



**UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES,
PERIODISMO, INFORMACIÓN Y DERECHO**

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO: La Tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en Ecuador.

**Trabajo de investigación,
previo a la obtención del
título de Abogada de los
tribunales de justicia de la
República del Ecuador**

AUTOR: ANDREA ESTEFANÍA CAJAMARCA TORRES

Número de cédula: 0105434658

TUTOR: DRA. NUBE CATALINA CALLE MASACHE MGS.

AÑO 2018



DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Cuenca, marzo de 2018

Ante las autoridades de la Universidad Católica de Cuenca, declaro que el contenido del trabajo de titulación **“LA TENENCIA COMPARTIDA EN RELACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL COMO GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN ECUADOR”**, es de mi autoría y absoluta responsabilidad. Así mismo cedo los derechos patrimoniales derivados de la presente obra a favor de la Universidad Católica de Cuenca. Para los fines pertinentes.

Atentamente,

Andrea Estefanía Cajamarca Torres

CC: 0105434658



ÍNDICE

RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVE:	1
ABSTRACT.....	2
KEYWORDS:.....	2
INTRODUCCIÓN	3
METODOLOGÍA	7
Primera fase.....	7
Método analítico	7
Segunda fase.....	7
Método analógico.....	7
Tercera fase	8
Método histórico – Lógico	8
Forma de procesamiento y análisis de la información.....	9
Fórmula para calcular la muestra.....	10
DESARROLLO.....	11
1.1. El rol de la paternidad desde la visión del Interés superior del niño, niña y adolescente luego del rompimiento de la relación afectiva con su pareja.....	11
1.1.1. ¿Por qué el padre debe convivir con sus hijos?	12
1.1.2. Definición de Interés Superior del Niño.....	12
1.1.3. Principio del interés superior del niño	13
1.2. La figura de la Tenencia Compartida; una mirada a las legislaciones de Perú y Chile.	15
1.2.1. Definición de Tenencia Compartida.....	15
1.2.2. ¿Qué comparten los padres?	16
1.2.3. Derecho Comparado	16
1.2.4. Tenencia Compartida en Perú.....	17
1.2.5. Tuición Compartida en Chile.	19
1.3. Alcance y efectos del ejercicio de la tenencia de los hijos e hijas en cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental.	22
1.3.1. Definición de Corresponsabilidad Parental	23
1.3.2. Visión constitucional del principio de corresponsabilidad parental.....	24



1.3.3. Igualdad de género.....	25
1.3.4. Análisis e interpretación de la investigación	27
CONCLUSIONES	33
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 Total de tenencias: 10.....	27
Gráfico 2 Total de tenencias: 9.....	27
Gráfico 3 Total de tenencias: 9.....	28
Gráfico 4 Total de tenencias: 7.....	28
Gráfico 5 Total de tenencias: 15.....	28
Gráfico 6 Total de tenencias: 11.....	29
Gráfico 7 Total de tenencias: 9.....	29
Gráfico 8 Total de tenencias: 8.....	29
Gráfico 9 Total de tenencias: 8.....	30
Gráfico 10 Total de tenencias: 5.....	30
Gráfico 11 Total de tenencias: 9.....	30
Gráfico 12 Total de tenencias: 4.....	31
Gráfico 13 Total de tenencias: 7.....	31
Gráfico 14 Total de tenencias: 9.....	31
Gráfico 15 total de tenencias desde la entrada en vigencia del COGEP .	32



**UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

La Tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en Ecuador.



RESUMEN

Esta investigación se centra en el análisis de la tenencia compartida con el objetivo de demostrar si es una medida protectora eficaz de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; así como garantizar el derecho a la igualdad material y formal de sus progenitores. Se acudió al Derecho comparado identificando cómo se ha normado el rol de los padres luego de un divorcio. Así mismo, se ha tratado de determinar el alcance de la tenencia de los hijos y si se cumple o no con el principio de corresponsabilidad parental. Siendo ésta una investigación descriptiva, se realizó un análisis de las sentencias de divorcio desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), esta información se obtuvo de la Dirección de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura del Azuay. Se puede afirmar a primera vista que, el Código de la Niñez y Adolescencia no guarda armonía con el principio de corresponsabilidad parental establecido en la Constitución de la República del Ecuador; por lo tanto, es necesaria una reforma de esta institución jurídica, con miras a garantizar el principio del interés superior del niño; y, que los jueces apliquen aquel mandato de optimización, siendo la tenencia compartida la primera opción cuando los padres se divorcien.

PALABRAS CLAVE:

TENENCIA COMPARTIDA, INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, CORRESPONSABILIDAD PARENTAL, DIVORCIO.



ABSTRACT

This research focuses on the analysis of shared tenure with the aim of demonstrating whether it is an effective protective measure of the rights of children and adolescents guaranteeing the right to material and formal equality of their parents. We went to comparative law identifying how the role of parents has been regulated after a divorce. Likewise, an attempt has been made to determine the scope of custody of the children and whether or not the principle of parental responsibility is fulfilled. This being a descriptive investigation, an analysis of divorce judgments was carried out since the entry into force of the General Organic Code of Processes (COGEP), this information was obtained from the Directorate of Juridical Studies and Judicial Statistics of the Council of the Judiciary of Azuay. It can be affirmed at first glance that the Code of Childhood and Adolescence does not keep harmony with the principle of parental responsibility established in the Constitution of the Republic of Ecuador; therefore, a reform of this legal institution is necessary, with a view to guaranteeing the principle of the best interests of the child; and, that the judges apply that mandate of optimization, being the shared possession the first option when the parents divorce.

KEYWORDS:

SHARED TENURE, SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD, PARENTAL RESPONSIBILITY, DIVORCE.



INTRODUCCIÓN

A manera de preámbulo podemos observar, cómo se ha instaurado el paradigma familiar en lo referente al cuidado, tenencia y protección de los niños, niñas y adolescentes; estableciéndose un modelo dividido en roles; es decir, las labores de educación, crianza y cuidado encomendado a la madre; mientras que, por su parte el padre netamente ejercía un rol de proveedor en la economía del hogar. De este modo, se ha ido estableciendo un *modus vivendi* que a lo largo del tiempo ha variado, incluso en varios casos se ha observado la jerarquía o status que el padre tenía y tiene sobre su mujer e hijos en las familias así constituidas conocidas como familias nucleares; quizá esa realidad se ha venido dando por los prejuicios que aún permanecen en varios de nosotros. Conforme lo reconoce nuestra historia, a partir del siglo XIX el padre empieza a tener ciertas limitaciones, y los roles comienzan a cambiar; convirtiéndose aquellas obligaciones parentales en criterios equitativos; pues, tanto la madre como el padre ejercen en igualdad el trabajo en el hogar, rompiendo así ese paradigma con tintes machistas.

Ahora bien, hoy en día, son muy común los divorcios y separaciones; lo cual conlleva a una serie de vicisitudes como por ejemplo el significativo aumento de familias monoparentales y lo primordial los traumas o problemas emocionales que sufren los hijos de estos hogares; y es allí donde se centra el estudio de este trabajo; pues con la ruptura sentimental que unía a los padres, surge un conflicto con la tenencia y cuidado de ellos. Por esta razón, es necesario plantearse la siguiente interrogante: ¿se encuentra correctamente regulada la tenencia de los niños, niñas y adolescentes en la legislación ecuatoriana? Aquella interrogante será desarrollada sucintamente en esta investigación, se abrirá una serie de



abánicos con la finalidad de otorgar la respuesta correcta o la más acertada en observancia irrestricta al principio de interés superior del menor.

Vale la pena indicar que actualmente la norma infra constitucional asemeja el término Tenencia con el de Patria Potestad, siendo de esta manera reconocida por el legislador ecuatoriano y regulada en el artículo 105 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la siguiente manera:

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

A su vez, el artículo 106 *ib ídem*, regula las Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad:

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

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



6. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita.

La de los adolescentes será obligatoria para el juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Conforme se ha citado la norma expresa del Código de la Niñez y Adolescencia, viene al debate el tema de la constitucionalidad de ésta norma; como se referirá a lo largo de este trabajo; y a criterio personal aquella disposición legal no guarda relación con el principio de corresponsabilidad parental, menos aún con el principio de igualdad y garantía de no discriminación; pues, el hecho de otorgar el ejercicio de la tenencia en primer momento sólo a la madre, existe de por sí una discriminación al otro progenitor; lo que se sostendrá en este trabajo es precisamente, que aquel derecho y a la vez obligación, sea distribuido y otorgado a aquel progenitor que cuente con la mayor estabilidad o condiciones que aseguren el bienestar y el correcto desarrollo integral del niño, niña o adolescente; o a su vez, se debe crear normativamente la figura de la Tenencia Compartida o Coparentalidad, tomando para ello criterios ejemplares de legislaciones internacionales que aplican actualmente esta figura que sin lugar a duda es una medida progresiva que intenta subsanar aquellos conflictos que aquejan las relaciones entre los progenitores separados con sus hijos.

El Estado ecuatoriano como garante de los derechos de sus habitantes, debe reformar el ejercicio de esa patria potestad, pues al dejar de lado los derechos del padre, lo convierte en un ser extraño y ajeno a la vida diaria de su hijo o hija. Es por ello que los lazos que unían en las relaciones paterno filiales, se han reducido a unas visitas establecidas bajo un régimen que en la mayoría de casos se determinan en un día a la semana o en un horario limitado de tiempo. Surgiendo así, la imperiosa necesidad de crear



un régimen distinto, modificando la norma rectora de la materia y dando vida jurídica a la Custodia o Tenencia compartida en stricto sensu, bajo parámetros de igualdad y no discriminación generando un mejor tratamiento al problema.

Finalmente, se determinará la trascendencia y efectos que ocasiona la implementación de un posible modelo de Custodia o Tenencia Compartida como figura que tutele los derechos de los niños, niñas y adolescentes garantizando a sus progenitores, el principio de igualdad en todas sus perspectivas. Para cumplir el propósito y objetivos de esta investigación, se realizó un minucioso estudio de las sentencias de divorcio del cantón Cuenca provincia del Azuay en las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, partiendo desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, análisis que permite enfocar de una mejor medida la problemática que se aborda.



METODOLOGÍA

Esta investigación se basó en un estudio cualitativo en el cual se realizó el análisis de las normas vigentes dentro de la legislación ecuatoriana como también las de Perú y Chile. Se realizó un análisis de casos respecto a la tenencia de los hijos e hijas de padres divorciados y; por último, se examinó el significado de conceptos ligados con la investigación que permitieron comprender los fundamentos del derecho de cuidado, protección, corresponsabilidad y el interés superior del niño, así como también se citó a diversos autores nacionales e internacionales que tratan temas de niñez.

Primera fase

Método analítico

El método analítico consiste en el estudio de los hechos, partiendo de la separación cada una de las partes de la investigación, para analizarlas en forma individual. Con el uso de este método se pudo realizar el estudio independiente de los principios constitucionales tales como el principio de corresponsabilidad parental y el principio del interés superior del niño, así como los derechos fundamentales y los preceptos del Código de la Niñez y la Adolescencia, llegando a comprender de una manera adecuada cada uno de estos puntos.

Segunda fase

Método analógico

Este método se encarga de encontrar semejanzas en cosas distintas o en lo que respecta a esta investigación en dos normas jurídicas; por lo



tanto, se utilizó este método para analizar la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia de la misma forma se utilizó este método en el estudio del Derecho comparado y demostrar la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando existe un divorcio entre sus progenitores en el Cantón Cuenca.

Dentro de esta etapa de investigación se utilizó técnicas de revisión bibliográfica pues para abordar una investigación es necesaria la revisión bibliográfica, porque nos ayuda a identificar qué se sabe y qué se desconoce de un tema de nuestro interés.

Tercera fase

Método histórico – Lógico

Este método se utilizó en la investigación en los referentes teóricos relacionados con el Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil y con la Constitución de la República del Ecuador en base a los cuales pudimos establecer los nexos lógicos e históricos que existen. “Lo lógico y lo histórico se complementan y vinculan mutuamente. Lo histórico no debe limitarse sólo a la simple descripción de los hechos, sino también debe descubrir la lógica objetiva del desarrollo histórico del objeto de investigación” (Pérez, G. 1996).

En este punto se utilizó la técnica de recolección de información, que se realiza a través de muestras bibliográficas, sentencias de divorcio y fuentes de información institucionales, todo esto fue indispensable en la investigación pues se pudo realizar un diagnóstico con el que se consiguió hacer una búsqueda de las variables relacionadas con las vulneraciones de los principios constitucionales en relación a la corresponsabilidad parental.



Forma de procesamiento y análisis de la información

Se realizó la recolección de las sentencias de divorcio de todas las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca desde la implementación del Código Orgánico General de Procesos, para lo cual fue necesaria la ayuda de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos Y Estadística del Consejo de la Judicatura previa autorización del director provincial del Azuay. De la información obtenida se desprendió que se han presentado 1358 causas por divorcio de las cuales 903 causas ya tienen resolución o sentencia y 455 causas han desistido, se ha declarado el abandono por falta de comparecencia y se han archivado por no completar la demanda.

Para el análisis de la investigación la población total son 903 sentencias o resoluciones de las cuales se realizó un muestreo probabilístico aleatorio dando como muestra 120 resoluciones de la población total. Considerando que son 14 jueces se realizó un análisis de las resoluciones por cada Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca.

Posteriormente se procedió al análisis de cada una de las resoluciones tomando énfasis en el régimen de tenencia de los hijos e hijas no emancipados; para luego dividir las según la Unidad judicial respectiva. Y por último se realizaron los gráficos estadísticos de los hijos e hijas que quedan al cuidado y protección de la madre, padre, abuelos paternos o maternos según sea el caso, finalizando con un gráfico global se hace un comentario crítico de todas las resoluciones que son dictadas por los jueces de las Unidades Judiciales.



Fórmula para calcular la muestra

Considerando que la población es finita se aplicó un muestro probabilístico aleatorio, al utilizar este tipo de muestreo cualquier sentencia tiene la misma probabilidad de ser objeto de análisis.

$$n = Z^2 * n * p * q / e^2(N-1) + Z^2 p*q$$

Cálculo del tamaño de la muestra

POBLACIÓN FINITA			
			INDICACIONES:
N =	903		N= Número total de la población o universo
Z =	1,96		Z= coeficiente de seguridad, seleccione el coeficiente de seguridad de acuerdo con el margen de error
Z2 =	3,84		Z2 = Elevar Z al cuadrado (multiplicar el valor por si mismo)
P	0,1		p = proporción esperada, es un valor fijo
Q	0,9		q= 1- p (1-0,1= 0,9)
p*q	0.09		p*q= Multiplicar el valor de p por el valor de q
e=	5%		
n =	120		
	Confiabilidad		Error
Z	95%	1,96	5%



DESARROLLO

1.1. El rol de la paternidad desde la visión del Interés superior del niño, niña y adolescente luego del rompimiento de la relación afectiva con su pareja

En la actualidad los matrimonios se disuelven cada vez con más frecuencia, por distintas razones que se dan en la pareja dentro del hogar, sin embargo hay una situación grave que afecta a muchos padres al romperse el núcleo matrimonial, algunos padres y madres piensan que además de su divorcio también se divorcian de sus hijos, lamentablemente en la gran mayoría de casos las madres se aprovechan y de cierta forma pretenden atrapar o atrapan a sus hijos y no permiten que exista una convivencia adecuada y natural con los padres, eso es muy grave porque desvinculan al hijo con su padre privándole de su cariño, amor, cuidados crianza, etc. Provocando consecuencias fatales en todas las etapas de vida de sus hijos, violentando el principio del interés superior del niño, ya que las madres al no permitir que los padres tengan un acercamiento con sus hijos les privan de una convivencia adecuada entre padre e hijo.

Cuando existe exclusión a uno de los padres los niños tienden a desarrollarse de una manera desequilibrada afectando en muchos casos su salud emocional; provocándole cuadros de depresión aislándose de los demás niños incluso de la propia familia, desordenes de personalidad, se vuelven violentos o agresivos con ciertas situaciones normales para otros niños, no se adaptan con facilidad en distintos ambientes, la situación más común en estos casos es la afectación directa en su rendimiento escolar, y en el peor de los casos llegando a caer en adicciones que afectan por completo su salud.

Para evitar todas esas situaciones muy tristes los progenitores deben pensar primero en sus hijos y dejar de lado los conflictos entre padre y



madre, preocuparse únicamente por el bienestar de los niños; que es lo mejor para el buen desarrollo físico, psicológico y social del hijo y como se puede fortalecer la convivencia entre padre, madre e hijo.

1.1.1. ¿Por qué el padre debe convivir con sus hijos?

En nuestro país cuando los padres se separan, por ley es la Madre la que se queda a cargo ellos dejando al Padre como mero visitante. Pero si vamos más allá, nos podremos dar cuenta que no siempre la Madre es la persona intachable, ya que hay madres que dejan a sus hijos con sus abuelos por hacer cosas que no tienen nada que ver con el bienestar del niño, madres que se gastan en ellas todo el dinero que los padres otorgan por la manutención de su hijo y a los niños no les dan lo necesario, y madres que simplemente no saben cómo criar a sus hijos perjudicándolos y muchas veces provocando Alienación parental por mantenerlo alejado de su progenitor. Es por esa situación que es necesario la figura paterna para que el niño lleve una vida equilibrada y pueda formar una personalidad correcta con el apoyo de los dos, el niño en el presente y futuro será una persona segura y no tendrá temor de equivocarse porque sabe que junto a él están dos personas que siempre lo apoyaran y velaran por su bienestar.

1.1.2. Definición de Interés Superior del Niño

El interés superior del niño, niña y adolescente es básicamente un principio general en el que se encuentran todos los derechos fundamentales de la niñez, es utilizado con gran frecuencia por los operadores de justicia cuando los derechos de los niños están siendo vulnerados por cualquier motivo. O' Donnell (2004) manifiesta que: “Se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca a su



desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad” (p. 151). Entonces el interés superior del niño es todo aquello que favorezca a su correcto desarrollo integral.

El niño, niña y adolescente por razón de su corta edad se encuentra en situación de desventaja o expuesto a la vulneración de sus Derechos es por esa situación que los niños necesitan protección, en primer lugar, por parte de su Padre y Madre que son responsables directamente de su bienestar y de la misma forma también el Estado debe garantizar su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos de una forma digna y libre.

1.1.3. Principio del interés superior del niño

Los derechos humanos se han convertido en un sistema de garantía y protección de los derechos de los seres más vulnerables que son los infantes, es por ello que el principio mencionado ha sido altamente aceptado en el Derecho Internacional López (2015) afirma:

Este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza del reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Esta última Convención se caracteriza por ser el Tratado internacional que más Estados a ratificado, dentro del contexto de las Naciones Unidas, con lo que se demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los niños, niñas y adolescentes. (p.54)



No pudiendo ser de otra manera este principio se encuentra consagrado en nuestra Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 44:

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 el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Vale la pena indicar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico también se habla de este principio tal es el caso que Código de la Niñez y la Adolescencia lo explica en su Art. 11:

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. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Necesitamos que el Estado Ecuatoriano garantice el interés superior del niño y prevalezca la corresponsabilidad parental, pues el padre siempre es el más perjudicado luego del divorcio y mucho más los hijos porque sufren durante toda su vida el estar distanciados de su padre. La personalidad de los niños se construye en sus primeros años y para lograr que los niños tengan una personalidad plena requieren la presencia de Papá y Mamá con todo su amor, conocimientos sus tradiciones y costumbres, los niños necesitan el apoyo de ambos padres para crecer y ser felices por eso es indispensable precautelar el bienestar superior de los niños mediante la conciliación, buscando los mejores acuerdos entre padre y madre y en el caso que no se encuentre o llegue a ningún acuerdo debe primar la corresponsabilidad parental, igualdad de derechos y obligaciones para los dos progenitores.



1.2. La figura de la Tenencia Compartida; una mirada a las legislaciones de Perú y Chile

1.2.1. Definición de Tenencia Compartida

La Tenencia o Custodia Compartida es aquella en la que los dos progenitores se preocupan por dar un equilibrio en la vida de sus hijos compartiendo responsabilidades de manutención, crianza, educación; así como repartiendo entre ellos el tiempo que pasan con sus hijos para darle una mejor calidad de vida.

La crianza compartida posee el objetivo de garantizar a ambos Padres derechos parentales, y así facilitar la participación paterna en las funciones y decisiones de crianza, además de construir un fácil y frecuente acceso al hijo por parte del Padre no tutor. Pero por sobre todas las cosas, la crianza compartida garantiza que los hijos no pierdan a ninguno de sus Padres bajo circunstancia alguna, poniendo de relieve en primer lugar, el interés superior del niño a contar con ambas personas y fortalecer el vínculo necesario para el desarrollo de la vida y personalidad de los hijos. (Ferrari y Zicavo, 2011, p. 46)

Vale la pena indicar que no en todos los hogares se puede llegar a un acuerdo de tenencia compartida por distintas razones; pero no por esos casos se les puede privar a todos los demás que si quieren compartir la crianza de sus hijos. Restrepo (2006) manifiesta que:

Compartir la custodia significa formular un acuerdo a partir de las circunstancias particulares de cada familia, para que hijas e hijos tengan los espacios necesarios, en términos de calidad y cantidad que les permitan construir una identidad sólida, íntima y equitativa con ambos padres, y que les facilite a los padres el ejercicio solidario y conjunto de las labores de cuidado y crianza. (p.60)



1.2.2. ¿Qué comparten los padres?

1. Se comparte la convivencia entre padres e hijos por lo tanto así los padres estén separados los hijos siempre tendrán una familia unida.
2. Se comparte la garantía de que papá y mamá siempre velaran por el Interés Superior de su hijo.
3. Los dos se involucran en llevar a su hijo juntos por el buen camino, ayudándolo a desarrollar sus potenciales.
4. Se comparten la diversión, el entretenimiento y todo lo que le hace feliz a su hijo.
5. Se comparten las responsabilidades de Educación y crianza.
6. Se comparten el amor, la protección y el cariño todo su entorno familiar.

1.2.3. Derecho Comparado

La figura jurídica de la Tenencia compartida no es nueva o por lo menos en otras legislaciones ya es bastante utilizada, y es importante indicar que comenzaron de la misma forma que en nuestro país, debido a la lucha de padres que no podían gozar del derecho de convivir con sus hijos. Es por ello que para el análisis de esta investigación ha sido necesario utilizar referentes del Derecho comparado.

Pese a las diferencias sociales, culturales y económicas muchos países ya contemplan la figura jurídica de la custodia compartida dentro de los cuales están Argentina, Chile, Bolivia, Perú, E.E.U.U y Canadá, y países que forman parte de la Unión Europea como Alemania, Reino Unido, Francia e Italia después de varios debates y análisis sobre lo que es mejor para la niñez llegaron a adoptar la custodia compartida como el mecanismo más viable en el caso de que los padres no vivan juntos.



Es necesario definir las legislaciones en las que nos vamos a centrar para realizar el análisis de cada una de ellas en función del aporte que pueden dar a la investigación, para ello he escogido los países de Perú y Chile y hacer un breve análisis de otras legislaciones.

1.2.4. Tenencia Compartida en Perú

En Perú hace varios años ya existieron cambios en materia de niñas, niños y adolescentes; debido a la situación de muchos padres que no podían compartir la crianza sus hijos, por leyes que les privaban de ese derecho y provocaban un desequilibrio emocional en niños que tristemente tenían que vivir la separación de sus progenitores. El Congreso Nacional expidió la Ley Número 29269 que fue publicada el 16 de octubre de 2008, con la promulgación de esta ley se le dio facultad al juez para que pueda otorgar la tenencia compartida o a su vez otorgar la tenencia al progenitor más apropiado o que esté en mejores condiciones para cuidar del menor.

Con esta ley se reformaron dos artículos del Código de los Niños y Adolescentes; a más de estas reformas se incorporó la Institución jurídica de la tenencia Compartida; de tal forma que tanto la madre como el padre en igualdad de condiciones pueden ser responsables de la educación, alimentación, vestimenta cuidados y protección del menor.

La ley Número 29269 en el artículo 1 reformo el artículo 81 del código de los niños y adolescentes quedando de la siguiente manera:

Artículo 81.- Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando



en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente. (Ley 29269, 2008)

Y el artículo 2 reformo el artículo 84 del mismo Código quedando así:

Artículo 84.- En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. (Ley 29269, 2008)

Con la implementación de esta ley Perú dio un giro en los derechos de los niños niñas y adolescentes garantizando su interés superior y a más de esto se terminó en cierta forma con la discriminación que había a los padres que no podían ejercer la tenencia de sus hijos; otorgándole mayor estabilidad emocional a los hijos e hijas de familia pues con la reforma mencionada, al juez se le envistió de la facultad de resolver sobre la tenencia mirando al progenitor que asegure mayor estabilidad en el niño; además que otorga a las partes la facultad de solicitar al juzgador el régimen de custodia compartida en relación a lo que conocemos en nuestra legislación ecuatoriana como el principio dispositivo.



1.2.5. Tuición Compartida en Chile

Como antecedente tenemos que, en Chile de alguna manera, aunque de forma escueta el ordenamiento jurídico de ellos ya trataba algo sobre la igualdad de derechos entre los progenitores y sus hijos como en el artículo 225 de la Ley Nro. 19.585 de 1998 establece que ambos padres, actuarán de común acuerdo, para resolverlo.

El 16 de junio de 2013 fue promulgada por el Presidente Sebastián Piñera la Ley 20.680 también conocida como Ley amor de Papá y publicada en el diario oficial el 21 de junio de 2013, con esta ley se reformaron varios artículos del Código Civil, la Ley de menores y la Ley de matrimonio civil, además se incorporó la figura de la tuición compartida, priorizando el principio de corresponsabilidad parental.

Desde la implementación de esta ley los padres pueden compartir las responsabilidades que tienen frente a sus hijos sin ninguna privación o vulneración a sus derechos.

Personas que han estudiado a fondo los casos de tuición han podido evidenciar que desde que entró en vigencia esta Ley han aumentado de una forma increíble los casos de padres que piden la tuición de sus hijos.

Algunos puntos importantes que constan en el artículo 225 de Código Civil de Chile:

- a) Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida.
- b) Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.
- c) 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, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

- d) A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.
- e) En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres. (Ley 20.680, 2013)

Además de la reforma del artículo 225 se incorpora el artículo 225-2 disponiendo que:

En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo. (Ley 20.680, 2013)

En Chile desde la entrada en vigencia de la Ley No. 20.680 “Ley amor de papa” surgieron cambios realmente necesarios en favor de los niños, pues se puso énfasis en el interés superior del niño promoviendo la corresponsabilidad parental es decir los padres así se encuentren



separados pueden participar y ser responsables en cada cosa que tenga que ver con sus hijos. Con la implementación de esta ley ha incrementado la tuición compartida de forma voluntaria, pues se les da a los padres la facultad de optar por ella para un mejor equilibrio en la vida del menor. Y si no se llega a un acuerdo entre los progenitores, el padre puede también solicitar al juez la tuición compartida sin ningún miedo a que se le sea negada como pasaba antes de esta ley.

En este campo del Derecho la experiencia Chilena es de mucho aporte tanto así que de manera garantista esta ley trajo consigo varias reformas a otros Códigos como el Civil, con el objeto de precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en aras de un correcto desarrollo integral; sin dejar de lado el contacto que deben tener con sus padres dentro del hogar cuando estén juntos y mucho más si ellos se encuentran separados, pues se les permite a los progenitores que quieren estar presentes en la vida de sus hijos compartir la crianza y en si todas las responsabilidades que adquieren cuando se convierten en padres; por tal motivo es necesario que este modelo de custodia se pueda tomar de ejemplo y replicarlo en la legislación Ecuatoriana como un mecanismo que garantiza el principio del interés superior del niño, niña y adolescente y la corresponsabilidad parental.



1.3. Alcance y efectos del ejercicio de la tenencia de los hijos e hijas en cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental

La ruptura del vínculo matrimonial entre los contrayentes, no debe significar una separación entre los progenitores y sus hijas e hijos, pues lo que se ha disuelto es el vínculo que unía a sus padres que podríamos llamarlo un vínculo amoroso, pero de ninguna manera se termina la relación parento filial entre padre e hijo/a o madre e hijo/a.

Los hijos de padres divorciados, tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su padre y madre; es decir, este derecho de los hijos y de sus padres no se puede reducir a meras visitas o a una mañana o a unas horas, debido a que es fundamental el contacto entre ellos para que exista un equilibrio en la vida del niño y un verdadero desarrollo integral. Es indispensable la convivencia familiar para ello los padres deben organizarse y llegar a acuerdos para que el niño comparta de forma permanente con papá y mamá y con todo su entorno familiar que son los abuelos, tíos, primos.

El hijo necesita al padre para elaborar sanamente su identidad, para saber de dónde viene y de quiénes proviene; para que se sienta absolutamente seguro y al abrigo de todo tipo de temores; para elaborar su femineidad o masculinidad; para que le explique las cosas de la vida y el funcionamiento del mundo; para tener con quién jugar, de quién aprender, a quien imitar, de quien diferenciarse, con quien pelear, a quien abrazar y con quién salir a conocer el mundo. (Ferrari y Zicavo, 2011, p.77)

Para que se cumpla con esto es necesario que exista una igualdad parental es decir que sea el padre y la madre en igual proporción quienes puedan tomar decisiones y estar pendientes de todo lo referente al hijo a esto se le llama corresponsabilidad parental. Parafraseando a Zaidán (2016) en la coparentalidad no importa si los progenitores viven juntos se



encuentran separados o divorciados, lo que realmente interesa es el involucramiento de los dos en la crianza y las responsabilidades de manutención. Cuando los padres comparten la responsabilidad de criar a sus hijos reconocen que los dos tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus hijos. Y comienzan a construir un modelo de vida que les permita desarrollarse en un ambiente adecuado y digno para sus hijos.

La lucha por la tenencia compartida es porque nuestra sociedad ha cambiado o por decirlo de una forma mejor ha evolucionado ya que en la actualidad la corresponsabilidad parental, es más fuerte pues desde el punto de vista social se ha podido evidenciar que hay una nueva generación de padres; nos referimos con esto a que ahora hay más padres conscientes de la responsabilidad que tienen como padres para asumir responsabilidades y no solo eso también hay padres más cariñosos, padres que hacen el desayuno, almuerzo y cena para sus hijos, padres que cuando están con sus hijos dejan de lado todos los prejuicios que existen en la sociedad para satisfacer las necesidades de sus hijos.

1.3.1. Definición de Corresponsabilidad Parental

Cuando los Padres viven juntos o por distintas circunstancias se encuentran separados siempre debe existir una responsabilidad compartida o lo que se llama corresponsabilidad parental en todo lo que tiene que ver con la vida de sus hijos. Para entender mejor el concepto Lathrop (2008) dice que la Corresponsabilidad Parental es: “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos” (p.22). La corresponsabilidad parental no es un principio nuevo debido a eso son muchos los autores que hablan de él.

Por otro lado, Acuña (2013) en su artículo sobre la corresponsabilidad parental hace referencia a lo que es la corresponsabilidad desde su punto de vista afirma que:



La corresponsabilidad consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos 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. (p.31)

1.3.2. Visión constitucional del principio de corresponsabilidad parental

Como norma máxima y suprema de un Estado Constitucional de Derechos vemos que la Constitución recoge en su articulado el principio de corresponsabilidad parental, entendido como aquel mandato de optimización en el que la labor de crianza, educación, salud, vestimenta, alimentación, cultura, cuidado, recreación, y en si todo lo que tenga que ver con el bienestar del niño le corresponde no solamente al padre o a la madre, sino es un deber ineludible que debe ser llevado con responsabilidad por ambos progenitores en igual proporción .

Dentro de los derechos de familia, nuestra carta magna recoge este principio en el artículo 69 numeral 5 en el 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Con este principio recogido en la Constitución no hay duda que tanto el padre como la madre son los responsables sin ninguna distinción y es por ello que se les debe involucrar igualitariamente en la tenencia del menor.

Durante toda esta investigación se ha llegado a delimitar que no solamente nuestra Constitución del Ecuador garantiza el principio de corresponsabilidad parental pues la Convención sobre los Derechos del Niño de la cual nuestro estado es parte ordena claramente en su artículo 18 numeral 1:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá



a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

De igual manera garantiza este principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 16 numeral 1; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23 numeral 4; y, por último, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos en su artículo 17 numeral 4, todos estos Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador señalan que es un deber ineludible de los padres ser los responsables en igualdad de condiciones, del cuidado de los hijos así se encuentren separados.

1.3.3. Igualdad de género

Para hablar de igualdad de género primero es necesario explicar qué es el principio de igualdad el cual se encuentra consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948). Este principio nos indica que todos somos iguales entre si y, que no debe haber distinción de derechos y obligaciones; para lo cual es deber del Estado y los operadores de Justicia garantizarlos y hacerlo efectivos sin ningún tipo de discriminación.

Para la UNESCO, igualdad de género significa igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades para mujeres y hombres y para niñas y niños. Supone que se tengan en cuenta los intereses, necesidades y prioridades de mujeres y hombres, reconociendo la diversidad de los



distintos grupos de personas. (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1945)

El Estado debe dar un trato especial a quienes se encuentran en situaciones de desventaja en este caso los padres, que son los que están siendo discriminados e impedidos de ejercer sus derechos y en muchos casos solo teniendo obligaciones de manutención. Con la ley actual a los padres no se les da la oportunidad de compartir derechos y obligaciones con sus hijos, solo se puede ver claramente que existen una vulneración al principio constitucional de corresponsabilidad parental que perjudica directamente a los padres.

1.3.4. Análisis e interpretación de la investigación

Se procedió a realizar el análisis de las sentencias de divorcio con hijos menores desde la implementación del COGEP, se presenta en forma de gráficos especificando cada uno de los casos por Unidad Judicial del Cantón Cuenca que han sido seleccionados para la investigación.

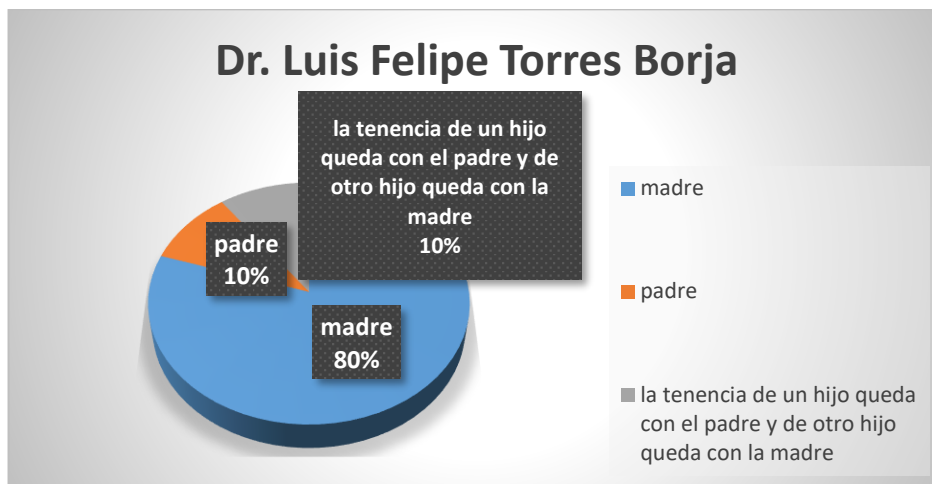


Gráfico 1 **Total de tenencias: 10.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

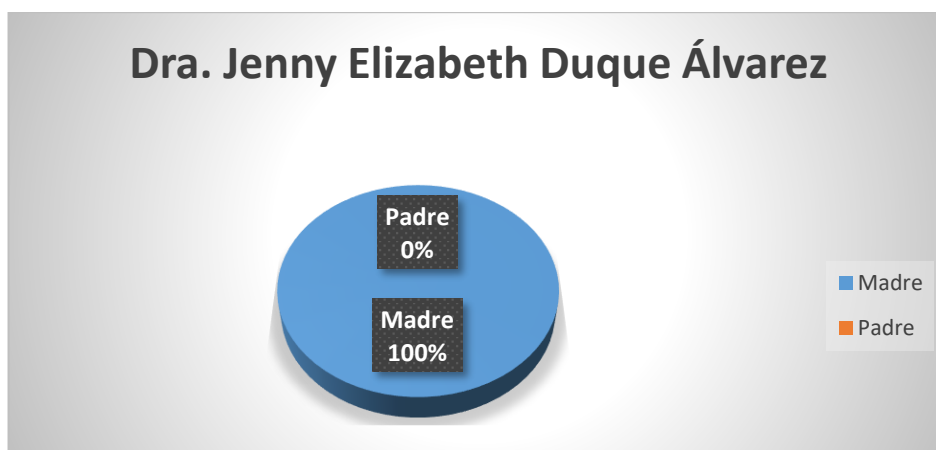


Gráfico 2 **Total de tenencias: 9.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres



Dr. Pablo Fernando Almeida Toral

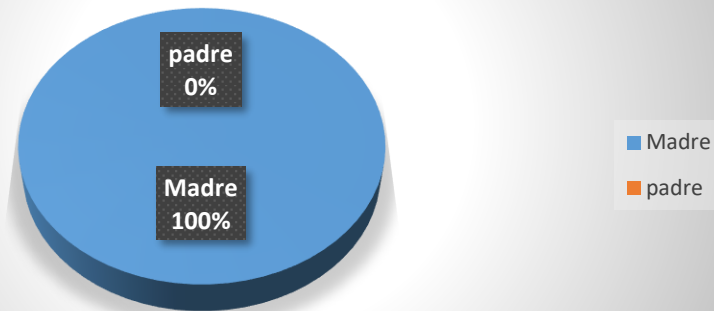


Gráfico 3 **Total de tenencias: 9.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dra. Betty Lourdes Yamunaqué León

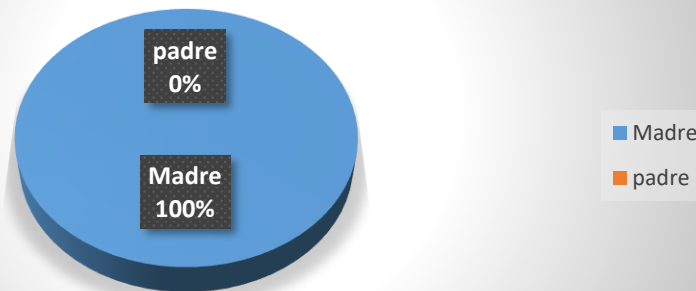


Gráfico 4 **Total de tenencias: 7.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dr. Esteban Vélez Pesantez

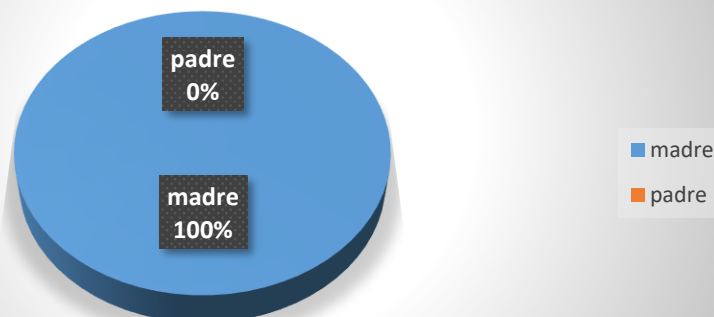


Gráfico 5 **Total de tenencias: 15.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dra. Ruth Cristina Álvarez Toral

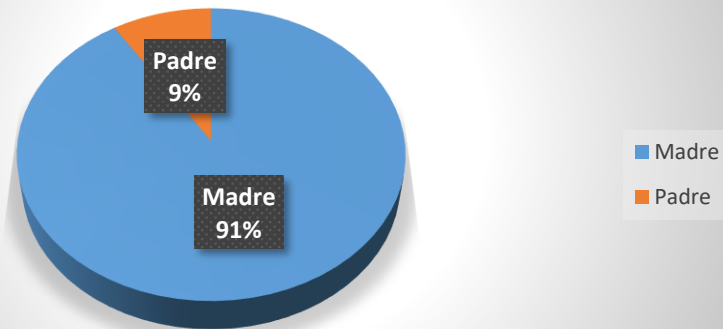


Gráfico 6 **Total de tenencias: 11.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dr. Boris Esteban Ortega Ormaza

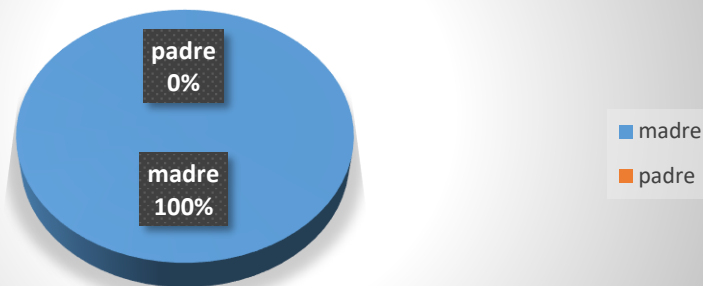


Gráfico 7 **Total de tenencias: 9.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dr. Manuel Oswaldo Barrera lozano

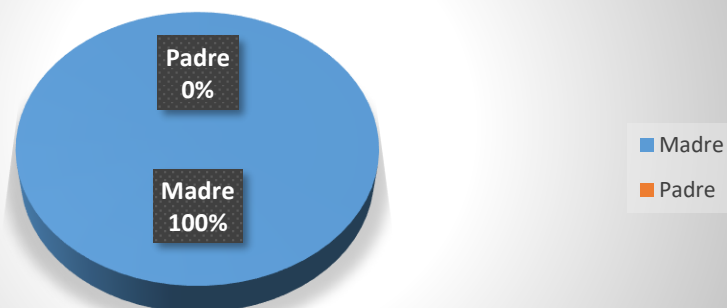


Gráfico 8 **Total de tenencias: 8.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

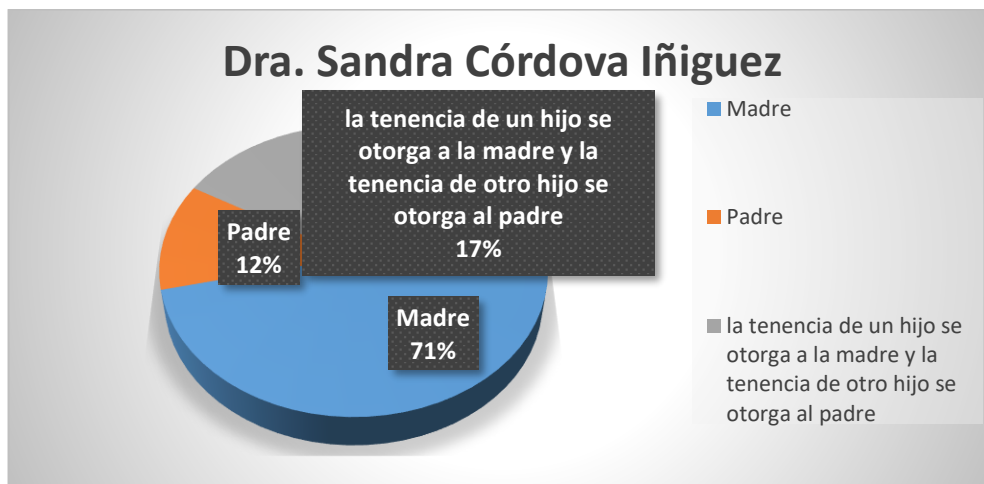


Gráfico 9 **Total de tenencias: 8.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

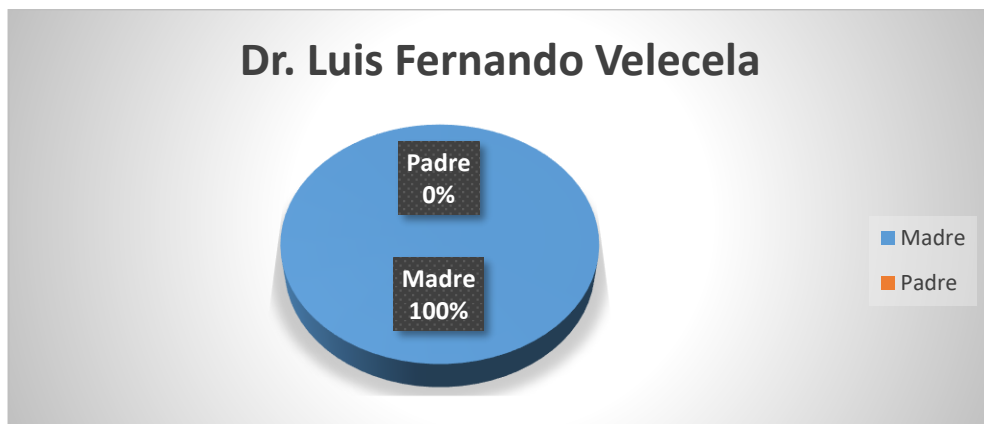


Gráfico 10 **Total de tenencias: 5.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

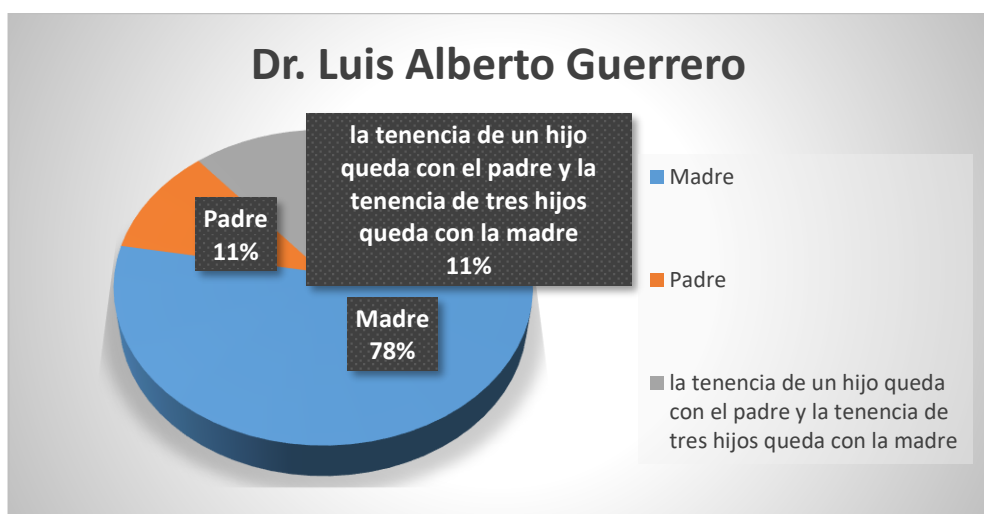


Gráfico 11 **Total de tenencias: 9.**
Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dra. María del Carmen Vega Aguilar

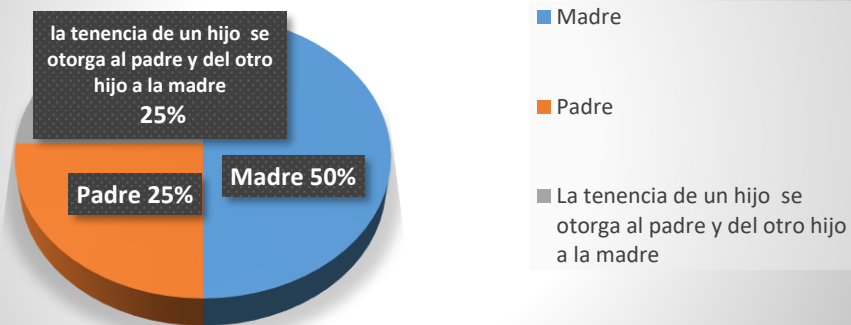


Gráfico 12 **Total de tenencias: 4.**

Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dra. Tatiana Ochoa Maldonado

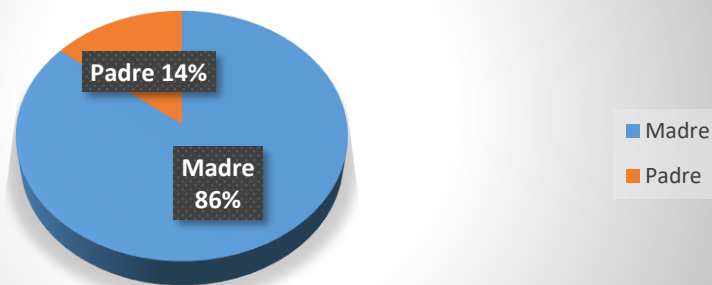


Gráfico 13 **Total de tenencias: 7.**

Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

Dra. Iliana Vallejo Cabrera

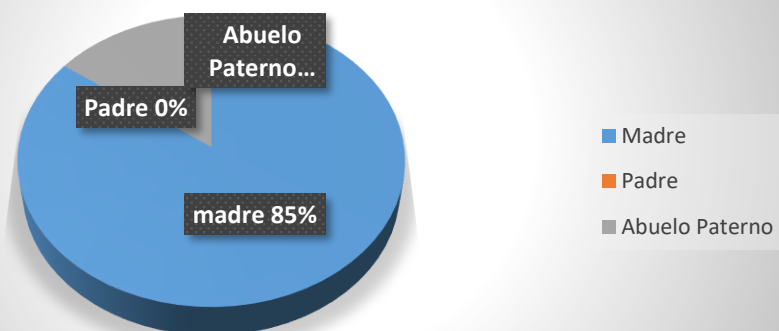


Gráfico 14 **Total de tenencias: 9.**

Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres



Gráfico 15 total de tenencias desde la entrada en vigencia del COGEP

Elaborado por: Andrea Cajamarca Torres

De la muestra obtenida de las 14 unidades judiciales de familia mujer, niñez y adolescencia del Cantón Cuenca se obtuvo un resultado muy preocupante ya que de un total de 120 tenencias 109 se otorgaron a la madre, 5 tenencias se otorgaron al padre, 2 tenencias se les entregó a los abuelos y solo 4 tenencias se dieron a padre y madre compartiendo sus responsabilidades.

Realmente es muy alarmante la situación de los hijos de padres divorciados en la actualidad, pues como se pudo apreciar en los gráficos anteriores existe una clara vulneración al principio de igualdad, violación al principio de corresponsabilidad parental discriminación en los roles de las mujeres y hombres. Es necesario el cumplimiento constitucional de la corresponsabilidad parental por el bienestar de los hijos y de los padres, porque cuando borramos al padre o a la madre en realidad estamos borrando la identidad de los hijos.



CONCLUSIONES

1. En cuanto a la paternidad luego del rompimiento del vínculo matrimonial es necesario que el Estado Ecuatoriano a través de los mecanismos adecuados atienda a la problemática que existe entre los progenitores después del divorcio cuando tienen hijos dependientes, sobre todo poner énfasis en el interés superior de los niños, mediante talleres, cursos didácticos, conferencias en las instituciones educativas que promuevan la importancia de que el padre y la madre siempre estén deben estar presentes en todas las etapas de vida de sus hijos, así se encuentren divorciados o separados.
2. El análisis realizado al Derecho comparado en esta investigación ha sido de gran importancia pues era necesario conocer la forma en la que otros países manejan la materia de niñez específicamente lo referente a la corresponsabilidad parental y tenencia compartida, tal es el caso que en Perú con las reformas que se hicieron al Código de los Niños y Adolescentes se logró que ya no se le dé la tenencia solo a la madre sino a falta de acuerdo de los progenitores sea el juez quien utilizando las medidas necesarias resuelva lo mejor para interés superior del niño es decir sea el quien decida qué tipo de tenencia se debe aplicar tomando en cuenta también la tenencia compartida. En el caso de la legislación Chilena con la implementación de la Ley 20.680 de igual forma surgieron cambios significativos en materia de niñez, se les dio a los progenitores el derecho al cuidado personal compartido de sus hijos en cuanto a la crianza, educación estimulando la corresponsabilidad parental y procurando siempre la estabilidad y lo mejor para sus hijos.



3. En nuestra Constitución se encuentra consagrado el principio de corresponsabilidad parental dentro de este principio se encuentran los deberes que tienen los padres para con sus hijos. Es precisamente por este principio que se debe reformar el Código de la Niñez y Adolescencia pues es completamente incompatible y viola el interés superior del niño al otorgar la tenencia solo a la madre cuando lo correcto sería involucrar igualitariamente a los dos progenitores en el desarrollo integral de los hijos, es necesario que en el ordenamiento jurídico actual se incluya la figura de la Tenencia compartida, en el caso que los dos progenitores demuestren estabilidad y aptitud que deberá ser valorado por el juez que tenga conocimiento.
4. Respecto al análisis de los casos de divorcio desde la implementación del Código Orgánico General de Procesos se pudo evidenciar claramente que de la muestra tomada de las 14 unidades judiciales de familia mujer niñez y adolescencia del Cantón Cuenca solo el 4% de los padres tienen la tenencia de sus hijos, de esta forma se puede ver notoriamente la desproporcionalidad total que existe al momento de decidir a qué progenitor se le otorga la tenencia de los hijos, pues en ninguno de los casos analizados se opta por una responsabilidad compartida de los progenitores, solo se fija una pensión quedando en la gran mayoría de casos los padres desprotegidos y a voluntad de las madres para poder ver a sus hijos.
5. Vivimos en una sociedad cambiante, estamos en una nueva era en la que los padres son padres no por el hecho de mantener el hogar si no porque se preocupan y quieren convivir con sus hijos siempre, incluso luego de un divorcio, es por ello necesario hacer reformas al Código de la Niñez y Adolescencia respecto a la tenencia



pero también es necesario capacitar a los jueces para que, al momento de decidir cuestiones de tenencia opten por un igual involucramiento de padre y madre respecto de sus hijos.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUERPOS LEGALES

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del niño. Resolución 44/25. Noviembre, 20, 1989.

Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador. (2003). publicado en el Registro Oficial No. 737, de 3 de enero de 2003.

Código Orgánico General de Procesos. (2016). Quito. CEP- Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley No. 20.680. *Introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.* (21 de junio de 2013). Recuperado de: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - www.leychile.cl - documento generado el 15-Dic-2017

Ley No. 29269. *Ley que modifica los artículos 81º y 84º del código de los niños y adolescentes incorporando la tenencia compartida,* (16 de octubre de 2008). Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2011/01/27/ley-n-29269-ley-de-la-tenencia-compartida/>

Organización de las Naciones Unidas. (2008). Declaración Universal de los Derechos Humanos, United Nations. Recuperado de: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=Cj0KCQiA2NXTBRDoARIsAJRiV_Lxh__xPoZdI4VTTJvo5DDEZ79HqpUYvluobs8ChkVizxUU1suGJytQ



aAvW7EALw_wcB

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (1945). Recuperado de: <http://www.unesco.org/new/es/havana/areas-of-action/igualdad-de-genero/>

LIBROS Y ARTÍCULOS

Acuña San Martín, Marcela. (2013). *El principio de corresponsabilidad parental*. Revista de derecho (Coquimbo), 20(2), 21-59. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>

Consejo de la judicatura. (2017). *Causas resueltas por divorcio desde vigencia del COGEP*. Dirección Nacional de Estudios jurimétricos y Estadística.

Ferrari, J., y Zicavo, N. (2011). *Padres separados: cómo criar juntos a sus hijos*. México. Trillas.

Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista chilena de Derecho Privado Fernando Nueyo Laneri*. Nro. 10.

López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70. <https://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>

O'Donell, D. (2004). La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en relación a la familia. *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>



Pérez, G. (1996). *Metodología de la investigación educacional*. Recuperado de:

https://www.ecured.cu/M%C3%A9todo_de_an%C3%A1lisis_hist%C3%B3rico-l%C3%B3gico

Castellanos, G., Gaviria, C., Eisenhower, J., Restrepo, O., y Salazar, O. (2006). *Custodia Compartida Coloquio*. Cali, Colombia: CIES

Zaidán Albuja, Salim Marcelo. (2016). *El Derecho constitucional del cuidado de los hijos: normativa* (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5048/1/T1942-MPDC-Zaid%C3%A1n-El%20derecho.pdf>



UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

ANEXOS

ABSTRACT RESUMEN



CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

Esta investigación se centra en el análisis de la tenencia compartida con el objetivo de demostrar si es una medida protectora eficaz de los derechos de los niños, niñas y adolescentes garantizando el derecho a la igualdad material y formal de sus progenitores. Se acudió al Derecho comparado identificando cómo se ha normado el rol de los padres luego de un divorcio. Así mismo, se ha tratado de determinar el alcance de la tenencia de los hijos y si se cumple o no con el principio de corresponsabilidad parental. Siendo ésta una investigación descriptiva, se realizó un análisis de las sentencias de divorcio desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), esta información se obtuvo de la Dirección de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura del Azuay. Se puede afirmar a primera vista que, el Código de la Niñez y Adolescencia no guarda armonía con el principio de corresponsabilidad parental establecido en la Constitución de la República del Ecuador; por lo tanto, es necesaria una reforma de esta institución jurídica, con miras a garantizar el principio del interés superior del niño; y, que los jueces apliquen aquel mandato de optimización, siendo la tenencia compartida la primera opción cuando los padres se divorcien.

PALABRAS CLAVE: TENENCIA COMPARTIDA, INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, CORRESPONSABILIDAD PARENTAL, DIVORCIO.





CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

This research focuses on the analysis of shared tenure with the aim of demonstrating whether it is an effective protective measure of the rights of children and adolescents guaranteeing the right to material and formal equality of their parents. We went to comparative law identifying how the role of parents has been regulated after a divorce. Likewise, an attempt has been made to determine the scope of custody of the children and whether or not the principle of parental responsibility is fulfilled. This being a descriptive investigation, an analysis of divorce judgments was carried out since the entry into force of the General Organic Code of Processes (COGEP), this information was obtained from the Directorate of Juridical Studies and Judicial Statistics of the Council of the Judiciary of Azuay . It can be affirmed at first glance that the Code of Childhood and Adolescence does not keep harmony with the principle of parental responsibility established in the Constitution of the Republic of Ecuador; therefore, a reform of this legal institution is necessary, with a view to guaranteeing the principle of the best interests of the child; and, that the judges apply that mandate of optimization, being the shared possession the first option when the parents divorce.

KEYWORDS: SHARED TENURE, SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD, PARENTAL RESPONSIBILITY, DIVORCE.

Cuenca, 20 de febrero de 2018

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO.



**SISTEMA ANTI- PLAGIO
TURNITIN**

-

**Calificación del
tutor**



UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

Cuenca, 24 de marzo de 2018

CERTIFICADO

Que, de acuerdo al programa de anti plagio-similitud TURNITIN, identifica como resultado del trabajo de investigación de la señorita Andrea Estefanía Cajamarca Torres, con número de cédula de ciudadanía 010543465-8, titulado "La Tenencia compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del interés superior del niño, niña y adolescentes en Ecuador", un índice de similitud del 8% de fuentes bibliográficas; 7% de fuentes de internet; 9% de fuentes de tesis de maestría.

Atentamente,

Ab. Diego Idrovo Torres

Departamento de Investigación carrera de Derecho.



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Unidad Académica de Jurisprudencia,
Ciencias Sociales y Políticas
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN

Cuenca, 27 de marzo de 2018

Sr. Doctor

Ernesto Robalino Peña

**DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES PERIODISMO,
INFORMACIÓN Y DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

De mi consideración,

NUBE CATALINA CALLE MASACHE, docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutora de la estudiante la Señorita **ANDREA ESTEFANÍA CAJAMARCA TORRES** con número de cédula **0105434658**; correspondiente al Trabajo de Investigación Titulado “**LA TENENCIA COMPARTIDA EN RELACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL COMO GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN ECUADOR**”; informo a Usted que, dicho trabajo de investigación ha sido realizado de acuerdo a los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias de esta casa de estudios superior.

De conformidad con el artículo 10 literal d, del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Postgrado vigente, emito mi criterio favorable para que se proceda a la sustanciación y defensa del presente trabajo de investigación.

La nota obtenida, correspondiente a este trabajo de investigación es de 30/30 puntos.



UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

Adjunto el certificado del Sistema Antiplagio Turnitin, suscrito por el abogado Diego Idrovo Torres, responsable del Departamento de Investigación de la Carrera.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutora de la mentada estudiante.

Atentamente,

DRA. CATALINA CALLE MASACHE MGS.
CC: 0103532487

PERFIL DE TESIS



SOLICITUD PARA:

Beca o ayuda económica, Justificación de faltas, Justificación de pruebas, Justificación de trabajos, Justificación de lecciones, Justificación de prácticas, Licencia eventual, Examen postergado, Examen supletorio, Segunda matrícula, Tercera matrícula, Matrícula especial, Matrícula extraordinaria, Record académico, Hojas certificadas, Examen suficiencia, Tutorías, Rectificación de nombres, Malla curricular, Reposición de título, Otros

Fecha: Cuenca, 30 de Mayo de 2017
 Dirigido a: Dr. Ernesto Pobolino Peña
Decano de la Unidad Académica de Ciencias Sociales, Periodismo, Información y Derecho.
 Solicitante: 010543465-8 / Andrea Estefanía Cajamarca Torres
 Carrera: Derecho
 Año/Ciclo: Décimo Ciclo Paralelo: "A"
 Asunto: Solicito a usted y por su digno intermedio al H. Consejo Directivo aprobar el diseño de mi trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Abogada, cuyo título es "La tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en Ecuador" dirigido por la Dra. Catalina Galte por la favorable acogida que sepa dar a la presente, anticipo mi agradecimiento.

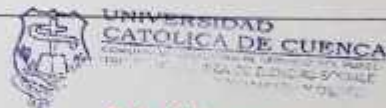
Tema: Tenencia Compartida en la legislación Ecuatoriana.


Solicitante

Constancia de Presentación.- Fecha: _____


Hora: _____

Resolución: _____



01 JUN 2017

RECIBIDO

HORA: _____ FIRMA: 

Valor \$ 5,00

Nº 0069895



VISTA LA PRESENTE SOLICITUD, EL H. CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, PERIODISMO, INFORMACION Y DERECHO EN SESION REALIZADA EL 09 DE JUNIO DE 2017. RESUELVE APROBAR EL PERFIL DE TESIS PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADO (A) DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SR. (A): ANDREA ESTEFANIA CAJAMARCA TORRES, TEMA: LA TENENCIA COMPARTIDA EN RELACION A LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL COMO GARANTIA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN ECUADOR, DIRECTOR: MGS. NUBE CATALINA CALLE MASACHE.

Cuenca, 12 de junio de 2017


Ab. Xavier Iñiguez V.
SECRETARIO - ABOGADO





UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES,
PERIODISMO, INFORMACIÓN Y DERECHO**

CARRERA DE DERECHO

**DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO: La Tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en Ecuador.

AUTOR: ANDREA ESTEFANÍA CAJAMARCA TORRES.

TUTOR: DRA. NUBE CATALINA CALLE MASACHE MGS.

FECHA: 29/05/2017

Índice

1.1.	Tema.....	14
1.2.	Título del Proyecto de Investigación	14
1.3.	Marco contextual (Justificación del problema en el contexto de la investigación, enunciar el problema).....	14
1.4.	Formulación del problema	17
1.5.	Objeto de estudio.....	17
1.6.	Campo de Acción de la investigación	17
1.7.	Líneas de investigación de la Carrera	18
1.8.	Objetivo General.....	18
1.9.	Objetivos específicos	18
1.9.1	Identificar la aplicabilidad de la figura de la Tenencia Compartida usando el Derecho Comparado con las legislaciones de Perú y Chile.	18
1.9.2	Analizar el rol que juega en la actualidad la paternidad luego del rompimiento de la relación afectiva con su pareja, con visión en el interés superior del niño, niña y adolescente.....	18
1.9.3	Determinar el alcance y efectos que conlleva el ejercicio de la tenencia de los hijos e hijas de familia en cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental.	18
1.10.	Tipo de investigación	18
1.11.	Marco Teórico y Conceptual que sustenta la investigación	19
1.11.1.	Antecedentes.....	19
1.11.2.	Teorías Sustantivas	22
1.11.2.1.	Paternidad, Maternidad e interés superior del niño.....	22
1.11.2.2.	Derecho comparado	23
1.11.2.3.	Principio de Corresponsabilidad Parental.....	24
1.11.3.	Conceptos Importantes.....	25
1.11.3.1	Corresponsabilidad parental	25
1.11.3.2.	Tenencia Compartida	25
1.11.3.3.	Interés superior del niño.....	26
1.11.3.4.	Síndrome de alienación parental.	26
1.12.	Hipótesis o Ideas a defender en la investigación	26
1.13.	Métodos a Utilizarse en la investigación	27
1.13.1.	Fundamentación teórica	27
1.13.2	Diagnóstico situacional	28
1.13.3.	Propuesta	29

Método teórico.....	29
1.13.4. Validación.....	29
1.14. Población y la Muestra.....	29
1.15. Cronograma de Tareas.....	30
1.16. Bibliografía.....	32
1.17. Firmas del tutor y del responsable de investigación que aprueba el diseño.....	34

1.1. Tema

Tenencia Compartida en la Legislación Ecuatoriana.

1.2. Título del Proyecto de Investigación

“La Tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en Ecuador”

1.3. Marco contextual (Justificación del problema en el contexto de la investigación, enunciar el problema)

La situación sociocultural e histórica de la familia del Cantón Cuenca en lo que se relaciona al cuidado y protección de los menores de edad, siempre ha estado encomendada a la madre, pues desde el Renacimiento a la edad moderna, el padre tuvo total autoridad sobre su mujer y sus hijos, y es a partir del siglo XIX que el padre empieza a tener ciertas limitaciones, en tal virtud podemos ver cómo se iba delimitando factores sociales y de responsabilidades dentro del hogar, tal es el caso que la labor del padre era trabajar o salir a buscar el sustento económico para el hogar mientras que, la madre debía permanecer en la casa al cuidado de sus hijos y a los quehaceres de su vivienda. De esta manera podemos ver cómo se ha arraigado dentro de la familia cuencana esos hábitos que podría decir incluso que es una especie de estereotipos con los que crecimos e incluso vivimos hoy en día.

Pero ¿qué sucede actualmente cuándo este hogar se divide? Vale la pena indicar que la familia ecuatoriana como núcleo de la sociedad; así reconocida en el inciso primero del artículo 67 de nuestra Carta Magna, la familia se constituye generalmente con padre, madre e hijos, y por regla general, el vínculo que le une a los padres es la institución del

MATRIMONIO reconocida en el artículo 81 del Código Civil y Artículo 67 inciso final de la Constitución de la República del Ecuador; o, mediante la UNIÓN DE HECHO reconocida en igual forma en el art 68 de la Constitución de la República del Ecuador y Artículo 222 del Código Civil (Constitución, 2008).

La ubicación geográfica del presente trabajo de investigación es el cantón Cuenca capital de la provincia del Azuay, está situada en la parte meridional de la Cordillera Andina Ecuatoriana, con 505.585 habitantes (INEC, 2010) y es el tercer cantón más poblado del Ecuador.

Desde la implementación del Código Orgánico General de Procesos, en el Cantón Cuenca se han presentado 1358 causas por divorcio de las cuales 903 causas ya tienen resolución o sentencia y 455 causas han desistido, se ha declarado el abandono por falta de comparecencia y se han archivado por no completar la demanda. (Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos Y Estadística, 2017)

Ante esta realidad, cuando tales instituciones por voluntad de uno o ambos contrayentes deciden romper o disolverla, se genera entre varias aristas el conflicto de la Tenencia de los menores o hijos de familia que a tenor de lo que manda el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia es: “el cuidado y crianza que se le otorga a uno de los progenitores” toda vez que se observe lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia (Código de la Niñez y adolescencia, 2003).

De este particular yace el problema que se tratará a lo largo de la investigación, pues como ordena el artículo antes mencionado literalmente el texto de la ley nos remite al artículo 106 ib ídem que no es nada más que las Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, en palabras del Profesor Guillermo Cabanellas de Torres (2011) la define como: ”Conjunto de derechos y deberes que al padre y a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no

emancipados”(p.323). Y a su vez el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Código de la niñez y adolescencia, 2003)

Se debe hacer una aclaración que dentro del deber y a la vez derecho a la Patria Potestad está incluido la Tenencia; y, es así que con los antecedentes expuestos se plantean las siguientes interrogantes que sin duda alguna forman parte de la presente investigación:

¿De esta manera el Estado a través de su ordenamiento jurídico, cumple con el deber más alto que es de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución?

¿La disposición legal recogida en el Código de la Niñez y Adolescencia, guarda armonía con el principio constitucional de la corresponsabilidad parental?

Para colegir se justifica que: existe un problema en la normativa vigente relacionada al código de la niñez y adolescencia vulnerándose el derecho a la no discriminación, ya que se otorga la tenencia de los hijos a la madre cuando lo que debería primar en estos casos es escoger al progenitor que se encuentre en las mejores condiciones para su correcto desarrollo integral en protección del interés superior del menor.

El Estado a través de sus legisladores debe subsanar la inconstitucionalidad de la ley, aplicar el Principio constitucional de Corresponsabilidad Parental; y, hacer efectivo el ejercicio conjunto entre padre y madre de la patria potestad.

Considerando tal como se encuentra la norma aludida, los padres se constituyen en meros visitantes, muchas de las veces sin potestad de tomar decisiones sobre sus hijos

en cualquier materia sea esta como salud, educación, e incluso actividades extracurriculares, reducido su actuar solamente a rendir una pensión alimenticia en favor de sus hijos siendo visitantes esporádicos, separados de la vida y realidad de los menores.

Es por ello, que para involucrar igualmente a los progenitores en el desarrollo integral del hijo o hija de familia es necesario que en el ordenamiento jurídico actual se incluya la figura de la Custodia o Tenencia compartida como modelo válido en el caso de que ambos progenitores demuestren la suficiente estabilidad, aptitud y comportamiento que deberá ser valorado a criterio del juez con conocimiento de causa, previo a los exámenes de profesionales que legitimen su decisión final; tal como ya se encuentra vigente en muchos países de Latinoamérica como Perú, Argentina y Chile.

1.4. Formulación del problema

¿Bajo el régimen legal actual la tenencia garantiza que los niños, niñas y adolescentes tengan una convivencia adecuada con sus dos progenitores luego de una ruptura matrimonial?

1.5. Objeto de estudio

El objeto de Estudio está íntimamente relacionado y vinculado con el Derecho de Familia.

1.6. Campo de Acción de la investigación

Como parte esencial el campo de acción será la Tenencia, Interés Superior del Menor, Principio de Corresponsabilidad Parental.

1.7. Líneas de investigación de la Carrera

Este trabajo de titulación responde a las líneas de investigación de la carrera de Derecho de la Unidad Académica de Periodismo, Información y Derecho pues está enfocado a la que corresponde a:

- Derecho y Administración de Justicia.

1.8. Objetivo General

Demostrar que la figura jurídica de la Tenencia Compartida es una medida protectora eficaz de los derechos de los hijos e hijas de familia y que garantiza el derecho a la igualdad material y formal de sus progenitores.

1.9. Objetivos específicos

1.9.1 Identificar la aplicabilidad de la figura de la Tenencia Compartida usando el Derecho Comparado con las legislaciones de Perú y Chile.

1.9.2 Analizar el rol que juega en la actualidad la paternidad luego del rompimiento de la relación afectiva con su pareja, con visión en el interés superior del niño, niña y adolescente.

1.9.3 Determinar el alcance y efectos que conlleva el ejercicio de la tenencia de los hijos e hijas de familia en cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental.

1.10. Tipo de investigación

Según el artículo 34 numeral 1 del Reglamento de Investigación de la Universidad Católica de Cuenca, los proyectos de investigación en la Educación Superior de Grado, serán de carácter *explorativo* y *descriptivo*.

El alcance de la investigación del presente trabajo es Descriptiva ya que de esta manera la investigadora podrá conocer situaciones y actitudes que están relacionadas

con la tenencia de las hijas e hijos de familia luego de un divorcio y de esta forma se podrá identificar las dificultades que surgen en la relación paterno filial.

El tipo de investigación será con un enfoque Cualitativo, pues mediante este tipo de investigación se podrá indagar, examinar y describir aspectos importantes en relación a las sentencias de divorcios que se han realizado en el Cantón Cuenca desde la implementación del COGEP.

1.11. Marco Teórico y Conceptual que sustenta la investigación

1.11.1. Antecedentes

Cuando un matrimonio se disuelve por voluntad de uno o de ambos cónyuges surgen varias divergencias con respecto a los hijos quien resulta ser el más perjudicado; pues, se convierte en un menor que se queda sin la mitad de su familia, en un menor huérfano de un padre o madre vivo, un menor que desde el instante en que su hogar se divide se convierte en un traidor por seguir amando a su papá y mamá.

La separación de los padres no tiene por qué ser una tortura para los hijos por el contrario se debe examinar de alguna manera un avance para la calidad de vida de los hijos y pensar siempre en lo mejor para ellos.

En la lógica de la coparentalidad, no importa si los padres conviven o se encuentran separados o divorciados, lo que interesa es el involucramiento de ambos padres en la crianza y la responsabilidad en igual proporción en manutención, la claridad en la distribución de responsabilidades, que vaya más allá de la mera titularidad de la patria potestad inscrita en un régimen de custodia exclusiva, que facilite su ejercicio a través de la custodia compartida. (Zaidan, 2016, p. 25)

La ruptura del vínculo matrimonial entre los contrayentes, no debe significar una separación entre los progenitores y sus hijas e hijos, pues lo que se ha disuelto es el vínculo que les unía a sus padres que podríamos llamarlo un vínculo amoroso, pero de ninguna manera se termina la relación parento filial entre padre e hijo/a o madre e hijo/a.

Los hijos de padres divorciados, tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su padre y madre; es decir, este derecho de los hijos y de sus padres no se puede reducir a meras visitas o a una mañana o a unas horas, pues justamente con el contacto que ellos tienen es fundamental para el verdadero desarrollo integral del menor.

Como garantía constitucional podemos observar que nuestra carta magna garantiza el principio de corresponsabilidad parental y el interés superior del niño en varias disposiciones que a continuación me permito señalar: el artículo 46 numeral 1 de la Constitución de la República (2008) sobre el cuidado diario de los menores de seis años a cargo del Estado. El artículo 69 numeral 5 dispone 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. El artículo 69 de la Constitución (2008) 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."

Además, entre los deberes y responsabilidades de los habitantes del territorio ecuatoriano, el artículo 83 numeral 16 de la Constitución (2008) establece la

corresponsabilidad de madres y padres, en igual proporción, de "asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos".

En el Derecho de familia se utilizan diferentes conceptos para referirnos a los componentes de los regímenes de responsabilidad parental de los progenitores respecto de sus hijos, tales como cuidado personal, custodia legal, guardia, guarda, tenencia o tuición todos estos dependiendo de la legislación de cada país. El jurista Argentino Zannoni. E (1981) sostiene que: “la guarda es uno de los tres grandes grupos de derechos-deberes personales que integran la patria potestad, siendo los otros dos la asistencia y la educación” (p.712).

“Debido a que la custodia legal depende directamente de la convivencia de los progenitores y sus hijos menores de edad, los problemas jurídicos referidos a la custodia legal de los niños y niñas, son diferentes según los progenitores convivan o no convivan el uno con el otro” (Zannoni, 1981, p. 741).

La tenencia compartida es un campo temático que por su alcance debe integrar el Ius Cogens que garantice su aplicación en el derecho internacional y la justicia de familia, es decir, es una temática que rebasa el ámbito local y regional. Como evidencia se analizan casos de la Unión Europea, donde sus estados miembros adoptaron la custodia compartida como modelo preferente, sin que ello se haya reflejado en un desarrollo armónico de regulación sobre esta institución del derecho de familia, con lo que son más frecuentes los casos en los que debe regularse la custodia de niños, niñas y adolescentes que corren el riesgo quedar sometidos al cuidado alterno de padres con prácticas religiosas, educativas y culturales diferentes. De ahí, que los jueces y especialistas que evalúan las condiciones de los padres, deben sopesar múltiples variables, más allá de las

asociadas a las dimensiones económicas y psicológicas. (Gonzalo, A. 2011, p. 5-12)

En relación con lo anteriormente señalado sobre la custodia o tenencia compartida, sin duda alguna su estudio es de vital importancia puesto que se trata del interés superior en todos los casos. Es urgente comprender las virtudes y previsiones, así como los riesgos y oportunidades, ligados a la concesión de la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes a los padres separados y divorciados.

El análisis comparado, el estudio de casos y la revisión de la doctrina son necesarios para este fin. El desarrollo de una investigación sobre esta cuestión aporta argumentos certeros para ponderar la conveniencia de generalizar, forzar su dominancia y regular esta institución del derecho de familia, lo que dificulta la aplicación armónica de la medida. (Belluscio, 2011, p.172)

1.11.2. Teorías Sustantivas

1.11.2.1. Paternidad, Maternidad e interés superior del niño.

1.11.2.1.1. Relación parento filial

Para el correcto desarrollo integral de los menores es vital la presencia ininterrumpida de los padres dentro del hogar e incluso fuera de él, Juan Larrea Holguín (2008) manifiesta que. “Si los padres han sido el instrumento para la procreación, nada más lógico que ellos mismo sean los encargados de completar esta obra, educando a los hijos”. Son los padres a quienes se les impone el deber legal y moral de la crianza, protección y educación de sus hijos pues de no ser así, los hijos quedarían en completo abandono algo que sin lugar a duda es sancionado por el ordenamiento jurídico vigente. La Convención sobre los Derechos del niño en el artículo 9 numeral 3 establece que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario

al interés superior del niño”; y el artículo 27 numeral 1 ib ídem “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989). Señalando de esta manera que el Estado ecuatoriano al ser parte de esta convención internacional y fundamentalmente como garante de los derechos constitucionales de los habitantes, debe adoptar políticas públicas y normas que garanticen una paternidad y maternidad eminentemente responsables con sus hijos e hijas siempre precautelando su desarrollo holístico en fiel cumplimiento del interés superior del menor.

1.11.2.2. Derecho comparado

1.11.2.2.1. Tenencia Compartida en Perú.

En Perú el Congreso Nacional expidió la Ley Número 29269 publicada el 16 de octubre de 2008 mediante la cual reformó dos artículos del Código de los Niños y Adolescentes e incorporó la institución jurídica de la Tenencia Compartida. Con esta reforma Perú dio un gran salto en pro del derecho a la igualdad formal y material de los progenitores al momento de disolver el vínculo que los unía, otorgándole mayor estabilidad emocional a los hijos e hijas de familia pues con la reforma mencionada, al juez se le envistió de la facultad de resolver sobre la custodia mirando al progenitor que asegure la preservación de la relación con el otro progenitor; además que otorga a las partes el hecho de solicitar al juzgador el régimen de custodia compartida en relación a lo que conocemos en nuestra legislación ecuatoriana como el principio dispositivo.

1.11.2.2.2. Tenencia Compartida en Chile.

Como antecedente tenemos que, en Chile de alguna manera, aunque de forma escueta el ordenamiento jurídico de ellos ya trataba algo sobre la igualdad de derechos

entre los progenitores y sus hijos como en el artículo 225 de la Ley Nro. 19.585 de 1998 establece que ambos padres, actuarán de común acuerdo, para resolverlo. En este campo del derecho la experiencia chilena es de mucho aporte tanto así que de manera garantista fue promulgada la Ley 20680 por el presidente Sebastián Piñera el 16 de junio de 2013 y publicada en el Diario Oficial el día 21 de junio de 2013, ley que trajo consigo varias reformas a otros códigos como el civil, con el objeto de precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en aras de un correcto desarrollo integral sin dejar de lado el importante contacto que deben tener con sus padres dentro del hogar cuando estén juntos y mucho más si ellos se encuentran separados, modelo que se puede tomar como ejemplo y replicarlo en cuanto a su aplicabilidad en el Ecuador.

1.11.2.3. Principio de Corresponsabilidad Parental

1.11.2.3.1. Visión constitucional, igualdad de género, formal y material.

Como norma máxima y suprema de un Estado Constitucional de Derechos vemos que la Constitución recoge en su articulado el principio de corresponsabilidad parental, entendido como aquel mandato de optimización en el que la labor de crianza, educación, salud, vestimenta, alimentación, cultura, cuidado, recreación, deporte, corresponde no solamente al padre o a la madre, sino es un deber ineludible que debe ser llevado con responsabilidad por ambos progenitores en igual proporción. El eje investigativo ha llevado a delimitar que no solamente nuestra Constitución del Ecuador garantiza el principio de corresponsabilidad parental pues la Convención sobre los Derechos del Niño de la cual nuestro estado es parte ordena claramente en su artículo 18 numeral 1 “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del

niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989). De igual manera garantiza este principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 16 numeral 1; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23 numeral 4; y, por último, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos en su artículo 17 numeral 4. Cuando se habla de responsabilidades entre los progenitores no puede entenderse como las que les une recíprocamente entre ellos, sino indispensablemente en aquellas responsabilidades que les vincula a ellos directamente con sus hijos e hijas aún después de una ruptura del vínculo matrimonial o de hecho.

1.11.3. Conceptos Importantes

1.11.3.1 Corresponsabilidad parental

El principio de corresponsabilidad quiere decir que el padre y la madre en iguales condiciones tienen la responsabilidad de estar presentes en el desarrollo integral del hijo o hija. La profesora Fabiola Lathrop (2008) manifiesta que la Corresponsabilidad Parental podría definirse como: “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos” (p.22).

1.11.3.2. Tenencia Compartida

Se puede definir a la Tenencia compartida como aquella en la que los dos progenitores se preocupan por el cuidado y educación de los hijos e hijas, repartiendo entre ellos el tiempo que pasan con los hijos así como las responsabilidades económicas

Aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el

objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.(Ortuño, 2006, p.60)

1.11.3.3. Interés superior del niño.

El interés superior de niño es básicamente un principio general en el que se encuentran todos los derechos fundamentales para un correcto desarrollo integral del niño en palabras de O' Donnell (2009) “El Interés Superior del niño se puede entender como todo aquello que favorezca a su desarrollo físico, psicológico, moral y social, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”.

1.11.3.4. Síndrome de alienación parental.

El Síndrome de Alienación Parental se lo define como un conjunto de síntomas que se producen en los hijos e hijas luego de una separación o divorcio de los padres, en la que un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

El primer autor en hablar del Síndrome de Alienación Parental fue Richard Gardner (1985) donde definió el SAP como “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños”.

1.12. Hipótesis o Ideas a defender en la investigación

Con la introducción de la institución jurídica de la Tenencia Compartida en nuestra Legislación, a criterio de la autora se podría solucionar y subsanar la violación del principio de corresponsabilidad parental recogido por la Constitución de la República

del Ecuador; y, de manera primigenia se respetaría el Interés Superior del Menor generando una estabilidad emocional en el correcto desarrollo del hijo e hija. Garantizándose el derecho que nos asiste a no ser discriminados conforme lo establecido en la Carta Magna en su artículo 11 numeral 2 en cumplimiento del artículo 11 numeral 4 ib ídem. De esta manera se podrá evidenciar a futuro como padres o madres que no viven con sus hijos van a tener la posibilidad de poder compartir con ellos, reduciéndose los indicadores en las sentencias de divorcios pues el juzgador daría la tenencia a ambos progenitores observando siempre que convenga al interés superior del niño.

1.13. Métodos a Utilizarse en la investigación

Existen diferentes tipos de metodologías que se pueden utilizar al momento de realizar una investigación, sin embargo es necesario puntualizar que no existe supremacía de un método o enfoque respecto de otro, sino que se debe utilizar el método adecuado según la etapa de la investigación en la que estamos por lo tanto en este trabajo de titulación utilizare varios métodos que serán de vital importancia, puesto que de ellos depende la obtención de información, datos y fuentes, que servirán para fundamentar y sostener el trabajo.

1.13.1. Fundamentación teórica

Método teórico

Analítico - sintético: el método analítico consiste en el estudio de los hechos, partiendo de la separación cada una de las partes de la investigación, para analizarlas en forma individual, pues de esta manera se puede realizar el estudio independiente de los principios constitucionales así como los derechos fundamentales y los preceptos del Código de la niñez y la Adolescencia, permitiendo la comprensión adecuada de su

esencia y mediante la síntesis que es la integración de todas las partes para estudiarlas de manera integral y así garantizar la visión holística del fenómeno, permitiéndonos llegar a conclusiones objetivas.

Técnica de revisión bibliográfica: Es importante la revisión bibliográfica pues de esta manera podemos llegar a conocer un tema; además que para abordar una investigación la primera etapa del proceso es la revisión bibliográfica, porque nos ayuda a identificar qué se sabe y qué se desconoce de un tema de nuestro interés.

1.13.2 Diagnóstico situacional

Método empírico

Histórico – Lógico: Este método se utilizará en la investigación en los referentes teóricos relacionados con el Código de la Niñez y Adolescencia, código civil y con la Constitución de la República del Ecuador en base a los cuales podremos establecer los nexos lógicos e históricos que existen. “Lo lógico y lo histórico se complementan y vinculan mutuamente. Lo histórico no debe limitarse sólo a la simple descripción de los hechos, sino también debe descubrir la lógica objetiva del desarrollo histórico del objeto de investigación” (Pérez, G. 1996).

Recolección de información: la recolección de información, se realizará a través de muestras bibliográficas, entrevistas y fuentes de información institucionales, todo esto es muy importante en la investigación pues se podrá realizar un diagnóstico con el que se conseguirá hacer una búsqueda de las variables relacionadas con las vulneraciones de los principios constitucionales en relación a la corresponsabilidad parental.

Método matemático

Estadístico: Es necesario porque se utilizará tablas y gráficos estadísticos para tabulación de las encuestas.

Técnica de entrevistas: Utilizaremos esta técnica para saber o conocer la realidad del Cantón Cuenca en relación a la Corresponsabilidad parental; debemos realizar entrevistas pues son imprescindibles para esclarecer esta de investigación y que nos permitirán obtener una o más variables.

1.13.3. Propuesta

Método teórico

Analítico: se utilizará este método al igual que en la fundamentación teórica pues es necesario analizar parte por parte forma individual, pues de esta manera se puede realizar un estudio independiente para poder encontrar falencias y ventajas de la investigación.

1.13.4. Validación

Método matemático

Estadísticos: el objetivo de este método será realizar el análisis descriptivo que se derivaran de las variables analizadas y que guardaran armonía con los objetivos específicos de nuestra investigación.

1.14. Población y la Muestra

Población

Tenencia de hijos e hijas de familia en matrimonios disueltos en el cantón Cuenca desde la entrada en vigencia del COGEP.

$Z = 903$ total de la población.

Muestra

Considerando que la población es finita se aplicará el muestro probabilístico aleatorio.

$N = 120$ muestra a realizarse en la investigación.

Fórmula de cálculo para población finita:

$$n = Z^2 * n * p * q / e^2 (N-1) + Z^2 p*q$$

Tabla 1. Fórmula

CALCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA			
CASO: POBLACIÓN FINITA.			
			INDICACIONES:
N =	903		N= Número total de la población o universo
Z =	1,96		Z= coeficiente de seguridad, seleccione el coeficiente de seguridad de acuerdo con el margen de error
Z2 =	3,84		Z2 = Elevar Z al cuadrado (multiplicar el valor por si mismo)
P	0,1		p = proporción esperada, es un valor fijo
Q	0,9		q= 1- p (1-0,1= 0,9)
p*q	0.09		p*q= Multiplicar el valor de p por el valor de q
e=	5%		
n =	120		
	Confiability		Error
Z	95%	1,96	5%

1.15. Cronograma de Tareas

Tabla 2. Cronograma

Actividades	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4
Revisión de los reglamentos de la Universidad Católica de Cuenca en lo referente a investigación y lineamientos para la elaboración del diseño de trabajos de titulación.	X			
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teóricas y conceptos	X			

Se define el tema que se abordara en la investigación	X			
Elaboración del diseño de trabajo de titulación	X			
Elaboración de la fundamentación teórica	X			
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información	X			
Presentación del tema y diseño del trabajo de titulación en Secretaría de la Unidad Académica	X			
Validación de los instrumentos de recolección de información.		X		
Aplicación de los instrumentos y recolección de información.		X		
Procesamiento y análisis de la información.		X		
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación.			X	
Contrastación con las teóricas, elaboración de propuesta, conclusiones, recomendaciones			X	
Elaboración del informe final de la investigación				X
Presentación del informe final en la secretaria de la Unidad Académica				X
Sustentación individual ante un tribunal de grado.				X

1.16. Bibliografía

- Belluscio, A. (2011). *Manual de derecho de familia*. 10ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cabanellas, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.
- Cáceres, D. (martes, 02 Mayo 2017). *El tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com.ec/noticias/cuenca/2/412186/tenencia-compartida-y-la-corresponsabilidad-familiar>.
- Código Civil*. (2005). Actualizado a agosto de 2016. Quito. CEP-Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de la Niñez y Adolescencia*. (2003). Actualizado a febrero de 2017. Quito. CEP-Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código orgánico general de procesos*. (2016). Quito. CEP- Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas aprobadas en Registro oficial Suplemento de 13 de julio de 2011.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del niño*. Resolución 44/25. Noviembre, 20, 1989.
- Dirección Nacional de Estudios jurimétricos y Estadística. (2017). *Causas resueltas por divorcio desde vigencia del COGEP*. Consejo de la judicatura.
- Gonzales, C. (Viernes 13 de junio del 2014) *La nueva paternidad en la sociedad actual*. Recuperado de <http://elcomercio.pe/eldominical>
- Lathrop, F. (2008) *Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos*. Revista chilena de Derecho Privado Fernando Nueyo Laneri. Nro. 10.

Lineamientos para el diseño de Trabajos de Titulación, así como elaboración y presentación del informe de investigación. (Cuenca el 10 de enero de 2017).
aprobado por el H. Consejo Directivo de la Unidad Académica de Periodismo,
Información y Derecho.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censo. (2010). *Censo de población Cantón Cuenca*.
Recuperado de www.inec.gob.ec

O'Donnell, D. (2009). *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en relación a la familia*. Recuperado el 12 de mayo de 2012, de:
www.iin.oea.org/badaj/docs

Ortuño, P. (2006) *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Editorial. Civitas,
Navarra, p. 60.

Pérez, G. (1996). *Metodología de la investigación educativa*. Recuperado de
https://www.ecured.cu/M%C3%A9todo_de_an%C3%A1lisis_hist%C3%B3rico-1%C3%B3gico

Tamayo, M. (2004). *El Proceso de la Investigación Científica*. México. EDITORIAL
LIMUSA Grupo Noriega Editores

Vallejo, M. (24 de octubre de 2016). *Coparentalidad Ecuador*. Recuperado de
<http://pornuestroshijosecuador.org>

Gonzalo, A. (2011) “*Custodia compartida impuesta*”. En: Themis, segundo semestre,
pp. 5-12.

Zannoni, E. (1981). *Derecho Civil. Derecho de Familia 2*. Buenos Aires, Argentina.
Editorial Astrea

1.17. Firmas del tutor y del responsable de investigación que aprueba el diseño

Cuenca, 29 de mayo de 2017

ANDREA ESTEFANÍA CAJAMARCA TORRES

Investigador

Dra. Catalina Calle Masache Mgs.

Abg. Diego Idrovo Torres

Mgs.

Tutor

Profesor Responsable del Dpto.

Investigación

Fecha: 29 de mayo de 2017

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha: _____

Asesor Jurídico

Unidad Académica de Ciencias Sociales, Periodismo, Información y Derecho