenta este aspecto, sin recurrir a preferencias que al final del día terminaran afectando la situación del niño, niña o adolescente, ya que si ambos progenitores demuestran que están en igualdad de condiciones para hacerse cargo del cuidado y la crianza del hijo o hija, la ley no tiene por qué establecer distinción alguna que coloque a la persona en una posición de desventaja.

En nuestra legislación, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11 numeral 2, señala “que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, nadie podrá ser discriminado por razones de sexo, estado civil, condición socio-económica” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 12). Históricamente tanto el padre como la madre se han encontrado en una situación de desventaja frente a la ley sobre todo con respecto a las obligaciones con sus hijos, debido que siempre se ha considerado que la madre por el simple hecho de ser mujer es más apta para hacerse cargo de su cuidado, mientras que el padre se lo ha visto como un simple proveedor en el ámbito de lo económico. Si lo analizamos desde esta perspectiva, existe una vulneración por razón del

sexo y la condición socio-económica, ya que al aplicar la ley sin considerar cada caso en particular se atentaría contra el principio de interés superior y el derecho de igualdad de los padres, por lo que, al obligar al padre a alejarse de los hijos y la madre a encargarse de todos los cuidados, evidencia una vulneración en los derechos de los padres y los hijos.

Asimismo, el Art. 66 numeral de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe “el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 32). Desde el enfoque de lo formal, la igualdad supone que todas las personas se encuentran en la misma condición, por lo tanto recibirán un trato idéntico, desde el enfoque material, implica que las personas que se encuentren en condiciones diferentes, deben requerir un trato diferenciado, para así lograr equiparar el pleno ejercicio de sus derechos, por tanto, específicamente en lo que concierne al encargo de la tenencia la norma genera una desventajas para que se le encargue la misma al padre, puesto que el padre deberá probar que se encuentra en excelentes condiciones para hacerse cargo del cuidado y crianza, aunque ambos sean igualmente aptos.

4.9. Síndrome de la Alienación Parental.

La alienación parental fue estudiada por primera vez por Richard A. Gardner en 1985, quien definió a este término como una variación en la que los hijos o hijas están preocupados por criticar o incluso rechazar a uno de sus padres, lo que trivialmente se conoce como lavado de cerebro, en la que uno de los progenitores de forma constante y sistemática, inculca en el menor la descalificación hacia la otra parte, convirtiéndolos en una herramienta de venganza. (Buchanan, 2012, pág. 5)

El autor señala que este síndrome de alienación parental se produce como consecuencia de la descalificación constante que hace un progenitor con respecto al otro, que con el pasar del tiempo produce en el menor un sentimiento de odio y repudio patológico, lo que inevitablemente va desencadenar en la ruptura de los lazos familiares existentes entre el hijo y su padre que no ejerce su tenencia, que muchas de las veces es una situación producida por el sentimiento de venganza y rencor existente entre la pareja.

Podemos definir que la alienación parental “es el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas tácticas o estrategias, intenta transformar la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor” (Buchanan, 2012, pág. 5). En este sentido, el progenitor que ejerce la tenencia busca

de todas las maneras posibles influir en la conciencia de sus hijos mediante chantajes, mentiras, palabras soeces, etc., produciendo inconscientemente en el menor la idea errónea de que su otro padre es malo y que solo le quiere causar daño, por lo que el niño, niña o adolescente tiende a rechazar totalmente cualquier tipo de contacto.

La alienación parental consiste en las conductas que lleva a cabo el padre o la madre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencia con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, pág. 7)

En la actualidad el síndrome de la alienación parental ha sido un fenómeno latente y una de las prácticas más habituales ante la separación de los progenitores o la ruptura matrimonial, debido que en la mayoría de estos procesos judiciales el niño, niña o adolescente queda a cargo de un solo progenitor lo que ha llevado un cambio drástico en la dinámica familiar. Es así, que el padre o madre que tiene la custodia, ejerce un maltrato psicológico diario hacia su hijo o hija, causando que se quebrante definitivamente la relación paterno-filial.

“El síndrome de alienación parental, es un trastorno que se presenta en la niñez y que surge casi exclusivamente en el contexto de una disputa por la custodia del niño.” (Maida, et.al, 2011, pág. 486). Podemos concluir que este síndrome es exclusivo o se genera la mayor parte del tiempo como resultado de la disputa judicial que existe entre el padre y madre de familia, donde hay una competencia continua por demostrar quién es el mejor padre, sin darse cuenta que el único afectado es el niño, niña o adolescente que constantemente es obligado a elegir con quien quedarse, de este modo el hijo o hija es utilizado como herramienta de venganza contra el otro progenitor.

4.9.1. Signo de alertas y síntomas

El proceso de construcción del síndrome de alienación parental tiene dos fases definidas: a) Una campaña de desprestigio e injurias por parte del progenitor custodia; b) El menor interioriza esos argumentos efectuando, de manera independiente, los ataques al otro progenitor hasta rechazar el contacto con él. (Buchanan, 2012, pág. 7)

En tal sentido, podemos decir que la primera fase, es cuando el progenitor que tiene la tenencia o custodia día tras día educa al niño, niña o adolescente en el odio contra su otro progenitor, y el mero hecho de ejercer esa violencia psicológica en reiteradas ocasiones,

repercusiones negativas e interferencias en su relación paterno filial, en sí esta fase se traduce en una educación basada en el odio, la segunda fase se da cuando el niño, niña o adolescente una vez que ya ha sido educado en el odio, de manera independiente asimila toda la información brindada por su progenitor y por su propia cuenta comienza a generar un odio desmedido hacia su otro progenitor, sin tener conciencia alguna de que sus actos pueden herir a la persona.

Este proceso, asimismo, puede ser realizado de manera consciente e inconsciente por parte del progenitor custodio: a) Consciente, al hacerlo con la intención de mermar la relación parental; bien, como forma de castigo para el padre no custodio, o bien, para justificar frente a sus hijos las acciones que haya tomado o vaya a tomar.; b) Inconsciente, al tomar a los hijos como confidentes o como desahogo de sus problemas de pareja; inclusive, el simple hecho de permitir a los menores escuchar conversaciones relacionadas con su progenitor no custodio, bajo la creencia de que no están poniendo atención, podría desencadenar este síndrome. (Buchanan, 2012, pág. 7)

El síndrome de alienación parental no siempre se lo lleva a cabo de manera consciente ya que también puede dar inconscientemente, es consciente cuando el progenitor que tiene la tenencia a sabiendas que puede provocarle daños psicológicos a futuro a su hijo o hija y dañar la relación con su otro progenitor, en sí no mide la consecuencia de sus actos debido que el odio o el rencor que siente por su ex pareja es más grande; es inconsciente, por ejemplo cuando el progenitor no tiene personas con quien desahogarse de sus problemas maritales por lo que equivocadamente opta por desahogarse con sus hijos o incluso permite que el niño. Niña o adolescente sean testigos presenciales de sus discusiones de pareja.

En este sentido, los criterios de identificación de este síndrome dependen, no sólo de la sintomatología en el niño. Sino también de los signos de alerta de los padres. Por esta razón, el juzgador deberá tener la sensibilidad de detectar dicha patología para poder ordenar, a través de una resolución judicial, una valoración psicológica. (Buchanan, 2012, pág. 7)

La administración de justicia tendrá la obligación de analizar cada caso en su particularidad, por ello el juzgador deberá evaluar si el progenitor a quien se piensa encargar la tenencia no presente signos de alerta que puedan poner en peligro el interés superior del niño, o si al cabo de un tiempo el niño, niña o adolescente producto de dicha violencia psicológica pueda desencadenar que presente este síntoma de alienación parental.

a) Signos alarmantes en los progenitores:

1.- Impedir que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos; 2.- Desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia del hijo, aludiendo cuestiones de pareja no tienen injerencia con el vínculo parental; 3.- Implicar al propio entorno familiar y a los amigos en los ataques a su pareja; 4.- Subestimar o ridiculizar los sentimientos de los niños hacia el otro progenitor; 5.- Incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor; 6.- Influir en los niños con mentiras sobre el otro progenitor, llegando a asustarlos; 7.- Operar con gran resistencia al examen de un experto independiente; 8.- No obedecer sentencias dictadas por los tribunales. (Buchanan, 2012, pág. 8)

En tal sentido, podemos decir que los signos alarmantes presentes en el progenitor encargado de ejercer, van desde impedir el derecho de visitas o el régimen de visitas del otro padre hasta el punto de premiar conductas tóxicas y despectivas, como podemos observar el progenitor tiene tal nivel de manipulación o sentimiento de venganza que intenta adoctrinar no solo al niño, niña o adolescente sino que incluso llega al nivel de incluir a su propia familia o grupo de amigos en los ataques a su pareja. Este tipo de situaciones podrían evitarse optando por una tenencia compartida en la que los dos progenitores tengan los mismos derechos y obligaciones para hacerse cargo del cuidado y crianza, sin la necesidad de dejar en desventaja a uno de los padres.

En general, se busca denigrar o sobrar venganza con la persona que estiman culpable o responsable de su situación personal. Su objetivo es eliminar la herida de raíz, borrando la figura del progenitor no custodio, por lo que hacen creer a los hijos que se presencia basta para colmar la función paterna y materna. (Buchanan, 2012, pág. 8)

El continuo lavado de cerebro que efectúa el progenitor, tiene como objetivo que con el pasar del tiempo se termine por destruir totalmente los lazos familiares con el padre haciéndoles creer que basta su sola presencia para colmar sus necesidades afectivo emocionales y materiales, logrando plantar en los menores la semilla de la duda y el odio, y como consecuencia de ello llegar al punto de que el niño, niña o adolescente no quiera ver nunca más a su padre, proferirle insultos, malos tratos y sentir que su función como figura paterna no es importante en sus vidas.

a) Síntomas en el hijo o hija:

1.- Campaña de denigración. El niño está obsesionado con odiar a uno de sus progenitores; 2.- Justificaciones débiles, absurdas o frívolas para el desprecio. El niño

plantea argumentos irracionales o ridículos para no querer estar cerca de uno de sus padres; 3.- Ausencia de ambivalencia. No existen sentimientos encontrados; todo es bueno en un padre y malo en el otro; 4.- Fenómeno del pensador independiente. Los niños afirman orgullosamente que su decisión de rechazar a uno de sus padres es completamente suya; niegan cualquier influencia del padre aceptado; 5.- Apoyo reflexivo al progenitor alienante. Los niños aceptan incondicionalmente la validez de las alegaciones del padre aceptado contra el odiado; 6.- Ausencia de culpa hacia la crueldad del padre odiado; 7.- Presencia de argumentos prestados. Usan palabras o frases que no forman parte del lenguaje de los niños; 8.- Extensión de la animadversión a la familia extensa. (Buchanan, 2012, pág. 9)

Gracias al estudio de este síndrome de alienación parental se pudo identificar los signos en los progenitores que pueden causar alarma a la administración de justicia y así evitar situaciones que terminaran por afectar psicológicamente al niño, niña o adolescente, siguiendo la misma línea es indispensable reconocer los síntomas en el hijo o hija, ya que estos suelen presentarse de formas extremistas, por tanto realizaran acciones y comportamientos que no son propios de personas de su edad para impedir a toda costa tener algún tipo de acercamiento con uno de sus padres, comportamientos que van a venir acompañados de crueldad y carencia de culpa, por lo que será necesaria la intervención de psicólogos antes de que sea muy tarde recuperar la verdadera personalidad del hijo o hija.

“Los menores de edad, por lo regular, aseguran que el padre o madre ausentes lamentarán la situación personal por la que atravesaron, puesto que, se insiste, el principal sentimiento de los infantes afectados por alienación parental es de abandono.” (Buchanan, 2012, pág. 9)

Es menester, indicar que unos de los principales sentimientos que acarrea en el hijo o hija que ya presenta síntomas es el sentimiento de abandono por parte de su otro progenitor, lo que en su cabeza termina por generar una idea de que el progenitor que tiene su custodia es el único que le puede brindar una protección total y suplirle en todo lo que llegue a necesitar; en si se convierte es su única figura paterna y materna en su mundo, cabe también indicar que este tipo de síndrome no solo se puede presentar en parejas que han sufrido algún divorcio, ya que solo basta que exista una separación ya sea física o emocional para que se configure el síndrome.

4.9.2. Grados leve, moderado y severo del síndrome de alienación parental

Se establece que existen distintos grados que nos permiten identificar las fases del síndrome:

Leve: La alienación es relativamente superficial y los niños básicamente cooperan con las visitas, aunque en ocasiones críticos y disgustados, revelando un desgaste en los menores de edad ante proceso de separación de sus padres; por consiguiente, la reintegración del vínculo filial es más sencilla. (Buchanan, 2012, pág. 11)

Cuando el síndrome de alienación parental está en su grado leve es más que probable que el hijo o hija no le cueste tanto volver a retomar la relación con su otro progenitor, debido que en este punto aún no ha sido educado en el odio por lo tanto aún sigue teniendo conciencia propia. El hijo o hija, aunque disgustado accede a que el progenitor pueda visitarlo y tener contacto con él, mostrando así, un desgaste ante el proceso de separación de sus padres, sin embargo, llegado a este punto no será difícil la reparación de la relación filial con el padre o madre que no tenga la custodia.

Moderado: Los hijos están más negativos e irrespetuosos. La campaña de denigración poder ser casi continua, especialmente en momento transición, donde los hijos aprecian que la desaprobación del padre conviviente es justo lo que desea su padre custodio. Se muestran ofensivos y lejanos. Pueden volverse ambivalentes e, incluso, inquisitivos. (Buchanan, 2012, pág. 11)

En este punto el hijo o hija se muestra notablemente con un carácter más hostil, ya que el lavado del cerebro del progenitor que tiene la tenencia se vuelve cada día más reiterativo, el menor se muestra cada vez más irrespetuoso y ofensivo, producto de escuchar la denigración constante que realiza su progenitor contra su ex pareja.

Severo: Las visitas se tornan imposibles. La hostilidad de los hijos es tan intensa que puedan llegar incluso a la violencia verbal o física. Los ocho síntomas están presentes en su totalidad. Si se fuerzan las visitas pueden escaparse, quedarse totalmente paralizados o mostrar un abierto y continuo comportamiento opositor y destructivo. (Buchanan, 2012, pág. 11)

Es severo cuando el hijo o hija, se niega rotundamente a las visitas y cualquier convivencia con el progenitor, volviendo imposible su convivencia, además que puede llegar al punto de agredir física y psicológicamente, ya que los ocho síntomas antes descritos están

desarrollados en su totalidad. Como se pudo apreciar, el síndrome de alienación parental no se presenta de la noche a la mañana, debido que es gradual porque se presenta como producto de las constantes agresiones psicológicas por parte del progenitor custodio.

4.10. Derechos de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria.

Los derechos de los niños y adolescentes “son un derecho especial de naturaleza mixto, y autónomo de carácter tuitivo que cautela y protege los intereses del niño y adolescente de manera integral” (Bernui, 2014, pág. 67). En efecto, el derecho que reviste a este grupo vulnerable debe tener un carácter tuitivo, puesto que tiene que defender todos y cada uno de sus derechos integrales que por su condición de incapacidad legal muchas de las veces no les permite defenderse por ellos mismos, además de ser especial, dado que necesitan ser amparados por un cuerpo legal dedicado específicamente a su persona, el mismo que debe regular todos los aspectos necesarios en beneficio a su proceso de crecimiento llamado desarrollo integral. A partir de esto, el Ecuador con la promulgación del el Código de la Niñez y Adolescencia, ha buscado brindar protección integral a los niños, niñas y adolescentes con el fin de conseguir el pleno ejercicio de sus derechos.

Los grupos de atención prioritaria son aquellos que históricamente, por su condición social, económica, cultural y política, edad, origen étnico se encuentran en condición de riesgo que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores condiciones de vida, buen vivir. (Ministerio del Trabajo, 2017, pág. 1)

Por lo tanto, podemos deducir que las personas pertenecientes a este grupo son personas que por diferentes factores ya sea socioculturales o inherentes a su persona, se les ha imposibilitado acceder a mejores condiciones que les garanticen un mejor nivel vida, es por ello que el Estado en conjunto con las entidades públicas y privadas deben brindar protección especial a este grupo de personas. Es así, que la Constitución de la Republica del Ecuador en el Art. 35, establece que son parte del grupo de atención prioritaria “las personas adultas mayores, niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 18). Estas personas tendrán derecho de recibir atención especializada y prioritaria de acuerdo a su condición específica, ya sea que lo requieran en el ámbito público como privado.

Siguiendo la misma línea con respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es crucial establecer que es niño y adolescente, para ello me he permitido remitirme brevemente a la definición que nos brinda el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 4, el mismo que determina “que niño o niña es la persona que ha cumplido los doce años de edad, mientras que adolescente es la persona de ambos sexos entre los doce y dieciocho años de edad” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 1). Por lo que se puede establecer que niño o niña es la persona que se encuentra en la etapa de la primera infancia que aún no han alcanzado la pubertad, mientras que adolescente es la persona que ha iniciado la pubertad pero que aún no es una persona adulta.

4.10.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida es aquel derecho natural originario y primario es decir fundamental, que tiene todo ser humano, desde el momento en que empieza su vida hasta la muerte, a ser y a exigir de acuerdo con su dignidad. (Herrera, 1983, pág. 152)

Por lo tanto, los niños, niñas y adolescentes desde el momento que son concebidos hasta su nacimiento y posterior desarrollo, tienen derecho a que respete su vida, sobre todo por parte de los progenitores que están a cargo de su cuidado y el Estado como garantista de sus derechos.

El derecho a la vida es un derecho imprescriptible, esto es, no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo. Se adquiere el derecho a la vida por el hecho de ser un individuo de la especie humana y se pierde con la muerte, no con el paso del tiempo. (Herrera, 1983, pág. 307)

Al respecto, toda persona por el simple hecho de estar viva tiene derecho de ser protegida contra cualquier forma de atentado contra su persona, ya sea que la misma sea ejercida por cualquier persona o instituciones del Estado, por ello es considerado un derecho fundamental porque permite el ejercicio de los demás derechos.

Este derecho está contemplado en el Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 4). Es así que los niños, niñas y adolescentes al ser parte del grupo de atención prioritaria, desde el momento que son concebidos tienen el derecho de ser protegidos, cuidados y dotados de todos medios necesarios para su supervivencia por parte de sus progenitores, ya que, al satisfacer todas sus

necesidades desde una edad temprana se asegura que tengan un adecuado desarrollo. Aunado a ello, se prohíbe cualquier manipulación médica y genética desde su fecundación hasta su nacimiento; y la utilización de cualquier práctica que ponga en riesgo su vida, su integridad o su desarrollo integral.

4.10.2. Derecho a una vida digna

“El derecho a una vida digna se refiere a las condiciones materiales necesarias que permitan desarrollar una existencia digna” (Beloff & Clérico, 2016, pág. 143). El Estado tendrá la obligación de cubrir todas las necesidades básicas que permiten a la persona tener una vida plena y saludable, siendo a grandes rasgos, el derecho a la salud, protección, alimentación adecuada y afecto por parte de su entorno familiar.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 66 numeral 2 “reconoce el derecho de una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios” (Acosta, 2008, pág. 7). En tal sentido, el derecho a una vida digna comprende la satisfacción de todas las necesidades básicas de la persona, por ello el Estado debe garantizar que las personas tengan acceso a una alimentación adecuada que le proporcione todos los nutrientes suficientes; acceso permanente a los servicios médicos y suministro de medicamento que le permita el diagnóstico temprano y el tratamiento de las enfermedades; a una vivienda que cuente con todas los servicios básicos; acceso a un trabajo con una retribución justa, entre otros, que permitan su subsistencia.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 26, “prescribe que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 6). De acuerdo con este derecho, los niños, niñas y adolescentes tendrán acceso a prestaciones que cubran sus necesidades esenciales, además por encontrarse dentro de la etapa de desarrollo a diferencia de los adultos tendrán derecho a realizar actividades recreativas propias de su edad, como juegos, dinámicas, etc., que permitan el desarrollo de sus habilidades y capacidades. En el caso que padezcan de alguna discapacidad, el Estado y las instituciones deberán precautelarse que no haya barreras arquitectónicas que les dificulte la realización de sus actividades cotidianas.

4.10.3. Derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental que tiene su origen en el respeto a la vida y el sano desarrollo de ésta. El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral (Gúzman, 2007, pág. 1)

Con respecto a ello, este derecho implica una serie de condiciones que permiten que la persona puede llevar una vida plena, es así que la integridad física comprende la preservación y plenitud corporal, de allí se desprende que toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones y todo tipo de maltrato; la integridad psíquica y moral que tiene que ver con la conservación de las facultades emocionales e intelectuales. De lo anteriormente expuesto, debo señalar que los niños, niñas y adolescentes por ser más vulnerables necesitan de una protección especial que garantice el pleno ejercicio de este derecho.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 66 numeral 3, determina que la integridad personal incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual; b) una vida libre de violencia en el ámbito público y privado; c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes; y) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 29)

Nuestro ordenamiento jurídico, tiene la obligación de garantizar que ninguna persona sea sometida a cualquier tipo de maltrato ya sea físico, psicológico o sexual, ya sea que sea cometida por cualquier persona o por parte de las entidades públicas y privadas del Estado; este derecho también incluye una vida libre de violencia en todos los ámbitos con especial atención a las mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas de la tercera edad, persona que padezcan alguna discapacidad y contra toda persona que se encuentre en situación de desventaja; además queda prohibido que los funcionarios públicos y privados abusen de sus facultades que les confiere la ley y cometan acciones que violenten los derechos humanos.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 50 “estipula que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 13). Es menester, que los niños, niñas y adolescentes sean protegidos contra cualquier tipo de agresión, amenaza o maltrato que pueda poner en peligro su integridad personal y por ende ocasionarle problemas

psicológicos a futuro, por lo que es esencial que en el ambiente familiar donde se desenvuelva el menor, influyan factores que defiendan y garanticen sus derechos.

4.10.4. Derecho a la educación

Es un derecho de carácter social y colectivo que comprende obligaciones de hacer o no hacer por parte del Estado, tendentes a respetar a garantizar la formación, instrucción y enseñanza necesaria para el desarrollo armónico de las capacidades cognoscitivas, intelectuales, físicas y humanas. (García, 2016, pág. 187)

Por lo tanto, el derecho a la educación debe garantizar que los niños, niñas y adolescentes bajo ninguna circunstancia sean impedidos de ingresar a los establecimientos educativos, además que dichos establecimientos deben contar con una buena infraestructura que permita su correcto ejercicio, conjuntamente con programas educativos adaptado a sus necesidades. De lo anteriormente expuesto, es imprescindible que los progenitores permitan que sus hijos reciban todos los niveles de educación y así puedan adquirir la formación necesaria para enfrentarse a la vida.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 26, prescribe “que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable de Estado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 16). Al respecto, el Estado tendrá la obligación de que las personas sin importar su edad puedan tener acceso a una educación digna, por lo tanto, el área educativa será una prioridad de la política pública y la inversión estatal, siendo una condición indispensable para alcanzar el buen vivir.

Este derecho se encuentra contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia Art. 37, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una educación de calidad. Este derecho demanda de un sistema educativo que: 1. Garantice el acceso y permanencia del niño o niña a la educación básica, así como del adolescente hasta el bachillerato; 2. Respete las culturas y especificidades de cada región y lugar; 3. Contemple propuestas flexibles y alternativas, 4. Garantizar que cuenten con docentes, materiales didácticos, laboratorios, instalaciones y recursos adecuados; y 5. Que respete las convicciones éticas. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 9)

Los progenitores dentro de sus obligaciones parentales, tendrán el deber de que su hijo o hija pueda acceder a un sistema educativo de calidad desde que está en su niñez hasta la edad

de 21 años según lo establecido en nuestra normativa, además que dicho derecho debe ser de carácter flexible para que pueda acoplarse a cada una de las necesidades específicas de la persona, entre ellas, si se encuentran trabajando o viviendo en una situación vulnerable que requiera de mayores oportunidades para aprendizaje, es importante además que el sistema educativo cuente con un cuerpo de docentes capacitados, materiales didácticos y educación pública laica obligatoria hasta el décimo año de educación y gratuita hasta el bachillerato.

Esto en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño Art. 28, prescribe “que los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente en condiciones de igualdad de oportunidades” (Unicef comité español, 2006, pág. 22). Es así, que esta Convención garantiza el derecho al acceso a la enseñanza primaria obligatoria, que es la etapa donde los niños adquieren todos los conocimientos básicos; enseñanza secundaria en la que deberá incluirse la enseñanza general y profesional accesible para todos, entre otras, que orienten a los Estados a fomentar la eliminación del analfabetismo y acceso a todo tipo de conocimiento.

4.10.5. Derecho a la salud

El derecho a la salud es un concepto complejo que se integra por tres componentes específicos: el biológico, el psíquico psicológico, y el social. El primero de éstos es la ausencia de patógenos, enfermedades, padecimientos, malformaciones o cualquier otro factor en el organismo, como este biológico, que obstaculice el buen desempeño de las funciones vitales e impida el correcto desarrollo de la vida del ser humano. El segundo de los elementos que integran la definición de salud, es el psicológico, relacionado con la ausencia de patologías o enfermedades de carácter mental. El últimos de los elementos que integran la definición, es el aspecto social, en efecto para que el ser humano pueda saber plenamente desarrollado y sano es preciso que su esfera social encuentre el punto de equilibrio entre los elementos descritos, es decir, no se puede hablar de salud cuando los componentes sociales no corresponden a los niveles considerados como beneficios. (De la Torre, 2006, pág. 301)

De acuerdo al autor, este derecho está integrado por tres componentes, el biológico, el psíquico y el social que no solo involucran el acceso a las prestaciones básicas de salud, sino que dichas prestaciones sean permanentes con el paso tiempo. Es así, que el componente biológico juega un papel importante por tratarse de enfermedades que nacen con la persona, como por ejemplo alguna mal formación o discapacidad que hace que la persona requiera de

tratamientos especiales durante el resto de su vida; otro de los componentes es el psicológico que muchas de las veces no se le da la importancia que merece, por consiguiente el Estado tiene que obligación de garantizar que las decisiones que se tomen respecto de un niño, niña o adolescente no le vaya afectar psicológicamente dado que por su edad son más susceptibles; y por último el componente social que constituye un factor importante en el equilibrio del derecho a la salud, debido que su entorno social debe encontrarse en un punto de equilibrio entre los elementos antes descritos.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 32, señala que la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de los derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 19)

Es importante acotar, que la prestación de todos los servicios básicos antes establecidos se los lleve a cabo a través de políticas de carácter social, económico y ambiental que garanticen su acceso permanente, los mismos que deberán regirse bajo los principios de universalidad, equidad, calidad, solidaridad, eficacia y eficiencia puesto que no debe existir restricción alguna que dificulte su ejercicio.

Igualmente, el derecho a la salud está establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 27, “los niños niñas y adolescentes tienen derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física, mental, psicológica y sexual” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 6). Por lo tanto, al pertenecer al grupo de atención prioritaria este derecho debe brindarles una protección integral, como es el acceso gratuito a programas de servicio de salud públicos que comprenda la prevención, tratamiento y la dotación de medicamentos gratuitos; información de su estado de salud conforme a su nivel evolutivo; vivir en un ambiente estable y amoroso que les posibilite un adecuado desarrollo emocional y el fortalecimiento del vínculo afectivo entre el niño con sus padres. Aunado a este derecho, cabe subrayar que queda estrictamente prohibido la venta de sustancias sujetas a fiscalización, bebidas alcohólicas, tabaco, armas de fuego, explosivos que puedan poner en peligro al niño, niña o adolescente.

En concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño que en el Art. 24 establece, que los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. (Unicef comité español, 2006, pág. 19)

En tal sentido, los Estados partes deberán asegurar que ningún niño, niña o adolescente sea privado del disfrute pleno de los servicios primarios sanitarios, con la finalidad de brindar cuidados preventivos y la disminución de los índices de mortalidad infantil, así como abolición de cualquier práctica que resulte perjudicial para la salud del mismo.

4.10.6. Derecho a ser consultados

Tanto a nivel del Estado, la sociedad o en las familias, existen procesos de toma de decisiones que tienen efectos directos en los derechos de niños, niñas y adolescentes. El derecho a ser oído constituye un mandato para que, en dichos procesos, se integre la participación de este grupo y que su opinión sea debidamente considerada, como una forma de garantizar su interés superior. Por lo mismo, el alcance de este derecho no se agota en la mera expresión de la opinión, sino que abarca también cómo esa opinión incide en la decisión que se adopte. (unicef, 2007, pág. 2)

Dentro de este contexto, los niños, niñas y adolescentes para que puedan hacer efectivo este derecho es esencial que se tome en cuenta una serie de factores que son determinantes a la hora de manifestar su opinión, entre ellos la libertad de expresión que permite que el menor pueda expresarse ya de forma oral, por escrito, en forma artística o por cualquier otro medio que sea elegido por él o ella; la libertad de pensamiento, conciencia y religión que garantiza el derecho de los padres a poder guiarlo conforme a la evolución de sus facultades; y el acceso a la información que tiene por objeto reconocer el papel importante que desempeñan los medios de comunicación, por ende se velará que los niños tengan acceso a todo tipo de información y material que fomente su bienestar social, moral, espiritual y sobre todo su salud mental y física.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 60, que prescribe “que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho ser consultados en todos los asuntos que les afecte. Esta opinión se tendrán cuenta en la medida de su edad y madurez” (Código de los Niños y Adolescentes, 2022, pág. 15). De este modo, el juzgador al momento de dictar una resolución debe garantizar las condiciones adecuadas para que el niño, niña o adolescente pueda expresarse teniendo en cuenta su situación individual, además que deberán estar previamente informados sobre las circunstancias en que se le pedirá que exprese su opinión.

Con respecto al derecho a ser consultados de los niños, niñas y adolescentes al momento de encargar la tenencia, el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece claramente que el juzgador podrá confiar la misma una vez escuchado al

adolescente, o al niño, niña de acuerdo a su desarrollo evolutivo, es decir que esté en condiciones de poder expresarse, igualmente, es importante destacar que la opinión de los hijos que sean menores de los doce años de edad, deberá ser evaluado por el juzgador considerando su grado de desarrollo, mientras que la opinión de los adolescentes será obligatoria, siempre y cuando no llegue a ser perjudicial para su adecuado desarrollo integral, por lo que se puede deducir, que el juzgador no podrá resolver la tenencia si no se ha tomado como consideración primordial su opinión, ya que la misma va de la mano con su interés superior.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el Art.12, señala que los Estados partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. (Unicef comité español, 2006, pág. 13)

Con respecto a lo establecido por la Convención, los Estados partes deberán brindar especial oportunidad a que el niño sea escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo en el que se discuta sobre sus derechos y puedan verse afectados, ya sea que lo exprese directamente, por medio de su representante o de algún órgano indicado para el efecto.

4.10.7. Derecho a tener una familia y la convivencia familiar

El derecho a la convivencia familiar es un derecho inherente de la persona, por cuanto es fundamental fomentar en la niña, niño o adolescente que no puede criarse con sus padres juntos, pero si tener una comunicación buena y respeto hacia ambos pese a las situaciones en las que se desarrolle el mismo, mejorar sus relaciones interpersonales esto incluye la equidad en la convivencia con los menores, es decir a poner de común acuerdo o mediante resolución judicial como va hacer el régimen de visitas, para que los padres puedan tener igual tiempo de convivencia con sus hijos. (Cangas, et.al, 2019, pág. 824)

La convivencia familiar, parte desde la necesidad de garantizar las relaciones interpersonales de los integrantes que conforman la familia, siendo esencial permitir que el niño, niña o adolescente a pesar de que sus padres estén separados mantener una relación sana con su otro progenitor, ya sea que haya sido fijado por el juzgador o por mutuo acuerdo. Es necesario resaltar que este derecho puede ser restringido si se llegare a comprobar que existen

antecedentes de violencia, adicciones o abusos que pueden llegar a transgredir su integridad física y emocional.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 22, “señala que los niños niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 5). Si bien es cierto, la convivencia familiar tiene como objetivo que los hijos se relacionen frecuentemente con los progenitores que no poseen su tenencia, la misma que debe cumplir con una serie de requisitos, entre ellos, que se garantice su interés superior, que la familia le proporcione un clima de afecto y comprensión que viabilice su desarrollo integral, no obstante, como última medida el juzgador dictara el acogimiento familiar. Esto en concordancia con el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador que garantiza el derecho de tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, por ello este derecho a más de ser de los progenitores es principalmente un derecho específico de los niños, niñas y adolescentes.

4.10.8. Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.

Las relaciones paterno filiales nacen entre los padres y los hijos, siendo el derecho que tienen los progenitores de seguir relacionándose permanentemente con el menor independientemente de su estado civil, incluso si la ruptura de la pareja imposibilite en muchos de los casos la convivencia con sus hijos.

El derecho de conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos, está consagrado en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 21, que prescribe 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 encuentren separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 4).

Los progenitores tienen la obligación de hacerse cargo del cuidado de sus hijos, dentro del contexto de esta investigación, es oportuno hacer hincapié en la importancia de que tanto el padre como la madre a pesar de encontrarse separados producto del divorcio o una separación sigan manteniendo relaciones afectivas personales con el menor, debido que si los padres inciden positivamente en la vida del menor no hay razón alguna del porqué impedirle encargarse

de su cuidado en igualdad de condiciones, lo que ayudará que no pierda contacto con su entorno familiar maternal y paternal que incide de manera positiva en su vida. Siguiendo la misma línea, el juzgador no podrá privar al niño, niña o adolescente a mantener el contacto con uno de sus progenitores por motivos únicamente económicos; y en los casos de desconocimiento del domicilio de los padres, el Estado, los parientes o cualquier persona deberá proporcionar toda la información necesaria para poder localizarlos.

En concordancia con el Art. 9 numeral 3 de la Convención de los Derechos de los Niño donde establece, que 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. (Unicef comité español, 2006, pág. 13)

Como sabemos el Ecuador, al ser uno de los estados partes en la Convención tiene la obligación de garantizar, que los niños, niñas y adolescentes que sea separado de sus padres o de uno ellos, en el caso que me compete en relación a los procesos de divorcio o separación, se debe precautelar y asegurar que los mismos tengan la posibilidad de convivir de forma regular, personal y directa con sus dos progenitores, debido que lo que busca la Convención, es que el interés superior del niño cuando la familia se encuentra disgregada sea respetado, por lo que dejan claro el derecho el niño después de producida una separación a seguir manteniendo relaciones paterno-filiales con sus padres, lo que inevitablemente va contribuir e influenciar de forma positiva en su vida.

4.11. Principio de interés superior del niño

Se lo define como uno de los principios cardinales en materia de derecho jurídico de la niñez y adolescencia, pues contribuye a garantizar la potencialización psicológica y física del menor, mediante él se procura un ambiente armónico que contribuya al desarrollo adecuado de sus atributos y valores; además, de ser garante de la plena satisfacción de los derechos del menor. (Murillo, et.al, 2020, pág. 388)

Es así, que este principio funge como garantista de todo el conjunto de sus derechos integrales, por ello su adecuada aplicación trae consigo la obligación del juzgador a evaluar cada caso en su particularidad tomando en consideración la opinión del niño, niña o adolescente de acuerdo a su desarrollo evolutivo y el contexto familiar y social en el que se desenvuelve,

logrando así que la decisión adoptada contribuya en su desarrollo integral potencializando sus habilidades y capacidades.

El interés superior del niño se define como “un principio garantista, por lo que, toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos” (Murillo, et.al, 2020, pág. 388). El bienestar de los niños niñas y adolescentes debe prevalecer sobre cualquier otra situación de la cual el juzgador tenga que decidir, debido que ni el interés de los progenitores, ni los intereses del Estado y los de la sociedad pueden tratarse como prioritarios en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomado respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (Zermatten, 2003, pág. 15).

Estrictamente todas y cada una de las decisiones judiciales de las instituciones ya sean públicas o privadas que se tomen cuando haya derechos de los niños de por medio, deben analizarse en toda su extensión, es decir que dichas resoluciones no pueda llegar a afectar en un futuro su bienestar peor aún la transgresión de cualquiera de sus derechos, ya sea a nivel físico, psicológico e inclusive social, por tanto es importante que se funde en este principio que persigue el desarrollo pleno de su personalidad en un ambiente sano y agradable.

4.11.1. Breve reseña histórica del principio de interés superior del niño

Los antecedentes de este principio donde 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. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

El principio de interés superior del niño tiene sus orígenes en dos doctrinas antagónicas, debido que un principio los niños, niñas y adolescentes no eran concebidos como sujetos de

protección especial, por lo que en ese tiempo eran solamente considerados como objetos de intervención, al mismo tiempo la famosa doctrina de la protección integral cambia totalmente el panorama y reconoce por primera vez que el Estado se encuentra en la obligación de reformar los cuerpos normativos, con el objetivo de poder garantizar los derechos integrales de los menores por el hecho de encontrarse es una posición de vulnerabilidad por cuestiones de su edad y capacidad legal.

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 de este principio. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

Como conocemos la familia es el pilar fundamental de la sociedad y piedra angular para el desarrollo y evolución de sus miembros, mismos que saldrán como ciudadanos de bien que contribuirán en el progreso de las naciones. De lo anteriormente dicho, por la importancia que representa la institución de la familia conlleva a la necesidad de brindarles protección y dotarles de los derechos específicos de su edad a los niños, niñas y adolescentes.

Pero, no es hasta 1924 en la Declaración de Ginebra aprobada por la Sociedad de Naciones, que se reconocieron por vez primera los derechos específicos para la niñez y adolescencia, responsabilizando a los adultos de su protección y bienestar, siendo ésta la base legal primigenia reconocida a nivel internacional sobre los derechos de este grupo. Sin embargo, esta declaración considerada como histórica no tenía fuerza vinculante para los Estados. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

Los progenitores son los pilares fundamentales de la sociedad, por ende, son los principales encargados directos en el cuidado y crianza de sus hijos, basados en ello en 1924, se concibe la idea de que los adultos deben encargarse de socorrer todas sus necesidades; si bien es cierto, esta declaración fue un parteaguas, más no tuvo la suficiente fuerza vinculante para que los Estados tenían la obligación de acatar lo prescrito en esta declaración.

Más tarde en 1959, en la Declaración de los Derechos del niño se establece, en el segundo principio, que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que se pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este

fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

Este principio de interés superior tiene como finalidad de que los Estados conjuntamente con los administradores de justicia al momento de discutir temas en los que se encuentren de por medio los niños, niñas y adolescentes, se atiende prioritariamente este principio lo que implica que en cada una de las decisiones se garantice que los menores puedan gozar y desarrollarse en un ambiente que les permita un desarrollo integral saludable

De esta forma, queda establecido que para la promulgación de nuevas leyes, se deberá tener en cuenta el principio; circunstancia que sirven de antesala para que el 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Convención sobre los Derechos de los niños, abogue por los derechos de la niñez y adolescencia, dedicando el artículo 3 a este principio, que trata sobre su participación en las decisiones que atañen a su persona, expresando que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el este interés superior del niño. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

La Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los instrumentos internacionales que tiene más relevancia en lo referente a los derechos de la niñez y adolescencia, cuerpo legal dedicado específicamente en brindarles protección especial. En este sentido, la aparición de este principio en el contexto internacional ha permitido el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos nacionales, al convertirse en jurisprudencia y base para la toma de cada una de las decisiones que amparan la protección y garantía de sus derechos.

En esta convención quedo establecido que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos, y se enfatizan en los derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de cuidados y protección especial por parte de los Estados. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

Las personas como seres humanos tienen el derecho de ser tratados con dignidad y en igualdad de condiciones, por lo mismo no debe haber distinción en su trato, por lo que los adultos y los niños, niñas y adolescentes deben gozar de derechos de acuerdo a su condición,

en este caso, por ser menores de edad requieren de todos los cuidados posibles hasta que alcancen su madurez y pueden valerse por si mismos.

En el contexto nacional, antes de la promulgación del Código de Menores en el año 1992, las niñas, niños y adolescentes, no podían ejercer sus derechos de forma directa, para ello necesitan la mediación de organizaciones sociales y gubernamentales; pese el reconocimiento internacional existían vacíos legales e irregularidades que obstaculizaban el goce pleno de estos derechos. Desde ese momento y hasta la actualidad se ha perfeccionado el marco jurídico en este sentido, es así que en el 2003 se proclama el Código de la Niñez y Adolescencia el que ha sido modificado siempre en la búsqueda de mejores garantías para el trato y respeto de los derechos de estos sujetos. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

En el Ecuador ha existido varios cuerpos legales dedicado particularmente a los derechos de la niñez y adolescencia, hasta llegar al Código de la Niñez y Adolescencia, que marca la antesala para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer sus derechos sin intermediación de organizaciones. Agregando a lo anterior, cabe destacar que lo se buscó con este código fue que los progenitores sean los principales titulares en reclamar sus derechos sin necesidad de alguna intervención gubernamental, por lo que es esencial que tanto el padre como la madre sean piezas activas y permanentes durante todo su proceso de crecimiento.

Tal es la importancia, que actualmente el Estado ecuatoriana le concede a este principio que lo sitúa en la cima de la pirámide de las garantías para los derechos de las niñas, niños y adolescentes; de esta forma se convierte en un instrumento jurídico que protege y garantiza el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia y cuida porque todas las decisiones que de alguna manera tengan que ver con los intereses de este grupo no dañen su desarrollo integral y bienestar, y que siempre sean favorables a los mismos. (Murillo, Banchón, & Vilela, 2020, pág. 387)

Desde la Constitución hasta el Código de la Niñez y Adolescencia, enfatizan y garantizan que la administración de justicia y las entidades o instituciones ya sean estas públicas o privadas, los niño, niñas y adolescentes gocen del principio de interés superior del niño en todas las etapas, sobre todo precautelando que dichas decisiones no vayan afectar o poner en peligro su desarrollo integral, entendido como el proceso por el cual van adquiriendo sus habilidades, aptitudes y capacidades.

El principio de interés superior está contemplado dentro de nuestra normativa en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 11, que determina que “es un principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de sus derechos 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” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 3). Uno de los elementos primordiales de este principio es el derecho de ser escuchado del niño, niña o adolescente cuando este se encuentre en condiciones de poder expresarse, por ende, las autoridades administrativas y judiciales están en la obligación de que sus decisiones estén encaminadas en estricto apego a la plena realización de sus derechos y garantías de los niños, además que la Constitución de la República del Ecuador también establece que se atenderá a este principio y que sus derechos deberán prevalecer sobre las demás personas.

4.11.2. Funciones del interés superior del niño.

Varias son las funciones que orientan este principio, entre las cuales podemos mencionar:

Función orientadora: Orienta al juez o la autoridad sobre la decisión correcta que debe sumir en relación al goce efectivo de los derechos de la niña, niño o adolescente. Además, sirve de guía para la interpretación de las normas relativas a la niñez y adolescencia. (Murillo, et.al, 2020, pág. 389)

Es así, que esta función permite direccionar a la administración de justicia en este caso el juez o la autoridad competente en materia de niñez, sobre los parámetros que debe regirse su decisión, debido que la misma debe precautelar y garantizar que la misma viabilice la plena realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Función reguladora: “Regula la normativa de los derechos de los niños y adolescentes, fundamentada en la dignidad del ser humano. En este sentido, se entiende como clave del conjunto de derechos centrados en la infancia (instrumentos jurídicos internacionales y nacionales)” (Murillo, et.al, 2020, pág. 389). Como su mismo nombre lo indica, se encarga de regular que las disposiciones jurídicas se ajusten dentro de los límites del marco de los derechos de la niñez, por ello la normativa debe tener estrecha armonía con el respeto la dignidad del ser humano, su integridad física, psicológica y moral, recordando que los mismos están consagrados en los instrumentos internacionales.

Función hermenéutica: “Es un principio de carácter hermenéutico, dentro de los márgenes del propio derecho de la niñez y adolescencia, para la interpretación sistemática e integral de las normas, acorde con el predominio de los derechos de la infancia” (Murillo, et.al, 2020, pág. 389). Tiene un carácter hermenéutico, por tal motivo las instituciones públicas, privadas y los administradores de justicia al momento de interpretar las normas de la niñez y adolescencia deberán hacerlo de tal manera que se asegure el pleno ejercicio de cada uno de sus derechos ya que, al realizar una interpretación integral se asegura que los niños, niñas y adolescentes puedan tener un adecuado desarrollo en todos los ámbitos posibles.

Función de resolución de normas: “Actúa en la resolución de normas que confluyen en casos específicos, busca la mejor opción que maximice los derechos de la niña, niño o adolescente con la menor restricción posible, tomando en cuenta también su importancia relativa” (Murillo, et.al, 2020, pág. 389). En este sentido, la o el juzgador deberá considerar y analizar primordialmente la situación personal del niño, niña o adolescente, es decir las necesidades personales que deban ser atendidas sobre cualquier otra situación. Aunado a ello, si el juzgador decide alejar al menor de su familia o de uno de ellos será estrictamente porque representa un daño perjudicial para su persona, por ello cualquier restricción debe estar debidamente motivada.

Función directriz: “Sirve para orientar las políticas públicas relacionadas con los derechos de la niñez y adolescencia” (Murillo, et.al, 2020, pág. 389). El Estado ecuatoriano en cuanto a la formulación de las políticas públicas, debe tomar en consideración el interés superior del niño, por ende, su ejecución debe fortalecer el acceso de los niños, niñas y adolescentes a cualquier tipo de atención que satisfaga sus necesidades, es decir que la provisión de los recursos de las políticas públicas debe asignarse prioritariamente a favor de la niñez y adolescencia.

Función de prioridad: “Da prioridad, frente al conflicto de derechos de otras personas” (Murillo, et.al, 2020, pág. 389). Por este motivo, cuando en un proceso se discuta varios derechos y entre estos estén derechos de los niños y adolescentes de por medio, el juzgador tendrá la obligación de resolver la situación del menor sobre cualquier otra.

Función de obligatoriedad: Su cumplimiento es de obligación tanto en el ámbito público como privado. Por el carácter vinculante de la CIDN, el principio de interés superior del niño, deja de ser un mero enunciado para convertirse en una disposición jurídica. De esta forma, los encargados de impartir justicia en las diferentes instancias

del ordenamiento jurídico de los países firmantes, deben realizar a la interpretación sistémica de los derechos del niño cuando sus intereses se vean afectados. (Murillo, et.al, 2020, pág. 389)

El principio de interés superior será de estricto cumplimiento, tanto en el ámbito público como privado, debido que este principio se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales que como sabemos tiene la misma jerarquía de la Constitución de la República del Ecuador. Por tal razón, el Ecuador al ser uno de los países partes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño tiene la obligación de que la administración de justicia aplique a raja tabla este principio, con la finalidad de que los derechos de la niñez no sean violentados en ninguna instancia de un proceso judicial.

En conclusión, el cumplimiento de todo el conjunto de las funciones antes descritas, supone alcanzar un adecuado equilibrio de los derechos según las particularidades de cada caso, “lo es determinado a partir de la ponderación de los derechos si entra en convergencia con otros intereses colectivos de otros grupos ya sean de niños o de personas mayores” (Murillo, et.al, 2020, pág. 389). Hay que tener en consideración que este equilibrio va en constante desarrollo y transformación, ya que los niños, niñas y adolescente con el pasar del tiempo de acuerdo a su nivel evolutivo y capacidades sus opiniones y criterios sobre aspectos relacionados con su vida han ido en constante cambio. Por todo esto, las particularidades de cada caso no impiden que se determine una base en común de juicios que sirvan para direccionar las funciones de este principio, hacia el mejor beneficio de los derechos de la niñez y adolescencia.

4.11.3. Criterios para la aplicación del principio de interés superior del niño

La aplicación del interés superior del niño debe determinarse de acuerdo a la particularidad de cada caso, lo que llevado a la práctica se traduce en la ponderación de los derechos del niño, niña y adolescente tomando en consideración una variedad de elementos, entre ellos su desarrollo psicológico, el grado de madurez que tenga, su edad, el sexo, la situación familiar en la que se encuentre, si es perteneciente a un grupo vulnerado, si padece de alguna discapacidad y su contexto cultural y social. Vinculado a esto, la Convención internacional de los derechos del niño sugiere tener en cuenta un grupo de elementos al momento de evaluar el principio de interés superior del niño.

Hay que tener en cuenta primeramente “la relación entre el principio del interés superior del niño y el principio de libertad de expresión y el derecho a ser escuchado” (Murillo, et.al,

2020, pág. 390). Es esencial tomar en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente de acuerdo a su desarrollo, ya que no será lo mismo la opinión de un niño que la de un adolescente debido a que influyen factores como la edad y su desarrollo psíquico.

Segundo, también influyen elementos como “la orientación sexual, el sexo, la nacionalidad, las creencias, la religión, la identidad cultural y la personalidad.” (Murillo, et.al, 2020, pág. 390). En este sentido, el juzgador al momento de tomar una decisión debe considerar el entorno en el que se haya desarrollado el menor, ya que muchas de las veces estos elementos pueden llegar a ser causa de discriminación, colocándolos así en una situación de vulnerabilidad e indefensión.

Tercero “la preservación del entorno y las relaciones familiares” (Murillo, et.al, 2020, pág. 390). La familia es el entorno principal donde se desenvuelven los miembros de la familia especialmente los niños, niñas y adolescentes, lugar donde ocurre su proceso de crecimiento y desarrollo. Por esta razón, la ruptura de las relaciones familiares debe ser dictada como último recurso cuando se evidencia que representa un daño perjudicial para la seguridad, bienestar físico y psíquico del niño, niña o adolescente, por lo que el Estado debe garantizar la plena satisfacción de sus derechos, así como sus necesidades físicas, afectivo emocionales y materiales.

Dicho lo anterior, otro de los criterios que se debe tener en cuenta es la garantía del derecho a la educación y a la salud, siendo el Estado el responsable directo de la satisfacción de sus necesidades sanitarias y educativas, por lo tanto, debe adoptar medidas de prevención y sobre todo impedir conductas que repriman su desarrollo mental y físico.

4.12. Desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes

“El desarrollo integral infantil es un proceso interactivo de maduración que resulta de una progresión ordenada de desarrollo de habilidades perceptivas, motoras, cognitivas, de lenguajes, socio-emocionales y de autocontrol” (León, 2019, pág. 144). En tal sentido, podemos entender que el desarrollo integral es el proceso de crecimiento en el cual los niños, niñas y adolescente van adquiriendo habilidades que le permitan enfrentarse a la vida adulta, por ende, durante este proceso es indispensable que su núcleo familiar le propicie un entorno adecuado, más aún por parte de los progenitores al ser los encargados de su crianza.

El desarrollo integral del niño, niña y adolescente es el producto de las constantes interacciones con sus ambientes inmediatos, la familia, escuela, comunidad, etc. Desde

esta perspectiva no solamente la madre contribuye en su proceso de formación en su edad temprana, ya que el padre también adquiere particular importancia volviéndose así en piezas clave conjuntamente con el apoyo de los demás miembros del núcleo familiar. (Abeya, et.al, 2004, pág. 313)

De este modo, de acuerdo a lo señalado por los autores el desarrollo integral se da como resultado de las constantes interacciones del menor con sus ambientes más próximos, porque a comparación de una persona adulta el proceso de formación del niño, niña o adolescente se da en el entorno familiar y escolar, por tanto, es importante destacar el papel que lleva a cabo tanto el padre como la madre en su vida, ya que a falta de la presencia de uno de ellos puede llegar a repercutir de manera negativa en su desarrollo ya sea a nivel físico o afectivo-emocional.

Dentro de nuestra normativa, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 44, establece que los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como el 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, pág. 23)

Es fundamental que las políticas nacionales y locales que tome el Estado con ayuda de la sociedad y la familia, garanticen a los niños, niñas y adolescentes a convivir en un ambiente familiar, escolar y social saludable que les permita el ejercicio pleno de sus derechos, entre ellos el derecho a la integridad física y psíquica, a la salud integral y nutrición, a la educación, a la recreación, disfrute de la convivencia familiar, a ser consultados en asuntos que les afecten, entre otros, que va de la mano con su desarrollo integral. Es así, que el Estado al avalar el cumplimiento de sus derechos integrales también garantiza que gocen de un adecuado proceso de crecimiento lo que va permitir el despliegue de sus habilidades y capacidades, a la par de la satisfacción de sus necesidades efectivo- emocionales.

Esto con concordancia con el Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia, que determina a la familia como el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes. Recibe el apoyo y protección del Estado a efecto de que cada uno de sus

integrantes puedan ejercer plenamente sus derechos y responsabilidades. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 26)

Conviene subrayar, que la familia al ser uno de los grupos fundamentales para el desarrollo de la sociedad, necesita que el Estado le brinde toda la protección necesaria que garantice el ejercicio de los derechos de los integrantes del núcleo familiar, más aún de los miembros más vulnerable que son los niños, niñas y adolescentes, el tal sentido, al asegurar el desarrollo integral de los menores también se garantiza que los progenitores ejerzan su maternidad y paternidad responsablemente.

4.13. Plan Nacional de Desarrollo

De acuerdo al Art. 280 de la Constitución de la República del Ecuador, es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 90)

Este instrumento permite al Gobierno trazar los objetivos y lineamientos estratégicos de las políticas, programas y proyectos públicos, mismos que son formuladas por el presidente de la República del Ecuador, que tiene como objetivo garantizar el pleno ejercicio de los derechos y los principios amparados en la Constitución, con especial énfasis a los grupos de atención prioritaria, en este caso, los niños, niñas y adolescentes que puedan promover su desarrollo integral.

En lo referente a los lineamientos territoriales determina sobre la atención integral a la población, priorizando la primera infancia entre ellos, promover los servicios de atención integral a los grupos de atención prioritaria, con enfoque de igualdad; crear programas que promueven el desarrollo infantil integral para el ejercicio pleno de derechos; generar intervenciones hacia la primera infancia, como primer eslabón en la consecución de mejores oportunidades de progreso de la población. (Plan Nacional de Desarrollo, 2021, pág. 23)

Los niños, niñas y adolescentes por su condición de vulnerabilidad en relación con las demás personas, es indispensable que las políticas públicas tengan como finalidad garantizar su

desarrollo integral, por lo tanto, es obligación del Estado asegurar el pleno ejercicio de sus derechos atendiendo a su principio de interés superior, mismos que le permiten satisfacer sus necesidades afectivas, sociales y culturales, con el apoyo de políticas interseccionales nacionales y locales, que garantice mejores condiciones de vida

En lo referente a los objetivos del eje social, el objetivo 5 prescribe proteger a las familias, garantizar sus derechos y servicios, erradicar la pobreza y promover la inclusión social. El Plan Nacional de Desarrollo, establece en sus lineamientos territoriales la protección de las familias y la garantía sin discriminación de los derechos consagrados en la CRE. En este marco, busca promover la universalidad, igualdad, progresividad, calidad y eficiencia del sistema nacional de inclusión y equidad social en los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, deporte, hábitat y vivienda, acceso a servicios básicos y conectividad, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, entre otros. Además, establece que la familia en sus diversos tipos, núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado y es fundamental importancia la promoción de políticas que garanticen la atención especializada, tanto a nivel público como privado, de las personas o grupos de atención prioritaria. (Plan Nacional de Desarrollo, 2021, pág. 39)

Es importante que el estado promueva políticas que protejan los derechos de los integrantes de la familia especialmente de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, es importante que se brinden capacitaciones a los administradores de justicia sobre la promoción de los derechos de la familia, niñez y adolescencia que permitan la garantía de sus derechos en los procesos de divorcio o separación, debido que muchas de las veces durante estos procesos se transgrede los derechos del hijo o hija al ser obligado a separarse de uno sus padres sin justificación alguna, así como el derecho de los progenitores al limitar la tenencia solamente a una persona aun cuando se encuentran en igualdad de condiciones, por lo que la normativa también transgrede sus derechos, por ello es importante, que los jueces estén capacitados y sobre todo que tengan un gran manejo de los instrumentos internacionales que amparan que el niño, niña o adolescente no sea separado de su familia siempre y cuando dicha convivencia no afecte su interés superior.

4.14. Doctrina de la Protección Integral

Se define a la protección integral “como el conjunto de acciones, planes, políticas y programa que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado” (Buaiz, 2003, pág. 2). Es así, que el Estado conjuntamente con la participación activa de la familia y la sociedad

deben permitir que los niños y adolescentes disfruten de manera efectiva y sin discriminación alguna de los derechos humanos inherentes a su persona, como la supervivencia, participación y desarrollo, además que atiende a las situaciones especiales en las que se puedan llegar a encontrar.

4.14.1. Principios básicos de la doctrina de la protección integral

Se destacan cuatro principios básicos de esta doctrina, entre ellos:

La igualdad y no discriminación: Es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de estos derechos. El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y el ejercicio de todos y cada uno de los Derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad. (Buaiz, 2003, pág. 3)

Es así, que este principio tiene la finalidad de que la aplicación de la normativa no se funde solamente en condiciones sociales, culturales y económicas que la mayoría de las veces causan discriminación y por consiguiente desigualdad de los diferentes grupos sociales, por ende, esta prohibición se convierte en el presupuesto para la construcción de las diversas políticas de protección integral. Asimismo, este principio se encuentra contemplado en el Art.2 de la Convención de los Derechos del niño, cuerpo legal que prescribe que los Estados están obligados a respetar los derechos contemplados en la misma, por lo tanto se debe asegurar que la aplicación de la norma se la realice sin distinción alguna, ya que la raza, el color, el sexo, el idioma, el origen nacional, la posición económica o cualquier otra condición del niño o la de sus padres, no debe ser un factor que perjudique el ejercicio pleno de sus derechos. Es importante también destacar que el principio de igualdad se concibe más allá de la propia condición del niño, ya que su prohibición se extiende a las condiciones de sus padres, que impide que pueda ser tomada como elemento de juicio para ejercer discriminación sobre el hijo o hija.

Interés superior del niño: Se considera un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el interés

superior del niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños. (Buaiz, 2003, pág. 4)

Este principio está prescrito en el Art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño, en tal sentido cuando la administración de justicia o los órganos legislativos decidan sobre medidas referentes a los niños, deberán tener como consideración primordial este interés. Además, debo recalcar que este principio funge también como un limitante a la potestad discrecional de las personas públicas o privadas, por lo que debe darse la plena satisfacción de los derechos y garantizar su protección y prevención.

La efectividad y prioridad absoluta: La efectividad trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan a la efectividad (goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas. En cuanto a la prioridad absoluta, es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales sin que valga de excusa motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos. (Buaiz, 2003, pág. 5)

Amparado el mismo en el Art. 4 de la Convención sobre los derechos del niño, señala que la efectividad es la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas tanto administrativas como legislativas y las que hagan falta para que pueda darse una verdadera efectivización de los derechos reconocidos en la Convención; lo que concierne a la prioridad absoluta, los Estados partes deberán adoptar las medidas antes mencionadas utilizando hasta el máximo de sus recursos y de ser necesario recurrir a la cooperación internacional en lo que respecta a los derechos sociales, económicos y culturales. Es así, que el principio de efectividad va a direccionar que los Estados partes adopten medidas que garanticen el disfrute real de los derechos humanos sobre todo los referentes a la niñez y adolescencia que va de la mano con el desarrollo de garantías sociales, económicas, institucionales, legales y administrativas; y en lo referente al principio de prioridad absoluta, los Estados con el fin de adoptar medidas que

efectivicen la protección integral deberá recurrir incluso a la cooperación internacional, a fin de brindar prioridad en la formulación de las políticas públicas.

Principio de solidaridad: Para cumplir y hacer cumplir los derechos en una concepción universal, colectiva e integral no basta con que el gobierno sea responsable inmediato de estos. Si bien lo es, por intrínseca naturaleza de los propios derechos humanos; la sociedad y la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social. Para ello, la Doctrina de Protección Integral invita a crear mecanismos apropiados desde cada uno de los estamentos e instancias de la sociedad. (Buaiz, 2003, pág. 6)

Es así, que el Art. 5 de la Convención sobre los derechos del niño, prescribe que los Estados que forman parte deberán respetar los derechos, deberes y responsabilidades de los progenitores, integrantes de la familia, de la comunidad o de las personas que están encargadas legalmente del menor, con el objetivo de que puedan impartirle y brindarle de acuerdo a sus facultades las orientaciones apropiadas para que el niño pueda ejercer sus derechos reconocidos en la Convención. El principio de solidaridad en pocas palabras quiere decir que no solo el Estado es el responsable directo, ya que necesariamente requiere del apoyo de la sociedad y la familia para poder activar los mecanismos de garantía y protección en cada uno de los estamentos e instancias de la sociedad.

4.15. Introducción al proceso de inconstitucionalidad

El proceso de inconstitucionalidad se presenta como el instrumento procesal por virtud del cual determinadas personas o instituciones señaladas por la Constitución tienen la legitimación activa para poder plantear, dentro de un plazo de prescripción, y de acuerdo con un procedimiento establecido en el Código Procesal Constitucional, una demanda ante el Tribunal Constitucional, el órgano competente, cuando determinadas normas jurídicas aprobadas por concretos poderes públicos y dotados de poder normativo se convierten en el objeto de control para determinar si son o no compatibles con la Constitución, la norma fundamental que se convierte en parámetro para ese estudio y análisis que culminará con una resolución. (Hakansson, 2014, pág. 26)

En efecto, el proceso de inconstitucionalidad es un medio que permite que cualquier persona ya sea individual o colectivo presentar una acción de inconstitucionalidad cuando

considere que el órgano que emitió la disposición jurídica ha vulnerado derechos amparados en la Constitución, la misma que podrá presentarse ante el órgano competente que este caso corresponde a la Corte Constitucional del Ecuador que tendrá como finalidad establecer si dicha disposición demandada es o no compatible con el cuerpo normativo, convirtiéndose así la norma suprema en la piedra angular por el cual debe regirse el estudio y análisis de la causa.

Con respecto a la inconstitucionalidad de una norma el cuerpo normativo que lo regula es la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en este sentido el Art. 1, establece sobre la finalidad de esta ley, que tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; garantizar la eficacia y la supremacía constitucional. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 2)

Es así, que este cuerpo normativo tiene la finalidad de regular la jurisdicción constitucional ejercida por la Corte Constitucional del Ecuador considerado como el máximo órgano de control constitucional, el mismo que está encargado de la defensa y la observancia de las normas constitucionales, siendo la Constitución la norma suprema jerárquicamente superior que prima sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, consecuentemente la violación de su normativa significaría una transgresión grave a los derechos fundamentales de las personas.

4.15.1. Procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma, regulada en la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional

En cuanto a la legitimación el Art. 77, señala “que la demanda de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona, individual o colectivamente” (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 27). En este sentido, cuando una persona o un grupo de personas considere que se ha violentado sus derechos reconocidos en la Constitución podrán presentar la acción de inconstitucionalidad.

Referente al plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad el Art. 78, prescribe que va regirse de acuerdo a las siguientes reglas: 1. Por razones de contenido, las acciones pueden ser interpuestas en cualquier momento; 2. Por razones de forma, las acciones pueden ser interpuestas dentro del año siguiente a su entrada en vigencia. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 27)

Por lo tanto, la persona o colectivo que presente una acción de inconstitucionalidad deberá tener en cuenta dos aspectos esenciales, ya que si la disposición jurídica que se está demandando son por razones de su contenido podrá presentarse en cualquier día del año, mientras que si trata por razones de forma de la disposición jurídica solo podrá interponerse en el año siguiente a la entrada en vigencia del cuerpo normativo.

En relación al contenido de la demanda de inconstitucionalidad el Art. 79, determina que contendrá: 1. La designación de la autoridad antes quien se la interpone; 2. Nombre completo, número de cédula y domicilio de la persona demandante; 3. Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; 4. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales; y 5. Fundamento de la pretensión. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 27)

En este aspecto, la persona o colectivo que presente la demanda de inconstitucionalidad deberá cumplir taxativamente con los todos los requisitos anteriormente descritos, y en el caso que se traten de requisitos que no sean subsanables la demanda será inadmitida. Aunado a esto, la demanda deberá presentarse con indicación de la autoridad ante quien se la va a presentar, que en este caso serán los jueces y juezas de la Corte Constitucional del Ecuador; como segundo punto se deberá incluir en la demanda los generales de ley de la o las personas accionantes que servirá para la respectiva identificación de la o las personas demandantes; con respecto al tercer punto que trata sobre denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso, quiere decir en si sobre la disposición jurídica emitida por una institución perteneciente al Estado; y con respecto a los fundamentos de la pretensión se deberán incluir en la misma las disposiciones que han sido violentadas, lo argumentos por los cuales se cree que existe una incompatibilidad sobre la norma, y cuando sea el caso, se podrá solicitar la suspensión provisional sin perjuicio de que se pueda ordenar otras medidas cautelares; así mismo en la demanda se deberá indicar los casilleros judiciales para las futuras notificaciones y la firma de la o las personas demandantes conjuntamente con la del abogado patrocinador.

Por otra parte, en lo que concierne con la admisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad deberá regirse de acuerdo a las reglas prescritas en el Art. 80, las cuales son: 1. La sala de admisión decidirá sobre la admisibilidad de la demanda dentro del término de quince días; y 2. El auto admisorio contendrá, a) la decisión sobre la admisión de la demanda, b) orden de recabar información, c) orden para correr traslado al órgano emisor, d) orden al órgano emisor que remita el expediente con los informes

y documentos que dieron origen a la norma, e) orden de poner en conocimiento del público la existencia del proceso; y 3. Auto de notificación al demandante en su casillero. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 27)

Por lo tanto, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador tendrá la facultad de admitir o inadmitir las demandas cuando estas cumplan o no con todos los requisitos establecidos en el término de 15 días. En el caso de ser admitidas, la Sala emitirá un auto admisorio donde dará a conocer sobre la admisión de la misma, y en caso de requerir información para mejor resolver la Sala se emitirá una orden que será concedida en el término de 15 días para que el órgano emisor de la disposición intervenga dentro del proceso, ya sea que defienda o impugne sobre la inconstitucionalidad de la norma en litigio, además de presentar los documentos que sirvieron de fundamento para la promulgación de la norma, aunado a ello, será indispensable que el resumen completo del proceso sea publicado en el registro oficial para conocimiento de la población.

Así mismo, en lo que respecta al sorteo el Art. 81, “señala que, una vez admitida la demanda, la Secretaria General deberá efectuar el reparto de las demandas de inconstitucionalidad por sorteo para determinar la jueza o juez ponente” (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 28). Es así, que la Secretaria General será el órgano encargado de coordinar los procesos de archivo de las demandas, custodia y las consecuentes notificaciones de las providencias a las partes procesales, al mismo tiempo, una vez efectuado el sorteo el juez o jueza ponente que haya sido designado tendrá la facultad de realizar el proyecto de admisibilidad, la sustanciación de las causas y la respectiva elaboración del proyecto de sentencia, cabe destacar que en las causas que sean de suma complejidad podrá designarse más de un juez ponente.

En lo que compete a la inadmisión de las demandas el Art. 83, determina que la misma se realizará mediante auto, cuando no cumpla con los requisitos de la demanda y siempre que no sean subsanables, debiendo indicarse con precisión los requisitos incumplidos, para su respectiva corrección, consecuentemente el Art. 84, determina que el rechazo de la demanda podrá darse en los siguientes casos: 1. Cuando carezca de competencia; 2. Cuando la demanda se presente por fuera de los términos; 3. Cuando no se corrija la demanda; y 4. Cuando recae sobre normas jurídicas amparadas por una sentencia que tenga efectos de cosas juzgada. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 28)

De acuerdo a lo anteriormente establecido, cuando la demanda de inconstitucionalidad no haya cumplido con los requisitos establecidos en el Art. 79 se conferirá el término de cinco días para que pueda realizar la corrección de la misma y en caso de no realizarla en el término previamente establecido se ordenará el archivo de la causa, cabe destacar que no se podrá interponer recurso alguno contra el auto de inadmisión. Por otra parte, el rechazo de la demanda podrá darse cuando los accionantes hayan designado a una autoridad que carezca de competencia para la resolución de la causa, en cuyo caso se ordenará el envío de la demanda al juez o jueza que se considere competente, además cuando la demanda no haya sido presentada dentro del término o a su vez en el caso de ser necesario no haya sido corregida en el término de 5 días se ordenarse el rechazo de la misma y al igual que la anterior no procede recurso alguno contra el auto de rechazo.

En relación a la información para la resolución del proceso el Art. 86, señala: “el juez o jueza ponente con el fin de recabar información podrá invitar a entidades, universidades, organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, para que presenten informes técnicos” (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 28). En efecto, con la finalidad obtener toda la información necesaria para la resolución de la causa, el juez o jueza ponente designado podrá invitar a las instituciones públicas o privadas que sean necesarias para que presenten informes técnicos en relación a los puntos específicos que servirán de fundamento para mejor análisis del caso, y en ese caso se podrá extender el término para la presentación del proyecto de sentencia hasta quince días que serán contados a partir de la fecha de vencimiento para las intervenciones públicas y oficiales.

En cuanto a la realización de la audiencia el Art. 87, determina que cualquier interviniente dentro del proceso constitucional o cualquiera de los jueces de la Corte pueden solicitar que se convoque a audiencia pública ante el Pleno, para quien hubiere expedido la norma o participado en su elaboración, y el demandante, expongan, clarifiquen, sustenten, profundicen los argumentos de hecho y derecho en que se sustentan su pretensión, que será aceptada siempre que la jueza o juez ponente lo considere necesario. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 28).

Dentro de este contexto, la audiencia pública se deberá realizar ante el Pleno conformado por todas las jueces y juezas de la Corte Constitucional, en la que se escuchará todos los argumentos de hecho y de derecho del órgano emisor de la disposición demandada y

del demandante siempre y cuando la jueza o juez ponente lo estime necesario, esta audiencia se podrá solicitar y llevar a cabo hasta cinco días después de vencido el término establecido para recabar información.

En referencia a los criterios de las juezas y jueces de la Corte el Art. 88, determina que cualquiera de las juezas o jueces de la Corte podrán presentar al ponente sus criterios sobre el proceso, para que los evalúe y tenga en cuenta en la elaboración del respectivo proyecto de sentencia. Para tal efecto, cualquier jueza o juez de la Corte puede acceder al expediente, examinarlo y solicitar copias, antes de que sea discutido en el Pleno de la Corte Constitucional. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 29)

De este modo, el proyecto de sentencia será presentado por el juez o jueza ponente de forma escrita ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, siendo este órgano el encargado de remitir la copia del expediente a todos los jueces que integran la Corte en el término de quince días a partir de la fecha de vencimiento del término que tienen los jueces de la Corte para la presentación de los criterios que se estimen necesarios tener en cuenta en la elaboración del proyecto de sentencia. Aunado a ello, los jueces de la Corte tendrán la facultad de presentar sus observaciones con respecto al proyecto de sentencia dentro del término de cinco días siguientes a la presentación ante de la Secretaria General.

En cuanto a la deliberación y decisión el Art. 90, prescribe que la sentencia de la Corte Constitucional se sujetará a las siguientes reglas: 1. La decisión deberá adoptarse dentro del término de diez días a partir del vencimiento del término para la presentación de las observaciones de la Corte Constitucional; 2. La decisión se adoptará por la mayoría absoluta; 3. Cuando el proyecto no sea aprobado, se designará una juez jueza o juez ponente para que elabore el proyecto. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 29)

Es importante señalar en este punto que la decisión deberá adoptarse siempre y cuando haya transcurrido el termino dentro del cual los miembros de la Corte pueden presentar las observaciones sobre el proyecto de sentencia; así mismo la decisión podrá ser adoptada cuando se cuente con la mayoría absoluta es decir 5 votos de los jueces o juezas de la Corte; finalmente en el caso de que el proyecto de sentencia no sea aprobado se deberá designar a otro juez o jueza ponente para la elaboración del mismo.

En cuanto al contenido de la sentencia el Art. 91, determina que deberá contener: 1. Antecedentes procesales, en lo que deberán constar al menos: a) Transcripción de la disposición jurídica demandada, b) Indicación expresa, clara, precisa y sucinta de la pretensión y su fundamento, c) Contenido sucinto de las intervenciones y d) Etapas procesales agotadas. 2. Parte considerativa, que se referirá al menos a los siguientes temas: a) Competencia de la Corte Constitucional, b) Planteamiento de los problemas jurídicos de los que depende la resolución del caso, c) Resolución de los problemas jurídicos, d) Síntesis explicativa. 3. Parte resolutive, en la que se pronunciará sobre la constitucionalidad de la disposición demandada y sobre los efectos de la decisión. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, pág. 29)

Con respecto a ello, la Corte Constitucional estará obligada a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la disposición que ha sido demandada además de los efectos generados por la decisión. La sentencia estará constituida por tres partes esenciales: los antecedentes, la parte considerativa y la parte resolutive. En este sentido, la primera parte deberá contar con la indicación de la disposición jurídica demandada y las pretensiones de la o los accionantes asimismo en la sentencia se deberá incorporar todas las actuaciones con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por los demandantes y el órgano emisor de la disposición jurídica demandada, además si el juez ponente requirió recabar información deberá incluir también en la sentencia los informes técnicos que sirvieron para el análisis del caso y las etapas procesales agotadas; en la segunda parte de la sentencia se deberá indicar la competencia, el planteamiento y la resolución de problemas jurídicos generados por la trasgresión de la norma, es decir la verificación de que si se vulnero o no un derecho y la síntesis explicativa; finalmente la tercera parte establecerá sobre la constitucionalidad de la disposición y sobre sus efectos.

Cabe indiciar dentro de este tema el análisis del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que ampara sobre las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. – Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el Art. 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que esté 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 l hija; 2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ello 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 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 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 Art. 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. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 28)

Este articulado es piedra angular para este trabajo de investigación jurídica, en este sentido, debo comenzar primero señalando que el mismo fue analizado por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 28-15-IN/21, en referencia al primer numeral, cabe indicar que el juzgador podrá aceptar el acuerdo que lleguen los progenitores siempre y cuando no llegue afectar el pleno ejercicio de los derechos de los hijos e hijas menores, por lo tanto, los dos padres podrán pactar quien de ellos pueda ejercer la tenencia y ponerse de acuerdo los días en que el otro progenitor pueda visitar a su hijo y los alimentos que deba consignar, aunado a ello, en este aspecto es necesario preguntarnos si el juzgador luego de haber analizado todas las pruebas presentadas por las partes, la opinión del hijo o hija de familia y si los informes emitidos por la Oficina Técnica son favorables, y los mismos hayan acordado y demostrado que se encuentren en óptimas condiciones para hacerse cargo de su cuidado y crianza, no debería haber impedimento para poder optar por una tenencia compartida que sea favorable para el interés superior del niño, niña o adolescente según sea el caso; el numeral 2, prescribe que a falta de acuerdo y si ello es perjudicial para el interés superior del niño la patria potestad de los que no han cumplido los 12 años de edad será confiada a la madre, donde la Corte Constitucional ha observado que el encargo de la tenencia se encuentra supeditado por una preferencia a la madre sin justificación alguna, por lo que no se está considerando primordialmente el interés superior del niño sino más bien el sexo de los progenitores, además se observa que el numeral excluye a los menores de 12 años de edad, por cuanto la misma Convención sobre los Derechos del Niño en la Observación General No. 20, establece que se

debe escuchar y tomar en consideración su opinión incluso antes de los 12 años de edad, por todo lo anteriormente expuesto se concluye que dicho numeral es inconstitucional por atentar contra el principio de interés superior y el derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores y la corresponsabilidad parental, por tanto es declarado inconstitucional; en referencia al numeral 3, cabe destacar que el mismo si ampara el interés superior del niño en parte, ya que establece que la tenencia será confiada al progenitor que demuestre que tiene las mejores condiciones en todos los ámbitos, es decir que no sufra de algún trastorno o problema psicológico que pueda poner en peligro al niño, niña o adolescente, así como también, cuente con tiempo y un entorno familiar adecuado para su desarrollo integral, por lo que debo hacer hincapié en que no debería existir un rango de edad por así decirlo para encargar la tenencia, por lo que haber cumplido los 12 años no debería estar limitando su interés superior, debido que la administración de justicia al tratarse de un grupo de atención prioritaria debe ampararlos en todo momento sin considerar la edad que tengan; el numeral 4, establece un tinte discriminatorio contra los progenitores lo que resulta absurdo, debido que la misma señala que por más que los dos padres demuestren que se encuentran en igualdad de condiciones se preferirá a la madre, lo que evidentemente deja en una posición de desigualdad al padre de familia, por lo que la Corte concluyo que no se puede considerar que en absolutamente todos los casos la madre va ser la más óptima para hacerse cargo de la tenencia a comparación del padre, asimismo, este articulado está basado en la doctrina de los años tiernos, que establecía que la madre tiene una conexión biológica con sus hijos, por lo que debe obtener la tenencia del niño, niña o adolescente por sus habilidades y su instinto maternal, cabe destacar que esta teoría fue declarada inconstitucional en 1981 por la Corte Suprema del Estado de Alabama, debido que la doctrina generaba una clasificación fundamentada en el sexo lo que de una u otra forma impedía que se evalué y se aplique el interés superior del niño en su totalidad, por lo que este numeral fue declarado como inconstitucional por ser violatorio de derechos; el numeral 5, establece que no se podrá confiar la tenencia a uno de los padres que se hallen incurso en alguno de los numerales del Art. 113, del Código de la Niñez y Adolescencia, debido que podría poner en peligro la integridad personal del niño, niña o adolescente, al tratarse de actos de carácter grave ejercido por uno de los padres, razón suficiente para privarle totalmente de la patria potestad; finalmente el numeral 6, señala que a falta de uno de los progenitores o la incapacidad de ambos para poder encargarse de la patria potestad, se deberá nombrar un tutor tomando en consideración todas las reglas antes mencionadas. El último inciso en referencia al derecho de opinión de los hijos, en la que se considera que solo será obligatoria para los adolescentes, también se puede observar que violenta el interés superior del Niño, por lo que

de acuerdo a la Observación General No. 14 del Comité, de los Derechos del Niño, en su parte pertinente prescribe que para poder evaluar el interés superior del niño el juzgador debe evaluar cada caso en su particularidad sin importar el rango de edad del mismo, en la que se deberá tomar en cuenta varios elementos entre ellos: su derecho a que respete su opinión, su derecho a la identidad, su derecho a tener una familia y poder gozar de una convivencia familiar, el cuidado y protección de deber recibir los niños, niñas y adolescentes, su situación de vulnerabilidad y finalmente su derecho a la educación y la salud.

4.16. Derecho Comparado

4.15.1. Ley que Regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes de la República de Perú

El Congreso de la República de Perú aprobó una ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes que tiene por objeto modificar los artículos 81, 82 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, con el objetivo de que se establezca el régimen de tenencia compartida en favor del interés superior del niño.

Art. 81.- Tenencia Compartida: Cuando los padres estén separados de hecho o por divorcio, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes, es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Asimismo, los padres de común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño, cuando sea el caso, decidirán la forma de la tenencia compartida. De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar, como primera opción la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente. (Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes, 2021, pág. 10).

Como sabemos la unión de hecho cumple con las finalidades y deberes semejantes al matrimonio, por ende, al momento de separarse ambos progenitores tienen los mismos derechos y obligaciones con respecto al cuidado y crianza de sus hijos en común, por tanto se puede evidenciar que este articulado garantiza que los progenitores sigan cumpliendo con sus obligaciones parentales a pesar de encontrarse separados, ya que no prohíbe que los padres se pongan de acuerdo en la forma en que se va llevar a cabo la tenencia compartida siempre y cuando se considere la opinión del menor, algo muy importante a mencionar es que en esta

normativa se establece dos opciones, ya sea la tenencia compartida como primera opción o la tenencia exclusiva si llegare a ser perjudicial para el ejercicio de los derechos del hijo o hija. En este sentido, es menester que en el Ecuador se establezca la figura de tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, puesto que actualmente prevé que solo un progenitor podrá ejercer el cuidado y crianza en caso de separación o divorcio a pesar de demostrar que se encuentran en igualdad de condiciones, por ello es importante que el juzgador aplique la tenencia compartida como regla general (si ambos progenitores cumplen con todas las condiciones necesarias) y la tenencia exclusiva en casos específicos que causen perjuicio al hijo o hija.

Art. 82.- Variación de la tenencia: Si resulta necesaria la variación de la tenencia compartida o exclusiva, el Juez ordenara, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que esta se efectuó en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato. (Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes, 2021, pág. 11).

Como podemos observar esta normativa faculta que el juez competente al conocer de situaciones que puedan poner en peligro al hijo o hija pueda ordenar a su criterio una variación en la tenencia con la debida asesoría del grupo multidisciplinario, que en el caso de Perú está constituido por psicólogos, médicos y asistentes sociales para que dicho proceso de cambio no sea brusco de la noche a la mañana sino más bien se lo realice de forma gradual, que permita al menor acoplarse a la nueva situación familiar. Con respecto a nuestra normativa, podemos apreciar también que en el Art. 119 del Código de la Niñez y Adolescencia se establece sobre las modificaciones para la tenencia, debido que las resoluciones podrán alterarse en cualquier momento cuando sea más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, podemos notar que guarda estrecha relación con la normativa peruana por lo que la implementación de la figura de tenencia compartida no estaría fuera de lugar, aunado a ello, así como en el Perú el juez puede valerse del Equipo Multidisciplinario, en el Ecuador el juez contará con el apoyo de la Oficina Técnica.

Art. 84.- Facultad del juez sobre la tenencia compartida.

En caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:
a) El hijo deberá pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores; b) Los progenitores tienen la igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la

educación, crianza, formación y protección del hijo; c) Las vacaciones del hijo y progenitores; y d) La edad y opinión del hijo. En caso de disponer la tenencia exclusiva, el juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas. La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo. (Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes, 2021, pág. 11).

La figura de la tenencia compartida permite el ejercicio de los derechos de los progenitores como los del niño, niña y adolescente a seguir conviviendo, puesto que no solo busca salvaguardar el derecho de igualdad de los padres sino también ayuda a disminuir el proceso traumático que pueden llegar a experimentar los hijos a causa de una separación, es por ello que las obligaciones deben ser repartidas en partes iguales es decir 50% para cada uno. En relación a Ecuador el Art.106, prescribe las reglas para confiar la patria potestad en la que se puede observar varias similitudes pero sobre todo diferencias ya que nuestra legislación establece prohibiciones si uno de los progenitores ha incurrido en alguna de las causales para la privación de la patria potestad; toma en cuenta la edad de los 12 años del hijo o hija para el encargo de la tenencia; además cuando se dé el caso de alguna falta o inhabilidad de los padres el juez podrá nombrar un tutor, finalmente cabe hacer hincapié en que ambas legislaciones tienen como piedra angular la valoración de la opinión del niño, niña o adolescente.

4.15.2. Ley que modifica el Código Civil con el fin de establecer como general el régimen de la tuición compartida de los hijos e hijas en el caso de separación de los padres de la República de Chile.

El título IX de este cuerpo normativo prescribe sobre los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos

Art. 225.- Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos o hija, o si, se adoptará de forma definitiva, el régimen de tuición compartida. Todo acuerdo que regule el cuidado personal de los hijos deberá constar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del registro civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a

su otorgamiento. Ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda a la madre o al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes. Cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo o hija lo haga conveniente, el juez podrá entregar su cuidado personal a uno de los padres en el caso del cuidado compartido o a otros de los padres en los demás casos. Lo anterior debe entender sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226. En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo o hija a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan con los criterios dispuestos en el artículo 229. No obstante, no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere cumplido con las obligaciones de mantención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Igual medida se adoptará respecto del padre o madre respecto del cual se acreditaré fehacientemente que ha maltratado física o psicológicamente al hijo. Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución sea inoponible a terceros. (Ley que modifica el Código Civil con el fin de establecer como general el régimen de la tuición compartida de los hijos e hijas en el caso de separación de los padres, 2021, pág. 5).

Como podemos observar esta legislación llama a la figura de la tenencia compartida como tuición compartida, la misma que establece la corresponsabilidad tanto del padre como de la madre para el encargo del cuidado y crianza de los hijos cuando viven separados, es esencial señalar que todos los cambios que se realicen en torno a la tuición deberán constar en escritura pública ante cualquier oficial del Registro Civil ya sea porque no llegaron a un acuerdo en adoptar el cuidado compartido o cuando llegue a menoscabar los derechos del hijo hija, y en este caso el Juez podrá ordenar que un solo progenitor se haga cargo del cuidado personal aunque el mismo no limitará que la otra parte tenga una relación directa con sus hijos siempre y cuando no se comprobare que haya cometido algún tipo de maltrato físico o psicológico contra el menor o incumplimiento de sus obligaciones, de lo anteriormente expuesto, puedo deducir

que la legislación chilena busca que el Juzgador aplique en común la autoridad parental para ambos progenitores como regla general en el caso de divorcio y que la misma solo pueda ser modificada en casos específicos con el fin de salvaguardar el interés superior del niño. En relación a nuestra normativa el Código de la Niñez y Adolescencia, establece desde un principio como regla general la tenencia solo para un progenitor lo que debería ser modificado ya que ambos padres deben mantener y conservar una relación directa-inmediata con sus hijos aun estando separados o divorciados, por lo tanto, no hay razón suficiente para que se limite que solo uno de los padres ejerza la tenencia siempre y cuando ambas partes influyan de manera positiva en la vida del menor, es decir debe haber un motivo de peso para que el juzgador decida limitar el ejercicio de la tenencia compartida o alguna variación en la misma.

4.15.3. Código Civil y Comercial de la Nación de la República de Argentina.

En el libro segundo de las relaciones de familia título VII sobre la responsabilidad parental en el capítulo cuarto se establece:

Art. 648.- Cuidado personal. “Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” (Código Civil y Comercial de la Nación., 2014). En esta normativa a la figura jurídica de tenencia a diferencia de la legislación ecuatoriana se la conoce como el cuidado personal, el mismo que faculta tanto al padre como la madre tener los mismos deberes y derechos sobre la vida cotidiana del hijo o hija en cuanto a su desarrollo, protección y formación integral que a diferencia de la legislación ecuatoriana el Código de la Niñez y Adolescencia, establece la tenencia como el cuidado y crianza por parte de uno de los padres en favor a su desarrollo integral.

Art. 649.- Clases. “Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos” (Código Civil y Comercial de la Nación., 2014). En efecto, esta normativa permite la posibilidad de que ambos padres, aunque ya no convivan juntos poder decidir si ambos se encargan del cuidado personal del hijo o hija o si solo lo ejerce una parte que, a comparación del Código de la Niñez y Adolescencia, establece la opción que un progenitor se haga cargo del menor cuando se encuentran separados o divorciados.

Art. 650.- Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de ellos 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. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

A comparación de las legislaciones que he venido analizando, esta normativa es la única que establece modalidades sobre el cuidado personal compartido, podrá ser alternado dependiendo de la organización de los progenitores para hacerse cargo de su cuidado y así pueda pasar el hijo o hija periodos de tiempo con ambos padres, y se establecerá de forma indistinta cuando el niño, niña o adolescente viva de forma regular en la casa de uno de sus padres sin impedir que el otro progenitor forme parte en las decisiones y los labores respecto a su cuidado. A comparación de la normativa argentina nuestra legislación no establece sobre las modalidades de la tenencia.

Art. 651.- Reglas generales. “A pedido de uno o ambos progenitores 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” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014). El juez deberá ordenar principalmente que los progenitores lleven a cabo el cuidado personal del hijo o hija bajo la modalidad indistinto siempre y cuando el menor se sienta cómodo en residir de manera permanente en el domicilio de uno de sus padres, ya que si resultase perjudicial podrá optarse por la modalidad alternado. Como podemos apreciar estas modalidades en el Código de la Niñez y Adolescencia no se encuentra establecidas aunque el cuidado personal indistinto sería la figura más cercana a nuestra normativa, porque al ejercer la tenencia uno de los padres inevitablemente el hijo vivirá más tiempo en el domicilio de quien la ejerce, por ello también sería importante tomar en consideración dentro de nuestra legislación estas modalidades que permiten que el menor pueda seguir conviviendo con sus dos padres permanentemente en cualquiera de sus formas.

Art. 653. Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; y d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

Como lo he venido analizando se debería establecer en el Código de la Niñez y Adolescencia el cuidado personal unilateral o la tenencia unilateral solo de forma excepcional más no como primera opción, donde la administración de justicia puede determinar la tenencia compartida siempre y cuando haya tenido en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente y un estudio que determine si ambos progenitores se encuentran en condiciones óptimas para encargarse de su cuidado, caso contrario si no confluyen todos esos elementos el juzgador podrá optar por la tenencia unilateral.

4.15.4. Código de Familia de la República de Costa Rica

Art. 152.- Hijos menores de edad. Atributos de la autoridad parental, guarda, crianza, educación y régimen de interrelación familiar. En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial o por mutuo consentimiento, los cónyuges con hijos e hijas menores deberán acordar o, en defecto de acuerdo, el Tribunal dispondrá en resolución fundada todo lo correspondiente sobre los siguientes puntos: a) La custodia de los hijos y las hijas menores y el ejercicio de la responsabilidad parental. Será prioritario elegir la custodia y el ejercicio de la responsabilidad parental compartidas para ambos padres; para ello, se tomará en cuenta el interés superior del menor. Asimismo, deberá asegurarse el derecho a la vivienda para los hijos y las hijas menores.; b) Lo correspondiente a la alimentación, guarda, crianza, educación de los hijos y las hijas menores y la administración de los bienes de estos, de forma proporcional a las capacidades y los ingresos económicos del padre y la madre; c) El régimen de interrelación familiar, incluyendo el derecho de las personas menores de edad a mantener contacto, visitas y comunicación con sus padres o madres que no cohabiten con ellos y ellas, y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes que formen parte de dicho círculo familiar extendido y afectivo. Estas mismas disposiciones serán aplicadas a la finalización de las uniones de hecho por cualquier causa y su posterior reconocimiento en ese jurisdiccional. (Código de Familia, 2019)

A partir de lo anterior, esta normativa establece que cualquiera sea la forma que decidan los progenitores poner fin a su vida matrimonial la custodia y el ejercicio de sus responsabilidades corresponderá a ambos padres de forma compartida, cabe destacar que esta normativa a comparación de las legislaciones antes mencionadas es específica en determinar que el ejercicio de las responsabilidades deberán ser repartidas proporcionalmente de acuerdo a la capacidad económica de los padres sin importar quien ejerza la guarda y crianza, que a comparación de nuestra legislación se evidencia todo lo contrario, porque muchas de las veces

el progenitor que tiene a cargo la tenencia del hijo solo se encarga de su crianza y cuidado mientras que la persona que no la ejerce debe consignar mensualmente una pensión de alimentación, lo que denota una desigualdad en el ejercicio de sus responsabilidades parento-filiales.

5. Metodología

5.1. Materiales utilizados

Entre los materiales utilizados para la elaboración del presente trabajo de titulación que facilitaron el proceso de desarrollo de esta investigación jurídica, se tienen las siguientes fuentes bibliográficas: obras jurídicas nacionales y extranjeras, leyes, manuales, diccionarios jurídicos, revistas jurídicas y científicas, artículos científicos, guías, sentencias y páginas web de los organismos de justicia de diversos Estados, que se encuentran citados de manera correcta y que forman parte de las fuentes bibliográficas del trabajo de titulación.

Entre otros materiales se emplearon: computadora portátil, celular, libreta de apuntes, esferos, conexión a internet, impresora, proyector, hojas de papel bond, fotocopias, anillados, impresión de los borradores de tesis y empastados de la obra, entre otros.

5.2. Métodos

En el desarrollo de esta investigación socio- jurídica, se utilizó los siguientes métodos:

Método Científico: Este método permite la recolección de nuevos conocimientos, el mismo que es entendido como el camino que permite encontrar la verdad de una problemática en concreto, en tal sentido, este método fue utilizado al momento de analizar las diversas obras jurídicas, artículos y obras de carácter científico, revistas jurídicas y científicas desarrollados en el marco teórico, cuyos datos constan en las citas y fuentes bibliográficas correspondientes.

Método Inductivo: Este método fue aplicado en el momento de describir los antecedentes de la figura jurídica de la tenencia compartida, la cual se analizó partiendo desde un enfoque en el ámbito nacional para luego abarcarlos en el ámbito internacional, lo que permitió obtener diferentes enfoques de acuerdo a los diferentes países, lo que permitió determinar la tenencia compartida, sus ventajas y desventajas, el interés superior del niño, derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de corresponsabilidad parental, este método fue aplicado en el marco teórico.

Método Deductivo: Este método tiene como peculiaridad partir de lo general a lo particular, la misma que fue aplicada en esta investigación jurídica, al momento de analizar la figura de la tenencia compartida en las diferentes legislaciones de Latinoamérica hasta concluir que en nuestro país existe una contradicción legal que violenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes así como el de los progenitores, por lo cual debería proponerse una solución frente a ello; método que fue aplicado en el marco teórico.

Método Analítico: Este método fue aplicado al momento de realizar el análisis de los diferentes conceptos y definiciones que constan en el marco teórico, mismos que fueron debidamente citados, así también se empleó este método, al realizar el análisis y las interpretaciones de los resultados que fueron obtenidos de las diferentes encuestas y entrevistas aplicadas a profesionales y especialistas en derecho.

Método Exegético: Este método fue aplicado al momento de realizar las interpretaciones y el análisis de las normas jurídicas que sirvieron de fundamentación legal del presente trabajo de investigación, siendo estas: Constitución de la República del Ecuador, Convención sobre los Derechos del Niño, Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-17/2002, Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 2013, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Código Orgánico General de Procesos, Ley de Violencia contra la Mujer y a la Familia, Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Plan Nacional de Desarrollo 2021.

Método Hermenéutico: Este método tiene como objetivo esclarecer e interpretar los textos jurídicos que no están bien esclarecidas y con ello poder dar un significado verdadero, el mismo que se empleó al momento de interpretar las normas jurídicas, textos, obras, entre otros que fueron desarrolladas en el marco teórico.

Método Mayéutica: Este método tiene como objetivo tratar de esclarecer la verdad aplicando varias interrogantes presumiendo así la realidad oculta que se encaminan a la obtención de información, el cual se lo llevo a cabo mediante la elaboración de un banco de preguntas aplicadas en las encuestas y entrevistas dirigidas a profesionales de derecho para la obtención de información necesaria para la investigación.

Método Comparativo: Este método fue utilizado en el presente trabajo de investigación, en lo concerniente al desarrollo del Derecho Comparado, la misma que permitió contrastar a la

realidad jurídica de la legislación ecuatoriana con la de 4 países que han implementado la tenencia compartida en Latinoamérica: en Perú con la Ley que Regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes; en Chile con la Ley que modifica el Código Civil con el fin de establecer como regla general el Régimen de la Tuición Compartida de los hijos e hijas en el caso de separación de los padres; en Argentina con el Código Civil y Comercial de la Nación; en Costa Rica con Código de la Familia; a través del cual se obtuvo semejanzas y diferencias de estos ordenamientos jurídicos.

Método Estadístico: Este método fue empleado para determinar los datos cuantitativos y cualitativos de la presente investigación jurídica, mediante el uso de la técnica de entrevistas y encuestas, el mismo que fue aplicado al momento de realizar la tabulación, los cuadros estadísticos y las representaciones gráficas para el desarrollo de los resultados de la investigación.

Método Sintético: Este método en resumir y reunir sistemáticamente todos los elementos heterogéneos de un proceso con la finalidad de reencontrar la individualidad del problema analizado, el método fue utilizado a lo largo del desarrollo de este trabajo de investigación, específicamente en la discusión que comprende la verificación de los objetivos, la contrastación de la hipótesis y la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal, aplicado al momento de emitir un criterio luego de realizar un estudio minucioso de la temática.

Método Histórico: Este método fue utilizado al momento de analizar los diferentes acontecimientos ocurridos en el pasado, logrando así encontrar explicaciones a los comportamientos actuales respecto de la tenencia compartida; el mismo que fue aplicado cuando se citó los antecedentes históricos y evolución de la tenencia compartida, desarrollado en el marco teórico.

5.3. Técnicas

Encuesta: Consiste es un cuestionario que abarca preguntas y respuestas para la obtención de datos o para detectar la opinión pública sobre la problemática planteada en el presente trabajo de investigación jurídica. Desarrollado al momento de aplicar 30 encuestas a los profesionales de derecho en libre ejercicio que tienen conocimiento sobre la problemática abordada.

Entrevista: Se basa en un dialogo entre dos partes, el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio, aplicada a 10 profesionales especialistas y amplios conocedores de la problemática.

5.4. Observación documental

Mediante la aplicación de este procedimiento se realizó el estudio de sentencias que se han presentado en la sociedad a nivel nacional e internacional en lo que concierne a figura de la tenencia compartida en los juicios de divorcio o separación, a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el de los progenitores. Así mismo se cuenta con la información de datos estadísticos que sirven para la demostración y fundamentación del presente trabajo de titulación alusivo al problema jurídico estudiado.

De los resultados recabados en la investigación expuestos en las tablas, gráficos y en forma discursiva con deducciones, con sus respectivas interpretaciones de las cuales se derivan su análisis de los criterios y datos específicos, que tiene como objetivo estructurar el marco teórico, verificación del objetivo general y cuatro objetivos específicos, contrastación de la hipótesis y para la determinación de las respectivas conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución de la problemática planteada.

6. Resultados

6.1. Resultados de encuestas

Encuesta dirigida a profesionales del Derecho

La presente técnica de encuesta fue aplicada en un universo de abogados de la ciudad de Loja y Tena con una muestra total de 30 profesionales del Derecho presentándoles un cuestionario compuesto de 7 preguntas de quienes se obtuvo los siguientes resultados:

Primera pregunta: ¿Considera usted que la normativa vigente en el Ecuador sobre la tenencia monoparental, es decir la que es atribuida exclusivamente a un progenitor vulnera el principio de interés superior del niño?

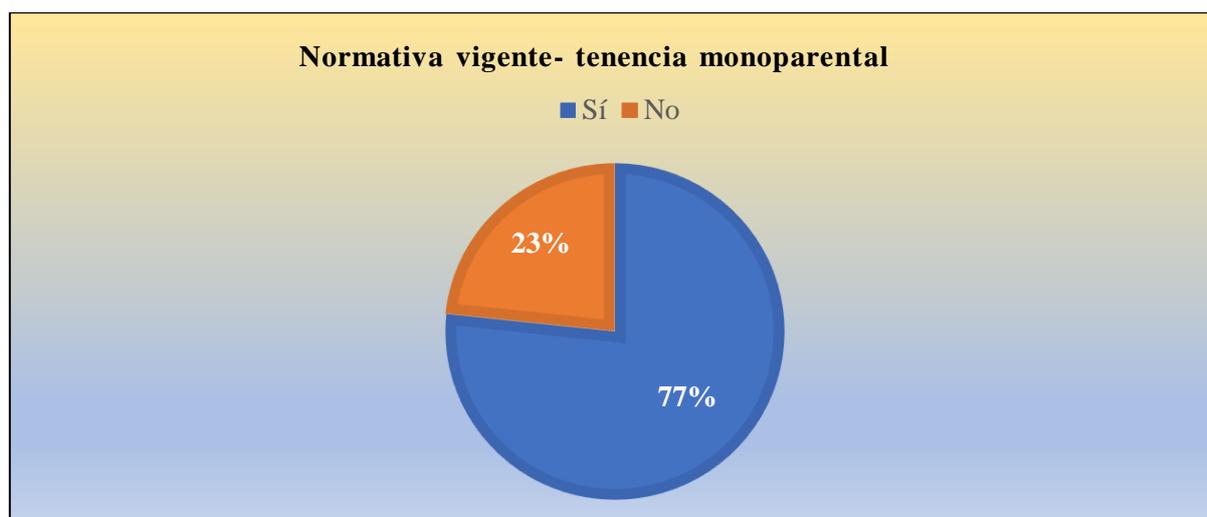
Tabla N° 1

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	23	76,7 %
No	7	23,3 %
Total	30	100 %

Fuente: Profesionales del derecho de la ciudad de Tena y Loja.

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo.

Figura No.1



Interpretación:

En la presente pregunta 23 de 30 encuestados que constituyen el 76,7% seleccionaron la opción del sí, por lo tanto, están de acuerdo que la normativa vigente en el Ecuador sobre la tenencia monoparental vulnera el principio de interés superior del niño, porque consideran que la legislación es clara en establecer que tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos y obligaciones se encuentren juntos o separados respecto de sus hijos en cuanto al cuidado, crianza, alimentación y educación de los hijos menores de edad y que solo en casos de peligro inminente que puede llegar a afectar la integridad personal del niño, niña o adolescente, el juez competente pueda privar a un progenitor del ejercicio de la misma, ya que caso contrario si de ante mano no se realiza una evaluación pertinente que determine las condiciones de ambos, se estaría inaplicando e inobservando el principio de interés superior del niño orientado a hacer efectivo el pleno ejercicio de sus derechos, a la vez también es necesario traer a colación que no existe fundamento alguno que justifique prohibir al padre el ejercicio de la tenencia incluso más bien hay normativa constitucional que lo respalda, siguiendo la misma línea, los encuestados han dejado claro que la tenencia monoparental genera una sobrecarga de responsabilidad a la madre dejando de lado las obligaciones que tiene el padre con respecto a sus hijos, constituyéndose en una limitante para el desarrollo íntegro del niño, niña y adolescente que al contrario de la tenencia compartida coadyuva a su formación al permitir que el menor siga manteniendo relaciones parento-filiales con ambos progenitores eje fundamental para su desarrollo que indudablemente con su debida aplicación garantizaría el tan mencionado interés superior del niño.

Mientras que 7 personas que representan el 23,3%³ manifiestan que no vulnera el principio de interés superior del niño, ya que consideran que por la edad y fragilidad del menor se debe preferir que la tenencia se encargue a la madre por encima del padre, además señalan que la patria potestad es un derecho ius generis de los dos progenitores que en base a la opinión del legislador se da preferencia materna por una relación natural de la concepción.

Análisis

En base a las respuestas obtenidas se comparte la opinión de la mayoría, debido que la tenencia monoparental violenta el interés superior del niño, ya que el juzgador al momento de no analizar cada caso en su particularidad, es decir las condiciones de cada uno de los progenitores y la opinión del niño, niña o adolescente de acuerdo a su desarrollo evolutivo, no está garantizando prioritariamente el pleno ejercicio de los derechos de este grupo de atención prioritaria, menos aún, que dicha decisión pueda llegar afectar su bienestar tanto físico como emocional, recordemos también en este punto, que la tenencia monoparental o unilateral da cabida no solo a la transgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescente sino también al derecho de los padres al encontrarse en una situación de desigualdad material ante la ley, asimismo, es menester recalcar que este principio direcciona a la administración de justicia a regular, orientar, interpretar y dictar cada una de sus decisiones dentro de los márgenes de los derechos de la niñez y adolescencia, es decir, que en todos procesos que se hallen los derechos de los niños, niñas y adolescentes de por medio, el juzgador deberá resolver su situación por encima de los derechos de cualquier persona con la menor restricción posible, por ende, se puede concluir que al no aplicarse este principio a raja tabla con respecto al encargo de la tenencia se evidencia la vulneración de este principio.

No se consideran pertinentes las respuestas de la minoría, porque fundamentan su opinión en cuanto a la preferencia materna, que ya ha sido discutida por la Corte Constitucional, ya que si bien es cierto, la madre por razones biológicas como la lactancia materna forja un vínculo más cercano con el hijo o hija, no es razón de peso suficiente para que preferentemente se le encargue el ejercicio de la tenencia, no es concebible suponer que la madre en todas las situaciones será la más idónea o más capacitada para el cuidado de los hijos que el padre.

Segunda pregunta: ¿Considera usted que la sentencia No. 28-15-In/21 que declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia que prevé sobre las reglas para encargar la tenencia, promueve el ejercicio de la corresponsabilidad parental?

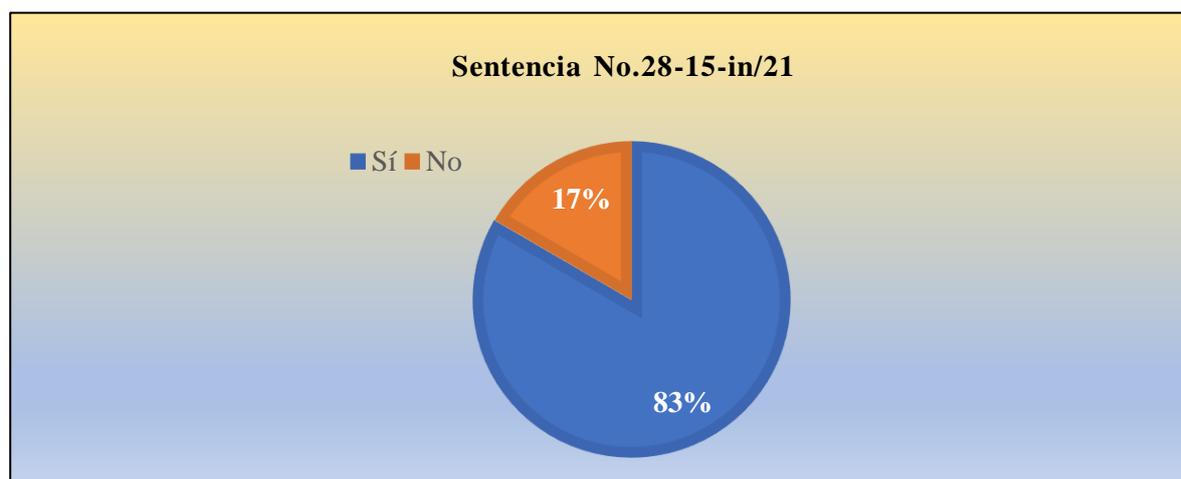
Tabla N° 2

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	25	83,3 %
No	5	16,6 %
Total	30	100 %

Fuente: Profesionales del derecho de la ciudad de Tena y Loja.

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo.

Figura N° 2



Interpretaciones:

En la presente pregunta 25 de 30 encuestados que constituyen el 83,3% seleccionaron la opción del sí, por lo tanto, están de acuerdo que la sentencia No.28-15-In/21 que declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia promueve el ejercicio de la corresponsabilidad parental, porque están de acuerdo que con la decisión de la Corte Constitucional al eliminar la preferencia materna y garantizar el derecho de igualdad y no discriminación de los progenitores para el encargo judicial de la tenencia divide su responsabilidades parentales equitativamente, lo cual promueve que el padre también pueda asumir el cuidado y crianza de sus hijos, así mismo, al declararse dicha inconstitucionalidad va consentir que la familia refuerce sus lazos familiares independientemente de su estado civil, ya que dicha separación no puede considerarse motivo suficiente para impedir a un progenitor involucrarse en la vida de su hijo. Finalmente, los encuestados hacen hincapié, en que la sentencia va permitir que el principio de corresponsabilidad parental se ejercite de una forma más efectiva y rescatan que la ausencia de uno de los dos padres perjudicaría la salud mental del niño y no estaría satisfaciendo la ley

superior que les corresponde, así que consideran que, al momento de tratar el tema de la corresponsabilidad, hay que verlo desde la importancia que representa para la vida del menor. Mientras que 5 personas que representan el 16,6% manifiestan que no se promueve dicho principio, porque consideran que la decisión de la Corte al querer dar igualdad de condiciones se estaría dejando en la indefensión a ciertos niños al exponerlos a la violencia intrafamiliar ejercida por parte de los padres hacia sus hijos, igualmente, señalan que el cuidado y protección del menor debe estar a cargo del progenitor que se encuentre más apto psicológicamente por lo cual se debe pedir la intervención de los trabajadores sociales y psicólogos acreditados por el Consejo de la Judicatura.

Análisis

De acuerdo a los resultados obtenidos, se comparte el punto de vista de la mayoría, puesto que el principio de corresponsabilidad parental permite que tanto el padre como la madre pueden seguir participando activa y permanente vivan juntos o no, en todo lo que tenga que ver con el cuidado y crianza de sus hijos, es decir, permite un reparto equitativo del tiempo y deberes que les corresponde como progenitores sin incurrir en preferencias, en tal sentido, cualquier decisión que se tome en torno a la situación de los hijos respecto de sus padres y viceversa, debe velarse por el cumplimiento estricto de este principio que se encuentra amparado no solo por la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia, ya que también existen innumerables instrumentos internacionales que respaldan que los Estados partes deberán optar por la aplicación de medidas que fortalezcan la igualdad en los derechos y deberes de los cónyuges durante y después del matrimonio, siempre y cuando dicha convivencia no afecte al niño, niña o adolescente, lo que me permite concluir que no solo la sentencia promueve el ejercicio de la corresponsabilidad parental puesto que existe normativa nacional e internacional suficiente que la respalda.

No se consideran pertinentes las respuestas de la minoría, debido que los encuestados no toman en cuenta que el ejercicio de la corresponsabilidad parental es factible después de una separación o divorcio, siempre que el juzgador con ayuda de la Oficina Técnica haya constatado que ambos progenitores gozan de óptimas condiciones para brindarle todo lo necesario al niño, niña o adolescente en cuanto a su cuidado, educación, crianza y desarrollo integral, por lo tanto, al considerar en primer plano que solo el padre representa un peligro inminente para la integridad personal de sus hijos, se está incurriendo en una discriminación por razón del sexo de los progenitores.

Tercera pregunta: ¿Considera usted, que la incorporación de la tenencia compartida en el Ecuador es una reforma necesaria para el pleno ejercicio de los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes?

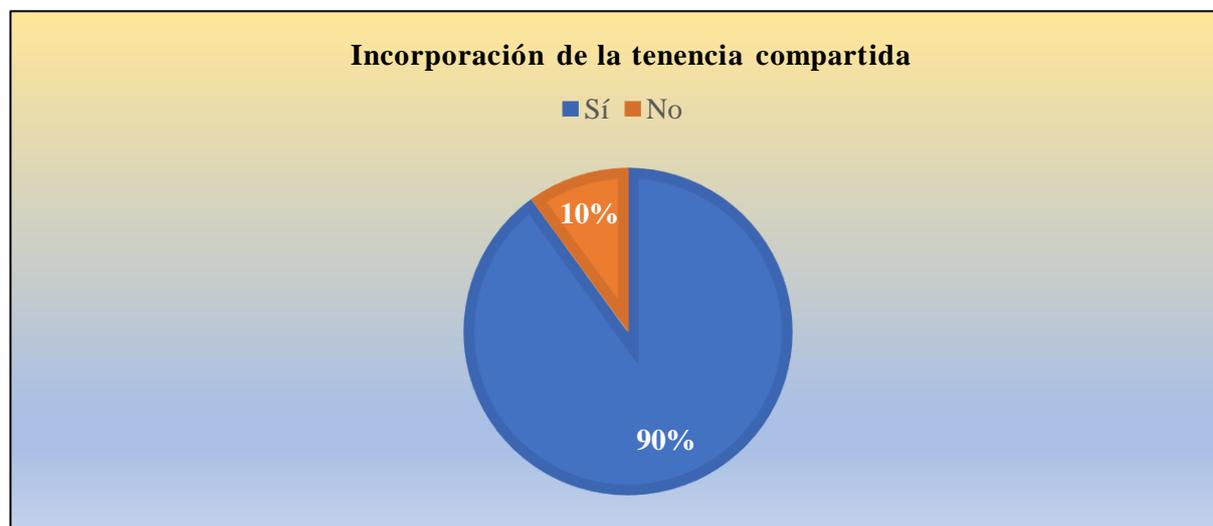
Tabla N° 3

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	27	90 %
No	3	10 %
Total	30	100 %

Fuente: Profesionales del derecho de la ciudad de Tena y Loja.

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo.

Figura N° 3



Interpretaciones:

En la presente pregunta 27 de 30 encuestados que constituyen el 90% seleccionaron la opción del sí, por lo tanto, están de acuerdo que la incorporación de la tenencia compartida es una reforma necesaria para el pleno ejercicio de los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes, debido que coinciden que su incorporación resolvería el problema que se genera después de una separación o divorcio puesto que muchas de las veces el progenitor que se queda con la tenencia del hijo suelen lastimosamente utilizarlo como herramienta de chantaje o venganza (síndrome de alienación parental) con el fin de transformar la conciencia del niño, niña o adolescente e impedir injustificadamente las visitas hasta el punto de romper totalmente los lazos familiares existentes con su otro progenitor, mencionan también que dicha tenencia compartida solo podrá ser dispuesta por el juzgador cuando se compruebe previamente con las pericias correspondientes que ambos padres se encuentran en óptimas condiciones para hacerse

cargo de la tenencia, misma que va de la mano con la opinión del hijo o hija, que va permitir que los padres puedan organizarse de mejor manera en cuanto a sus responsabilidades parentales ya sea en el ámbito económico, afectivo emocional, material e inclusive de protección de sus derechos, dejando así, de lado la cultura patriarcal que pretendía que solo la madre debía hacerse cargo de la crianza mientras que el padre era visto como un simple proveedor, en consecuencia, la tenencia compartida representaría la opción más viable para el pleno ejercicio de sus derechos siempre que el juzgador analice todos los parámetros correspondientes para cada caso.

Mientras que 3 personas que representan el 10% opinan que su incorporación no es reforma necesaria para el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, porque manifiestan que en el momento que se dé la tenencia compartida, el menor no podrá tener su lugar de confort por el continuo cambio en los domicilios lo que a futuro puede causar desapego hacia ambas partes, y es por esto que existe el régimen de visitas.

Análisis

De acuerdo a las respuestas obtenidas, se comparte la opinión de la mayoría ya que es menester que la tenencia compartida sea implementada en nuestro ordenamiento jurídico, con la finalidad de que los progenitores al momento de enfrentarse en un juicio de divorcio o separación puedan hacerlo con la garantía de que sus derechos y sobre todo los derechos de los menores van hacer respetados, ya que si el juzgador después de analizar todos los elementos de prueba considera que efectivamente ambos padres están acreditados para el ejercicio de la tenencia no hay justificación alguna (sexo o condición económica) que impida a una de las partes seguir cumpliendo con sus obligaciones parentales indispensables para el pleno ejercicio de los derechos los niños, niñas y adolescentes, entre los cuales están, conocer a sus progenitores y seguir manteniendo relaciones con ellos, derecho a ser consultados, a una vida digna, a la educación, alimentación, a tener una familia y la convivencia familiar, ente otros, que al contrario de la tenencia unilateral o monoparental, esta si garantiza el cumplimiento de las responsabilidades de los progenitores después de una separación, por ende también evitaría futuros problemas psicológicos en el hijo o hija ya que la separación resultaría una situación menos traumática.

No se consideró pertinentes las respuestas de la minoría, debido que como lo manifesté anteriormente para que pueda adjudicarse la tenencia compartida a los padres se debe cumplir una serie de requisitos indispensables, así que decir que el niño, niña o adolescente no tendrá

su lugar de confort resulta un tanto inadecuado ya que se sobreentiende que tanto el padre como la madre tienen la capacidad de propiciarle un entorno familiar óptimo, además decir que esto podría ocasionar desapego en el menor hacia ambos padres es absurdo, ya que la finalidad misma de la tenencia compartida es reforzar los lazos familiares.

Cuarta pregunta: ¿Considera usted que la preservación del entorno familiar y las relaciones familiares influye de manera positiva en la vida del niño, niña y adolescente?

Tabla N° 4

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

Fuente: Profesionales del derecho de la ciudad de Tena y Loja.

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo.

Figura N° 4



Interpretaciones:

En la presente pregunta 30 de 30 encuestados que constituyen el 100% seleccionaron la opción del sí, por lo tanto, están de acuerdo que la preservación del entorno familiar y las relaciones familiares influyen de manera positiva en la vida de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto señalan que la Constitución de la República del Ecuador, establece la protección a la familia como el espacio natural para el desarrollo integral de los hijos menores, en este sentido, es imprescindible de que al momento que los progenitores decidan ponerle fin a su vida matrimonial, el juzgador deba resolver la situación del menor prioritariamente con respecto a

las relación con sus padres, siempre que se corrobore que la preservación del entorno familiar va contribuir positivamente en su proceso de crecimiento, proceso donde adquieren habilidades, capacidades y todas las herramientas durante su edad temprana necesarias para enfrentarse a la vida, por esta razón solo cuando se considere que efectivamente ambos padres están capacitados para tales fines podrán los menores seguir relacionándose con su entorno maternal y paternal, caso contrario si supone peligro alguno se deberá impedir la misma.

Análisis

De acuerdo a las respuestas obtenidas se comparten la opinión de la mayoría, por lo que las disposiciones jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico respalda la convivencia familiar del niño, niña y adolescente después de la separación de sus progenitores, asimismo, instrumentos internacionales como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, determinan que se debe tener en cuenta varios elementos al momento que el juzgador decida sobre los derechos de la niñez y adolescencia, entre uno de ellos y el más esencial a considerar es la preservación del entorno familiar y las relaciones familiares, porque solo bajo estrictas condiciones cuando pongan en peligro la integridad personal del menor podrá optarse por separar al mismo del seno familiar, caso contrario los Estados están en la obligación de respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que por cualquier razón se encuentre separado de uno de sus padres a seguir manteniendo relaciones paterno- filiales y contacto directo de forma regular.

Quinta pregunta: ¿La tenencia atribuida a un solo progenitor vulnera los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes a?

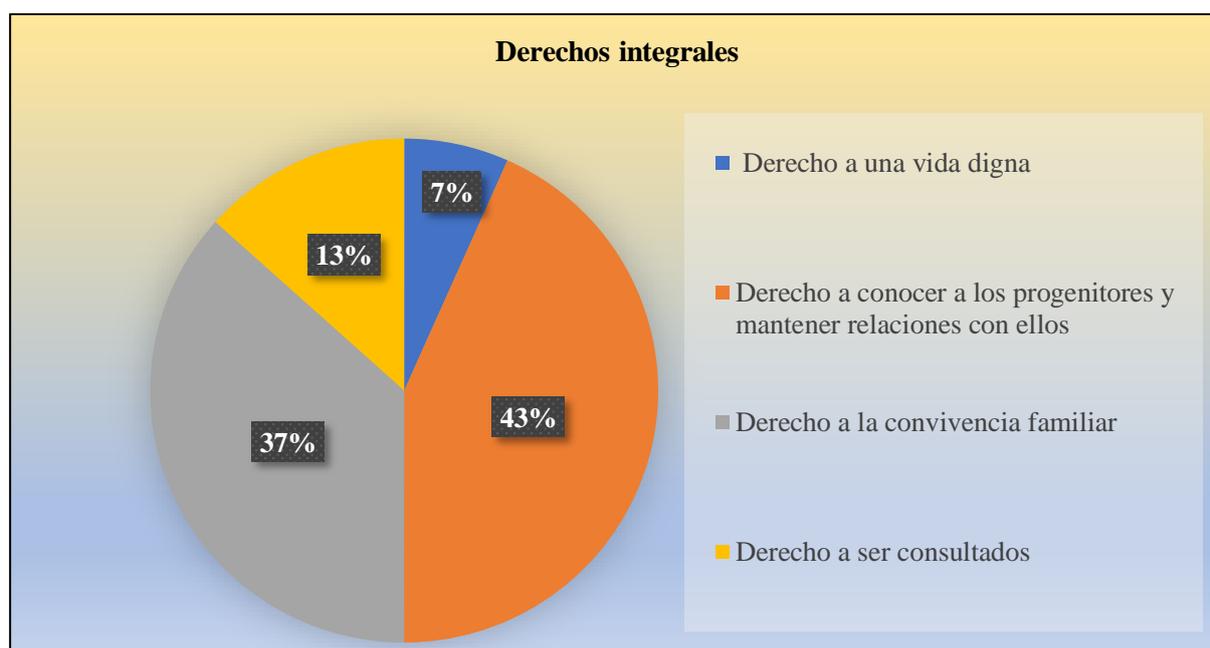
Tabla N° 5

Indicadores	Variables	Porcentaje
Derecho a una vida digna	2	6,67 %
Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos	13	43,33 %
Derecho a la convivencia familiar	11	36,66 %
Derecho a ser consultados	4	13,33 %
Total	30	100 %

Fuente: Profesionales del derecho de la ciudad de Tena y Loja.

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo.

Figura N° 5



Interpretaciones:

En la presente pregunta 2 de 30 encuestados que constituyen el 6,67% seleccionaron la opción del derecho a una vida digna; 13 encuestados que representan el 43,33% seleccionaron la opción del derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos; 11 encuestados que forman parte del 36,66% eligieron la opción del derecho a la convivencia familiar; finalmente 4 encuestados que constituyen el 13,33% seleccionaron la opción del derecho a ser consultados.

Análisis

De acuerdo a las respuestas obtenidas, se comparten la opinión de la mayoría, porque al atribuir la tenencia a uno de los padres se ven afectados claramente sus derechos, ya que cuando los padres se enfrentan en un juicio de divorcio o separación en muchas de las ocasiones el juzgador competente injustificadamente otorga el cuidado y crianza solamente a uno de los progenitores, obligando así, a la otra parte alejarse de sus hijos y limitando sus responsabilidades parentales solo en el ámbito económico, en este sentido, efectivamente se vulnera el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos, dado que el Código de la Niñez y Adolescencia, establece que cuando los padres se encuentren separados por cualquier motivo, los hijos menores de edad tendrán derecho a ser cuidados y mantener relaciones afectivo-emocionales, permanentes y regulares con ambas partes; así mismo, se ve afectado su derecho a la convivencia familiar, por cuanto, no se está adoptando todas las medidas que permitan la permanencia del menor en la familia la cual debe estrictamente proveer un entorno adecuado

que ayude a su desarrollo integral y respeto de sus derechos; siguiendo la misma línea, el derecho a una vida digna también se ve menoscabado, debido que al encargar la tenencia solo a un progenitor sin evaluar las condiciones que tenga para ofrecerle al hijo o hija, no se está garantizando que el niño, niña o adolescente vaya a convivir en un entorno que le propicie todo lo necesario para que pueda tener una vida digna; por último y no menos importante otro de sus derechos que se ve violentado, es el derecho a ser consultados, dado que no siempre se toma en cuenta la opinión del niño o adolescente, la cual es valiosísima para que el juzgador pueda tomar una mejor decisión.

Sexta pregunta: Seleccione lo que usted considera que implicaría la implementación de la tenencia compartida:

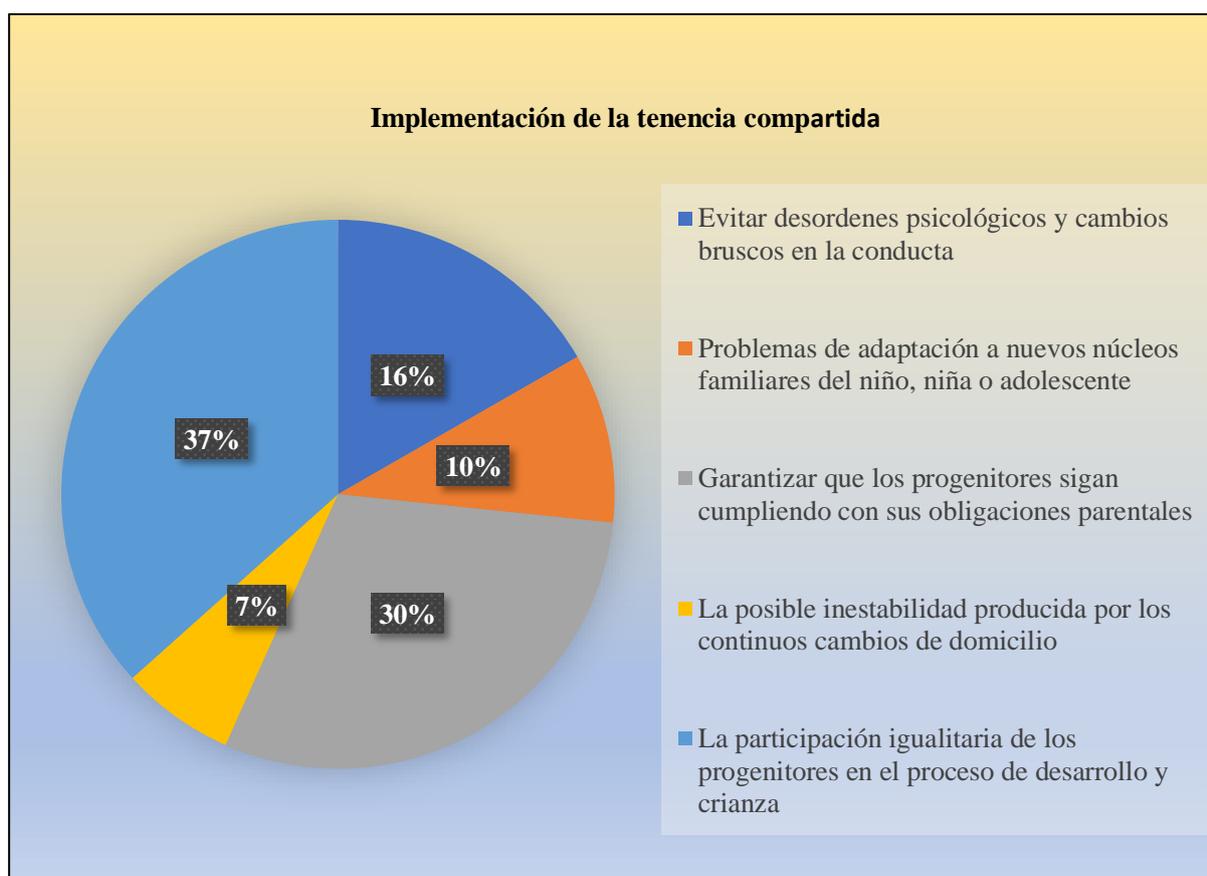
Tabla N° 6

Indicadores	Variables	Porcentaje
Evitar desordenes psicológicos y cambios bruscos en la conducta	5	16 %
Problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares del niño, niña o adolescente	3	10 %
Garantizar que los progenitores sigan cumpliendo con sus obligaciones parentales	9	30 %
La posible inestabilidad producida por los continuos cambios de domicilio	2	7 %
La participación igualitaria de los progenitores en el proceso de desarrollo y crianza	11	37 %
Total	30	100 %

Fuente: Profesionales del derecho de la ciudad de Tena y Loja.

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo.

Figura N° 6



Interpretaciones:

En la presente pregunta 5 de 30 encuestados que representan el 16% seleccionaron la opción de evitar desordenes psicológicos y cambios bruscos en la conducta; 9 encuestados que forman parte del 30% seleccionaron la opción garantizar que los progenitores sigan cumpliendo con sus obligaciones parentales y; 11 encuestados que representan el 37% seleccionaron la opción de la participación igualitaria de los progenitores en el proceso de desarrollo y crianza, por lo tanto, están de acuerdo en su mayoría que la implementación de la tenencia compartida implicaría una serie de ventajas positivas tanto para el niño, niña o adolescentes como para sus progenitores; mientras que 3 encuestados que constituyen el 10% seleccionaron la opción de problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares del niño, niña o adolescente; finalmente 2 encuestados que constituyen el 7% seleccionaron la opción de la posible inestabilidad producida por los continuos cambios de domicilio, por lo tanto, consideran que la implementación de la tenencia compartida traería más desventajas que ventajas.

Análisis

De acuerdo a las respuestas obtenidas, se comparte la opinión de la mayoría porque se ha podido evidenciar que la implementación de esta figura jurídica trae más ventajas que desventajas, ya que garantiza que después de un proceso de divorcio o separación los progenitores puedan establecer acuerdos que les permita participar activamente y equitativamente en la vida del niño, niña o adolescente, lo que va a propiciar que se genere un ambiente sano y estable para que ambos padres así no se encuentren viviendo juntos puedan seguir cumpliendo a carta cabal con sus responsabilidades, ya sea en la crianza, alimentación, cuidados, educación, protección de sus derechos y toda decisión importante en su vida, aunado a ello, la implementación de la tenencia compartida busca evitar que se generen problemas psicológicos en los hijos, por lo que seguir disfrutando de la presencia de los padres después de un divorcio ayudará que este proceso resulte una situación menos traumática, por ende viabiliza una mayor aceptación ante el nuevo panorama familiar, cabe también destacar en este punto, que el juzgador para poder optar por la tenencia compartida debe analizar todos los elementos de prueba necesarios que le permitan comprobar que efectivamente ambos padres gozan de excelentes condiciones para poder hacerse cargo del menor, asimismo será obligatorio tomar en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente y si está de acuerdo en compartir de manera constante con sus padres, en tal sentido, el juzgador deberá disponer que la Oficina Técnica al igual que en la tenencia unilateral, realice seguimientos periódicos para verificar que los progenitores sigan cumpliendo con sus deberes, además de asegurarse que dicha tenencia compartida no esté siendo perjudicial para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

No se consideran pertinentes las respuestas de la minoría, ya que, si la administración de justicia analiza todos los parámetros a evaluarse, toma en consideración la opinión del menor y dispone que la Oficina Técnica lleve a cabo seguimientos periódicos, no hay razón de peso alguna que justifique que pueda generarse una posible inestabilidad por los cambios de domicilio y problemas de adaptación a los nuevos núcleos familiares, debido que de antemano se ha verificado que los dos progenitores gozan de ambientes familiares óptimos para poder acoger al niño, niña o adolescente durante su tiempo de estancia y convivencia, por lo tanto, decir que genera inestabilidad sería inadecuado, ya que dicha tenencia compartida se la lleva a cabo conjuntamente con el consentimiento del hijo o hija y naturalmente si esta llegar a ser perjudicial se la suspendería, caso contrario si no existe justificación alguna no se puede privar a uno de los padres de seguir siendo parte activa en su vida.

Séptima pregunta: ¿Estaría de acuerdo con la elaboración de una propuesta jurídica en cuanto a la implementación de la tenencia compartida?

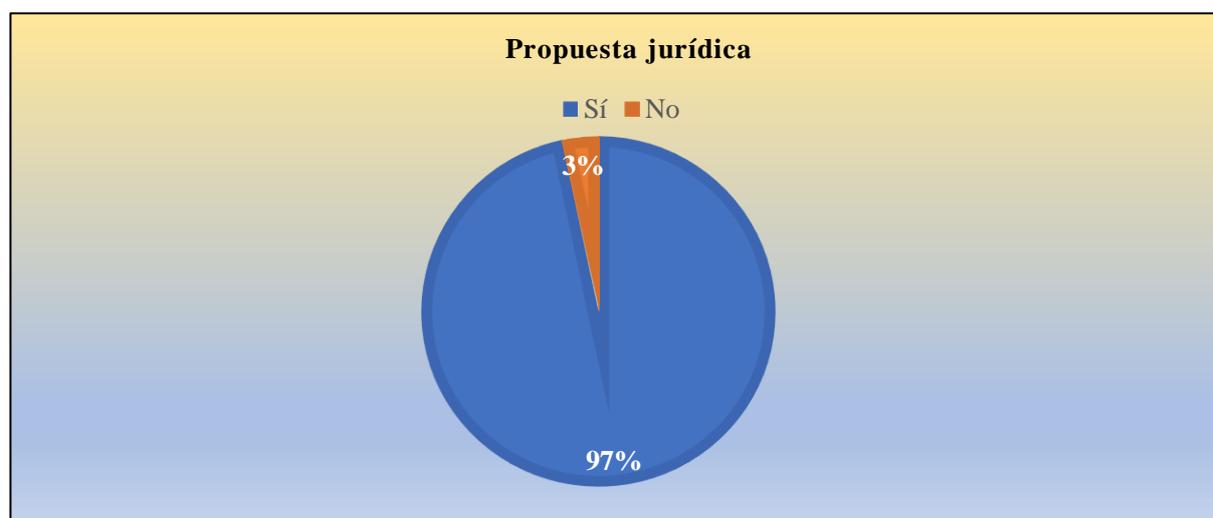
Tabla N° 7

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	29	96,7 %
No	1	3,3 %
Total	30	100 %

Fuente: Profesionales del derecho de la ciudad de Tena y Loja.

Autora: Soler Del Cisne Procel Hidalgo.

Figura N° 7



Interpretaciones:

En la presente pregunta 29 de 30 encuestados que constituyen el 96,7% seleccionaron la opción del sí, por lo tanto, están de acuerdo con la elaboración de una propuesta jurídica en cuanto a la implementación de la tenencia compartida, porque consideran que con ello se estaría haciendo cumplir lo establecido en el Art. 69 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo articulado que garantiza que los progenitores están obligados hacerse cargo de la crianza, educación, alimentación, protección de sus derechos y sobre todo el desarrollo integral de los hijos, en especial cuando los padres se encuentren separados por cualquier motivo, es decir, el Estado va promover la maternidad y paternidad responsables fundamentándose en que los mismos gozan de los mismos derechos y obligaciones en cuanto a sus hijos, por ende, la implementación de esta figura sería viable jurídicamente en nuestra legislación, además concluyen que esto ayudaría a resolver los problemas que se suscitan en las familias separadas, como el incumplimiento de las responsabilidades paterno-filiales, la discriminación en los juicios de divorcio por razón del sexo de los padres y los problemas que suelen generarse

cuando un solo progenitor tiene la tenencia, porque muchas de las veces utilizan al menor como arma de chantaje y venganza, lo que imposibilita que el progenitor ejercite su derecho a las visitas llegando al punto de destruir sus lazos familiares, por lo tanto, la implementación de la tenencia compartida debe ser vista como punto de partida o primera opción cuando ambos progenitores se encuentren en igualdad de condiciones, sin embargo, debe observarse criterios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad, ya que esta reforma modifica el régimen de alimentos y el régimen de visitas, tanto así, que los puede extinguir; en la aplicación de la tenencia compartida.

Mientras que una persona que representa el 3,3% manifiesta que no está de acuerdo con la elaboración de una propuesta jurídica en cuanto a la implementación de la tenencia compartida, porque sostiene que el menor no podrá desarrollarse con plenitud debido al cambio de núcleo familiar, no se vulnera el derecho de ser consultado del niño, ya que bien sabemos el menor puede ser influenciado por cualquier progenitor, igualmente señala que la tenencia del menor debe ser de un solo padre hasta que el menor tenga la capacidad para elegir con qué progenitor radicarse, concluyen además, que no se vulnera los derechos del niño ni de ningún progenitor ya que existe el régimen de visitas.

Análisis

De acuerdo a las respuestas obtenidas, se comparte la opinión de la mayoría, ya que la propuesta jurídica en cuanto a la incorporación de la tenencia compartida, resulta beneficiosa y garantista de derechos tanto para los progenitores como para los niños, niñas y adolescentes, además de ser viable jurídicamente en nuestra legislación por los principios de corresponsabilidad parental, interés superior del niño y el respeto al derecho de igualdad y no discriminación de los progenitores, por lo tanto, puedo concluir que la tenencia compartida a comparación de la tenencia unilateral que está establecida actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, va permitir resolver los problemas que se generan en los juicios de separación o divorcio, puesto que el juzgador cuando evidencie que los progenitores demuestran que se encuentran en igualdad de condiciones o no logren llegar a un acuerdo la opción más favorable sería la tenencia compartida, que además de garantizar el pleno ejercicio de los niños, niñas y adolescentes, va garantizar que tanto el padre como la madre cumplan con sus deberes, evitando así la sobrecarga de responsabilidades en un solo progenitor, la vulneración de los derechos de los hijos al ser obligados a separarse de uno de sus padres produciendo traumas psicológicos, del mismo modo con dicha incorporación se estaría velando por el tan mencionado interés superior del niño, ya que como sabemos los derechos de los niños, niñas y adolescente siempre estarán por encima de los derechos de las padres, por tanto su situación debe ser resuelta con la

menor restricción posible, asegurando que dicha decisión no afecte su bienestar físico y psicológico a futuro.

No se considera pertinente la respuesta de la minoría, ya que considera que la tenencia unilateral o monoparental no violenta de ninguna manera los derechos tanto de los hijos como de los padres, lo cual es incorrecto ya que el por simple hecho de establecer que un solo progenitor podrá hacerse cargo del cuidado y crianza de su hijo sin haber antes evaluado la particularidad de cada caso, se evidencia que existe una desigualdad material al colocar al padre o la madre por encima de los derechos del otro, no estoy de acuerdo también con lo que establece que no podrá desarrollarse con plenitud, ya que al estar presentes los dos progenitores durante su proceso de crecimiento de forma positiva esta no hace más que favorecer su desarrollo integral, por último menciona que no se vulnera los derechos de ningún progenitor porque existe el régimen de visitas, en este sentido también refuto esta opinión, por cuanto los periodos de tiempo que pasa uno de los padres con su hijo o hija son minúsculos por no decir nulos a comparación del que ejerce la tenencia.

6.2. Resultados de las Entrevistas

La presente técnica de la entrevista fue aplicada a 10 profesionales del derecho entre ellos un juez de la familia, niñez y adolescencia, y nueve abogados especialistas en materia de familia, a quienes se les aplicó un banco de siete preguntas abiertas relacionadas al problema jurídico que se investiga, obteniendo los siguientes resultados.

Primera pregunta: ¿Cree usted que el ejercicio de la tenencia atribuida exclusivamente a un solo progenitor vulnera los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Efectivamente, con base a la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, se dejó claro que los numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia resultan violatorios de derechos, por ende, se decide eliminar la preferencia a la madre a la hora de hacerse cargo de tenencia de los hijos menores de edad, estos mismos por ir en contra de los principios de interés superior del niño, el de corresponsabilidad parental y el derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores. La Constitución es clara cuando establece que el padre y la madre son los responsables y obligados directos para cuidar de sus hijos, lamentablemente en la práctica eso no sucede así, porque siempre el ejercicio de la tenencia se le atribuye a la madre,

cierto es que el numeral 1, del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, señala que se respetará los acuerdos que lleguen a establecer los padres, pero esto es algo muy débil, por cuanto de mi ejercicio profesional en todos los casos que he tenido, nadie ha resuelto a través de un sano acuerdo, porque el mismo hecho de que se vayan a juicio significa que la pareja no pudo resolver sus diferencias a nivel personal y por eso acuden ante el juez, y en audiencia es casi imposible que lleguen a un acuerdo, por ello, en la mayoría de los casos el juez decide resolver otorgándole la tenencia a la madre, de esta manera se viola los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser cuidado por sus dos progenitores.

Segundo entrevistado:

Considero que como tal los derechos que se vulneran de los niños, niñas y adolescentes estarían dentro de una vulneración estricta a su desarrollo en iguales condiciones con sus padres, es decir, los menores tienen derecho de tener un proceso de crecimiento adecuado que permita su desarrollo, apego y evolución conjuntamente con ambos progenitores. El tema de la tenencia es un concepto muy complejo de discutir, y que en la sentencia de la Corte Constitucional se lo ha desglosado de forma muy precisa en unos puntos y poco escueta en otros, partiendo de lo siguiente, por ejemplo el tema de la tenencia desde el plano normativo antes de la sentencia se establecía que hasta los 12 años se prefería a la madre, por lo tanto, se estaba estableciendo de partida que la mujer es la idónea para cuidar al menor, entonces ahí parte también un concepto sociológico de discusión, porque estamos alegando que la madre es la única capacitada para criar a los hijos, en este sentido, lo idóneo dentro del marco constitucional y la progresividad de derechos, es que la tenencia se tenga que elegir entre la capacidad desde todo punto de vista puede ser económico, social, afectivo, espacio, tiempo y crianza que le pueda brindar cualquiera de los dos progenitores, desde este sentido, considero que si se está vulnerando sus derechos al señalar de forma obligatoria la tenencia a la madre, ahora si hablamos desde otras aristas a lo mejor no podríamos encontrar una vulneración, pero hablando desde el punto estricto de preferir obligatoriamente a la madre frente al padre cuando no se ha hecho una valoración de condiciones mentales y sociales de ambos, considero que sí, debido que se le estaría privando del derecho a estar con el progenitor que el niño, niña o adolescente se sienta mejor y con el cual tendría un mejor desarrollo.

Tercer entrevistado:

Cuando se plantean varias acciones en este caso una acción de inconstitucionalidad respecto a la tenencia, hay que tener en cuenta varios aspectos siendo uno de los más importantes dentro

de la sentencia algo que nosotros llamamos la medida de restricción de derechos y la medida en la cual podemos hacer que un ejercicio de derechos sea menos lesivo, en tal caso, si hablamos de una tenencia, la legislación ecuatoriana lo establecía dándole preferencia a la madre, si bien es cierto, hay varias cuestiones en los cuales se determina que este deberá ser directamente otorgada a la mujer, pero si nos ponemos a revisar varios derechos esto no solo implica el principio de interés superior del niño ya que podemos darnos cuenta de dos factores importantes, el primero es cuestionarnos que derechos en sí se están vulnerando, si nos ponemos de parte del padre nos podemos percatar que sus derecho también se ven claramente transgredidos a través de esta norma legal, y bajo esta circunstancia lo que hacen los jueces de la Corte Constitucional es establecer que es lo que dicta la norma y en base a qué medida interpretativa se lo puede realizar, el Art. 3 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prescribe varios métodos de interpretación de la norma y de igual forma la Constitución, establece la medida restrictiva, y como se puede asegurar que el derecho del menor se encuentre en ejercicio sin vulnerar también el derecho de los padres, en este caso, el Art. 106 que otorgaba el beneficio a la madre, o si podían existir algunas medidas menos restrictivas sin que sus derechos sean violentados, en tal sentido, nos preguntamos si la norma está vulnerando o no los derechos, y evidentemente lo está haciendo ya que deja al padre sin la capacidad para que siquiera pueda tener una oportunidad de hacerse cargo de la tenencia del menor. Entonces no podemos señalar de manera irrestricta que una norma legal pueda acaecer directamente donde la madre, cuando podría incluso esto ser consecuencia de una vulneración a futuro de los derechos del menor, en conclusión y tomando en cuenta lo antes mencionado, efectivamente la tenencia atribuida a un solo progenitor vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Cuarto entrevistado:

Como sabemos la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 69 y 83, establece la corresponsabilidad tanto del padre como de la madre para la crianza, cuidado y la satisfacción de las necesidades fundamentales que tienen los hijos, sin embargo, esta disposición determinada en Art. 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia por la revisión que le hace el Art. 118 del mismo cuerpo legal, al indicar que las reglas que se deben seguir para el caso de la tenencia son las mismas que de las del confiío de la patria potestad, donde evidentemente se señala una preferencia a la madre por sobre el padre, y esto efectivamente constituye a su vez una vulneración de los derechos constitucionales, toda vez que la Constitución taxativamente, señala que la corresponsabilidad es tanto del padre como de la

madre, y no puede, ni debería haber preferencia alguna respecto de uno u otro progenitor si ambos gozan de condiciones óptimas que les puedan brindar a sus hijos para el pleno desarrollo y ejercicio de sus derechos.

Quinto entrevistado:

Si, considero que se vulneran los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes porque en las diferentes etapas de su desarrollo físico, biológico y psicológico requieren de la presencia de los padres, es decir, papá y mamá quienes brindan afecto, cariño, amor y sobre todo la protección en su seguridad personal, cuidado de su salud, vestimenta, alimentación y la orientación en la educación de valores éticos, morales, sexuales, reproductivos además el apoyo en las tareas educativas y especialmente a contar con un hogar en donde exista armonía, respeto y la convivencia pacífica libre de violencia, aspectos que constituyen los pilares fundamentales para el desarrollo integral y del interés superior del niño, niña y adolescente conforme lo establece el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador. Atribuirle la tenencia a un solo progenitor prescindiendo de la corresponsabilidad del otro progenitor, es dejar en la indefensión y generar un desequilibrio emocional que puede desembocar en acciones y decisiones equivocadas ya que por su edad temprana son más susceptibles de ser afectados por esta clase de situaciones.

Sexto entrevistado:

La tenencia atribuida exclusivamente a un solo progenitor es consecuencia directa de la responsabilidad que poseen los progenitores por el hecho natural de haber procreado uno o más hijos, por lo que constituye un deber derivado de la filiación. En principio se trata de un acuerdo de voluntades establecidas por ambos padres y establecer condiciones de respeto y colaboración es imperativo para poder lograr una proporcionalidad en la distribución del tiempo en la atención y satisfacción de las necesidades materiales y afectivo-emocionales de los hijos. Como podemos observar son elementos que no se encuentra presentes en el concepto de tenencia relacionado al interés superior del menor, por lo que constituye a mi consideración la deficiencia del modelo de tenencia.

Séptimo entrevistado:

Si los vulnera, por cuanto son los hijos los que deben ejercer ese derecho de decidir compartir con ambos progenitores, no solo el derecho de visitas sino el de tenencia también. Al ser uno de los sectores más vulnerables el estado es el que garantizará el cumplimiento de los derechos

de los niños, niñas y adolescentes, ya que se entiende que desde que tienen una edad madura pueden ser interrogados de manera reservada con el juzgador y exponer lo que considere necesario

Octavo entrevistado:

Si, vulnera los derechos de igualdad y también se está violentando el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescente y el principio de la corresponsabilidad parental, siempre y cuando estén aptos para cuidar de ellos, por tal motivo la tenencia debe ser compartida una vez verificado que se encuentran preparados emocionalmente, físicamente e inclusive si gozan de una buena solvencia económica.

Noveno entrevistado:

Claro que existe una clara vulneración, partamos desde el principio de interés superior del niño que es un principio amparado no solo en la Constitución de la República del Ecuador sino también en los tratados internacionales de los cuales Ecuador es parte, como por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica que en el Art.19, establece el derecho de los niños y niñas a crecer en un ambiente sano dentro de una familia constituida obviamente por mamá y papá, entonces, al ser privado de la convivencia de una de estas dos figuras ya sea la materna o la paterna una vez disuelto en vínculo matrimonial, existe un vulneración al desarrollo integral del menor, ya que pierde en muchos de los casos la figura paterna en donde su desarrollo se vuelve inestable, tiende a cambiar su conducta y comportamiento por la falta o la ausencia del padre.

Décimo entrevistado:

Si, porque el menor para una adecuada formación y vida digna debe estar en su círculo propio familiar, es decir, padre y madre deben mantenerse con los hijos una relación da efectividad y al otorgar la tenencia a uno solo se le impide o no constituye el tiempo suficiente limitándose únicamente a las visitas para poder generar un vínculo fraternal y de afectividad. Desde el punto de vista constitucional, si vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes por cuanto la misma Constitución garantiza los derechos que tienen los hijos de vivir en ambiente familiar estable que les asegure su desarrollo emocional.

Comentario de la autora: En la presente pregunta comparto la opinión de todos, por cuanto es verdad que el ejercicio de la tenencia atribuida exclusivamente a un solo progenitor vulnera los derechos integrales de este grupo de atención prioritaria, ya que la Constitución es clara en

amparar que la corresponsabilidad parental es donde el padre y madre están obligados recíprocamente hacerse cargo del cuidado, crianza, alimentación, educación y todo lo que sea necesario para suplir las necesidades de los hijos menores de edad, especialmente en los casos cuando se encuentren separados en este sentido, la normativa al determinar obligatoriamente como punto de partida que el ejercicio de la tenencia lo va tener un solo progenitor que en muchos de casos se le otorga preferentemente la madre, sin antes el juzgador haber hecho una valoración de las condiciones de ambas partes, de ante mano, se le está privando al menor del derecho a ser criado por sus dos padres, ya que sobrecargarle la responsabilidad de criar un hijo a un solo progenitor puede provocar que no se satisfaga plenamente todas las necesidades materiales y afectivo-emocionales que pueda necesitar el niño, niña o adolescente, por ende, no se está considerando como punto principal al momento de otorgar la tenencia que dicha decisión va garantizar el pleno ejercicio de sus derechos esenciales para su adecuado desarrollo, menos aún, se está considerando que al alejarle de uno de padres sin razón alguna vaya afectarle psicológicamente en un futuro.

Segunda pregunta: ¿Qué criterio le merece, la situación que se genera en los juicios de divorcio y separación cuando la tenencia es otorgada a uno de los progenitores, pese que la ley establece que gozarán de los mismos derechos y obligaciones respecto de sus hijos?

Respuestas:

Primer entrevistado:

A mi criterio existe una contradicción escandalosa en la ley, como señale anteriormente en la Constitución y en el Código de la Niñez y Adolescencia o al menos en la práctica, por un lado tenemos abundante norma jurídica no solo nacional sino también internacional con los tratados y convenios internacionales referente a los niños que cuidan los derechos de los mismos, que establecen a favor de ambos progenitores la responsabilidad compartida, inclusive la doctrina habla hasta la saciedad de que lo mejor para los hijos es que ambos progenitores se hagan cargo de cuidado en forma personal, en este caso como profesional del derecho y como padre, considero que si queremos atender al principio de interés superior del niño, lo normal sería que los hijos queden al cuidado de ambos padres, ya que es absurdo decir que por cuidar el principio de interés superior del niño su tenencia deba ser atribuida solo a uno de ellos, por lo tanto, debe ser la norma general que los hijos deben estar bajo la protección de sus dos figuras materna y paterna, el mismo que debe estar alineado con el principio de interés superior. En la práctica diaria se ha podido observar en los juicios de divorcio o separación solamente en el padre recae la supervisión, ya que se analiza si es conveniente que siga al cuidado del niño conjuntamente

con el Equipo Técnico como si se tratara de un delincuente, claro que existen casos en los que los padres representan un peligro para la integridad personal del hijo, pero son casos excepcionales que deben ser minuciosamente evaluados tanto en el entorno de la madre como en el del padre, en tal sentido, podemos decir que no existe tenencia compartida, ya que la misma ley empuja al juzgador a confiar la tenencia a uno solo de ellos y ese solo hecho es violatorio de derechos, esta norma de la que yo me refiero está en el Art. 333 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, que habla del divorcio contencioso donde se obliga a los padres que para poder disolver el vínculo matrimonial, la madre se haga de la tenencia del niño. Ahora con esta resolución algo se ha avanzado, sin embargo, no significa que exista tenencia compartida, lo único que existe es que padre y madre en igualdad de condiciones van a pelear por la tenencia del niño lo cual llegamos a lo mismo, violación de los derechos de los niños, por cuanto no permite que ambos padres los cuide y peor aún si ambos progenitores han terminado en mala forma y salen a flote los resentimientos.

Segundo entrevistado:

En el libre ejercicio de la profesión representa un problema frente a un esquema estricto establecido, porque lastimosamente se han dado casos en los se puede prever que el padre goza de una mejor condición, un mejor apego para poder criar a los hijos y poder tener a lo mejor esa especie de la tenencia compartida, sin embargo, por la circunstancias en las que se da el divorcio, por ese sentimiento que implica a veces la separación entre los padres deciden otórgasela a la madre sin discusión y de forma estricta, en este sentido, los jueces no analizan más allá, no piden mejores pericias, elementos probatorios que hagan discutir sobre la idoneidad de la sentencia. El criterio que me merece ante esta situación es un poquito preocupante y de impotencia, porque habido situaciones en las que uno podría hacer más pero ese arraigo judicial en los jueces de familia hace que esto no pueda evolucionar y tener otro tipo de discusión, ya que estrictamente ese sistema tradicional de adjudicación de tenencia a la madre frente al padre, limita a la administración de justicia que sin valoración, sin análisis y sin ningún tipo de discusión mayor la tenencia sea otorgado a uno de ellos.

Tercer entrevistado:

El Art. 11 numeral 2 de la Constitución, establece la igualdad tanto material como formal, dentro de este parámetro y estableciendo que todas las personas tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, y si efectivamente contamos con los mismos derechos, las mismas obligaciones bajo el principio de igualdad y seguridad jurídica podemos observar que no se está

aplicando la misma dentro de un juicio de divorcio, previo a ello hay que tener en cuenta, para que pueda resolverse el divorcio se necesita evaluar la situación de los menores, pese a eso, ante la carencia técnica y constitucional de varios jueces, solo aplican la norma, no realizan una interpretación directa, ponderación de derechos, no vigilan la garantía constitucional y el debido proceso, peor aún, hacen un cuestionamiento constitucional, entonces si hablamos de divorcios en los cuales se tiene que vigilar el interés superior del niño lamentablemente hay que ser realistas, no se está manejando.

Cuarto entrevistado:

Respecto de los juicios de divorcio en donde la ley obliga que no se puede pronunciar la sentencia de divorcio si previamente no se ha resultado la situación de los hijos menores de edad respecto a la tenencia, régimen de visitas y otros asuntos colaterales, la experiencia nos ha demostrado que efectivamente el tema de la tenencia en estos juicios viene a ser un asunto prácticamente residual, toda vez de que se pone mayor énfasis en la terminación del vínculo matrimonial, pero muy pocas veces y hay que ser honesto en esto, en torno al tema de la sentencia no se indaga a fondo cuál de los progenitores está en las condiciones más óptimas para el cuidado y protección de los hijos.

Quinto entrevistado:

Considero que existe un tinte discriminatorio para la otra parte procesal a la que no se le cede la tenencia, por cuanto se refleja desigualdad, inequidad lo que conlleva a sentir un rechazo y repercusión hacia los hijos de manera negativa, más aún, cuando existe una pensión alimenticia de por medio. Ese es el problema que identifiqué, ya que generalmente se solicita la tenencia de los hijos por el hecho de que no le sea fijada una pensión alimenticia.

Sexto entrevistado:

Los divorcios y la separación del núcleo familiar ocasionan un problema social significativo en el país, provocan conflictos legales, movimientos económicos y polémicas de fuerte carga emocional, sobre todo, al momento de decidir con que progenitor se quedan los hijos. La legislación ecuatoriana posee elementos jurídicos suficientes que hacen viable la inclusión de la custodia compartida, para así poder lograr el perfeccionamiento de los derechos del buen vivir de los niños, niñas y adolescentes en el país.

Séptimo entrevistado:

Durante el matrimonio y después del mismo, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en cuanto al mantenimiento del hogar, esta igualdad se debe aplicar también en todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. El derecho de igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio, para ello el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que hombres y mujeres tienen igual derecho para contraer matrimonio y elegir cónyuge, así como los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

Octavo entrevistado:

No estoy de acuerdo con esto, porque primeramente hay que analizar si ambas partes presentan o prueban que tienen las mismas posibilidades para brindar una correcta crianza, sustento y sobre todo que le permite al niño, niña o adolescente disfrutar de un ambiente familiar en el que prime el cariño y respeto, en este sentido, caso contrario no habría justificación alguna para privar a una de las dos partes la tenencia del menor, ya que como padres frente a la ley tiene la obligación de hacerse cargo del menor compartiendo sus responsabilidades recíprocamente y el mero hecho de que se encuentren separados no va a significar que uno de ellos debe deslindarse de los deberes paterno-filiales respecto de los hijos que tengan en común. Lamentablemente en este tipo de juicios de divorcio para poder emitir la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial, es requisito otorgar la tenencia a uno de los padres mediante un curador- ad litem y como el objetivo es el divorcio, poco o nada les importa a quien confiar la tenencia.

Noveno entrevistado:

El Art. 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, antes de su reforma indicaban textualmente, que la patria potestad se confiará a la madre de los hijos que no han cumplido los 12 años, en este sentido, lo correcto en un juicio de divorcio sería que de común acuerdo los progenitores y en igualdad de condiciones puedan decidir quien se va quedar con la tenencia o si la misma será compartida, y solo en casos de discrepancia deberán ser los peritos, psicólogos y trabajadores sociales quienes orienten al juzgador a tomar una mejor decisión que garantice el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas o adolescentes según sea el caso.

Décimo entrevistado:

Cuando la tenencia es otorgada a uno de los padres, esto no quiere decir que el otro progenitor deje de tener obligaciones, ya que probablemente no tuvo las condiciones adecuadas para poder tenerlo, ya sea por la falta de trabajo o falta de un espacio adecuado para su crianza, en este sentido, la sentencia No. 28-17-IN/21 dictada por la Corte Constitucional abre un nuevo panorama quitándole la prioridad y preferencia de la tenencia a la madre, generando ahora en la actualidad igualdad de roles.

Comentario de la autora: En la presente pregunta comparto la opinión de todos, por cuanto los progenitores al momento de enfrentarse a un juicio de separación o divorcio deben hacerlo en igualdad de condiciones, ya que la misma Constitución en el Art. 66 numeral 4, garantiza que las personas deben gozar de una igualdad tanto formal como material y he allí donde se puede observar que la normativa tiene un tinte discriminatorio por razón del sexo de los padres dentro de estos juicios, así mismo, la Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia, señalan que los progenitores tienen iguales responsabilidades en el mantenimiento y la dirección del hogar el mismo que debe ser vigilado para que pueda darse un cumplimiento recíproco de sus deberes y derechos como progenitores, en este sentido, es lógico pensar que dichas condiciones de igualdad deban ser aplicadas sobre todo en las cuestiones relativas a la separación o la disolución del vínculo matrimonial cuando hay hijos dependientes de por medio, ya que por el simple hecho de tratarse de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, la tenencia debe ser una consideración primordial por el juzgador antes que la misma disolución del vínculo matrimonial, por lo tanto, antes de ser otorgada es esencial que se vigile el interés superior del niño. Así que puedo concluir que basándonos en lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico no hay fundamento suficiente que justifique que la tenencia solo la pueda tener una persona, ya que el juzgador antes de llegar a esa consideración debe ordenar y analizar todas las pericias y elementos necesarios, y si efectivamente resulta perjudicial para el niño, niña o adolescente se aplique la misma, caso contrario, lo mejor sería que los hijos queden al cuidado de ambos padres es decir una tenencia compartida.

Tercera pregunta: ¿Considera usted, que la eliminación de la preferencia materna en el ejercicio de la tenencia en la sentencia No.28-17-IN/21 dictada por la Corte Constitucional, viabiliza la posibilidad de implementar la tenencia compartida en el Ecuador?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Considero que sí, debido que los derechos son progresivos y se van alcanzando con la lucha diaria, en este sentido, la sentencia dictada de la Corte Constitucional viabiliza que los progenitores se encuentren en igualdad de condiciones o al menos teóricamente, porque todos sabemos que cuando se suscita un divorcio los niños siguen quedándose con la mamá, lo que va generar situaciones en las que el progenitor que tiene la custodia ejerce un tipo de adiestramiento en el menor, convirtiendo la figura del padre en un agente extraño, menoscabando el poco tiempo que tiene el padre para poder convivir con su hijo, por eso sostengo que en teoría los padres se encuentran en igualdad material ante la ley para luchar por la tenencia de los hijos, sin embargo yo le veo con muy buenos ojos esta sentencia aunque considero que no significa que existe una tenencia compartida en el Ecuador

Segundo entrevistado:

Sí, efectivamente es claro que la sentencia que emitió la Corte Constitucional respecto de tenencia es viable para que los jueces puedan tomar otros criterios incluso tiene efecto erga omnes, es decir, se aplicaría a la generalidad del sistema jurídico ecuatoriano en cuanto a esos temas, y parte incluso de una premisa muy simple, por cuanto, nuestro ámbito constitucional está regido por los principios de progresividad de derechos y con la eliminación de la preferencia materna desde el estado de bienestar, ayudará a que se vaya disminuyendo esas brechas de desigualdad existentes en los temas de género, entonces la idea de que la ley establezca estrictamente la preferencia materna en la tenencia, es un indicio de ese rezago patriarcal que existía en la normativa ecuatoriana, porque se estaba de alguna manera aseverando que la mujer es la única persona que puede criar a los hijos, incluso se le estaba privando a la mujer a su derecho a la educación, a su desarrollo profesional y poder rehacer de algún modo su vida, entonces se considera que esta herramienta que viene a ser la sentencia es susceptible para que los jueces la utilicen y pueda generarse un ambiente de discusión en los juicios de divorcio, alimentos, tenencia y régimen de visitas, ya que la idea es que esto se mediatice un poco más ante los juzgados de familia y pueden ser ellos los garantes de esas igualdades de condiciones de los progenitores en un proceso judicial.

Tercer entrevistado:

Efectivamente, el propósito implícito fue ese, al eliminar la preferencia materna se elimina la desigualdad material y formal que puede haber en esos casos, lamentablemente aún existen situaciones en las que pese que se demuestra que la madre no es apta para ejercer la tenencia, esta sigue siendo otorgada de preferencia a ella, como digo es un ámbito meramente legalista,

hay cuestionamientos en los cuales la consecuencia jurídica que lleva a que la tenencia de la madre sea impuesta sin la necesidad de realizar un conocimiento fáctico de los hechos que han suscitado anteriormente, es que desemboca muchas de veces en casos de violencia, homicidios incluso yéndonos un poco más allá, debido que no se vigilan otras cuestiones de entorno social y psicológico que puedan llegar afectar al niño, niña o adolescente, y en consecuencia la aplicación de una norma legal lo que va causar mejor es un cuestionamiento respecto al ejercicio de derechos de esta persona, entonces, si nos ponemos en cuestión ya de ingresar en un contexto legislativo e implementar dentro del ordenamiento jurídico la tenencia compartida esta es un opción muy buena, claro no digo que esto va significar que si se le da a la madre va ser malo y porque se le dé al padre va ser bueno, sino que también podemos dar una opción de tenencia compartida donde prácticamente puedan ellos vigilar el interés del hijo sin la necesidad de vulnerar el derecho que tienen los padres de estar pendientes en cubrir sus necesidades y satisfacer todos los gastos que pueda generar el menor, incluso no solamente recordemos que se trata del bienestar material de los progenitores, sino también el bienestar social y psicológico del niño, niña o adolescente.

Cuarto entrevistado:

Si, ya que decisión que adoptó la Corte Constitucional me parece bastante acertada referente a la declaratoria de inconstitucionalidad que se dio de las reglas 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, efectivamente esto abre la puerta para que se pueda discutir en nuestro país con mayor ahínco todo lo que tiene que ver con la tenencia compartida, figura jurídica que está siendo utilizada en varias partes del mundo de acuerdo al desarrollo que tienen las sociedades, en tal sentido, yo considero que claramente se constituye en un imperativo en estos momentos para poder garantizar de manera efectiva los derechos de los niños y adolescentes en relación a la corresponsabilidad que tienen los padres respecto de sus hijos.

Quinto entrevistado:

Si considero, porque la tenencia compartida es necesaria para neutralizar y mantener el control sobre los niños, niñas y adolescentes y garantizar el desarrollo integral durante su proceso de crecimiento en aplicación del principio del interés superior del niño; esta corresponsabilidad de la tenencia compartida permitirá que los menores tengan una vida digna que garantice su estabilidad emocional además de contar activa y permanentemente con la protección de sus progenitores de acuerdo a las condiciones de cada progenitor, y de esta manera armonizar la convivencia familiar dentro de un ambiente familiar que trascenderá en la formación de

buenos ciudadanos. En fin, esta tenencia compartida tendrá incidencia en los juicios de pensiones alimenticias debido a que un solo progenitor suele cargar el peso de la responsabilidad en la provisión de los alimentos y el gasto en vestimenta educación y salud, sin embargo, con esta tenencia compartida generará un equilibrio en la corresponsabilidad de la tenencia, misma que deberá ser evaluada permanentemente para su cumplimiento de sus fines.

Sexto entrevistado:

La sentencia produjo muchos cuestionamientos, la inconstitucionalidad de la norma impugnada constituye que, a falta de acuerdo sobre la tenencia de los hijos o hijas, se preferirá a la madre. La realidad ecuatoriana es que en la mayoría de hogares son las madres quienes están a cargo del cuidado de los hijos, por tal motivo es acertada la decisión de la Corte Constitucional, para que así más hombres ejerzan el rol de cuidado y más mujeres tengan independencia

Séptimo entrevistado:

Esta sentencia de la Corte Constitucional va permitir que las familias disgregadas en el Ecuador poco a poco superen las desigualdades en el ambiente doméstico, buscando el cumplimiento de la corresponsabilidad parental. Tal es el caso que el juez R.A en su voto concurrente, señaló que existen más mecanismos para poder cambiar la realidad, en la que la exclusividad de la tenencia está siempre a cargo de las madres, por lo que se concluye que esta sentencia está encaminada a que los padres de familia ejerzan el rol del cuidado de los hijos y las mujeres tengan más autonomía para poder rehacer su vida personal y profesional.

Octavo entrevistado:

Claro, por supuesto que esta sentencia es muy acertada por parte de la corte constitucional al eliminar la preferencia materna en nuestro ordenamiento jurídico, dejando la posibilidad de que ambos progenitores mientras prueben que son capaces para ejercer la tenencia o custodia del menor, puedan llevarla a cabo los dos activa y equitativamente su crianza, precautelando sobre todo el interés superior del niño, amparado no solamente en la Constitución sino también en varios instrumentos internacionales.

Noveno entrevistado:

Es un acierto este criterio jurídico, lamentablemente todavía no se aplica en nuestra legislación como debería ser, y en caso de hacerlo la administración de justicia deberá tomar en cuenta, la edad y opinión de los hijos, el entorno social del progenitor y que ambos se padres se encuentren estables psicológicamente y cuenten con tiempo suficiente como para poder estar al lado al

tanto de las necesidades de los menores y no confiar el cuidado a terceras personas.

Décimo entrevistado:

Tomando en cuenta todo lo analizado en la sentencia, si viabiliza la posibilidad de implementar la tenencia compartida en el Ecuador, para que de esta manera se garantice el derecho que tienen los hijos de poder seguir conviviendo con sus dos progenitores quienes van a tener igualdad de roles en la cuidado y crianza, lo que va ayudar a fortalecer los lazos de afectividad con sus entornos familiares que resulta beneficioso para el niño, niña y adolescente.

Comentario de la autora:

En la presente pregunta comparto la opinión de todos, por cuanto es verdad que la decisión de la Corte Constitucional al eliminar la preferencia materna para el encargo de la tenencia viabiliza la implementación de la tenencia compartida, debido que antes de la sentencia en el ordenamiento jurídico existía esa limitante que dejaba en una situación de desigualdad a los progenitores en especial a los padres de familia, y en base a ello los jueces de Corte Constitucional lo que han hecho es eliminar las disposiciones jurídicas que daban cabida a la desigualdad por razón de género, en la que se consideraron varios aspectos, el primero es que si bien es cierto la madre por un hecho natural es más cercana a los hijos, este hecho no debe constituir razón suficiente para considerar que en absolutamente todos los casos la madre estará capacitada para hacer cargo del menor, donde se pudo constatar que existe una vulneración al principio de corresponsabilidad parental y el derecho a la igualdad y no discriminación, debido que la normativa presume que las mujeres deben criar a los hijos mientras que el padre debe proveer económicamente al hogar, ocasionando así desigualdades en la distribución de las tareas de cuidado, así mismo, también se pudo analizar que es contrario al principio de interés superior del niño y el derecho del mismo a ser consultado, ya que el juzgador debe tomar en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores siempre y cuando no sea contraria a este principio. Con todas estas consideraciones, la normativa va permitir a los padres en igualdad material ante la ley luchar por la tenencia de los hijos, y si nos ponemos en cuestión de implementar la tenencia compartida en nuestra legislación es una opción muy buena que va permitir a los progenitores estar pendientes de todas las necesidades y satisfacer todos los gastos que pueda generar el menor, ya que recordemos que no solo se trata del bienestar material de los progenitores sino también el bienestar social y psicológico del niño, niña o adolescentes, y en vista de todo lo expuesto no hay impedimento para que los jueces puedan otorgar la tenencia compartida incluso tratados internacionales como la Convención sobre los

Derechos del Niño avalan que los hijos seguir relacionándose con sus progenitores de forma personal y regular después de la separación

Cuarta pregunta: ¿Considera usted que la implementación de la tenencia compartida en el régimen ecuatoriano, resolvería el problema que se genera en los juicios de separación o divorcio, cuando los progenitores no lleguen a un acuerdo o demuestren que se encuentran en igualdad de condiciones y tienen interés por ser parte activa en el cuidado y crianza de sus hijos?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Por supuesto que sí, el régimen de tenencia compartida va resolver muchísimos problemas que vienen con la separación de los progenitores, hechos sociales como el divorcio constituyen algo doloroso para las familias, de por si el hecho de separarse los cónyuges es algo negativo tanto para ellos como para los hijos que se encuentran envueltos en esas disputas, ya que a que hijo le va gustar que los padres se terminen separando incluso odiándose y maltratándose, sin embargo el hecho de que se divorcien los padres no significa que los hijos se tengan que divorciar de sus padres, porque su relación constituye un vínculo filial que nace de la sangre y que va durar para toda la vida, aunado a ello, la implementación de tenencia compartida trae muchos beneficios, por citar algunos ejemplos, el hecho de que al padre le corresponda un tiempo considerable con su hijo, va permitir que la madre pueda rehacer su vida, organizar su tiempo, ejecutar algunas actividades, como trabajar, hacer deporte, rehacer su vida sentimental entre otras cosas, y justamente ahí, están esos beneficios. La custodia compartida no está hecha para el capricho de los progenitores ni como un arma para estarse lastimando entre ellos, debido que lo primordial siempre será el bienestar del menor en todos sus ámbitos.

Segunda entrevistado:

Si lógicamente de hecho esa es la esencia, la idea es que tampoco la sentencia quiere quitar la tenencia a uno de los progenitores, su finalidad es que se mire a los dos por igual, entonces si es que no hay un acuerdo que generalmente en el 80% de los casos no lo hay , el juez dentro de sus facultades garantista del menor podrá ordenar peritajes, valoraciones psicosociales, psicológicas para que pueda establecer mejores condiciones, o si es que los dos progenitores están en muy buenas condiciones de crianza se la pueda otorgar a los dos, ahora es hilar fino y es muy complejo talvez caminar por ese sendero en el que establezcan parámetros estrictos para que ambas partes respeten esa sentencia, pero ahí está el trabajo y para eso están incluso las

instituciones encargadas de estos temas, es así que existen varios ministerios, fundaciones que trabajan en eso, por lo tanto, el juez podrá disponer un seguimiento para este tipo de cuestiones en donde se decide una tenencia compartida, como ordenar informes mensuales, trimestrales para que la administración de justicia pueda ir vigilando si efectivamente se está cumpliendo o está dando resultado. El conflicto aquí, es que en el ámbito familiar se opta por lo más fácil tenencia a la madre, visitas, pensión en tanto de acuerdo a la tabla y ya, es decir, no se mira más allá desde una evolución de derechos del interés superior del menor, a decir bueno vamos a ser un seguimiento a ver si el niño está feliz con la tenencia compartida, si presenta evoluciones, si tiene problemas de disfunción familiar, problemas en el ámbito educativo, etc. pero no se lo hace, entonces partiendo de la idea que la sentencia de Corte Constitucional permite la tenencia compartida, es bueno que los jueces la utilicen, segundo es posible y va dirimir que los jueces tenga la capacidad de adjudicar mejor la tenencia y tercero tendría que hacerse estrictamente un seguimiento para que se dé cumplimiento.

Tercera entrevista:

Es una opción muy viable, recordemos que en varios de los casos en la actualidad existe ya la capacidad de que puedan llegar a un acuerdo incluso pueden irse a través del Art.190 de la Constitución de la República del Ecuador, incluso ya se verifica en ciertos puntos el tema de régimen de visitas, que si bien es cierto es un punto a parte, sin embargo al establecer una tenencia compartida efectivamente va solventar de mejor manera todos estos cuestionamientos y las problemáticas que puedan existir, problemáticas que como ambos son capaces para poder estar con la tenencia del menor, en este caso, va ser lógico y va ser necesario por parte del juzgador verificar efectivamente un régimen en el cual se establezca una tenencia compartida, de acuerdo a los presupuestos y las condiciones que puedan tener los padres, sería muy bueno incluso implementar cierto tipo de acuerdos de mediación a fin que pueda establecerse las condiciones necesarias para que el menor pueda desenvolverse normalmente en su vida diaria.

Cuarta entrevista:

Cuando existe el interés de uno de los progenitores o el de ambos, se puede regular la tenencia de una manera compartida, yo considero que eso abre la puerta para que se dé un espacio para la aplicación del mismo, en las cuales dentro de las audiencias se pueda discutir netamente esos temas de la tenencia, para que el tema de la disolución del vínculo matrimonial no se considere como lo fundamental dentro de ese tipo de procesos, de hecho el Código Orgánico General de Proceso, establecía una disposición hasta antes de la reforma en donde se indicaba que al haber

oposición en los juicios de divorcio o por mutuo consentimiento respecto a la tenencia, se habría un término de prueba de 15 días para decidir, me parece que este texto de la forma en que estuvo desarrollado en su debida oportunidad era pertinente, porque permitía que el juzgador con mayor solvencia y con más elemento de juicios decida respecto de la tenencia.

Quinto entrevistado:

Resuelve y evita las situaciones de incertidumbre en los hijos al encontrarse bajo esas situaciones de estrés que trae consigo un divorcio, además garantiza su cuidado y permite la construcción de sus vínculos afectivos, en tal sentido, será imprescindible valorar la carga de trabajo de los progenitores y ponderar el aporte económico para equilibrar esas desigualdades que pueda llegar a existir, para el goce de los derechos del interés superior del niño y de los demás derechos reconocidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sexto entrevistado:

Los problemas de criterio entre los padres seguirán existiendo, aunque si la ley permite la tenencia compartida, el beneficio de esta nueva normativa lo que permitirá es que, cada padre pueda ejercer su derecho de compartir con su hijo y alguna manera también obligará al progenitor hacerse responsable de la crianza, que en muchos casos existen padres que se olvidan de sus hijos al saber que la madre tiene la tenencia.

Séptimo entrevistado:

Considero que la implementación de esta figura jurídica no resolvería los problemas que se generan en los juicios de divorcio o separación, ya que siempre tanto el padre como la madre van encontrarse en continua disputa por la tenencia de sus hijos, muchas de las veces por librarse de la responsabilidad económica que les tocaría pasar a uno de ellos, aun sabiendo que muchas mujeres han hecho de los hijos un negocio para así vivir de las pensiones alimenticias.

Octavo entrevistado:

Exacto, siempre y cuando las dos personas demuestran que son capaces y sobre todo que tienen el interés por ser parte en su crianza, estoy totalmente de acuerdo en que se implemente una tenencia compartida, ya que el hecho de que se estén divorciando no significan que dejan de ser papás, entonces, si ambos están en las facultades y las posibilidades de poder dar todo lo que requiera el menor sería la mejor opción, aunado a ello, es importante dejar en claro que los niños, niñas y adolescentes deben estar de acuerdo con esta modalidad de tenencia.

Noveno entrevistado:

Sí, para esto el ordenamiento jurídico ecuatoriano otorga a las partes procesales la facultad de abordar estos casos de tenencia, por ejemplo, en los Centros de Mediación debidamente acreditados.

Décimo entrevistado:

Si, para el beneficio del menor ya que pasar tiempo con los dos progenitores es saludable y de esta manera se vincula y se relaciona afectivamente con ellos en sus entornos familiares tanto del padre como de la madre, el bienestar material y afectivo-emocional es el fin de la tenencia compartida, siendo lo más justo en el caso de presentarse problemas como el expuesta en esta pregunta, el hijo pasaría periodos de tiempo iguales con sus padres contribuyendo a su desarrollo integral a la vez que sus progenitores gozarían de la compañía de su hijos.

Comentario de la autora: En la presente pregunta comparto la opinión de todos, por cuanto es verdad que la implementación de la tenencia compartida resolvería estos problemas incluso la misma Corte Constitucional señala que esta figura jurídica evitaría la transgresión de los principios constitucionales, ya que por el hecho de divorciarse los padres no va significar que los hijos tengan que divorciarse, por ello, el juzgador tendrá la potestad de otorgar la tenencia compartida cuando los padres no pueden llegar a un acuerdo de quien se va hacer cargo de su crianza, o si en un caso los progenitores hayan demostrado que se encuentran estables psicológicamente, cuenten con un ambiente familiar estable para su desarrollo integral y cuenten con tiempo de calidad para poder dedicarse al cuidado y crianza de sus hijos sería lógico e indiscutible que se disponga una tenencia compartida, puesto que la misma, no solo resolvería estos problemas ya que su incorporación traería varios beneficios, entre ellos, que la madre pueda dedicarse tanto a su vida personal como profesional debido que el padre también va pasar tiempo considerable con su hijo, evitar problemas psicológicos en los niños, niñas y adolescentes al disminuir la experiencia traumática de no ser obligados a separases de uno de ellos, distribuirse mejor sus responsabilidades, entre muchos otros, cabe destacar en este punto, que el juez estará en la obligación de disponer que la Oficina Técnica realice informes mensuales para que así la administración de justicia pueda ir vigilando de se está dando cumplimiento o si este tipo de tenencia está dando resultado positivos en la vida del menor, para que así pueda evitarse disfunciones en este nuevo modelo familiar, problemas en el ámbito educativo, incluso si dicha tenencia lo está perjudicando en su esfera emocional, en conclusión

lo que busca la tenencia compartida principalmente es el bienestar del niño, niña o adolescente en todos sus ámbitos.

Quinta pregunta: ¿Considera usted que la convivencia habitual con ambos progenitores después de la separación o divorcio promueve el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Por supuesto que sí, incluso en mis trabajos de investigación he podido sostener que estamos mal utilizando el principio de interés del menor, al considerar que tenemos que ubicarle al menor con uno de los dos progenitores supuestamente atendiendo a su interés superior cuando por el contrario su interés superior esta con los dos progenitores, ya no dentro de un mismo techo lógicamente, pero si se pueden crear las condiciones adecuadas para que los niños constantemente gocen y permanezcan con sus padres, ya que muchas de las veces hemos podido palpar la realidad de nuestros clientes, donde manifiestan los padres que no pueden compartir momentos importante de su vida y viceversa, entonces, resulta violatorio de derechos esa situación, en la que posiblemente esas circunstancias satisfagan el odio de uno de los padres pero no del niño.

Segundo entrevistado:

Desde el punto de vista de la experiencia en este tipo de casos, se considera que si, efectivamente la separación es dura para el tema de los menores más aún cuando son más vulnerables a los eventos que preceden el divorcio, por ejemplo actos de violencia, cuestiones de hostigamientos dentro del hogar, entonces va generar este tipo de discusión en el menor, pero yo considero que la tenencia compartida podría de alguna forma ayudar a situación, por lo que la separación no sería un evento tan traumático ya que habría una convivencia con ambos tratando de que ese golpe sea menos duro, ahora es menester que ese tipo de tenencia vaya acompañada de un trabajo de seguimiento por parte el Estado con el apoyo de instituciones, herramientas legales, precautelando que los jueces y las entidades a cargo cumplan a raja tabla.

Tercer entrevistado:

Existen estudios que establecen, que las personas a partir de los 12 años ya tienen preferencia respecto con que persona desearían convivir o con que persona pueda esta persona desarrollarse, cuando son menores es importante señalar que una tenencia compartida en este caso le pueda

ayudar a solventarse hasta que cumpla cierta edad, y a través de la misma lógicamente va poder decidir respecto de con quien desea formarse hasta cumplir la mayoría de edad, bajo este parámetro los beneficios como la manifiesto son gigantescos, en este sentido, también quisiera establecer que unas de las medidas que se implementa dentro de la legislación española es la tenencia compartida en un nivel en el que hasta cumplir los 14 años estas personas pueden decidir con quien desenvolverse y a través de eso lógicamente garantizar que se cumplan los presupuestos para el desarrollo del menor sin la necesidades de exponerlo a situaciones en las cuales puedan afectarlo psicológicamente respecto a con que persona debe irse y simplemente desenvolverse en la sociedad hasta el momento que se encuentre preparado para decidir.

Cuarto entrevistado:

Sería lo más adecuado, toda vez que los hijos cuando existe una separación no logran asimilar del todo el tema de lo que ha sucedido, en otras ocasiones se produce también una manipulación ejercida por uno de los padres en torno a la imagen paterna o materna dependiendo de quién quede bajo su custodia, entonces, todo esto es negativo situación que no debe ser resuelta de esa manera, sino que más bien puedan tener un espacio de tiempo considerable de convivencia con ambos, lo que va permitir aceptar con mayor solides el tema de la separación y no va a ser un evento tan traumático que repercuta negativamente en su bienestar.

Quinto entrevistado:

Si considero, ya que refuerza los derechos de los niños, niñas y adolescentes por medio de los aspectos de régimen de pensiones alimenticias, apremios, descuentos legales con la finalidad que esto sea tratado de manera equitativa, transparente y que los progenitores comprendan que en esta etapa existe un mayor grado de responsabilidad en sus deberes que situación de los mismos, en virtud del cual nuestra normativa ha impuesto dichas obligaciones a uno solo de los progenitores contradiciendo así varios derechos y principios.

Sexta entrevista:

Debería ser lo más correcto, porque esa es la única manera de que los derechos tanto de los progenitores como de los niño, niñas y adolescentes no sean violentados cuando se enfrenten en un juicio de divorcio, ya que los administradores de justicia deben respetar lo estipulado en la normativa y mucho más al ser temas donde se encuentran derechos de los niños de por medio como grupo de atención prioritaria, así que efectivamente si promueve su desarrollo integral.

Séptima entrevista:

Si considero, por cuanto el ejercicio en donde ambos progenitores establecen acuerdos viables basados en el respeto y sobre todo en el auxilio mutuo, su fin siempre será que la convivencia con sus hijos después de la separación sea más llevadera, además de distribuirse de forma proporcional y justa las necesidades materiales de sus hijos, lo cual indiscutiblemente va promover el desarrollo integral de los niño, niñas y adolescentes.

Octava entrevista:

Claro que sí, esto es algo lógico ya que si el menor está en un ambiente donde recibe el cuidado tanto de papá como de mamá en igualdad de condiciones, obviamente va a ser una gran influencia y un gran apoyo emocional en su vida, para que pueda desarrollarse de manera óptima. En el ejercicio profesional muchas veces solo se fija un día a la semana al progenitor, por ejemplo, de 9 de la mañana a 5 de la tarde lo cual son unas pocas horas como para que el niño genere de verdadero un vínculo, ocasionando problemas sobre todo psicológicos y generando que el menor crezca con rencor respecto del padre que no tiene su tenencia.

Novena entrevista:

Por su puesto, los niños necesitan reforzar sus lazos de amor, confianza e inteligencia emocional constantemente con ambos padres no solo con uno. Existen un sin número de estudios psicológicos que avalan que la causa de depresión y problemas emocionales se da por la ausencia de uno de los progenitores.

Décima entrevista:

Si, porque el ambiente adecuado para el niño, niña o adolescente siempre será el entorno familiar y los vínculos afectivos que lleguen a generarse con sus dos progenitores, en este sentido, los padres no se deben limitar a simples regímenes de vistas por tiempos determinados sin pernoctación del menor en el domicilio con uno de sus progenitores.

Comentario de la autora: En la presente pregunta comparto la opinión de todos, por cuanto es verdad que la convivencia habitual con ambos progenitores después de la separación o divorcio promueve su desarrollo integral, porque al momento de producirse una separación esta suele ser abrupta de un día a otro, y considerando que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en una posición de vulnerabilidad, debería ser obligación del juzgador adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el menor pueda seguir manteniendo relaciones paterno-filiales con su otro progenitor que son indispensables para su desarrollo integral, ya que las personas y experiencias que tenga el menor durante su proceso de crecimiento va definir

para que el mismo pueda adquirir habilidades, potencializar sus capacidades, además de desarrollar su personalidad, por esta misma razón, es importante que los padres sean parte de ese proceso y de esos cambios, ya que impedir injustificadamente cualquier tipo de convivencia con el hijo va repercutir negativamente en su desarrollo integral, porque recordemos si no son los padres los que brindan un entorno ameno para el pleno ejercicio de sus derechos no habrá otras persona que pueda suplir igual de bien la labor de crianza y cuidado que realizan los padres por amor a sus hijos, además de evitar situaciones de manipulación que suelen suceder cuando un progenitor tiene tenencia un hijo que termina por destruir totalmente sus lazos familiares, en vista de todo lo expuesto, este tipo de tenencia compartida va permitir que los padres puedan tener un tiempo considerable de convivencia, evitando que el nuevo panorama de separación repercuta negativamente en su bienestar, aunado a ello, cabe destacar que dicha convivencia familiar está fundamentada tanto en la Constitución como en el Código de la Niñez y Adolescencia que garantizar al menor permanecer en su entorno familiar siempre y cuando este no sea contrario al principio de interés superior del niño, así mismo instrumentos internacionales que amparan que el menor no sea separado de sus padres contra su voluntad.

Sexta pregunta: ¿Cómo podría implementarse en la legislación ecuatoriana la normativa sobre la tenencia compartida que preserve el interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Sabemos de ante mano, que las leyes se crean a través de procesos internos en la asamblea nacional, es decir, son los legisladores los que tiene esa obligación de crear leyes en beneficio de la sociedad, y por supuesto los niños y a adolescentes forman parte de esa sociedad, pero lamentablemente la asamblea nacional para lo único que esta, es para perseguirse entre bancadas políticas, seguirse juicios políticos y nada más, tal es así, que también lo digo en mi trabajo de investigación, que la Corte Constitucional ha sido el ente que viene apagar esos incendios de alguna manera y que a través de sus sentencias mejora ciertas condiciones de vida a determinada población en este caso a los niños y adolescentes, en tal sentido, la Corte suple de alguna manera el trabajo que debe de hacer la asamblea nacional, sin embargos nosotros como cuidados sobre todos las personas que estamos involucrados en estos hechos dolorosos no podemos quedarnos de brazos cruzados, todos debemos empujar de alguna manera a través de investigaciones decirle a la asamblea mire esto es lo que está pasando en nuestro país.

Segundo entrevistado:

Se debe tomar en cuenta dos principales factores, primero desde el punto de vista normativo tenemos las herramientas el Estado que se han establecido como un estado de garantías constitucionales que tiene como idea principal garantizar los derechos y mejores condiciones para grupos de atención prioritaria y efectivamente los menores y adolescentes están dentro, entonces, desde el punto de vista legal existen herramientas que garantizan de mejor manera el ejercicio de los derechos, incluso simplemente le merece el simple análisis de la progresividad de derechos, donde podríamos buscar mejores caminos para que los menores sean menos afectados. El tema de la tenencia compartida en este punto, sería susceptible de vigilancia que sería el segundo factor por arte de jueces e instituciones a cargo de los temas de tenencia o el cuidado de los grupos de atención prioritaria tendrían que en este caso hacerse un trabajo de vigilancia para que se puedan hacer informes y se pueda incluso establecer las condiciones o posibles soluciones que deberían dársele, porque a lo mejor la solución que se tome en el momento no es la solución más optima, pero en el transcurso del camino se podría mejorar esas condiciones, porque como mencione anteriormente las herramientas legales hay, pero lo que pasa a veces en el tema judicial se opta por lo más fácil al decidir tenencia, alimentos, visitas y creemos que el hecho de establecer eso en una sentencia se ha dado solución, por tanto esta sentencia rompe el esquema respecto de la tenencia pero debe usársela y utilizar los elementos de vigilancia o instituciones de vigilancia para que se pueda dar su correcta aplicación.

Tercer entrevistado:

Como ya se mencionó en la pregunta 1, la Corte Constitucional lo que hace es afectivamente ver que disposiciones jurídicas son constitucionales y cuales no, pero ya en medida legislativa para que pueda ajustar dentro de los textos legales debe implementarse a través de la asamblea nacional, en este caso, conjuntamente con las normas afines que regulan el ejercicio de la tenencia, tales como el Código de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico General de Procesos, Constitución de la República del Ecuador y Código Civil, bajo estos cuestionamientos, la asamblea nacional como órgano legislativo lo que tiene que hacer es derogar articulados que puedan ir en contra y que ya la Corte Constitucional exhorta en ciertos puntos, en este caso, estamos hablando de una norma regla y la norma regla para ser cambiada netamente tiene que pasar por un ámbito legislativo en el cual se establezcan los parámetros adecuados para la efectivización de derechos en donde ya la corte constitucional ha dado un pronunciamiento de cómo tiene que ser interpretada tal cuestión, en tal sentido, si se declara inconstitucional lógicamente ya no va tomarse en cuenta por parte de los juzgadores, pero si deberá tomarse en cuenta de manera practica para que los legisladores puedan actuar en base

a esa norma, es decir, cambiarla, derogarla, implementar un art, sustitución de un art, entre otros parámetros que adecuan a una interpretación correcta de la norma, a fin de que puedan garantizarse tanto el derecho del padre como de la madre y el interés superior del menor, ya este principio busca que se dé el desenvolvimiento y se cubran todas las necesidades que el menor pueda tener a lo largo de su vida.

Cuarto entrevistado:

Bueno para ello es menester una reforma de carácter legal para que se cristalice los principios y las responsabilidades que establece la Constitución de nuestro país en relación con responsabilidades paterno-filiades de los padres, pero considero también de que esta reforma en cuanto a la tenencia compartida, va a dejar atrás de una vez por todas algunas doctrinas que se tenían al momento de conferir la tenencia, una de ellas la doctrina de los años tiernos que señalaba que los hijos en los primeros años de vida requieren más de los cuidados de la madre respecto de los padres, pero aquí con la implementación de esta figura jurídica, se trata de generar las condiciones para que tanto el padre y como la madre puedan hacerse cargo de la custodia de sus hijos, pero a más de lo que tiene que ver con la reforma que tiene que darse al aspecto de como regular la tenencia y la tenencia compartida habría que tomar en consideración también yo creo algún tipo de reforma de orden colateral, por ejemplo el periodo de tenencia, alimentos, respecto de la regulación de visitas del padre y si este va seguir pasando alimentos. En muchos países inclusive la tenencia compartida solo opera cuando existe acuerdo, entonces habría que determinar la conveniencia efectivamente de que cuando no existe acuerdo sea el juzgador el que imponga hasta qué punto eso va a ser aconsejable, también tendrá que determinarse la forma en que los progenitores van a cumplir con sus obligaciones y no se convierta en un mecanismo para evadir responsabilidades, como por ejemplo sufragar alimentos.

Quinto entrevistado:

Promoviendo desde la academia la importancia de la tenencia compartida, sus retos y posibilidades de implementación nacional, sus ventajas y posibles desventajas. Tener fundamento legal suficiente para la creación del Proyecto de Ley de Tenencia Compartida que posibilite el avance de la cultura del rol de cuidados de los progenitores respecto de sus hijos, que garantice la seguridad jurídica.

Sexto entrevistado:

Con la propuesta en la Asamblea Nacional de reformar el Código de la Niñez y Adolescencia, para que pueda acreditarse que ambos puedan ejercer la tenencia compartida, se deberá realizar mediante peritos psicólogos del Consejo de la Judicatura, trabajadores sociales, que permitirán al juzgador valorar dichas pruebas y resolver de la mejor manera a quien se le otorgará la tenencia y si es compartida mucho mejor.

Séptimo entrevistado:

Es preciso destacar que el interés superior debe estar presente en todos los ámbitos de desarrollo de los niños y niñas, el cual debe ser aplicado por el Estado a través de sus políticas, reformando leyes que permitan garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, tratando así que se generen otras medidas alternativas a los padres que no poseen el factor económico para cancelar las pensiones alimenticias, estableciendo responsabilidades tales como; el mismo cuidado diario tanto del padre como de la madre si este no tiene un trabajo que le permita cumplir con dichas obligaciones económicas, ya que la cárcel no es la solución y, en sí, los hijos menores al ver a sus progenitores encarcelados también les afecta en su desarrollo personal y como familia. De tal manera, la tenencia unilateral o compartida debe realizarse en el menor nivel de conflicto posible, y que las decisiones que se deban tomar al respecto por los operadores de justicia deben tener siempre como norte el bienestar de los hijos por encima del bienestar de los padres.

Octavo entrevistado:

La única forma que se puede implementar en nuestra legislación ecuatoriana, es mediante una reforma legal al Código de la Familia Niñez y Adolescencia, usando como punto de partida la sentencia dictada por la Corte Constitucional número No. 28-15-IN/21 para que así puedan reformarse los artículos necesarios que viabilicen la implementación de la tenencia compartida, y no simplemente sea como es en la actualidad en que si el niño o niña es menor a 12 años tiene que ir exclusivamente con la madre, claro bajo ciertas salvedades y siempre que pongan en peligro la integridad personal del niño, niña o adolescente será otorgado solo a un progenitor.

Noveno entrevistado:

En la legislación ecuatoriana podría implementarse mediante reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, estableciendo obligaciones, alimentos, suspensión y privación de la tenencia compartida, ya que si quien tiene la tenencia no representa ningún beneficio al menor, se la

pueda suspender o privar la tenencia y otorgarle al otro progenitor que si va garantizar el adecuado desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

Décimo entrevistado:

La condición de igualdad de roles o haber quitado prioridades a la madre y darle las mismas capacidades al padre es un avance de equidad y justicia en la legislación nacional, ya que tanto el padre como la madre están en la misma capacidad, siempre y cuando no se demuestre lo contrario o la incapacidad o negligencia de uno de sus progenitores, en consideración de la igualdad de roles y de haber retirado la preferencia materna en la sentencia No. 28-15-IN/21 por la Corte Constitucional, viabiliza la posibilidad de implementar la tenencia compartida en el Ecuador, la necesidad es evidente, por lo tanto le correspondería mediante las formalidades respectivas al legislador hacerla afectiva.

Comentario de la autora: En la presente pregunta comparto la opinión de todos, ya que para que pueda implementarse la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana es necesario que se presente un proyecto de reforma ante la Asamblea Nacional que no solamente incluya la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia ya que existen normas que necesitan ser reformadas a la par, como el Código Orgánico General de Procesos que prevé su procedimiento y Código Civil, en este sentido, lo que tienen que hacer los legisladores es derogar artículos que puedan ir en contra a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, y que ya han sido discutidas por la Corte Constitucional al establecer los parámetros adecuados a los estrictamente deban regirse, y para que se pueda lograr una adecuada efectivización de derechos que proteja tanto los derechos de los progenitores como de los hijos, se debe asegurar que durante este proceso legislativo no se disminuyan unos derechos por otorgar otros. El tema de tenencia compartida para que pueda preservarse durante su ejercicio el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, este debe ser susceptible de vigilancia, donde se puedan establecer las condiciones o posibles soluciones que deberían dársele si llega a ser perjudicial para el hijo o hija, ya que como cualquier reforma esta puede traer consecuencias positivas o negativas, pero por tratarse principalmente de un grupo de atención prioritaria para el encargo de la tenencia, es menester que se determinen limitaciones a fin de precautelar la integridad personal del niño, niña y adolescente, situaciones que pueden llegar a evitarse si el juzgador aplicase a raja tabla el principio de interés superior del niño, en la que deberá considerar la opinión del hijo o hija de familia, la permanencia y el manteniendo de las relaciones familiares y la

verificación de que efectivamente los progenitores están acreditados para hacer cargo del cuidado y crianza del hijo menor de forma compartida.

Séptima pregunta: ¿A su criterio, que sugerencia daría usted a la problemática abordada sobre la incorporación de la figura jurídica de la tenencia compartida en el Ecuador?

Respuestas:

Primer entrevistado:

Una sugerencia que yo le daría, es que la sociedad muchas de las veces tienen arraigada ciertas ideas, ciertos comportamientos inadecuados, el mensaje que yo daría es que revisemos que estamos haciendo con nuestros hijos, revisemos como profesionales del derecho, recapitemos sobre el sentido que le hemos estado dando equívocamente a ese principio de interés superior del niño al momento de otorgar la tenencia a uno de ellos, que lo que hace es precisamente violar este interés superior.

Segundo entrevistado:

Sería estrictamente en dos aspectos, primero que en los procesos judiciales porque obviamente la tenencia compartida se va a discutir en procesos judiciales generalmente en un divorcio, es ahí donde los jueces cuentan con instituciones o departamentos que trabajan para garantizar el derecho a los menores, entonces no debería quedarse únicamente con la demanda y la contestación a la demanda, ya que bien podría ordenarse pericias llevadas a cabo mediante la oficina técnica de la cual cuenta toda unidad de familia, en este sentido, podría ordenarse a lo mejor visitas a las juntas cantonales de protección de derechos con la idea de que todos esos elementos, pruebas, informes, peritajes que se han elaborado por instituciones lleguen al expediente del juez y este pueda valorar si en realidad hay una posibilidad de que el padre pueda tener la tenencia o si incluso ambos están calificados para tener una tenencia, por lo tanto se otorgaría una tenencia compartida, pero con el mérito del caso y con las pruebas, y no únicamente limitándonos con demanda y contestación a la misma.

Tercer entrevistado:

Como estudiantes siempre miramos varios cuestionamientos en los cuales no tenemos un adecuado lineamiento respecto a la norma constitucional, es decir, conocemos la norma, somos muy apegadas al legalismo, en este sentido, no hay interpretación extensiva sino literal, nos mal acostumbramos y no realizamos ese tipo de cuestionamientos y cuando nos toca poner en práctica algunos profesionales que se han criado bajo esta escuela lo que hacen es eso, dar una

interpretación literal, pero si revisamos la misma constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece varios métodos de interpretación de la norma, métodos con los cuales se satisface de mejor manera los derechos de las personas que se encuentran en litigio dándoles una opción más favorable para las partes, y que no únicamente nos tenemos que manejar bajo un parámetro legalista.

Cuarto entrevistado:

Lo importante sería de que al existir en una base legal en este caso una base constitucional respecto de la corresponsabilidad, la crianza, cuidado y atención de las necesidades de los hijos, es importante que esta situación pueda también verse reflejarse en las leyes secundarias, en este caso el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que es la base sobre la cual se regula actualmente la tenencia en nuestro país, se hace menester que efectivamente se incorpore el tema de la tenencia compartida como una forma de garantizar el derecho a favor de los hijos, además tendría que estudiarse si esta tenencia compartida sería aplicable únicamente en los casos en los que existe acuerdo de los padres porque cuando no existe acuerdo pues las situaciones ya van a variar, entonces, tendría a mi juicio iniciarse por el tema de que la tenencia compartida se establezca en el caso en los que exista acuerdo entre los progenitores y concomitante a ello se regule el tema de la provisión de alimentos y el tema de las visitas.

Quinto entrevistado:

La única sugerencia que daría, es en cuanto al principio de interés superior del niño ya que antes de otorgar la tenencia compartida, el juzgador deberá tener en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente de acuerdo a su desarrollo evolutivo, debido que será la única manera que se haga efectivo este principio, al considerar la situación particular del menor y constatar que las relaciones paterno-filiales que mantenga con sus padres no este afectando su bienestar y no vaya a ser motivo alarma.

Sexto entrevistado:

En dicha incorporación de la figura jurídica de la tenencia compartida en el Ecuador no existe problemática alguna, la custodia compartida se considera la opción más favorable siempre que se respete el interés superior del niño, los jueces deberán valorar ciertos aspectos para decidirse por la tenencia compartida, y ellos son: que haya participado de las actividades rutinarias de los menores; que haya facilidad en unir la vida personal y laboral; que haya proximidad geográfica entre la residencia y las instituciones a las que concurren los hijos; que las pautas de crianza de

los padres sean parecidas; que haya apoyo del resto del entorno familiar; que la relación entre los padres sea pacífica y no afecte a los niños; que el resultados de las entrevistas de los trabajadores sociales hacia los padres sean favorables y que se atienda a la cantidad de hijos que pueda tener depende su edad.

Séptimo entrevistado:

Pues la sugerencia más global sería una reforma específicamente al Código de la Familia Niñez y Adolescencia, para que la tenencia no sea atribuida únicamente a un solo progenitor, ya que pese que se eliminó la preferencia materna, la administración de justicia sigue dando prioridad a la madre sin antes haber analizado las condiciones de ambos padres, lo que puede llegar a poner en peligro al niño, niña o adolescente al no constatar que el entorno donde vaya vivir sea óptimo para su adecuado desarrollo integral y pleno ejercicio de sus derechos.

Octavo entrevistado:

El problema que se suscita en de fondo, ya que nuestras leyes son elaboradas por personas que desconocen la ley, en muchos casos no cuentan ni siquiera con un título universitario que avalen que tengan un conocimiento mínimo sobre derecho, por eso cada día nos encontramos con tantos vacíos y trabas en la normativa. La sociedad civil y sobre todo las organizaciones sociales que defienden determinados derechos deben organizarse y presionar a la Asamblea para que se reformen dichas disposiciones jurídicas violatorias de derechos.

Noveno entrevistado:

Sugiero, si se llega a implementar la tenencia compartida en el Ecuador, ambos progenitores a través de la Oficina Técnica deben demostrar estar calificados para el cuidado y desarrollo de los hijos, de esta manera se podría precautelar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

Décimo entrevistado:

La sugerencia que daría, es que para que pueda dar una adecuada implementación, se debe revisar la normativa relacionada o concordante para no llegue a existir contradicciones y su aplicabilidad sea inmediata bajo el principio de corresponsabilidad de los adnes en la crianza de sus hijos, aunado a ello, antes de otorgarse la tenencia compartida, se debe evaluar las condiciones que tengan los progenitores para poder optar está.

Comentario de la autora: En la presente pregunta comparto la opinión de todos, porque considero que en los procesos judiciales no deberían quedar únicamente con la demanda y la contestación, ya que bien podría ordenarse pericias llevadas a cabo por la Oficina Técnica a fin de que el juzgador pueda valorar si en realidad hay la posibilidad de que el padre pueda tener la tenencia o incluso si ambos están calificados para llevar esta tenencia compartida, por únicamente de debería otorgar la misma con el mérito del caso y con las pruebas correspondientes, ya que se cae en el error de que la administración de justicia realiza una interpretación literal mas no extensiva, que si revisamos la misma Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecen varios métodos de interpretación de la norma, que permiten garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas que se puedan encontrar en litigio. Finalmente debo hacer hincapié que para otorgar la tenencia compartida el juzgador deberá considerar la situación particular del menor y evaluar ciertos aspectos: como la proximidad geográfica entre los domicilios, apoyo del resto del entorno familiar, que los resultados de los informes emitidos por la Oficina Técnica sean favorables para ambos y que la opinión del hijo o hija sea tomada en cuenta.

6.3. Estudio de Casos

El presente estudio de casos se lo realiza con sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, sentencia de la Sala Especializada de lo Civil, mercantil Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación de lo Civil de Bogotá y el Juzgado de Primera Instancia No. 8 de Valencia.

Caso No. 1

1. Datos referenciales

Número de juicio: 28-15-IN/21

Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Accionantes: F.S.C, D.S.M, A.M.S y A.O.U

Demandado: Corte Constitucional del Ecuador

Juzgado: Corte Constitucional del Ecuador

Fecha: 24 de noviembre del 2021

1. Antecedentes:

Con fecha 1 de abril del 2015, los accionantes F.S.C, D.S.M, A.M.S y A.O.U presentaron ante la Corte Constitucional una acción de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que fue promulgado por el Congreso Nacional.

Con fecha 28 de abril del 2015, se admitió a trámite la acción pública de inconstitucionalidad por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, así mismo se otorgó el término de 15 días para que puedan pronunciarse la Presidencia de la República del Ecuador, Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado.

Con fecha 2 de junio del 2015, presento sus descargos sobre la acción de inconstitucionalidad el Director General Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado.

Con fecha 2 de junio de 2015, presento sus descargos el Secretario General Jurídico de la Presidencia y delegado del presidente de la República del Ecuador.

Con fecha 16 de diciembre, los integrantes de la organización “Coparentalidad Ecuador”, presentaron un amicus curiae.

Con fecha 25 de enero del 2017, mediante providencia el juez constitucional Alfredo Guzmán, convocó a las partes procesales a audiencia, en la que intervinieron: F.C en calidad de director del consultorio jurídico de la Universidad San Francisco de la ciudad de Quito; E.P en representación de la Presidencia de la Republica; F.A, en representación de la Asamblea Nacional y J.E por parte de la Procuraduría. Asimismo, intervinieron H.V, como integrante de la organización “Coparentalidad Ecuador”, con sus abogados F.H y S.C.

Con fecha 3 de febrero de 2017, presentó un amicus curiae S.C.

Con fecha 5 de febrero de 2019, los jueces constitucionales se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de conformidad a lo establecido en los artículos 432, 434 de la Constitución.

Con fecha 9 de julio de 2019, para que pueda darse con la continuación del trámite se designó al juez constitucional E.H, el mismo que convocó conocimiento el 21 de julio de 2021.

Con fecha 23 de agosto de 2019, presento amicus curiae S.V.

Con fecha 11 de marzo de 2020, presentaron por separado amicus curiae, F.L, A.I, V.M.

Con fecha 17 de junio de 2021, presentaron amicus curiae G.E y L.P por parte de le “Asociación ecuatoriana de Abuelos que no pueden ver a sus nietos con sede en la Pichincha; J.P, J.P en

representación de la “Organización Comprometidos por Nuestros Hijos; G.S por parte de Coparentalidad de la ciudad de Puyo; D.P, J.F y J.T por parte de la organización “Corresponsabilidad e Igualdad; D.E, P.F y F.S por parte de la “Fundación Padres por Justicia.

Con fecha 23 de agosto de 2021, presento amicus curiae J.M.

Con fecha 27 de agosto de 2021, presento amicus curiae M.C.

Con fecha 30 de agosto de 2021, presentaron un amicus curiae, la “Corporación de Estudios Decide, debidamente representado por R.G y las voluntarias de la “Liga de la Leche Ecuador representadas por J.Z, representante de organizaciones de la sociedad civil; M.A y S.B, en calidad de abogados especialistas en derecho de familia en libre ejercicio, presentaron un amicus curiae.

Con fecha 31 de agosto de 2021, presento un amicus curiae V.T.

Con fecha 1 de septiembre de 2021, presento un escrito M.A en calidad de presidenta de la “Fundación Nina Warmi”.

Con fecha 7 de septiembre de 2021, presento un amicus curiae C.I.

Finalmente, el 18 de octubre de 2021, presento un amicus curiae E.B.

Con respecto a la norma impugnada por las partes procesales, fue planteada en contra de los numerales 2 y 4 del Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establecen: 2. Que cuando los progenitores no logren llegar a un acuerdo o si este acuerdo pueda llegar a perjudicar el interés superior del niño, el ejercicio de la patria potestad de los hijos que no han cumplido 12 años de edad se preferirá a la madre; 4. Si los progenitores demuestran que se encuentran en igualdad de condiciones, de igual manera se preferirá a la madre.

Con respecto a los problemas jurídicos identificados los accionantes expusieron, si los numerales 2 y 4 del Art. 106 son contrarios al derecho de igualdad y no discriminación de los progenitores y al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y si el encargo preferencial de la tenencia a la madre viola el principio de corresponsabilidad parental de los padres.

En lo referente al análisis, la Corte Constitucional toma en consideración los siguientes puntos:

- Consideraciones sobre el ejercicio de la patria potestad, tenencia y la coparentalidad de los progenitores:

De los argumentos emitidos por las partes, se observó que la demanda de acción de inconstitucionalidad está dirigida al encargo judicial de la tenencia, en este sentido el Código Civil, prescribe que la patria potestad es el conjunto de los derechos que tienen los progenitores sobre los hijos que no se encuentran emancipados, mientras que en el Código de la Niñez y Adolescencia, contempla que la patria potestad no es solo el conjunto de los derechos sino también de obligaciones, en referencia a los cuidados, educación, desarrollo integral y la defensa de los derechos y garantía de los hijos, asimismo, la Constitución en armonía con el Código Civil, prescriben, que tanto el padre y la madre de forma conjunta, están obligados a velar por las obligaciones que requiera la familia y la protección de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, donde analizan que la separación de los padres ya sea de derecho o de facto, no pone fin a la patria potestad ya que la misma nace de un vínculo parento-filial que forja una relación jurídica directa independientemente de la unión de los progenitores. En cuanto a la tenencia el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, contempla que cuando el juez considere más conveniente para el desarrollo integral del hijo, otorgará el cuidado y crianza a uno de los padres, sin que este pueda llegar afectar el ejercicio conjunta de la patria potestad, por lo tanto la Corte observa que el Art. 106 de las reglas para confiar la patria potestad, se refiere únicamente a las reglas para encargar la tenencia, es decir el cuidado y crianza y no para la atribución exclusiva de la patria potestad la cual no depende la unión de los padres. Donde concluye la Corte, que tanto el numeral 2 y 4 del articulado suponen una regla y una condición, donde se observa que la regla es la preferencia que se le da a la madre, y la condición es el interés superior del niño.

- Los numerales 2 y 4 son contrarios al derecho de igualdad y no discriminación de los progenitores y al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En tal sentido el Art. 66 numeral 4 de la Constitución, ampara que todas las personas tienen derecho a la igualdad formal y material; lo formal, implica que las personas que se encuentran en la misma situación deberán recibir un trato idéntico, y lo material quiere decir, que los personas que se encuentran en condiciones diferentes necesitan un trato diferenciado para poder equilibrar el goce y ejercicio de sus derechos, igualmente el Art. 11 numeral 2, ampara en la parte pertinente que nos compete, que nadie podrá ser discriminado por razones de sexo, identidad de género y estado civil, aunado a ello, la Corte Constitucional observa que la norma por el hecho de encargar preferentemente la tenencia del hijo a la madre por el hecho de ser mujer, evidencia que no se está garantizando el principio de interés superior del niño, dado que en la observación General de los Derechos del Niño, establece que para poder evaluar dicho

interés, obligatoriamente implica valorar caso por caso, y tomar en cuenta elementos necesarios para la consecución de sus fines, tales como: el derecho de opinión del niño, niña o adolescente, derecho a la identidad, el derecho de tener una familia y la convivencia familiar, el cuidado y protección del principio de interés superior, la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar, el derecho a la salud y a la educación. La Corte sostiene que si bien es cierto, la madre por razones biológicas como la lactancia materna es más cercana al hijo, no conlleva justificar que en absolutamente todos los casos la madre será la más idónea o más capacitada para hacerse cargo del cuidado y crianza que el padre, de esta forma concluyen que la norma crea una panorama de desventaja entre los progenitores, al imponer principalmente la tenencia a la madre por solo hecho de ser mujer, lo que no debería ser así, ya que para encargar la tenencia, hay que tomar en cuenta la relación que los padres mantienen con el hijo independiente de su género, así también es menester, evaluar sus condiciones para determinar cuál es el mejor espacio para su cuidado, cabe también traer a colación que la Corte señala que existen otras medidas como la tenencia compartida, que evitaría una vulneración a los principios constitucionales, que se aplicaría en los casos en que los padres no puedan llegar a un acuerdo o cuando el juzgador verifique que están en igualdad de condiciones entre los progenitores.

Concluyen, que los referidos numerales, limitan la posibilidad de los progenitores a poder solicitar la tenencia y genera desventajas evidentes para los dos géneros, ya que la protección es aparente y puede acarrear una afectación mayor al beneficio, pues el padre deberá probar que es un cuidador idóneo que la madre, a pesar de que se encuentren igualmente aptos. Finalmente concluyen que efectivamente estos numerales, atentan contra la corresponsabilidad parental, al afectar la distribución de las responsabilidades en el cuidado de los hijos, el principio de interés superior ya que señalan que existen medidas alternativas que puedan afectar en menor medida al hijo, como por ejemplo, considerar atender primordialmente su principio antes que el sexo de los progenitores, mediante un análisis de caso por caso que conlleva evaluar las situaciones concretas del niño, niña o adolescente.

- Análisis del principio de interés superior del niño

La Constitución, prescribe en el Art. 11 que el interés superior del niño está orientado a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la misma que obliga a las instituciones públicas y privadas el deber de ajustar sus acciones y decisiones en fin de su cumplimiento, la Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 14 establecieron que las responsabilidades parentales de forma compartida suelen ser beneficiosas para el interés superior del niño, además consideran que es contrario a este interés que la

normativa conceda automáticamente la responsabilidad a uno de los progenitores, por lo tanto, al evaluar el principio de interés superior del niño, la administración de justicia debe considerar el derecho a conservar la relación con sus dos progenitores, en este sentido, se observa que la normativa primero observa la situación de los padres y el luego el interés superior del niño, pese que este último debe ser principal, ya que en caso de conflictos de derechos, sus derechos deben prevalecer sobre los derechos de los padres, así que el encargo de la tenencia no puede estar sujeto la sexo de los progenitores.

- Derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta como elemento del interés superior.

La Corte Constitucional conjuntamente con la jurisprudencia, ha señalado que, en el derecho de ser escuchado, debe considerarse situaciones personales, tales como, su edad ya que garantizar este derecho viabiliza al juzgador a tomar mejores decisiones, logrando promover su participación, estimular el desarrollo de su personalidad y su capacidad para el ejercicio de sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño, ha establecido que el hecho de que el niño sea pequeño, no se le puede impedir del derecho a expresar su opinión, de igual forma en la Observación General del Comité número 12, prescriben su derecho a ser escuchado en procedimientos civiles, como el divorcio o la separación. Con respecto a ello, el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en su último inciso reza, que a partir de los 12 años su opinión será obligatoria, lo cual se observa que excluye a los menores de dicha edad, y a pesar de esto, la Corte determina que el juez conjuntamente con el Equipo Técnico tiene el deber de tomar en cuante la opinión incluso antes de los 12 años de edad, entonces, se concluye que el articulado limita los derechos de los niños, niñas y adolescentes por la preferencia materna y deja sin eficacia su derecho a ser escuchado, porque si bien es cierto, podría expresar su opinión sobre que progenitor quiere que tenga su tenencia, esta misma se encontraría limitada por la preferencia a la madre al ser menores de 12 años de edad.

- Preservación del entorno familiar y el manteniendo de las relaciones familiares.

La Convención sobre los Derechos del Niño, contempla que cuando el niño está separado por cualquier motivo de uno de sus progenitores tendrá derecho a seguir manteniendo relaciones paterno-filiales personales y contacto directo de forma regular, en este sentido, el juzgador competente al analizar el interés superior del niño debe tener en consideración su derecho a conservar la relación con sus dos padres, debido que otorgar la tenencia de forma prioritaria a

la madre, ocasionaría desventajas para el entorno familiar del padre, en el caso de que se encuentre en las mismas condiciones y sea idóneo para encargarse del cuidado y crianza, lo que ocasionaría distanciamientos afectivo-emocionales de sus entorno familiar paterno, por tanto encuentran que es incompatible dicha norma con el interés superior y reiteran nuevamente que las decisiones en cuanto a la responsabilidad parental, debe tomarse como único criterio dicho interés.

- El encargo preferente a la madre de la tenencia transgrede el principio de corresponsabilidad parental.

El Art. 62 numeral 1 y 4 de la Constitución, determinan que el Estado va promover la maternidad y paternidad responsables, por lo cual estarán obligados a su cuidado, alimentación, crianza, desarrollo integral y protección de sus derechos, vigilando que se dé un cumplimiento recíproco entre padre y madre, la Convención sobre los Derechos del Niño en el Art. 18 determina, que los Estados partes garantizarán que ambos progenitores tendrán las mismas obligaciones en todo concerniente al desarrollo y crianza del niño, ya que la corresponsabilidad parental, consisten en el reparto equitativo de los derechos y deberes de los progenitores, con respecto a sus hijos. Por lo mencionado, la norma es contraria al principio de interés superior, debido que no se está evaluando en cada caso el bienestar del niño, niña o adolescente, ya que al señalar que, a falta de acuerdo entre las partes, se encarga la tenencia a la madre, reconociendo de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma es de ultima ratio, la Corte observa que la norma es inconstitucional por ser contraria al principio de corresponsabilidad parental, al del interés superior y al principio de igualdad y no discriminación, por lo que ordenan que la misma sea expulsada del ordenamiento jurídico.

Dentro de las consideraciones adicionales, la Corte estableció parámetros para que así al administración de justicia pueda evaluar, caso por caso, al momento de encargar la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, entre ellos: bajo ninguna consideración el juzgador podrá fundamentar su decisión únicamente en el género de los padres o en su capacidad económica; se tendrá que tomar en consideración primordialmente, el derecho del niño, niña o adolescentes a que su opinión sea tomada en cuenta, de acuerdo a su edad y el grado que tenga de madurez; el progenitor deberá estar emocionalmente disponible para que así no haya impedimento de satisfacer sus necesidades ya sean estas físicas, emocionales y educativas; el juzgador deberá adoptar todas las medidas pertinentes para que se pueda descartar cualquier amenaza, existencia o antecedentes de violencia en el ámbito físico, doméstico, económico o incluso patrimonial y vicaria; cuando se encargue la tenencia, deberá procurarse que el menor siga manteniendo

relaciones con sus padres, tomando en cuenta el domicilio de ambos, su estabilidad y las rutinas que hayan mantenido hasta el divorcio o su separación; deberá tomarse en cuenta la relación que existía con sus padres antes de la separación o divorcio y la dedicación en sus responsabilidades; se deberá respetar la identidad del niño, niña o adolescente; se deberá analizar la idoneidad de los progenitores que les permita satisfacer su bienestar, a la vez de brindar un adecuado entorno de acorde a sus necesidades específicas como su edad, cuidado, seguridad y protección; se deberá procurar analizar cualquier daño que hubiera sufrido el menor o que posiblemente pueda llegar a sufrir; el juzgador deberá reparar en las actitudes de cooperación de los padres lo que permitirá el mantenimiento y la preservación del entorno familiar tanto de la madre como el del padre; deberá analizarse el vínculo afectivo que se haya formado entre hijos y padres y demás entorno; se deberá tomar en cuenta factores como la edad, el contexto en que se haya generado la situación, madurez, experiencias, si pertenece o no a un grupo minoritario, si padece de alguna discapacidad y en entorno social y cultural.

1. Resolución:

La Corte Constitucional resuelve aceptar la acción pública de inconstitucionalidad presentado por los accionantes No. 28-15-IN; declarar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia; disponer a la Defensoría del Pueblo que en el plazo de 90 días que serán contados a partir de la notificación, que realice un informe donde considere los parámetros para otorgar la tenencia; disponer que la Asamblea Nacional continúe el debate del proyecto concerniente al Código Orgánico para la Protección Integral de niños, niñas y Adolescente, en el plazo máximo de 12 meses, que serán contados desde la presentación del informe de la Defensoría; disponer que la Defensoría y el Consejo de la Judicatura, realicen un plan de capacitación dirigido a funcionarios judiciales en el plazo de 6 meses, el mismo que va permitir brindar una formación en materia de lucha contra la violencia y estereotipos de género, así como también la capacitación respecto a lo señalado en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y las recomendaciones, su protocolo y las recomendaciones generales; dispones que la Defensoría del Pueblo y la Pública, elaboren un plan para que así puedan informar a la ciudadanía en el plazo de 6 meses, sobre los servicios que esta última brinda en la materia de niñez y adolescencia; disponer que el Consejo de la Judicatura realice una difusión del contenido de la presente sentencia, en el término máximo de 10 días a partir de la notificación mediante oficio que será dirigido a todas los jueces, defensores públicos y miembros del Foro de Abogados; finalmente disponer que el Consejo de

la Judicatura durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia realice una publicación de la misma en su sitio web institucional.

Comentario de la autora:

Es evidente que la sentencia de la Corte Constitucional al eliminar la preferencia materna para el encargo de la tenencia, viabiliza la posibilidad de implementar la tenencia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia son violatorio de derechos, no solamente para los progenitores sino en especial para los niños, niñas y adolescentes, comenzando por la Constitución de la República del Ecuador que en el Art. 12 numeral 2, establece que todas las personas son iguales, por ende van gozar de los mismo deberes y derechos, donde se garantiza que nadie podrá ser discriminado por razones de su sexo, orientación sexual, posición socio-económica y estado civil, conjuntamente con el Art. 66 numeral 4, que prescribe la igualdad formal y material, en este sentido, llevado a la realidad en los juicios de separación y divorcio cuando hay hijos menores de edad, los progenitores desde un principio se encuentran en total desigualdad por la preferencia a la mujer que existe en la normativa, ya que la administración de justicia se limita a conceder la tenencia automáticamente a la madre, sin antes determinar si efectivamente está mínimamente calificada para hacerse cargo del menor que el padre, lo que no solo le deja en un situación de indefensión al menor sino además en la triste situación de ser obligado a separarse de su entorno familiar, lo que le puede llegar a ser perjudicial a su desarrollo integral, por lo que durante su proceso de crecimiento no contara con el apoyo, comprensión, amor, cuidado de sus dos figuras materna y paterna, aunado a ello, el juzgador al momento de no evaluar minuciosamente el principio de interés superior del niño, estaría poniendo en peligro incluso su integridad personal, ya que al suponer que la madre por el simple hecho de ser mujer es la más idónea, no permite que se haga una valoración de que tan apta esta psicológicamente, si cuenta con un entorno familiar y social estable para su crianza y si cuenta con tiempo de calidad para brindarle al menor todo lo necesario que satisfaga no solamente sus necesidades materiales sino también las afectivo-emocionales, así mismo no hay que olvidar el principio de corresponsabilidad parental amparado en la Constitución y en el Código de la Niñez y Adolescencia, que taxativamente prescribe que los progenitores ya sea que se encuentren juntos o separados, deben y deberán seguir cumplimiento con sus responsabilidades recíprocamente, es decir, corresponderá a los dos criarlo, educarlo, cuidarle y brindarle todo lo necesario para su adecuado desarrollo, por todo lo expuesto, al encargar la tenencia a un solo progenitor limita que la otra parte siga cumpliendo con sus obligaciones, ya que en la madre recaerá toda el peso

del cuidado y la crianza, mientras que el padre solamente se encargara de proveer su sustento, por lo cual genera desigualdad y desequilibrio en el cumplimiento de sus deberes, asimismo, suponer que solo una persona puede hacerse cargo del menor va en contra inclusive de los amparado en los instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que solo en situaciones excepcionales y si atenta contra su interés superior deberá podrá ser separado de su entorno familiar, por lo que otorgar la tenencia a una sola persona sin antes evaluar la condición de cada uno de los padres y la situación del menor, al menos con su opinión, se está vulnerando gravemente los principios constitucionales, inclusive la misma Corte señala que la tenencia compartida sería la solución cuando los padres no lleguen a un acuerdo o se encuentren en igualdad de condiciones para hacerse cargo del niño, niña o adolescente.

La eliminación de la preferencia materna para el encargo judicial de la tenencia en el Ecuador va posibilitar mejorar las condiciones de los progenitores y los hijos e hijas dentro de los juicios de divorcio o separación, puesto que dicha declaratoria de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, va garantizar y precautelar los derechos de las familias disgregadas sin disminuir o menoscabar los derechos de ninguno de los integrantes del núcleo familiar especialmente el de los niños, niñas y adolescentes, dado que dentro de estos juicios como sabemos es donde se discute la tenencia, el régimen de visitas y los alimentos. Por ello es menester analizar primeramente desde el enfoque de la administración de justicia, debido que esta sentencia va permitir que se tome como consideración primordial el interés superior del niño, ya que si bien en cierto está establecido dicho principio en nuestra normativa se encontraba limitado por la preferencia a la madre, es decir el juzgador basaba su decisión de acuerdo al sexo de los progenitores, por lo tanto va consentir que los progenitores en igualdad material y formal ante la ley poder luchar por la tenencia de sus hijos, así como también esta sentencia va posibilidad que se abran nuevas puertas sobre la inclusión de figuras jurídicas como la tenencia compartida que tiene como objetivo mejorar las condiciones de la familias, puesto que permitiría una mejor distribución en las responsabilidades parentales después de una separación, ya que por el simple hecho de que los dos progenitores disfruten de la misma cantidad de tiempo de convivencia con sus hijos previo haber constatado que se encuentran óptimas condiciones encargarse de la tenencia, ambos podrán hacerse cargo equitativamente de los cuidados, crianza, educación, alimentación, protección, desarrollo integral, satisfacción de las necesidades afectivo emocionales y todas aquellas necesidades específicas de su edad que pueda llegar a requerir el hijo o hija de familia.

Caso No. 2

1. Datos referenciales:

Número de juicio: 11203-2018-02002

Asunto: Tenencia

Accionante: V.O.D.M

Demandado: M.C.V.V.

Juzgador: Sala Especializada de los Civil, Mercantil Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

Fecha: 29 de enero de 2019

1. Antecedentes:

El accionante D.M.V.O demandó en trámite sumario a la señora M.C.V.V, con la finalidad de que en la resolución se entregue la tenencia de sus dos hijos menores de edad D.N y N.S.V.V, debido que en fecha 02 de mayo del 2018 mientras se encontraban en el domicilio de su progenitora, se sorprendió al ver a sus hijos llegar a su casa en un taxi con sus pertenencias en una mochila y fundas de basura, los mismos que indicaron que su madre les había botado de la casa, en la que comentaron que también fueron víctimas de insultos y maltratos por parte de su madre, siendo desde esa fecha que sus hijos se encuentran viviendo bajo su amparo y protección, cubriendo todas sus necesidades básicas, vestimenta, salud, educación y un hogar que les brinda todo lo necesario para su pleno desarrollo; en la que la parte demandada contestó negando los hechos, ya que sustentó que es falso que los bote de la casa y ya hace varios meses se han venido portando mal por la manipulación ejercida por su padre, que los niños se encuentran viviendo con su padre, y que se encuentran en litigio en la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Loja porque su padre no le ha querido entregar a los niños, y que habló con sus hijos pero estos se niegan a regresar por la manipulación de ser padre; en la que se resolvió negar la demanda de tenencia solicitada por el señor D.M.V.O, debiendo otorgarse la tenencia a su madre la señora M.C.V.V, en lo referente al régimen de visitas se determinó dos días de cada quince días, igualmente, se ordenó que el grupo familiar reciban terapias y ayuda psicológica por parte de la psicóloga del MIESS, en la que la parte actora apeló al momento de escuchar el fallo oral.

Respecto a la audiencia en forma reducida, la parte actora solicitó el pedido de prueba nueva, en la que expone que se acepte como prueba documental la evaluación psicológica

de sus dos hijos, en la cual el Tribunal acepta la valoración psicológica al señor D.V.O; el certificado del rendimiento académico del niño DV.V; las copias certificadas entregadas por la Junta Cantonal de Derechos sobre los nuevos hechos de violencia; los testimonios que versarán sobre los nuevos hechos de violencia; y el parte policial sobre los presuntos hechos de violencia.

En lo que corresponde al análisis el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el interés superior del niño es un principio orientado a garantizar el pleno ejercicio de los derechos de ellos niños, niñas y adolescentes, y para apreciar el mismo se deberá considerar la necesidad de mantener el equilibrio entre los derechos y deberes en la forma que mejor sea conveniente para la realización de sus derechos y garantías, asimismo, nadie podrá invocarlos contra norma expresa sin escuchar de antemano la opinión del niño, niña o adolescente; el Art. 44 del mismo cuerpo normativo prevé sobre su desarrollo integral; la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 46, determina que el Estado adoptará medidas que aseguren y garanticen: a los hijos menores de seis años de edad su nutrición, educación en todos los niveles, salud y cuidado diario; protección contra cualquier explotación laboral o económica; protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato o explotación. En lo referente al análisis de la institución del interés superior del niño en los instrumentos internacionales; la Convención sobre los Derechos del Niño, determina cuatro principios que rigen la protección integral: el principio de la no discriminación, el principio del interés superior, el principio del respeto debido a la vida, su supervivencia y desarrollo, y el principio basado en el respeto de la opinión del niño.

La parte actora y demandada con las pruebas aportadas han logrado demostrar: 1. Que los niños D.N y N.S.V.V, estuvieron viviendo con su padre desde el 09 de mayo de 2018, los mismos que están bien cuidados, asisten a clases y reciben la protección y afecto no solo por parte de su padre sino también de familia paterna; 2. La versión de los dos niños acreditaron que se encuentran con su padre desde el 09 de mayo de 2018, como consecuencia de que madre sin las precauciones necesarias, les envió con su padre sin importarle que son niños menores de edad que aun requieren de cuidados y protección, igualmente, se demostró que la madre no ha intentado acciones legales ni personales para lograr recuperar a sus hijos; en referencia a los testigos de la parte actora, indicaron que el padre ejerce su cuidado de manera responsable y con mucho cariño, de igual manera los testigos de la parte demandada, manifestaron que la señora es una persona responsable los mismos que consideran que es una buena madre; el informe técnico emitido

por la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, concluyó que los dos progenitores están capacitados para poder hacerse cargo de sus hijos, que no padecen ningún tipo de alteración psicológica alguna que pueda llegar a perjudicar a sus hijos; 4. El informe presentado por la Dr. G.H.L psicóloga clínica de la fundación llamada “Espacios-Desarrollo con Participación Ciudadana”, dentro del proceso llevado en la Junta Cantonal, determinó que no existe manipulación del hijo mayor D.V, por lo que queda sin sustento dicha manipulación ejercida por el padre, asimismo, la entrevista efectuada por el Tribunal, concluyó que tampoco existen indicios de manipulación y que su vínculo afectivo esta más ligado a uno de sus padres. La prueba nueva aportada no es aceptada, ya que carece de valor probatorio, debido que son hechos que no fueron discutidos en la primera instancia; 5. El Tribunal también analizo que los padres han roto los lazos de convivencia y armonía que debería existir en un hogar, y que los niños tienen una mayor inclinación y afecto con el padre, por lo que la convivencia, desarrollo y su bienestar tanto emocional como físico se lograría en mejores condiciones bajo el amparo de su padre; 6. La tenencia tiene como finalidad encargar el cuidado al niño, niña o adolescente a uno de los padre al encontrarse separados de hecho, tomando eso como fundamento la Constitución de la República del Ecuador, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y Adolescencia, amparan el interés superior del niño; 7. En el presente caso con las pruebas que fueron aportadas y basados en el Art. 35 de la C.R.E, establece que los niños, niñas y adolescentes son parte del grupo de atención prioritaria.

3. Decisión

El Tribunal acepta el recurso de apelación y revoca el auto interlocutorio subido en grado; con lo que dispone que la tenencia de los niños D.N y N.S.V.V, sea torgada a su padre el señor D.M.V.O, los mismos que se encuentran actualmente conviviendo con su padre y deberán ser entregados con todas sus pertenencias personales, igualmente, se dispone que los dos niños pasen junto a su madre desde las 17h00 del día viernes hasta las 17h00 del día domingo cada quince días. Se dispuso también que los niños reciban terapias psicológicas y de igual manera con sus padres por separado y que de acuerdo a los avances que se vayan observando en los miembros de la familia, se dispondrá terapias en conjunto familiar, que serán de cumplimiento obligatorio; la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, deberán presentar informes periódicos cada 30 días, del cumplimiento y los avances en las terapias psicológicas.

Comentario de la autora:

Como hemos podido observar a comparación de los anteriores casos analizados, en el Ecuador no existe la tenencia compartida por lo que su encargo deberá ser otorgado solamente a uno de los progenitores de acuerdo a lo establecido en el Art. 118b del Código de la Niñez y Adolescencia, en este caso, se ha podido visibilizar que el padre de los dos niños tuvo que recurrir al recurso de apelación para que así puedan darle la tenencia de los niños, a pesar que sus hijos habían llegado al domicilio de su progenitor en taxi producto de que su madre les había botado de la casa con sus pertenencia con mochilas y fundas de basura, por lo que queda analizar si verdaderamente la resolución emitida por el Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia precauteló el interés superior del niño, ya que si bien es cierto, en ese momento la normativa antes de la sentencia dictada por la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21, establecía la preferencia materna para el encargo judicial de la tenencia, se debió considerar primordialmente su interés superior antes que el sexo de los progenitores, aunado a ello, como se pudo observar en primera instancia la Junta Cantonal debido por los hechos ocurridos concedió la custodia temporal de los niños a su padre, donde se corroboró que efectivamente los niños D.N Y N.S.V.V, se encuentran viviendo con su padre desde el 09 de mayo de 2018, donde han recibido toda la protección y afecto no solo del progenitor sino también de su familia paterna, asimismo, se concluyó que los niños poseen vínculo fuerte con su padre, y a pesar de ello el juzgador de primera instancia otorgo la tenencia a la madre. En este sentido, ya sea que se otorgue la tenencia monoparental o la tenencia compartida que se pretende implementar producto de este estudio, la decisión de los administradores de justicia deben en absolutamente todo los casos tener como piedra angular el tan mencionado interés superior del niño, ya que como se pudo observar a pesar de los niños tenían una mayor inclinación por el padre, el juez de primera instancia encargo la tenencia a la señora, lo que no debería ocurrir debido que su opinión debe ser escuchada y tomada en cuenta, por ello, es menester concluir que en este tipo de procesos donde estén de por medio los derechos de los niños, niñas y adolescentes estos deben prevalecer, por ende se debe evaluar cada caso en su particularidad con la finalidad de que dicha resolución garantice su desarrollo integral y el pleno ejercicio de sus derechos, con el apoyo de la Oficina Técnica.

Caso No.3

1. Datos referenciales:

Número de juicio: STC12085-2018

Asunto: Recurso de Casación

Accionante: D.M.R.B

Juzgado: Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación de lo Civil- Bogotá

Fecha: 18 de septiembre del 2018

1. Antecedentes:

La accionante en representación de su hijo menor C.D.V.R, acudió ante la administración de justicia, ya que presuntamente se habría violentado su derecho al debido proceso, el derecho al acceso a la administración de justicia y derecho a tener una familia y no ser separado de ella, en que solicito que se deje sin efecto la sentencia dictada en fecha 9 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha para que en su lugar pronuncie una nueva decisión de fondo que motive debidamente la valoración de cada una de las pruebas, que garantice los derechos fundamentales del menor, en especial atención al deseo del menor de crecer al lado de su progenitora.

Hechos relevantes: La accionante D.M.R.B interpuso el proceso de custodia y cuidado personal de su hijo menor C.D.V.R, la mismo que interpuso contra el accionado R.D.V.S, cuyo conocimiento avoco el Juzgado 4 de la Familia de Bogotá, la misma que fue admitida a trámite con la notificación al demandado, en la cual se realizó las prácticas de la visita social al hogar de los progenitores a través de la trabajadora social, en que se procedió a realizar una entrevista al menor, en la que posteriormente, el 3 de octubre del 2017, se procedió a remitir las diligencias al despacho de la familia al despacho del departamento de Soacha, en la que la autoridad suscito conflicto por competencia.

La Sala de Casación de lo Civil en fecha 19 de diciembre de 2017, radicó la competencia para dar trámite al asunto en el Juzgado de Familia del departamento de Soacha.

Con fecha 19 de febrero de 2017, el estrado judicial del accionado avocó conocimiento, con la que reanudo la etapa probatoria en la que se fijó fecha para adelantar la audiencia de acuerdo al artículo 392 del Código General de Procesos.

Con fecha 9 de mayo, anterior a la práctica de las pruebas, el Juzgado competente dictó sentencia en la que se asignó de forma compartida el derecho de custodia y cuidado personal del menor, a sus progenitores D.M.R.B y R.D.V.S en la que se indicó que el demandado V.S. va continuar con la custodia del menor hasta el 29 de mayo de 2017, en la que se fijó la cuota alimentaria y se reguló las visitas.

La accionante, por vía judicial de la tutela critico la actora que la decisión, vulneró las prerrogativas del menores, ya que se desconoció que en la entrevista que el menor manifestó el deseo de vivir con su progenitora, razón por la cual la custodia solamente debía quedar con la madre y no con el padre, asimismo agrego que designar la custodia compartida, se está privando al menor de poder tener un crecimiento adecuado, que le permita estructurar su proyecto de vida, porque al padre no se encuentra en las condiciones, de poder garantizarle todo lo necesario para su desarrollo, como el estudio, alimentación, cuidado, vivienda y sus necesidades básicas, alegando que la preparación de los alimentos solo podría brindarle la progenitora.

Respuestas de los accionados y los demás vinculados: Manifestó el Juzgador de Familia del Departamento de Soacha que la decisión controvertida, se ajusta a la normativa del caso en concreto, así como también al análisis de los medios suorios, en las que debidamente se practicaron las pruebas correspondientes como la visita social al domicilio d ellos progenitores, en la que se constató que contaban con condiciones óptimas habitacionales, además conjuntamente con la entrevistas realizadas al menor, en la que manifestó que está bien con el papá y desea vivir con él, y que en los dictámenes psicológicos e informes de la designada trabajadora social existen contradicciones, ya que al principio se sugería que el menor permanezca con la madre, y finalmente se sugirió que permanezca con el padre, con las visitas a la madre, en el que se advirtió que tanto la condición mental, laboral de los padres es sana y que ninguno de los dos representa algún riesgo en cuanto a la garantía de sus derechos fundamentales, razón por la que se decidió optar por la custodia compartida, mientras que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, destacó que los padres aún no han superado el duelo de la separación, por lo que a su parecer la custodia compartida generaría confusiones para identificar la figura de autoridad.

De la sentencia impugnada: Se denegó el amparo ya que se consideró que la decisión no lucía arbitraria, pues el juzgador debidamente analizo tanto las visitas domiciliarias realizadas y las diferentes entrevista al menor, en la que se concluyó que la custodia efectivamente debía ser compartida, ya que el menor manifestaba que deseaba estar con su madre y últimamente también deseaba estar con el padre, y que los progenitores reúnen todas las condiciones óptimas para su cuidado, por lo que no se vulneró el Art. 26 del Código de la Infancia y de Adolescencia, la que la accionante impugno reiterando los argumentos iniciales.

Con respecto a las consideraciones: En 1991 se consagró como sujetos de especial atención a los niños, niñas y adolescentes, autorizando su desarrollo protección integral, su interés

superior, y la prevalencia de sus derechos y garantías de los demás sujetos, incluidos las personas de su núcleo familiar, en lo que respecta al interés superior, la Corte Constitucional en sentencia 7-5887/98, señaló: que este principio busca la mayor protección de la personas de que se encuentre en especiales condiciones de indefensión, la que debe garantizar la formación de un adulto sano, libre y autónomo, con una caracterización jurídica específica fundamentada de acuerdo a sus intereses, tal como lo amparado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

De acuerdo al principio de interés superior, es menester que se reúnan, al menos cuatro condiciones básicas: se debe tomar en consideración primero, que el interés debe ser real, es decir debe tomarse en cuenta sus particularidades, necesidades y sus aptitudes físicas y sociológicas; segundo debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás, por tanto su análisis no debe sujetarse a la voluntad o capricho de los padres y mucho menos de los funcionarios; tercero, su garantía de protección, ya que en caso de intereses en conflicto la ponderación debe ser guiado para la protección de este principio, y finalmente debe demostrarse que el interés debe lograr un beneficio jurídico supremo que beneficie en la personalidad del menor.

Con respecto al examen de la demanda: se establece que se cuestiona la sentencia dictada en fecha 9 de mayo de 2018, en la cual se otorgó la custodia y cuidado del menor de manera compartida y alterna a sus padres, lo cual para esta sale no luce arbitraria, ni atenta contra la cata fundamental, ya que el estrado judicial analizo la normativa y jurisprudencia, además de los medio suasorios como las visitas al domicilio de los padres:, consignando que sobre el aspecto habitacional ambos padres ofrecen condiciones dignas para el cuidado del menor, seguidamente con la entrevista y las valoraciones psicológicas: en la cual el menor en la entrevista manifestó su deseo de convivir con madre y posteriormente con la valoración psicológica, que manifestó su deseo de vivir con la progenitores y por supuesto no desprenderse de su padre, en la que el psicólogo concluyo que el padre de familia, presenta condiciones emocionales y psicológicas que le permiten la formación de vínculo sanos de apego, además sus características personales le permita continuar de forma responsable el cuidado del menor en beneficio de su desarrollo, además se requiere que los progenitores acuerden tiempos de visitas para sí minimizar los efectos emocionales en el niño producido por la separación, posteriormente, en otra valoración psicológica que se realizó al menor, manifestó que la madre es buena es buena gente, que le compra cosas y que le gustaría que se visitará porque yo la quiero, además se evidencia que el niño presenta un buen relación con el padre en el que manifestó, que le gusta vivir con el padre , porque lo cuida y protege, se siento querido, por lo

que concluyen que el menor presenta contradicciones en su deseo, ya que en principio dice que quiere estar con su madre y últimamente con su padre.

En referente a la valoración de los dos progenitores, se concluye que no presentan síntomas de enfermedad mental que pongan en riesgo su integridad personal y que ambos están acreditados para hacerse cargo del cuidado personal y su custodia, al punto también que en una de las entrevistas el menor incluso dijo que quisiera que los padres volvieran a unirse.

Concluyen con la valoración de los testimonios y las demás pruebas aportadas: que es factible asignar el custodia y cuidado personal de manera conjunta, entonces en principio se asigna la custodia al señor R.V.S por el termino de 15 días y a partir de su conclusión la madre lo asuma y sucesivamente hasta que el menor llegue a su mayoría de edad, a menos que se considere pertinente cambiar la forma de custodia, con lo que va lograr que el menor satisfaga su derecho de tener una familia y no ser separado, así pues concluyen que dicha decisión no es antojadiza o caprichosa, más aún cuando las conclusiones se basaron en las manifestaciones realizadas al sujeto especial de protección en el procesal el cual está establecido en el artículo 26 inciso 2, que establece que en todas las actuaciones administrativas o judiciales en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes, tendrán derecho de ser escuchado y que dichas opiniones sean tomadas en cuenta, de aquí la importancia que el sentir del menor sea de suma importancia a fin de buscar la mejor forma de contribuir a su desarrollo como se autónomo, y como en efecto, acá ocurrió.

Fundamentado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ampara que los Estados partes deben garantizar que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio su derecho a expresar su opinión, en función de la edad y madurez; con tal fin, se deberá dar particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento ya sea judicial o administrativo, además recuérdese que el estado civil del menor supone el reconocimiento de sus antepasados con el objetivo de poder desarrollar un vínculo afectivo con ello, circunstancia que debe ser prioritaria y mantenerse independientemente del querer individual de sus ascendiente, por ende, la figura de custodia compartida garantiza el desarrollo de que el infante cuente una historia familiar estable para su buen desarrollo emocional y material. Al margen de lo anterior, cabe destacar de que, si las condiciones actuales lleguen a cambiar, la interesada cuentas con las acciones establecidas por el legislador para que se decida sobre la custodia y cuidado personal del menor, por lo tanto, dichas decisiones no hacen tránsito de cosa juzgada.

Asimismo, en este tipo de proceso resulta importante resaltar la importancia del interés superior del menor, es así que el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006, ampara sobre la responsabilidad parental, que es la obligación de los progenitores para hacerse cargo de la orientación, acompañamiento, cuidado y crianza de los menores durante todo su proceso de formación, por lo que incluye la responsabilidad compartida de los progenitores de asegurarse que puedan lograr el máximo de satisfacción de sus derechos, lo que en ningún caso dicha responsabilidad parental puede haber violencia física, psicológica o actos que puede violentar sus derechos, igualmente, el artículo 23 del Código de la Infancia y Adolescencia, que determina que los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho de que sus progenitores asuman directa y permanentemente su custodia para su desarrollo integral, de ahí que la custodia pueda ser compartida, la respecto la Corte Constitucional, ha establecido que los niños para su crecimiento necesita del cuidado, amor y apoyo de los padres, ya que caso contrario crecerá en un ambiente de soledad y desamor, lo que inevitablemente va impedir que potencialice sus capacidades y personalidades, por lo tanto, procrear va implicar la obligación de los padres de brindarle amor para su formación, aún después de su separación.

En este sentido, la custodia compartida debe optarse con el tiempo y los lugares de residencia de cada uno de los padres, así mismo los progenitores deberán contar con las capacidades físicas y psicológicas que permitan establecer una relación directa, sin perjuicio de las reglas establecidas sobre la regulación de visitas y la obligación alimentaria, en este contexto, las conductas de los padres, que buscan separar al menor del otro, no pueden ser admitidas, ya que si los progenitores disponen de los medios para brindarle el amor y la estabilidad que requiere, al punto que el menor manifieste que su decisión es vivir con ambos. Finalmente, se destaca como derecho comparado que varios países han optado por este sistema de custodia compartida como: Es así que España en el artículo 92 del Código Civil, prescribe que se deberá acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, cuando los progenitores lo soliciten en la propuesta de convenio regulador y en todo caso, antes de acordar dicho régimen el juzgador deberá recabar el informe el Ministerio Fiscal, además de escuchar al menor que tengan suficiente juicio y la relación de los progenitores mantengan entre sí, de lo anterior se extrae que el objeto de la institución es el interés superior del menor, el cual debe regirse para consolidar la custodia compartida, incluso si no se puede lograr un acuerdo entre los padres.

Siguiendo la misma línea, la doctrina española, ha conceptualizado que la custodia compartida es una institución que se fundamenta en la idea de que la separación o divorcio si bien pone fin a la convivencia de los padres, no debe poner fin a los vínculos familiares, ello supone que una

vez separado los padres los derechos y responsabilidades deben seguir iguales, asimismo, países como Italia esta figura está establecida en la Ley 54 de 2006 en el artículo 155, prescribe que independientemente de la separación de los padres, los menores tienen derechos a seguir manteniendo una relación equilibrada y continua con sus progenitores, así como recibir cuidados, educación e instrucción por parte de ambos. Por otra parte, Francia es uno de los países que ruegan la residencia alterna, el mismo que para su concesión se deben tomar en cuenta circunstancias como los lazos afectivos con cada uno de sus ascendientes, la aptitud de los padres en relación a la custodia, los resultados de los informes sociales.

Siguiendo la misma línea, Argentina en el Código Civil y Comercial de la Nación, regulo el tema de custodia de los hijos cuando sus padres se han separado, es así, que el artículo 649, establece cuando los progenitores no se encuentren conviviendo, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por uno o ambos padres, mientras que el artículo 650, señala que el cuidado personal puede ser de modalidad alternado e indistinto. Es así, que la ausencia de normativa expresa sobre la materia, no es impedimento para que en Colombia se pueda otorgar la custodia compartida.

3. Decisión:

La Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil, administrando justicia a nombre la de la República, confirman el fallo que ha sido impugnado.

Comentario de la autora:

Es claro que en todo proceso donde se discuten los derechos de los niños, niñas y adolescentes estos van a prevalecer sobre los derechos de las demás personas, en este caso, los derechos de los progenitores sobre todo cuando los mismo se enfrentan a un proceso de divorcio o separación. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, tomo como base fundamental el interés superior del niño para determinar si efectivamente la custodia compartida fue la mejor decisión para el desarrollo integral del menor, en este sentido, la Corte determino que los medios suarios fueron analizados correctamente, ya que cuando se realizó la visita social correspondiente se comprobó que efectivamente ambos progenitores cuentan con condiciones excelentes para hacerse cargo de la cuidado y crianza del menor, como condiciones habitacionales óptimas, además se evidencio que los padres cuentan con una salud mental sana, estabilidad laboral, y que ninguno representa en cualquier de los ámbitos algún riesgo que pueda menoscabar los derechos del menor, aunado a ello, con la diversas entrevistas y valoraciones psicológicas al menor se constató su deseo de convivir con ambos padres, ya que abiertamente en la entrevista

el menor manifestó su deseo de vivir con su madre y posteriormente con la valoración psicológica manifestó que no quería desprenderse del padre ya que a los dos los quiere mucho porque lo cuidan y son buenas personas y que incluso quisiera que vuelvan a estar juntos, por lo tanto se concluyó, que la decisión no fue caprichosa, debido que la misma se basó estrictamente en las manifestaciones realizadas al sujeto especial de protección es decir al menor, puesto que se tomó en cuenta su derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta, ya que la misma Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 establece que los Estados partes deberán garantizar el derecho de ser escuchado del niño que esté en condiciones de expresar su opinión, además señalan que la custodia compartida va permitir forjar un vínculo afectivo con ambos padres independientemente del querer individual de los sus progenitores, lo que va permitir que el menor cuente con una historia familiar estable para su adecuado desarrollo, además que la misma legislación colombiana ampara sobre la responsabilidad parental, donde señala que los padres deben hacerse cargo recíprocamente de la orientación, acompañamiento, cuidado y crianza durante el proceso de formación del menor, para lograr la satisfacción máxima de sus derechos, igualmente, la Corte ha señalado que la custodia compartida va permitir que el menor crezca en un entorno familiar de cuidado, amor y apoyo, ya que caso contrario podría ocasionar que el menor crezca en un ambiente de soledad que va afectar en un futuro el desarrollo de su capacidades y personalidad, por lo tanto se deduce también que procrear va implicar que los progenitores tengan responsabilidades respecto de sus hijos independientemente de su separación, con lo cual se ha podido evidenciar que la custodia compartida ha sido otorgada con el mérito del caso, garantizando el interés superior del menor y los deberes y derechos de los progenitores, ya que si se consideró oportunamente las particularidades del menor y su derecho a que su opinión sea tomada en cuenta, además con las pruebas aportadas se garantizó que el menor conviva en un entorno familiar adecuado que le brinde todo lo necesario para su adecuado desarrollo y satisfacción de sus necesidades materiales y afectivo-emocionales. Lo que permite concluir que la falta de normativa expresa no es impedimento para que se pueda otorgar la custodia compartida a los progenitores y más aún cuando la misma va permitir el pleno ejercicio de los derechos del menor y de su interés superior conjuntamente con los derechos de los padres.

Caso No.4

1. Datos referenciales:

Número de juicio: 46250-42-2010-00717228

Asunto: Guarda y Custodia

Accionante: S.M.L

Juzgado: Juzgado de Primera Instancia No. 8 de Valencia

Fecha: 31 de mayo de 2010

1. Antecedentes:

Primero: El procurador J.C en representación de la señora M.A, interpuso la demanda sobre guarda, custodia y alimentos del hijo menor R.M, en la que luego de exponer la situación de las partes procesales, hacía constar las circunstancias de las medidas a adoptarse y tras los fundamentos jurídicos, solicitaba que le fuere atribuida la guarda y custodia determinando un régimen de visitas para el progenitor no custodio y señalándose la correspondiente pensión alimenticia.

Segundo: Una vez admitida a trámite la demanda, se acordó citar a la parte demandada para que en el término de 20 días contestara la misma, asimismo se corrió traslado con la demanda al Ministerio Fiscal. Dentro del término acordado el procurador en nombre y representación de la parte demandada, dio contestación en la que suplico se otorgase a ambos padres la guarda y custodia del hijo y subsidiariamente le fuere otorgada a la madre un régimen amplio que le permitiera la comunicación paterno filial.

Tercer: Contestada la demanda se acordó convocar a las partes procesales a la celebración del correspondiente asignado el día 2 de mayo de 2011, previo a la práctica del dictamen pericial del Gabinete Pisco- social, en la que comparecieron ambas partes y el Ministerio Fiscal, ratificándose así la parte actora en su escrito de la demanda y oponiéndose a la contestación de la demanda, modificando su contestación ya que si de otorgarse la guarda y custodia compartida se solicitaba que fuere por semana alternas, de lunes a lunes. Dicha petición formulada, se recibió, la prueba documental por reproducida y respectivamente aportada, reproducida la prueba aportada y la declaración del perito del equipo psicosocial que emitió el dictamen.

En lo que respecta a los fundamentos de derecho, sobre la guarda y custodia del hijo menor de las partes procesales, interesada la actora que le sea otorgada el sistema de guarda compartida de manera principal y un régimen de visitas a favor del demandado, el mismo que solicito la guarda y custodia de manera principal y consecuentemente en favor de la actora con derecho de visitas.

Para la resolución del presente caso se debe tener en consideración la protección de los hijos o favor filii en armonía a los tratados y resoluciones de organismos internacionales, entre ellas la Declaración de los Derechos del Niño de fecha 21 de noviembre de 1959, La Convención de

las Naciones Unidas de los Derechos del Niño con fecha 21 de noviembre de 1989, La Resolución A-3 01722 de 1992 del Parlamento Europeo referente a la Carta de los Derechos del Niño de fecha 19 de abril de 1996, así como también el Art. 93 numeral 2 de la Constitución española, que prescribe la coerción de los poderes públicos a garantizar la protección integral de los hijos, en armonía a la regulación de la LO 1 de 1996 de la Protección Jurídica del menor, que prevé que al momento de otorgarse el régimen de guarda y custodia de los hijos menores en crisis matrimoniales, se asegurara ante todo el interés del niño .

Con respecto al presente caso, en que se solicitó por uno de los progenitores un régimen compartido, por semana alternas, por cuanto de la prueba obrante se deriva que los padres ya mantuvieron un acuerdo no homologado judicialmente, desde el mes de junio del año 2008 hasta finales del mes de septiembre del año 2010, un sistema de guarda que comprendía una relación frecuente con ambos progenitores, si bien es cierto la madre ostentaba la guarda y custodia del menor se señaló a favor del padre un amplio régimen de visitas el que comprendía todos los fines de semana alternos de viernes a lunes y uno o dos días entre mitad de semana, sistema que de acuerdo al dictamen del equipo psicosocial genero consecuencias positivas en la vida del menor por las atenciones recibidas que permitió una relación satisfactoria entre ellos, no obstante el dictamen del equipo psicosocial emitido por el perito dio cuenta que también sería beneficioso, estableciendo un sistema compuesto por semanas alternas, con una visita entre semana a favor del progenitor que se trate, en la que aclaro que si no se había especificado tan sistema compartido, fue por la razón que el demandado no se le había dado a conocer debido a sus obligaciones familiares.

Una vez visto el informe favorable emitido por el equipo psicosocial a favor de la guarda y custodia compartida por semanas alternas, tomando en consideración que padre manifestó que, si podría quedarse con el menor por semanas alternas, debido que a lo largo de dos años compartieron lo compartieron casi en su forma plena, así también el informe favorable de la guarda y custodia compartida del ministerio fiscal, fundamentado que dicho sistema protege el superior beneficio e interés del menor de acuerdo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 20 de febrero de 2007, que señala que los hijos tengan la posibilidad que disfruta de la presencia de sus dos padres pese a la separación de la pareja, lo que prevendría que se generen en el menor sentimientos negativos como miedo al abandono, culpa, así como también se evitaría situaciones de manipulación conscientes o inconscientes por parte de los progenitores.

Por tal motivo la guardia y custodia será por semanas alternas, iniciando los lunes dividiéndose por la mitad los periodos de vacaciones escolares del hijo, conforme al calendario de su establecimiento educativo, en la que la madre elige los años impares y el padre años pares.

En referencia a las vistas entre semana, se determina la tarde de los días miércoles desde la salida del colegio devolviendo al menor a las 20 horas al domicilio del progenitor que le toque en ese periodo.

En lo concerniente a la vivienda familiar, ambos progenitores se mostraron conformes que cuando el menor este en su compañía viva en su domicilio; igualmente a lo que se refiere la contribución de los dos progenitores, se estima que durante la estancia del menor con cada uno de sus padres será este quien asuma los gastos, entre ellos su alimentación y vestido, debiendo ambos padres abrir una cuenta corriente para consignar los gastos del menor referentes al comedor escolar y seguro médico, así como también gastos ordinarios escolares ordinarios tales como libros, uniformes, etc., dicha cuenta corriente en la que mensualmente los dos progenitores dentro de los primeros 5 días deberán ingresar la suma de 125 euros; en lo referente a la contribución de los gastos extraordinarios serán abonados entre los dos progenitores.

3. Decisión

Régimen de convivencia: Se atribuye a los dos progenitores la convivencia compartida, la misma que será llevada por semanas alternas de lunes a lunes, en los casos del progenitor que no disfrute de su compañía podrá relacionarse y tenerlo en su compañía un día entre semana, y a falta de acuerdo serán señalados los días miércoles desde la salida del colegio a las 15 horas y a las 20 horas deberá ser reintegrado; en las vacaciones escolares será dividido los periodos de vacaciones por la mitad entre ambos conforme al calendario estudiantil, y a falta de acuerdo elegirá la madre los años impares y el padre en los pares; la contribución de los gastos ordinarios se consignaran durante los periodos que tenga al menor bajo su guarda y custodia, entre ellos su alimentación y vestido, igualmente cada progenitor, depositará mensualmente 125 euros en la cuenta que aperturen, cantidad que se abonará los primeros 5 días de cada mes, en doce semanales, mismos que será revisado y monitoreado por el Instituto Nacional de Estadística; en referencia a los gastos extraordinarios, ambos padres contribuirán con el 50%.

Comentario de la autora:

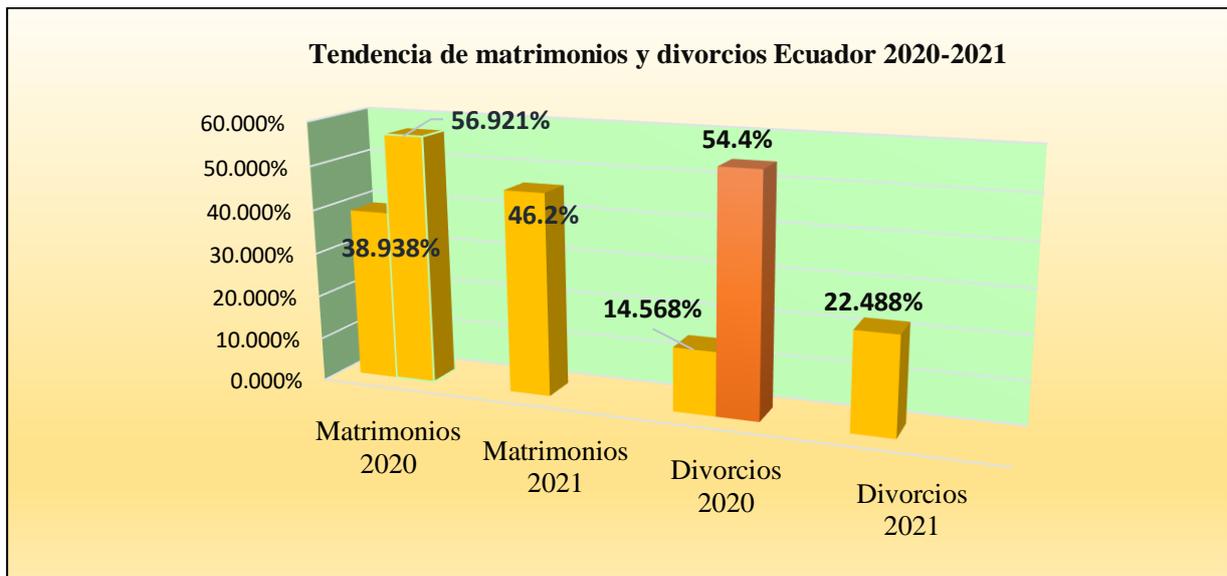
Se puede concluir que el Juzgador de la primera instancia de Valencia, para poder otorgar la tenencia compartida a los progenitores, analizo primeramente la relación que mantenía el hijo

con los progenitores donde se pudo constatar gracias al informe psicosocial que dicha convivencia regular influyo de forma positiva en la vida del menor; así también con el informe favorable emitido por el ministerio fiscal que dicho régimen de guardia y custodia compartida garantiza el interés del menor, igualmente se analizó que este sistema permite que los padres sigan cumpliendo con sus obligaciones responsablemente en igualdad de condiciones después de una separación en su desarrollo y crianza, lo que va ayudar a prevenir que en el menor se generen sentimientos negativos como miedo al abandono o sentimientos de culpa, igualmente, evitaría que el progenitor que tenga su custodia manipule al menor, conocido como síndrome de alienación parental, finalmente este sistema prevendría que el menor tenga que vivir una situación traumática causada muchas de las veces por la separación de sus padres, cabe hacer hincapié en este punto, que una vez otorgado dicha sistema compartida es necesario que el tiempo sea distribuido equitativamente, como en este caso se da por semanas alternadas de lunes a lunes sin preferencia de ningún tipo, así también que los periodos de vacaciones sean divididos por la mitad considerando el calendario escolar y con respecto a los gastos es esencial que el progenitor que lo tenga en su custodia se encargue de los gastos de su alimentación y vestido y todos los necesarios para cubrir sus necesidades esenciales; así como la apertura de una cuenta donde consignen los gastos ordinarios dentro de los primeros 5 días de cada mes, la misma que deberá ser previamente monitoreada y en el caso de los gastos extraordinario contribuirán con el 50% cada uno.

6.4. Análisis de datos estadísticos:

Con respecto al análisis de los datos estadísticos, se tomó como fuente fiable de información los datos estadísticos del boletín técnico N° 01- 2022- REMD, en el cual se plasman los registros estadístico de los matrimonios y divorcios suscitados en los años 2020 y 2021, emitido este mismo por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), en el cual se evidencia las tendencias de los matrimonios y divorcios ocurridos en el territorio nacional, el tiempo de duración de los matrimonio, y las diferentes causas de divorcio ya sean estas por mutuo consentimiento o por alguna de las causales establecidas en el Art. 110 del Código Civil , entre los principales resultados que se han podido recopilar se encuentran datos sumamente relevantes, que ayudan a dar una mejor sustentación sobre la necesidad de incorporar la figura jurídica de la tenencia compartida en nuestra legislación, entre ellos:

Figura N ° 8



Fuente: Boletín técnico del Registro Estadístico de Matrimonio y Divorcios 2021 del Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censo.

Autora: Soler del Cisne Procel Hidalgo.

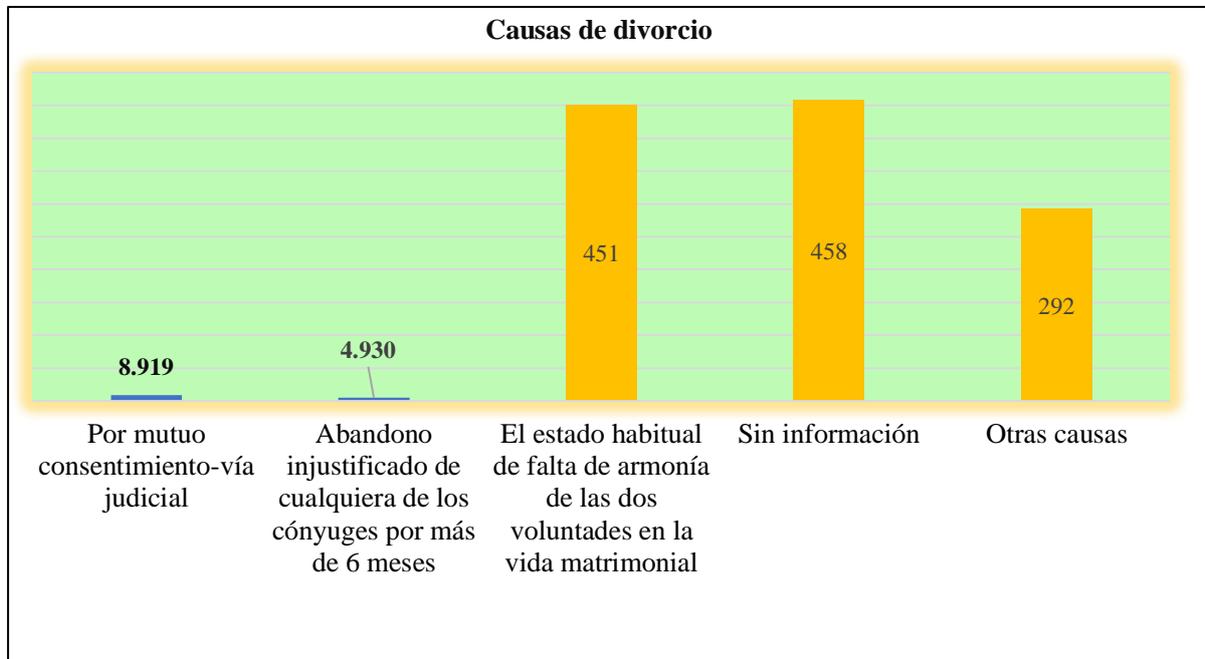
Análisis de la autora:

Con los datos emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censo, se puede observar que los matrimonios celebrados en el Ecuador, se registra un aumento en el año 2021 de 46.2% con respecto al año 2020 al pasar de 38.938 a 56.921; con respecto a los divorcios se registra un incremento de 54.4% al pasar de 14.568 en 2020 a 22.488 en el año 2021.

En este sentido, con respecto a la presente investigación estos datos son super alarmantes, ya que la duración promedio de los matrimonios según INEC en el año 2020 fue de 15.0 años, mientras que en año 2021 tuvo una duración de 15.7 años, lo que significa que en la gran mayoría de las parejas divorciadas tienen hijos que son niños o que son adolescentes, y ante esta situación el Estado, la sociedad y la familias tienen la obligación tal como lo estipula la Constitución de la República del Ecuador, brindar protección prioritaria y especializada a los niños, niñas o adolescente que se encuentren en medio de estos pleitos legales, que por su condición de vulnerabilidad hace que muchas de las veces sean transgredidos sus derechos, puesto que al estar amparados por el principio de interés superior del niño, sus intereses deben prevalecer por encima de los intereses de los progenitores, lo que nos permite concluir, que en el Ecuador existe un aumento de familias monoparentales, ya sea que estas tengan como jefe de familia al padre o a la madre en la mayoría de los casos, que trae como consecuencia que los

hijos e hijas dependientes carezcan de las atenciones y cuidado mínimos que deben recibir por parte de sus progenitores.

Figura N° 9



Fuente: Boletín técnico del Registro Estadístico de Matrimonio y Divorcios 2021 del Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censo.

Autora: Soler del Cisne Procel Hidalgo.

Análisis de la autora:

Con los datos emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censo, se puede observar que durante el año 2021, una de las principales causas de divorcio fue por mutuo consentimiento, seguido del divorcio por causal del abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses de forma ininterrumpida, finalmente otra de las cuales es el divorcio por causal debido al estado habitual de la falta de armonía de los cónyuges en la vida matrimonial, como podemos observar en todos estos juicios ya sea por mutuo consentimiento que se sustancia en procedimiento voluntario o divorcio por causal en procedimiento sumario si existen hijos menores dependientes, es un requisitos indispensable que se resuelva sobre su situación, entre ellos el pago de alimentos, la tenencia y el régimen de visitas.

7. Discusión

7.1. Verificación de objetivos

En este subtema se analizó cada uno de los objetivos planteados en el proyecto de tesis que ha sido legalmente aprobado, en el que constan un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación son verificados:

7.1.1. Objetivo General:

El objetivo general que consta en el proyecto de tesis es el siguiente:

“Realizar un análisis jurídico, doctrinario y comparado sobre la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador”

Este objetivo se logra verificar con el análisis jurídico de las normas de nuestro ordenamiento e instrumentos internacionales relacionados con la viabilidad de la tenencia compartida, la misma que fundamento primeramente en la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11 numeral 2, que ampara que todas las personas gozarán de los mismo derechos, deberes y oportunidades, el Art. 14 que establece sobre su desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y el principio de interés superior, el Art. 67, el mismo que reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad basado en la igualdad de derechos y oportunidades de los miembros de la familia; el Art. 69 numeral y 2 que ampara la protección de los derechos de los integrantes de familia y la corresponsabilidad tanto materna como paterna, asimismo se analizó el Código de la Niñez y Adolescencia que prescribe la función básica de la familia y la responsabilidad compartida y el Art. 100 de la corresponsabilidad parental basado en la igualdad de responsabilidades de los progenitores en la dirección y mantenimiento del hogar, en concordancia con el Código Orgánico General de Procesos donde se analiza el procedimiento en cuanto a la tenencia de los hijos ya sea por mutuo consentimiento que se sustancia en procedimiento voluntario o divorcio por causal en procedimiento sumario, en lo que respecta a los instrumentos internacionales siendo una de las representativas en materia de derechos de la niñez la Convención sobre los Derechos del Niño Art. 9 que en su generalidad señala que los Estados partes respetarán el derecho del niño a mantener relaciones y contacto directo con sus progenitores aun cuando se encuentren separados, en armonía con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que su opinión consultiva establecen la convivencia entre padres e hijos como un elemento fundamental y que dicha convivencia familiar debe estar garantizada, en armonía con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que determina la equivalencia de las responsabilidades de con cónyuges durante y después del matrimonio; el análisis doctrinario se demuestra con el estudio de los diferentes doctrinas y subtemas que fueron desarrollados en el marco teórico, entre ellos la tenencia compartida

entendida como el sistema donde los progenitores se distribuyen equitativamente las responsabilidades y deberes con respecto de sus hijos, los posicionamientos de los autores con respecto a la ventajas y desventajas que supone la implementación de la tenencia compartida, el interés superior del niño donde varios juristas lo definen como un principio garantista de la satisfacción plena de sus derechos integrales, la doctrina de la protección integral siendo el conjunto de acciones y políticas que deben dictar los Estados con prioridad absoluta en lo que concierne a la protección de los niños, niñas y adolescentes; finalmente el estudio comparado se lo verifica con el estudio de 4 legislaciones de países de Latinoamérica. siendo ellos la República de Perú, Chile, Argentina y Costa Rica los mismos que establecen la tenencia compartida y sus regulaciones, por lo que da por verificado y cumplido el presente objetivo general.

7.1.2. Objetivos específicos

Primer objetivo específico:

“Estudiar la tenencia de los niños, niña y adolescentes desde la normativa vigente en el Ecuador”

Se procede a verificar este objetivo con el desarrollo del marco teórico específicamente en el numeral 4.6 del cual se estudió y analizo cada uno de los cuerpos normativos que regulan la tenencia en nuestra legislación ecuatoriana, siendo el principal el Código de la Niñez y Adolescencia, que en el Art. 118, establece sobre la procedencia de la tenencia el mismo, en el que se señala que cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral confiara el cuidado y crianza a uno de los progenitores, el Art. 119, prevé sobre las modificaciones de las resoluciones, en la que el juzgador podrá alterarlas en cualquier momento cuando se llegare a comprobar que es conveniente para el goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia; siguiendo la misma línea, este cuerpo normativo ampara sobre las normas especiales para el juicio de tenencia en su Art. 290 y Art. 291, en la que se establece que el juzgador dispondrá de la Oficina Técnica, la misma que realizará un seguimiento periódico e informes sobre los resultados de la tenencia, en la que la motivación del auto resolutorio deberá considerar obligatoriamente la posición del niño y adolescente durante la audiencia, aunado a ello, brevemente se estudió también el Régimen de Visitas, que en el Art. 123 prevé su regulación, en la que el juzgador deberá aplicar lo dispuesto en el Art. 106 numeral 1, e inciso final, ya que se deberá respetar el acuerdo que lleguen a establecer los progenitores siempre que no sea perjudicial para el interés superior, además de considerar la opinión de los menores de 12 años

de edad de acuerdo a su grado de desarrollo y en el caso de tratarse de adolescente su opinión será obligatoria, consecuente al régimen de visitas igualmente se estudió el derecho de alimentos, en que el Art. 4 establece sobre quienes podrán reclamar alimentos, entre ellos, los niños, niñas y adolescentes salvo los emancipados, los adultos hasta los 21 años que se encuentren estudiando y las personas de cualquier edad que padezcan de alguna discapacidad, y Art. 5 que determina sobre las personas obligadas a la prestación de este derecho, entre ellos los padres como titulares principales, y en caso de ausencia, impedimento o insuficiencia de recursos, serán obligados subsidiarios los abuelos, hermanos que hayan cumplido 21 años y los tíos; otro de los cuerpos normativos que se estudio es el Código Orgánico General de Procesos, en tal sentido, el Art. 334 numeral 4, establece que se sustanciará en procedimiento voluntario el divorcio o terminación de unión de hecho o por mutuo consentimiento cuando haya hijos dependientes, Art. 335 que prescribe que se iniciará por solicitud y contendrá sobre los requisitos de la demanda, y en lo concerniente al procedimiento sumario el Art. 333 numeral 4, señala que la audiencia se desarrollará en audiencia única, comprendida de dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos de debate y la conciliación, y la segunda de la práctica de pruebas y alegatos; finalmente el Código Civil, que en su parte pertinente en el Art. 115, prevé que el juzgador para poder pronunciar la sentencia de divorcio es requisito indispensable que los progenitores resuelvan sobre el cuidado, alimentos y educación de sus hijos.

Este primer objetivo también se logra verificar, a través de las técnica de encuestas y entrevistas dirigidas a profesionales de derecho, con respecto a las encuesta se verifico específicamente con la primera pregunta, siendo la misma, ¿Considera que la normativa vigente en el Ecuador, sobre la tenencia monoparental es decir la que es atribuida exclusivamente a un progenitor, vulnera el principio de interés superior del niño?, 23 encuestados que constituyen el 76,7% seleccionaron la opción del sí, por cuanto se argumenta: que la tenencia monoparental violenta el interés superior del niño, debido que el juzgador al momento de no analizar cada caso en su particularidad y sin tomar en cuenta el derecho el derecho de los menores a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta de acuerdo a su desarrollo evolutivo, no se está garantizando prioritariamente el pleno ejercicio de sus derechos, menos aún, que dicha decisión pueda llegar a afectar su bienestar tanto físico como emocional, aunado a ello, la tenencia monoparental da cabida no solo a la trasgresión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sino también el derecho de los progenitores al encontrarse en una situación de desigualdad material y formal antes la ley; en referencia a la entrevista se verifico principalmente con la pregunta 2, ¿Qué

criterio le merece, la situación que se genera en los juicios de divorcio y separación cuando la tenencia es otorgada a uno de los progenitores pese que la ley establece que gozarán de los mismo derechos y obligaciones respecto de sus hijo?, los entrevistados argumentan que los progenitores cuando pasan por un proceso de divorcio o separación deben hacerlo en igualdad de condiciones, ya que la misma Constitución en el Art. 66 numeral 4, garantiza que las personas deben gozar de una igualdad formal y material ante la ley, y es allí donde dentro de estos juicios se observa que la normativa tienen un tinte discriminatorio por razón del sexo de los padres.

Con el estudio del derecho comparado de las legislaciones de la república de Perú, Chile, Argentina y Costa Rica, se demostró que la Ley que Regula la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes del Perú, es la que más se acopla con nuestra normativa vigente y más aún es la más garantista de derechos, puesto que la misma, permite que los progenitores cuando estén separados de hecho o por alguna de las causales de divorcio, el juez especializado pueda otorgar como primera opción la tenencia compartida, teniendo como condicionante disponer inmediatamente la tenencia exclusiva a uno de los padres en forma progresiva, de manera que no le produzca daños o trastorno, precautelando en todo momento el interés superior del niño, lo que a diferencia de nuestra legislación en el Código de la Niñez y Adolescencia, hacía falta incorporar.

Asimismo, se verificó este objetivo con el estudio de casos, ya que se analizó sentencias de Ecuador, tales como, el caso que se sustanció en la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Loja y la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional del Ecuador, piedra angular de este trabajo de investigación, con lo que se concluyó, que nuestra normativa antes de lo analizado por la Corte Constitucional, establecía parámetros con un tinte discriminatorio hacia los progenitores, debido que en las reglas para el encargo judicial de la tenencia se observaba una preferencia materna, aun estipulando que ambos padres podrían encontrarse en igualdad de condiciones, lo que ocasionó y generó que se transgreda lo más importante que la administración de justicia está llamada a proteger, el principio de interés superior del niño, como fue en el caso de tenencia de fecha 29 de enero de 2019, donde el padre tuvo que recurrir al recurso de apelación para que puedan otorgarle la tenencia a pesar que habían los suficientes antecedentes que demostraban que la madre efectivamente no mantenía un vínculo cercano con sus hijos y más aún los había dejado en desprotección al haberles mandado de la casa con fundas de basura al domicilio de su progenitor. Como podemos visibilizar la normativa vigente en ese entonces, no permitió al juzgador analizar el caso en su

particularidad y remitirse a investigar con la oficina técnica si efectivamente la madre estaba lista para ejercer la tenencia, con lo que efectivamente se logra corroborar que la normativa vigente en el Ecuador carecía y actualmente carece de una figura jurídica que logre garantizar por sobre todo el interés superior del niño y los derechos y obligaciones de los progenitores cuando estos se encuentran separados, lo que indudablemente podría remediarse con la implementación de la tenencia compartida.

Finalmente, con el análisis de los datos estadísticos se pudo observar que en el Ecuador se registra un incremento en los divorcios a comparación de los matrimonios, aunado a ello, se pudo analizar también que la duración de estos matrimonios tienen un promedio de 15.0 a 15.7 años, lo que representa que las parejas divorciadas tienen hijos que son niños o que son adolescentes, por lo tanto, aún requieren de los cuidados permanentes de ambos progenitores, por lo que el tema de tenencia es de importancia social y resalta en la necesidad de incorporar la figura de la tenencia compartida, esto debido al crecimiento de las familias monoparentales que deja en un panorama de desprotección a los niños, niñas y adolescentes que sufren las consecuencias de las separaciones.

Segundo objetivo específico:

“Evaluar si la tenencia compartida es una solución para el pleno cumplimiento de los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria”.

Este objetivo se logra comprobar con el desarrollo del marco teórico, específicamente en el numeral 4.10 con el análisis jurídico en la que, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 44. establece que el Estado, la sociedad y la familia aseguran el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescente, el Art. 45 prescribe que los mismos gozarán de los derechos comunes del ser humano además de los específicos de su edad, entre ellos el derecho de tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, Art. 69 que señala que se va promover la maternidad y paternidad responsables, debido que ambos padres estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos respecto de sus hijos; en concordancia con el Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 22 que determina de los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a vivir y a poder desarrollarse en su familia biológica, en tal sentido, el Estado deberá adoptar medidas que permitan su permanencia en dicha familia, el Art. 21 del mismo cuerpo normativo, que prevé que tendrán derecho a conocer a los progenitores y a mantener relaciones con ellos, así como también ser cuidado por ellos y mantener relaciones afectivas permanentes personales y regulares con

ambos padres especialmente cuando se encuentren separados, finalmente el Art. 60 que establece que tendrán derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten.

Este segundo objetivo también se logra verificar a través de las técnicas de encuestas y entrevistas dirigidas a profesionales de derecho, con respecto a la encuesta se verifico específicamente con la quinta y sexta pregunta, siendo la primera, ¿La tenencia atribuida a un solo progenitor vulnera los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes a? a) Derecho a una vida digna; b) Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos; c) Derecho a la convivencia familiar y; c) Derecho a ser consultados, donde 2 encuestados que constituyen el 6,67% seleccionaron el literal a) 13 encuestado que representan el 43,33 seleccionaron la opción b, 11 encuestados que forman parte del 36,66% eligieron la opción c, y finalmente 4 encuestados que constituyen el 13,33% seleccionaron la opción d, donde los encuestados argumentaron: que claramente los derechos de los niños, niñas y adolescentes se ven vulnerados, ya que acarrearle la cuidado y crianza a uno de los progenitores que pueda estar o no en condiciones de ejercer la tenencia , va desencadenar que el progenitor que tenga su tenencia no logre la satisfacción plena de sus necesidades materiales y afectivo-emocionales; en relación a la segunda pregunta también se logró verificar el presente objetivo, Seleccione lo que usted considera que implicaría la implementación de la tenencia compartida: a) Evitar desordenes psicológicos y cambios bruscos en la conducta del niño, niña o adolescente; b) Problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares; c) La posible inestabilidad producida por los continuos cambios de domicilio y; c) La participación igualitaria de los progenitores en el proceso desarrollo y crianza promoviendo el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, en la que 5 encuestados que representan el 16% seleccionaron la opción a), 9 encuestados que forman parte del 30% seleccionaron la opción b), 11 encuestados que constituyen el 37% seleccionaron la opción c), 3 encuestados que forman parte del 10% seleccionaron la opción d y; finalmente 2 encuestados que constituyen el 7% seleccionaron la opción e), por lo tanto, los encuestados manifiestan que la implementación de esta figura jurídica trae más ventajas que desventajas, ya que garantizara que después de un proceso de divorcio o separación los progenitores puedan establecer acuerdos que les permita participar activa y equitativamente en la vida del menor, además, que dicha tenencia compartida evitaría que se genere problemas psicológicos, debido que seguir disfrutando de la presencia de los padres después de una separación va resultar que el nuevo panorama sea una situación menos traumática; con relación a la entrevista se verificó específicamente con la pregunta 1, ¿Cree usted ,que el ejercicio de la tenencia atribuida exclusivamente a un solo progenitor, vulnera los derechos integrales de los

niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria?, donde los entrevistados argumentan, que la Constitución es clara en establecer que, los dos progenitores están llamados hacerse cargo del hijo o hija luego de haberse producido una separación, por lo que sobrecargarle la responsabilidad a uno de los padres podría ocasionar que el cuidado, crianza, alimentación y educación se vean afectados, donde también visibilizaron y compartieron que la administración de justicia, al momento de otorgar la tenencia, no está considerando como punto fundamental que dicha decisión vaya a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, menos aún se está considerando que al alejarlo de uno de sus progenitores injustificadamente vaya a perjudicarlo psicológicamente en un futuro, por lo que se da por verificado y cumplido el segundo objetivo específico.

Con el estudio de casos de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación de lo Civil de Bogotá y el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, se logró constatar que la tenencia compartida debe otorgarse una vez que han sido verificadas las condiciones básicas que acrediten que efectivamente los dos progenitores pueden hacerse cargo del niño, niña o adolescente, esta mediante las visitas sociales correspondientes que garanticen que tanto el padre como la madre cuentan con las condiciones habitacionales adecuadas para su desarrollo, tengan estabilidad laboral, y sobre todo y más importante estabilidad mental, conjuntamente con la realización de entrevistas y valoraciones psicológicas al hijo o hija, esto con la finalidad de que los mismo manifiesten abiertamente que su deseo es convivir frecuentemente con ambos padres, evitando así, cualquier tipo de amenaza o manipulación que pretenda ejercer el progenitor sobre el menor; con respecto al segundo caso sustanciado en la ciudad de Valencia, se analizó gracias al informe psicosocial la relación existente antes y después de los progenitores con el hijo o hija, con el objetivo de corroborar que en el pasado han mantenido una relación lo suficientemente sana que evite en un futuro cualquier tipo de amenaza que pueda poner en peligro su integridad personal, aunado a esto, también se examinó por parte del ministerio fiscal, que este sistema de tenencia compartida ayude a prevenir que el niño, niña o adolescente sufra algún tipo de repercusión a nivel psicológico, tales como, miedo al abandono, sentimientos de culpa, síndrome de alienación parental; así como también prevenir las diversas situaciones traumáticas producidas tras una separación, con lo que se pudo concluir, que la tenencia compartida garantiza y es una solución para el pleno cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, puesto que al permitir que los dos progenitores se hagan cargo de su tenencia, va permitir que puedan satisfacer plenamente sus necesidades materiales y afectivo emocionales, como su derecho a una vida digna, educación, salud, el

derecho a ser consultados y que opinión sea tomada en cuenta, el derecho a tener una familia y la convivencia familia, entre otros.

Con respecto al derecho comparado, se corroboró que las legislaciones de la República del Perú, Argentina, Chile y Costa Rica, garantiza que los progenitores y sus hijos dependientes luego de atravesar una separación por cualquier motivo puedan optar por el sistema de tenencia compartida, que si bien es cierto, esto posibilita que tanto el padre como la madre sigan cumpliendo responsablemente con sus obligaciones paterno filiales, esto también abre el camino para que los derechos de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria, dentro de los procesos de divorcio o separación sean respetados y protegidos en todo momento, debido que al repartir equitativamente sus responsabilidades se estaría previniendo carencias o faltas ya sean estas afectivas o materiales, que puedan llegar a perjudicar su proceso de desarrollo, agregando a lo anterior, esto permitiría al juzgador, una vez que se sospeche que están siendo transgredidos los derechos del menor, cambiar la modalidad de la tenencia, prevaleciendo así el interés superior del niño por sobre los derechos de los progenitores.

Asimismo, este objetivo se logra verificar con el análisis de los datos estadísticos emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censo, con lo que se concluyó que en el incremento de los divorcios en el año 2021, una de las principales causas fue por mutuo consentimiento, seguido de divorcio por causal del abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos y estado habitual de falta de armonía de los cónyuges en la vida matrimonial, como sabemos estos juicios se sustancian, ya sea, en procedimiento voluntario (por mutuo consentimiento) y procedimiento sumario (divorcio por causal), lo que significa que cuando hay hijos menores dependientes, es un requisito indispensable resolver sobre su tenencia, por lo que el Estado, tendrá obligación tal como lo estipula la Constitución de la República del Ecuador, de brindar atención prioritaria y especializada a los niños, niñas y adolescentes, por su condición de vulnerabilidad que les permita sobre todo gozar de sus derechos integrales.

Tercer objetivo específico:

“Analizar la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador Caso No.28-15-IN”

El presente objetivo se logra corroborar con la técnica de encuestas y entrevistas, con respecto a las encuestas específicamente en la pregunta 2, ¿Considera, que la sentencia No. 2815-IN/21 que declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia que prevé sobre las reglas para encargar la tenencia, promueve el ejercicio de

la corresponsabilidad parental?, 25 encuestados que constituyen el 83,3%, señalaron que efectivamente esta sentencia promueve este principio, ya que va permitir que los padres sigan participando de forma activa y permanente vivan juntos o no en todo lo concerniente al cuidado y crianza de sus hijos, por tanto, va consentir que haya un reparto equitativo del tiempo y deberes que les corresponde como progenitores sin incurrir en preferencias basadas en el sexo de los mismos o posición económica; en lo referente a las entrevistas se comprueba con la pregunta 3, ¿Considera usted, que con la eliminación de la preferencia materna en el ejercicio de la tenencia en la sentencia dictada por la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21 dictada por la Corte Constitucional, viabiliza la posibilidad de implementar la tenencia compartida en el Ecuador?, en la que los entrevistados señalan que dicha sentencia al eliminar las disposiciones jurídicas que daban cabida a la desigualdad por razón de género, va permitir que los padres en igualdad material ante la ley luchar por la tenencia de sus hijos, y aún mejor si ambos acreditan que se encuentran en igualdad de condiciones, no debería haber impedimento para otorgar la tenencia compartida, por lo tanto, se da por verificado y cumplido el tercer objetivo.

Asimismo con el estudio de casos, especialmente con la sentencia No. 28-15-IN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, donde se analizó algunos puntos en específico, entre ellos, si efectivamente los numerales 2 y 4 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores y el principio de interés superior, el derecho a ser escuchado y que la opinión sea tomada en cuenta como uno de los elementos fundamentales del principio de interés superior del niño, y si el encargo preferente a la madre violenta el principio de corresponsabilidad parental, donde se evidenció, que dicho articulado es violatorio de derechos tanto para los progenitores como para los niños, niñas y adolescentes, que se encuentren involucrados en medio de estos procesos de divorcio o separación, puesto que los progenitores no se encontraban en igualdad de condiciones tanto formal como material para poder pelear por la tenencia, así como también, llegaron a la conclusión que es el mismo Estado y la Constitución de la República del Ecuador, que promocionan la corresponsabilidad parental, por lo que no hay impedimento jurídicamente hablando, para limitar por razón del sexo a uno de los padres a seguir cumpliendo con sus obligaciones parentales, así mismo, con respecto al principio de interés superior del niño se evidenció, que se estaba colocando el sexo de los progenitores antes que el mismo bienestar del menor y su derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta.

En lo que respecta al estudio del derecho comparado, se logró verificar este objetivo, puesto que con la eliminación de la preferencia hacia la mujer en los procesos de separación o divorcio

para el encargo de la tenencia, deja el camino libre jurídicamente hablando para la implementación de la tenencia compartida, es por ello, que con el análisis de las diferentes legislaciones de Latinoamérica que comparten nuestra realidad social, se analizó y se llegó a la conclusión de que cada una de ellas a diferencia de nuestra normativa y del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que fue analizado por la Corte Constitucional, donde prevé únicamente la tenencia unilateral o monoparental a pesar de haberse eliminado tal preferencia, sigue sin darse el peso y la importancia que se le debe darse al principio de interés superior del niño, que el Estado y la sociedad están llamados a cumplir, ya que a comparación de las demás legislaciones abarcadas en este estudio, si estipulan como prioridad que el juzgador conceda la tenencia compartida antes que la tenencia exclusiva, donde velan que el niño, niña o adolescente pase igual periodo de tiempo con sus dos padres, que los progenitores tienen igualdad de derecho en la toma de decisiones, las vacaciones del hijo o hija y sobre todo la opinión y su edad, con lo cual queda comprobado este objetivo, ya que la sentencia No.28-15-IN, sirve de piedra angular para implementar nuevas tendencias en este caso la tenencia compartida, que permite precautelar el principio de interés superior del niño.

Finalmente, con el estudio de los datos estadísticos, se determinó que existe un incremento en las familia monoparentales, es decir, las que tiene como jefe de familia solo a la madre o al padre, con lo cual se pudo evidenciar que los divorcios están a la orden del día, lo que termina por afectar al niño, niña o adolescente al ser personas vulnerables, por lo tanto, es menester que los jueces del Ecuador cuando se traten de procesos de divorcio o separación, usen de forma obligatoria esta sentencia como jurisprudencia, debido que la misma permitirá que las decisiones estén mejor fundamentadas, y sobre todo les permitirá analizar más a fondo y con un cambio de perspectiva cada caso en su particularidad, y no como estamos mecánicamente adoctrinados, que la tenencia vaya a la madre y al padre fijarle una pensión alimenticia, sin antes haber corroborado si tal progenitor esta aptó para encargarse del cuidado y crianza, y más aún que piensa y que siente el menor sobre esa decisión.

Cuarto objetivo específico:

“Presentar una propuesta jurídica para garantizar la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes en el régimen ecuatoriano”

Este objetivo se logra verificar con el desarrollo del marco teórico en lo concerniente al derecho comparado, debido que varios países de Latinoamérica han implementado la tenencia compartida, puesto que las mismas en su generalidad garantizan que el juzgador conjuntamente

con apoyo de las instituciones pueda evaluar cada caso en su particularidad con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el de los progenitores, cabe destacar en este punto, que ya sea que se haya otorgado la tenencia compartida o exclusiva, si una de ellas llega a ser perjudicial para el interés superior del menor, se tenga la posibilidad de variar la misma de forma progresiva, de manera que no le produzca daño o trastorno al menor en un futuro, asimismo, el juzgador deberá tener en cuenta que el menor pase igual periodo de tiempo con ambos padres, que los progenitores tengan igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección de sus hijos, se deberá también tener en cuenta las vacaciones de los hijos y progenitores, así como también la edad y opinión del hijo o hija.

Este objetivo también se verifica con la técnica de encuestas y entrevistas a profesionales del derecho, en lo referente a las encuestas específicamente en la pregunta 7, ¿Estaría usted de acuerdo con la elaboración de una propuesta jurídica, en cuanto a la implementación de la tenencia compartida?, en la que 29 encuestados que constituyen el 96,7% seleccionaron la opción del sí, ya que argumentan que la propuesta resultaría beneficiosa y garantista de derechos, ya que por un lado se garantiza el interés superior del niño y por el otro el derecho de los padres, además de ser viable jurídicamente en nuestra legislación, ya que tanto la normativa de nuestro ordenamiento jurídico como los instrumentos internacionales amparan la implementación de la tenencia compartida, que a comparación de la tenencia unilateral o monoparental vigente en nuestra legislación, su incorporación permitiría resolver los problemas que se generan en los juicios de divorcio o separación cuando el juzgador evidencie que los progenitores se encuentren en igualdad de condiciones o no logren llegar a establecer un acuerdo, pueda otorgar la tenencia compartida con el mérito del caso; en lo concerniente a las entrevistas específicamente con la pregunta 6, ¿Cómo podría implementarse en la legislación ecuatoriana la normativa sobre la tenencia compartida que preserve el interés superior de niños, niñas y adolescentes?, los entrevistados manifestaron que para la implementación de la mismas, es menester la presentación de un proyecto de reforma ante la Asamblea Nacional, que incluya no solamente la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, ya que existen normas que obligatoriamente necesitan ser reformadas, como el Código Orgánico General de Procesos y el Código Civil, por lo tanto, concluyen que para que se pueda preservar el interés superior del niño, es indispensable que se establezcan parámetros estrictos al que el juzgador deba regirse para poder otorgar la tenencia, de la mano con el apoyo de la Oficina Técnica que jugara un papel importante en cuanto al seguimiento y los informes de los resultados que pueda

desembocar la tenencia compartida, por cuanto se da por verificado y cumplido el 4 objetivo específico.

Con el estudio del derecho comparado, se logró verificar que la legislación de la República del Perú, siendo esta mismo, la Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes, es la que mejor se acopla con nuestro ordenamiento jurídico y la que mejor garantiza el principio de interés superior del niño y el derecho de los progenitores en cuanto a sus obligaciones inherentes como padres, puesto que, establece que el juzgador deberá otorgar prioritariamente la tenencia compartida, teniendo como opción disponer en cualquier momento la tenencia exclusiva a uno de los padres, aunado a ello, si se llegara a dar el caso de que exista una variación en la tenencia, el juzgador con ayuda y asesoría del equipo multidisciplinario que en el caso de Ecuador sería la Oficina Técnica, pueda efectuarse en forma progresiva, pues este cambio no puede ser brusco de la noche a la mañana, debido que podría llegar a generar algún daño psicológico en el niño, niña o adolescente, así mismo, prevé que ambos padres tengan el mismo poder de decisión respecto de su formación, educación, crianza y protección, el mismo tiempo de convivencia con sus hijos, las vacaciones tanto de los progenitores como la del hijo o hija y el derecho a ser escuchado del menor, con lo que se concluye, que esta normativa cuenta con todos los elementos necesarios para incorporarles en la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a la tenencia.

El estudio de casos permitió verificar este objetivo, en este sentido, al atribuirle la tenencia a un solo progenitor, en el caso sustanciado en la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Loja, da paso a que en un futuro el niño, niña o a adolescente, por encontrarse bajo el cuidado de un progenitor, del cual no se corroboró en su momento que contaba con la suficiente estabilidad mental, un entorno familiar adecuado, condiciones habitacionales que le permitan al hijo o hija vivir en condiciones dignas y sobre todo que se haya respetado el derecho del menor a ser escuchado, provocó como consecuencia que la relación existente entre la madre y sus hijos se deteriore, el mismo que trajo como consecuencia la situación lamentable de mandarles sacando de la casa con fundas de basura para que su progenitor se hiciera cargo, por otra parte gracias a la acción de inconstitucionalidad No. 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre del 2021, se logró avanzar un poco más sobre cuestiones de los derechos de la niñez y adolescencia, donde por primera vez se preguntaron si la preferencia materna existente en reglas para el encargo judicial de la tenencia, es contrario al principio de interés superior del niño, al principio de corresponsabilidad parental y el derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores, donde se concluyó que el interés superior del niño, niña y adolescente, es

y debe estar por encima del sexo de los progenitores, ya que no se puede concebir que la mujer en todos los casos va estar lista para encargarse de la tenencia y más aún si dicha decisión pueda llegar a poner en peligro la integridad personal del hijo o hija, con estos antecedentes, y los casos sustanciados en las ciudades de Bogotá y Valencia, se determinó que es menester que dentro de estos procesos en donde se discute la tenencia del niño, niña o adolescente, practicar visitas sociales a los domicilios de los progenitores, entrevistas, valoraciones psicológicas e informes psicosociales, por lo que se da por verificado este último objetivo.

Finalmente, con el análisis de los datos estadísticos se pudo determinar un incremento el número de divorcios al pasar de 14.568 en el año 2020 a 22.488 en el año 2021, cabe acotar además, que se registró que la duración de estos matrimonios tienen un promedio de 15.0 años a 15.7 años, dato importante dentro de esta investigación, debido que representa que estas parejas divorciadas tiene hijos que son niños o que son adolescentes, por lo tanto, se concluye que aún requieren de los cuidados permanentes de ambos padres, por lo que el tema de tenencia es de trascendencia social y resalta en la necesidad de presentar una propuesta jurídica, con el fin de poder incorporar la figura de la tenencia compartida.

7.2. Contrastación de la Hipótesis

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

“La vigencia de las reformas constitucionales de la tenencia compartida, incide en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, en garantía a sus derechos”

La hipótesis se lograr contrastar satisfactoriamente con el desarrollo del marco teórico, el mismo que se ha logra verificar con el análisis jurídico, en tal sentido, el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, el mismo entendido como el proceso crecimiento, maduración y despliegue de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones en un entorno familiar que le permita la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales, en concordancia con el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, que prevé que cuando el juzgador estime conveniente para el desarrollo integral confiara el cuidado y crianza a uno de los progenitores, lo que es vulneratorio de derechos ya que otorgar la tenencia como punto de partida a un solo progenitor va a perjudicar el desarrollo integral del hijo o hija, ya que obligarlo

a separarse de uno de sus padres sin justificación de peso alguna u otorgar la tenencia sin haber constatado que dicho progenitor es apto para hacerse cargo de su cuidado y crianza, va terminar por afectar su desarrollo, por cuanto es importante que durante este proceso crecimiento estén presentes tanto la figura materna como paterna para que los mismos puedan dotarle de todo lo necesario para la satisfacción de sus necesidades materiales y afectivo-emocionales y todas las necesarias que le permitan desarrollar una personalidad sana a futuro.

Asimismo, se logra contrastar esta hipótesis con la técnica de encuestas y entrevistas realizadas a los profesionales de derecho, en lo que respecta a la encuesta específicamente en la pregunta 4, ¿Considera que la preservación del entorno familiar y las relaciones familiares influye de manera positiva en la vida del niño, niña y adolescente?, en que 30 encuestados que constituyen el 100% seleccionaron la opción del sí, por cuanto argumentan que la Constitución es clara en establecer que la ley protege a la familia como uno de los pilares fundamentales y espacio natural para el desarrollo integral de los menores, por lo que es importante que el Estado adopte todas las medidas necesarias con la finalidad de que el niño, niña o adolescente no sea separado contra su voluntad de su entorno familiar, siempre y cuando se constate que sus dos progenitores cuentan con todos los medios necesarios, ya sean estos psicológicos, sociales o económicos, afectivos, vivienda que influya gratamente en el proceso de crecimiento del hijo o hija, siguiendo a misma línea, en lo que tiene que ver a las entrevistas se ha verificado específicamente en la pregunta 5, ¿Considera usted que la convivencia habitual con ambos progenitores después de la separación o divorcio promueve el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes reconocido en la Constitución?, en la que los entrevistados argumentaron que si promueve el desarrollo integral, debido que la figura jurídica de la tenencia compartida al momento de producirse una separación o divorcio, va consentir que los progenitores puedan pasar tiempos de convivencia considerables con respecto de sus hijos, lo que va permitir indudablemente que sus lazos familiares se refuercen, evitando que el nuevo panorama de separación le produzca problemas psicológicos o sentimientos negativos que puedan repercutir desfavorablemente en la vida del menor al estar en una edad más susceptible.

Con el estudio del derecho comparado se logró contrastar esta hipótesis, puesto que se demostró que la Ley que Regula la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescente de la República del Perú, ayudaría a garantizar el desarrollo integral de los mismos dentro de los procesos de divorcio o separación en el Ecuador, porque recordemos que nuestra legislación en la Constitución de la República del Ecuador, ampara su derecho al desarrollo integral ya que el Estado, la sociedad y la familia están en la obligación de promoverlo prioritariamente,

entendido el mismo, como el proceso de crecimiento en el cual los niños, niñas y adolescentes van adquiriendo y desarrollando sus capacidades, potencialidad y aspiraciones, mismo que permite la satisfacción plena de sus necesidades ya sean estas, sociales, culturales y sobre todo afectivo emocionales, es por ello, que la reforma en cuanto a la incorporación de la tenencia compartida incidiría de forma positiva en su desarrollo, pues la presencia activa de sus dos padres durante este proceso posibilitaría el ejercicio pleno de sus derechos.

Con el estudio de casos de las sentencias de Ecuador y de la ciudades de Valencia y Bogotá, se logró constatar que la tenencia compartida debe atribuirse siempre y cuando hayan sido comprobadas los requisitos básicos que sirven para acreditar si efectivamente los dos progenitores pueden hacerse cargo del cuidado, crianza, alimentación, protección y educación del niño, niña o adolescente, la cual se logra con el trabajo conjunto del juzgador y de la Oficina Técnica, mediante las visitas sociales a los domicilios de los padres respectivamente, que ayuden garantizar no solamente su estabilidad laboral, pues es importante que esta vaya de la mano con la verificación de su estado de salud mental, y si el lugar en donde el hijo o hija va pasar la mitad del tiempo se presta a que pueda desenvolverse dentro de condiciones dignas, evitando así la preocupación que dentro del entorno familiar o habitacional pueda afectar su proceso de crecimiento, aunado con ello, es imprescindible que se realicen en el menor varias sesiones de entrevistas y valoraciones psicológicos, con el finalidad de poder discernir si el niño, niña o adolescente se encuentra preparado para someterse a este sistema de tenencia y más aún, ahondar en los antecedentes de como era su relación antes y después de producirse la separación de sus padres, descartando así valga la redundancia, cualquier antecedente de amenazas, violencia física o psicológica, que puedan ponerlo en peligro.

En referencia al análisis de los datos estadísticos, se pudo contrastar que, gracias a los datos aportados por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censo, en el Ecuador se ha registrado un incremento en los casos de divorcios ya sean estos por mutuo consentimiento o divorcio por causal, que deja como producto de esta situación, a niños, niñas y adolescentes que terminan envueltos en medio de estas disputas legales por los intereses personales de sus progenitores, en vez de velar por el principio de interés superior del hijo o hija, por lo que la reforma de la tenencia compartida en vez de la tenencia unilateral o monoparental existente en nuestro ordenamiento jurídico, evitaría que los hijos dependientes sufran situaciones traumáticas debido a la separación de sus padres, puesto que la incorporación de este sistema de tenencia compartida busca que los hijos antes y después de una ruptura puedan seguir manteniendo vínculos afectivos sano con sus dos progenitores y pueda tener un proceso de crecimiento donde

sus progenitores satisfagan equitativamente sus necesidades materiales y afectivo-emocionales.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal.

Para iniciar con la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal, es menester comenzar analizando desde un enfoque doctrinario la institución jurídica de la tenencia compartida, que ha sido estudiada por diversos juristas, Vázquez la define como un acuerdo alcanzado entre los progenitores, donde se comparten equitativamente los tiempos de estancia con los hijos, además que involucra un proyecto educativo, de cuidados y crianza en común que permite el desarrollo integral de los mismos; igualmente, Espinoza nos brinda una definición interesante, siendo figura jurídica que logra materializar y potencializar de forma plena los principios de coparentalidad y corresponsabilidad que repercute positivamente en la vida familiar de los niños, niñas y adolescentes, dando lugar a que los progenitores en igualdad de condiciones cumplan sus derechos y deberes en un margen de respeto frente al otro, es importante en este punto, hacer énfasis en los posicionamientos que existen sobre la implementación de la tenencia compartida, ya que los mismos permiten dilucidar si efectivamente su aplicación trae más ventajas que desventajas, en tal sentido, Gonzales señala que podría traer como inconvenientes: la posible inestabilidad producida por los continuos cambios de domicilio, problemas de adaptación a los nuevos núcleo familiares de los progenitores y las dificultades para unificar criterios en relación a la aceptación del nuevo concepto familiar; al contrario de Becerril y Vegas que establecen que se observa ventajas evidentes no solo para los hijos sino igualmente con los padres, en relación a los hijos: evita que los menores desarrollen pensamientos negativos como miedo al abandono, sentimientos de culpa, entre otros, dentro de sus muchos beneficios también se ha podido palpar que promueve una actitud más abierta y sana del hijo o hija ante la separación de sus padres, lo que posibilita una mayor aceptación ante el nuevo panorama de separación, previene asimismo, que se materialicen síndromes psicológicos sumamente preocupantes tales como, el síndrome de alienación parental, el síndrome de la falsa memoria y trastornos en la conducta familiar, escolar e inclusive alimenticios; en lo referente a los padres, Becerril y Vegas manifiestan, que garantiza la posibilidad de que sigan cumpliendo responsablemente con sus obligaciones paterno- filiales, les permite participar de forma equitativa en el proceso de desarrollo y crianza de sus hijos, fomenta una mayor concientización en la necesidad de auxiliar los gastos y sus

requerimientos, genera una equivalencia en el tiempo libre de los progenitores, tanto para dedicarse a su vida personal y profesional y favorece la adopción de nuevos acuerdos en beneficio del menor, lo que en conclusión permite evidenciar que la implementación de esta figura jurídica, genera más ventajas que desventajas.

Desde un enfoque jurídico en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11 numeral 2, prescribe que el ejercicio de los derechos de las personas se deberá regir por los principios de igualdad, por lo que gozarán de los mismo derechos, deberes y oportunidades, además que nadie podrá ser discriminada por razón del sexo, estado civil, condición socioeconómica, el Art. 44, que establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán prioritariamente el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, en las que se atenderá al principio de interés superior por lo que sus derechos van a prevalecer sobre los de las demás personas, asimismo el Art. 45, que determina que los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a tener una familiar y a la convivencia familiar, el Art. 66, que prescribe que se reconoce y garantiza a las personas al derecho a la igualdad formar, material y a la no discriminación, el Art. 67, que reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, los mismos que se les garantizará las condiciones para el cumplimiento de sus fines, basados en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, el Art. 69 numeral 1, que establece la promoción de la maternidad y paternidad responsables, en las que los progenitores estarán obligados hacerse cargo de los cuidados, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y la protección de los derechos respecto de sus hijos, es especial cuando se encuentren separados, y numeral 5, que prevé que se promoverá la corresponsabilidad tanto del padre como de la madre, por ende, se vigilará que se dé un cumplimiento recíproco de sus derechos y deberes.

Con respecto a los instrumentos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-17/2002 resalto la necesidad de los niños, niñas y adolescentes en mantener una convivencia mutua con sus progenitores la cual debe estar garantizada, y en todo caso su separación deberá ser excepcional, siempre y cuando no sea perjudicial para su interés superior, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2013, en su parte medular señala el reconocimiento del niño a vivir en una familiar y ser cuidado y criado por sus dos padres, asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, que el Art. 9 prescribe que los Estados partes velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, además que deberán respetar su derecho a mantener relaciones personales y contactos directo con ambos padres de forma regular, salvo si es contrario al interés superior

del niño, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en el Art. 17, prevé que los Estados partes deberán asegurar que la igualdad y la equivalencia de responsabilidades de los cónyuges durante y después del matrimonio, dichos instrumentos internacionales se alinean congruentemente con la Constitución de la República del Ecuador, debido que la misma establece sobre el interés superior del niño que tienen derecho los niños, niñas y adolescentes como parte del grupo de atención prioritaria, por lo que sus derechos deberán prevalecer sobre los de las más personas en este caso el de los progenitores, asimismo nuestro ordenamiento jurídico prevé sobre la promoción de la maternidad y paternidad responsables, en la que prescribe que especialmente después de ocurrida una separación de los progenitores, estarán en la obligación de hacer cargo recíprocamente de la satisfacción de las necesidades materiales y afectivo- emocionales de sus hijas e hijos, por lo que queda claro que dicha ruptura no será motivo suficiente para que el padre o la madre decidan deslindarse de sus deberes que les corresponde como progenitores.

Subsiguiente a la jerarquía de normas tenemos el Código de la Niñez y Adolescencia, que en el Art. 9, establece la función básica de la familia donde corresponde prioritariamente a los progenitores la responsabilidad compartida, con la protección, cuidado y exigibilidad de los derechos de los hijos, Art. 11 que prescribe sobre interés superior del niño, siendo el principio que está orientado a satisfacer el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, e impone a las instituciones ya sean estas públicas o privadas ajustar sus decisiones y acciones en pro de su cumplimiento, Art. 21 que prevé el derecho de conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos, los mismos tendrán derecho a conocer a sus padres y mantener relaciones afectivas permanentes, de forma personal y regulares con ambos progenitores, sobre todo cuando se encuentren separados, Art. 22 que prescribe sobre el derecho de tener una familiar y a la convivencia familiar, donde el Estado, la sociedad y la familia deberán adoptar medidas que permitan su permanencia en el núcleo familiar, Art. 100 que señala sobre la corresponsabilidad parental, en el que los progenitores tendrán iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar y; Art. 106 que establece sobre las reglas para que el juzgador pueda confiar el ejercicio de la patria potestad en las que los numerales 2 y 4 del mismo fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 28-25-IN/21, pilar fundamental de este trabajo de titulación, que ha sido analizado en el marco teórico en el punto 4.15.1 que trata sobre el procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Siguiendo con la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal, se analiza también el derecho comparado de 4 países de Latinoamérica, entre ellos Perú, Chile, Argentina y Costa Rica, de los cuales se ha tomado como referencia la legislación de Perú, respecto de la Ley que Regula la Tenencia Compartida de los Niños y Adolescentes, en la que establece que la tenencia compartida será otorgada cuando los progenitores estén separados de hecho, la misma que podrá ser asumida por ambos excepto cuando esta resulte perjudicial para el menor, asimismo, el juzgador deberá otorgar como primera opción la tenencia compartida salvaguardando en todo momento el interés superior del niño; esta normativa también establece y permite el juzgador la variación de la tenencia, ya sea esta compartida o exclusiva en la que el juez podrá ordenar con la asesoría del equipo multidisciplinario que se efectuó el cambio de forma progresiva, de manera que con ello se evite causar daño o algún trastorno en el niño, niña o adolescente; finalmente entre las facultades del juez, se observa que podrá disponer la tenencia compartida tomando en cuenta: que el menor deberá pasar periodos de tiempo iguales con ambos padres, que los progenitores tengan igualdad de derechos en la toma de decisiones en todo lo referente a la crianza, cuidado, formación y la protección de los mismos, así como tomar en cuenta las vacaciones de los hijos y los progenitores, y sobre todo la opinión del menor de acuerdo a su edad.

Con los resultados obtenidos en la investigación de campo tanto de las encuestas como de las entrevistas, se pudo constatar en su generalidad, que la implementación de la tenencia compartida va garantizar el pleno ejercicio de los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes, su desarrollo integral y sobre todo el principio de interés superior del niño; también se pudo verificar que la tenencia compartida a comparación de la tenencia monoparental actualmente establecida en nuestro ordenamiento jurídico, permitiría que los progenitores se puedan enfrentarse a un juicio de divorcio o separación en igualdad de condiciones ante la ley, lo que también va garantizar que el niño, niña o adolescente pueda tener un adecuado proceso de crecimiento, ya que contar con la presencia activa y permanente de sus progenitores después de una separación va permitir que ambos padres responsablemente sigan cumpliendo con sus obligaciones parentales, además de asegurarse que los mismos satisfagan todas sus necesidades materiales y afectivo-emocionales, la misma que deberá ser otorgada siempre y cuando los informes de la Oficina Técnica y las pruebas de las partes procesales hayan sido favorables y efectivamente se haya verificado que ambos progenitores están acreditados para hacerse cargo de su cuidado y crianza, sin que esta pueda llegar a ser perjudicial para el bienestar del niño, niña o adolescente.

En lo referente al estudio de casos, de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 28-15-IN/21, permitió determinar que con la eliminación de la preferencia materna en el encargo judicial de la tenencia del Art. 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, va permitir la implementación de la tenencia compartida, ya que, al eliminar dicha preferencia basada en el sexo de los progenitores, no hay impedimento para otorgar dicho régimen de tenencia si ambos padres demuestran que están en igualdad de condiciones o no logren establecer un acuerdo, asimismo se demostró que las disposiciones jurídicas que regulan en encargo de la tenencia son violatoria de derechos tanto para los progenitores como para los niños, niñas y adolescentes (hijos menores dependientes), debido que violenta el principio de corresponsabilidad parental, el derecho de igualdad y no discriminación de los progenitores y sobre todo el principio de interés superior del niño; igualmente, con el estudio de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Bogotá No. STC12085-2018, permitió determinar que los derechos del niño, niña o adolescente, en este caso dentro de un proceso de divorcio, van prevalecer sobre los derechos de los progenitores, ya que sus diferencias no tienen por qué afectar el bienestar de los menores, debido que lo principal siempre será constatar que ambos padres se encuentren en óptimas condiciones en todos los ámbitos posibles, ya sean habitacionales, profesionales, psicológicas y afectivas, además de tener en consideración la opinión del menor donde manifieste abiertamente que es su deseo vivir con sus dos padres, lo que permite concluir, que el juzgador podrá otorgar dicha tenencia compartida cuando se haya cumplido todos los requisitos esenciales para el caso; finalmente con la sentencia del Juzgador de la primera instancia No. 8 de Valencia, permitió establecer algunos parámetros que se debe seguir una vez otorgada la guardia y custodia compartida, en la que los padres deberán distribuirse igualmente el tiempo que pasaran con su hijo, como en el caso estudiado que se otorgó cada semana a cada uno, así también con respecto a las vacaciones del menor se deberán repartir la mitad cada uno tomando en cuenta el calendario escolar, con respecto a los alimentos cada progenitor deberá hacerse cargo de los gastos ordinarios durante los periodos que tenga al menor bajo su guarda y custodia como vestimenta y alimento, asimismo, para los gastos ordinarios deberán abrir una cuenta bancaria con la finalidad de abonar igualmente cierta cantidad dentro de los primeros días de cada mes, finalmente ambos padres deberán contribuir con el 50% los gastos extraordinarios que llegue a requerir el hijo o hija.

Frente a los datos estadísticos que se obtuvo se pudo constatar, que en el Ecuador entre los años 2020 y 2021 habido un incremento exorbitante en los casos de divorcio con una duración de 15.0 años en el 2020 y 15.7 años en el 2021, además de que las principales causas de divorcio

fueron: por mutuo consentimiento en la vida judicial, abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de 6 meses ininterrumpidos y el estado habitual de falta armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, lo que permitió concluir que en la gran mayoría de divorcios tienen hijos que son niños o que son adolescentes, por lo que se determina que es un tema de especial interés dentro esta investigación, ya que dentro de estos divorcios unos de los requisitos principales para poder separarse o disolver el vínculo matrimonial cuando hay hijos menores dependientes, es que el juzgador resuelva sobre quien va hacerse cargo de su cuidado y crianza es decir su tenencia.

Por todo lo expuesto, se evidencia que es necesario la realización de un proyecto de reforma legal, debido que existe una contradicción de nuestra normativa en cuanto al encargo judicial de la tenencia, ya que tanto la Constitución de la República del Ecuador, instrumentos internacionales y el Código de la Niñez y Adolescencia, establecen sobre la corresponsabilidad de los progenitores, la promoción de la maternidad y paternidad responsables, al señalar que tanto el padre como la madre estarán en la obligación de hacerse cargo del cuidado, crianza, alimentación, educación, desarrollo integral y protección de los derechos respecto de sus hijos, especialmente cuando se encuentran separados, por ende, al momento que nuestra normativa establece en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, que el cuidado y crianza solo podrá ser confiado a uno de los progenitores, se evidencia tal contradicción, que violenta no solo el principio de corresponsabilidad parental, sino también el derecho de igualdad y no discriminación y el principio de interés superior del niño.

8. Conclusiones

Una vez desarrollado la revisión del marco teórico, analizado el estudio de campo y la discusión de los resultados, se llega a las siguientes conclusiones:

1. El desarrollo integral es el proceso en el cual los niños, niñas y adolescentes van adquiriendo habilidades, aptitudes y el desarrollo de sus capacidades en un entorno social, educativo y familiar, donde sus progenitores constituyen un factor importante durante dicho proceso independientemente si viven juntos o no, ya que los mismos van hacer los encargados de dotarle todo lo necesario para la satisfacción de sus necesidades materiales y afectivo emocionales.
2. La normativa vigente en el Ecuador sobre el encargo judicial de la tenencia otorgada exclusivamente a un solo un progenitor, transgrede el interés superior del niño, debido

que al establecer como punto de partida que solo uno de los padres podrá hacerse cargo de su cuidado y crianza, limita al juzgador a no analizar cada caso en su particularidad, tales como el derecho del hijo o hija a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta, además si dicha decisión va garantizar su bienestar en un futuro.

3. Resulta conveniente otorgar la tenencia compartida a los progenitores en vista de que efectivamente garantiza el pleno ejercicio de los derechos de los niño, niñas y adolescentes, tales como su derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos, a la convivencia familiar, a ser consultados y que su opinión sea tomada en cuenta, a la alimentación, educación, entre otros, mismos que son importantes para que puedan tener una calidad de vida digna garantizado a la par su interés superior.
4. La Decisión de la Corte Constitucional al eliminar la preferencia materna para el encargo judicial de la tenencia de los numerales 2 y 5 del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, viabiliza la incorporación de la tenencia compartida en nuestro ordenamiento jurídico, además garantiza que en los procesos de divorcio o separación, los derechos y principios de los progenitores y de los niños, niñas y adolescentes sean respetados, tales como el principio de corresponsabilidad parental, el derecho de igualdad y no discriminación y el principio de interés superior del niño.
5. El proyecto de reforma legal de la implementación de la tenencia compartida en el Ecuador resulta beneficiosa y garantista de derechos tanto para los progenitores como para los niños, niñas y adolescentes, además que la misma podrá ser otorgada por el juzgador siempre y cuando el juzgador competente acredite que ambos progenitores se encuentren en igualdad de condiciones y quieran ser parta activa en su cuidado o crianza o no logren establecer un acuerdo, aunado a ello, se ha podido concluir que la implementación de la tenencia compartida conlleva más ventajas que desventajas tanto para los padres como para los hijos.
6. Se evidencia una contradicción en el Art. 118 del Código de la Niñez, sobre el encargo judicial de la tenencia, debido que establece que el juzgador podrá confiar el cuidado y crianza a uno de los progenitores, mientras que, en la Constitución de la República del Ecuador, instrumentos internacionales y el mismo Código de la Niñez Adolescencia amparan sobre el principio de corresponsabilidad parental y la promoción de la maternidad y paternidad responsables, especialmente cuando se encuentran separados los padres de familia por cualquier motivo.
7. Con respecto a la investigación de campo se pudo concluir que la tenencia compartida a comparación de la tenencia monoparental actualmente establecida en nuestro

ordenamiento jurídico, permite que los progenitores puedan enfrentarse a un juicio de separación o divorcio en igualdad de condiciones ante la ley, lo que también garantiza que el niño, niña o adolescentes pueda tener un adecuado proceso de crecimiento con la presencia activa y permanente de sus dos padres, los mismos que deberán seguir cumplimiento responsablemente con obligaciones parentales, siempre que dicha convivencia no sea perjudicial para el interés superior del hijo o hija.

8. En referencia al derecho comparado se pudo concluir que las diferentes legislaciones de Latinoamérica han previsto en su ordenamiento jurídico la figura de la tenencia compartida, las mismas que han prescrito que podrá otorgarse prioritariamente la misma y en caso de requerir una variación ya sea de la tenencia exclusiva o compartida el juzgador dispondrá que se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno, precautelando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente, el cual consiste en tomar en consideración la edad y opinión del hijo o hija, el juzgador no podrá fundar su decisión únicamente en la capacidad económica de los padres, los hijos deberán pasar igual periodo de tiempo con sus padres, en cuanto a la distribución de los labores atinentes a su cuidado y crianza se lo hará de manera equitativa y finalmente deberán tener igualdad de derechos en la toma de decisiones.

9. Recomendaciones

Las recomendaciones que se estiman pertinentes exponer en el presente trabajo de titulación son las siguientes:

1. Al Estado Ecuatoriano que adopte medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas, que se estimen necesarias para el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la promoción de la maternidad y paternidad responsables.
2. Al Consejo de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo, que elabore un plan con la finalidad de brindar capacitaciones a los funcionarios judiciales encargados de resolver todo lo concerniente a los casos de la niñez y adolescencia, referente a la aplicación dentro del marco legal en materia de niñez y adolescencia y formación respecto a los instrumentos internacionales que amparan los derechos de los niños, niñas y adolescente.

3. Al órgano auxiliar de la Oficina Técnica de los jueces de la Niñez y Adolescencia, integrada por médicos, psicólogos clínicos, trabajadores sociales y demás profesionales especializados, realicen visitas a los domicilios de los progenitores, así como la realización de entrevistas y valoraciones psicológicas, con la finalidad de constatar si efectivamente los progenitores y el niño, niña o adolescente están aptos para llevar a cabo una tenencia compartida.
4. A los jueces especializados de familia, niñez y adolescencia, para que, en los procesos de separación o divorcio, pongan en conocimiento a las partes procesales que tanto el padre como la madre de familia tienen derecho acceder a la tenencia del hijo o hija, siempre y cuando acrediten que se encuentran en óptimas condiciones para ejercer el mismo.
5. Se sugiere al Consejo de la Judicatura capacitar a los defensores públicos y a los miembros del foro de abogados, referente a los temas de tenencia compartida, sus ventajas y desventajas, sus retos y posibilidades de implementar la figura jurídica en el ordenamiento jurídico nacional, basados en la garantía del principio de interés superior del niño y los derechos y deberes de los progenitores.
6. A las Universidades del Ecuador, que, en las facultades de Derecho, tanto los estudiantes como el cuerpo docente, realicen capacitaciones, conferencias, mesas redondas, sobre el tema de tenencia compartida, con la finalidad que se generen diálogos que permita a las comunidades universitarias empaparse sobre los derechos de la familia, niñez y adolescencia, así como también conocer los tratados, convenios e instrumentos internacionales que amparan los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la que Ecuador es parte.
7. Se sugiere a la Asamblea Nacional, tome en consideración el proyecto de reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que señala la necesidad de sustituir el Art. 118, que prevé sobre la procedencia de la tenencia exclusiva a uno de los progenitores, por la incorporación de la figura jurídica de la tenencia compartida, su variación y las facultades del juzgador sobre la misma.
8. Se sugiere al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, como máximo órgano encargado de velar por el cumplimiento de los derechos de los menores y atender su situación ante posibles amenazas, crear mesas interinstitucionales para estudiar los problemas y dificultades que se presentan en los hogares, a partir de la implementación de programas de ayuda continua a los padres y a los niños, niñas y adolescentes, para que en los hogares de las familias ecuatorianas y disgregadas, logren mantener un

ambiente de armonía y se satisfaga en la mayor medida el respeto al principio de interés superior del niño, ante posibles amenazas conductuales que puedan llegar afectar física y psicológicamente al hijo o hija.

9.1. Proyecto de reforma legal.

REPÚBLICA DEL ECUADOR ASAMBLEA NACIONAL CONSIDERANDO

Que: el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Que: el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de interés 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.

Que: el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar.

Que: el Art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, establece el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Que: el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que se reconoce a 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 basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Que: el Art. 69 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que 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; y numeral 5, que establece que el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos;

Que: el Art. 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en las Constitución y la ley: asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción.

Que: el Art.9 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño; y numeral 3 que establece, que 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 en contrario al interés superior del niño.

Que: el Art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que la ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niñas 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.

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

Que: el Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidado 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.

Que: el Art. 22 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Que: el Art. 100 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece la corresponsabilidad parental, el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

Que: la contradicción jurídica en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece sobre encargo de la tenencia, vulnera el principio de corresponsabilidad parental, el derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores y el principio de interés superior del niño.

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

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art. 1. Sustitúyase el Art. 118 por el siguiente:

Art. 118.- Tenencia Compartida: En caso de divorcio o separación de la unión de hecho, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor. Asimismo, en caso de acuerdo los padres decidirán la forma de la tenencia compartida. De no existir acuerdo, el juez especializado debe otorgar como primera opción la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Art. 118.1.- Variación de la tenencia: Si resulta necesaria la variación de la tenencia compartida o exclusiva, el Juez ordenará, con informe técnica de la Oficina Técnica, que esta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Art. 11.2.- Facultad del juez sobre la tenencia compartida. - En caso de disponer la tenencia

compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá pasar igual periodo de tiempo con ambos progenitores;
- b) Los progenitores tiene igualdad de derecho para tomar las decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
- c) Las vacaciones del hijo y los progenitores
- d) La edad y opinión del hijo o hija.

Artículo Único: Quedan derogadas las normas jurídicas que se opongan a esta reforma.

Disposición Final: La presente Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los seis días del mes de septiembre de 2022.

f.....

Presidente de la Asamblea Nacional

f.....

Secretario

10. Bibliografía

Obras Jurídicas

- Abeya, E., Del Pino, M., Di Candia, A., Fano, V., Krupitzky, S., Fernández, M., & Virginia, O. (2004). El desarrollo del niño. Una definición para la reflexión y la acción. *Comités de la SAP*, 313-313.
- Acedo, P. (2014). *Derecho de Familia*. Madrid: DYKINSON.
- Acosta, A. (2008). El Buen Vivir, una oportunidad por construir. *Otro desarrollo*, 12.
- Acuña, M. (2013). *El principio de corresponsabilidad parental*. Chile: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.
- Aguilar, B. (2009). *La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Alcívar, C., & Calderón, J. (2013). Relaciones de familia según el derecho romano y en la actualidad con la legislación ecuatoriana. *Contribuciones a las ciencias sociales*.
- Becerril, D., & Venegas, M. (2017). *La custodia compartida en España*. Madrid: DYKINSON.
- Beloff, M., & Clérico, L. (2016). *Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Chile: Centro de estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- Bernui, P. E. (2014). *Concepto, naturaleza del derecho del niño y adolescente*. Perú: Facultad de Derecho y Ciencia Política U.N.M.S.M.
- Bruñol, M. (1994). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los derechos del niño. *Convención Internacional sobre los derechos del niño*, 16.
- Buaiz, Y. (2003). La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. *Red Interamericana de educación en Derechos Humanos*, 12.
- Buchanan, G. (2012). *Alienación Parental*. México: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.
- Cabrera, J. (2010). *Interés superior del niño*. Quito: Cevallos librería jurídica.
- Cangas, L., Machado, M., Hernández, E., & Tixi, D. (2019). Análisis del derecho a la convivencia familiar y el régimen de visitas a menores de Ecuador. *Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, 823-833.
- Cárdenas, N., Solano, V., Álvarez, L., & Coello, M. (2020). La familia en Ecuador: Un enfoque desde lo jurídico. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*, 130-141.
- Castillo, H., Machado, M., Tixi, D., & Ayala, L. (2020). La corresponsabilidad parental y su incidencia en el interés superior de los menores. *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 40.

- Cedeño, J. A. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Revista Polo del Conocimiento*, 7(4), 930-954. doi:10.23857/pc.v7i4.3867
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2011). *Alienación Parental*. México: Comisión de los Derechos Humanos México.
- De la Torre, R. (2006). *El derecho a la salud*. Obtenido de Dinalnet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/16.pdf>
- Espinoza, M. (2019). Tencia comaprtida en el Perú ¿Una utopía para los niños, niñas y adolescentes y sus familias en crisis? *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 228-237.
- Farachio, J. C. (2022). La tenencia compartida desde la perspectiva del sistema jurídico ecuatoriano. *Universidad Estatal Peninsula de Santa Elena*. Obtenido de <https://repositorio.upse.edu.ec/bitstream/46000/6719/1/UPSE-MDR-2022-0007.pdf>
- Fernández, W. (2017). La alienación parental como causa de variación de la tenencia . *Vox Juris*, 235-240.
- Flaquer, L. (2021). En la Unión Europea la prevalencia de la custodia compartida se encuentra asociada con la igualdad de género. *Revista UB DIVULGA*, 1(4), 377-398. Obtenido de <https://www.uab.cat/web/detalle-noticia/en-la-union-europea-la-prevalencia-de-la-custodia-compartida-se-encuentra-asociada-con-la-igualdad-de-genero-1345680342040.html?noticiaid=1345843322701>
- Fripp, M. (2009). Alcance de la obligación alimentaria. *Derechos y Ciencias Sociales*, 118-127.
- Gómez, A. F. (2016). La tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes tras la disolución del vínculo matrimonial. *Universidad Regional Autónoma de los Andes*. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/5877/1/PIUIAB010-2017.pdf>
- Gómez, E., & Villa, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la glonalización. *Justicia Iuris*, 17-20.
- Gonzales, E. (2009). *La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor*. Málaga : Universidad Internacional de Andalucía.
- Gúzman, J. (2007). El derecho a la integridad personal. *CINTRAS Centro de salud mental y derechos humanos*, 1.
- Hakansson, C. (2014). *El proceso de inconstitucionalidad: Una aproximación teórica y jurisprudencial*. Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Herrera, F. (1983). *El derecho a la vida y el aborto*. Colombia: Centro editorial Universidad del Rosario.
- Instituto Latinoamericano de la Familia*. (09 de Mayo de 2020). Obtenido de El derecho de familia en el Ecuador: ¿siempre en segundo plano?: <https://ilfam.utpl.edu.ec/?q=node/184>
- Jordán, J., & Mayorga, N. (2018). *El régimen de visitas tras la separación de los padres. Casos Ambato. (Ecuador)*. Ecuador: Revista Verba Iuris.

- León, F. (2019). Educación: La importancia del desarrollo infantil y la educación inicial en un país en el cual no son obligatorios. *Ciencia UNEMI*, 144-159.
- León, F. S. (2019). *Educación: La importancia del desarrollo infantil y la educación inicial en un país en el cual no son obligatorios*. Milagro: Universidad Estatal de Milagro.
- López, D. C. (2005). *MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA Y TRIBUNALES DE FAMILIA*. Chile: Librotecnia.
- López, R. (2015). *Ínteres superior de los niñas y ñinas: Definición y contenido*. Guatemala: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud.
- Maida, A., Herskovic, V., & Prado, B. (2011). *Síndrome de Alienación Parental*. Chile: Departamento de Pediatría y Cirugía Infantil Oriente, Facultad de Medicina, Universidad de Chile.
- Mejía, I. J. (2017). La tenencia compartida como un derecho a un buen vivir de los menores en la legislación ecuatoriana. *Universidad Central del Ecuador*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/12880/1/T-UCE-0013-Ab-145.pdf>
- Ministerio de Trabajo. (2017). *Dirección de atención a grupos prioritarios- Chimborazo Rendición de Cuentas 2017*. Riobamba: Ministerio de trabajo.
- Morales, S. (2015). La familia y su evolución. *Perfiles de las Ciencias Sociales* , 154-155.
- Murillo, C. P., & Vázquez, J. L. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. *Revista Científica de la FIPCAEC*, 1(4), 667. doi:<https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i3.254>
- Murillo, K., Banchón, J., & Vilela, W. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*.
- Naciones Unidas. (15 de mayo de 2022). Obtenido de <https://www.un.org/es/observances/international-day-of-families>
- Palomino, M., & Torro, L. (2014). *La convivencia familiar y sus factores implicados en dos comunidades del municipio de Anserma- Caldas*. Colombia: Criterio Libre Jurídico.
- Parra, B. J. (1995). *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA*. Bolivia: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Paz, A. C., Maldonado, X. E., & Guevara, S. D. (2022). Análisis de la tenencia monoparental y el derecho constitucional a la familia en Ecuador. *Revista Mundo Recursivo*, 5(1), 101-120. Obtenido de <https://www.atlantic.edu.ec/ojs/index.php/mundor/article/view/135/186#:~:text=La%20tenencia%20monoparental%20o%20unilateral,su%20derecho%20a%20la%20familia>
- Pazos, R. (2009). *Derecho de Familia tomo II*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Pérez, M. D. (2010). *Derecho de Familia y sucesiones*. México: Nostra Ediciones S.A.
- Saldaña, J. (2002). *La Patria Potestad en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Saltos, R. (2013). *La conflictividad de los derechos de las niñas, niñas y adolescentes*. Guayaquil: Biblioteca Jurídica.
- Save de Children. (2011). *Investigación sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas*. Madrid: Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad.
- Torres, X., & Puchaicela, C. (2019). *Derecho de Familia: Evolución y actualidad en el Ecuador*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Treviño, M. (2017). *Derecho Familiar*. México: Iure ediciones.
- unicef. (2007). El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos. *unicef*, 2-10.
- Varsi, E. (2007). *Divorcio y separación de cuerpos*. Perú: GRIJLEY.
- Vázquez, C., Narváez, C., Trelles, D., & Erazo, J. (2020). La tenencia compartida, alcances y su aplicación en el Ecuador. *Iustitia Socialis*, 491.
- Zermatten, J. (2003). *El Interes Superior del Niño del Análisis Literal al Alcance Filosófico*. Suiza: Institute Internationale des droits de le' enfants.

Leyes

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979).
- Código Civil*. (2005). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2014). Argentina.
- Código de Familia. (12 de Noviembre de 2019). *Sistema Costarricense de información jurídica*. Obtenido de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90247
- Código de la Niñez y Adolescencia*. (2003). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de los Niños y Adolescentes. (2022).
- Código Orgánico General de Procesos*. (2015). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Corporación de estudios y publicaciones.
- Convención sobre los Derechos del Niño*. (1989).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos* . (2002). Comisión Interamericana de Derechos Humanos .
- Declaración de Langeac. (1999).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (2015).
- Ley contra la violencia a la mujer y a la familia. (1995). Corporación de estudios y publicaciones.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Corporación de estudios y publicaciones .

Ley que modifica el Código Civil con el fin de establecer como general el régimen de la tuición compartida de los hijos e hijas en el caso de separación de los padres. (2021). Chile.

Ley que regula la tenencia compartida de los niños y adolescentes. (2021). Congreso de la República del Perú.

Organización de los Estados Americanos . (1969). *Convención americana sobre los derechos humanos (Pacto San José)*. Costa Rica: Departamento de Derecho Internacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976).

Plan Nacional de Desarrollo. (2021). Quito: Lexis Finder.

Unicef comité español. (2006). Convención sobre los derechos del niño.

Linkografía

Aguilar, A. (2009). *La tenencia compartida*. Obtenido de Derecho y Cambio Social:
https://www.derechocambiosocial.com/revista016/tenencia%20compartida.htm#_ftn1

García, Z. (09 de febrero de 2016). *Diccionario Jurídico*. Obtenido de
<http://diccionariojuridico.mx/definicion/derecho-a-la-educacion/>

Naciones Unidas. (15 de mayo de 2022). Obtenido de
<https://www.un.org/es/observances/international-day-of-families>



unl

11. Anexos

Anexo 1. Cuestionario de encuesta

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

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DE DERECHO

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Trabajo de Integración Curricular: **“Análisis Jurídico Doctrinario de la Reforma en Referencia a la Tenencia Compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21, ventajas y desventajas”**; solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario, resultados que permitirán obtener información para la culminación de la presente investigación.

Instrucciones: El 8 de diciembre de 2021, la Corte Constitucional declaro la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art.106 que prevé las reglas para el ejercicio de la tenencia del Código de la Niñez y Adolescencia 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 al corresponsabilidad parental, eliminando así la preferencia materna que existía para el encargo judicial de la tenencia.

CUESTIONARIO

1. ¿Considera usted que la normativa vigente en el Ecuador, sobre la tenencia monoparental es decir la que es atribuida exclusivamente a un progenitor, vulnera el principio de interés superior del niño?

Si () No ()

¿Por qué?

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

2. ¿Considera usted, que la sentencia No. 28-15-IN/21 que declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia que prevé sobre las reglas para encargar la tenencia, promueve el ejercicio de la corresponsabilidad parental?

Si () No ()

¿Por qué?

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

3. ¿Considera usted, que la incorporación de la tenencia compartida en el Ecuador, es una reforma necesaria para el pleno ejercicio de los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes?

Si () No ()

¿Por qué?

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

4. ¿Considera usted, que la preservación del entorno familiar y las relaciones familiares influye de manera positiva en la vida del niño, niña y adolescente?

Si () No ()

¿Por qué?

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

5. La tenencia atribuida a un solo progenitor vulnera los derechos integrales de los niños, niñas y adolescente a:

a) Derecho a una vida digna ()

b) Derecho a conocer a los progenitores y a mantener relaciones con ellos ()

b) Derecho a la convivencia familiar ()

c) Derecho a ser consultados ()

d) Otros:.....

6. Seleccione lo que usted considera que implicaría la implementación de la tenencia compartida:

a) Evitar desordenes psicológicos y cambios bruscos la conducta del niño, niña o adolescentes.

b) Problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares del niño, niña o adolescente.

c) Garantizar que los progenitores sigan cumpliendo con sus obligaciones parentales.

d) La posible inestabilidad producida por los continuos cambios de domicilio.

e) La participación igualitaria de los progenitores en el proceso de desarrollo y crianza, promoviendo el desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

7. ¿Estaría usted de acuerdo con la elaboración de una propuesta jurídica, en cuanto a la implementación de la tenencia compartida?

Si () No ()

¿Por qué?

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



unl

Anexo 2. Cuestionario de Entrevistas

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

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DE DERECHO

1. ¿Cree usted, que el ejercicio de la tenencia atribuida exclusivamente a un solo progenitor, vulnera los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria?
2. ¿Qué criterio le merece, la situación que se genera en los juicios de divorcio y separación, cuando la tenencia es otorgada a uno de los progenitores, pese que la ley establece que gozaran de los mismos derechos y obligaciones respecto de sus hijos?
3. ¿Considera usted, que con la eliminación de la preferencia materna en el ejercicio de la tenencia en la sentencia No. 28-15- IN/21 dictada por la Corte Constitucional, viabiliza la posibilidad de implementar la tenencia compartida en el Ecuador?
4. ¿Considera usted que la implementación de la tenencia compartida en el régimen ecuatoriano, resolvería el problema que se genera en los juicios de separación o divorcio, cuando los progenitores no lleguen a un acuerdo o demuestren que se encuentran en igualdad de condiciones y tienen interés por ser parte activa en el cuidado y crianza de sus hijos?
5. ¿Considera usted que la convivencia habitual con ambos progenitores después de la separación o divorcio, promueve el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes reconocido en la Constitución?
6. ¿Cómo podría implementarse en la legislación ecuatoriana la normativa sobre la tenencia compartida que preserve el interés superior de los niños, niñas y adolescentes?
7. ¿A su criterio que sugerencia daría usted a la problemática abordada sobre la incorporación de la figura jurídica de la tenencia compartida en el Ecuador?

Anexo 3. Oficio de Designación de la Directora del Trabajo de Titulación



UNL

Universidad
Nacional
de Loja

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Presentada el día de hoy, veinte de junio de dos mil veintidós, a las nueve horas con cincuenta y tres minutos- Lo certifico:

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.06.20
14:54:24 -05'00'

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

Loja, 20 de junio de 2022, a las 12H19.- Atendiendo la petición que antecede se designa a la Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano, Mg. Sc., Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa, para que informe sobre la estructura y coherencia del Proyecto de Tesis: **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA REFORMA EN REFERENCIA A LA TENENCIA COMPARTIDA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ECUADOR SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NO. 28-15-IN/21, VENTAJAS Y DESVENTAJAS”**, previo al Grado de Licenciada en Jurisprudencia y la obtención del Título de Abogada, presentado por la señorita **SOLER DEL CISNE PROCEL HIDALGO**, estudiante del décimo ciclo de la Carrera de Derecho, de conformidad a lo previsto en el Art. 134 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, el mismo que será remitido al Director de la Carrera dentro de los ocho días laborables y tomando en consideración la certificación sobre tesis anteriores que se adjunta.-



Firmado electrónicamente por:
MARIO ENRIQUE
SANCHEZ ARMIJOS

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

Loja, 20 de junio de 2022, a las 12H59.- Notifiqué con el decreto que antecede a la Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano, Mg. Sc., personalmente y firman.



Firmado electrónicamente por:
JENNY MARITZA
JARAMILLO
SERRANO

Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano, Mg. Sc.
DOCENTE

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado
digitalmente por
ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.06.20
14:54:34 -05'00'

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

Elaborado por: Nancy Mireya Jaramillo

072 - 545177
Ciudad Universitaria "Guillermo Falconi Espinosa"
Casilla letra "S", Sector La Argelia - Loja - Ecuador

Anexo 4. Certificación del Tribunal de Grado



Universidad
Nacional
de Loja

CERTIFICACIÓN DEL HONORABLE TRIBUNAL DE GRADO

Loja, 5 de enero de 2023

En nuestra calidad de Tribunal Calificador del Trabajo de Titulación denominado: Análisis jurídico doctrinario de la Reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21, ventajas y desventajas., de la autoría de la señorita egresada Soler del Cisne Procel Hidalgo, portadora de la cédula de ciudadanía Nro. 1105673949, previo a la obtención del grado de Licenciada en Jurisprudencia y título de Abogada, certificamos que se ha incorporado las observaciones realizadas por los integrantes del Honorable Tribunal de Grado, por tal motivo se procede a la calificación y aprobación del trabajo de titulación, en consecuencia se autoriza la continuación de los trámites pertinentes para su publicación, sustentación y defensa pública.

APROBADO



Firmado electrónicamente por:
GUILBER RENE
HURTADO HERRERA

Dr. Guilber René Hurtado Herrera, Mg. Sc.
PRESIDENTE



Firmado electrónicamente por:
JOHANA CRISTINA
SARMIENTO VELEZ

Dra. Johana Cristina Sarmiento Vélez, Mg. Sc.
VOCAL PRINCIPAL



Firmado electrónicamente por:
FERNANDO
FILEMON SOTO
SOTO

Dr. Fernando Filemón Soto Soto, Mg. Sc.
VOCAL PRINCIPAL.

Anexo 5. Certificación de Traducción del Abstract.

Loja, 09 de enero de 2023

CERTIFICACIÓN DE TRADUCCIÓN

Doctora.

Erika Lucía González Carrión, Ph.D.

Docente de la Facultad de la Educación, el Arte y la Comunicación de la Universidad Nacional de Loja

CERTIFICO:

En mi calidad de traductora del idioma Inglés, con capacidades que pueden ser probadas a través de las traducciones realizadas para revistas de alto impacto como: Comunicar(Q1): <https://bit.ly/3v0JggL> así como a través de la Certificación de conocimiento del Inglés, nivel B2, que la traducción del Resumen (Abstract) del Trabajo de Titulación denominado: **“Análisis jurídico doctrinario de la reforma en referencia a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21, ventajas y desventajas”** de la autoría de la egresada: **Soler Del Cisne Procel Hidalgo, con CI: 1105673949** es correcta y completa, según las normas internacionales de traducción de textos.

Es cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando a la interesada, **Soler Del Cisne Procel Hidalgo**, hacer uso legal del presente, según estime conveniente.

Atentamente,



Dra. Erika González Carrión. PhD.
Docente de la Facultad de la Educación, el Arte y la Comunicación
Universidad Nacional de Loja