



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA**

**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**AUTOR: CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS**

**DIRECTOR: DR. JUAN FERNANDO VALAREZO CORDERO MGS**

**CUENCA - ECUADOR**

**2021**

*Yo me gradué en  
los 50 años de La Cato!  
... y sostuve la Universidad*





# **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

## **UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

### **CARRERA DE DERECHO**

#### **TEMA**

**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**AUTOR: CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS**

**DIRECTOR: DR. JUAN FERNANDO VALAREZO CORDERO MGS**

**CUENCA – ECUADOR**

**2021**

*Yo me gradué en  
los 50 años de La Cato!  
... y sostuve la Universidad*



### **Declaratoria de Autoría y Responsabilidad**

**CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS** portador de la cédula de ciudadanía N° **0103768065**. Declaro ser el autor de la obra: **“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **16 de julio de 2021**

F: .....

**CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS**

**C.I. 0103768065**

## DEDICATORIA

Este Presente Trabajo de investigación dedico a las dos mujeres que más amo en mi vida, a mi hija “**María Paz**”, siempre serás mi fortaleza y a mi madre “**Laura**” que siempre me inculcó a seguir y nunca rendirme, gracias por sus consejos me ayudaron a ser mejor. Les dedico este logro académico ya que sé que es el mejor regalo que puedo hacerles

Gracias madre por estar siempre a mi lado, Gracias por confiar en mí más que nadie.

A mi padre “**Segundo**”, que siempre creyó en mí, luchó para verme convertido en lo que hoy conseguiré ser, un abogado de la República del Ecuador. Gracias padre, gracias por todo y, por tanto, siempre estaré agradecido por lo que haces por tu hijo.

A mi hermana, quien me apoyó incondicionalmente y que de una u otra forma estuvo presente en los momentos que la necesite. Gracias hermanita.

A mis sobrinos que con su amor me inspiraron a ser mejor persona para ellos.

También quiero dedicar mi trabajo, a todos y cada uno de mis estimados profesores de la “La Cato”, los cuales, con su dedicación, conocimiento, esfuerzo y sobre todo mucha paciencia lograron impartir sus conocimientos.

## **AGRADECIMIENTO**

Primero que nada, agradezco a Dios todopoderoso, por estar vivo y completamente sano para poder continuar en este largo camino.

Y de una manera muy especial, agradezco a una persona y profesional que más que un tutor, ha sido un gran amigo, que me apoyo en esta etapa de mi vida, gracias Doctor Juan Fernando Valarezo Cordero, gracias por sus conocimientos compartidos para conmigo.

También Quiero agradecer a cada uno de mis queridos profesores, más que docentes, fueron y serán unos grandes amigos, Gracias por todo estimados docentes. Y particularmente, a la Doctora Cecibel Gallegos Avendaño, directora de nuestra carrera de Derecho, quién siempre con sus palabras firmes nos inculcó a seguir adelante y nunca rendirnos, Gracias Doctora.

A mis compañeros de aula, donde pasamos buenos, malos y difíciles momentos, historias que siempre guardare con cariño. Gracias chicos, Vero, Esteban, Leo, Tefa, Adrián, Franklin, Pepe. Gracias compañeros, los llevaré siempre en mi corazón.

## INDICE

<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>II</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>III</b>
<b>INDICE</b> .....	<b>IV</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>1</b>
<b>PALABRAS CLAVES</b> .....	<b>1</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>2</b>
<b>KEYWORDS</b> .....	<b>2</b>
<b>INTRODUCCION</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPITULO I</b> .....	<b>5</b>
<b>1. LA FAMILIA EN EL ECUADOR Y LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA</b> .....	<b>5</b>
1.1. Historia de la familia .....	5
1.1.1. La familia en Grecia .....	7
1.1.2. La familia en el Derecho Romano .....	8
1.2. Clases de familia .....	9
1.2.1. Familia Nuclear .....	9
1.2.2. Familia Extensa .....	10
1.2.3. Familia Monoparental.....	10
1.2.4. Otros tipos de familia .....	10
1.3. La familia en el Ecuador .....	11
1.3.1. La familia y sus diversos tipos en la Constitución de la República .....	12
1.3.2. La Constitución en relación a los niños, niñas y adolescentes .....	13
1.3.2.1. Principio de la protección integral del infante .....	15
1.3.2.2. Principio de interés superior del niño .....	16
1.3.2.3. Principio de corresponsabilidad.....	17
1.3.2.4. Derecho a la integridad personal.....	18
1.3.3. La Constitución en relación a los niños, niñas y adolescentes frente a los deberes y responsabilidades .....	19
1.4. El Matrimonio en el Ecuador.....	20
1.5. La Unión de Hecho en el Ecuador .....	20

1.5.1. Terminación de la unión de hecho .....	21
1.5.2. Tenencia de los hijos en la terminación de la unión de hecho .....	22
1.6. El Divorcio en el Ecuador .....	24
1.6.1. Tipos de divorcio .....	25
1.6.1.1. Consensual .....	25
1.6.1.2. Contencioso o por Causal .....	26
1.6.2. Efectos del divorcio y la terminación de unión de hecho en los niños, niñas y adolescentes.....	26
1.6.2.1. Deberes y derechos específicos de los padres frente al divorcio .....	27
1.6.2.2. Síndrome de alienación parental.....	28
1.6.2.2.1. Daño psicológico a causa del divorcio.....	29
1.6.2.2.2. Prohibición de visitar al hijo .....	29
1.7. El principio de la corresponsabilidad parental.....	31
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>33</b>
<b>2. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN RELACIÓN A LA PATRIA POTESTAD .....</b>	<b>33</b>
2.1. Antecedentes del interés superior .....	33
2.2. Interés superior del niño niña y adolescente .....	34
2.3. Definición del Interés Superior del Niño según la doctrina .....	35
2.4. El principio del interés superior como principio constitucional.....	37
2.5. El principio del interés superior del niño niña y adolescente en el Código de la Niñez y Adolescencia.....	39
2.6. El desarrollo integral del menor .....	40
2.7. Patria Potestad en el Ecuador .....	40
2.7.1. Definición Legal .....	41
2.7.2. Definición según Tratadistas .....	41
2.7.3. Ejercicio de la Patria Potestad .....	42
2.7.3.1. El hijo no emancipado .....	44
2.7.3.2. Representación legal del hijo .....	44
2.7.3.2.1. Responsabilidad del padre o madre y del hijo .....	45
2.7.3.3. Suspensión de la Patria Potestad .....	47
2.7.3.4. Pérdida de la Patria Potestad.....	48

2.7.3.5. Restitución de la Patria Potestad .....	49
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>50</b>
<b>3. LA TENENCIA COMPARTIDA Y LOS VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....</b>	<b>50</b>
3.1. Tenencia Compartida .....	50
3.1.1. Principios inspiradores de la Tenencia Compartida.....	52
3.1.2. Formas de tenencia .....	52
3.1.2.1. Tenencia Monoparental.....	52
3.1.2.2. Custodia Compartida .....	53
3.1.3. Aspectos que se deberían tomar en cuenta al otorgar la tenencia compartida .....	54
3.2. La Tenencia Compartida frente a la Patria Potestad.....	55
3.3. La Mediación como alternativa frente a la Tenencia Compartida.....	56
3.4. Derecho a visitar al hijo .....	57
3.4.1. Régimen de visitas.....	58
3.4.2. Prohibición o retención indebida de visitar al hijo .....	59
3.5. Tenencia Compartida frente a otras legislaciones .....	61
3.5.1. Legislación Española .....	62
3.5.2. Legislación Americana .....	62
3.5.3. Legislación Mexicana.....	64
3.5.4. Legislación Chilena .....	65
3.6. Análisis Jurídico del Acta de Audiencia del Caso No. 0699-JCPD-2011 .....	66
3.7. Vacío legal en el Código Civil ecuatoriano de la figura de la tenencia compartida .....	69
3.7.1. Consecuencias de la falta de la figura de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana .....	70
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>71</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>72</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>73</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>80</b>

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la tenencia en la normativa ecuatoriana y la falta de implementación de la figura de la Tenencia Compartida, ya que ésta velaría por el verdadero interés superior del niño, cuando sus progenitores tienen conflictos o separaciones.

El objetivo principal es analizar jurídicamente los vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia, en relación a la tenencia compartida, para determinar si se vulnera el interés superior del niño, niña y adolescente; partiendo del estudio jurídico y doctrinario de las distintas concepciones de la familia, divorcio y corresponsabilidad parental en legislación ecuatoriana. Asimismo, se hace una revisión profunda sobre el interés superior del niño como principio o derecho constitucional.

Posteriormente se realiza un análisis comparativo con otras legislaciones, siendo la legislación americana la más avanzada en Derecho de Familia y la más apegada al interés superior del niño. Además, se realiza el análisis de un caso práctico solucionado en las cortes nacionales, en la cual queda en evidencia la vulneración de los derechos y principios constitucionales tanto del padre como del hijo.

**PALABRAS CLAVES:** TENENCIA COMPARTIDA, PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, DERECHO DE FAMILIA, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, DIVORCIO, LEGISLACIÓN ECUATORIANA, CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.

## **ABSTRACT**

This research work analyzes the tenancy in the Ecuadorian legislation and the lack of implementation of the figure of shared custody since this would ensure the true best interests of the child when their parents have conflicts or separations. The main objective is to legally analyze the legal gaps in the Code of Childhood and Adolescence regarding shared custody, to determine whether the best interests of children and adolescents are violated, based on the legal and doctrinal study of the different conceptions of the family, divorce, and parental co-responsibility in Ecuadorian legislation. Likewise, an in-depth review is made on the best interest of the child as a principle or constitutional right. Subsequently, a comparative analysis is made with other legislations, being the American legislation the most advanced in Family Law and the most attached to the best interest of the child. Furthermore, an analysis of a practical case solved in the national courts is made, in which the violation of the constitutional rights and principles of both the father and the child is evidenced.

**KEYWORDS: SHARED CUSTODY, CONSTITUTIONAL PRINCIPLES, FAMILY LAW, BEST INTERESTS OF THE CHILD, DIVORCE, ECUADORIAN LEGISLATION, PARENTAL CO-RESPONSIBILITY.**

## INTRODUCCION

Este trabajo de investigación nace de la necesidad de saber cómo el Estado ecuatoriano hace prevalecer el Interés superior del niño como norma consagrada en su Constitución. Además, tiene como propósito fundamental demostrar como la inexistencia de la figura de la Tenencia Compartida en el marco legal ecuatoriano vulnera el derecho de los niños de ver a uno de sus progenitores de manera continua y de tener una relación padre e hijo con amor y respeto y que el padre o madre acompañe al hijo en todo su desarrollo.

Cuando los padres se separan o divorcian, y dejan de vivir en familia junto a sus hijos, nace la figura jurídica de la Tenencia de menores, que representa la convivencia diaria con el hijo. Sin embargo, en la normativa ecuatoriana, la tenencia le es otorgada con privilegio a la madre excluyendo totalmente al padre a quien solamente se le otorga la responsabilidad de cumplir con sus obligaciones, así mismo en nuestro país la legislación permite que el progenitor que no tiene la tenencia pueda solicitar que se cumpla con el régimen de visitas, sin embargo, esto no siempre se cumple a cabalidad.

La familia es la base de la sociedad ecuatoriana, la Constitución le concede derechos y garantías para su óptimo desarrollo. Sin embargo, no existe una normativa que obligue al progenitor que tenga la guarda o custodia de los hijos, que les permita al progenitor que no tiene la custodia verlos de una manera continua y voluntaria, situación que desemboca en el alejamiento progresivo del mismo, desembocando en conflictos psicológicos graves para el menor. El Código Civil, la Ley Orgánica de la Niñez y Adolescencia y la Constitución, no tratan de una manera correcta esta situación, demostrando que el Estado ecuatoriano no da la importancia suficiente al tema.

Debido a la escasa o nula doctrina y jurisprudencia nacional referente al otorgamiento de la Tenencia Compartida, se realiza una revisión de legislaciones extranjeras y el derecho comparado, para así tener una referencia clara y correcta de cómo la Tenencia Compartida es una alternativa concreta que nace del afán de precautelar el interés superior del niño frente a la separación de sus padres. La normativa Americana se presenta como la más

avanzada en materia de Derecho de Familia, por lo que en la mayoría de sus Estados la Tenencia Compartida prevalece sobre cualquier otra forma de tenencia, así mismo esta normativa da una tabla de convivencia de los padres con sus hijos de acuerdo a su edad con el propósito de beneficiar su desarrollo integral, del que forman parte ambos padres con igual importancia.

Al final de esta investigación se presenta de manera clara y concreta como la falta de la figura jurídica de la Tenencia Compartida en la legislación ecuatoriana afecta de manera directa a los hijos cuando los progenitores se separan o se divorcian. Esto hace que no se garantice la protección de los derechos y principios fundamentales de los niños amparados por la Constitución.

## **CAPITULO I**

### **1. LA FAMILIA EN EL ECUADOR Y LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA**

La familia es el conjunto de personas con filiación directa, que toma su origen de la misma naturaleza y se deriva del hecho biológico de la descendencia. (Corral Talciani, 1990).

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de la ONU, en su Art. 16 señala lo siguiente: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El Dr. Alex Plácido Vilcachagua (2001), manifiesta en su obra “Manual de Derecho de Familia”, lo siguiente;

“La familia desde la óptica de la sociología, la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituye un sistema integrado en la estructura social, con base en pautas estables en la sociedad...” (Plácido Vilcachagua, 2001).

Para entender el rol de la familia a lo largo de la historia a continuación se muestra una breve reseña de la misma.

#### **1.1. Historia de la familia**

La familia es un grupo social de personas, que originalmente se constituyó en las primeras tribus o clanes primitivos, esto por la necesidad de dar un orden socioeconómico de los pueblos que entonces se dedicaban a la caza, la pesca o la recolección de alimentos. Por otro lado, la idea de la familia se desarrolló mucho antes de la formación de cualquier Estado o derecho, la misma ha sufrido varios cambios que le llevaron a una inminente evolución para llegar hasta nuestros días en la que se ha consolidado como una verdadera institución que es la base de toda nación.

El clan fue la primera clara manifestación de la asociación humana, nació de la necesidad de defenderse unos a otros para poder hacer factible la supervivencia en una época hostil. Sin embargo, esto provocó que los sentimientos entre los miembros del clan se afinen desembocando en un vínculo común que, paulatinamente, fue reemplazado por la solidaridad familiar que unificó a grupos más pequeños y discriminados (Morales Gómez, 2015).

Desde la aparición del hombre en la tierra, la historia nos muestra que en los inicios de las civilizaciones la mujer desempeñaba el papel más importante en el seno familiar; su rol era uno de los principales, mientras que el del hombre se presentaba con carácter secundario, pero no menos importante. En la familia Punalúa, la madre en algunos casos no se preocupaba por determinar quién era el padre de sus hijos, ya que ella misma seguía ligada a su padre y a sus hermanos. Los lazos fraternos eran más afectivos e intensos que los vínculos entre marido y mujer (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1993)

En los primeros grupos sociales de familia sindiásmica, se encuentra evidencia que el hermano era más valioso que el esposo, ya que muchas veces se optaba por sacrificar a este último en lugar de un hermano o un hijo; es así que la forma más básica de la familia era representada por la unión de la madre y sus hijos, que vivían establecidos en su clan de origen. Entre el hombre y la mujer no existía un vínculo que los uniera de forma sentimental o emocional, sino más bien tenían una sexualidad de manera instintiva. Esto demuestra que en el principio de la humanidad, existió un estado primitivo de comercio sexual sin trabas, que al evolucionar hacia un núcleo de mayor afectividad o unión emocional, naciendo de esta manera la familia consanguínea (Morales Gómez, 2015).

La mujer a través de la historia fue desempeñándose de una manera diferente, pasando de ser considerada solo con una misión reproductiva, a tener mayores actividades y responsabilidades en los pequeños grupos familiares o de individuos de la época arcaica y pastoril, hasta llegar a las civilizaciones evolucionadas de Grecia y Roma.

El nacimiento de la familia patriarcal desterró a la mujer a un estado de insignificancia por muchos siglos, tanto desde el punto de vista humano como moral. Las legislaciones actuales han tratado de restituir a la mujer en la familia actual y en la sociedad, colocándola en un plan de relativa igualdad dentro del núcleo familiar. Las creencias patriarcales adquiridas desde que el hombre pisó la tierra establecieron que la identidad masculina debía tener la autoridad principal y superior, no así para la mujer que no poseía ninguna autoridad (Morales Gómez, 2015).

Estos preceptos se han mantenido hasta la actualidad con la aparición de la familia monoparental, donde se vincula al hombre con una mujer de manera monogámica, pero aun manteniendo ideas patriarcales que siguen dando la autoridad principal a los hombres.

### **1.1.1. La familia en Grecia**

La familia en Grecia fue considerada la base de la sociedad, es así que Aristóteles (Aristóteles, 2010) señala en su obra "Política" que la familia es una creación de la naturaleza para la convivencia de todos los días, pensamiento que se mantiene hasta la actualidad a pesar de los cambios que supone la evolución de la vida familiar con el paso del tiempo. Las personas vivían en grupos familiares formados por padre, madre, hijos, y muchas veces también abuelos, tíos y primos. En la época más antigua era frecuente encontrar varias generaciones de la misma familia habitando en la misma casa, sin embargo al final de Grecia Clásica era más frecuente que las parejas tuvieran su propio En Grecia, la familia tenía un valor cultural muy relevante, al que llamaban *oikos*. Esta palabra no sólo incluía a las personas de la familia que vivían en la misma casa, sino también la casa en sí y sus bienes (Vergara Ciordia, 2013).

Los hombres solían casarse en torno a los 30 años. Las mujeres se casaban más jóvenes, entre los 14 y los 16, excepto en Esparta que solía ser en torno a los 20 años. Al ser casi niñas, y al ser costumbre que las mujeres estuviesen bastante recluidas en sus casas, no solían ser ellas quienes elegían a sus

esposos, esa tarea la ejercía el padre, o en su caso el abuelo, un tío o un hermano mayor.

El divorcio era algo relativamente frecuente en Grecia. Cuando esto sucedía, el marido tenía que devolver a la mujer la dote para que ésta tuviese un medio de vida. Los niños se quedaban a cargo del padre, aprendiendo a manejar los cultivos o el negocio familiar, que más tarde heredaría. Durante la época antigua, y como en otras civilizaciones anteriores y posteriores, en Grecia muchas familias tenían también esclavos viviendo con ellos. Los esclavos varones se ocupan de la seguridad de la familia y de las enseñanzas a los niños varones, mientras que las esclavas se ocupaban de gran parte de las tareas domésticas, especialmente limpiar la casa e ir a buscar agua fresca a diario. Las mujeres más pobres no tenían esclavas y debían ocuparse de todas las tareas domésticas, del cuidado de los niños, y a menudo dedicaban también tiempo a trabajar en el campo y vender sus productos.

En la Antigua Grecia, concretamente en Atenas y su zona de influencia, se permitía abandonar a los bebés de los que no podían o no querían hacerse cargo sus padres. Sin embargo, estos niños podían ser recogidos y adoptados por otra familia ya que en esta época era muy raro que un matrimonio no tuviera hijos. En Esparta, por el contrario, el consejo de ancianos ordenaba arrojar al monte Taigeto a los bebés que nacían enfermos o débiles, por lo que no tenían opción de ser abandonados ni mucho menos adoptados (Medina Caballero, 2018).

### **1.1.2. La familia en el Derecho Romano**

Los romanos al ser los padres del Derecho, le han heredado al mundo actual varios aspectos concernientes a la familia, ya sean costumbres o marcos jurídicos, sin embargo, es importante precisar las diferencias que existen con la familia actual justamente para poder darle su identidad propia y definirla. Por esta razón es importante el estudio de la composición de la unidad familiar y el poder del cabeza de familia, ya que estos dos ámbitos son los que distinguen notablemente a la familia romana de la familia actual (Fernández Baquero, 2012).

En la Roma antigua, la familia no solo la formaban las personas que tenían vínculos de sangre, como hijos, padres, cónyuges o hermanos, sino también todas aquellas personas que tienen relación de dependencia con el “*pater familias*” (esclavos, libertos y clientes). En este sentido, la familia romana era más amplia, ya que esta podía estar formada por cientos de personas (Trejo & Calderón Cisneros, 2013).

El papel del cabeza de familia le correspondía impecablemente al padre o “*pater familias*”. El “*pater familias*” romano poseía un gran poder, la llamada “*patria potestas*” o “*manus*”, mismo que incluso le otorgaba la potestad de matar a cualquier miembro de su familia, en la mayoría de los casos a sus esclavos, aunque también podía hacerlo con su esposa o hijos. Actualmente la “*patria potestas*” la comparten padre y madre o se la otorga a uno de los dos, esta permite ejercer sobre los hijos hasta la mayoría de edad, sin embargo, ya no conlleva una autoridad tal que permita causar daño, y menos matar (Fernández Baquero, 2012).

## **1.2. Clases de familia**

Para un mejor entendimiento del contexto de la familia, es necesario revisar brevemente su clasificación. A continuación, se describirá la familia nuclear, extensa, monoparental y otros tipos de familia, lo que posteriormente servirá para comprender la situación actual de la familia en la legislación.

### **1.2.1. Familia Nuclear**

La familia nuclear, también conocida como biparental o círculo familiar, hace referencia y considera como miembros de la misma únicamente a los padres y a los hijos. Este tipo de familia está concebida como opuesto a la familia extensa, ya que en ese caso se consideran también a los familiares de la familia nuclear y se incluyen más parientes como abuelos, tíos o primos (Corbin, 2016).

Hoy en día muy pocas sociedades muestran un apego real a este tipo de familia, esto debido a que la cantidad de divorcios ha aumentado, sólo en el Ecuador se registró en los últimos diez años un aumento de los mismos en

un 83.45% (INEC, 2017), evidenciando que a pesar de que la familia nuclear es el modelo a seguir establecido, no lo es del todo actualmente por lo que terminan dando origen a otros tipos de familia.

### **1.2.2. Familia Extensa**

Este tipo de familia incluye, además de la familia nuclear, a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, que pueden ser consanguíneos o afines. Al término de familia extensa o también llamado familia compleja se le han otorgado varios significados. El primer concepto es usado como sinónimo de familia consanguínea. El segundo se refiere a la parentela como una red de parentesco que se extiende más allá del grupo doméstico. Por último, la tercera acepción define a la familia extensa como una estructura de personas con parentesco que habitan en la misma unidad doméstica y que está conformada por parientes pertenecientes a distintas generaciones (Vázquez de Prada, 2008)

### **1.2.3. Familia Monoparental**

La familia monoparental nace cuando uno solo de los progenitores convive y es responsable de forma completa de sus hijos o hijas menores de edad que son dependientes de él. Este tipo de familia es bastante visto en la actualidad, ya que un gran porcentaje de los núcleos monoparentales se han establecido como una familia compleja en la que hay una pareja, frecuentemente constituida por los abuelos o tíos de los infantes. Esta última situación ha sido resultado de la migración, divorcio o muerte de uno de los progenitores. Las familias monoparentales son profundamente diversas entre sí (Sumaza & Rodríguez, 2003).

### **1.2.4. Otros tipos de familia**

Se hace referencia a otros tipos de familia a aquellas que están conformadas únicamente por hermanos, por amigos, u otros individuos quienes viven juntos en el mismo hogar o unidad familiar por un tiempo considerable. Es aquí donde el concepto de la palabra "familia" no tiene que ver con la filiación o el parentesco, sino más bien, están constituidas por lazos de afectividad y

otros sentimientos como la convivencia o la solidaridad. Estados Unidos y Europa occidental, se han mostrado como sociedades en donde también se observan familias que se han establecido por lazos puramente afectivos, más que sanguíneos o legales, como las familias encabezadas por miembros que mantienen relaciones conyugales estables y no matrimoniales y en las que no siempre hay la presencia de hijos (Corbin, 2016).

### **1.3. La familia en el Ecuador**

El Ecuador desde el referéndum del 2008, pasó de ser un Estado social de Derecho, a un Estado constitucional de Derechos y Justicia social, que en el Art. 11.2 de la Constitución de la República (2008) garantiza el principio de igualdad, sin embargo, no da un paso más allá y prohíbe la discriminación. Además, este artículo enumera las características que no podrán alegarse para restringir derechos.

Por otro lado, el Art. 67 de la Constitución (2008) hace referencia a la protección de la familia y señala que:

Art.67. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La familia es un concepto dinámico y que puede ser diverso, en este sentido la Constitución es clara y concreta, y, queda claro que para el Estado no puede existir un modelo único de familia y que no le corresponde escoger a qué tipo de familia brinda protección primando el principio de igualdad para cada una de ellas: Se reconoce a la familia en sus diversos tipos.

Muchos grupos y movimientos sociales instan en que el artículo 67 de la Carta Magna no incluye a las personas LGBTI, pero en el artículo 68 la Constitución otorga a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

### **1.3.1. La familia y sus diversos tipos en la Constitución de la República**

Como se ha podido constatar en la sección anterior, a lo largo de la historia la estructura de la familia ha cambiado su vida y pensamiento, y si bien la Constitución de la República (2008) en el artículo 67 señala que el Estado ecuatoriano protegerá a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y le garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de esos fines, también reconoce que la familia se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes; para lograr este fin el Estado se debe adaptar a la realidad social en que vive la humanidad, con permanente cambio y evolución.

También es importante señalar lo que manifiesta la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en torno a la familia, así en su artículo 16.3 se señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Por otro lado, en el artículo 25.1 también se señala que

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (ONU: Asamblea General, 1948)

El Art. 69, de la Constitución de la República (2008), de una forma clara las principales garantías que el Estado reconoce para proteger a todos los integrantes de la familia.

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.
3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.
6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.
7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

### **1.3.2. La Constitución en relación a los niños, niñas y adolescentes**

La Constitución de la República, siendo la norma suprema y fundamental que regula nuestro país, donde se garantiza y protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece en el Art. 44 que:

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

Así mismo, el Art. 45 se da a conocer los derechos que asisten a todas las niñas, niños y adolescentes, los mismos que nadie podrá vulnerar, señala que:

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el libre funcionamiento de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Los artículos 44 y 45 citados anteriormente convergen en el desarrollo integral y la protección de los niños, niñas y adolescentes. Siguiendo la misma línea, el Dr. Fernando Andrade en su obra *Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia* (2008), dice que

“...se debe entender como integridad todo lo relacionado con el proceso de unificación de factores que coadyuven al desarrollo armónico del menor tanto en la parte física como espiritual. Los niños y adolescentes tienen derecho a que su integridad personal, no sea sometida a tortura, a trato cruel o denigrante...” (Andrade Barrera, 2008).

El Art. 66 literal b) de la Constitución reconoce y garantizará a todas las personas

“Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Como se puede evidenciar, el Estado ecuatoriano considera un pilar fundamental de la sociedad a los niños, niñas y adolescentes, es así que llega a redundar y dar énfasis en sus artículos al hecho de garantizar todos sus derechos y principios, estos últimos se tratan a continuación.

### **1.3.2.1. Principio de la protección integral del infante**

La teoría o doctrina de la Protección Integral al infante, adoptada en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y elevada a norma constitucional por parte del Estado ecuatoriano, toma su origen en las acciones conjuntas de los entes públicos y privados con el objetivo de lograr que se reconozcan los derechos humanos a niños, niñas y adolescentes, además que estos se visibilicen y atraviesen todos los ámbitos de relación en los que se desenvuelven. Implica el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como titulares plenos de derechos, con una condición de sujetos cuya personalidad se halla en pleno desarrollo (Moreno, 2011).

El Art 46 enumera las medidas que adoptará el Estado para asegurar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.
3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.
5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la

violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.
9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

### **1.3.2.2. Principio de interés superior del niño**

El principio de interés superior del niño es el regulador de las normativas que se desarrollan en función de los derechos del infante, mismos que nacen a partir de la dignidad del ser humano y en la necesidad de contribuir y favorecer su desarrollo integral (López Contreras, 2015).

El Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) manifiesta lo siguiente:

Art. 11.- El interés superior del niño. El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

El interés superior del niño se entiende entonces como una obligación de todas aquellas personas que poseen el poder de decisión en torno a los niños, niñas y adolescentes, de esta forma las medidas que se vayan a tomar sean

siempre las que más garanticen su protección. Por otro lado, también implica un estándar objetivo de cumplimiento de derechos que no puede estar supeditado a la subjetividad personal (Moreno, 2011).

Acorde a lo expuesto, el principio del interés superior del niño está por encima de los textos legales por mandato constitucional, así el Art. 14 del Código de la Niñez y Adolescencia señala lo siguiente sobre la aplicación e interpretación más favorable al niño, niña, y adolescente.

Art. 14.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

### **1.3.2.3. Principio de corresponsabilidad**

El principio de corresponsabilidad se manifiesta en el artículo 44 de la Carta Magna; el mismo establece que la responsabilidad de asegurar la garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes es obligación de varios actores, entre ellos el Estado, la sociedad y la familia.

A través del tiempo solo se ha considerado a padres como únicos responsables del cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes; siendo así, esto implica que existe la negación de los derechos de los niños por parte del Estado. Sin embargo, el Ecuador haciendo uso del principio de progresión, ha avanzado de forma significativa en temas de paternidad responsable y de control público y social sobre decisiones de los progenitores y demás responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que atenten contra sus derechos. Así, el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 8 manifiesta lo siguiente:

Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. - Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias

para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

#### **1.3.2.4. Derecho a la integridad personal**

El derecho a la vida nace del atributo mismo de los seres humanos de ser seres vivos, por lo que es un derecho fundamental, sin embargo, existen otros derechos que se relacionan directamente con el mismo; el derecho a la integridad personal es uno de ellos, lo cual supone la garantía de una vida libre de violencia, ya sea esta física, psíquica, moral o sexual, y, además, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles inhumanos o degradantes. En este sentido, es obligación del Estado emitir y adoptar todas aquellas medidas que garanticen el derecho a la integridad personal (Defensoría del Pueblo, 2014).

Conforme lo establecido en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) de la ONU, el derecho a la integridad comprende entre otros que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

El Art. 66 numeral 3, la Constitución de la República (2008) vigente reconoce y garantiza a las personas:

1. La integridad física, psíquica, moral y sexual.
2. Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.
3. La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

4. La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Conforme a la norma constitucional el Código de la Niñez y Adolescencia (2020) en su Art. 50 manifiesta que el derecho a la integridad personal, “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes”.

### **1.3.3. La Constitución en relación a los niños, niñas y adolescentes frente a los deberes y responsabilidades**

Los derechos, que todos los seres humanos tenemos desde nuestro nacimiento, representan un conjunto de capacidades, facultades o privilegios, libertades, principios o normas, sin distinción de ningún tipo. Todos estos derechos están encaminados a la consecución de una vida digna, se encuentran regulados por el derecho positivo, sin embargo, algunos se encuentran contemplados solamente por el derecho natural. En el derecho positivo los encontramos en la legislación nacional y en los convenios internacionales ratificados por el país (Coraje Ecuador, 2011).

Por otro lado, pero en la misma línea con lo manifestado, cuando se habla de los niños, niñas y adolescentes, se refiere al conjunto de principios, libertades y garantías que brinda el Estado, para que se ejerza una vida digna como un ser con derechos y obligaciones, la Constitución de la República (2008) en su Art. 66 garantiza el derecho a la vida, la libertad, la salud, educación, recreación, asociación, trabajo, entre otras.

El Ecuador cuenta con la Ley de la Juventud, publicada en el Registro Oficial N° 439 de 2001, y en su Art. 1 al definir su ámbito de aplicación determina:

“La presente ley reconoce las particularidades de las y los jóvenes ecuatorianos y la necesidad de establecer mecanismos complementarios a los ya existentes en el sistema jurídico, que promueva el goce y ejercicio efectivo de sus derechos y garanticen el cumplimiento de los deberes y obligaciones” (Ley de la Juventud, 2001).

#### **1.4. El Matrimonio en el Ecuador**

El Art. 81 del Código Civil Ecuatoriano (2016) prescribe que: "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente".

Conforme a la definición que da el Código Civil, consiste en una unión entre un hombre y una mujer, donde de manera voluntaria, celebran un contrato solemne ante una autoridad competente para validar su unión ante la ley, con el fin de procrear, tener una vida en común y darse apoyo y auxilio mutuamente. Además, debe observarse todas las formalidades prescritas que están estipuladas en el Art. 102 del Código Civil.

En armonía a la norma constitucional citada, el Art. 36 de la Constitución de la República (2008) inciso final dispone: "... El trabajo del cónyuge o conviviente del hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquél se encuentre en desventaja económica. Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado."

#### **1.5. La Unión de Hecho en el Ecuador**

La unión de hecho o unión libre, se entiende por el hecho, acción o acontecimiento por el cual dos personas, que no se encuentran vinculados a una unión matrimonial, establecen una unidad familiar u hogar común, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (Niquinga Castro, 2005).

La unión de hecho es una institución reconocida y establecida en el Art.68 de la Constitución Política también en el Libro Primero, Título VI, Artículos desde el 222 al 232, del Código Civil.

A la unión de hecho, la Constitución de la República la define muy claramente cuando nos dice en su Art. 68.-

"La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas

mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El Art. 222 del Código Civil (2016) es congruente al Art. 68 de la Constitución, mismo que expresa lo siguiente:

“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo” (Código Civil, 2016).

El Art. 223 del Código Civil (2016), da la pauta para poder dar por válida la unión de hecho.

Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente (Código Civil, 2016).

Además, habla del tiempo que debe tener la unión de hecho. En caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta.

### **1.5.1. Terminación de la unión de hecho**

Como se pudo observar, la sociedad de bienes que se establece en la unión de hecho también está sujeta a las normas y reglas de la sociedad conyugal. Por lo tanto, las normas y principios aplicables en la terminación de la unión de hecho son los mismos a los que está sometido el caso de divorcio, en cuanto a la liquidación de la sociedad y reparto de gananciales.

El Art. 226 del Código Civil da las causales para la terminación de la unión de hecho

Art. 226. - Esta unión termina:

a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un juez de lo civil.

- b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el juez de lo civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio.
- c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y,
- d) Por muerte de uno de los convivientes (Código Civil, 2016).

Como efecto de la terminación de la unión de hecho, dará lugar a que las personas vuelvan a su estado civil anterior, a excepción cuando ésta termine por muerte de uno de los convivientes, cuyo caso se asimilará como estado de viudez (Robles Zaruma, 2017).

### **1.5.2. Tenencia de los hijos en la terminación de la unión de hecho**

La tenencia de los hijos es una institución familiar que nace cuando los padres o cónyuges están separados de hecho o de derecho la finalidad de la tenencia es establecer con quién se quedará el hijo menor de edad. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su cuidado y brindar protección a su hijo o hijos (Dávila Bendezú, 2016)

Así mismo para el tratadista Benjamín Llanos (2009), la tenencia se traduce como la convivencia de los hijos con sus padres; esta relación es la base fundamental para que los niños y niñas puedan ejercer todos sus derechos así como el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo.

En el caso ecuatoriano, el Código Civil (2016) manifiesta en su Artículo 108 numeral 1.a) señala sobre la tenencia que se preferirá a la madre divorciada o separada del marido o del padre el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad.

La tenencia de los hijos está de la mano con la patria potestad, el Art. 106 del El Código de la Niñez y Adolescencia (2003) da las reglas que se deben seguir para confiar el ejercicio de la patria potestad.

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, ¡salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

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

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

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

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Además, el Código de la Niñez y Adolescencia (2014) en el Art. 118 hace referencia a la tenencia del hijo menor de edad:

Art. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad,

teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Así mismo el Art. 119 del mismo Código, indica las resoluciones que podrá tomar la autoridad competente sobre la tenencia del hijo.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. - Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

## **1.6. El Divorcio en el Ecuador**

El divorcio nace de las situaciones conflictivas entre una pareja, que termina por cristalizar la ruptura de la relación entre los cónyuges y el núcleo familiar, siendo este último el lugar privilegiado de intercambio y de protección de la pareja y sus hijos (Perez Testor, Davins Pujol, Valls Vidal , & Aramburu Alegret, 2009).

El Doctor Guillermo Cabanellas (2011), en su obra "Diccionario Jurídico Elemental", define al divorcio de la siguiente manera:

Del latín *divortium*, del verbo *divertire*, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanables (Cabanellas, 2011)

El Código Civil (2016) en su Art. 106 manifiesta lo siguiente sobre la definición del matrimonio:

Art. 106.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge (Código Civil, 2016).

### **1.6.1. Tipos de divorcio**

El Código Civil ecuatoriano permite que el divorcio se verifique por decisión compartida de ambos cónyuges, o por la iniciativa de uno de ellos cuando se da alguna de las causales previstas para tal efecto, en el Ecuador existen dos tipos de divorcio, consensual o contencioso (Pillasagua Sánchez, 2016).

#### **1.6.1.1. Consensual**

El divorcio por mutuo consentimiento se considera como un acto enteramente libre y voluntario de los cónyuges quienes lo deciden y concretan sin intervención judicial, limitándose a registrar la disolución en mecanismos administrativos, teniendo como origen y fundamento la libertad de decisión de los cónyuges, requiere sin embargo un pronunciamiento judicial que declare el divorcio, en la mayor parte de los ordenamientos que aceptan esta forma, y particularmente en el Código Civil Ecuatoriano.

En este sentido, el Art. 107 del Código Civil (2016) manifiesta que por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Este divorcio es decretado a petición de los dos cónyuges y deben expresarlo por escrito así lo expresa los Art. 334 y 335 del COGEP.

Los requisitos son:

1. La voluntad mutua de divorciarse
2. Solicitud de Divorcio
3. Acuerdo respecto de la manutención de los hijos menores de edad o dependientes.
4. Partida íntegra de matrimonio, emitida por el registro civil.

El divorcio consensual entonces, es aquel que ha sido decidido por mutuo consentimiento de ambos cónyuges, y que posteriormente ha sido declarado por sentencia judicial siempre y cuando existan hijos dependientes, caso

contrario se lo podrá realizar en una Notaría. En este sentido, de conformidad a la Décimo Quinta disposición reformativa contenida en el Código Orgánico General de Procesos, puesta en vigencia a partir del 23 de mayo del 2016, se les faculta a los notarios a tramitar el divorcio por mutuo consentimiento siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

1. Cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia.
2. Voluntad de disolver el vínculo matrimonial

#### **1.6.1.2. Contencioso o por Causal**

El Divorcio contencioso es aquel procedimiento en el cual se pone fin a la relación matrimonial de forma no consensuada, es decir, uno de los cónyuges solicita el divorcio sin necesidad del consentimiento del otro, siempre y cuando se cumpla alguna causal dispuesta en el Código Civil (Palomeque Murillo, 2017).

El Art. 110 del Código Civil (2016) enumera las causales de divorcio en el Ecuador. Manifiesta que son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos (Código Civil, 2016).

#### **1.6.2. Efectos del divorcio y la terminación de unión de hecho en los niños, niñas y adolescentes**

En el momento en que se da por terminado el vínculo marital y de unión de hecho, se reducen todas aquellas obligaciones tanto de socorro como de ayuda

de orden jurídico, ya que las prestaciones personales no siguen siendo exigibles y por lo tanto también se modifican o disminuyen. Sin embargo, actualmente la sociedad muestra una situación de desprotección a los niños o niñas cuando se le otorga la potestad total a la madre, o al padre, que obtiene incluso la protección de la ley, esto ha hecho que en distintas ocasiones este recurso sea utilizado como una herramienta de manipulación hacia su ex pareja, lo que inevitablemente produce daños emocionales en el niño o niña o en la familia paterna o materna y, por extensión, en los propios padres.

La Dra. Violeta Badaraco Delgado (2018), enlista las situaciones que son efecto de la terminación de la unión de hecho en los niños, niñas y adolescentes.

- Por esta razón existen muchos detractores de esta petición y rechazan este tipo de custodia. Las principales desventajas tanto para el niño como para los padres son:
- La adaptación a dos casas es una de las falencias que presenta este sistema ya que cada hogar tiene sus hábitos, sus reglas, sus horarios.
- Los niños deben adaptarse muchas veces a dos formas distintas de encarar la vida, a costumbres disímiles, a normas de educación diferentes.
- Los hijos sufren la manipulación de uno de los padres en contra del otro.
- Daños emocionales en los niños o adolescentes que afectan su formación biológica y psicológica.
- La corta edad del niño es una excusa para limitar su contacto con algunos de sus progenitores.
- Se considera que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, independientemente de la edad del niño (Badaraco Delgado, 2018)

#### **1.6.2.1. Deberes y derechos específicos de los padres frente al divorcio**

Los progenitores del niño, niña o adolescente deberán tener siempre presente y ser conscientes de que su principal responsabilidad es la de ser padres, pese al divorcio esa situación no cambiará, y por lo tanto sus hijos tienen el derecho a crecer con amor, alimentación adecuada, estudios y sobre todo valores humanos. El hecho de ser padres, les otorga el deber natural de velar por el

bienestar de sus hijos, procurando que se cumplan todos sus derechos y que puedan crecer en un ambiente armónico y tener una vida digna. El acto de eludir este deber por parte del padre o madre debe ser sancionado, siendo una clara muestra de irresponsabilidad y de falta de sensibilidad por sus hijos.

Por otra parte, es importante recalcar, que el progenitor que tenga la custodia de sus hijos tendrá el derecho a tomar las decisiones que afecten al niño o niña en su día a día, además deberá administrar su pensión alimenticia, procurando cumplir con su obligación de alimentarlos y brindarles una vida digna que incluya su educación. Así mismo, el progenitor que no posea la custodia de sus hijos tendrá derecho a hacer uso de su régimen de visitas acordado, estar al tanto y mantenerse informado de las incidencias o actos que estén relacionados con sus hijos y ejercer la patria potestad, a no ser que la autoridad competente indique lo contrario (Zabalgo, 2015)

#### **1.6.2.2. Síndrome de alienación parental**

El Síndrome de Alienación Parental (SAP), se presenta luego de que exista un acto incitación a la denigración hacia uno de los padres. Suele iniciar instigando miedo, temor y antipatía injustificada por parte de un progenitor después de haberse producido el litigio por la custodia del niño en un proceso de divorcio (Maida S, Herskovic, & Prado, 2011)

El hecho de obstaculizar o impedir el acercamiento, las visitas o la comunicación por cualquier vía de los hijos con el otro progenitor, hablarles mal del otro padre que desemboquen en un rechazo por parte del niño hacía él, representan serias manifestaciones que transgreden el derecho a vivir en familia y a la convivencia (Balseca, 2020), mismos que se encuentran expuestos en el Art. 67 de la Constitución y en el Art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El SAP, ha sido utilizado en muchas ocasiones como una excusa válida en el litigio por la custodia de los niños o adolescentes. Muchas veces, la acusación de este síndrome suele provenir de casos de maltrato infantil que se pretenden ocultar, mientras que en otros casos simplemente es usado por la contraparte

para que se le otorgue la custodia de él o los hijos (Maida S, Herskovic, & Prado, 2011).

#### **1.6.2.2.1. Daño psicológico a causa del divorcio**

El Código de la Niñez Y Adolescencia (2014), en su Art. 67 manifiesta lo siguiente respecto al maltrato psicológico:

“... Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado...” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Actualmente se cree que el maltrato se manifiesta solo cuando existe maltratos físicos, el mismo que es fácil de demostrar, porque se deja marcas o contusiones en el cuerpo del niño que son efecto de los golpes propinados por el progenitor; esta situación se puede denunciar a la autoridad competente quien deberá dar las medidas de protección pertinentes. Sin embargo, los daños psicológicos son más complejos, ya que con el pasar del tiempo estos se van acumulando desde la separación de los padres, ya que los niños, al no poder entender de una manera responsable, interpretan esta situación de una manera incorrecta que les ocasiona graves secuelas a futuro.

El daño psicológico y físico es penado dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP) (2018) que sanciona como delitos a la integridad personal a la tortura, lesiones, abandono de personas, intimidación, violencia contra la mujer o núcleo familiar, violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, violencia sexual.

#### **1.6.2.2.2. Prohibición de visitar al hijo**

Según Cabanellas (2011), la palabra impedimento es un “obstáculo (...), que se pone a una actividad o fin...”. Como consecuencia de la separación de los padres, la prohibición de contacto con los hijos para con uno de los progenitores, es el mayor conflicto en torno a esta problemática del divorcio (Husni & Rivas, 2007).

En el Ecuador, en caso de separación de los padres, nuestra legislación otorga la prioridad de la tenencia de los hijos a la madre, es lo que contempla el Código de la Niñez y Adolescencia, quedando claro que esta es una norma discriminatoria, ya que otorga a la mujer una falsa idea de que el niño o adolescente está en mejores condiciones y es ella la más apta para criarlo, hoy en día esto es un concepto errado, debido a que en la actualidad existen padres muy responsables en todos los ámbitos de manutención y en la crianza de sus hijos, inclusive en varias ocasiones siendo más responsables que las propias madres.

Nuestro sistema jurídico no posee una ley sancionadora cuando un progenitor no permite la visita al hijo del otro progenitor, sin embargo, el Art. 125 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), manifiesta lo siguiente:

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Por otro lado, el Art. 282 del COIP, señala que:

Art. 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. - La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (Código Orgánico Integral Penal, 2018).

Como se ha manifestado, la legislación ecuatoriana no pretende penalizar al progenitor que no permita visitar al hijo, ni tampoco que este sea procesado de manera penal al infringir el derecho a la convivencia del niño o niña, ya que en ese caso los hijos quedarían en total desprotección, lo que no es permitido en ninguna legislación. Si se diera más énfasis al Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, ningún progenitor se atrevería a impedir de manera arbitraria el contacto de los padres con sus hijos.

## **1.7. El principio de la corresponsabilidad parental**

El principio de corresponsabilidad parental hace referencia a la idea de que ambos padres pueden participar de forma activa equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos, sin importar que los mismos vivan juntos o separados (Acuña San Martín, 2013).

Para el Doctor Albán Guerra (Alban Guerra, 2010) la corresponsabilidad parental determina que:

La corresponsabilidad parental determina que tanto el Estado y la sociedad son corresponsables en los diferentes ámbitos de su accionar, los progenitores, del mismo modo, tiene la responsabilidad primigenia, directa e ineludible de la sobrevivencia de los menores de edad. Es decir, los dos por igual deben asumir esta tarea. Por el solo hecho de existir un hijo en común, no importa si es biológico o doctrinariamente hablando adoptivo, los progenitores responden por su sustento material y moral. (Alban Guerra, 2010)

El Art. 18 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del niño (1989), establece que:

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).

Como se puede evidenciar, el Art 18 de la Convención de los Derechos del Niño, deja claro que la responsabilidad de los progenitores es común, no cambia por el hecho de divorciarse o de vivir separados, y por lo tanto tampoco altera el régimen del cuidado personal de los hijos. Los padres por estar separados no pueden asignarse responsabilidades erradas bajo el criterio de una distribución equitativa de los roles sobre la crianza de los hijos, ya que los progenitores deben establecer una sociedad parental en la que ambos participen de una manera conjunta en la crianza y manutención de los hijos.

Las decisiones de las instituciones de justicia del Estado que reciben los padres separados, deberían considerarse como tratos discriminatorios que violan los Derechos Humanos, ya que niegan sus derechos naturales como padres.

## **CAPÍTULO II**

### **2. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN RELACIÓN A LA PATRIA POTESTAD**

#### **2.1. Antecedentes del interés superior**

El concepto de interés superior del niño aparece por primera vez en el caso *Blissetts* en 1774, donde un padre abandona a su familia para poder irse con su amante, pero solicita que se le dé la custodia de sus hijos, entonces el Juez manifiesta que en caso de que el padre y la madre estén en desacuerdo, la corte hará lo que sea más conveniente para el niño (Vara González, 2013).

En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Derechos del Niño manifestaba que el interés superior "debe ser un principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959).

No se realizaron grandes avances en materia del interés superior del niño sino hasta la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989, en la que se proclama su doble naturaleza como un derecho subjetivo y un principio general inspirador y fundamental de los derechos del niño. Además, también se generaliza su aplicación en todas las materias que incluyan a los niños, niñas o adolescentes (Torrecuadrada García-Lozano, 2016).

También es importante destacar que a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el interés superior deja de ser un principio con consideración fundamental y pasa a tener consideración primordial. Además, desaparece totalmente las preferencias de sexo y se hace énfasis en la copaternabilidad como un principio.

## **2.2. Interés superior del niño niña y adolescente**

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) (1990) implantó un cambio profundo en la forma de pensar sobre los niños, reconociéndose como sujetos de plenos derechos, además instaurando principios fundamentales sobre cual a ellos se los protege.

En el Art 3. Convención Internacional de los Derechos del Niño manifiesta sobre el interés superior del niño, niña o adolescente lo siguiente:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1990).

En armonía con lo manifestado, el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) define al interés superior del niño de la siguiente manera:

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

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

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Los progenitores son los encargados de precautelar los intereses de los hijos, ya que estos se encuentran bajo su cuidado, ejerciendo la patria potestad, con respeto a su integridad física y psicológica y a todo aquello que les beneficie.

Además, se establece como obligación de los jueces resolver lo que más le favorezca al niño o niña o adolescente, tal y como lo exige el interés superior del. Es necesario aclarar que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes no solo es una institución benefactora, sabiendo que son un grupo de atención prioritaria para el Estado, ya que supone un interés supremo a cualquier otro interés en juego, pero sin olvidarse de sus obligaciones.

### **2.3. Definición del Interés Superior del Niño según la doctrina**

El Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente, hace referencia al carácter superior que tienen todas aquellas decisiones y circunstancias concernientes a todos los aspectos que garanticen su óptimo desarrollo, precautelando el cuidado de sus derechos.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 asegura de una forma progresiva el desarrollo de la protección de los derechos de los niños, que se vulneraron de maneras atroces antes del siglo XX y de los que defienden de manera profunda los Estados partes de esta Convención, con la finalidad de erradicar las potenciales maneras de vulneración de derechos humanos de los niños, niñas y los adolescentes.

Para Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve (2000), haciendo referencia al respeto a los derechos humanos manifiestan lo siguiente:

Los sistemas jurídicos actuales garantizan a todo ser humano, por el simple hecho de su existencia, ciertos bienes jurídicos independientemente de toda condición. Estos derechos son inherentes a la propia persona humana y constituyen prerrogativas o facultades que permiten a cada ser humano el desenvolvimiento y desarrollo de sus aptitudes y energías, tanto físicas como espirituales; son el contenido esencial de la personalidad (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2000).

El nacimiento del Interés Superior del Niño dio origen a un nuevo concepto para la protección a los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes, esto entre otras cosas, ratifica que en las sociedades no deben existir actos que discriminen a las personas bajo ninguna circunstancia ya sea por su raza, etnia, cultural, entre otros.

Para el tratadista Robert Alexy (1993) en su obra “Teoría de los derechos fundamentales” con respecto al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, manifiesta lo siguiente:

Su función es orientar la decisión: son “mandatos de optimización”. Marca un norte, pero no lo define. En tanto indeterminado, su juridización depende de su concreción y, por tanto, de su delimitación técnica. Un concepto demasiado abierto pierde concreción jurídica, en la medida en que su contenido podría nutrirse de elementos no específicamente jurídicos. En ese caso, aducir el “mejor interés del niño” sería decidir en base a criterios extrajurídicos (ético, tradicionales, de conveniencia, etc.) que luego son juridizados a partir de su cobertura retórica por el principio (Alexy, 1993).

Luego de hacer un análisis del Interés Superior del Niño, la Dra. Laura Lora (2006) se refiere al ISN como el principio de Derechos reconocidos y resalta la importancia que estos tienen en una perspectiva antropológica e interdisciplinaria para la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños. Coincidiendo con esto, Cirello Bruñol (1999) afirma que el ISN representa la plena satisfacción de los derechos e intereses del niño.

Así mismo Hodgkin y Newell (1998), haciendo un análisis del concepto de Interés Superior del Niño afirman que el Comité de los Derechos de los niños y niñas no ha dado una definición profunda del ISN y por lo tanto no existe un criterio general o en casos particulares que permita juzgar en qué consiste el mismo. Sin embargo, para Ferrer (1998) el interés del menor dependerá de la realidad individual del niño, de su familia de origen; la personalidad, la salud, y la situación económica de los padres, su vida de familia y su aptitud para educar al niño, entre otros.

Así mismo, para la abogada ecuatoriana Katherine Paulette Murillo y colaboradores (2020) el Interés Superior del Niño representa la primera medida internacional que permite la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia. También, exige la presencia de estos últimos ante la toma de decisiones, de cualquier carácter, que sean vinculantes o directos con ellos.

Por otro lado, pero en la misma perspectiva nacional, para la investigadora Sigüenza (2010), en el Ecuador los niños, niñas y adolescentes eran considerados individuos objetos de compasión y represión hasta la expedición del Código de la Niñez y Adolescencia, en donde se reconoce el Interés Superior del Niño y empiezan a ser considerados sujetos con Derechos

Con lo expuesto se puede evidenciar que, tanto en la Doctrina tanto Nacional como Internacional, el Interés Superior del Niño otorga el carácter de Sujetos con Derechos a los niños, niñas y adolescentes y exige la completa consideración de estos ante la toma de cualquier decisión para garantizar su bienestar y desarrollo.

#### **2.4. El principio del interés superior como principio constitucional**

La Constitución de Montecristi en su Art 1 establece que, el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, manifestando que la estructura jurídica del país garantiza el respeto a los derechos humanos como garantías que limitan el poder y que a su vez demandan respuestas activas del Estado, manifestando que es deber primordial del Estado el respeto y garantía de los derechos consagrados en la Carta Magna y los instrumentos internacionales.

En este sentido, el Estado ecuatoriano haciendo caso a lo que manda la Constitución en los artículos 3 y 11, donde se manifiesta que el mismo garantiza la protección integral y especializada de todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla la mayoría de edad, priorizando la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, considerándolos como personas plenas y sujetos de derechos, siendo un grupo de atención prioritaria por parte del Estado, garantizando que son titulares de todos los derechos humanos que ha ellos se les otorga, además de los específicos de su edad.

En armonía con lo manifestado, la Constitución (2008) en su Art. 44 y dice que:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurará el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su

interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Así mismo, en el Art. 45 expone los derechos que asisten a los niños, niñas y adolescentes, los mismos que nadie podrá vulnerar.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

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

De igual manera, la Constitución de la República (2008) en su Art. 46 numeral 4, manifiesta que: el Estado adoptará, medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes, la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

Finalmente, El artículo 66 literal b) de la Constitución reconoce y garantizará a las personas.

Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

A pesar de que el interés superior del niño, niña o adolescente, no se encuentre mencionado de una manera directa en la Carta Magna, este nace de la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, niñas y adolescentes y en la necesidad de favorecer su desarrollo integral como grupo de atención prioritaria.

## **2.5.El principio del interés superior del niño niña y adolescente en el Código de la Niñez y Adolescencia**

La República del Ecuador fue el primer país de la Región en ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, es así que se comprometió a modificar y adecuar su sistema jurídico con el fin de garantizar el Interés Superior del Niño y proteger sus derechos. De esta manera, en el año 2003 nace el Código de la Niñez y Adolescencia, que entre otras cosas, en su artículo 11 menciona que.

Art. 11.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Así mismo, en este mismo artículo se deja claro que para tener una mejor apreciación de este principio se deberá tener en consideración un equilibrio entre los derechos y los deberes de los niños, niñas y adolescentes, en la forma que sea la más conveniente para la realización de sus derechos y garantías.

Por otro lado, este Código en su artículo 14 también declara que todas las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos

y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.

## **2.6. El desarrollo integral del menor**

El desarrollo integral del menor, es un principio tri-partito que según el Artículo 44 de la Constitución de la República (2008), hace referencia al proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Así mismo se debe tener presente que el desarrollo integral es multidimensional lo que implica los aspectos físicos cognitivos, emocionales, sociales y espirituales de los niños y niñas.

En este sentido, el mismo artículo señala que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos.

Por otro lado, pero en la misma línea, el Código Orgánico en su Artículo 1 menciona que la finalidad del mismo es lograr el desarrollo integral y el disfrute pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

## **2.7. Patria Potestad en el Ecuador**

La Patria Potestad es un conjunto de deberes y derechos, que no se la debe considerar como absoluta sino más bien relativa, ya que su fin se orienta hacia la protección integral del menor y lograr la realización familiar. Asimismo, es de carácter transitoria y está sujeta a control por parte de las autoridades pertinentes que serán las encargadas de evitar cualquier tipo de abuso.

A continuación, se profundizará sobre la Patria Potestad y se dará una definición tanto legal como por parte de distintos tratadistas para un mejor entendimiento.

### **2.7.1. Definición Legal**

El Código Civil ecuatoriano (2016) en el Art. 283 define a la patria potestad como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia.

Así mismo, en el Art. 105 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), manifiesta lo siguiente sobre la patria potestad:

Art. 105.- “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, 2014).

Como se puede observar, la definición que da el Código de la niñez y adolescencia manifiesta que la Patria Potestad incluye tanto derechos como obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad, esto discrepa lo que dice el Código Civil, ya que este define a la patria potestad como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.

### **2.7.2. Definición según Tratadistas**

Para el tratadista ecuatoriano Juan Larrea Holguín (2008), en su obra “Manual Elemental de Derecho Civil en Ecuador”, manifiesta que la patria potestad es “un conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos no emancipados”.

Acorde con lo manifestado por Larrea Holguín, Jorge Rodolfo Mazzinghi (1999) en su obra “Derecho de Familia” manifiesta que la patria potestad no es, en efecto, ni un poder conferido a los padres para que ellos se solacen en su ejercicio, ni una función asignada por la sociedad para que unas personas cuiden de otras, es un conjunto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales participa de las características que hemos atribuido a los derechos

subjetivos familiares. Y ese conjunto de derechos y obligaciones tiene su origen y su raíz en el orden natural.

En consecuencia, la patria potestad, definida como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos y sus bienes, para poder administrarlos y dar cumplimiento a las obligaciones que la ley ha establecido destinado a la protección del niño, niña o adolescente (Planiol & Ripert, 1997).

Así mismo, para Antonio Ibarrola (1981) en su obra "Derecho de Familia", la patria potestad comprende varios derechos y obligaciones para quien la ejerce como la custodia, la guarda, la facultad de corregirlos, educarlos, administrar sus bienes, de representarlos en actos jurídicos que la ley señale, proporcionar alimentos, protección y cuidado.

Después de realizar el análisis de diferentes tratadistas, se puede exponer que, la patria potestad son deberes y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos, ya que la obligación de los padres es el cuidado y brindar la protección a sus hijos no emancipados, a la vez que les deben dar cariño y amor que les permita tener un desarrollo integral mientras crecen para que en el futuro sean unos jóvenes de éxito y seguros de sí mismos.

### **2.7.3. Ejercicio de la Patria Potestad**

La definición misma de la patria potestad indica precisamente los sujetos activos y pasivos de ella. Ejercen la patria potestad los padres solamente respecto de los hijos no emancipados. Comienza a ejercerse propiamente la patria potestad cuando nace el hijo, pero así mismo, aun antes de nacer el padre o la madre pueden ejercer algunos derechos que se desprenden de la patria potestad, como el de nombrar guardador testamentario para el hijo que está por nacer, o el de administrar los bienes que le corresponderá si llega a existir jurídicamente.

Además, la patria potestad es ejercida en conjunto por ambos padres y que, en caso de separación de los mismos, el padre o madre que no convive con los hijos sigue siendo titular de la patria potestad, pero no podrá ejercitarla, al menos de modo pleno (González Moreno, 2009). Sin embargo, el padre o

madre que no conviva con los hijos no podrá ser privado de su opinión en las decisiones de mayor trascendencia que vayan en beneficio de sus hijos, debiendo darse el mismo valor sus opiniones que la de aquel progenitor que tenga a los hijos en su compañía. En otras palabras, el progenitor que esté a cargo, será quien esté a cargo de adoptar las decisiones concernientes a los actos ordinarios de la vida de los hijos, pero todo lo extraordinario y relativo a la patria potestad, debería ser discutido entre ambos progenitores (Villagrasa, 2012).

En nuestra normativa el ejercicio de la patria potestad está regulado por el Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), mismo que da las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

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

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014)

### **2.7.3.1. El hijo no emancipado**

En el Ecuador, el Art. 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia habla sobre las reglas para otorgar la tenencia de los hijos a uno de los padres, deriva a la aplicación del Art. 106 de la misma normativa, en donde se establecen las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, en este sentido el hijo no emancipado significa que este queda a cargo de uno de sus progenitores. Así mismo, en nuestro país aún existe el sistema de conceder la autoridad parental solo al padre o madre que obtenga la tenencia o guarda de sus hijos, sin considerar una responsabilidad parental conjunta, aun cuando los padres no convivan, cuando lo correcto sería considerar que, una vez que se ha atribuido la custodia de los hijos a uno de los progenitores, el resto de las facultades y funciones corresponderá al padre o madre ya que continúan compartiendo la titularidad y el ejercicio de la potestad parental, dando cumplimiento al principio de corresponsabilidad que como padres tienen (Picontó, 2012).

### **2.7.3.2. Representación legal del hijo**

La representación legal del hijo es una de las facultades que la ley otorga a los padres que son portadores de la patria potestad del mismo; son ellos quienes administran los bienes de sus hijos no emancipados, por lo que también tienen la representación legal de ellos, y así lo establece expresamente la ley.

El padre o madre, puede ser su representante en varios casos: por ejemplo, en los juicios en que el hijo sea actor o demandado. Por otro lado, el hijo tiene la facultad de realizar ciertos actos jurídicos por sí mismo, y en otros casos deberá hacerlo únicamente si se encuentra autorizado por su padre o madre. Sin embargo, en varias ocasiones sólo podrá realizar dichos actos bajo la representación de su padre o madre. El menor está autorizado por la ley para realizar por sí mismo algunos actos: los personalísimos, como son los testamentarios; los contratos de trabajo.

Con lo mencionado anteriormente, se puede observar que el padre o la madre pueden representar al hijo en actos judiciales y extrajudiciales. De igual manera, mientras no se demuestre lo contrario el padre tiene la administración de los bienes del hijo de familia, lo que conlleva también a la representación legal del mismo, es por esta razón que no se le puede exigir documento habilitante en escrituras públicas en que intervenga en nombre del hijo.

#### **2.7.3.2.1. Responsabilidad del padre o madre y del hijo**

El padre o madre de familia responde ante el propio hijo sobre la administración y conservación de los bienes de éste, y responde ante terceras personas por ciertos actos realizados por él mismo o por el hijo.

Responde ante el hijo, de los bienes que administra o usufructúa, desde luego, si tiene ambos derechos. Esta responsabilidad se refiere a la conservación y mantenimiento de las cosas, pero no los frutos, salvo que estos deban pertenecer al hijo. En una palabra, el padre o madre responde del peculio adventicio ordinario o extraordinario del hijo, en todo cuanto pertenece al hijo. No responde el padre o madre usufructuario de los frutos, porque nadie responde de lo que a él mismo le pertenece; y aunque el usufructo tiene una destinación evidente, un fin que cumplir, primeramente, que es el mantenimiento y educación del mismo hijo, el padre o madre actúa soberanamente y dispone de él (Dumas Cochancela, 2018).

La indicada responsabilidad del padre o madre, se extiende hasta la culpa leve estipulada en el Art. 292 del Código Civil; y, por tanto, deberá indemnizar al hijo de cualquier perjuicio que se produzca por su dolo, culpa grave o culpa leve, pero no si proviene solamente de culpa levísima. Además, si comete dolo o "grave negligencia habitual", se le puede quitar la administración de los bienes del hijo encontrándose en el Art. 293 del Código Civil ecuatoriano, no bastando para este efecto una sola o aislada culpa grave, a pesar de su equiparación al dolo encontrándose en el Art. 29 de la misma normativa, porque la disposición del artículo 293, es especial y prevalece sobre la regla general del artículo 29 del Código Civil. El hijo cuyos bienes hubieren disminuido por culpa imputable al padre administrador, tiene derecho a ser indemnizado (Quezada, 2017)

Frente a terceros; el padre o madre responde:

- a) Por los actos que él realiza en representación legal del hijo;
- b) Por los actos realizados por el hijo con autorización del padre o madre;
- c) Por los actos realizados por el hijo y que el padre o madre ha ratificado.

En todos estos casos, los efectos del acto o contrato jurídico recaen primera y principalmente sobre el patrimonio del padre o madre. Pero hay ciertas limitaciones, o excepciones, en las cuales responde también el hijo, o sólo el hijo como veremos inmediatamente. Quien ejerce la patria potestad, y en general, la representación legal de un menor, responde también de los daños ocasionados por el menor por delitos o cuasidelitos, pero solamente hasta que el sujeto cumpla los 18 años.

Para Rocío Serrano Gómez (2007) en su publicación titulada “La capacidad negocial del menor adulto”, manifiesta que el hijo de familia, a su vez, responde frente a terceros lo siguiente:

- a) Por los actos realizados dentro de la administración de peculio profesional o industrial, y siempre que no se trate de actos extraordinarios;
- b) Se considerarán actos de administración extraordinaria, tomar dinero a interés o comprar al fiado, fuera del giro ordinario del peculio profesional, y respecto de estos actos también responde el hijo, pero solamente si el acto obtuvo autorización escrita del padre;
- c) Responde también el hijo que realiza esos actos sin autorización del padre o madre, pero solamente hasta el monto del beneficio que le hubieren reportado;
- d) Si el hijo realiza actos o contratos dentro del peculio adventicio ordinario o extraordinario, con la autorización del padre o madre (o éste ratifica los ya hechos), el primeramente responsable es el padre o madre, pero también responde subsidiariamente el hijo y sólo hasta el monto del beneficio que le reportare el acto o contrato;
- e) Finalmente responde el hijo en todos aquellos casos en que actúa con capacidad jurídica conferida por leyes especiales (Serrano Gómez, 2007).

En cambio, cuando el hijo hace actos o contratos, fuera de su peculio profesional, sin estar autorizado ni por el padre o madre ni por una ley especial

el acto es nulo con nulidad relativa, que puede declararse a petición del propio hijo, de su representante, o de sus sucesores en el derecho de que se trate.

### **2.7.3.3. Suspensión de la Patria Potestad**

Cuando los padres o madres que son portadores de la patria potestad incumplen sus obligaciones con sus hijos, la normativa procede a sancionarlos con la suspensión de la misma.

De esta manera, el artículo 112 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) enlista las causas porque una persona portadora de la patria potestad podría ser sujeto de la suspensión de la misma mediante una resolución judicial. Dichas causas se presentan a continuación:

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,
6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Es importante recalcar que el mismo artículo menciona que cuando se suspenda la patria potestad a uno de los progenitores, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Sin embargo, de darse el caso en el que ambos se encuentren sancionados con esta resolución judicial, entonces se le concederá al menor un tutor.

Así mismo, el artículo 293 del Código Civil (Código Civil, 2016) señala que el padre o madre que ostente la suspensión de la patria potestad, perderá la administración de los bienes del hijo no emancipado y por lo tanto también perderá su representación legal.

#### **2.7.3.4. Pérdida de la Patria Potestad**

La pérdida de la patria potestad es una sanción de carácter gravísima que se aplica en casos extremos y especialísimos, cuando la conducta de los padres los hace indignos de tal calidad porque llevan una vida disoluta, según el artículo 306 del Código Civil.

Dicho de otra forma, perder la patria potestad del hijo significa que, el padre o la madre dejan de tener el derecho de convivir, cuidar, custodiar y dar la formación a sus hijos. Sin embargo, esto no quita las obligaciones y deberes que tiene una persona para con ellos, es decir, no les priva de brindar educación, alimentación, vestimenta, entre otros a sus hijos. En otras palabras, la ley sanciona con la pérdida de la patria potestad a todas aquellas personas que no cumplen a cabalidad con los derechos y deberes que la naturaleza y la ley le otorgan sobre sus hijos no emancipados.

De esta manera, el artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia enumera los casos en los cuales el o los progenitores pierden la patria potestad.

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

De igual forma, este artículo manifiesta que en el caso en el que ambos padres pierdan la patria potestad, entonces se le otorgará al menor un tutor. Además, en el caso en el que no existan parientes llamados a ejercer la tutela, ya sea por su inexistencia o por no poder asumirla, entonces se emitirá la resolución de privación, el adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

### **2.7.3.5. Restitución de la Patria Potestad**

La restitución de la patria potestad se encuentra estipulada en el Art. 117 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2014), este artículo manifiesta que el juez a petición de parte podrá restituir la patria potestad a favor de uno o de ambos padres. Esto en caso que existan pruebas suficientes de que las situaciones por las que motivaron a su privación, limitación o suspensión han cambiado de manera eficaz y determinante, mejorando la situación del niño o niña o adolescente. El juez para dar paso a la restitución escuchará a la persona que solicitó dicha medida y también al hijo o hija (Carrillo, 2020).

De igual manera el artículo 112 del mismo Código, sobre la suspensión de la patria potestad, hace referencia a la restitución de la misma cuando la causa que motivó la sanción desaparezca, entonces el padre o madre afectada podrá solicitar a la autoridad competente la restitución de la patria potestad.

Así mismo, el mismo cuerpo legal no concibe la privación, limitación o suspensión como una medida absoluta e irrevocable, pues manifiesta que el padre o la madre que ha infringido en una de las causales puede regenerarse e intentar restituir el daño causado y mejorar la situación con sus hijos. Esta situación podría entenderse como la oportunidad que brinda la ley a los padres para que puedan solicitar nuevamente la patria potestad de su hijo. Esto con la finalidad de que a pesar de todo el niño, niña o adolescente tenga una familia que le ayude con su completa realización y desarrollo integral (Zabala, 2017).

## **CAPÍTULO III**

### **3. LA TENENCIA COMPARTIDA Y LOS VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

En este capítulo se aborda la Tenencia compartida y la definición que han dado algunos tratadistas acerca de la misma, teniendo en cuenta que la misma se refiere al derecho que tienen los padres para compartir las responsabilidades que tienen con su hijo, así como los principios de donde se desprende dicho término. Posteriormente se hace Derecho comparado con las legislaciones española, americana, mexicana y chilena para de esta manera poder hacer un análisis de las consecuencias que tiene la omisión del término en cuestión en la legislación ecuatoriana.

#### **3.1. Tenencia Compartida**

Antes de dar una definición sobre la tenencia compartida se debe dejar claro que la palabra tenencia en este caso no hace referencia a la posesión sobre algo. En el contexto de este trabajo de investigación, dicha palabra posee una definición mucho más amplia cuando se refiere a los hijos como tal, que conlleva al derecho que tienen los padres de brindar amparo, protección y cuidado tanto físico como legal de sus hijos, así mismo, implica el compartir obligaciones y responsabilidades como la educación, formación, manutención y toda aquella actividad que tenga que ver con su crianza.

En este sentido la Dra. Graciela Medina (2001) señala que la Tenencia es el derecho a desempeñar el papel de guarda del menor por parte de los padres. Sin embargo, el término innovador de la Tenencia compartida nace cuando los padres no son convivientes, pero existe el deseo de compartir todo lo relativo a la crianza, formación y educación de los hijos con el fin de tener un adecuado vínculo entre las partes.

Así mismo, para el tratadista Gil Domínguez y colaboradores (2006), la Tenencia compartida es:

... un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales (Domínguez et al, 2006).

Si bien es cierto resulta complicado dar una definición adecuada al término en cuestión, lo que ha dado cabida a una amplia discusión por parte de varios tratadistas quienes aún no han podido llegar a un consenso acerca del mismo. Al respecto la tratadista argentina Marta N. Stilerman (1991) en su obra “Menores”, manifiesta que:

“La causa de la poca aceptación de la tenencia compartida, es que contraría el criterio de estabilidad del menor, que tan necesario resulta para un buen desarrollo de los menores (...), debe ser una solución excepcional, teniendo en cuenta que significa someter a los hijos menores a dos regímenes de vida distintos y en forma alternativa, con posibles incidentes en su educación y futura formación, (...), la tenencia compartida sólo debe aceptarse cuando las partes están de acuerdo con ella y no resulta dañino al interés de los menores...” (Stilerman, 1991).

Así mismo, se pronuncia la Doctora Laura Alascio Carrasco (2011), expresando que:

El término “guarda y custodia compartida” ha sido criticado por algunos autores que entienden que, por ejemplo, sería más apropiado el adjetivo “alternativa” en vez de compartida ya que los progenitores no viven juntos. E incluso aunque la “guarda” sea individual, puede entenderse que debe cumplir las obligaciones derivadas de la guarda aquel progenitor con quien se encuentre el menor sea cual sea el título jurídico bajo el que se ampara esa compañía, ya sea el derecho a convivir, o un derecho de visita. Asimismo, se discute la oportunidad de utilizar los términos “custodia” por cosificar al elemento custodiado, y “derecho de visitas” por ser intrínsecamente peyorativo (Alascio Carrasco, 2011).

Como se puede constatar en las definiciones de los estudiosos del derecho, la “Tenencia Compartida”, otorga grandes beneficios a los niños, niñas y adolescentes, a pesar de eso no ha sido aceptada de una manera concreta en nuestra legislación, afectando de una manera directa a este grupo de atención prioritario. Es así que es necesario un análisis profundo que parta de los Principios que nacen del afán de proteger el Interés Superior del Niño, mismos que se presentan a continuación.

### **3.1.1. Principios inspiradores de la Tenencia Compartida**

Como se dijo anteriormente, la tenencia compartida se desprende de distintos principios que tienen como objetivo proteger el desarrollo integral del niño y los derechos que le son otorgados por su naturaleza y en la Constitución. La tenencia compartida nace de los siguientes principios; Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, Principio de Igualdad y el Principio de la Corresponsabilidad Parental, los mismos que fueron estudiados a profundidad en el segundo capítulo de este trabajo de investigación.

### **3.1.2. Formas de tenencia**

Es importante definir las formas de tenencia que existen en la actualidad, esto nos ayudará a comprender de una mejor manera la situación de nuestra legislación, misma que reconoce oficialmente a la tenencia monoparental en el caso de divorcio o separación de los progenitores.

#### **3.1.2.1. Tenencia Monoparental**

La Dra. María José Catalán Frías (2011), en su obra “La Custodia Compartida” manifiesta que, “la tenencia Monoparental es la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos”. Siendo está reconocida por la legislación ecuatoriana, por considerarse la más adecuada al desarrollo integral de los niños, sin embargo, analizando de una manera concreta se puede manifestar que con este tipo de custodia sólo se consigue alejar a uno de sus progenitores del lado de sus hijos.

### 3.1.2.2. Custodia Compartida

En líneas anteriores se manifestó que es derecho de ambos progenitores el libre acceso a la tenencia legal y física de sus hijos, así mismo de compartir las responsabilidades con sus hijos en todo ámbito como el formativo, educativo, manutención, y toda actividad que se relacione con la crianza de los mismos, siendo así ambos progenitores gozan por resolución judicial de igualdad de condiciones en todo lo relacionado con las decisiones y acciones que competen de manera importante en la crianza y desarrollo de los hijos.

La Dra. María José Catalán Frías (2011), en su obra “La Custodia Compartida” expresa que este tipo de tenencia es como si se tratara de una familia intacta. En razón de que ambos padres están siempre compartiendo sus actividades diarias con sus hijos.

Si bien es cierto, varios especialistas han catalogado de nociva la custodia compartida, debido al llamado principio de la corta edad y a la doctrina que ha regido el derecho de custodia de los menores desde hace muchos años, misma que se sustenta en que el papel que desempeña la madre en los primeros años de vida es irremplazable y considera el rol del padre como secundario. Sin embargo, en la investigación titulada “Custodia compartida y el niño en edad preescolar”<sup>1</sup> presentada por las Dras. McKinnon y Wallerstein (2005), se concluye que es necesario establecer una edad mínima para que se pueda establecer la custodia compartida. Por otro lado, varios estudios demuestran que el contacto frecuente, es necesario en las edades tempranas debido a que la memoria a largo plazo se encuentra menos desarrollada y por lo tanto, se corre el riesgo de que exista un retroceso en las relaciones afectuosas, a pesar de eso no se puede negar por ningún motivo el papel biológico principal que une a la madre con su hijo.

---

<sup>1</sup> Nombre original en inglés “Joint Custody and the Preschool Child”

### **3.1.3. Aspectos que se deberían tomar en cuenta al otorgar la tenencia compartida**

Para poder otorgar la tenencia compartida los juzgadores no solo deben aplicar lo que expresa el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, sino también se debe considerar lo manifestado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia N° 021-11-SEP-CC, Caso N° 0317-09-EP, en la que establece criterios de suma importancia al momento de decidir cuál de los progenitores obtendrá la tenencia de los hijos.

“La doctrina de los años tiernos: El niño durante sus primeros años (años tiernos) necesitará a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño, y el padre debe otorgar las facilidades y ayudas para su protección.” (Corte Constitucional, 2011)

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional es de extrema validez, pero así mismo, se debe analizar si la madre mantiene en buenas condiciones al infante, si lo alimenta debidamente y entre otras cosas que beneficien al desarrollo integral del menor, si no es así, la tenencia debería darse al padre, si este demuestra que puede brindar al niño mejores condiciones.

Además, la Sentencia de la Corte Constitucional enlista de una manera concreta los requerimientos básicos para que sea efectiva la tenencia compartida:

- “El interés superior del niño o niña: el principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste con los padres, así como la capacidad de éstos de proveer de cuidado y guía.
- La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del niño o niña.
- La presunción de él/la dador/a de cuidados básicos: Según esta doctrina los niños necesitan cuidado día a día del padre o madre que ha asumido el rol de dador/a de cuidados, durante el matrimonio deberá mantener la custodia de los niños.
- Los deseos del niño para su custodia cuando es practicable.

- Los deseos del padre/madre o de ambos en relación con la custodia del niño.
- La interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos, y cualquier otra persona quien pueda influir emocional o psicológicamente en el interés superior del niño.
- El ajuste del niño a su hogar, escuela o comunidad.
- La salud física y mental de todas las personas involucradas.
- La capacidad de los padres para comunicarse y lograr compartir las decisiones que afecten la vida del niño o niña.
- La buena voluntad de los padres de compartir la custodia.
- El involucramiento previo de cada padre en la vida del niño.
- La proximidad geográfica de las casas parentales en relación con la consideración práctica del horario de residencia del niño.
- La exigencia del empleo parental.
- La edad y número de niños.
- La sinceridad de solicitud de cada uno de los padres.
- La capacidad de los padres de sostener financieramente el acuerdo de custodia.
- El beneficio de los padres.
- Pruebas de maltrato intrafamiliar...” (Corte Constitucional, 2011).

Como se puede observar, es necesario el equilibrio justo entre los derechos de los progenitores, derechos de los niños, niñas y adolescentes; pero de una manera prioritaria, siempre debe prevalecer el principio de igualdad y eliminar todo tipo de discriminación de género si lo existiere. Los juzgadores no deben otorgar la tenencia únicamente a la madre solo por tradición, ya que antes se creía que solo ella proveía el cuidado necesario a los hijos, sino que su resolución debe darse atendiendo el principio de interés superior del niño.

### **3.2. La Tenencia Compartida frente a la Patria Potestad**

La tenencia y la patria potestad van de la mano en el ámbito de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, algunas personas suelen confundir estos términos manifestando que la persona que tiene la tenencia también tiene la patria potestad, lo cual está errado. Como se pudo observar en el capítulo 2 de este trabajo de investigación, la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres con sus hijos, en palabras del Dr. Juan Larrea Holguín (2009) estos derechos y obligaciones íntimamente vinculados y correlativos, “persiguen todos ellos un fin de carácter social, dentro de la

organización de la familia. La palabra patria constituye también la expresión jurídica de la autoridad sobre los hijos y origina igualmente el régimen de los bienes que pertenecen a los hijos”, teniendo en cuenta que la patria potestad se dice solo de los hijos no emancipados.

Si bien es cierto, nuestra legislación otorga la tenencia priorizando a la madre, esto no quiere decir que el padre pierda la patria potestad, teniendo en consideración que esta última es la representación legal del menor y por ley la representación legal corresponde e incumbe tanto al padre como a la madre.

### **3.3. La Mediación como alternativa frente a la Tenencia Compartida**

La mediación es reconocida en la Constitución de la República (2008) en el Art. 190, donde se manifiesta que se la reconoce como un medio alternativo de solución de conflictos, que estará sujeta a la ley, pero sobre todo se aplicará en materias que permitan ser transigibles, pero se trata más a profundidad en el Art 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) manifestando que:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

En referencia de los menores de edad el Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) manifiesta que: “La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia”. A raíz de este concepto se podrá resolver los asuntos de tenencia, patria potestad, visitas y alimentos, ya que son de materia transigible pero siempre que estos no impliquen la vulneración de derechos de los niños.

Además, en concordancia con el Art. 294 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014), el Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) manifiesta que:

“...En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de

revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas de Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

Para la Doctora Raquel Castillejo Manzanares (2007) en su obra *Guarda y Custodia de los Hijos, Las Crisis Matrimoniales y de Parejas de Hecho*, manifiesta lo siguiente

“La mediación tiene sentido, en primer lugar, desde el momento en que dos o más partes no se ponen de acuerdo. En segundo lugar, cuando el mediador se incorpora a una relación ya existente entre dos o más partes, (...). En tercero, si las partes aceptan el mediador para ayudarlas a conseguir un acuerdo. En cuarto solo en aquellos supuestos en los que el mediador es competente y goza de imparcialidad, competente en relación a los aspectos formativos del mediador, e imparcial por cuanto sus opiniones son equilibradas, sin preferencia hacia ninguna de las partes. Finalmente, que exista voluntad de las partes, (...) Para que todos estos requisitos se den en la mediación se hace preciso que actúe un buen mediador, cuyas características han de ser fundamentalmente de dos tipos, las personales entre las que se destacan la originalidad, actitud conciliatoria, autocontrol, sentido del humor y espontaneidad; y la profesionalidad formativa y ética...” (Castillejo Manzanares, 2007).

La mediación puede ser la mejor alternativa en cuanto a la tenencia compartida, pero para esto se debe tener la predisposición de los progenitores, para ello los profesionales del derecho asesorarán de una manera correcta a las partes y así evitarse conflictos que llevan mucho tiempo. Siempre se debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño, niña o adolescente sobre todas las cosas, para así llegar a buenos términos y sea lo mejor para los menores de edad.

En este sentido queda claro que el mediador debe ser un profesional del derecho, para así poder ayudar a llegar a un acuerdo con las partes.

### **3.4. Derecho a visitar al hijo**

Como se ha venido mencionando a lo largo de este trabajo de investigación, es fundamental para garantizar el Interés Superior y el Desarrollo Integral y

Cognitivo de los niños, niñas y adolescentes que exista una relación afectiva y la presencia de ambos progenitores en su crecimiento y formación, es así que la normativa ecuatoriana garantiza el régimen de visitas de los progenitores a sus hijos.

### **3.4.1. Régimen de visitas**

El Régimen de Visitas nace de los derechos y obligaciones que tienen los progenitores sobre sus hijos; esta institución jurídica ayuda a fomentar las relaciones entre padres e hijos ya que promueve el principio de corresponsabilidad y permite que el padre y la madre se encuentren en igualdad de condiciones para formarlos, educarlos y protegerlos, sobre todo en las ocasiones en la que los ellos no se encuentran en una situación de convivencia por cualquier motivo (Castillo , 2016).

El Dr. Farith Simon (2009) señala que mediante el régimen de visitas se concreta el derecho del menor a estar en contacto con el progenitor que no lo tiene bajo su cuidado, y de esta manera se le garantiza un nivel de vida familiar, aunque de forma parcial. Coincidiendo con esto, el autor Juan Pablo Cabrera (2009) menciona que el régimen de visitas opera como un aliado del derecho de familia, cuya función también es precautelar los derechos de toda la familia incluyendo al menor.

En este sentido el Código de la Niñez y Adolescencia (2014) en su artículo 21 sobre el Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos manifiesta entre otras cosas que los menores tienen Derecho a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia.

Así mismo, en el Título IV del Derecho a Visitas en su artículo 122 sobre la Obligatoriedad indica que en todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Así mismo, el

artículo 123 se refiere a la forma de regular el régimen de visitas y cita textualmente que.

Art. 123.- Forma de regular el régimen de visitas. Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo. Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta: 1. Si se trata de un progenitor, ¿la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y, 2. Los informes técnicos que estimen necesarios (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Como se puede observar, la legislación garantiza el régimen de vistas de los padres a sus hijos ya que se trata de un Derecho que se desprende el Interés Superior del Niño, sin embargo, en varias ocasiones este Derecho se ve vulnerado por el progenitor que de una u otra forma impide la ejecución de dichas visitas. A continuación, se presenta la prohibición o retención indebida de visitar al hijo y su penalización de acuerdo a la normativa ecuatoriana.

#### **3.4.2. Prohibición o retención indebida de visitar al hijo**

Las separaciones de los padres es uno de los conflictos más duros que puede tener un infante o menor de edad, más aún si el progenitor que guarda la tenencia del hijo no permite que este vea a su otro progenitor. El impedir el contacto con el hijo a uno de los progenitores se debe a las causas no resueltas entre los padres y la necesidad de hacer daño al otro progenitor.

En nuestra legislación, en el caso de divorcios o separación de los padres, la tenencia queda a cargo de la madre, esto manifiesta de una manera precisa el Código de la Niñez y Adolescencia, siendo en ese sentido una norma discriminatoria, ya que conlleva una idea errónea de que la mujer está mejor capacitada o tiene mejores condiciones para criar a los hijos, ya que en la actualidad existen padres que son muy responsables y en algunos casos hasta cuidan de una mejor manera a sus hijos que la madre.

En este sentido el Art.125 del Código de la Niñez y Adolescencia señala lo relacionado con la retención indebida al hijo, manifestando que:

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija. - El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Con fundamento en lo manifestado, no se pretende penalizar al progenitor que no permite ver al hijo a su otro progenitor, ya que si se procesaría de manera penal, el hijo quedaría desamparado, algo que no sería bueno para ningún niño. Si se aplicara de una manera coercitiva el Art. 125 del Código de la Niñez, ningún progenitor se atrevería a impedir el contacto del otro progenitor con su hijo.

Con lo manifestado, se observa de una forma clara como ciertas madres esconden a sus hijos para así obligar a los padres que paguen la pensión alimenticia correspondiente, pero no se dan cuenta el daño que les ocasionan, vulnerando el derecho legítimo de ver a su padre y transgrediendo el Art. 28 del Código de la Niñez y Adolescencia (2014) que dice:

El progenitor que se encuentre en mora en el pago de la prestación de alimentos no podrá solicitar que se le entregue la patria potestad del hijo o hija beneficiario, pero sí podrá ejercer el derecho de visitas regulado en el presente Código (Código de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Como podemos observar, esta prohibición es una razón muy grande por la que muchos progenitores se alejan de sus hijos, al no existir una normativa que ampare ante estos abusos por parte del progenitor que tenga a su cuidado a los hijos, buscando diversas maneras para tener contacto con sus hijos; por citar un ejemplo, algunos padres temen que al ir cada fin de semana al domicilio de su hijo la madre no lo permita ver. Además, la madre oculta al niño sin ninguna justificación, desobedeciendo las órdenes judiciales. Incluso según el

art 2232 del Código Civil (2016) expresa que se puede pedir una indemnización por daño moral:

“En cualquier caso (...), podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales...

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización... (Código Civil, 2016).

Hay que tener presente que los hijos no solo necesitan de sus padres en el ámbito económico para su desarrollo integral, sino también en lo afectivo, el amor de padre y madre, y de toda la familia.

Nuestra normativa jurídica no contempla leyes que sancionen a la madre o padre que no permita ver al padre a sus hijos, pero de una manera aparente se podría aplicar lo que expresa el Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, sobre la retención indebida del hijo. Sin embargo, esta norma es más aplicable a favor de la madre, cuando el padre retenga de una manera indebida al hijo. Es así que en estas circunstancias se podría aplicar el Art. 282 del COIP (2018) que manifiesta que:

Art. 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. - La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años... (Código Orgánico Integral Penal, 2018)

### **3.5. Tenencia Compartida frente a otras legislaciones**

A continuación, se realiza un Derecho Comparado sobre la Tenencia Compartida frente a las legislaciones Española, Americana, Mexicana y Chilena, con el afán de ampliar el panorama sobre este tema y de esta forma entender de una mejor manera la situación actual de la legislación ecuatoriana ante la Tenencia Compartida.

### **3.5.1. Legislación Española**

En el año 2016, la investigadora Ana María Gómez Megías (2016) expuso que en España los jueces han sido proclives a otorgar la custodia compartida de un menor a sus progenitores, esto se refleja en las estadísticas, las mismas que muestran que hasta el año 2013 en el 76.2% de los casos la custodia era otorgada a la madre, el 5.5% fue otorgado a los padres y sólo el 17.9% de los casos la custodia fue compartida por mutuo consentimiento.

El Código Civil español hace referencia a la custodia compartida en su artículo 92 numerales 4 y 5, que citan textualmente que

Artículo 92.-...4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos (Código Civil e, 1889)

Si bien es cierto, el mencionado artículo da la potestad al Juez de otorgar la custodia compartida cuando exista un acuerdo mutuo por parte de los progenitores, también es importante destacar que el mismo en su numeral 8 considera el supuesto de que dicho acuerdo no exista, pero que con el pedido de unos de los progenitores y siempre que no existan impedimentos como muestras de violencia, que el padre se encuentre inmiscuido en algún procedimiento legal, entre otros, la autoridad podrá entregar la custodia compartida “fundamentada en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (Código Civil e, Art. 92.8, 1889).

### **3.5.2. Legislación Americana**

El investigador Edison Acosta (2017), manifiesta que Estados Unidos de Norte América es el país más avanzado en el ámbito del Derecho de familia y que

promociona de manera adecuada la coparentalidad, principio del que se desprende la custodia compartida. De hecho, el Estado de Indiana fue el primero en desarrollar este concepto en la década de los años 70, y a día de hoy en más de 30 estados se reconoce y se prioriza la custodia compartida con el afán de garantizar el Interés Superior del Niño y su desarrollo integral, del que comparten responsabilidad ambos padres.

La situación de Estados Unidos es de interesante análisis, ya que incluso existen Estados en los que en caso de separación o divorcio la custodia compartida es emitida de manera obligatoria. En el Estado de California es una obligación que se otorgue la “Custodia Biparental”, esto consiste en que madre y padre compartan en equidad de tiempo de sus hijos, y por lo tanto que compartan las mismas responsabilidades en igualdad de condiciones.

Iowa es otro Estado en el que la Custodia Compartida es aplicada de manera obligatoria, obviamente esta no será otorgada en los casos en los que existan evidencias de violencia ya que no se garantizaría el Interés Superior del Niño, en tal caso la custodia se otorgará al progenitor que esté en las condiciones de poder dar guarda al menor. En Missouri, a pesar de que la Custodia Compartida no es obligatoria, si es priorizada por parte del Juez y prevalece sobre la custodia monoparental, ya que se considera que es lo más beneficioso para el desarrollo del niño (Acosta, 2017).

Como se puede ver Estados Unidos es el país más avanzado en materia de Custodia Compartida, en este sentido, la institución estadounidense del Consejo de los Derechos de los Niños (Children's Rights Council), presenta el siguiente cuadro que establece la frecuencia de contacto de los menores con sus padres, mismo que está en función de su edad (López, 2016).

Tabla 1. Frecuencia de contacto de los menores con sus padres (López, 2016).

<b>Edad</b>	<b>Frecuencia de Contacto con ambos padres</b>
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de 2 días seguidos sin ver a uno de los padres

De 5 a 9 años	Alternancia semanal con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

### 3.5.3. Legislación Mexicana

La legislación mexicana, en materia de Custodia de menores, no ha presentado grandes avances es así que no ha dado ni siquiera una definición de Custodia por lo que es lógico pensar que no exista el término Custodia Compartida, término que se derivaría del primero (Gallegos, 2019).

La Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México (2015) en su Capítulo Segundo de las Obligaciones de la Familia, la Sociedad y el Estado, Artículo 19 señala que la madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.

Por otro lado, el artículo 416 del Código Civil Federal (2010) hace referencia al caso en que exista la separación de las personas que tienen la patria potestad del menor, indicando que ambos deberán continuar cumpliendo con sus deberes y obligaciones, para ello pueden acordar los términos de su ejercicio, refiriéndose especialmente en lo que concierne a la guarda y custodia de los menores. Sin embargo, el Juez de lo familiar, con el afán de salvaguardar el Interés Superior del Menor podrá sentenciar que el menor quede bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos.

Así mismo, el artículo 417 indica que los que ejercen la patria potestad a pesar de no tener la custodia del menor, tienen el derecho de convivencia con ellos siempre que no exista peligro para el menor o sus parientes. Así mismo dice que sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia.

Si bien es cierto, en el Código Civil Federal no se menciona de manera textual a la custodia compartida, de alguna manera si se intenta salvaguardar el

derecho a la convivencia que tienen ambos padres con el menor, pudiendo sancionar a quien intente impedir este derecho. Por otra parte, no se exige a qué padre o madre pueda seguir ejerciendo sus derechos y responsabilidades con sus hijos como indica el mencionado artículo La Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México.

#### **3.5.4. Legislación Chilena**

Antes de hablar sobre la tenencia compartida en Chile, debemos iniciar manifestando que el Código Civil (Código Civil ch, 2012) de este Estado en su Título IX de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, Artículo 222 señala que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, por lo que ellos son los responsables de procurar su realización espiritual y material.

Por otra parte, en el artículo 225 se indica que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, pudiendo esto ser otorgado al padre siempre y cuando exista un común acuerdo o evidencias de que la madre no está en la capacidad de cumplir con el indispensable Interés Superior del menor. Así mismo, el artículo 229 señala que el progenitor que no tenga el cuidado del hijo no se le privará el derecho ni el deber de mantener con el niño, niña o adolescente una relación regular, misma que se deberá ejercer con frecuencia y acordada con quien tiene a cargo al menor.

Por último, el artículo 245 manifiesta que en el caso de que los padres se encuentren separados, la patria potestad la ejercerá la persona que tenga en su cargo al menor, sin embargo, por acuerdo de los progenitores o resolución judicial se podrá otorgar al otro padre la patria potestad.

Si bien es cierto en Chile no existe como tal la figura de tenencia compartida, se debe resaltar que la misma se puede otorgar en el caso en el que exista un acuerdo, una mediación o una demanda por parte del progenitor que no tiene la custodia, siempre teniendo en consideración que las decisiones que se tomen sean congruentes y garanticen el Interés Superior del Niño.

### **3.6. Análisis Jurídico del Acta de Audiencia del Caso No. 0699-JCPD-2011**

El señor Klever Suin presenta una denuncia en la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Cuenca, con fecha 8 de julio del 2011, en contra de la señora Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín y su actual pareja Diego Xavier Heras Pesantez, por maltrato físico y psicológico hacia su hijo Klever Sebastián Suin Sanmartin. Se realiza la notificación a los demandados, la progenitora del infante, argumenta en la contestación de la demanda, que ella y su hijo han sido víctimas de maltratos e insultos de manera continua por parte de familiares del padre de su hijo, La Junta Cantonal de Derechos convoca a Audiencia, con fecha 8 de agosto del 2011, sin embargo, no se puede realizar la Audiencia respectiva, porque los miembros de la Junta Cantonal estaban ejerciendo su derecho a vacaciones anuales, además, no se presenta la parte denunciada. El padre del infante pide una nueva fecha para una audiencia, convocada para el 23 de septiembre del 2011, en donde tampoco se presentan los denunciados. La Junta Cantonal de Derechos y Protección manifiesta que no se puede realizar la Audiencia mientras no estén presentes todas las partes. Posteriormente la madre del niño Klever Sebastián Suin Sanmartin pide nueva fecha para Audiencia, y la Junta Cantonal convoca para el día 31 de octubre del 2011, pero no se procede a notificar al padre del menor de edad.

#### **JUNTA CANTONAL DE DERECHOS Y PROTECCIÓN ACTA DE LA AUDIENCIA DEL CASO No. 0699-JCPD-2011**

En la ciudad de Cuenca el 15 de diciembre de 2011 a las 15h00 ante la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Cuenca integrada por la Mgt. Gladis Dután Erráez, Ps. CI Miriam Lucio Bravo y Lcdo. Femando Vásquez González se instala la Audiencia prevista en el Art. 238 del Código de la Niñez y Adolescencia convocada según providencia del 8 de octubre de 2011. La Mgt. Gladis Dután Erráez miembro de la Junta Cantonal de Protección de Derechos coordina la presente audiencia y actúa como secretario el Dr. Gonzalo Vintimilla Ruilova. Se dispone que por secretaría se constate la presencia de las personas citadas y notificadas. El secretario informa que está presente la Sra. Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín CI-0104982426, el Sr. Diego Xavier Heras Pesantez CI-010409719, no comparecen los señores: Sr Klever Suin, Sra. Aida Isabel Cajamarca Cajamarca, se les declara en rebeldía en razón de tratarse de la tercera convocatoria y a pesar de encontrarse

debidamente notificados, razón por la que se instala la audiencia. - Los niños Ariel Alexander y Anette Anahí Heras Sanmartín y Klever Sebastián Suin Sanmartín comparecen, el niño Ariel Alexander Heras Sanmartín, es escuchado en la audiencia reservada- La coordinadora declara instalada la audiencia y dispone se dé lectura a la denuncia, providencia de avocatoria y seguidamente se concede la palabra a: La señora Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín, manifiesta: Sra. Aida Isabel Cajamarca Cajamarca. Sra. Pilar de Jesús Suin Cajamarca, me quitaron al niño me pegaron cuando nos encuentran en la calle nos insultan y se amontona la gente el niño Klever Sebastián Suin Sanmartín cuando le ve al papá grita se desespera por todos los maltratos que nos profesan, el papá de Klever me trataba mal y le puse una denuncia en la Comisaría de la Mujer tengo miedo y no puedo salir de la casa llegan a la casa. El señor Diego Xavier Heras Pesantez, manifiesta: él se imagina que yo le maltrato física y psicológicamente al niño Klever Sebastián Suin Sanmartín, cosa que es equivocada yo le trato al niño como un hijo, tengo cariño y afecto a todos los niños a todos les trato por igual, el niño me sigue me dice papá he estado presente en todas las etapas del niño existe un problema personal, existen terceras personas en el asunto, las Sra. Aida Isabel Cajamarca Cajamarca, Sra. Pilar de Jesús Suin Cajamarca, nos quitaron al niño, hay vídeos grabados en el bufet del abogado como nos gritaron, los niños tienen miedo. Terminadas las intervenciones y luego de haber escuchado al niño Ariel Alexander Heras Sanmartín se concluye que los hechos denunciados por el señor Klever Ivan Suin Cajamarca no corresponden a la realidad, por el contrario, es él su familia a quienes de manera permanente están agrediendo a los niños y su madre razón por la que, la Junta Cantonal al amparo del Art. 79 numeral 4, 8 y 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia y tomando en cuenta el principio el principio de interés superior de los niños para precautelar su integridad mientras se cumplen medidas de protección que modifiquen la conducta de los agresores se **DISPONE: 1)** Se concede Boleta de Auxilio a favor de los niños Ariel Alexander, Anette Anahí Heras Sanmartín y Klever Sebastián Suin Sanmartín y su madre la señora Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín, en contra de Klever Ivan Suin Cajamarca, Aida Isabel Cajamarca Cajamarca y Pilar de Jesús Suin Cajamarca a quienes, esta autoridad, les prohíbe acercarse a los niños antes referidos o proferir en contra de los niños o su madre insultos, agresiones físicas de forma directa o indirecta. Se responsabiliza a la DINAPEN de acudir a los domicilios de Klever Iván Suin Cajamarca, Aida Isabel Cajamarca Cajamarca y Pilar de Jesús Suin Cajamarca para darles a conocer de manera verbal y directa la obligación que tienen

de cumplir con esta disposición de la Junta Cantonal bajo prevenciones de Ley; II) El señor Klever Ivan Suin Cajamarca, Aida Isabel Cajamarca Cajamarca y la Sra. Pilar de Jesús Suin Cajamarca, acudirán al Centro de Salud Buena Esperanza para recibir apoyo y modificar su conducta violenta, de no hacerlo, no podrán restablecerse las relaciones familiares con el niño Klever Sebastián Suin Sanmartín; y, III) En razón de existir el Juicio N° 5166, que se ventila en el Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia, envíese copia de la presente Acta para que se tome en cuenta las medidas de protección del niño Klever Sebastián Suin Cajamarca dentro del indicado proceso judicial,- IV) De conformidad con el Art. 219 del Código de la Niñez y Adolescencia se realizará el seguimiento del cumplimiento de lo resuelto. Los comparecientes quedan notificados con la presente acta, por lo que son responsables de cumplirla. Termina la diligencia siendo las 16H00. Firman los miembros de la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Cuenca, las partes y el Secretario que certifica.- (Acta de la audiencia del caso No. 0699-JCPD-2011, 2011)

Como podemos observar en la resolución de la Junta Cantonal de Derechos y Protección, en las dos primeras audiencias estaba presente el padre del niño, pero en la tercera audiencia no comparece por falta de notificación, vulnerando lo que manifiesta el Art. 64 del Cogep. Se sanciona al Sr. Suin de una manera injusta, ya que este no tuvo manera de contradecir lo argumentado por la parte denunciada, de esta manera se observa que la resolución no es de forma imparcial.

El señor Klever Suin, plantea un juicio de visitas con número 01204-2013-28132 en contra de Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín, para poder visitar a su hijo, llegando a una conciliación de visitas de manera libre, ya que argumenta que es derecho del infante de ver a su padre, pero ni con resolución judicial permite que vea a su hijo. Así mismo, el señor Suin acude con la DINAPEN para que así la señora Sanmartín le permita ver a su hijo, pero haciendo un mal uso de la boleta de auxilio otorgada por la Junta Cantonal no permite ejercer el derecho del padre de tener un vínculo afectivo con su hijo.

Como se puede observar, nuestros administradores de justicia no miran el interés superior del niño, ya que la normativa es discriminatoria, esto debido a que solo precautela los intereses de la madre y dejando en indefensión al

padre. En este caso se ve reflejado que se le vulneran los derechos constitucionales y de tener una relación parento-filial amorosa del padre con su hijo. La Tenencia Compartida permite que ambos progenitores tengan igualdad de derechos, condiciones y responsabilidades con sus hijos, lo que resultaría en evitar de cierta manera todas las disputas y problemas que surgen a raíz de la separación de los padres, e impediría que la madre obstaculice el régimen de visitas que le corresponde por ley al padre solo por odio o resentimiento a este último.

### **3.7. Vacío legal en el Código Civil ecuatoriano de la figura de la tenencia compartida**

En el Ecuador no se ha reconocido a la Tenencia Compartida como una figura legal, es así que la Comisión ocasional de la Asamblea Nacional que está a cargo de estos temas, manifiesta que la Tenencia Compartida debe ser de mutuo acuerdo entre los progenitores y no debe ser impuesta por un juez. Así mismo, este tema solamente ha sido debatido por la misma Asamblea, lo que da paso a dudas de si esta debe o no ser sentenciada por parte de la autoridad ya que simplemente no se encuentra en la normativa. Por otro lado, los estudiosos del derecho tampoco se han puesto de acuerdo en si esta debe o no ser solicitada en caso de que no exista un acuerdo de los padres de por medio.

Si se tiene en consideración los efectos y consecuencias que tienen sobre los hijos tanto la separación como el divorcio de los padres, entonces sería primordial que se legisle la Tenencia Compartida, ya que como se indica en la Legislación Americana, esta se fundamenta en el Interés Superior del Niño y permitiría que los padres gocen de igualdad de condiciones para cumplir con sus obligaciones de educar, formar y contribuir con el desarrollo integral de sus hijos. Así mismo se favorecerá al menor de tener un vínculo afectivo que se base en la presencia de ambos padres en su cotidianidad y que resulte en cumplir con la necesidad de tener una figura paterna y materna que guíen su devenir.

### **3.7.1. Consecuencias de la falta de la figura de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana**

Para la Doctora María Sara Rodríguez Pinto (2009), en su publicación sobre “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, manifiesta que:

“Los deberes y derechos de la paternidad y la maternidad son tan fuertes que autores recientes están calificándolos de indisolubles. Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos, por (separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores” (Rodríguez Pinto, 2009).

Con este concepto podemos ver que siendo tarea de ambos progenitores el cuidado de los menores de edad, la falta de la figura legal de la Tenencia Compartida, dificulta a los hijos un desarrollo óptimo en su cuidado y también afecta psicológicamente su crecimiento. Además la falta de figura legal ahuyenta a los padres o madres que estén sin la tenencia de los hijos, ya que por causas ajenas como explicamos anteriormente se alejan, dejando a los menores de edad sin su figura parental.

## CONCLUSIONES

Una vez que se ha terminado con este trabajo de investigación, se puede concluir que al momento en que se produce la separación y el divorcio de los padres se generan altercados entre ellos por la tenencia de sus hijos, mismos que llegan hasta los juzgados para que la autoridad competente los resuelva. Estos conflictos nacen de la desigualdad de género y la discriminación que existe en la normativa, que reconoce solamente a la tenencia monoparental priorizando solo a la madre y considera que el padre solo cumple un papel secundario, basado en que simplemente daba cumplir con sus obligaciones de alimentos.

La Constitución de la República, en su Artículo 69, ampara el principio de Corresponsabilidad Parental, que actualmente no se cumple en su cabalidad cuando se otorga la custodia monoparental. La creación de la Tenencia Compartida como figura legal permite que se pueda cumplir con dicho principio y, así mismo, prevalecer el derecho constitucional del interés superior del niño, niña o adolescente.

Por otro lado, es evidente que los administradores de justicia no precautelan el Interés Superior del Niño, al no emitir resoluciones que sean justas y acordes a lo más beneficioso al menor de edad, sino más bien vulneran sus derechos al no permitir un contacto continuo con su padre, desembocando en el alejamiento progresivo del progenitor. Se debe tener presente que la Tenencia Compartida asegura una relación armoniosa del menor con ambos progenitores, ya que se fundamenta justamente en garantizar su Interés Superior y su desarrollo integral.

La Tenencia compartida es una alternativa de alto valor cuando la relación entre progenitores está deteriorada, ya que esta permite que el niño esté en contacto con sus padres y así garantizar la relación parento-filial con ambos progenitores como señala la Constitución, esto permite que los progenitores tengan igualdad de derechos y responsabilidades sobre el hijo.

## RECOMENDACIONES

Reformar el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, para que en este cuerpo legal se incluya la figura de la Tenencia Compartida, lo que permitirá a los progenitores tener una igualdad de derechos y responsabilidades con sus hijos, ya que ambos son fundamentales para el desarrollo integral del menor de edad.

Los administradores de justicia deben emitir sus resoluciones de manera imparcial, teniendo en cuenta que ambos padres merecen gozar y compartir la crianza de los hijos. Los Jueces deben hacer que prevalezca sobre todo el interés superior del niño, y establecer soluciones que privilegien los lazos familiares, en armonía con la norma constitucional, y más no violentar sus derechos o discriminarlos en razón de su edad

La Asamblea Nacional para reformar el Código Orgánico de la Niñez Y Adolescencia, debe basarse en la doctrina americana, ya que dicha normativa tiene implementada la Tenencia Compartida en la mayoría de sus Estados, y así precautela la relación parento-filial entre padres e hijos. Así mismo, debe tomar como referencia el cuadro de visitas del Consejo de los Derechos de los Niños de los Estados Unidos, para tener una referencia de cómo se debe aplicar la normativa y el régimen de visitas y convivencia de los padres con sus hijos.

Por último, los progenitores deben ser conscientes de los daños que produce en el menor la separación o el divorcio, mismos que se ven agravados cuando existen conflictos en los que ellos se ven involucrados, como el hecho de no poder ver a uno de sus padres por el impedimento del otro. El lazo afectivo que existe entre el menor con ambos progenitores es de altísima relevancia para su óptimo desarrollo, es así que se debe mantener una continua convivencia con los hijos en igualdad de derechos y responsabilidades.

## BIBLIOGRAFIA

- Acosta, E. (2017). *Interés Superior del Niño y la Custodia Compartida*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.
- Acta de la audiencia del caso No. 0699-JCPD-2011 (Cuenca, Junta Cantonal de Protección de Derechos 2011).
- Acuña San Martín, M. (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(2), 21-59.  
doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>
- Alascio Carrasco, L. (2011). La excepcionalidad de la custodia Compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010. *Revista para el análisis del Derecho*(2).
- Alban Guerra, G. F. (2010). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Universidad Intrnacional del Ecuador.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrade Barrera, F. (2008). *Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia* . Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Aristóteles. (2010). *Política*. Madrid: Alianza.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Badaraco Delgado, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Revista Espirales*, 2(19).
- Balseca, G. (2020). *Consecuencias jurídicas del síndrome de alienación parental: Necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Quito: Universidad de los Hemisferios.
- Bruñol, M. C. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*(125).
- Cabanellas, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental* (20 ed.). Buenos Aires: Heliasta.
- Cabrera Vélez, J. P. (2009). *Visitas: Legislación, Doctrina y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

- Carrillo, P. (2020). *La reincidencia en las causales de la suspensión de la patria potestad como causal para la privación o pérdida definitiva*. Ambato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2952/1/77132.pdf>
- Castillejo Manzanares, R. (2007). *Guarda y Custodia de los Hijos. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*. Madrid: España S.A.
- Castillo, S. (2016). *El Régimen de Visitas determinado mediante Resoluciones Judiciales y los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el Distrito Metropolitano de Quito, en el año 2016*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005 (2016).
- Código Civil ch, Decreto con Fuerza de Ley 1 (2012).
- Código Civil e, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código (BOE-A-1889-4763 1889).
- Código Civil Federal, Última reforma publicada DOF 28-01-2010 (2010).
- Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 (2014).
- Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 (2018).
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 (2008).
- Convención sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (1989).
- Coraje Ecuador. (2011). *Derechos de Jóvenes*. Recuperado el 17 de 10 de 2020, de CORAJE ECUADOR: <https://sites.google.com/site/corajeecuador/derechos-de-jovenes>
- Corbin, J. A. (2016). *Los 8 tipos de familias (y sus características)*. Recuperado el 10 de 10 de 2020, de Psicología y Mente: <https://psicologiymente.com/social/tipos-de-familias>
- Corral Talciani, H. (1990). Concepto y reconocimiento legal de la "Familia de Hecho". *Revista Chilena de Derecho*, 17, 35-85.

- Dávila Bendezú, W. (2016). *Régimen de visitas y Tenencia de hijos*. Recuperado el 18 de 10 de 2020, de Resultado Legal: <http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/>
- Defensoría del Pueblo. (2014). *Ejes de trabajo de la Defensoría del Pueblo, Eje derecho a la vida e integridad personal*. Recuperado el 15 de 10 de 2020, de Defensoría del Pueblo: <https://www.dpe.gob.ec/derecho-a-la-vida-e-integridad-personal/>
- Dumas Cochancela, J. P. (2018). *El Usufructo: Constitución y Extinción*. Cuenca: Universidad de Cuenca. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/30225/1/Trabajo%20de%20Titulaci%C3%B3n.pdf;el>
- Enciclopedia Jurídica Omeba*. (1993). Argentina: Driskill S.A.
- Fernández Baquero, M. E. (2012). Definición jurídica de la familia en el derecho romano. *Revista de Derecho UNED*, 10, 147-176.
- Gallegos, I. (2019). *Normas jurídicas mexicanas en la custodia compartida*. Recuperado el 5 de 01 de 2021, de gestiopolis: <https://www.gestiopolis.com/normas-juridicas-mexicanas-en-la-custodia-compartida/>
- Gómez Megías, A. M. (2016). *La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave*. Recuperado el 5 de 01 de 2021, de Noticias Jurídicas: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11036-la-doctrina-del-ts-sobre-guarda-y-custodia-compartida:-sentencias-clave/>
- González Moreno, B. (2009). *El principio de igualdad en el ámbito del derecho de familia y la custodia compartida*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hodgkin, R., & Newell, P. (1998). *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas*. Ginebra: Unicef.
- Husni, A., & Rivas, M. F. (2007). *Familias en Litigio; Perspectiva Psicosocial*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- Ibarrola, I. (1981). *Derecho de Familia*. México: Editorial Porrúa.
- INEC. (2017). *¿Sabes cuántas parejas se divorciaron al cumplir sus bodas de...?* Recuperado el 10 de 10 de 2020, de Ecuador en cifras: [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Infografias-INEC/2017/infografia\\_bodas.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Infografias-INEC/2017/infografia_bodas.pdf)

- Larrea Holguín , J. (2009). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Larrea Holguín, J. (2008). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de arbitraje y mediación, Ley No. 2006-014. Registro Oficial No. 17 DE 14-DIC-2006 (2006).
- Ley de la Juventud, Registro Oficial 439 de 24-oct.-2001 (2001).
- Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, DECRETO NÚMERO 428 (2015).
- Llanos, B. A. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*(32), 191-197.
- López Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-71.
- López, V. (2016). *Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de la familia de Lima: Principio de Interés Superior del Niño*. Universidad de Huánuco.
- Lora, L. N. (2006). *Discurso jurídico sobre el interés superior del niño*. En: *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*. Mar del Plata: Ediciones Suárez.
- Maida S, A. M., Herskovic, V., & Prado, B. (2011). Síndrome de alineación parental. *Revista chilena de pediatría*, 82(6), 485-492.  
doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062011000600002>
- Mazzinghi, J. A. (1999). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- McKinnon , R., & Wallerstein, J. (2005). Joint custody and the preschool child. *Family Court Review*, 2(25), 39-47. doi:10.1111/j.174-1617.1987.tb00171.x
- Medina Caballero, C. (2018). La educación, el matrimonio y la maternidad espartana.
- Medina, G., & Hollweck, M. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. Recuperado el 15 de 12 de 2020, de Graciela Medina:

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/\\$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf)

- Morales Gómez, S. M. (2015). La Familia y su evolución. *Perfiles de las Ciencias Sociales*(5), 127-155.
- Moreno, D. A. (2011). *Niñas, niños y adolescentes*. Recuperado el 10 de 10 de 2020, de Derecho Ecuador: <https://derechoecuador.com/ninas-ninos-y-adolescentes>
- Niquinga Castro, C. (2005). *Unión de hecho y sociedad de bienes*. Recuperado el 17 de 10 de 2020, de Derecho Ecuador: <https://derechoecuador.com/union-de-hecho-y-sociedad-de-bienes>
- ONU: Asamblea General. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Palomeque Murillo. (2017). *El divorcio, sus procedimientos en el Código Orgánico General de Procesos*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Paulette Murillo, K., Banchón Cabrera, J. K., & Vilela Pincay, W. E. (2020). El Principio de Interés Superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(2), 385-392.
- Perez Testor, C., Davins Pujol, M., Valls Vidal , C., & Aramburu Alegret, I. (2009). El divorcio: una aproximación psicológica. *La Revue du REDIF*, 2, 39-46.
- Picontó, T. (2012). *Ruptura familiar y copaternidad: Un análisis comparado*. Madrid: Dykinson.
- Pillasagua Sánchez. (2016). *El abandono como causal de divorcio: Unificación de plazos y circunstancias*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de los Andes - Universidad de Guayaquil.
- Plácido Vilcachagua, A. F. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1997). *Derecho Civil*. México: Editorial Harla.
- Quezada, P. C. (2017). *Análisis del alcance del derecho de cuidado de los hijos en el sistema jurídico ecuatoriano: Evolución y Perspectivas*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de [http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/14029/DISERTA CI%C3%93N%20PAOLA%20QUEZADA%20NOBOA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/14029/DISERTA%20CI%C3%93N%20PAOLA%20QUEZADA%20NOBOA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Robles Zaruma, A. L. (2017). *Efectos jurídicos personales y patrimoniales de la Unión de Hecho en el Ecuador*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Rodriguez Pinto, M. (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista Chilena de Derecho*.
- Serrano Gómez, R. (2007). La capacidad negocial del menor adulto. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(1), 66-182.
- Simon, F. (2009). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones integrales*. Quito: Editorial Cevallos.
- Stilerman, M. N. (1991). *Menores*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.
- Sumaza, C. R., & Rodríguez, T. L. (2003). Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales. *Revista de sociología*, 59-82.
- Torre Cuadrada García-Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho interaccional*, 131-157. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542016000100131](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131)
- Trejo, C. A., & Calderón Cisneros, J. T. (2013). Relaciones de la familia según el derecho romano y en la actualidad con la legislatura ecuatoriana. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*.
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2000). *Derecho Civil, parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Vara González, J. M. (2013). *El interés del menor: superior... ¿a qué?* Recuperado el 9 de 12 de 2020, de Hay Derecho: <https://hayderecho.expansion.com/2013/10/25/el-interes-del-menor-superior-a-que/>
- Vázquez de Prada, M. (2008). *Historia de la familia contemporánea*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Vergara Ciordia, J. (2013). Familia y educación familiar en la Grecia antigua. *Estudios sobre Educación*, 25, 13-30.
- Villagrasa, C. (2012). *La custodia compartida en España y Cataluña: Entre deseos y realidades*. Madrid: Dykinson.

Zabala, P. (2017). *Necesidad de reformar el Art. 115 del Código de la Niñez y Adolescencia en cuanto a la legitimación activa para la privación de la patria potestad*. Loja: Universidad Nacional de Loja.

Zabalgo, P. (2015). *Derechos y obligaciones de los padres tras el divorcio*. Recuperado el 20 de 10 de 2020, de Paloma Zabalgo:  
<https://palomazabalgo.com/asesoramiento-despues-del-divorcio/derechos-y-obligaciones-de-los-padres-tras-el-divorcio/>

## **ANEXOS**

Cuenca, 30 de junio de 2021

Que, de acuerdo al software de antiplagio Turnitin, identifica como resultado del trabajo de investigación titulado **“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA”** del estudiante **CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS** con número de cédula **0103768065**; un índice de similitud del 5%.

Es todo cuanto se puede informar.



turnitin Tesis Cristian Alvarado 1 de 2

Resumen de coincidencias

5 %

Rank	Source	Similarity
1	www.cervantesvirtual.c... Fuente de Internet	<1 %
2	www.centrodearbitraje... Fuente de Internet	<1 %
3	www.coursehero.com Fuente de Internet	<1 %
4	myslide.es Fuente de Internet	<1 %
5	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

Información

Detalles de la entrega

ID del estudiante	N/A
Nombre de la clase	TESIS
ID de la clase	27689639
Identificador de entrega	1614210071
Fecha de entrega	30-Jun-2021 11:02AM (UTC-0500)
Total de entregas	1
Nombre del archivo	TESIS_CRISTIAN_ALVARADO.docx
Extensión del archivo	docx
Tamaño del archivo	312.22K
Suma de caracteres	136231
Número de palabras	26495
Total páginas	89

Página: 1 de 89 Número de palabras: 26495 Versión solo texto del informe Alta resolución Activado

Atentamente

JUAN  
FERNANDO  
VALAREZO  
CORDERO

Firmado digitalmente  
por JUAN FERNANDO  
VALAREZO CORDERO  
Fecha: 2021.06.30  
23:43:07 -05'00'

Dr. Juan Fernando Valarezo Cordero, Mgs.

## CENTRO DE IDIOMAS

### RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la tenencia en la normativa ecuatoriana y la falta de implementación de la figura de la Tenencia Compartida, ya que ésta velaría por el verdadero interés superior del niño, cuando sus progenitores tienen conflictos o separaciones.

El objetivo principal es analizar jurídicamente los vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia, en relación a la tenencia compartida, para determinar si se vulnera el interés superior del niño, niña y adolescente; partiendo del estudio jurídico y doctrinario de las distintas concepciones de la familia, divorcio y corresponsabilidad parental en legislación ecuatoriana. Asimismo, se hace una revisión profunda sobre el interés superior del niño como principio o derecho constitucional.

Posteriormente se realiza un análisis comparativo con otras legislaciones, siendo la legislación americana la más avanzada en Derecho de Familia y la más apegada al interés superior del niño. Además, se realiza el análisis de un caso práctico solucionado en las cortes nacionales, en la cual queda en evidencia la vulneración de los derechos y principios constitucionales tanto del padre como del hijo.

**PALABRAS CLAVES: TENENCIA COMPARTIDA, PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, DERECHO DE FAMILIA, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, DIVORCIO, LEGISLACIÓN ECUATORIANA, CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.**

## CENTRO DE IDIOMAS

### ABSTRACT

This research work analyzes the tenancy in the Ecuadorian legislation and the lack of implementation of the figure of shared custody since this would ensure the true best interests of the child when their parents have conflicts or separations. The main objective is to legally analyze the legal gaps in the Code of Childhood and Adolescence regarding shared custody, to determine whether the best interests of children and adolescents are violated, based on the legal and doctrinal study of the different conceptions of the family, divorce, and parental co-responsibility in Ecuadorian legislation. Likewise, an in-depth review is made on the best interest of the child as a principle or constitutional right. Subsequently, a comparative analysis is made with other legislations, being the American legislation the most advanced in Family Law and the most attached to the best interest of the child. Furthermore, an analysis of a practical case solved in the national courts is made, in which the violation of the constitutional rights and principles of both the father and the child is evidenced.

**KEYWORDS: SHARED CUSTODY, CONSTITUTIONAL PRINCIPLES, FAMILY LAW, BEST INTERESTS OF THE CHILD, DIVORCE, ECUADORIAN LEGISLATION, PARENTAL CO-RESPONSIBILITY.**

## CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 16 de marzo de 2021

**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**



ÜÜËÿ SÖDÖf ÖÄÜWÖ ÖPÖÄ  
UÜÖSSÖB-ÖE  
Ö[ & { ^} Ö Ä'ÖäÖÖÖ[ Ä  
äÖ äÖÖ( ^) ÖÄ[ :Ä( ^\*^) ÖÖÖÄ  
\* Öj äÖÖäÖ( ) ÄÖÖÖ äÖ[ :Ä[ :Ä  
ÖÜX(ÖÖF-J  
T äÖ ä ÖÖ ^) ÖÖÖ  
ÖÖFÖÖ-ÖÖFÖ ÄFFHJÖÖÖ HÖÖ

**Dr. Wladimir Quinche Orellana Msc.  
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**

**Señor Doctor**

Ernesto Robalino Peña

**DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**Su despacho**

De mis Consideraciones

**JUAN FERNANDO VALAREZO CORDERO**, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante **CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS** con número de cédula **0103768065**, quien realizó su Trabajo de Titulación denominado **“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA”**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de **40/40** correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:

**JUAN FERNANDO  
VALAREZO  
CORDERO**

Firmado digitalmente por JUAN  
FERNANDO VALAREZO CORDERO  
Fecha: 2021.07.13 15:28:37 -05'00'

Dr. **JUAN FERNANDO VALAREZO CORDERO**, Mgs.  
**DOCENTE TUTOR**



**CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS** portador de la cédula de ciudadanía N° **0103768065**. En calidad de autor y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **16 de julio de 2021**

F: .....

**CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS**

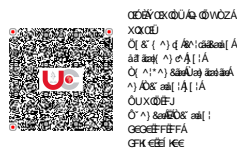
**C.I. 0103768065**

EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

**INFORMA:**

Que, **CRISTIAN FERNANDO ALVARADO CONTRERAS C.C. 0103768065**, de la carrera de **DERECHO** modalidad Distancia, presento su diseño de Trabajo de Titulación con el Título “**VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA**”, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **12 de junio de 2020**, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.



Cuenca, 11 de noviembre de 2020.

**AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR, MGS**

<b>Elaborado por:</b>	Ing. Paola Campoverde
<b>Revisado por:</b>	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs
<b>Autorizado por:</b>	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs



# UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

## UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

### CARRERA DE DERECHO

DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE  
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

#### TÍTULO:

“VULNERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y  
ADOLESCENTES AL EXISTIR VACÍOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE  
LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SOBRE LA TENENCIA COMPARTIDA”

**AUTOR:** Cristian Fernando Alvarado Contreras  
C.C. 0103768065

**TUTOR:** Dr. Juan Fernando Valarezo Cordero Mgs.

**Fecha:** Cuenca, 11 de junio del 2020

*Yo me gradué en  
los 50 años de La Cato!  
... y sostuve la Universidad*

## **1. TEMA:**

Niñez y Adolescencia

## **2. TÍTULO:**

Vulneración del interés superior de los niños, niñas y adolescentes al existir vacíos legales en el código de la niñez y adolescencia sobre la tenencia compartida.

## **3. MARCO CONTEXTUAL DE LA INVESTIGACIÓN (JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA):**

La problemática radica en que al no existir la figura de la tenencia compartida en nuestra legislación se vulnera el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ya que se estaría haciendo caso omiso a lo que nos dice el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador es cual nos dice: (H. Congreso Nacional.CCIv, 2005)

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos y atenderá el principio del interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas. (Asamblea Nacional Constituyente. CRE, 2008)

Disposición que tiene como prioridad velar por el Interés superior o el bienestar de niños niñas y adolescentes. De esta manera, aparece la tenencia compartida como resultado del desequilibrio familiar con la ruptura conyugal y los conflictos parentales por la tenencia de los hijos.

Esta institución se enfoca en el cuidado y protección compartida, sin violentar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cuanto al cuidado y protección de ambos padres

Al terminar el vínculo matrimonial dentro del cual existen menores de edad de por medio, sus progenitores y el Estado tienen la obligación de velar por el bienestar, cuidado y protección de esos niños niñas y adolescentes y hacer valer sus derechos amparados en instrumentos jurídicos, la Constitución, los pactos internacionales, el Código de la Niñez y Adolescencia y demás leyes conexas. En cuanto a la tenencia tenemos que es un juez el que decide:

Art. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

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

En nuestro país aún no existe la figura de la tenencia compartida, es decir que el cuidado de los hijos, queda a cargo de la madre salvo que el padre demande que los derechos del menor de edad están en riesgo. Sin embargo, contrario a esto, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia señala que los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a compartir con ambos progenitores manteniendo “relaciones afectivas permanentes”.

En los casos de los adolescentes estos muchas veces están sometidos a una dura decisión de con quién quieren quedarse por más que se activen los equipos técnicos de psicología, trabajo social, el adolescente se ve afectado al tener que tomar esta dura decisión que afecta y vulnera el derecho del adolescente, tener que someterse a un interrogatorio para elegir por cuál de sus progenitores siente más empatía y elegir con quién quedarse para después sentir la ausencia generalmente del padre aunque de ser la decisión contraria la madre. El Art 106 del Código de la Niñez y Adolescencia nos dice:

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. (Congreso Nacional del Ecuador. CNA, 2003)

Es por esta razón que se plantea este nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas tanto separadas o divorciadas, y su inserción en el orden jurídico, en el que ambos padres podrían ejercer sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y así existiría una igualdad tanto en hombres como en mujeres.

Como un antecedente vemos que la tenencia compartida tiene su origen en Inglaterra, luego se extendió a Francia y Canadá, esparciéndose a toda América del Norte. El derecho estadounidense absorbió la nueva tendencia, desarrollándola en gran escala compartida, es intensamente discutida, debatida y estudiada debido al aumento de los padres involucrados en los cuidados de los hijos. Luego se extendió a los países de América Latina y Ecuador ocurre posteriormente asumiendo la tenencia mundial de que la tenencia compartida es la forma más adecuada en las relaciones entre padres e hijos para disminuir los efectos tan desastrosos de la mayoría de las separaciones.

Así concluiremos diciendo que la tenencia compartida se da a conocer como una consecuencia en el desequilibrio en los derechos de los padres, ya que necesitamos un modelo que sea igualitario tanto para el padre como para la madre en la tenencia y cuidado de los hijos y así estos puedan educarse y desarrollarse en un entorno familiar seguro y lleno de amor.

#### **4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cómo los vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia sobre la tenencia compartida vulneran el interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

## **5. OBJETO DE ESTUDIO:**

Código de la Niñez y Adolescencia

## **6.- CAMPO DE ACCIÓN:**

Los vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia sobre la tenencia compartida.

## **7. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.

## **8. OBJETIVO GENERAL:**

Analizar jurídicamente los vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia, en relación a la tenencia compartida, para determinar si se vulnera el interés superior del niño niña y adolescente.

## **9. OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

1. Identificar el marco teórico, jurídico y doctrinario de las distintas concepciones en legislación ecuatoriana en lo referente a la Familia el divorcio, efectos del divorcio en los hijos el principio de la corresponsabilidad parental y el síndrome de alienación parental.
2. Analizar el interés superior del niño niña y adolescente en relación a la patria potestad.
3. Determinar el procedimiento legal sobre la tenencia y los vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia en relación a la tenencia compartida y el estudio de legislación comparada.

## **10. TIPO DE INVESTIGACIÓN:**

El tipo de Investigación que utilizaré en éste trabajo es de tipo cualitativo, pues se analizará el alcance que tienen los vacíos legales en el Código de la

Niñez y Adolescencia referente a la tenencia compartida y de qué manera estos vulneran el interés superior del niño niña y adolescente

El autor Hernández Sampieri nos manifiesta lo siguiente sobre el enfoque cualitativo.

La investigación cualitativa se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primeramente, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y después, para perfeccionarlas y responderlas. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014)

## **11. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL:**

Al momento de iniciar una investigación, debemos plantearnos fundamentalmente al marco teórico y conceptual por ende debemos tener claro algunos conceptos, los cuales trataremos a lo largo de la investigación.

El postulante Edison Lenin Acosta Luzuriaga en su trabajo de titulación sobre el tema “El interés superior del niño y la custodia compartida”, en esta tesis nos habla cuando una pareja se divorcia o se separa, la custodia en la mayoría de veces le corresponde a la madre, aquí surge la primera violación que es el de no considerar el interés superior del niño, al no permitirle compartir en iguales condiciones con el padre y la madre, este hace un importante aporte al realizar una encuesta a su abogado y juez de la unidad judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia, en cuya encuesta el 98% consideraron que es necesario que se incorpore la custodia compartida dentro de la Legislación Ecuatoriana para así garantizar el interés superior de los niños.

Siguiendo con el análisis sobre la custodia monoparental, vemos que no es algo que está aportando, ya que esta situación en vez de fortalecer las relaciones parentales, opuestamente lo que provoca es que las relaciones entre el hijo y el padre que no posee la custodia desaparezcan, con esto se considera que la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños.

El postulante Jhonny Javier Quimbato Rocha en su investigación “Tenencia Compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito primer semestre 2016”, comienza con la familia la cual estará determinada por relación jurídica, lazos sentimentales, pero lo que en la legislación ecuatoriana resulta difícil una apreciación única de familia.

También nos habla que las parejas que deciden separarse, y que esta separación ha sido conflictiva, al darse esta separación de esta forma, resulta muy negativa, ya que en la mayoría de los casos, el progenitor que ha obtenido la tenencia, manipula la conciencia de sus hijos con el objetivo de obstaculizar o destruir los lazos con el otro progenitor, entonces así en el transcurso de esta separación conflictiva se genera una disputa, siendo en este caso los hijos una especie de trofeo y esto ocurre porque existe una desigualdad de género en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia pues la mayoría de las veces es la madre la que tiene todas las de ganar y así el padre se convirtiéndose en secundario, es decir simplemente el que pasa una pensión y tiene visitas nada más, vulnerando por completo el interés superior del niño ya que con esta resolución se le priva al niño compartir tiempo con su progenitor, generando así que el padre se aleje poco a poco de su hijo, por lo cual se presentan daños psicológicos en los niños, niñas y adolescentes.

La postulante Isabel Janneth Mejía Pachacama en su trabajo de titulación “La Tenencia Compartida como un derecho a un buen vivir de los menores en la legislación ecuatoriana”.

## PRINCIPIO DE PROTECCION INTEGRAL

Para el tratadista Yury Emilio Buaiz la Protección Integral puede ser definida como:

“El conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el estado, con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación, de los Derechos Humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados, o determinado grupo de niños que han sido vulnerados sus derechos” (Buaiz, 2003)

Para este tratadista el Estado, la sociedad y la familia son responsables de adoptar medidas políticas, sociales, administrativas, económicas, legislativas y jurídicas para la vigencia, ejercicio, goce, garantía, protección y que los derechos sean exigidos por los niños, niñas y adolescentes.

Para Farith Siomn el principio de integridad implica “que todos los derechos de los niños se aplican de una manera “holística”, entendiéndose por la palabra holístico como integral y completo”. (Farith, 2008)

## **INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES**

La Constitución de la República, contempla como uno de los principios rectores en materia de protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes, el interés superior del menor, siendo, además, el principal principio en esta materia. La norma suprema lo reconoce dentro del artículo 44 que prevé:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Asamblea Nacional Constituyente. CRE, 2008)

El interés superior es un principio que lo encontramos en casi todas las legislaciones también en la normativa internacional, específicamente en la Convención de los derechos del niño, que en el numeral primero del artículo 3 señala:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

La Constitución de la República, y los instrumentos internacionales, solo ha determinado el alcance de este principio, pero no lo han definido, por esta razón, es necesario acudir ante la doctrina para una mejor comprensión del mismo. Las Tratadistas Claudia Chaimovic y Nora Gatica señalan:

El llamado interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar sobre derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado, pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña. (GaticaNora, 2015)

Para las autoras, el principio de interés superior es aquel que se aplica en caso de conflicto entre derechos, y a través de este podemos ver que

prevalece sobre otros derechos así sean fundamentales, inclusive si es un derecho de los propios padres, de la sociedad o del Estado

El tratadista Jean Zermatten en su obra: “El interés superior del niño”, lo define en estas palabras:

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

Por su parte, este tratadista, considera el principio de interés superior como un verdadero instrumento jurídico, por el cual se asegura el bienestar del menor, y que actúa como una protección para el niño niña o adolescente cuando hay varios derechos en conflicto; por lo que se trata de una garantía al momento de tomar una decisión por parte del Juez.

## **PATRIA POTESTAD**

La patria potestad surge en el derecho romano antiguo, el padre de familia tenía sobre el hijo una potestad igual ala del señor sobre el esclavo, el hijo no era considerado como persona, sino como una cosa, cuya propiedad correspondía al padre, la potestad duraba tanto como la vida del padre y comprendía todos los bienes del hijo.

También hacemos referencia a la patria potestad, como consecuencia natural de la filiación, sustentada en la relación de padres-hijos que poseen unos con otros, con lo antes mencionado diremos que es el conjunto de derechos y facultades que los padres tienen con los hijos, teniendo por objetivo que los menores tengan un desarrollo correcto y un pleno crecimiento, esto lo tenemos contemplado en el Art. 283 del Código Civil del Ecuador, el cual define lo que es la patria potestad.

Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.

Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia. (H. Congreso Nacional.CClv, 2005)

Para Edith Botero Álvarez la patria potestad es el “conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el incumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (Botero, 2001)

Se puede definir a la patria potestad como la relación que existe entre los progenitores y los hijos y que lleva aparejada el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos menores de edad no emancipados, así como su protección y cuidado. Tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación de los mismos. Comprende la guarda, representación y la administración de sus bienes siendo estas consecuencias de la patria potestad.

### **CUSTODIA COMPARTIDA**

En la legislación ecuatoriana, no encontramos la figura de la tenencia o custodia compartida, sino únicamente acerca de lo que se considera la custodia monoparental que es aquella en la cual el juez en su resolución concede la custodia o tenencia a uno solo de los padres y con todo lo que esto conlleva a más de la fijación de una pensión alimenticia que deberá ser pagada por quien no conviva con el niño, niña o adolescente, al no existir dentro de nuestra legislación tendremos que analizarla desde el punto de vista internacional ya que la custodia o tenencia compartida nace en la responsabilidad de los padres o lo que también se llama parental

El tratadista Ortuero Muñoz señala:

El término responsabilidad compartida permite una mejor comprensión del complejo entramado de deberes, derechos, funciones y actitudes éticas que corresponden a ambos progenitores y, permite contemplar desde otra perspectiva, el pale del hijo en este conjunto de relaciones que, tras el cese

de la convivencia de los progenitores, pasa a ser triangular (Muñoz, 2006)

En este sentido debemos decir que la custodia compartida debería originarse desde el punto de vista jurídico de dos aspectos fundamentales: el derecho que tiene el hijo a preservar la relación con sus dos progenitores; y el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, mismos que se encuentran dispuesto por el Código Civil y al Constitución de la República

Con todo lo expuesto pondremos un ejemplo como es el caso de Colombia, el cual a pesar de no tener en su ordenamiento jurídico, la tenencia compartida, los tribunales lo aplican, esto lo hace teniendo en cuenta los principios, preceptos, tratados, convenios, e interacciones y lo recomendado sería que Ecuador pueda hacerlo ya que la legislación interna del Ecuador posee los fundamentos, valores suficientes como para implementar la tenencia compartida en el Ecuador, como una forma más de perfeccionar los derechos del buen vivir de los niños, niñas y adolescentes.

## **12. HIPOTESIS O IDEAS A DEFENDER**

Los vacíos en el Código de la Niñez y Adolescencia y al no existir la tenencia compartida vulnera el interés superior del niño niña y adolescente.

## **13. METODOS A UTILIZARSE**

El método que se aplicara en este proyecto de investigación es el método cualitativo, que se basa en el cimiento teórico utilizando el método inductivo-deductivo con el uso y su técnica de la revisión bibliográfica, base de datos científicas, revistas, documentos útiles y disponibles. El método deductivo se deduce a partir de los hechos observando basados en la ley general, y el método inductivo, formula leyes a partir de los hechos observados.

El método inductivo es aquel método científico que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos esenciales: la observación de los hechos para su registro; la clasificación y el estudio de estos hechos; la derivación inductiva que parte de los hechos y permite llegar a una generalización; y la contrastación. (Julián Pérez Porto M. M., 2012)

El Método analítico es aquel proceso de investigación empírico- analítico que se enfoca en la descomposición de un todo, desarticulando en varias partes o elementos para determinar las causas, la naturaleza y los efectos. La definición del análisis es el estudio y examen de un hecho u objeto en particular, es el más usado en el campo de las ciencias sociales y en las ciencias naturales. (Julián Pérez Porto A. G., Definicion.de, 2017)

Por lo mismo, es lo primordial que para llevar a cabo un método analítico se necesita conocer la naturaleza del fenómeno y del objeto que se estudia para entender su esencia e impartir una apropiada investigación. Este método nos ayuda a conocer más del objeto de estudio y sus características con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías. (Julián Pérez Porto A. G., Definicion.de, 2017)

De lo expuesto en líneas anteriores, queda claro que, para poder realizar una buena investigación, es necesario seguir una metodología organizada con actividades sucesivas que se encuentre planificadas para lograr los objetivos propuestos.

La investigación se define como “un conjunto de procesos sistemáticos y empíricos que se aplica al estudio de un fenómeno”. Durante el siglo XX, dos enfoques emergieron para realizar investigación: el enfoque cuantitativo y el enfoque cualitativo. (Hernández Sampieri F. C., 2014)

#### **14. POBLACIÓN Y LA MUESTRA:**

En cuanto a este punto, no se determinará la población y la muestra, ya que éste es un trabajo de investigación con enfoque cualitativo, motivo por el cual, no será posible desprender una investigación a grupo sectorial o poblacional eficaz; más bien la presente está encaminada a la obtención de un resultado positivo en base a una teoría fundamental sobre el tema que será materia de estudio, utilizando procedimientos para la recolección de la información, con la finalidad de sustentar la presente investigación, será haciendo uso del método no probabilístico, ya que se utilizará como fundamento de exploración Bibliográfica, de archivos, análisis de documentos, y apoyo mediante el uso del internet y entrevistas.

### 15. CRONOGRAMA DE TAREAS:

Actividades calendario	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	Mes 6
Revisión y selección de información Bibliográfica.	x					
Determinación del tema de investigación.	x					
Formulación del problema.	x					
Determinación del objeto de estudio y el campo de acción.	x					
Formulación de los objetos generales y específicos.	x					
Elaboración de los fundamentos teóricos.		x				
Elaboración y validación de los instrumentos de recolección de información.			x			
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación.				x		
Conclusiones y Bibliografía.					x	
Elaboración del informe final de la investigación.					x	
Presentación del informe en la secretaria de la Unidad Académica.					x	
Sustentación ante el tribunal d						x

## 16. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente. CRE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi - Manabí: Registro Oficial N° 449 Publicado el 20 de octubre de 2008.
- Botero, E. (2001). *La asistencia en la relación filial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Buaiz, Y. (2003). *Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños*. San Jose: Ministerio de Salud Pública de Costa Rica.
- Congreso Nacional del Ecuador. CNA. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial N° 737 Publicado el 3 de enero de 2003.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de Noviembre de 1989). ONU. Nueva York, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica: ONU.
- Farith, S. (2008). *Análisis del marco legal sobre la niñez y juventud y la acción policial, defensa de los Niños Internacional DNI*. Quito: Editorial Abla-Yala.
- GaticaNora, C. C. (2015). La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. *La Semana Jurídica*, 14-16.
- H. Congreso Nacional.CCIV. (24 de junio de 2005). *Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial S. 46.
- Hernández Sampieri, F. C. (2014). *Metodología de la Investigación* . México: McGrawHill.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGrawHill.
- Julián Pérez Porto, A. G. (2017). *Definicion.de*. Obtenido de Definición de analítico: <https://definicion.de/analitico/>
- Julián Pérez Porto, A. G. (2017). *Definicion.de*. Obtenido de Definición de analítico: (<https://definicion.de/analitico/>
- Julián Pérez Porto, M. M. (2012). *Definición.de*. Obtenido de Definición de método inductivo: <https://definicion.de/metodo-inductivo/>

Muñoz, O. (2006). *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Navarra: Editorial Aranzandi.

Zermatten, J. (marzo de 2003). *El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico*. Obtenido de Informe de trabajo:  
[https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr\\_interes-superior-nino2003.pdf](https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf)

**17.FIRMAS DEL TUTOR Y DEL RESPONSABLE DE LA  
INVESTIGACIÓN QUE APRUEBA EL DISEÑO DEL ANTEPROYECTO**

Cuenca, 11 de junio del 2020

---

Cristian Fernando Alvarado Contreras

C.C. 0103768065

**Investigador(a)**

---

Dr. Juan Fernando Valarezo Cordero Mgs.

**Tutor(a)**

---

Dr. Fausto Ricardo Barrera Bravo Mgs.

**Responsable de investigación**

---

Dr. Carlos Julio Fajardo Romero Mgs.

**Responsable Unidad de Titulación**

**Derecho Distancia.**

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo fecha: \_\_\_\_\_