

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO



FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

TÍTULO:

“Las reglas para la tenencia de los hijos menores de edad cuyos Padres se divorcian y los Derechos de estos”.

AUTOR:

García Castelo Milton Gonzalo

TUTOR:

Dr. Robert Alcides Falconí Herrera

Riobamba – Ecuador

Año

2019

HOJA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“LAS REGLAS PARA LA TENENCIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD CUYOS PADRES SE DIVORCIAN Y LOS DERECHOS DE ESTOS”.

Informe final del Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, ratificado con sus firmas.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Dr. Robert Falconí Herrera
TUTOR

10

CALIFICACIÓN

FIRMA

Dr. Walter Parra Molina
MIEMBRO 1:

09

CALIFICACIÓN

FIRMA

Dr. Rafael Yépez.
MIEMBRO2:

04

CALIFICACIÓN

FIRMA

CALIFICACIÓN FIRMA NOTA FINAL:

9.33

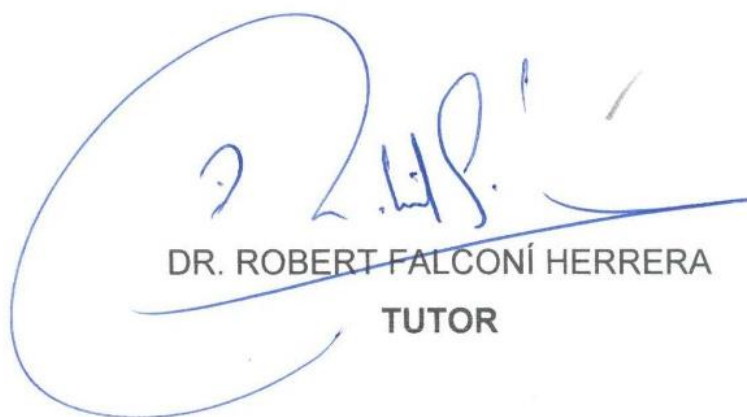
CERTIFICACIÓN

DR. ROBERT FALCONÍ HERRERA. CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE - GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado minuciosamente durante todo su desarrollo, el proyecto final de Investigación previa a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador titulado: "LAS REGLAS PARA LA TENENCIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD CUYOS PADRES SE DIVORCIAN Y LOS DERECHOS DE ESTOS", realizado por García Castelo Milton Gonzalo C.C. 060420705-0, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.

Riobamba, 03 de Diciembre del 2019



DR. ROBERT FALCONÍ HERRERA
TUTOR

AUTORÍA

Los criterios emitidos en el trabajo investigativo con el título denominado “LAS REGLAS PARA LA TENENCIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD CUYOS PADRES SE DIVORCIAN Y LOS DERECHOS DE ESTOS”, previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, como también los contenidos, ideas, análisis y conclusiones, son personales y acorde a la investigación que se efectuó, por lo tanto, es exclusiva responsabilidad intelectual, moral, legal y académica del autor, quien firma en el presente escrito. Y los derechos de autoría le pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.

Riobamba, 03 de Diciembre del 2019

El autor



García Castelo Milton Gonzalo

C.C.060420705-0

AGRADECIMIENTO

Agradezco en primer lugar a Dios por su amor y su bondad al darme salud y bienestar para tener la oportunidad de culminar exitosamente mi carrera Profesional, a la Universidad Nacional de Chimborazo por abrirme sus puertas y brindarme la oportunidad de prepararme en la profesión que me apasiona, a mis queridos docentes por compartir sus conocimientos de la mejor manera y por la confianza que me brindaron. A mis compañeros con los que compartí muchas experiencias a lo largo de la vida universitaria, y a todas aquellas personas que de algún modo aportaron para que este día se haga realidad.

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico principalmente a mis queridos padres José García y María Castelo, que con su gran amor y sabios consejos supieron guiarme por el camino correcto, haciendo de mí una persona de bien, brindándome la oportunidad de llegar a culminar mis estudios profesionales, con ese apoyo incondicional tanto moral, económico y psicológico, ya que ellos han sido el ente, e impulso fundamental para llegar a cumplir este objetivo.

También dedico este proyecto a mi princesa, Angie, compañera inseparable quien representó con un gran esfuerzo y tesón en momentos de decline, cansancio y por su comprensión y cariño.

A mi hermana Inés, que con su ayuda, cariño y ternura ha sabido ser parte fundamental en este trayecto, que no ha sido fácil, pero ella nunca me dejó decaer.

A mis hermanos los que nunca creyeron en mí y siempre aseguraban que no terminaría mi carrera universitaria, gracias a eso tuve el impulso necesario para continuar y culminar mis estudios profesionales.

Índice	
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
1. Introducción	1
2. Planteamiento del problema	2
2.1. Justificación	3
3. Objetivos	3
3.1. Objetivo general.....	3
3.2. Objetivos específicos.....	4
4. Marco teórico	4
4. 1. Estado del arte.....	4
4.2. Aspectos teóricos.....	4
4.2.1. Conceptualización tenencia.....	5
4.2.2. Derecho a la igualdad.....	5
4.2.3. Custodia.....	5
4.2.1. Divorcio.....	5
4.2.2. Clases de divorcio en el código civil.....	8
4.2.3. Efectos jurídicos del divorcio.....	9
4.2.4. Situación jurídica de los hijos cuyos padres se divorcian.....	10
4.2.5. Definición de tenencia.....	11
4.2.6. Requisitos y procedencia para demandar la tenencia.....	14
4.2.8. Régimen de la tenencia en el derecho comparado Latinoamérica.....	17
4.2.8.1. Chile.....	17
4.2.8.2. Perú.....	18
4.2.9. Reglas de la tenencia en el código de la niñez y adolescencia.....	19
4.2.10. El derecho del menor frente a tenencia.....	21
4.2.11. El derecho del padre a ejercer la tenencia sin discriminación.....	22
2.2.11. Análisis caso práctico.....	26
5. Metodología	27
5.1. Método.....	27
5.1.2. Método Inductivo.....	27
5.1.3. Método Analítico.....	28
5.1.4. Descriptivo.....	28
5.2. Enfoque de la investigación.....	28
5.2.1. Tipo de investigación.....	28

5.2.2. Documentación Bibliográfica.....	28
5.2.3. Investigación exploratoria.....	29
5.2.4. Investigación descriptiva.....	29
5.3. Diseño de la investigación.....	29
5.4. Población y muestra.....	29
5.4.1. Población.....	29
5.4.2. Muestra.....	30
5.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.....	30
6. Técnicas de procesamiento e interpretación de datos.....	30
7. Resultado y discusión de datos.....	31
Tabla No.2.....	31
Gráfico No. 1.....	32
Tabla No.3.....	32
Gráfico No. 2.....	33
Tabla No.4.....	33
Gráfico No. 3.....	34
Tabla No.5.....	34
Gráfico No. 4.....	35
TABLA No.6.....	35
Gráfico No. 5.....	36
Tabla No.7.....	36
Gráfico No. 6.....	37
Tabla No.8.....	37
Gráfico No. 7.....	38
8. Desarrollo de la propuesta.....	38
9. Conclusiones.....	41
10. Recomendaciones.....	42
11. Bibliografía.....	43
Anexos.....	45

Índice de tablas

Tabla No. 1.....	30
Tabla No.2.....	31
Tabla No.3.....	32
Tabla No.4.....	33
Tabla No.5.....	34
Tabla No.6.....	35
Tabla No.7.....	36
Tabla No.8.....	37

Índice de gráficos

Gráfico No. 1.....	32
Gráfico No. 2.....	33
Gráfico No. 3.....	34
Gráfico No. 4.....	35
Gráfico No. 5.....	36
Gráfico No. 6.....	37
Gráfico No. 7.....	38

RESUMEN

El artículo 11 de la Constitución de la República de 2008, a fin de garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos en el Estado ecuatoriano a todos sus ciudadanos establece, “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, (...)”; ¹en forma sucinta todos somos iguales ante la Ley, al pasar de un régimen legalista a un Estado constitucional de derechos, conforme lo determina el artículo 1 de la misma norma previamente invocada se entiende que Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia”², en el presente trabajo investigativo se ha identificado la vulneración del derecho a la igualdad en un proceso litigioso al momento que el Juez resuelva respecto de la tenencia de los hijos menores de 12 años cuando los padres no se han puesto de acuerdo, el Juez aplicará de forma directa el encargo de la tenencia a la madre lo cual atenta directamente con el derecho a la igualdad.

La escasa doctrinaria respecto de la aplicación del artículo 106 numeral 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, ha conllevado al operador de justicia a constituirse en “boca de la ley”; es decir, al resolver un caso concreto, el Juez se limita a aplicar la norma jurídica que reconoce el derecho para determinar las consecuencias contempladas en la misma ley, vulnerando de este modo el derecho del padre a ejercer la tenencia de su hijo o hijos menores, pues el mencionado cuerpo legal ejerce preferencia respecto de la madre dejando de lado la opinión del hijo hasta que este cumpla doce años de edad, esta disposición, al conferirle la tenencia de forma directa a la madre no garantiza el derecho de igualdad; constituyéndose en muchos de los casos la decisión menos adecuada para el estado emocional de los menores causándoles un grave daño irreversible; y, finalmente se propondrá la reforma al numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Palabras Claves: Derecho igualdad, Código Niñez y Adolescencia, Tenencia, hijos menores.

¹ Constitución República de Ecuador. 2008. Art. 11. Núm. 2.

² Constitución República de Ecuador. 2008. Art. 1.

Abstract

Article 11 of the Constitution of the Republic of 2008, in order to guarantee the effective enjoyment of the rights recognized in the Ecuadorian State, establishes, “No one may be discriminated against on grounds of ethnicity, place of birth, age, sex , (...)”; succinctly, we are all equal before the Law, when passing from a legalistic regime to a constitutional state of rights, as determined by article 1 of the same rule previously invoked, it is understood that Ecuador is a “constitutional state of rights and justice”, In the present research work, the violation of the right to equality in a litigious process has been identified at the moment that the Judge resolves regarding the possession of children under 12 years of age when the parents have not agreed, the Judge will apply directly the order of tenure to the mother which directly undermines the right to equality. The limited doctrine regarding the application of article 106 numeral 2 and 4 of the Code of Children and Adolescents, has led the justice operator to become a " only the mouth that pronounces the words of the law"; that is, when resolving a specific case, the Judge limits himself to applying the legal norm that recognizes the right to determine the consequences contemplated in the same law, thus violating the right of the father to exercise the possession of his son or minor children , because the aforementioned legal body exerts preference with respect to the mother, leaving aside the opinion of the child until he reaches twelve years of age, this provision, by conferring direct possession of the mother does not guarantee the right to equality; constituting in many of the cases the least suitable decision for the emotional state of the minors causing them serious irreversible damage; and, finally, the amendment to section two and four of article 106 of the Childhood and Adolescence Code will be proposed.

Keywords: Equality Law, Childhood and Adolescence Code, Tenure, minor children.

Translation reviewed by: Trujillo, Myriam

Linguistic Competences Professor



1. Introducción

Cuando se instaura un proceso de divorcio por cualquiera de los cónyuges el Magistrado (Juez) encargará la tenencia obligatoriamente de los hijos menores de 12 años a la madre acogiendo las reglas preestablecidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, .

El Código Civil de 1860 le confería la patria potestad al padre, cambiando esta figura en 1930 en la que se procede a regular la patria potestad a modo de un derecho en conjunto de los padres y finalmente en 1970, cuando se produce la separación de los cónyuges los hijos menores de edad pueden judicialmente seguir en el domicilio materno al cuidado y protección de la madre.

Catalán Frías, ha realizado puntualizaciones en cuanto a la tenencia, explicando que es la facultad respecto de la custodia que uno de sus progenitores ejerce respecto de sus hijos y se establece un sistema de visitas a favor del otro, siendo este último quien contribuirá con el cuidado de sus hijos por intermedio de una pensión alimenticia.

De lo dicho se puede evidenciar que las constantes luchas sociales en favor de la mujer han logrado la reivindicación de sus derechos pasando de un patriarcado legal a una equidad de género en cuanto a la tenencia de sus hijos menores puntualizando aspectos como: se deja de lado el patriarcado y pasamos a una hegemonía matriarcal teniendo presente que no toda madre es responsable, siendo justamente en este sentido donde nace la vulneración del padre a ejercer la tenencia de sus hijos menores de edad cuando sus progenitores se encuentran en un proceso de divorcio o estos ya se hayan divorciado, aspectos que serán profundizados, desarrollados y analizados en el presente trabajo a través de una investigación jurídica y doctrinaria el cual ayudará a identificar en qué momento surge la vulneración del derecho a la igualdad cuando se trata de ejercer la tenencia de sus hijos menores cuando sus padres se encuentran en un proceso de divorcio, impidiéndole legalmente al padre ejercer su derecho constitucional a la igualdad.

2. Planteamiento del problema

El presente trabajo investigativo surge a consecuencia de la vulneración del derecho constitucional a la igualdad recayendo en discriminación el padre en lo referente al otorgamiento de la tenencia de los hijos menores cuando estos se encuentran en un proceso de divorcio.

Cuando el operador de justicia confiere la “tenencia directa” a la madre conocida también como “tenencia mono-parental”, recae en la desigualdad hacia un progenitor en este caso hablamos exclusivamente del padre decisión que se encuentra acompañado de costumbrismo legal, de esta manera se está limitando el derecho del padre a ejercer la tenencia de forma directa recordando que este impedimento responde a patrones preestablecidos con la sola razón y creencia infundamentada a la incapacidad del padre a cuidar de sus hijos.

Los divorcios o separaciones conflictivas dan lugar a lo que en materia de psicología se lo denomina (Alienación Parental); y, exclusivamente nace por las disputas de los progenitores al querer ejercer uno de ellos la tenencia de su hijo o hijos. La alienación parental consiste en inducir a su hijo o hijos a reprochar a su padre a través del uso de mentiras y manipulaciones causando en éste odio con la finalidad de generar un repudio hacia el progenitor, provocando sentimiento poco positivos en contra de su padre sin que tenga justificación, convirtiéndose la tenencia directa a favor de la madre, en un aspecto negativo ya que la madre sólo puede pedir la tenencia de su hijo por causarle daño al padre en este sentido se debe tener presente que el Código de la Niñez es claro al determinar que a falta de acuerdo entre los progenitores respecto de la tenencia de los hijos el Juez otorgará la misma en favor de la madre, con la excepción de ser escuchado el niño, es precisamente aquí donde la alienación parental juega un rol importante en la decisión que el niño transmita al Juez al momento de decidir con que progenitor es su deseo de permanecer, ya que su decisión será manipulada.

2.1. Justificación

El presente trabajo investigativo está orientado a realizar un análisis crítico constructivo que sirva de fundamento a los señores Jueces de las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, al momento de resolver respecto de la tenencia de los hijos que aún no han cumplido doce años.

Ya que la preferencia maternal determinada en el numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, sin duda evidencia un acto discriminatorio hacia los padres, cuando se trate de la tenencia de los hijos menores de doce años, es por ello que surge la necesidad de reformar el numeral 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Los conocimientos esenciales para realizar la presente investigación, surgen con la necesidad de generar un análisis en todo el campo del derecho que engloba un análisis doctrinario jurídico y crítico de la discriminación del padre al momento de conferir la tenencia del hijo o hijos menores cuando se ha iniciado un proceso de divorcio, un estudio pormenorizado nos indicará con certeza si el numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez atenta contra el derecho constitucional a la igualdad.

La realización de la presente investigación está orientada a la población jurídica la misma que comprende (estudiantes en la carrera de derecho, abogados en libre ejercicio y los señores Jueces), los mismos que, a través de su asesoramiento a la población en general orientaran que la tenencia de los hijos menores de doce años debe ser ejercida por la madre y el padre en forma igualitaria y directa.

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Establecer como la falta de acuerdo entre los progenitores respecto de la tenencia de sus hijos vulnera el derecho de igualdad del padre frente a la madre al confiarle la tenencia de sus hijos menores de doce años.

3.2. Objetivos específicos

- Establecer las causas que provocan el desacuerdo entre los progenitores respecto de la tenencia de sus hijos.
- Determinar la vulneración del derecho a la igualdad, cuando el juez entrega la tenencia de los hijos menores de doce años a la madre.
- Proponer una solución eficiente al problema planteado.

4. Marco teórico

4. 1. Estado del arte

El presente trabajo investigativo está orientado a realizar un análisis crítico constructivo que sirva de fundamento a los señores Jueces de las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, al momento de resolver respecto de la tenencia de los hijos que aún no han cumplido doce años.

Ya que la preferencia maternal determinada en el numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, sin duda evidencia un acto discriminatorio hacia los padres, cuando se trate de la tenencia de los hijos menores de doce años, es por ello que surge la necesidad de reformar el numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Finalmente luego de haber realizado una investigación documental bibliográfica en el archivo de los buscadores virtuales temas y proyectos de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencia Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo, se determina que trabajos iguales al que se pretende realizar no existen.

4.2. Aspectos teóricos

La discriminación orientada al padre cuando se trate de la tenencia de los hijos menores de doce años cuyos padres se encuentran divorciándose conlleva a realizar el siguiente análisis.

4.2.1. Conceptualización tenencia. Etimológicamente el termino o palabras “tenencia del menor”, proviene de una palabra griega “tenere”, que significa; sostener una línea recta, palabra que paso al latín “possessionem” que significa; posesión de algo, responsable de una cosa y “Minor” que significa; menor-infante.”³ Esta conceptualización hace referencia al cuidado exclusivo de los hijos menores de edad por uno de los progenitores, esta figura jurídica es exclusiva de los dos progenitores, la tenencia de los hijos surge cuando sus padres se han divorciado o se encuentran en separación conyugal.

4.2.2. Derecho a la igualdad. “La igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer alguna diferencia en razón de las personas.”⁴ Es decir mujer y hombre son independientes en cuanto tienen el atributo de serlo, capacidad que se hace efectiva de acuerdo con la persona y las circunstancias.

4.2.3. Custodia. “Relación directa entre la patria potestad y la guarda y custodia de las personas menores de edad.” ⁵ De lo dicho se colige, la madre o el padre a quien se le haya encargado la custodia de su hijo o hijos, tomara decisiones y cuidara de su hijo o hijos menores de edad, teniendo el progenitor el derecho legal de tomar decisiones respecto de asegurar atención médica, educación, alimentación y otras cuestiones significativas para su hijo acorde a su edad.

4.2.1. Divorcio

El divorcio, se constituye en una institución jurídica misma que está orientada a culminar la relación conyugal o casamiento, al hablar de derecho procesal el divorcio, es el inicio del fin del vínculo matrimonial, para el maestro García Falconí Ramiro, en su publicación el “Divorcio por causales” conceptualiza esta figura jurídica como “La separación de un hombre y su mujer, producida por alguna causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las

³ BORRAS, Rodríguez, Interés Superior de la Niñez, 2005, Pág. 84

⁴ PÉREZ, Luño Antonio, Dimensiones de la Igualdad, 2007, Pág. 21

⁵ CLERIES, Teruel Martina, La custodia compartida, 2014. Pág. 74

relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de las partes.”⁶

Camacho Chavarría, de forma simple dentro del marco procesal se refiere al divorcio como “La ruptura en vida de los esposos, del vínculo matrimonial, mediante sentencia declarada judicialmente”⁷, a entender según este autor el divorcio constituye la alejamiento legal de los cónyuges derivada por causal legal, mediante sentencia legal, disolviendo por completo todo tipo de relación matrimonial y suspendiendo la convivencia de las partes.

La institución del divorcio a través de la historia en ciertas culturas ha tenido su origen y características propias en cada una de ellas, así por ejemplo “El matrimonio egipcio otorgó a la mujer ventajas poco comunes en comparación con los demás pueblos, pues gozaba de algunos derechos similares de los que gozaban los hombres”.⁸, pero no siempre fue así ya que en Egipto en su origen, el casamiento egipcio antiguo no consentía la disolución del matrimonio, su única forma y la más común en que podía terminar el matrimonio era la muerte de un cónyuge, el paso del tiempo y específicamente en el período de la Dinastía Lagidas o de los Ptolomeo, surge un nuevo suceso y forma de poner fin al matrimonio, mismo que fue conocido como “repudio unilateral por causa grave”.

En Roma, el divorcio fue aceptado desde sus orígenes, sin embargo la mujer “se encontraba sometida a la autoridad del marido (manus)”⁹, es decir la mujer no tenía la potestad legal para repudiar al marido, el repudio (divorcio) era un derecho exclusivo del hombre y se lo ejercía por una causa grave, por lo que en la práctica, la mujer se encontraba en inferioridad a la hora de repudiar al marido.

De lo citado, se puede establecer claramente el divorcio es un procedimiento judicial que se encuentra establecido en nuestra legislación con nueve causales determinadas en el Código Civil en su artículo 110 y su procedimiento será

⁶ GARCÍA, Falconí Ramiro, Divorcio por causales, 2015, editorial

⁷ CAMACHO, Chavarría, Derecho sobre la familia y el niño, edición actualizada 2015, Pág. 23

⁸ BELLUSCIO, Cesar Augusto, Derecho de Familia, 1981, Pág. 5

⁹.CHÁVEZ, Asencio Manuel, La familia en el derecho, 2017, Pág.412.

voluntario, contencioso o controvertido, trabada que sea la Litis, un magistrado (Juez), de la República de Ecuador emitirá un fallo o sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial entre los cónyuges.

Según el Registró Estadístico de Matrimonios y Divorcios de 2018 actualizado a Julio, 2019, según del Instituto Nacional de Estadista y Censos (INEC), “En el año 2018, se registraron del total de matrimonios el 86,4% en hombres y 90,1% en mujeres, corresponde a su primer matrimonio”,¹⁰ mientras que a diferencia del 13,6% y 9,9% de hombres y mujeres respectivamente, contrajeron matrimonio una vez o más, entre el año 2018 y 2019 los matrimonios aumentaron un 4,5% al pasar de 57.738 a 60.353 nupcias y la tasa de nupcialidad en el año 2019 es mayor que el año 2018, al pasar 3,5 a 3,6 por cada 1.000 habitantes, con un promedio de duración del año 2017, la duración promedio de matrimonio fue 15,2 años; mientras que en el año 2018 se registra una duración de 14,7 años, con una edad promedio de los contrayentes en el año 2018, es 32,7 para los hombres y 29,7 para las mujeres.

Por otra parte, la tasa de divorcios pasó de 15,5 a 17,1 por cada 10.000 habitantes, los divorcios se incrementaron en un 12,2% en el mismo período, el enfoque conceptual positivado se encuentra en el artículo 106 del Código Civil, mencionando en uno de sus numerales “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio.”¹¹ El divorcio pone fin al vínculo conyugal y puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges, en nuestro estado una demanda de divorcio puede ser sustancia en trámite voluntario o contencioso.

Al divorcio y su conceptualización se le debe acotar, el vínculo matrimonial no solo termina por las causales establecidas en el Código Civil, sino que también se produce por otros factores, entre ellos, muerte de uno de los cónyuges, vicios de consentimiento del matrimonio acarreado nulidad, el fin específico del

¹⁰ Instituto Nacional de Estadista y Censos, Registró Estadístico de Matrimonios y Divorcios, 2019

¹¹ Código Civil, 2018, Art. 106

divorcio es poner fin al vínculo matrimonial y consiguientemente se adquiere un nuevo estado civil.

Históricamente el divorcio y el matrimonio tienen su mismo origen, pero como se ha explicado esta figura jurídica en ciertas culturas era aceptado y en otras no, esta aceptación del divorcio no implicaba igualdad de condiciones para solicitarlo y en muchos casos exigirlos, así en Egipto no era permitido el divorcio pero con la llegada de la Dinastía Lagidas o de los Ptolomeo se acepta esta figura y lo puede solicitar la mujer, mientras que en Roma, el divorcio se lo concedía en desigualdad, puesto que el único que lo podía exigir a través del repudio era la exclusividad del hombre.

En los países de Latinoamérica, el matrimonio se constituye como “la unión entre dos personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico.”¹² Cuya finalidad es proporcionar protección mutua entre cónyuges adyacentemente surge la protección a su descendencia contrayendo derechos y obligaciones con la misma.

En la Edad Media y el Renacimiento, ya se habla de una equidad, pero la cosa cambia cuando vienen las vías de desarrollo como la Revolución Francesa, donde al matrimonio da sus primeros conceptos entre ellos catalogándolo como un contrato, lo que se hizo a un lado lo sacramental que por siglos fue considerado gracias al Clero.

4.2.2. Clases de divorcio en el código civil

El Código Civil es muy claro en fundamentar en su norma los siguientes enunciados:

- a) El divorcio consensual
- b) El divorcio contencioso

¹² VASQUEZ, García Manuel, Derecho de Familia, Teórico y Práctico, Año 2016, Pág. 22

Al hablar del divorcio consensual, este lo encontramos en el artículo 107 del Código Civil, “Los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario”¹³, lo cual implica que los cónyuges cuando sea su voluntad el poner fin a su vida conyugal este podrá solicitarlo ante el Juez competente mismo que concederá el divorcio mediante sentencia en cumplimiento al procedimiento establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

Mientras que el divorcio contencioso, se encuentra determinado en la misma norma preestablecida en el artículo 110 “Son causas de divorcio”¹⁴, en dicho artículo se ha determinado nueve causales, cuya característica radica en la voluntad unilateral del cónyuge para terminar el vínculo matrimonial al igual que el divorcio consensual este podrá solicitarlo ante el Juez competente mismo que concederá el divorcio mediante sentencia en cumplimiento al procedimiento establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

4.2.3. Efectos jurídicos del divorcio

Si bien es cierto, el divorcio constituye la ruptura de las relaciones familiares entre los cónyuges y en muchos de los casos con los hijos, es por ello que en esta unidad se analizara los efectos que produce un divorcio en la familia, tomado en cuenta que los más afectados son los hijos sin distinción de edad ya que estos no tienen la seguridad de elegir con que padre quedarse a vivir poniéndoles en una situación incómoda al tener que elegir a un padre.

Otro efecto jurídico del divorcio o consecuencia en su accionar es que acarrea una serie de efectos psicológicos en el entorno familiar de los cónyuges y además el dolor y sufrimiento en los hijos menores de edad ya que estos tendrán que elegir con que padre desean vivir creando sentimientos poco positivos contra de los padres.

En nuestro Estado, el legislador ha sido enfático al determinar los efectos jurídicos del divorcio, artículo 106 del Código Civil, “El divorcio disuelve el vínculo

¹³ Código Civil, Por mutuo consentimiento, 2019, Art. 107

¹⁴ Código Civil, Son causas de divorcio, 2019, Art. 110

matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio”¹⁵, estableciendo los siguientes efectos jurídicos, la parte actora dentro de un proceso de divorcio no podrá contraer matrimonio dentro del año siguiente tomando en cuenta la fecha en que la sentencia causo ejecutoria por el ministerio de Ley, de igual forma determina si el fallo emitido por el Juez, fue por la no comparecencia del demandado es decir en rebeldía demandado de igual forma no podrá contraer matrimonio en igual tiempo.

Las personas de estado civil divorciado, si su deseo el volver a contraer nuevas nupcias, tendrán que cumplir ciertos requisitos los mismos que se encuentra establecidos en el Código Civil.

4.2.4. Situación jurídica de los hijos cuyos padres se divorcian

El principal efecto jurídico son los derechos, deberes y obligaciones relativos a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión o limitación sin duda este efecto jurídico es crítico a la revisión de los principios constitucionales de la protección integral de derechos concibiendo a los menores como sujetos de derechos cuyo interés superior “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a la salud integral y nutrición; a la educación; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar”¹⁶ siendo lo más importante para el estado y la administración de justicia.

Otro punto, relevante habla sobre las guardas y custodias de los hijos, así como el régimen de visitas y la convivencia con el padre que no posea la tenencia aspectos sociales y sentimentales además de psicológicos en planos de crianza y manutención que debe ser aportado por varios padres y que tendrán que llegar a los consensos suficientes para poder organizarlos de la manera adecuada en que tanto la institucionalidad del estado tenga participación, pero esta no sea tan abrasiva tratando de exponer a los menores a posibles traumas en su realización.

¹⁵ Código Civil, El divorcio disuelve el vínculo matrimonial, 2019, Art. 106

¹⁶ Constitución de la República, Interés superior, Año 2008, Art. 44

La relación del pago de pensiones alimenticias que aseguren al menor el poder vivir en un ambiente sano, y en especial que se establezca la obligación parental de responsabilidad. Medidas de seguridad, prevención, y seguimiento, en casos de Violencia intrafamiliar, las cuales son aseguradas por el estado en caso de precautelarse el bien superior del niño, y de la madre que integraría un grupo vulnerable.

4.2.5. Definición de tenencia

Previo a iniciar un estudio jurídico de la «tenencia», materia de la presente unidad, es preciso identificar su definición y corrientes jurisprudenciales respecto a su importancia y trascendencia de ejercer este derecho los progenitores, cuando estos se encuentran inmersos en un proceso de divorcio y no han decidido bajo el cuidado de quien de los padres quedan sus hijos menores de edad.

Juan Pablo Cabrera, en su obra *Tenencia, Legislación, Doctrina y Práctica* hace alusión a López del Carril quien manifiesta “La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una “ocupación y posición actual y corporal de una cosa, si no que el vocablo “guarda” es el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple”.¹⁷ López aduce que la terminología tenencia no es la correcta, pues la terminología “guarda” jurídicamente es la adecuada por cuanto esta desde el punto de vista jurídico abarca la función de los derechos connaturales que les corresponde a los padres cuando sus hijos corporalmente quedan bajo su cuidado.

De lo dicho anteriormente por López de Carril, este manifiesta, la tenencia destina la guarda material y “consiste principalmente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo patria potestad.”¹⁸ facultándole ejercer derechos comunes que contienen la patria potestad.

Wallerstein y Blakeslee, aportan factores adicionales respecto de la tenencia manifestando “Cuando evocamos la palabra tenencia es porque entre padres e

¹⁷ CABRERA, Vélez Juan, *Tenencia, legislación, doctrina y práctica*, Año 2010, Pág. 01

¹⁸ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia*, 2010, Pág.280

hijos se verifica efectivamente una convivencia total o parcial.”¹⁹ acotando a esta terminología factores de cierta doctrina que clasifica a la tenencia en dos ejes, un primer en el sentido extenso o legal el mismo que implica (poseer los derechos particulares inherentes de la patria potestad); y, en segundo lugar, lo identifica en sentido exacto haciendo referencia a lo “físico” es decir, (tener a su hijo o hija consigo, constituyéndose este en su guarda titular), finalmente explica que la tenencia es y debe ser compartida, pero dada la realidad la “tenencia” o “guarda” es monoparental.

El tema tenencia o guarda como lo define López del Carril, al cual hace referencia el Dr. Juan Cabrera, en su obra Legislación, doctrina y práctica nace o surge a consecuencia de la terminación de la relación sentimental familiar entre padre y madre surgiendo el conflicto de que padre debe ejercer el derecho quedarse con sus hijos para este proporcionarle educación, vestimenta, salud y garantizar el efectivo goce de sus derechos acorde a su edad.

Comprendido el concepto de tenencia o guarda y los factores que dan lugar a esta situación jurídica debemos tener presente cuáles son sus características y así de este modo diferenciaremos a lo que se refiere cada terminología en el presente caso “Patria potestad, Tenencia y guarda”, para ello partiremos desde su definición básica recurriendo a su tipificación en el Código de la Niñez. “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”, ²⁰ así se entiende que la patria potestad no es otra cosa que los derechos y la facultad que la ley les concede a los padres, para que, estos garanticen y decidan sobre sus derechos y deberes de sus hijos menores de edad.

Augusto Belluscio, “Institución del derecho de familia encaminada más bien a la protección del hijo menor.”²¹ Respecto de lo citado la patria potestad de acuerdo Augusto Belluscio, es el conjunto derechos y deberes que el padre o la madre puede ejercer en relación a sus hijos menores de edad con relación a la persona

¹⁹ WALLERSTEIN – VLAKESLEE, Padres e hijos después del divorcio, Año 2010, Pág. 352

²⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, Procedencia de la tenencia, Año 2019, Art. 118

²¹ BELLUSCIO, Cesar Augusto, Derecho de Familia, 1981, Pág. 301

y sus bienes, cuando sus hijos son menores de edad y estos a su vez no son emancipados.

Respecto de la «Guarda», nuestra legislación no la ha establecido aún, pero partiremos de la conceptualización entregada por López del Carril y la relacionamos directamente con lo dicho por Eduardo Zannoni, entenderemos que la guarda se constituye “En términos generales puede afirmarse que los contenidos personales entre –o deberes derechos personales que la patria potestad importa- se traduce en la guarda.”²² Y, al constituirse en la guarda este conjunto de derechos, paralelamente y obligatoriamente nace para los padres la obligación de hacer efectivo el goce de los derechos de sus hijos menores y colateralmente nace deberes y obligaciones respecto de sus hijos no emancipados.

Finalmente la guarda se constituye en un encargo de los hijos menores a sus padres, mismo que está orientado a la crianza y protección de ellos; en términos sencillos la guarda no es más que la figura jurídica o acepción que se constituye en la obligación jurídica que tienen los padres de proteger a sus hijos no emancipados o incapaces.

Tenencia, en el mismo sentido partiremos desde su conceptualización establecida previamente en el Código de la Niñez y Adolescencia “confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad,”²³ de conformidad a la doctrina emitida por el Dr. Juan Cabrera establece la tenencia “consiste en otorgarle el cuidado permanente del menor a uno de sus padres”²⁴ ; ante esa conceptualización surge una discrepancia jurídica determinada en nuestra legislación ya que el artículo 119 del Código de la Niñez habla respecto de la modificación de la resolución en materia de tenencia y en su inciso final claramente se refiere al cambio de tenencia, es decir nuestra legislación puede otorgar la tenencia permanente aún progenitor, pero como esta

²² ZANNONI, Eduardo, Derecho de familia, Año 1981, Pág. 711

²³ Código de la Niñez y Adolescencia, Procedencia de la tenencia, Año 2019, Art. 118

²⁴ CABRERA, Vélez Juan, Tenencia, legislación, doctrina y práctica, Año 2010, Pág. 06

resolución no causa ejecutoria por regla general puede ser cambiada a su otro progenitor siempre y cuando este garantice el mejor cuidado de su hijo.

Siguiendo con la conceptualización de tenencia Mauricio Mizrahi lo entiende como “la efectiva convivencia de padre e hijo o madre e hijo”, sin embargo este autor establece que llamarlo tenencia y resistirnos a reconocer otra terminología enmarca un peligro en derecho y es por esta razón que únicamente conocemos a la tenencia o guarda y este se refiere a la convivencia bajo el cuidado del padre o madre que queda el hijo cuando se trata de sus hijos menores de edad.

Así, comprendemos y diferenciamos las conceptualizaciones de patria potestad, guarda y tenencia, concluyendo que las tres terminologías jurídicas están orientadas al encargo de sus hijos menores de edad y la adquisición de la obligación que tienen sus padres para garantizar la crianza y que sus hijos y estos gocen de sus derechos inherentes a su edad.

4.2.6. Requisitos y procedencia para demandar la tenencia

Previo a citar los requisitos respecto de la tenencia en nuestro ordenamiento jurídico, citaremos al maestro Rubén Aguirre quien manifiesta que la tenencia debe cumplir requisitos indispensables como “ser libre y espontánea, no debe ser remunerada, es un derecho que tienen todas las personas, es única ya que puede solicitarlo el otro cónyuge, está dirigida única y exclusivamente para los menores de edad y sólo los familiares pueden solicitar la tenencia.”²⁵

a. Al referirse, que la tenencia debe ser libre y espontánea, esta implica que nadie bajo ningún concepto puede obligar a uno de los progenitores (padres) a interponer una demanda exclusiva de tenencia ante el Juez de la Niñez, ya que el padre que desea proteger, criar y garantizar los derechos inherentes de su hijo menor de edad deber ser porque su deseo es convivir con él y no por presión De ninguna naturaleza.

b) Como se ha explicado al ser libre y espontánea la petición del progenitor de ejercer la tenencia respecto de sus hijos no emancipados sin presión de ninguna

²⁵ RUBÉN, Aguirre Enrique La tenencia de menores en el Ecuador, Año 2017, Pág. 36.

naturaleza esta no debe ser remunerada bajo ningún concepto, pero si está facultado legalmente para disponer de los frutos que ocasionen determinados bienes, así, de este modo garantizara el desarrollo de sus hijos menores.

c) Al enunciar que es un derecho que tienen todas las personas; se refiere única y exclusivamente a sus familiares o a quienes tienen parentesco consanguíneo con los menores, puesto que no se le puede conferir legalmente la tenencia a quien no es familiar o tenga un lazo familiar-sanguíneo.

d) El requisito o característica esencial para solicitar la tenencia; es que, legalmente le corresponde solicitar a uno de los cónyuges o ex cónyuges, respecto solo de sus hijos no emancipados menores, y bajo ninguna circunstancia se concederá la tenencia a Instituciones públicas y peor aún a instituciones privadas.

Nuestra legislación respecto de la tenencia de los hijos menores, a preestablecido requisitos mínimos que se encuentran tipificados en el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 “confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores.”²⁶ y, se regirá bajo las reglas del artículo 106, “el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas”²⁷ del mismo código antes anunciado, el Juez de la Niñez, inmediatamente después de escuchar al niño, niña o adolescente en observar:

1. Respetará el acuerdo de sus progenitores siempre que no perjudique y al contrario garantice el efectivo goce de los derechos de sus hijos;
2. Si no existe acuerdo de los progenitores o lo acordado entre ellos obstaculiza el interés superior de sus hijos, la patria potestad de los menores de doce años

²⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, Procedencia de la tenencia, Año 2019, Art. 118

²⁷ Código de la Niñez y Adolescencia, Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, Año 2019, Art. 106

se confiará a la madre, con la excepción que se pruebe violación a los derechos sus hijos;

3. Cuando los hijos han cumplido doce años, se confiará al padre que demuestre mayor madurez psicológica y estabilidad la patria potestad;

4. Cuando los padres estén en iguales condiciones para ejercer la patria potestad, se antepondrá a la madre, de igual forma esta preferencia no debe afectar a sus hijos menores. Las causales 5 y 6 serán analizadas a posterioridad.

Como se ha explicado con anterioridad las resoluciones en materia de tenencia no causan ejecutoria por lo que cualquier momento pueden ser modificadas de conformidad al artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia “El Juez podrá alterarlas en cualquier momento”,²⁸ siempre que estos no perjudiquen la estabilidad psicológica de los hijos y garantice la no vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales.

El estado ecuatoriano, para interponer una demanda de tenencia de un hijo o hijos menores este trámite se lo sustanciara en procedimiento sumario de conformidad al artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en concordancia con el artículo 333 del mismo Código, en este procedimiento el aponderador de justicia tendrá en cuenta razones que ocasionen o puedan alterar la estabilidad psicológica, física del menor, teniendo la encargo de cautelar los derechos de los menores.

Según el portal revista judicial Derecho Ecuador, “tenencia es la permanencia física del menor junto a sus padres.”²⁹ a esta conceptualización ha exclamando de no existir un acuerdo conciliatorio entres sus progenitores respecto de la tenencia de los hijos menores dentro de un proceso litigioso el Juez, apreciara el tiempo de permanencia del menor con el padre que hubiere convivido mayor tiempo encomendando su cuidado a dicho progenitor; y, de manera preferencial

²⁸ Código de la Niñez y Adolescencia, Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia, Año 2019, Art. 119

²⁹ www.derechoecuador.com/ec

y esencial elegirá a la madre para encargar el cuidado de sus hijos menores sin distinguir su sexo en cuanto a los que no han cumplido doce años de edad, de conformidad al artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, concomitantemente el mismo enumerado enuncia los hijos púberes elegirán al progenitor con el cual desean permanecer.

4.2.8. Régimen de la tenencia en el derecho comparado Latinoamérica

La tenencia, al ser una figura jurídica compleja por su terminología y la misma que en esencia establece que no es otra cosa que el «encargo que la Ley les confiere de sus hijos menores de edad a uno de sus progenitores», es por ello que en la presente unidad se estudiara la tenencia en diferentes legislaciones de Sud América.

En esta unidad, específicamente analizaremos legislación de Chile y Perú, misma que nos permitirá conocer el enfoque y alcance de esta figura jurídica controversial contribuyendo su evolución o retraso en cuanto a nuestra legislación, puesto que se identificara su conceptualización, semejanzas, diferencias y el ámbito de su aplicación.

4.2.8.1. Chile. En la hermana República chilena la «tenencia», es conocida como “tuición”, y de conformidad al artículo 225 del Código Civil de Chile, “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”³⁰ el presente extracto del artículo 225 al compararlo con nuestra legislación y basada en las reglas determinadas para conferir la patria potestad de los hijos menores de doce años de acuerdo a nuestro Código de la Niñez y Adolescencia guarda similitud en cuando a conferirle la tenencia de los hijos menores a la madre de forma directa; la prelación que existe en cuanto a la madre, respecto del padre, a la hora de elegir el Juez con quien deben quedarse los hijos menores, la tuición en Chile y tenencia en Ecuador, la diferencia radica que el artículo 225 del Código Civil chileno fue reformado mediante Ley Núm. 20.680, con la esencia de resguardar los derechos de los hijos cuyo padres se han divorciado o se encuentran divorciándose, con fundamento en la corresponsabilidad parental,

³⁰ Código Civil Chile, Tuición, Año 2000, Art. 225

respecto de la tuición en igualdad reforma el artículo en mención quedando de la siguiente manera. “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”.³¹

Lo novedoso e innovador de la legislación chilena se encuentra en las reformas del Código Civil chileno, en los artículos 224 y 225 mismos que mediante Ley reformativa por un lado remplazan términos y por otro agregan ejemplo “responsabilidad parental”;³² de este modo deja de un lado el privilegio que sólo es la madre puede ejercer la tuición “tenencia” de sus hijos menores.

Se ha explicado la tuición en el Código Civil chileno, en este sentido es preciso identificar que es la tuición desde el punto de vista doctrinario para ello citare a Abeliuk Manasevich, quien establece “los términos de “tuición”, “cuidado personal”, “cuidado”, y “crianza y educación” eran sinónimos para el legislador, aquél fallo erraba en cuanto a la crianza y educación, ya que éstos no eran sinónimos del cuidado personal, sino eran aspectos que comprendía aquél.”³³ Abeliuk Manasevich aduce que la tuición, es el cuidado personalísimo compuesto de deberes y obligaciones, en proporción al cuidado, crianza, salud, corrección y educación de sus hijos menores.

4.2.8.2. Perú. En el estado peruano, se ha reformado el Código de los Niños y Adolescentes los artículos 81 y 84 respecto de la tenencia mediante Ley No. 29269 incorporando la figura de la tenencia compartida, “La tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo, o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”,³⁴ en este sentido, respecto de la tenencia se evidencia una tipificación igualitaria en relación a los dos progenitores sin anteponer el privilegio a ninguno de los padres.

³¹ Código Civil Chile, Tuición, Año 2019, Art. 225

³² https://www.juiciochile.cl/servicio_tuicion-o-cuidado-personal

³³ ABELIUK Manasevich, René, La Filiación y sus efectos, Año 2015. Pág. 98,99 y 100

³⁴ Código de los Niños y Adolescentes Perú, Tenencia, Año 2019, Art. 81

En cuanto a las reglas para conferir la tenencia de los hijos menores a diferencia de nuestra legislación que establece seis, en el estado peruano se determinan tres siendo estas puntuales y de manera igualitaria “a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable; b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y, c) Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas”,³⁵ de lo citado se desprende, de estas tres reglas, dos son específicas en igualdad hacia los progenitores quienes reclamen la tenencia de sus hijos, no siendo así, el literal b) el cual da un privilegio específico respecto de los hijos menores de tres años, ha esta excepción se le debe atribuir una posible lectura de parte del legislador, que un niño menor de tres años, por su edad estará mejor con su madre que con el padre, ahora bien observemos que pasaría si la madre es irresponsable, se estaría dejando en un estado de vulneración al niño.

En la presente unidad hemos citado dos legislaciones diferentes a la de nuestro estado las cuales determinan cierta terminología respecto de que significa y abarca la figura jurídica de la «tenencia», en el estado chileno se le conoce como «tuición», en el estado peruano a igual que el nuestro se le atribuye tenencia, juristas como López del Carril aduce que el termino tenencia es incorrecto ya que lo adecuado jurídicamente debe ser custodia, en resumen las terminologías arrojan que la tenencia o llámeme “custodia” o “tuición” tiene por objeto, garantizar, “los progenitores a los cuales se les ha encomendado el cuidado de sus hijos menores tienen la obligación jurídica y moral de educarlos, corregirlos y velar por el efectivo goce de sus derechos y de más específicos acorde a su edad”.

4.2.9. Reglas de la tenencia en el código de la niñez y adolescencia

Como ya se ha explicado la tenencia tiene por objeto de acuerdo a nuestro Código de la Niñez y Adolescencia conferir el cuidado de sus hijos menores a uno de los progenitores sin distorsionar el ejercicio de la patria potestad y para

³⁵ Código de los Niños y Adolescentes Perú, Tenencia, Año 2019, Art. 84

ello se observara las reglas determinada en el artículo 106 de la misma norma enunciada.

Nuestro estado ha previsto seis numerales respecto de las reglas que observara el Juez al momento de conferir la patria potestad y estas mismas serán observadas de igual forma para conferir la tenencia de los hijos menores en concordancia con el artículo 307 del Código Civil.

Como regla general el Juez, “respetara” el acuerdo al que han llegado los progenitores respecto de sus hijos, siendo obligación del Juez, verificar que este acuerdo no afecte los derechos de los menores.

Como segunda regla, nuestra legislación ha determinado “de no existir acuerdo” o si lo acordado entre los padres afecta, disminuye o resta el interés superior del niño, será requisito sine qua non, los niños que no han cumplido doce años permanecerán con la madre, dejando la salvedad “si se demuestra que este encargo perjudica o afecta el interés superior de sus hijos no se confiara la tenencia de sus hijos”.

De su parte la tercera regla ha establecido, los hijos que han cumplido doce años el cuidado se les encomendara a los progenitores que demuestren mayor grado de madures y estabilidad Psicológica.

En la cuarta regla se puede apreciar la igualdad de condiciones en requisitos para el otorgamiento de la tenencia del hijo menor; sin embargo existe preferencia hacia la madre estableciendo, si los dos progenitores demuestran madures y estabilidad Psicológica, el Juez preferirá a la madre, dejando la salvedad, de confirmar que se afecta al interés superior del hijo no se le confiara.

El legislador a fin de proteger la integridad de los hijos menores ha previsto que bajo ningún concepto encargara el cuidado de sus hijos al progenitor que se halle inmerso en las causales del artículo 113 del mismo Código, estas causales implican 1. Maltrato físico, psicológico reiterado, 2. Abuso sexual, 3. Explotación sexual, laboral, 4. Demencia, 5. Falta de interés en mantener relaciones

parentales, 6. Incumplimiento de los deberes de la patria potestad, 7. Inducir a la mendicidad a sus hijos.

Se ha determinado en la regla seis, si los dos progenitores se encuentran inhabilitados, el Juez designara un tutor de conformidad a las reglas previamente citadas; y, finalmente el Juez escuchara en audiencia reservada a los hijos menores de doce años valorando su deseo de permanecer con el progenitor, valorando el criterio del porque es su deseo de vivir con dicho progenitor, por otro lado, lo manifestado por quienes han cumplido doce años será obligatorio para el Juez, siempre y cuando se demuestre que esta decisión no afecte a su desarrollo.

4.2.10. El derecho del menor frente a tenencia

El artículo 44 de nuestra Constitución, se refiere “se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”³⁶ Subsiguientemente el artículo 45 “tienen derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, ser consultados en los asuntos que les afecten”³⁷ estos artículos de nuestra norma suprema tiene estrecha e íntima relación con el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño, “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”³⁸

A entender, el artículo 44 de nuestra Constitución determina el principio de interés superior de niñas niños y adolescentes, subsiguientemente el artículo 45 se refiere a los derechos de los cuales son titulares las niñas, niños y adolescentes entre ellos tenemos “ser consultados en asuntos que los afecten, tener una familia y disfrutar de su convivencia”, y el artículo 9 de la Convención de los derechos de los niños manifiesta, los niños no deben ser separados de sus padres contra su voluntad, estos tres artículos hacen referencia exclusiva a garantizar el efectivo goce de sus derechos de acuerdo a su edad, en el presente caso se refiriera a elegir libremente sin presión con que progenitor desea vivir.

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, principio de su interés superior, Año 2008, Art. 44

³⁷ Constitución de la República del Ecuador, Las niñas, niños y adolescentes, Año 2008, Art. 45

³⁸ Convención sobre los derechos del niño, Año 2019, Art. 09

Dicho esto, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en las reglas determinadas en el artículo 106 ha establecido en su inciso final, los hijos menores de doce años serán escuchados y su opinión será valorada, al momento en que, el, “Juez resuelva su situación de permanecer con el progenitor que elija”, esta opinión del hijo deberá ser tomada en cuenta bajo los parámetros de su madurez psicológica y estabilidad emocional con la que exprese el hijo el deseo de permanecer junto a la madre o padre; por otro lado los que han cumplido doce años su deseo de permanecer con el progenitor será de obligatoria aceptación para el Juez, con la salvedad que si esto perjudica para su pleno desarrollo no será valorada su opinión por el Juez.

4.2.11. El derecho del padre a ejercer la tenencia sin discriminación

Ecuador país constitucional de derechos, conforme lo determina su artículo uno, define Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia”³⁹ y, el ejercicio de sus derechos se regirán bajo el principio de igualdad “Nadie podrá ser discriminado por razones de edad, sexo (...)” garantizando de este modo el efectivo goce de los derechos en estado de igualdad a todos sus ciudadanos e inclusive a extranjeros residentes y quienes están de paso por nuestro país.

Con este preámbulo, al hablar de las reglas determinadas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto del otorgamiento de la patria potestad y la tenencia, anteponer de forma directa el encargo a la madre de los hijos que no han cumplido doce años, pone al padre en estado de discriminación y desigualdad frente a la ley, pues el siguiente extracto así lo ratifica, “salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija”.⁴⁰

Según la regla segunda del artículo 106, no garantiza el derecho de igualdad frente aún juicio de tenencia, si desglosamos esta regla claramente se evidencia la falta de igualdad y la discriminación en la que recae el padre «a falta de

³⁹ Constitución de la República del Ecuador, Principios fundamentales, Año 2008, Art. 1

⁴⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, Año 2019, Art. 106. Núm. 2

acuerdo», «los que no han cumplido doce años se confiará a la madre», debemos tomar en cuenta que dicha regla también ha dejado una excepción «salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo », esta salvedad no implica que el padre goza del derecho a la igualdad, más al contrario de evidencia que el padre viene a ser el suplente a la hora de ejercer la tenencia de sus hijos menores.

En igual concordancia la regla cuarta del mismo artículo enunciado previamente ratifica nuevamente la discriminación en la que recae el padre observemos “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones”, en este sentido se aprecia que padre y madre están aptos para cuidar de su hijo, entonces porque el legislador discrimina al padre al poner la siguiente condición “se preferirá a la madre”, con esta cita lo que se evidencia es la discriminación hacia el padre, surgiendo una interrogante ¿Por qué la madre?, si al igual que ella el Juez también se cercioro que el padre también puede atender y cuidar bien de mi hijo.

Respecto de la discriminación en la que recae el padre en un juicio de tenencia citaremos un extracto de la demanda de inconstitucional de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia “una distinción entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia”.⁴¹ Con esta cita, respondemos la interrogante ¿Por qué la madre?, si al igual que ella, el Juez, se cercioro que el padre puede atender y cuidar bien de su hijo.

Esta preferencia basada en el estereotipo, el hijo tendrá un mejor cuidado con su madre que con su padre rompe nuestro estado constitucional de derechos; y, en ciertos casos, elegir a la madre en derecho preferente puede afectar gravemente el interés superior del hijo, pues el hecho de ser mujer no quiere decir que sea mejor que el padre, en cuanto a cuidar de sus hijos se refiere.

⁴¹ Demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez, propuesta por Farith Simon, Daniela Salazar, Andrea Muñoz Saritama, Adriana Orellana Ubidia, presentada el 1 de abril de 2015, párr. 18.

Al escuchar, Estado constitucional de derechos y justicia, lo primero que pensamos, es que existe una legislación que garantizara el ejercicio de los derechos en igual de oportunidades y condiciones, donde sus Códigos, Leyes y Procedimientos rigen para los ciudadanos en igualdad, lo que no sucede en nuestro Estado, como ya se ha explicado, el Juez, al aplicar las reglas generales del artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia la frase «los que no han cumplido doce años se confiará a la madre» y “se preferirá a la madre”, se aprecia como el padre acarrea una discriminación Legal, si partimos desde este estereotipo se evidencia como nuestra legislación tiene preferencia con la madre con el erróneo pensamiento de precautelar el interés y bienestar del niño, lo cual da apertura nuevas violaciones a nuestra Constitución en los artículos 19, 44, 45, 69 numeral 5, 83 numeral 16 y 333.

Los numerales 2 y 4 respectivamente del artículo 106 del Código de la Niñez anteponen la preferencia a la madre en cuanto al otorgamiento de la patria potestad y tenencia a la madre, sin embargo deja una salvedad de no aplicar cuando se pruebe que es perjudicial para el interés del niño.

La finalidad de garantizar la igualdad del padre en cuanto a la tenencia de sus hijos menores conlleva a presentar una reforma a los numerales 2 y 4 del artículo 106, dichas reformas está orientada a eliminar la preferencia y valorar los contextos concretos de cada caso, con el cual el Juez, analizando las circunstancias podrá elegir al progenitor más adecuado para cuidar de sus hijos.

Elegir a la madre por el hecho de ser mujer al momento de otorgar la tenencia, no implica o garantiza el bienestar del hijo o hijos, pues la decisión de otorgar la tenencia exclusiva a uno de los padres debe estar antecedida por un examen de los contextos para caso, esta decisión debe estar bajo el amparo del Equipo Técnica, cuyos informes deben estar apropiadamente motivados en la unión de indicios reales y probatorios ya que valoración del Informe Técnico tiene efecto probatorio trascendental en este tipo de procesos.

La preferencia que nuestra legislación le confiere a la madre para ejercer la tenencia de los hijos menores de doce años es improporcional, discriminatoria y

rompe el principio de igualdad porque eterniza un estereotipo preferente a las mujeres lo cual es incompatible a garantizar el interés superior del niño, y en esencia atenta de forma directa contra el principio de igualdad y discrimina al padre, ejerciendo un desplazamiento en los inicios de la vida de su hijo, poniendo al padre en la figura de apoyo económico y limitándolo en posibilidad de asumir la tenencia exclusiva de sus hijos menores de 12 años.

Por ello; y, con los antecedentes expuestos, Farith Simón interpuso demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia por ser discriminatorios y atentatorios con el derecho a la igualdad del padre, ya que al establecer un favoritismo infundado hacia la madre se perpetua en nuestro estado la imagen habitual de que el cuidado de los hijos menores de edad le corresponde única y exclusivamente a la madre.

Chile y Perú respectivamente, como se ha expuso y analizado su legislación luego de identificar la discriminación en la que recaían los padres al momento de demandar la tenencia de sus hijos menores, reformaron sus códigos respecto de la tenencia, ejemplo en Chile se reformo el artículo 225 del Código e Civil quedando de la siguiente manera “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”⁴² actualmente reformado se tiene. “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”.⁴³

Perú, respecto de la igualdad de los padres, en cuanto a resolver la tenencia de los hijos menores reforma el Código de los Niños y Adolescentes en los artículos 81 y 84 incorporando la figura de la tenencia compartida, “la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente.”⁴⁴ en relación a la (madre y padre), el Estado peruano ha establecido igualdad entre ellos, ya que si no están de

⁴² Código Civil Chile, Tuición, Año 2000, Art. 225

⁴³ Código Civil Chile, Tuición, Año 2019, Art. 225

⁴⁴ Código de los Niños y Adolescentes Perú, Tenencia, Año 2019, Art. 81

acuerdo y si dicho acuerdo es perjudicial, se dictaran medias que garantice el interés superior del niño y este caso será sometido y resuelto por el Juez, y no solo eso a diferencia de nuestro estado cuando se trate de común acuerdo; dicho acuerdo al que han llegado los padres en cuanto a la tenencia de sus hijos, el hijo deberá expresar su deseo de aceptar el acuerdo o no al que han llegado sus padres de los padres.

Con todos estos antecedentes expuestos, con notoriedad en dos legislaciones similares a la nuestra con variación de terminología pero en esencia lo que buscan es garantizar estabilidad de los hijos cuando sus padres se hayan separado o se estén separando, lo que se busca es alcanzar la igualdad en cuanto a tener mismas oportunidades que la madre al momento de reclamar la tenencia de los hijos menores, en nuestro Estado al primar el derecho constitucional, bajo ningún precepto puede permitir que el padre solo sea el que aporta económicamente para el desarrollo del hijo, sino que también debe ser tomado en cuenta en igualdad a la madre para ejercer la tenencia de sus hijos menores, ya que nuestra legislación única y exclusivamente ha dejado la salvedad si fuere perjudicial para el niño o adolescente.

2.2.11. Análisis caso práctico

Con el fin de justificar la vulneración del derecho constitucional a la igualdad en el otorgamiento de la tenencia de forma directa a la madre a los hijos menores de 12 años cuando los progenitores no se han puesto de acuerdo a continuación se realiza el análisis del presente caso.

El presente caso se sustancio en la ciudad de Guayaquil dentro de un divorcio controvertido por la causal 3 del artículo 110 del Código Civil esto es falta de armonía, el día de la respectiva audiencia los comparecientes en la etapa de conciliación aceptan dar por terminado el vínculo matrimonial, en cuanto a la tenencia de los hijos menores de edad los comparecientes no llegaron a un acuerdo por lo que el Juez en estricto apego al artículo 106 numeral 2 del Código de la Niñez le encarga la tenencia a la madre.

De lo manifestado se colige que el Juez A quo, sin observar y considerar el último inciso del artículo 106 del Código de la Niñez esto es escuchar a los niños es en audiencia reservada encargo la tenencia a la madre.

Se puede apreciar notablemente la forma directa en la que se vulnera el derecho del padre a ejercer la tenencia respecto de sus hijos menores de 12 años, siendo que este se encontraba en las mismas condiciones para ejercer la tenencia de sus hijos, a lo cual se advierte que es obligación moral más que legal que tanto el padre como la madre deben ayudar en la crianza de sus hijos y no por la pugna entre los padres por causarse daño se afecte a los hijos, como se lo ha hecho en el presente caso.

5. Metodología

En la realización del presente trabajo investigativo tiene su fundamento en el método científico, mismo que se encuentra asistido de técnicas y un conjunto de procedimientos los cuales han sido empleados con el objetivo de producir el discernimiento basado en una secuencia progresiva de etapas con el fin de obtener o alcanzar un conocimiento seguro desde la premisa científica, con la ayuda de instrumentos confiables, con la intención de buscar respuestas a los problemas determinados acorde a la realidad.

5.1. Método

En el desarrollo de la presente investigación se empleó el método inductivo, analítico y descriptivo mismo que permitieron alcanzar los objetivos planteados y de esta forma alcanzar resultados verídicos mediante el empleo de los métodos enunciados previamente.

5.1.2. Método Inductivo. Este método proporcionó a la investigación instrumentos fiables que permitió estudiar el problema mediante un procedimiento secuencial lógico general lo cual determino una conclusión universal del problema planteado.

5.1.3. Método Analítico. El empleo de este método tuvo por objeto conferirle al investigador estudiar el problema de forma particular para subsiguientemente fundar conclusiones de manera general, la utilización de este método permitió analizar el reconocimiento y progresividad que ha tenido el derecho a ejercer la tenencia por los progenitores en nuestra legislación dentro del contexto constitucional, legal y procesal logrando alcanzar una comprensión prolongable de la tenencia.

5.1.4. Descriptivo. La esencia misma del empleo de este método permitió al investigador en el desarrollo de la investigación identificar con certeza las causas que provocan el desacuerdo entre los progenitores respecto de la tenencia de sus hijos.

5.2. Enfoque de la investigación

El enfoque dentro de la presente investigación se constituyó en un proceso ordenado, cuidadoso, fiscalizado y directamente relacionada al método inductivo generalmente el cual está asociado íntimamente con la investigación cualitativa que radica en partir de los casos particulares y subsiguientemente a la generalización; y, por otro lado el empleo del método deductivo, básicamente está asociado a la investigación cuantitativa es lo contrario del método deductivo es decir va de lo general a lo particular.

5.2.1. Tipo de investigación

En la realización de esta investigación se ha empleado o se ha requerido utilizar los siguientes tipos de investigación:

5.2.2. Documentación Bibliográfica. En el desarrollo de la presente investigación se aplicó en su ejecución el manejo de documentos físicos dentro de ellos (jurisprudencia respecto del derecho a la tenencia igualitaria o compartida, libros, códigos, legislación comparada latinoamericana y “sitios web”), que sirvieron de fuente en el presente trabajo.

5.2.3. Investigación exploratoria. Este tipo de investigación implicó directamente la necesidad de trasladarme al lugar donde nace el problema respecto de las causas que provocan el desacuerdo entre los progenitores a la hora de ponerse de acuerdo respecto de la tenencia de sus hijos.

5.2.4. Investigación descriptiva. La utilización de este método permitió realizar una investigación progresiva, sistemática y controlada a fin de determinar la vulneración del derecho a la igualdad, cuando el Juez entrega la tenencia de los hijos menores de doce años a la madre, descripción que se obtuvo a través del análisis profundo sentencia dictada por el Juez de la Familia.

5.3. Diseño de la investigación

La investigación desarrollada mantiene una característica propia que le permite al investigador por su naturaleza fundamentar su trabajo en la investigación no experimental manteniendo presente que el problema fue estudiado dentro de su entorno propio sin que exista o medie intencionalmente la manipulación de las variables.

5.4. Población y muestra

5.4.1. Población

La población comprometida y que fue empleada en la realización de la presente investigación consta de un universo de un total de 17 involucrados, que se refleja en el siguiente cuadro representativo.

Tabla No. 1- Población

POBLACIÓN	NÚMERO
Abogados en libre ejercicio.	17
TOTAL	17

FUENTE: Consejo de la Judicatura

AUTOR: García Castelo Milton.

5.4.2. Muestra

Por cuanto la población involucrada en la presente investigación no es extensa; y, esta se encuentra constituida por su universo de 17 participantes se procederá a trabajar con la totalidad no siendo necesario obtener una muestra.

5.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

En la elaboración del presente trabajo investigativo fue de suma importancia realizar una recolección de información en lo pertinente al problema planteado el mismo que se investigó mediante el empleo y utilización de las siguientes técnicas e instrumentos:

5.5.1. Encuesta. Esta técnica permitirá obtener información y establecer la vulneración del derecho a la igualdad, cuando el Juez entrega la tenencia de los hijos menores de doce años a la madre, constituyéndose la encuesta una técnica de investigación que se utiliza con el fin de conocer observaciones y criterios de las personas involucradas en el transcurso del proceso investigativo, en nuestro caso la encuesta se aplicó a los abogados en libre ejercicio y población en general.

6. Técnicas de procesamiento e interpretación de datos

El procesamiento de datos, análisis y de igual forma la información obtenida, para su procesamiento se ha utilizado diferentes técnicas las cuales presentan características lógicas, que están compuestos por cuadros y gráficos actualizados con información estadística; exponiendo resultados de manera simple ayudando a su fácil conocimiento.

7. Resultado y discusión de datos

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA

Pregunta 1.

¿Cree usted que el Juez debe escuchar al menor antes de conferir la tenencia a la madre?

Tabla No.2

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	12	95%

No	5	5%
Total	17	100%

Fuente: Encuestas

Realizado por: García Castelo Milton Gonzalo.

Gráfico No. 1.



Interpretación. El 95% de los encuestados, esto es abogados en libre ejercicio, en cuanto a la pregunta si el juez debe escuchar al niño antes de conferirle la tenencia a la madre, afirman que es indispensable escucharlo ya que no siempre la madre por el hecho de ser mujer puede cumplir con el rol de responsabilidad y es el niño quien debe decidir con cual padre vivir siempre su decisión no se encuentre inducida.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA

Pregunta 2.

¿Cree usted que el padre está en la misma condición que la madre de cuidar a su hijo?

Tabla No.3.

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	10	80%
No	7	20%

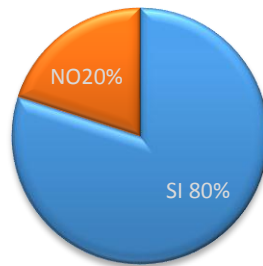
Total	17	100%
--------------	----	------

Fuente: Encuestas

Realizado por: García Castelo Milton Gonzalo

Gráfico No. 2.

EL PADRE ESTÁ EN LA MISMA CONDICIÓN DE CUIDAR A SU HIJO



Interpretación. El 80% de los encuestados, esto es abogados en libre ejercicio, en cuanto a la pregunta si el padre está en la misma condición de cuidar a su hijo en uniformidad contestan que sí, indicando y resaltando que al igual que las madres los padres, no todos son responsables por ello al igual que la primera pregunta es indispensable escuchar al niño ya que de esta forma se establecerá con quien debe quedarse a vivir encargando al que mejor responsabilidad represente.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA

Pregunta 3.

¿Cree usted que el hijo menor de edad puede ser afectado psicológicamente al obligarle ir con la madre si este no desea?

Tabla No.4.

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	100%
No	0	0%
Total	17	100%

Fuente: Encuestas
 Realizado por: García Castelo Milton Gonzalo

Gráfico No. 3.



Interpretación. El 100% de los encuestados, esto es abogado en libre ejercicio, en cuanto a la pregunta si el hijo menor de edad puede ser afectado psicológicamente al obligarle ir con la madre, manifiestas que por su experiencia profesional son gravemente afectados no sólo en su psiquis si no en su integridad física ya que emocionalmente no están con el progenitor que si les protege.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA

Pregunta 4.

¿Piensa usted que los padres que se encuentran separados tiene los mismo derechos sobre sus hijos?

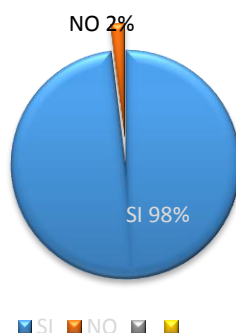
Tabla No.5.

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	15	98%
No	2	2%
Total	17	100%

Fuente: Encuestas
 Realizado por: García Castelo Milton Gonzalo

Gráfico No. 4.

LOS PADRES QUE SE ENCUENTRAN SEPARADOS TIENE LOS MISMO DERECHOS SOBRE SUS HIJOS



Interpretación. El 98% de los encuestados, esto es abogados en libre ejercicio, en cuanto a la pregunta si padres que se encuentran separados tiene los mismo derechos sobre sus hijos, aportan de manera precisa aduciendo que, padre y madre tienen la corresponsabilidad de ser parte fundamental en la educación y crianza de sus hijos y el estar separados no implica dejar de un lado dicha responsabilidad.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA

Pregunta 5.

¿Cree usted que otorgarle la tenencia del hijo a la madre violenta el derecho de igualdad respecto del padre?

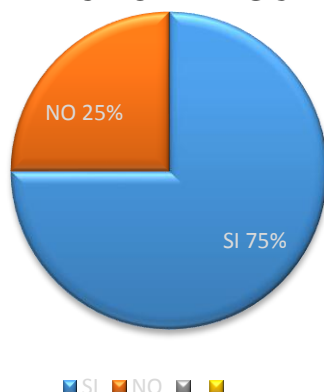
TABLA No.6.

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	10	75%
No	7	25%
Total	17	100%

Fuente: Encuestas

Gráfico No. 5.

LA TENENCIA DEL HIJO A LA MADRE VIOLENTA EL DERECHO DE IGUALDAD



Interpretación. El 75% de los encuestados, esto es abogados en libre ejercicio, en cuanto a la pregunta si otorgarle la tenencia del hijo a la madre violenta el derecho de igualdad, aportan de manera precisa aduciendo que, padre y madre tienen la corresponsabilidad de ser parte fundamental en la educación y crianza de sus hijos y el estar separados no implica dejar de un lado dicha responsabilidad.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS A EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA

Pregunta 6.

¿Cree usted que la aplicación de la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños?

Tabla No.7.

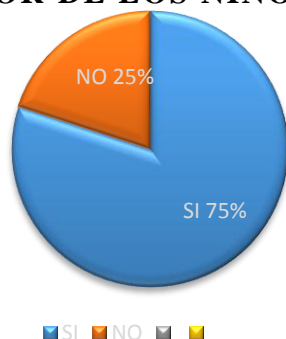
Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	10	75%
No	7	25%
Total	17	100%

Fuente: Encuestas

Realizado por: García Castelo Milton Gonzalo.

Gráfico No. 6.

LA CUSTODIA MONOPARENTAL VULNERA EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS



Interpretación. El 75% de los encuestados, esto es abogados en libre ejercicio, en cuanto a la pregunta la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños, manifiestan los padres somos los principales actores en cuanto a la educación de nuestros hijos y por ende la custodia – monoparental, afecta gravemente a nuestros hijos ya que se verán obligados a compartir con un solo progenitor cuando lo real y adecuado debería ser que papá y mamá comparta esa responsabilidad.

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA

Pregunta 7.

¿ Cree usted necesario hacer una reforma al numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia donde se incorpore “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre o al padre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija?

Tabla No.8.

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	100%
No	0	0%
Total	17	100%

Fuente: Encuestas

Realizado por: García Castelo Milton Gonzalo

Gráfico No. 7.

REFORMA AL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA



Interpretación. El 100% de los encuestados, esto es abogados en libre ejercicio, en cuanto a la pregunta reforma al numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de garantizar la igualdad consagrada en la Constitución de la república se debe reformar el numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez estableciendo que tanto madre y padre pueden ejercer las mismas obligaciones y responsabilidades y que mejor que la tenencia de los menores de 12 años sea considerada para los dos progenitores de manera igualitaria.

8. Desarrollo de la propuesta

Ecuador a lo largo de su historia ha sido un estado legalista, en 2008 entra en vigencia una nueva Constitución, pasando así de un estado sumamente legalista a un estado constitucional de derechos y justicia, como así reza el artículo 1 de la norma antes invocada, entre uno de los deberes primordiales del estado es garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos en la Constitución.

Indudablemente hemos pasado de un estado patriarcal a una sociedad de equidad pues así lo establece nuestra constitución; se debe dejar como precedente que la constante lucha de las mujeres frente a la discriminación de la cual ha sido objeto por siglos alcanzado en la mayoría de los estados ganar notoriedad en la vida del estado y así sus derechos han sido ratificados, en los inicios de nuestra República la mujer no gozaba de derechos y su único oficio

era ser ama de casa y cuidar a sus hijos; y, en caso de un divorcio o separación así el padre no este apto para cuidado a sus hijos estos eran encargados al padre.

El Código Civil de 1860 le confería la patria potestad al padre por el hecho de ser el jefe de hogar, no es sino hasta el año de 1930 en la que cambia esta figura y se procede a regular la patria potestad a modo de un derecho en conjunto de los padres y finalmente en 1970 cuando se proceda a la separación de los cónyuges los hijos menores de edad pueden judicialmente seguir en el domicilio materno al cuidado y protección de la madre.

Es desde 1970 que los jueces miran que la permanencia de los hijos menores de edad esté bajo el cuidado de la madre teniéndola como la mejor opción para que el hijo pueda tener una buena educación, a la presente fecha como se evidencia en ciertos casos las madres no brindan esta garantía y por el contrario en esos casos es el padre quien está apto para cuidado de sus hijos, pero al aplicar la regla del artículo 106 numeral 2 del Código de la Niñez no solo que se vulnera el derecho de igualdad a que el padre pueda ejercer la tenencia de sus hijos sino que también es atentatorio al interés superior del niño ya que al no estar de acuerdo en cuanto a la tenencia entre sus progenitores por mandato legal los niños menores de 12 años irán con su madre.

CONSIDERANDO

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República determina. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia;

Que, el artículo 3 de la Constitución de la República determina. 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales;

Que, el artículo 11 de la Constitución de la República determina. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades;

Que, el artículo 44 de la Constitución de la República determina. 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; y,

Que, el artículo 45 de la Constitución de la República determina. Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. Y, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL NUMERAL 2 y 4 DEL ARTÍCULO 106 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Texto actual

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;

Refórmese por lo siguiente:

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 o al padre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

Texto actual

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

Refórmese por lo siguiente:

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

DISPOSICIÓN FINAL

La presente reforma al numeral 2 del artículo 106 del código de la Niñez y adolescencia entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito.

9. Conclusiones

Indudablemente el numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez, violenta el derecho a la igualdad del padre al otorgarle directamente el encargo de la tenencia de los hijos que no han cumplido 12 años a la madre, cuando estos se encuentran en un proceso de divorcio o separación.

El costumbrismo legal, conlleva a que ciertos operadores de justicia fallen a favor de la madre teniéndole como la mejor opción por el hecho de ser mujer, piensan que los niños estarán mejor con su madre y no con su padre lo cual atenta y afecta gravemente a los hijos cuando su deseo no es vivir con su madre.

En la elaboración del presente trabajo investigativo se ha identificado que nuestro estado mantiene una tenencia monoparental es decir que la tenencia sólo lo ejerce un padre, lo cual afecta de forma directa a los niños menores de 12 años.

Obligar a un niño o niña permanecer bajo el cuidado de su madre cuando este no lo desee afecta psicológicamente al niño en su desarrollo ya que emocionalmente no podrá estar tranquilo en un lugar que no desea.

10. Recomendaciones

Se recomienda a fin de garantizar el derecho a la igualdad que tienen los padres a ejercer el derecho a la tenencia de los hijos menores de 12 años cuando no se han puesto de acuerdo en un proceso de divorcio reformar el numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez.

El Concejo de la Judicatura debe impartir seminarios a los señores jueces de la Unidad Judicial de la Familia en cuanto a la actualización respecto de la tenencia compartida que existen en diferentes países de Latinoamérica y el mundo.

Previo a conferir el encargo de la tenencia de los hijos menores de 12 años a la madre, el juez a fin de garantizar el cuidado de los niños estos deberán ser escuchados en audiencia reservada por el juez; y, fundamentar su decisión en concordancia con los informes del equipo técnico con el objeto de evitar manipulación en la decisión del niño.

11. Bibliografía

ABELIUK Manasevich, René, La Filiación y sus efectos, Año 2015.

AGUIRRE, Rubén, La tenencia de menores en el Ecuador, 2017.

AGUIRRE, Aguirre, La Tenencia de Menores, 2017.

BORRAS, Rodríguez, Interés Superior de la Niñez 2005.

BELLUSCIO, Cesar Augusto, Derecho de Familia, 1981.

CAMACHO, Chavarría, Derecho sobre la familia y el niño, edición actualizada 2015.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, 2018

CABRERA, Vélez Juan, Tenencia, legislación doctrina y práctica, 2010

CHÁVEZ, Asencio Manuel, La familia en el derecho, 2017.

Demanda de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez, 2015.

GUERARDO, Aguirre, El matrimonio como contrato solemne, 2006.

GARCÍA, Falconí Ramiro, Divorcio por causales, 2015.

MERCÈ, Tabuenca, Todo sobre el divorcio y separación, 2016

WALLERSTEIN y Blakeslee, Tenencia 2010.

MOLINER, Rosa, La Familia como Espacio de Socialización de la Infancia. 2005.

RAMOS, Zabala, Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida los padres. 2014.

PAUNER, Cristina, Diálogos jurídicos España México, 2012.

SOLÍS, Ernesto, Libertad en el matrimonio y divorcio, 2012.

WALLERSTEIN – VLAKESLEE, Padres e hijos después del divorcio, Año 2010,
Legisgrafía

Constitución de la República del Ecuador. Quito-Ecuador corporación de estudios y publicaciones. 2008.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Quito: Corporación de Estudios y publicaciones. 2019.

Código Civil Quito: Corporación de Estudios y publicaciones. 2019.

Código Civil Chile, Tuición, Año 2000.

Código Civil Chile, Tuición, Año 2019.

Convención sobre los derechos del niño, Año 2019.

Código de los Niños y Adolescentes Perú, Tenencia, Año 2019.

Linkografía

<https://nhlegalaid.org/es/guias-de-autoayuda/familia/la-guardia/la-guardia-y-custodia-legal-de-menores>

https://www.juiciochile.cl/servicio_tuicion-o-cuidado-personal

www.derechoecuador.com/ec

Anexos

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO



FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

Fecha _____

Objetivo: Consultar mediante la presente encuesta a la población en general las causas que provocan el desacuerdo entre los progenitores respecto de la tenencia de sus hijos.

Instrucciones: Antes de contestar lea detenidamente la pregunta marque con una x la respuesta y fundamente el porqué de su respuesta.

1.- ¿Cree usted que el juez debe escuchar al menor antes de conferir la tenencia a la madre?

Si () no ()

Porqué _____

2.- ¿Cree usted que el padre está en la misma condición de cuidar a su hijo?

Si () no ()

Porqué _____

3.- ¿Cree usted que el hijo menor de edad puede ser afectado psicológicamente al obligarle ir con la madre si este no desea?

Si () no ()

Porqué _____

4.- ¿Piensa usted que los padres que se encuentran separados tienen los mismo derechos sobre sus hijos?

Si () no ()

Porqué _____

5.- ¿Cree usted que otorgarle la tenencia del hijo a la madre violenta el derecho de igualdad respecto del padre?

Si () no ()

Porqué _____

6.- ¿Cree usted que la aplicación de la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños?

Si () no ()

Porqué _____

7.- ¿Cree usted necesario hacer una reforma al numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia donde se incorpore "la patria potestad de los

que no han cumplido doce años se confiará a la madre o al padre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;”?

Si () no ()

Porqué _____
