



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**TÍTULO**

Efectos jurídicos de las resoluciones en los procesos de Tenencia Compartida

*Proyecto final de investigación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.*

**AUTORA**

KATHERIN DANIELA LATA LLAMUCA

**TUTOR**

DR. ALEX BAYARDO GAMBOA UGALDE

**AÑO**

2019



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**

**FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TITULO:**

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS RESOLUCIONES EN LOS PROCESOS  
DE TENENCIA COMPARTIDA**

Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo y ratificado con sus firmas.

**MIEMBROS DEL TRIBUNAL**

<b>TUTOR</b>	<u>10 (DIEZ)</u> Calificación	<u>[Firma]</u> Firma
<b>MIEMBRO 1</b>	<u>09</u> Calificación	<u>[Firma]</u> Firma
<b>MIEMBRO 2</b>	<u>09</u> Calificación	<u>[Firma]</u> Firma

**NOTA FINAL:** 9,33

## DECLARACIÓN DE TUTORÍA

DR. ALEX BAYARDO GAMBOA UGALDE

CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO, DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

### **CERTIFICO:**

Haber asesorado, revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo, del proyecto de investigación titulado EFECTOS JURÍDICOS DE LAS RESOLUCIONES EN LOS PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA, realizado por Katherin Daniela Lata Llamuca, por lo tanto, autorizo proseguir los trámites legales para su presentación.

Riobamba, diciembre de 2019

  
DR. ALEX BAYARDO GAMBOA UGALDE

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

Katherin Daniela Lata Llamuca, autora de la presente investigación, con cédula de ciudadanía No 060408675-1 libre y voluntariamente declaro, que el trabajo de titulación: EFECTOS JURÍDICOS DE LAS RESOLUCIONES EN LOS PROCESOS DE TENENCIA COMPARTIDA; es de mi plena autoría, original y no es producto de plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de la investigación científica y el patrimonio intelectual del trabajo investigativo pertenece a la Universidad Nacional de Chimborazo.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.



Katherin Daniela Lata Llamuca  
C.C. 060408675-1

**AUTORA**

## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento sincero primero a Dios y a la Universidad Nacional de Chimborazo por ser la institución que me ha formado durante toda mi carrera estudiantil; de forma especial mi gratitud al Dr. Alex Bayardo Gamboa Ugalde por su dirección en este proyecto de investigación.

Katherin Daniela Lata Llamuca

**AUTORA**

## **DEDICATORIA**

Mi dedicatoria está dirigida a mis padres, por su apoyo incondicional y por brindarme día a día todos los valores y principios para ser buena persona y por ende buena profesional.

Katherin Daniela Lata Llamuca

**AUTORA**

## ÍNDICE

DECLARACIÓN DE TUTORÍA .....	III
DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	IV
AGRADECIMIENTO .....	V
DEDICATORIA .....	VI
ÍNDICE.....	VII
RESUMEN.....	XIII
ABSTRACT.....	XIV
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
3. OBJETIVOS.....	4
3.1 General.....	4
3.2 Específicos .....	4
4. ESTADO DEL ARTE.....	4
5. MARCO TEORICO .....	6
CAPÍTULO I.....	6
5.1 LA FAMILIA .....	6
5.1.1 Definición, nuevas formas de familia .....	6
5.1.2 El niño en la familia.....	8
5.1.3 Interés superior del niño en la familia .....	9
5.1.4 Responsabilidad Parental .....	10
5.1.5 Corresponsabilidad Parental.....	11
5.1.6 El rol del Estado en la familia.....	12
5.1.7 El derecho de familia .....	13
5.1.8 Constitucionalización del derecho de familia .....	13

CAPÍTULO II.....	14
5.2 LA TENENCIA .....	14
5.2.1 Definición y características de la tenencia.....	14
5.2.2 Tipos de tenencia .....	16
5.2.2.1 Tenencia exclusiva .....	16
5.2.2.2 Tenencia repartida o alterna. ....	17
5.2.2.3 La tenencia compartida.....	17
5.2.3 Reglas para confiar el ejercicio de la tenencia según el Código de la Niñez y Adolescencia.....	17
5.2.4 Derecho del niño a ser oído .....	20
5.2.4.1 A qué edad hay que escuchar al niño .....	21
5.2.5 Derechos del niño vs responsabilidad parental .....	22
5.2.6 Aporte psicológico en casos de tenencia. ....	22
5.2.7 Niño objeto o niño sujeto de derechos. ....	23
5.2.8 Preferencia legal sobre la tenencia a la madre de niños menores de 12 años de edad. ....	25
5.2.9 Casos en los cuales se concede la tenencia en general. ....	26
CAPÍTULO III.....	27
5.3 LA TENENCIA COMPARTIDA .....	27
5.3.1 Definición .....	27
5.3.2 Características de la tenencia compartida. ....	28
5.1.3 Ventajas de la aplicación de la tenencia compartida. ....	30
5.3.3.1 La tenencia compartida garantiza el derecho a la convivencia familiar .....	30
5.3.3.2 La tenencia compartida favorece el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.....	32
5.3.4 Efectos jurídicos de la tenencia compartida. ....	33

5.3.5 Proyecto de Ley en la Asamblea Nacional .....	33
CAPÍTULO IV .....	36
5.4 CASOS REALES .....	36
5.4.1 Análisis de casos reales sobre la tenencia compartida.....	36
5.4.2 Derecho comparado. ....	44
6. METODOLOGÍA .....	45
6.1 Métodos .....	45
6.1.1 Tipo de Investigación .....	46
6.1.3 Población y Muestra .....	47
6.1.4 Técnicas de investigación.....	48
7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	49
8. CONCLUSIONES .....	62
9. RECOMENDACIONES.....	63
10. BIBLIOGRAFÍA.....	64
ANEXOS.....	67

## ÍNDICE DE CUADROS

<b>Cuadro 1.</b>	Población.....	46
<b>Cuadro 2.</b>	Corresponsabilidad en la Constitución.....	49
<b>Cuadro 3.</b>	Igualdad de obligaciones y derechos sobre hijos.....	50
<b>Cuadro 4.</b>	Juzgadores otorgan tenencia en igualdad.....	51
<b>Cuadro 5.</b>	Regulación de tenencia compartida.....	52
<b>Cuadro 6.</b>	Falta de regulación de la tenencia compartida.....	53
<b>Cuadro 7.</b>	Posibilidad de convivir y mantener relaciones afectivas.....	54
<b>Cuadro 8.</b>	Desarrollo integral del niño con progenitores.....	55
<b>Cuadro 9.</b>	Fortalecimiento de relaciones afectivas y familiares	56
<b>Cuadro 10.</b>	Incidencia de resoluciones en tenencia compartida	57
<b>Cuadro 11.</b>	Inclusión en el Código la tenencia compartida.....	58

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

<b>Gráfico 1.</b>	Corresponsabilidad en la Constitución.....	49
<b>Gráfico 2.</b>	Igualdad de obligaciones y derechos sobre hijos.....	50
<b>Gráfico 3.</b>	Juzgadores otorgan tenencia en igualdad.....	51
<b>Gráfico 4.</b>	Regulación de tenencia compartida.....	52
<b>Gráfico 5.</b>	Falta de regulación de la tenencia compartida....	53
<b>Gráfico 6.</b>	Posibilidad de convivir y mantener relaciones afectivas.....	54
<b>Gráfico 7.</b>	Desarrollo integral del niño con progenitores.....	55
<b>Gráfico 8.</b>	Fortalecimiento de relaciones afectivas y familiares.....	56
<b>Gráfico 9.</b>	Incidencia de resoluciones en tenencia compartida.....	57
<b>Gráfico 10.</b>	Inclusión en el Código la tenencia compartida.....	58

## ÍNDICE DE ANEXOS

<b>Anexo 1.</b>	Encuesta dirigida a los Abogados que patrocinaron procesos de tenencia en la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del catón Riobamba	48
<b>Anexo 2.</b>	Entrevista dirigida a los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del catón Riobamba	50
<b>Anexo 3</b>	Casos analizados de tenencia compartida	53

## RESUMEN

De conformidad con lo establecido en el artículo 69 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el Estado debe promover la maternidad y paternidad responsables, es decir el ejercicio igualitario de los derechos y obligaciones del padre y la madre en relación a sus hijos, especialmente con la crianza, la educación, desarrollo integral, cuando los padres se encuentren separados por cualquier motivo.

Para desarrollar este principio, el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 100 establece la corresponsabilidad parental, que es la igualdad de responsabilidades al padre y la madre en relación con la protección de los derechos de sus hijos comunes, como por ejemplo el derecho a la convivencia familiar que comprende el derecho del hijo a mantener relaciones afectivas con sus progenitores en igualdad de condiciones.

En base de lo expuesto, en el presente trabajo de investigación se realiza un análisis de resoluciones dictadas dentro de los procesos de “tenencia compartida”, manifestando que esta institución jurídica, pese a no estar desarrollada en el Código de la Niñez y Adolescencia, ha sido aplicada por Jueces de las Unidades Judiciales de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia por cuanto se ha visto conveniente en dichas resoluciones observar el derecho de los hijos a convivir con sus dos progenitores. Por tales motivos en la investigación se evidencia los efectos positivos de las resoluciones en los niños, niñas y adolescentes.

Para cumplir con los objetivos del trabajo, se realizó un análisis de resoluciones de tenencia compartida utilizando el método inductivo – deductivo, así como también se utilizó el método analítico sintético, lo cual permitió obtener información relevante del tema propuesto, así mismo se realizó una investigación de campo en donde se contó con la opinión de los expertos en el tema.

## ABSTRACT

According to the provisions of article 69, numeral 1 of the Constitution of the Republic of Ecuador, the State must promote responsible maternity and paternity. It means the equal exercise of the rights and obligations of the father and mother about their children, especially related to parenting, education, integral development, especially when parents are separated for any reason. The Childhood and Adolescence Code, in its article 100, establishes parental responsibility. It creates equal obligations to the father and mother about the protection of the rights of their common children, such as the right to coexistence family member who understands the child's right to maintain emotional relationships with their parents on equal terms. Based on the already mentioned factor, this research develops an analysis of the issued resolutions in the shared tenure processes that is carried out. Although it is not being developed in the Code of Children and Adolescence, it has been applied by judges of the Judicial Units of Women, Family, Children, and Adolescents. Therefore, it has been convenient to observe the right of children to live with both of their parents. For this reason, this research shows the positive effects of sentences on children and adolescents. An analysis of several sentences of shared tenure out using the inductive-deductive method, as well as the synthetic, analytical approach was used, which allowed to get relevant information on the proposed topic. Moreover, it was performed a field investigation where some experts shared opinions about this problem.



Reviewed by: Guaranga, Jessica

LINGUISTIC COMPETENCES TEACHER



## **1. INTRODUCCIÓN**

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 69 numeral 5 establece como uno de los derechos de familia muy importantes, el que refiere a la corresponsabilidad materna y paterna, lo cual obliga a los padres a cumplir con todos los derechos y obligaciones de carácter imprescindible a los que tienen respecto de sus hijos tales como: el cuidado, además de la alimentación, la educación etc.

Al respecto, se indica que la corresponsabilidad parental no solo permite satisfacer las necesidades básicas de los niños, niñas o adolescentes, sino además que también se consiga garantizar el derecho a la convivencia familiar, es decir que a los progenitores se les permita convivir con sus hijos con el objeto trascendental de que se mantengan y por ende que se fortalezcan las relaciones afectivas y familiares, lo cual permite un mejor desarrollo del niño, niña o adolescente.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; lo cual debe ser observado en los procesos de tenencia. En este mismo contexto, en los artículos 44 y 45 de la Ley Suprema, corresponden a normas constitucionales que amparan los derechos de los niños, niñas y adolescentes atendiendo al principio de interés superior, lo cual permite garantizar la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, así como también, el derecho a tener una familia y en consecuencia a disfrutar de la convivencia familiar.

En este mismo sentido, se manifiesta además que en el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia se encuentra desarrollado en forma más amplia los derechos y obligaciones que tienen los padres hacia sus hijos, estableciéndose que tendrán igualdad de oportunidades tanto el padre como la madre, respecto de la crianza, además del desarrollo integral y respecto de la protección de los derechos de sus hijos.

Ante la igualdad de derechos y oportunidades que tiene tanto el padre como la madre existe la institución jurídica denominada “tenencia compartida”, la cual permite que se garanticen los derechos tanto del padre como de la madre para ejercer la patria potestad que es la representación general y administración de los bienes de los hijos menores de edad, dentro de la cual existe la posibilidad de que ambos progenitores puedan atender las necesidades del menor en forma directa para mantener los lazos afectivos entre padres e hijos.

El presente trabajo está dirigido al análisis constitucional, doctrinario y legal de la institución jurídica de tenencia compartida, así como de acuerdo de las resoluciones en las Unidades Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Latacunga, Quito y Milagro con el objeto de evidenciar si las resoluciones dictada dentro de los presentes casos afecta jurídicamente en los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para cumplir con los objetivos propuestos se aplicará el método descriptivo, inductivo y sintético, así como también las diversas técnicas de investigación que permitirán efectuar una investigación de campo, en este caso en la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba; y, un análisis de la resoluciones de tenencia compartida en las Unidades Judiciales de Latacunga, Quito y Milagro.

Por otra parte, se indica que el perfil de investigación ha sido estructurado de la siguiente manera: La introducción, el planteamiento del problema, el objetivo general y el objetivo específico, el marco teórico, así como también se detallan los métodos y técnicas en el marco metodológico, los recursos, el cronograma y la bibliografía.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La Constitución y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, garantizan el ejercicio legal en igualdad de condiciones sobre la tenencia a los dos progenitores para que el niño, niña o adolescente pueda ejercer su derecho a la convivencia familiar con cada uno de ellos, situación que en la actualidad no

se evidencia en las resoluciones que se dictan en los Juzgados de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia, por cuanto la tenencia compartida es muy poco aplicable en el ámbito judicial lo cual provoca una limitación y vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

De lo expuesto, se colige que en los procesos judiciales en los cuales se discute la tenencia de un niño, niña o adolescente se ha podido evidenciar que los administradores de justicia no pueden fundamentar sus resoluciones de tenencia en base de una norma específica que la regule y lo permita, sino más bien en base del principio de interés superior del niño, niña o adolescente; y, generalmente en favor de la madre, limitándose de esta manera los derechos correspondientes del padre respecto de sus hijos, en especial el de convivencia familiar.

En la realidad, cuando los padres se separan, el uno se halla sometido a un régimen de visitas que puede ser de una, dos, cuatro, u ocho horas semanales, lo cual no puede ser suficiente para lograr garantizar el derecho de convivencia familiar del niño, niña o adolescente con sus dos progenitores, ante lo cual en lo futuro se debería garantizar de mejor forma, mediante la inclusión adecuada y apropiadas normas jurídicas o reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida a fin de coadyuvar el desarrollo integral del menor con ambos padres y no con solo uno de ellos.

Por tales consideraciones, es necesario identificar y analizar desde el punto de vista jurídico, la necesidad de que se incluya en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador la tenencia compartida, a fin de materializar el principio constitucional de corresponsabilidad parental y de esta manera precautelarse de mejor manera los derechos y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1 General**

Describir a través del estudio de casos los efectos jurídicos de las resoluciones en los procesos de tenencia compartida para determinar sus consecuencias en el desarrollo integral del menor.

#### **3.2 Específicos**

1. Realizar un estudio jurídico, doctrinario y comparado de la tenencia compartida
2. Analizar las resoluciones emitidas por los operadores de justicia para determinar los efectos jurídicos.
3. Describir las consecuencias de la tenencia compartida en el desarrollo integral del menor.

### **4. ESTADO DEL ARTE**

En relación al trabajo que versa sobre: “Efectos jurídicos de las resoluciones en los procesos de tenencia compartida” se anota lo siguiente:

Para Jhonny Javier Quimbita, en su trabajo de investigación titulado: Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito, Primer Semestre 2016, concluye:

“Una de las mejores soluciones que debería implementarse en la legislación nacional es que en caso de separación o divorcio de los padres se conceda la tenencia compartida, con el objeto de prevenir y evitar daños que puedan afectar el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes que se ven obligados a convivir con uno de sus padres y no con sus dos progenitores” (pág. 93)

Por su parte, Salim Marcelo Zaidán Albuja, en su trabajo de investigación: El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa, señala además:

“La corresponsabilidad parental es uno de los principios constitucionales orientadores del derecho de familia, del cual se desprende que uno de los deberes que tienen los padres sobre los hijos es el de corresponsabilidad compartida en lo relativo a la crianza y manutención de los hijos” (pág. 64)

En este mismo sentido Edisson Lenin Acosta Luzuriaga en su trabajo titulado: El interés superior del niño y la custodia compartida concluye además:

“En el ámbito local como nacional es muy común evidenciar que cuando una pareja se separa o se divorcia, la tenencia es concedida a los hijos, en la mayoría de veces le corresponde a la madre, sin que se tome en consideración el principio de interés superior del niño, niña o adolescente.” (pág. 86)

Finalmente, Kleber Ivan Suin Cajamarca, en su investigación bajo el título: La tenencia compartida: solución o conflicto, expresa también.

De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho de visitas al padre, con lo cual solo se aleja al progenitor de su hijo, generando graves daños psicológicos en los más pequeños como son los niños. (pág. 98)

Como se puede apreciar en las normas citadas anteriormente, coinciden los autores en manifestar que el hecho de no conceder tenencia compartida a favor de ambos progenitores podría vulnerar o transgredir el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, siendo necesario que se garantice de mejor manera los derechos del menor para convivir con ambos progenitores y no con solo uno de ellos.

## 5. MARCO TEORICO

### CAPÍTULO I

#### 5.1 LA FAMILIA

El presente marco teórico inicia con el desarrollo de una institución elemental como es la Familia, que puede ser abordado de los diferentes puntos de vista fruto de las diversas disciplinas que existen.

##### 5.1.1 Definición, nuevas formas de familia

**Definición.** En un sentido antropológico se conforma por todas las personas conectadas por el casamiento o filiación, desde la perspectiva sociológica, es el conjunto de personas relacionadas entre sí que viven en el mismo techo y están ligados al sostén cotidiano del hogar.

Tradicionalmente en el campo jurídico se considera familia a todas las personas que existe un vínculo jurídico derivado del parentesco o del matrimonio

Según la Organización de los Estados Americanos define como:

“La familia es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas con vínculos sanguíneos o no, con un modo de existencia y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan” (Americanos, 1948)

En la Constitución de la República del Ecuador 2008, reconoce a la familia en su artículo 67 haciendo mención que:

“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, 2008)

Se reconoce a la familia como la estructura fundamental de la sociedad, en ella se protege y garantiza las relaciones de padres e hijos, que aparte de estar ligados con un vínculo de sangre también por la solidaridad, ya que jurídicamente existe en un sentido escrito, la cual está formada por la pareja sus ascendientes y descendientes, lazos de consanguinidad pero en la realidad necesita un sentido más amplio ya que se encuentra en constante evolución como la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-577-11 afirmó la familia esta donde estén los afectos.

**Formas de familia.** A continuación se establece las nuevas formas de familias establecidas desde la doctrina y jurisprudencia, sin perjuicio que existieren otros núcleos no mencionados:

- **Familia Nuclear.** Grupo unido por vínculos biológicos que definen la pertenencia de sus miembros; es aquella generalmente formada por padre, madre e hijos, unidos por el contrato de matrimonio o de hecho.
- **Familia Monoparental.** Es aquella que se encuentra formada por una sola persona ya sea el padre o la madre , que tienen a su cargo el cuidado y desarrollo de niños, niñas o adolescentes.
- **Familia Ensamblada.** Aquella formada por una persona soltera, viuda o divorciada con hijo o hijos que contrae un nuevo matrimonio y establece un parentesco por afinidad con el nuevo cónyuge.
- **Familia de Crianza.** Cuando un menor de edad ha sido separado de su familia biológica y debe ser integrado a un núcleo distinto, en el cual se crean vínculos afectivos entre el niño y los miembros familiares.
- **Familia Desintegrada.** Aquellos núcleos familiares en los que sus miembros han sido separados por razones extraordinarias, por ejemplo

cuando le privan de la libertad lícita o ilícita o por la migración de un miembro pero es este caso la doctrina también lo conoce como transnacional.

- **Familia Homoparental.** Se encuentra recientemente incorporado en nuestra legislación, es la unión afectiva por personas del mismo sexo.

### 5.1.2 El niño en la familia

En la Edad Media al niño se le consideraba como un adulto no existía ninguna diferencia, compartían su trabajo, juegos y preocupaciones, al nacer eran entregados a las nodrizas cuyo cuidado dependía de su clase social cual sea su situación económica mejor era el cuidado, todo esto resultaba en niños enfermos, el distanciamiento con la familia, hasta que los estadistas dieron un giro en un ámbito político, económico y demográfico en el que se percataron que la materia prima de un país para su desarrollo es el potencial humano de allí apareció el *Tratado de la educación* (1792) de Jean-Jacques Rousseau quien conceptualiza los derechos del menor, así también la preocupación aparece en los movimientos humanitarios que provocaron que la familia moderna funcione entorno a los niños, con ellos se convirtió en un factor indispensable para el cuidado de los progenitores. De este modo se incorpora en el mundo la infancia.

La familia es el primer espacio donde los niños se desarrollan, contribuyen de forma sustancial a la adquisición de habilidades sociales necesarias para un buen desenvolvimiento, se convierte en una red de apoyo la más cercana para la trasmisión de valores morales y espirituales a los niños, con esto conlleva que sea epicentro del escenario familiar, pero aparece como alguien indefenso, incapaz de pensar y decidir por el mismo, de allí la organización familiar se convierte en una estructura jerárquica donde los padres ejercen una potestad discrecional sobre las actividades, conductas de sus hijos y para la mayor protección de la infancia se da los derechos humanos.

### 5.1.3 Interés superior del niño en la familia

Desde el año 1924, la niñez se convirtió en una preocupación fundamental, con la Declaración de Ginebra “Reconociendo que la humanidad debe lo mejor que pueda al niño”. En el año de 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración de los Derechos del Niño estableció:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual, y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (Asamblea de las Naciones Unidas, 1959)

Con estas leyes lo fundamental es el interés superior del niño como también lo adoptó el Convenio Internacional de La Haya y así se encaminó entre los instrumentos internacionales a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se suscribió en el Ecuador el 26 de Enero de 1990 y se ratificó en el mismo año, al igual que en sentencia constitucional se desarrolló el interés superior del niño como una norma primordial, imperativa y de aplicación directa e inmediata, como en la Constitución de la República del Ecuador situando a “los niños, niñas y adolescentes dentro de los grupos de atención prioritaria, que tienen que ser especialmente protegidos en los ámbitos públicos y privados”, incluso “sus derechos prevalecen sobre las demás personas”. (Constitución, 2008)

Con estos antecedentes en relación a la familia primero debemos empezar por entender “superior”, que puede surgir interés de conflictos entre padres e hijos, por esto no se tiene que ver como ente jerárquico más bien como complementario a los intereses del resto de los miembros de la familia, en la Convención sobre los Derechos del Niño alude del “interés superior como una consideración primordial la cual se atenderá, es decir, como un elemento fundamental, pero no único o exclusivo”. (Convención, 2003)

Así existe una coordinación de derechos tanto del niño como de los integrantes de la familia.

En el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, se manifestó sobre la supremacía del interés superior del niño, en el cual se llegó a un consenso afirmándose que “lo mejor para el niño se define siempre en relación con otros como el Estado, padres, el mismo niño, etc y no como un término abstracto”. (Congreso Internacional, 1998) Tanto el niño como las personas que lo rodean necesitan sentirse en convivencia.

No debe olvidarse que el interés superior del niño es un principio rector del derecho, mismo que vincula el accionar de las personas en los diferentes aspectos de su vida cuando se relacionan directa o indirectamente con niños o niñas.

#### **5.1.4 Responsabilidad Parental**

Es el conjunto amplio de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre sus hijos y sus bienes mientras sean menores de edad o no se encuentren emancipados, con la finalidad de proteger al niño, garantizando su desarrollo y formación integral.

La palabra responsabilidad, implica en función de ambos progenitores que están destinados a facultar primordialmente el interés superior del niño o adolescente.

En la Constitución de la República del Ecuador, su artículo 69 numeral 1 manifiesta que:

“Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.” (Constitución, 2008)

Como se establece en la norma suprema la responsabilidad parental incluye aspectos hacia el desarrollo del niño, conjuntamente con ambos progenitores, en el que se supone si uno toma la decisión, el otro esta de acuerdo.

### **5.1.5 Corresponsabilidad Parental**

Establece la doctrina de la correspondabilidad parental segun Fabiola Lathrop, que define: “El reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos” (Lathrop, 2008, pág. 91)

Su origen, fuente normativa se encuentra en el artículo 18.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que establece:

“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, 2003)

En nuestra legislación en la Constitución de la Republica del Ecuador en el articulo 69, numeral 5, se establece como la corresponsabilidad materna y paterna que se encarga de “vigilarar el cumplimiento de los deberes y derechos reciprocos entre madres, padres, hijas e hijos”, asi mismo en el artículo 83 numeral 16 “asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es de las madres y padres en igual proporción” (Constitución, 2008)

En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 100 nos señala a la corresponsabilidad parental como:

“El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2019)

La corresponsabilidad parental lo podemos ver como una manifestación del principio de igualdad, se encuentra legislada tanto en la norma suprema como en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, nos establece que los dos progenitores están encargados de sus hijos y tiene que prevalecer el interés superior del niño, como lo puede establecer tiene concordancia con la responsabilidad parental que no se encuentra establecido en nuestro país.

#### **5.1.6 El rol del Estado en la familia**

El Estado es una institución política que representa los intereses de la sociedad, cuya función es de fortalecer la convivencia entre los seres humanos, así como también de ejercer autoridad y dar garantías de los derechos de las personas de acuerdo con la ley.

El Ecuador a partir de Montecristi que fue la sede de la Asamblea Constituyente, se transformó en un Estado constitucional de derechos y justicia, así a constituir una familia y su consecuente protección de los diversos tipos de la misma, con la misión de coordinar la actividad libre para que contribuya al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad.

La familia es una entidad social, que cumple con eficacia y eficiencia las labores como la salud, educación o la seguridad de sus miembros, por ejemplo ninguna enfermera va a cuidar a un menor como lo haría su propia madre, los profesores no van a educar a sus alumnos a manera que los forman sus padres y ningún policía brinda protección a las personas como los progenitores.

Con lo establecido se debe de respetar la autonomía y la libertad de la familia, si no lo realiza estamos hablando de un Estado autoritario, que invade la competencia a tomar decisiones que es potestad única y exclusiva de los cónyuges o miembros del núcleo familiar.

Es muy importante el principio de subsidiariedad, mediante su aspecto positivo tiene la obligación de colaborar, en tanto que la intervención de la autoridad

nacional debe ejercer solo cuando sea necesario, esto conlleva a que las familias por si solas no pueden construir hospitales, escuelas, etc.

### **5.1.7 El derecho de familia**

El derecho de familia ha sido definido por BONNECASSE como:

“Conjunto de reglas de derechos, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia” (BONNECASSE, 2000, pág. 92).

Para Gomez Piedrahíta, es:

“El conjunto de normas expedidas por el Estado, que regulan en su integridad los aspectos personales y patrimoniales resultantes del vínculo familiar, así como sus efectos legales en relación con terceros” (Piedrahíta, 1998, pág. 95)

De acuerdo a los autores se puede decir que el derecho de familia son las relaciones jurídicas familiares, conyugales, paterno familias, tanto en su aspecto personal, como patrimonial, la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados.

### **5.1.8 Constitucionalización del derecho de familia**

En el Ecuador mediante la Constitución de 1830 no existió una regulación constitucional específica de la familia, aquí se determinó al matrimonio como requisito para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía o en caso de ser extranjero para obtener la ciudadanía; así como el término no familia que utilizaba para excluir al Estado del dominio de una persona o de un grupo.

La Constitución de 1929 fue la primera en garantizar la naturaleza familiar, en su artículo 151, regula a la familia como objeto de protección manteniendo la visión adultocéntrica.

En la Constitución de 1967 se reconoce a la familia como célula fundamental de la sociedad, parte de la intimidad y libre desarrollo de la personalidad, con esta norma se dio el primer paso para el reconocimiento familiar como sujeto de derechos.

La Constitución de 1998, es más garantista en relación a la tutela de la familia, llegando a determinar una obligación de garantías familiares monoparentales y derechos sexuales y reproductivos.

En el proceso de la Constitución del 2008, uno de los debates centrales fue la familia, con un espíritu garantista y con un deseo de cambio del paradigma jurídico, por ello es importante señalar que en su artículo 67 se reconoce a la familia en sus diversos tipos, lo cual brinda cobertura a los diferentes modelos.

## **CAPÍTULO II**

### **5.2 LA TENENCIA**

En este capítulo se desarrolla una de las instituciones más importantes del derecho de familia como lo es la tenencia, motivo por el cual se analizará su conceptualización, sus características, los casos en los que se solicita la tenencia y sobre todo la reglas para confiar el ejercicio de la tenencia según el Código de la Niñez y Adolescencia.

#### **5.2.1 Definición y características de la tenencia**

**Definición.** En primer lugar se indica que ni en el Código de la Niñez y Adolescencia ni en el Código Civil del Ecuador se encuentra definido el concepto legal de tenencia, motivo por el cual es necesario acudir a la doctrina para conceptualizar este término, para lo cual se cita a Aguilar que señala:

“Refiere la ley la patria potestad concede como atributos a los padres el derecho a tener sus hijos consigo de allí el nombre de tenencia, este término termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la

medida que se alude al hecho de que los padres viven con sus hijos” (Aguilar, 2015, pág. 192)

De acuerdo al autor la tenencia permite ejercitar el derecho a la convivencia familiar del hijo con los padres que ejercen la tenencia sobre él, lo cual se considera como una relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes y que significa en la vida común vivir bajo el mismo techo.

Al respecto, es preciso señalar que el ejercicio de la tenencia de uno o de sus dos padres con su hijo o hijos, se consideran como la base fundamental para que operen los demás atributos de la patria potestad ya que, si el padre o la madre no ejercen la tenencia difícilmente va a poder representar a su hijo en el ámbito educativo, tampoco va a poder mantener relaciones afectivas de carácter constantes.

**Características de la tenencia.** A continuación, se anotan las características más importantes de la tenencia:

- La tenencia puede ser solicitada únicamente por los padres, mas no por otros familiares, el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, es claro en manifestar que el Juez podrá confiar la tenencia a uno de sus progenitores, excluyendo de esta manera a terceras personas que quieran ejercer la tenencia.
- Las reglas para confiar la tenencia, son las mismas que se aplican para confiar la patria potestad conforme lo prevé el Código de la Niñez y Adolescencia (2019) en su parte final que señala: “... confiar su cuidado y crianza a uno de sus progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106...” (artículo 118), manifestando que el artículo 106 se establecen las reglas para confiar la patria potestad.

- Otra característica importante de la tenencia es que la resolución que se dicte en este tipo de procedimiento no causa ejecutoria, por cuanto esa resolución puede ser modificada en lo futuro en un nuevo proceso de tenencia, por ejemplo si en un juicio se le concede la tenencia a la madre, pero la madre le maltrata gravemente a su hijo, el juez en lo futuro podría confiar la tenencia al padre, en donde quedará sin efecto la resolución anterior de la tenencia que favorecía a la madre.
- Son de inmediato cumplimiento. En este caso el artículo el Código de la Niñez y Adolescencia (2019), señala: “Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato...” (artículo 120). Esta norma legal trata de proteger a los niños, niñas y adolescentes sobre presuntos maltratos que pudiera ser víctima el menor por parte de uno de sus padres, por ello incluso en el referido artículo, se otorga la facultad al juez a que dicte el allanamiento a fin de que el niño sea localizado y entregado al padre al cual se le concedió la tenencia.

## **5.2.2 Tipos de tenencia**

La doctrina ha clasificado diversos tipos de tenencia que se ejerce según la legislación de cada país, es decir algunos países tienen todos estos tipos de tenencia otros no, mismas que se indican a continuación: a) tenencia exclusiva; b) repartida o alterna; y c) tenencia compartida, cuyos conceptos se anotan a continuación.

### **5.2.2.1 Tenencia exclusiva**

Es aquella mediante la cual se concede la tenencia a uno solo de los progenitores. En el Ecuador, este es el caso más común de tenencia por cuanto en los juicios de divorcio, de tenencia, situaciones de riesgo, etc, generalmente el Juez de las Unidades Judiciales de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia concede la tenencia exclusiva a la madre, al menos en la mayoría de casos.

Al respecto, la doctrina señala:

La tenencia exclusiva es la que se concede a favor de uno de los progenitores, es la forma más frecuente de tenencia adoptada por los tribunales en los procesos en los que no hay mutuo acuerdo. Implica la atribución de la tenencia 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 (Correa, 2016, pág. 9)

#### **5.2.2.2 Tenencia repartida o alterna.**

Este tipo de tenencia se ejerce no por días sino por lapsos de tiempo más amplios en el año, por ejemplo 6 meses o la mitad del año en que el niño, niña o adolescente pasará con uno de los progenitores y la otra mitad del año pasará con el otro. En tal razón, es preciso señalar que este tipo de tenencia no se encuentra desarrollado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y tampoco se han presentado casos judiciales respecto a este tipo de tenencia, motivo por el cual no se realiza un mayor análisis al respecto.

#### **5.2.2.3 La tenencia compartida**

La tenencia compartida se está discutiendo en los actuales momentos en la Asamblea Nacional del Ecuador en el tratamiento del Proyecto de Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, la cual es el tema central de investigación, misma que se analizará en el siguiente capítulo.

#### **5.2.3 Reglas para confiar el ejercicio de la tenencia según el Código de la Niñez y Adolescencia.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, el Juez de las Unidades Judiciales de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia en los procesos judiciales de tenencia deberá seguir las reglas establecidas en el artículo 106 del mismo cuerpo legal, manifestando que en dicho artículo se establecen las reglas para confiar la patria potestad, las cuales se anotan a continuación:

- a. Se respetará lo que acuerden los progenitores, siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o hija.**

En relación a este punto la doctrina señala: “En caso de que exista un acuerdo de los progenitores respecto de la tenencia del menor, es preciso que el Juez de Familia tenga la certeza que dicho acuerdo no afecte el interés superior” (Vélez, 2008, pág. 21)

Si de los informes del equipo técnico se desprende por ejemplo que el padre maltrata a su hijo en forma constante y permanente; y, los progenitores por mutuo acuerdo deciden que la tenencia la tenga el padre; en este caso no es obligatorio para el Juez ya que se ha evidenciado que si se le entrega al padre, se podría afectar el interés superior del niño, por lo tanto este hecho podrá ser negado. Por el contrario, si conviene a las partes, y eso es lo que quiere el menor, sin más trámite el juez concederá la tenencia que hayan acordado los padres.

- b. A falta de acuerdo de los progenitores, la tenencia se le concederá a la madre de los niños que no han cumplido 12 años.**

En este caso, esta regla para conceder la tenencia evidencia una especie de discriminación hacia el padre, por cuanto, sin ningún motivo en especial, la ley prefiere a la madre antes que el padre para confiarle el ejercicio de la tenencia, bastando únicamente el desacuerdo de los progenitores. Esta regla aplica en el caso de que el menor no haya cumplido los 12 años de edad.

En tal sentido: Acosta (2017), señala:

“En el ámbito local como nacional es muy común evidenciar que cuando una pareja se separa o se divorcia, la tenencia es concedida a los hijos, en la mayoría de veces le corresponde a la madre, sin que se tome en consideración el principio de interés superior del niño, niña o adolescente.” (Acosta,2007,pág. 86)

- c. En el caso de que los hijos hayan cumplido 12 años de edad, es decir que sean adolescentes, la tenencia se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional.** (Código de la Niñez y Adolescencia, 2019, artículo 106 numeral 3)

Al respecto, se indica que esta regla es aplicable siempre y cuando se cuenten con elementos de convicción que demuestren que un cónyuge tiene mayor madurez o estabilidad que el otro, para lo cual se puede requerir la intervención de equipo técnico de la Unidad Judicial, a fin de que los profesionales médicos, psicólogos y trabajadores sociales, presenten sus respectivos informes que servirán de sustento para que el juez pueda determinar a qué cónyuge concede la tenencia.

- d. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre.**

Este es otro de los casos en los cuales sin mayor motivación o análisis jurídico, el juez preferirá a la madre antes que el padre la concesión de la tenencia, porque así lo establece la ley, lo cual se torna un tanto discriminatorio en razón de género.

Finalmente, se indica que de acuerdo a las reglas anteriormente analizadas, se ha logrado apreciar que si bien se han establecido dichas reglas que guían al juez para que conceda la tenencia, no es menos cierto que en todos los casos se deberá escuchar la opinión del niño, niña o adolescente, siendo obligatorio para el Juez lo que quiere el adolescente mayor de 12 años; y, por el otro lado, la opinión del niño, es decir el que no ha cumplido 12 años, deberá ser valorada por el Juez, o sea podrá ser aceptada o no, dependiendo del criterio judicial, conforme así se encuentra establecido en el inciso final del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

#### **5.2.4 Derecho del niño a ser oído**

El niño como sujeto de derechos tiene la necesidad que le otorguen la debida participación, integrándolo en los procesos que conciernen a su vida y su persona, así como lo menciona en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional” (Convención, 2003)

En su primer párrafo garantiza a todo niño que esté en condiciones de formar un juicio propio poder expresar libremente su opinión, aquí el Estado debe evaluar la capacidad del menor de acuerdo a su edad, incluyendo el reconocimiento y utilización de formas no verbales de comunicación como son los juegos, expresión corporal, dibujo, hasta la pintura, en su segundo párrafo otorga el derecho de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le este afectando, este puede ser iniciado por el niño o por terceras personas como es la separación de los padres, la guarda, etc, esto obliga a las autoridades a escuchar y crear espacios adecuados propios de la niñez.

La Constitución de la Republica del Ecuador en su artículo 45 establece en su segundo inciso “...que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en los asuntos que les afecte...”, esto es esencial ya que el juez tiene que tomar muy en cuenta estas cuestiones para su resolución.

En el Código de la Niñez y Adolescencia, reconoce que los niños, niñas y adolescentes ejercen su derecho de opinión en su artículo 6, tienen derecho a la igualdad y no pueden ser discriminados por sus opiniones, en su artículo 11

señala que el principio del interés superior del niño, no puede ser involucrado contra norma expresa y sin que previamente se haya escuchado la opinión del menor, en estos dos derechos existen similitud.

En el Capítulo V, en el artículo 60 del mismo Código de los derechos de participación señalan que los niños deben ser consultados en todos los asuntos que el afecten, sin embargo precisa que el ejercicio de este derecho es voluntario y con esto ningún niño puede ser obligado.

#### **5.2.4.1 A qué edad hay que escuchar al niño**

Para Françoise Dolto manifiesta que “ a partir de los 8 años de edad todo niño debería poder comunicarse con el juez tantas veces como quisiera” (Dolto, 1989, pàg.263)

Según Madilte Risolia, dice que la obligación comienza desde los 14 años de edad, mediante la presunción de un *lex juris et de jure*, que atribuye al niño pleno discernimiento.

En el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia en su último inciso establece:

“La opinión de los hijos 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, 2019)

En la doctrina en su mayoría sostiene que no es conveniente partir de parámetros cronológicos, o sea no cabe imponer una edad mínima para que el niño pueda intervenir en un proceso, manifieste su opinión y que esta sea escuchada por el legislador, en cambio en nuestra ley se establece los parámetros para que el Juez valore y la obligación que tienen.

### **5.2.5 Derechos del niño vs responsabilidad parental**

La Convención sobre los Derechos de los Niños garantiza el deber de los Estados a respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres hacia los menores, para que tengan una adecuada dirección y orientación.

También establece que la responsabilidad no es ilimitada, requiere que los padres guíen a sus hijos para que ellos ejerzan sus propios derechos de forma autónoma.

Al igual la Convención sobre los Derechos de los Niños, reconoce el rol fundamental que realizan ambos padres, así la corresponsabilidad parental se refiere que los dos progenitores, o dependiendo que tipo de familia este formada, tienen obligaciones respecto a la educación, crianza, desarrollo de los niños y siempre garantizando el interés superior del menor.

En los derechos de los niños ha ser criados y a tener acceso a los beneficios que genera la responsabilidad parental, tendría que ser reconocida y protegida, con ello existe un nuevo trato en el cual los dos padres son vistos como aliados en el respeto y reconocimiento sus hijos.

### **5.2.6 Aporte psicológico en casos de tenencia.**

La psicología en el ámbito jurídico según Edwin Muñoz manifiesta:

“Aborda los procesos psicológicos de sujetos involucrados con la ley, esto quiere decir contribuye al análisis de datos y emite informes que ayuden a explicar el comportamiento del ser humano en un escenario legal” (Muñoz, 2010, pàg. 2)

El peritaje psicológico permite comprender o aportar información para poder tomar decisiones fundamentales en los procedimientos legales, esto lo realiza a través de diligencias, estudios o investigaciones sistemáticas.

Un informe pericial para un Juez o para un Tribunal, especializado en familia consiste en el dictamen de un experto, ya que será la prueba fundamental que le auxilia sobre que medida es la mejor para un niño en caso de separación de sus padres, o lo menos perjudicial para el menor en su desarrollo y equilibrio psicosocial pero siempre estableciendo el interés superior del menor como principio primordial.

Este tipo de peritaje se puede solicitar al inicio de la demanda, donde es común que el dictamen se refiera a la determinación de los progenitores cual de ellos es el más idóneo para tener la tenencia del menor y después de aquello fijar el régimen de vistas adecuado para el otro progenitor.

Dado que el informe pericial es el resumen del trabajo realizado es fundamental que sea redactado de forma clara, correcta, fundamentada y bien estructurada bajo una serie de consideraciones, en el ámbito judicial es un documento escrito, firmado y fechado en el cual el perito psicológico manifiesta sus consideraciones y conclusiones sobre los hechos de la evaluación realizada, pero no debemos olvidar que nuestro sistema es oral, por lo cual se solicita la ratificación del especialista verbalmente en audiencia.

### **5.2.7 Niño objeto o niño sujeto de derechos.**

En 1959, mediante la declaración de los Derechos del Niño aprobada en el seno de la ONU, aquí por primera vez los niños obtuvieron un instrumento universal con el fin de regular específicamente sus derechos como el derecho a la igualdad y no discriminación, al desarrollarse y gozar de un nivel de vida adecuado, el interés superior del niño, al nombre y la nacionalidad, a la salud y a la seguridad social, al desarrollo de su personalidad en el marco de una familia, a la educación, a ser el primero en recibir protección y socorro, la protección especial del niño discapacitado y la protección contra toda forma de abandono o explotación. Pero esto configuraba solo para los Estados que tenían un convenio.

Se afirma que el 20 de noviembre de 1989, mediante la aprobación de la Convención sobre los Derechos Humanos en el marco de la Asamblea General de la ONU, constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez, se da una nueva relación entre derecho y los niños el cual se convierte en un paradigma de protección integral de derechos.

Este nuevo modelo lo caracteriza con el rompimiento del paradigma en la historia jurídica de la niñez, es la concepción del niño como sujeto, titular de los mismos derechos fundamentales que resultan titulares los adultos, con esto se deja atrás la concepción paternalista que los consideraba como menores o incapaces, ante ello objeto de protección y de representación por parte de sus progenitores.

Según lo manifiesta Nestor Solari en su obra la Niñez y los nuevos paradigmas:

“La doctrina de la situación irregular, toma el concepto de tutela como herramienta estratégica que posibilita avanzar ya no sólo sobre los autores de delitos, menores delincuentes, sino y fundamentalmente sobre aquellos niños en situaciones de abandono, peligro material o moral. La tutela ejercida por el Estado transforma de esa manera a los niños y adolescentes en objetos privilegiados de una intervención que los conduciría hacia el largo e irreversible camino de la construcción de la minoridad” (Solari, 2001, pág. 534)

El derecho de menores a tenido un papel fundamental en las técnicas de exclusión en focalización en la protección específica de los niños ya sea en riesgo moral y material, abandonados, abusados, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de la libertad.

Para Emilio Garcia Mendez, la Convención sobre los Derechos de los Niños propicia “una forma emancipadora y constructora de ciudadanía para todos”, mediante el reconocimiento de todo niño como persona o como sujeto de derechos. ( Garcia,2000,pàg.322)

La democracia esta vinculada al reconocimiento del niño como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra, goza de una ciudadanía plena que comprende no solo las relaciones políticas de autonomía y autogobierno, sino también las relaciones sociales y familiares.

En la Convención sobre Derechos del Niño, es considerado y definido según sus atributos y sus derechos ante la sociedad y la familia. Por lo cual la infancia se concibió como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.

En la familia se propone un nuevo paradigma de la protección integral, al niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial, que garantiza la formación de los padres en un marco de interacción entre adulto y el niño, y no como una acción unilateral en la que el menor asume una sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres.

#### **5.2.8 Preferencia legal sobre la tenencia a la madre de niños menores de 12 años de edad.**

Según lo establecido en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia en las reglas para confiar el ejercicio de la tenencia en su literal b. **A falta de acuerdo de los progenitores, la tenencia se le concederá a la madre de los niños que no han cumplido 12 años**, como he manifestado anteriormente existe discriminación, pero aquí vamos a explicar porque de la preferencia según la doctrina.

Eduardo Zannomi afirma que:

“La preferencia a favor de la madre para la tenencia de los hijos menores de 12 años, continua siendo razonable en el contexto de nuestra realidad social y familiar. Es la madre quien, generalmente, toma a su cargo, en la comunidad doméstica el cuidado de los niños de más corta edad, lo cual resulta inevitable en el hogar cuando el marido desarrolla su trabajo fuera de la casa y no puede, en los hechos, reemplazar a su esposa en esas tareas. Es por ello que, decretada la separación personal o el divorcio vincular, resulta coherente

mantener la misma situación respecto de los hijos de corta edad” (Zannomi, 2002, pág. 125)

En el mismo sentido Galli Fiant, en una ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, manifestó que la preferencia no es inconstitucional, sino que configura una presunción de convivencia para el niño y no una presunción de idoneidad a favor de la madre.

En cambio de la inconstitucional de este liberal se manifestó Gustavo Moreno según su doctrina se tiene que realizar una reforma en este sentido:

“El cuidado personal de los/las hijos/as menores de edad, quedará a cargo de la madre o del padre, teniendo en cada caso concreto el interés superior de los niños, de las niñas y de los adolescentes, y la idoneidad que la madre y el padre pudieran acreditar fehacientemente, garantizando asimismo el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, en caso de que ellos tuvieran edad suficiente para formarse un juicio propio” (Moreno, 2002, pág. 569)

En las investigaciones se concluye que el afecto, la atención, el cuidado, la comunicación etc, que necesitan los niños, niñas o adolescentes es independientemente del sexo de los progenitores, tomando en cuenta la opinión del menor mediante los equipos técnicos y sobre todo el interés superior del niño como prioridad, y no como lo establece Eduardo Zannomi que volvería a la época antigua que la mujer en los quehaceres del hogar y el hombre proveyendo a su familia, con esto se quedaría atrás los años de lucha sobre la discriminación, la igualdad de género que se encuentran establecidas en la Constitución Nacional del Ecuador.

#### **5.2.9 Casos en los cuales se concede la tenencia en general.**

Los procesos de tenencia surge generalmente ante la separación de los padres, que puede ser en los casos de divorcio, disolución de la unión de hecho, o que un progenitor simplemente deje de vivir bajo el mismo techo de la madre y de su hijo.

Al respecto, el Código Civil del Ecuador (2019), señala:

En el estado de divorcio y de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel que los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán con todo, apartarse de esta regla por mutuo acuerdo y con autorización del Juez quien procederá con conocimiento de causa. (artículo 307)

Es decir que en los procesos de divorcio, el juzgador antes de declarar disuelto el vínculo matrimonial y declarar el divorcio, deberá determinar la tenencia del menor, es decir con qué padre va a vivir, así como también el régimen de visitas para el otro progenitor, las pensiones de alimentos de los niños, niñas y adolescentes; y, si procede a dictar la resolución de divorcio; manifestando que si no existe divorcio, pero si existe la separación de los padres la tenencia la pueden seguir ejerciendo los dos progenitores hasta que exista una resolución judicial en la que se conceda la tenencia a uno de ellos; y, solo a partir de allí ejerce la tenencia en forma exclusiva por uno de los padres.

## **CAPÍTULO III**

### **5.3 LA TENENCIA COMPARTIDA**

En primer lugar se manifiesta que en el Ecuador no se encuentra regulada la institución jurídica de la tenencia compartida, no quiere decir que no se aplica, más bien por el contrario en el próximo capítulo se evidencian tres casos reales en los cuales los Jueces de la Mujer, Familia Niñez y Adolescencia han dictado resoluciones aplicando la tenencia compartida, misma que se analiza a continuación.

#### **5.3.1 Definición**

La tenencia compartida se la puede definir como la posibilidad que tienen los dos progenitores de ejercer la guarda sobre sus hijos en forma directa, es decir a través de la convivencia, situación que es normal en el matrimonio y en general en los hogares en donde los hijos al vivir con sus padres mantienen relaciones afectivas, con esto favorece su desarrollo integral.

En base de lo expuesto, cabe indicar que en caso de separación de los padres sea por divorcio o por cualquier otro motivo, la patria potestad y guarda que ejercen ambos padres sobre sus hijos cambia radicalmente, ya que al existir separación, el hijo convive con uno de los padres mientras que el otro generalmente se somete a un régimen de visitas.

Por tales consideraciones, es que existe la necesidad de implementar en el Ecuador la tenencia compartida en caso de separación de sus padres, a fin de que dicha separación no afecte el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, porque tienen el derecho de mantener relaciones afectivas y de convivencia no solo con uno sino con sus dos progenitores, situación que en el Ecuador es muy limitada, en la normativa no prevé esta institución jurídica.

Al respecto, Ramos, (2014), señala:

La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta de ejercicio de la autoridad parental en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres. (Ramos, 2014,pág. 106)

De lo expuesto, la tenencia compartida o coparentalidad, es una institución del derecho de familia que permite el ejercicio equitativo, complementario y compartido tanto el padre como la madre respecto de su hijo o sus hijos del núcleo familiar, con el objeto de mantener vínculos de convivencia o afectivos entre sus dos progenitores con sus hijos en igualdad de condiciones.

### **5.3.2 Características de la tenencia compartida.**

Las principales características de la tenencia compartida se anotan a continuación.

- a. Tiene como base jurídica la corresponsabilidad parental que se encuentra amparada en la Constitución de la República y en el Código de la Niñez y Adolescencia.**

Al respecto, el artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador es claro en manifestar que tanto el padre como la madre están obligados a la crianza, educación, alimentación y desarrollo integral de sus hijos; y, especialmente estas obligaciones deben observarse cuando los progenitores se encuentren separados, es allí donde no se debe descuidar al menor y más bien protegerlo, pese a la separación de sus padres.

En tal sentido: Zaidán (2016), señala:

“La corresponsabilidad parental es uno de los principios constitucionales orientadores del derecho de familia, del cual se desprende que uno de los deberes que tienen los padres sobre los hijos es el de corresponsabilidad compartida en lo relativo a la crianza y manutención de los hijos” (Zaidán,2016,pág. 64)

Así mismo, en el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia, se establece la corresponsabilidad parental, mediante la cual se evidencia que debe existir una igualdad de deberes, obligaciones y derechos respecto de los padres con sus hijos en todo momento; y, en el caso de separación de los padres, esta corresponsabilidad parental debe continuar.

#### **a. Garantiza el principio de interés superior.**

El principio de interés superior, obliga a todas las autoridades administrativas y judiciales a velar por una real protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, haciendo prevalecer sus derechos por encima de otras personas, tomándose en consideración que los niños y adolescentes son uno de los grupos de atención prioritaria que establece la Constitución.

Cajamarca, (2016) en su investigación bajo el título: La tenencia compartida: solución o conflicto, expresa también.

De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho de visitas al padre, con lo cual solo se aleja al progenitor de su hijo, generando

graves daños psicológicos en los más pequeños como son los niños.  
(Cajamarca, 2016,pág. 98)

Se manifiesta que con la tenencia compartida, se garantizan algunos derechos de los niños, niñas y adolescentes como de convivir con sus progenitores, mantener lazos familiares, mejor desarrollo integral, entre otros derechos, lo cual indudablemente favorece el principio de interés superior del menor.

**b. Puede ser vista como un derecho del niño y una obligación de los padres.**

Es preciso señalar que la tenencia compartida puede ser analizada y/o vista desde dos ópticas: a) como un derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones familiares y afectivas con ambos padres; y, b) como una obligación que tienen los padres, hacia sus hijos, es decir que deben cumplir los deberes y obligaciones relacionadas con la protección de sus hijos en igualdad de condiciones, por lo que se puede concluir que desde cualquier punto de vista, la tenencia compartida va a favorecer el desarrollo integral de los hijos.

**5.1.3 Ventajas de la aplicación de la tenencia compartida.**

La tenencia compartida trae consigo ciertas ventajas, más que para los padres, genera efectos positivos para los niños, niñas y adolescentes, que tienen que ver con una mejor garantía de sus derechos y sobre todo un mejor desarrollo integral. Estas ventajas se analizan a continuación.

**5.3.3.1 La tenencia compartida garantiza el derecho a la convivencia familiar**

El derecho a la convivencia familiar se encuentra establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia (2019) que señala: “Los niños, niñas y Adolescentes, tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica...” (artículo 22). En tal razón, se manifiesta que este es un derecho que permite al menor convivir con ambos progenitores y de esta manera mantener una relación de afecto con

los mismos, manifestando que este derecho no solo debe observarse mientras los padres se encuentren viviendo juntos, sino además y de forma especial cuando exista separación de los padres.

Por tales motivos, se puede decir que la tenencia compartida permite garantizar el derecho a la convivencia familiar del menor con sus padres, por cuanto el mismo, mantendrá los lazos familiares con los dos progenitores.

Al respecto, Quimbita, señala:

La tenencia compartida permite una permanente y afectiva relación con los hijos con ambos progenitores después del divorcio o separación y que ambos participen de la organización y vigilancia de los hijos. Que no se debe modificar ninguno de los derechos y obligaciones de la patria potestad ya que la tenencia no debe constituir restricción a la coeducación a la compañía del otro progenitor por ser la esencia única y común de la filiación. (Quimbita,2017,pág. 12)

La Corte Constitucional del Ecuador, dice además:

Aun cuando los padres se encuentren separados, el ambiente de respeto, tolerancia, cooperación que se da entre los miembros de una familia se tendrá que garantizar la tenencia de ambos padres, dado que constituye un elemento fundamental de la convivencia familiar, con lo cual, cualquier decisión relativa a la separación de los padres, se justificará en atención al principio de interés superior. (Resolución, 064-15-SEP-CC)

Conforme a las citas expuestas, la tenencia es una de las mejores formas de garantizar la convivencia familiar de los niños, niñas o adolescentes con sus dos progenitores, que no ha sido cumplido en la práctica, toda vez que al existir la separación de los padres, en una gran mayoría de casos, el derecho a la convivencia familiar del menor con el padre que no ejerce la tenencia, se ve quebrantada en unos casos y en otras muy limitada, incidiendo negativamente en las relaciones afectivas del hijo con el padre que no ejerce la tenencia.

### **5.3.3.2 La tenencia compartida favorece el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.**

En relación a este punto, es preciso citar a Saltos que señala:

La principal razón en defensa de la custodia compartida es que, en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos y tener un contacto permanente con los mismos. Según algunos especialistas, en las guardas y custodias donde no existe custodia compartida el desarrollo del menor es notablemente menor y los conflictos emocionales se desarrollan por el resto de su vida. (Saltos,2010,pág. 108)

La tenencia compartida si favorece al menor por cuanto permite que el mismo se desarrolle con mayores garantías de seguridad personal, afectiva, confianza, comunicación, al convivir con sus dos progenitores porque tendrían contacto directo, lo cual incide positivamente en la construcción de la personalidad futura del menor y evitarían problemas emocionales, psicosomáticos como la falta de sueño, pérdida de apetito y dolores de cabeza.

Según Quimbita, expresa acerca de la tenencia compartida que es:

“Una de las mejores soluciones que debería implementarse en la legislación nacional es que en caso de separación o divorcio de los padres se conceda la tenencia compartida, con el objeto de prevenir y evitar daños que puedan afectar el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes que se ven obligados a convivir con uno de sus padres y no con sus dos progenitores” (Quimbita,2016,pág. 93)

Como se puede apreciar en las normas citadas anteriormente, coinciden los autores en manifestar que el hecho de no conceder tenencia compartida a favor de ambos progenitores podría amenazar con vulnerar o transgredir el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, siendo necesario que se garantice de mejor manera los derechos del menor para convivir con ambos progenitores y no con solo uno de ellos.

#### **5.3.4 Efectos jurídicos de la tenencia compartida.**

Mediante los casos analizados emitidos por los Jueces de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de los cantones Quito, Milagro y Latacunga se establecieron los siguientes efectos:

- El cuidado, la crianza, las responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes, corresponde a los dos progenitores por igual.
- La pensión alimenticia establecida por los Jueces será suspendida temporalmente, por lo que puede existir cambio de régimen, y los niños, niñas y adolescentes van a estar al igual cuidado de sus progenitores, y tendrán los mismos gastos económicos.
- El régimen de visitas al igual se suspendería temporalmente, si es el caso de que cambie de régimen.
- La patria potestad estaría a cargo de los dos progenitores, quienes tomaran decisiones para el mejor desarrollo del menor.
- La representación legal según nuestro Código Civil, corresponde al progenitor que tenga atribuida la patria potestad y en este caso la ejercerían los dos progenitores.
- En los casos de curaduría, cuando el menor no emancipado cuente con un legado o quieran vender un inmueble, para poder demandar la autorización judicial se necesitaría de los dos progenitores.

#### **5.3.5 Proyecto de Ley en la Asamblea Nacional**

El 27 de Febrero de 2018, la Abogada Verónica Arias Fernández, Asambleísta por la provincia de Loja, Segunda Vocal del Consejo de Administración Legislativa, con sus 14 firmas de respaldo de los asambleístas: Soledad Buenaño, Carlos Bergman, Doris Soliz, Mónica Alemán, Pabel Muñoz, Franflin

Samaniego, Juan Cristobal Llovet, Morelia Holgoïn, Ivàn Cardenas, Diego Garcia, Josè Chalà, Verònica Guevara, Amapola Naranjo, Esther Cuesla.

Presentò la propuesta de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, esto plantea para aclarar dudas sobre el contenido de dicho artículo y lo relaciona con el artículo 118 de la misma Ley que habla sobre la tenencia.

La exposición de motivos establece al niño, niña y adolescente como ente fundamental en la familia, es el núcleo de la sociedad y para ello su desarrollo integral incluye cuidado y protección preferente, prioritaria en el interés superior del niño prevalece sobre cualquier otro, su proyecto de vida tiene que ser trascendental para el Estado.

La equidad de género, la igualdad y justicia que se implementen en la realidad, para asegurar los derechos de las mujeres en todas sus etapas, considerándolas como un grupo de atención prioritaria, debido a la existencia de casos de violencia de género, en especial cuando por esto asumen el rol de madres, jefas de familia, por lo cual se merecen medidas de acción afirmativas, que son adoptadas en casos de discriminación.

En Sentencia de la Corte Constitucional No. 21-11-SEP-CC, emitida el primero de septiembre de 2011, señalo que en las medidas de tenencia se encuentre la co-custodia, se establece en el artículo 106 numeral 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que requiere acuerdo entre las partes, y si no existe plantea el numeral 2 que manifiesta la preferencia a la madre para el cuidado de sus hijos hasta que cumpla los 12 años de edad, excepto si esta en juego el interés superior del niño.

La asambleísta manifiesta, como primera regla “Se receptará lo que acuerden los progenitores siempre que ellos no perjudiquen los derechos del hijo o de la hija” con esto quiere decir que se establece como primera opción el acuerdo de los progenitores, y como segunda regla se escucha la opinión de los niños, niñas y adolescentes, por lo cual indica que no se debe incorporar la tenencia

compartida porque ya existe mas de 14 años desde que se creo nuestro código, pero el legislador con esto garantizó que se priorice el acuerdo, no el conflicto.

Con la interpretación del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de que si existe la Tenencia Compartida en el Ecuador por acuerdo de los progenitores y no por imposición judicial la asambleísta plantea la interpretación como:

“El artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la patria potestad y aplicable de conformidad al artículo 118 del mismo cuerpo legal a la tenencia, desarrolla la corresponsabilidad parental, el desarrollo integral y el interés superior de niños, niñas y adolescentes, por lo que en aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de los grupos de atención prioritaria como son las madres, jefas de familia, víctimas de violencia y sus hijos que están a su cargo, se entenderá que la tenencia compartida únicamente procede previo acuerdo expreso de los progenitores y escuchando la opinión de los hijos, impidiendo así la atribución judicial para la imposición de tenencia compartida que no cuenta con estos requisitos e imposibilitando que este asunto sea sometido a mediación familiar obligatoria” (Proyecto de Ley, 2018)

Pero en el informe del primer debate, mediante la Comisión Especializada Ocasional para atender temas y normas sobre la Niñez, y Adolescencia, se considera que la ley interpretativa debe ser al artículo 118 que se refiere al régimen de tenencia, en concordancia con el artículo 106, y después de haber sido discutido y aprobado el proyecto de ley se ha establecido su texto final para una mejor comprensión:

“El artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la tenencia y el artículo 106, del mismo Código, respecto a las reglas de asignación de la patria potestad aplicables a la tenencia, desarrollan la corresponsabilidad parental, el desarrollo integral y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por lo que en aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de los grupos de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes y las mujeres víctimas de violencia, así como de la especial atención a favor de las madres jefas de familia, se entiende que la

tenencia compartida únicamente procede previo acuerdo expreso de los progenitores, aprobado por la jueza o juez y siempre escuchando la opinión de los hijos e hijas según su grado de desarrollo y madurez sin que la autoridad judicial pueda atribuirse funciones dispositivas para la imposición unilateral de la tenencia compartida”. (Proyecto de Ley, 2018)

## **CAPÍTULO IV**

### **5.4 CASOS REALES**

#### **5.4.1 Análisis de casos reales sobre la tenencia compartida.**

A continuación se realiza el análisis de tres casos reales en donde se aplicó la tenencia compartida y que dejen en evidencia que a través de estas resoluciones se favorece el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

#### **PRIMER CASO:**

##### **a. Información general del caso.**

- **Órgano jurisdiccional.** Unidad Judicial Tercera de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito.
- **Accionante:** César Augusto Chugchilan
- **Demandada:** Mirian Soto Obando.
- **Niño:** David Joel Chugchilan
- **Materia:** Derecho de familia
- **Asunto materia de la controversia:** Tenencia compartida

## **b. Antecedentes del caso:**

El señor César Augusto Chugchilan, inició una demanda de tenencia de su hijo, David Joel Chugchilan, aduciendo que la madre señora Mirian Soto Obando, le maltrata en forma física y psicológica al menor por cuanto aduce que prefiere salir con sus amigos y le deja solo en compañía de un amigo, en otras ocasiones en compañía de sus vecinos; y, que llega a la casa en estado de ebriedad en donde le propina golpes a su hijo e insultos que le afectan en forma física y psicológica.

Según el accionante, esto ha provocado que el menor le tenga miedo a su madre, incluso le ha hecho dormir en el patio; de igual manera el menor refiere que le tiene miedo a la pareja de su madre, quienes le dicen que debe estar callado.

Ante esta situación en la contestación de la demanda, la madre refiere que su hijo está manipulado, que no es verdad los fundamentos de la demanda, aduce que el menor tiene poco o casi nada de contacto con su hijo que en una ocasión ha tenido que recuperar a su hijo con la DINAPEN.

## **c. Intervención del equipo técnico.**

El equipo técnico de la Unidad Judicial Tercera de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito se encuentra conformada por un médico, por un psicólogo y por un trabajador social, quienes por disposición del Juez elaboraron el respectivo informe técnico a fin de verificar la situación médica, psicológica y social en la que se desenvuelve el menor.

Al respecto, se manifiesta que este conjunto de profesionales que formaban parte del equipo técnico realizó una visita al lugar donde vivía el menor, y a la fecha del informe se encontraba con el padre, ante lo cual en los informes se concluyó lo siguiente:

- Que no existe maltrato físico o psicológico del menor ni por parte de la madre ni del padre.
- Buen trato en el entorno paterno
- Que el padre ejerce un estilo de disciplina consentidor, permisivo exageradamente tolerante.
- El equipo técnico señala que para mantener las relaciones afectivas entre el padre y el adolescente las visitas lleven un horario donde el padre pueda tener el acceso de lunes a viernes y fines de semana para compartir con su hijo, sin afectar la convivencia en el hogar materno

#### **d. Resolución de tenencia compartida.**

Para dictar la resolución de la tenencia compartida, en relación a los hechos y elementos probatorios, se advierte que el Juez indica que el niño habría mencionado que si se le deja con la madre se va a escapar de su casa. Por otro lado, el equipo técnico recomendó que el menor pase en compañía de su padre. Por estas consideraciones el señor Juez, amparado en lo establecido en los artículo 69 numeral 1 de la Constitución, en la que se hace referencia a la responsabilidad materna y paterna; así como en lo previsto en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, señala que el Estado velará que no sea separado de sus padres; y, de acuerdo al derecho a la convivencia familiar que garantiza que el menor conviva con sus dos progenitores según lo prevé el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia, Resolvió:

Disponer la tenencia compartida del niño, David Joel Chugchilan con ambos progenitores en los siguientes términos: a) de lunes a viernes pasará con su padre; y b) después de la jornada del viernes hasta la terminación de la jornada del día lunes con su madre Mirian Soto Obando. Así mismo se dispuso terapia psicológica al menor David Joel Chugchilan, acogiendo el informe del equipo técnico.

### **e. Incidencia de la resolución de tenencia compartida en el menor**

Es preciso señalar que en este caso el menor no quería estar con su madre; e incluso había amenazado que si permanecía junto a su madre se iba a escapar; se consideró uno de los aspectos para que el Juez dicte la resolución de tenencia compartida, es decir para evitar que el niño se fugue de su casa, lo cual se puede evitar también por cuanto su padre demostró que tenía una relación muy afectiva con el menor.

En definitiva se puede decir que esta resolución de tenencia compartida si benefició el interés superior del niño, garantizó su derecho a la convivencia familiar con sus dos progenitores, de igual manera se promovió la corresponsabilidad parental que es uno de los principios constitucionales que permite promover la crianza, educación y protección de los hijos por ambos de sus padres en forma igualitaria, con lo que se deje en evidencia lo expuesto en el presente trabajo.

## **SEGUNDO CASO.**

### **a. Información general del caso.**

- Órgano Jurisdiccional. Unidad Judicial Tercera de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia del Cantón Milagro.
- Accionante: Alexandra Marisol Cadmen Villala
- Demandado: Jorge Luis Barzola Zavala.
- Niño: Tabatah Denisse Barzola Cadmen
- Materia: Derecho de familia
- Asunto materia de la controversia: Tenencia compartida

## **b. Antecedentes del caso:**

Cabe indicar que no se han relatado los antecedentes de hecho respecto a los motivos que dieron lugar a la tenencia compartida, lo que si se indica en el proceso es que la tenencia fue propuesta por las partes; y, fue el juzgador quien aprobó la tenencia compartida, en este caso otorgándole al padre de la niña Jorge Luis Barzola Zavala el tiempo de 3 días a la semana a fin de que pueda ejercer la custodia y protección de su hija Tabatah Denisse Barzola Cadmen; en tanto que los 4 días restantes la menor pasaría con su madre.

## **c. Fundamentación jurídica del juzgador para conceder la tenencia compartida y resolución.**

El juzgador dentro de un juicio de alimentos resolvió además con quién se quedaría la menor; en este caso dictó la posibilidad de que sus dos progenitores ejerzan la tenencia compartida; y, para fundamentar su resolución entre otros aspectos el juez invocó las siguientes normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia. Norma que hace referencia a que el padre como la madre tiene iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en concordancia con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución en la cual se encuentra el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El Juez también aplicó el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño, norma legal que reconoce un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo, entre otras normas jurídicas.

Por tales consideraciones, el juzgador en su parte pertinente, manifestó:

Es claro que para alcanzar un nivel de vida adecuado, no basta con satisfacer las necesidades básicas (nutrición, vestuario y vivienda). La afectividad de este uno de los derechos de la infancia, es inherente a la familia y al Estado sobre la base de los principios de solidaridad y de subsidiaridad. Así se postula que su

aplicación corresponde en primer lugar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño. Dentro de esta concepción, se contempla el derecho a la convivencia familiar” (Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia del Cantón Milagro, Resolución, 12 de julio de 2006)

Se manifiesta que la tenencia compartida es un mecanismo que evita romper las relaciones familiares, afectivas de los hijos ante la separación de sus padres, si un padre o una madre mantiene contacto permanente con su hijo indudablemente se va a fortalecer los lazos familiares, situación que no ocurre en la actualidad con los denominados regímenes de visitas, el padre al verle dos, tres, cuatro, seis o ocho horas a la semana de ninguna manera se garantiza el derecho a la convivencia familiar, y con ello afecta el interés superior del niño.

### **TERCER CASO:**

#### **a. Información general del caso.**

- **Órgano jurisdiccional.** Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia del Cantón Latacunga.
- **Proceso Nro.** 05202-2013-4609
- **Accionante:** Paulina Teresa Quintana
- **Demandada:** Germánico Panchi Cadena.
- **Materia:** Derecho de familia
- **Asunto materia de la controversia:** Tenencia compartida

## **b. Antecedentes del caso:**

La tenencia compartida tiene como antecedentes que en una primera instancia los padres del menor, sufrían de alteraciones de carácter psicológicas, lo que les impedía ejercer su patria potestad en una forma adecuada, problemas de depresión que tuvieron tanto el padre como la madre.

Se manifiesta que en una primera instancia el menor fue confiado a sus abuelos, por cuanto el niño vivía con ellos y hasta cierto punto mantenía una estabilidad en compañía de los mismos, en tal razón la oficina técnica de la Unidad Judicial había recomendado que el menor se quede con sus abuelos.

Sin embargo de lo expuesto, se manifiesta que dentro de las medidas de protección que el juez consideró que se dicten en este proceso de tenencia, se encontraban la de asistencia psicológica a los padres del menor, lo cual si fue realizado por los progenitores, demostrándose mejoría en sus relaciones afectivas con el niño.

Los progenitores del menor, si bien en ciertas ocasiones presentaban problemas psicológicos, no incurrieron en ninguna de las causas para privarles o suspenderles de su patria potestad, es decir que el ámbito psicológico no incluyó para que se vulneren los derechos de su hijo, siendo esto uno de los motivos de que el Juez, revise y revea la posibilidad de que los abuelos sigan siendo tutores del menor, a criterio del Juez, debían ser sus padres, lo mismo se corroboró con la oficina técnica del juzgado de familia en la cual, después de la mejoría que demostraron sus padres, no encontraron causa para que se impida que el padre y la madre ejerzan la tenencia compartida respecto de su hijo.

## **c. Normativa jurídica utilizada por el juzgador previo a emitir la resolución de tenencia compartida.**

El juzgador invoca el derecho a la convivencia familiar del padre y la madre, señalando que: la patria potestad es una de las manifestaciones estructurales,

implica el derecho constitucional a la convivencia familiar, que por su naturaleza es dual, le asiste tanto al padre como a la madre, así como a los hijos e hijas.

Esta es una argumentación muy importante que realiza el Juez, por cuanto señala que el derecho a la convivencia familiar subsiste aunque estén separados el padre y la madre y que este derecho toma diferentes expresiones jurídicas para quien ejerce la convivencia habitual y para quien la ejerce generalmente en los espacios de descanso o recreación; para el primer caso se denomina tenencia y para el segundo caso régimen de visitas.

El juzgador señala que a fin de ejercitar el derecho a la convivencia familiar, es necesario observar varias normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano como la corresponsabilidad materna y paterna, misma que se encuentra garantizada en la Convención de los Derechos del Niño, establecida en el artículo 18 numeral 1, que se desprende que sus dos progenitores tienen obligaciones comunes respecto de la crianza de sus hijos.

Así mismo, en el artículo 69 numerales 1 y 5 de la Constitución de la República del Ecuador, la responsabilidad paterna y materna, se encuentra desarrollada en el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia que hace referencia a la corresponsabilidad parental, en donde se ha establecido que tanto el padre como la madre tienen derecho en igualdad de condiciones a educar criar y mantener relaciones afectivas con sus hijos.

El Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia decidió otorgar la tenencia compartida a favor del padre y de la madre, acogiendo un informe técnico que se prevé factible que el niño mantenga relaciones afectivas tanto con el padre como con la madre.

El juzgador confirió la tenencia compartida otorgándole al padre de lunes a viernes; y a la madre los días sábados desde las 09h00 hasta el día domingo, las 18h00, manifestando que los horarios no son estrictos, es decir que se

podría permitir a la madre que comparta con su hijo entre semana y no fines de semana, previa coordinación con el padre.

#### **5.4.2 Derecho comparado.**

##### **La tenencia compartida en España**

España es uno de los países en donde la custodia compartida se ha aplicado con éxito, desde el año 2005. Al respecto, se indica que la Ley Nro. 15 del año 2005, modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de divorcio, se establecieron algunas modificaciones en relación a la tenencia de los hijos.

En el artículo 92 del Código Civil, se estableció la posibilidad de que dentro de los procesos civiles se otorgue la tenencia compartida, a solicitud de los progenitores mediante la presentación de un convenio regulador, que debe ser acogido por el juez por cuanto es la voluntad de sus dos progenitores, sin perjuicio de que para acoger la voluntad de los padres, se escuche además al menor.

Para tal efecto, cabe señalar que para que el juez otorgue la tenencia compartida basta que uno de los padres la solicite, este es otro caso en el que al juez habilita tomar esta decisión, siempre observando el interés superior del niño, niña o adolescente.

Uno de los aspectos más importantes que toma en consideración la legislación española para otorgar la tenencia compartida es que los niños, niñas y adolescentes que mantienen relaciones afectivas con sus dos progenitores tienen un mejor desarrollo integral desde el punto de vista afectivo que influye positivamente en la psiquis del menor, situación que en el Ecuador, no ha sido tomado en cuenta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## **6. METODOLOGÍA**

La presente investigación, se encuentra cimentada en el método científico, debido a que requirió de diversos procedimientos y técnicas sistematizadas, se consiguió dar origen al conocimiento con la ayuda de instrumentos de alto grado de confiabilidad, con la finalidad de plantear soluciones al problema de investigación.

### **6.1 Métodos**

En este caso particularmente, se ha requerido de los siguientes métodos de investigación:

#### **Inductivo**

Se ha utilizado este método por cuanto para el desarrollo de la presente investigación se ha iniciado con estudios particulares respecto de los casos en que el Juez ha dictado resoluciones por tenencia compartida en favor de sus dos progenitores y no solo a favor de la madre como generalmente acontece en el ámbito judicial, a fin de construir conocimientos generales del problema a investigarse.

#### **Descriptivo**

Este método ha permitido describir y detallar paso a paso el problema de investigación que ha incluido un análisis legal de las normas tipificadas en el Código de la Niñez y Adolescencia relacionadas con la problemática planteada en la investigación, es decir sobre la corresponsabilidad parental y tenencia compartida

#### **Sintético**

Mediante la síntesis se ha conseguido simplificar la descripción del problema y a la vez, descubrir las relaciones aparentemente contradictorias para construir el conocimiento a partir de lo que ya cuenta la investigadora, así como también

se ha logrado viabilizar el descubrimiento de las respectivas relaciones y características más definidas de los elementos concernientes a la tenencia compartida en beneficio no de los padres, sino de los niños, niñas y adolescentes.

### **6.1.1 Tipo de Investigación**

De acuerdo a las características de la investigación, se ha necesitados de la aplicación de los tipos de investigación que a continuación se enuncian:

**Documental.** Se logró acceder a textos jurídicos relacionados con el problema investigativo, que se los conoce como doctrina jurídica, así también a códigos y leyes, como la Constitución de la República, el Código de la Niñez y Adolescencia, entre otros.

**Descriptiva.** Debido a que, a través de la investigación de tipo descriptiva, se ha conseguido detallar el fenómeno que se ha analizado; es decir que se han estudiado pormenorizadamente, las particularidades y detalles más sobresalientes relacionados con los efectos jurídicos de las resoluciones en los casos de tenencia compartida.

**De campo.** Por cuanto la recolección de la información se ha realizado en la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, a través de la utilización de los instrumentos de la investigación que previamente han sido seleccionados por la investigadora.

### **6.1.2 Diseño de Investigación**

En base a las características, además de la naturaleza de la presente investigación, se halla dentro de un esquema de diseño no experimental; sin embargo, se ha encontrado sujeta y orientada a conclusiones, debido a que se ha realizado un estudio profundo de la corresponsabilidad parental y tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes.

### 6.1.3 Población y Muestra

La investigación ha sido realizada en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo; tomando en consideración a los Abogados que han patrocinado procesos de tenencia, motivo por el cual, la población que se encuentra implicada en la investigación se ha representado en el cuadro que a continuación se exhibe:

**CUADRO N° 1**  
**Población**

<b>POBLACIÓN</b>	<b>NUMERO</b>
Abogados que patrocinan los procesos de tenencia	74
Jueces de la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba	3
<b>TOTAL</b>	<b>77</b>

**Fuente:** Población involucrada en la investigación

**Autora:** Katherin Lata

La población en esta investigación se halla conformada por setenta y cuatro Abogados que han patrocinado los procesos de tenencia en la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba, y tres Jueces de la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba, con un total de setenta y siete profesionales del derecho de la provincia de Chimborazo; a los que se les aplica los instrumentos e recolección de la información; además, cabe indicar que no ha sido conveniente la aplicación de una fórmula estadística para determinar la muestra, por cuanto la población es pequeña y se ha procedido a analizar toda la población.

#### **6.1.4 Técnicas de investigación**

Para la investigación que se ha desarrollado ha sido necesario recurrir a la utilización de técnicas e instrumentos de gran utilidad como las siguientes:

##### **Técnicas**

Entre las técnicas usadas, se tiene a las siguientes:

##### **Encuesta**

Constituye una técnica que se ha obtenido datos de la población investigada con la utilización del cuestionario, manifestando que no se trata de transformar ni controlar el argumento que da el fenómeno, en este caso los efectos jurídicos de las resoluciones en los procesos de tenencia compartida. Particularmente se ha aplicado la encuesta a los Abogados que han patrocinado procesos de tenencia en la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba

##### **Entrevista**

Instituye una técnica que permite recabar información de los expertos relacionados con el tema de tenencia compartida, que se ha aplicado a los Jueces de la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Riobamba.

**Instrumentos:** Se ha requerido de la utilización de los siguientes instrumentos:

- **Cuestionario:** conforma la encuesta que es aplicada a los Abogados que han patrocinado los procesos de tenencia; la misma que se encuentra formada por preguntas de tipo cerrado referentes a la materia que se ha investigado y que son de fácil entendimiento, se consiguió recolectar información valiosa para la investigación y para sus correspondientes sustentos.

- **Guía de Entrevista:** se halla conformando la entrevista, la cual se ha conseguido plantear preguntas de tipo abiertas con la finalidad de recabar información referente a la tenencia y la corresponsabilidad compartida de especialistas y expertos en materia de familia, niñez y adolescencia.

## **6.2 Técnicas de procesamiento e interpretación de datos**

Las técnicas en investigación son de vital importancia, porque gracias a ellas se consigue sistemáticamente ordenar los datos y la información, para posteriormente a través del procesamiento de los datos se ha utilizado técnicas lógicas como cuadros y gráficos de tipo estadístico, mediante la representación de la información y los datos obtenidos en las encuestas.

Ulteriormente para la interpretación de los datos que han sido procesados en la etapa anterior, se ha requerido de la intervención de técnicas lógicas como la inducción, análisis y síntesis con la finalidad trascendental de comprender de mejor manera los resultados obtenidos en la investigación y exponerlos para que pueda ser comprendido por cualquier persona; de esta forma se ha conseguido interpretar los resultados de la investigación de campo de manera eficaz.

## **7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Seguidamente se realiza el análisis y discusión de los resultados que se obtuvo con la aplicación de la encuesta.

### **Encuesta dirigida a los Abogados que patrocinaron procesos de tenencia en el cantón Riobamba**

**PREGUNTA 1.** ¿La corresponsabilidad paterna y materna se encuentra garantizada en la Constitución de la República del Ecuador?

**Cuadro Nº 2**  
**Corresponsabilidad en la Constitución**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	74	100.0%
NO	0	0.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Aplicación de encuesta  
Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico Nº 1**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

De acuerdo a los profesionales que han sido encuestados, el 100% ha manifestado que la corresponsabilidad paterna y materna se encuentra garantizada en la Constitución de la República, en el artículo 69 numeral 5.

**PREGUNTA 2.** ¿La corresponsabilidad se refiere a la igualdad de obligaciones y derechos que tienen los padres sobre los hijos?

**Cuadro Nº 3**

**Igualdad de obligaciones y derechos sobre hijos**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	70	95.0%
NO	4	5.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Aplicación de encuesta  
Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico Nº 2**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

Del resultado obtenido en las encuestas, el 95% de los encuestados han manifestado que la corresponsabilidad se refiere a la igualdad de obligaciones y derechos que tienen los padres sobre los hijos; mientras que el 5% de los encuestados han expresado que no. Los padres ante los hijos deben poseer igual jerarquía en cuanto a los deberes y obligaciones, así como también en los derechos en relación a sus hijos.

**PREGUNTA 3.** ¿En los procesos de tenencia, se podría decir que los juzgadores otorgan la tenencia con igualdad de oportunidades tanto para el padre como para la madre?

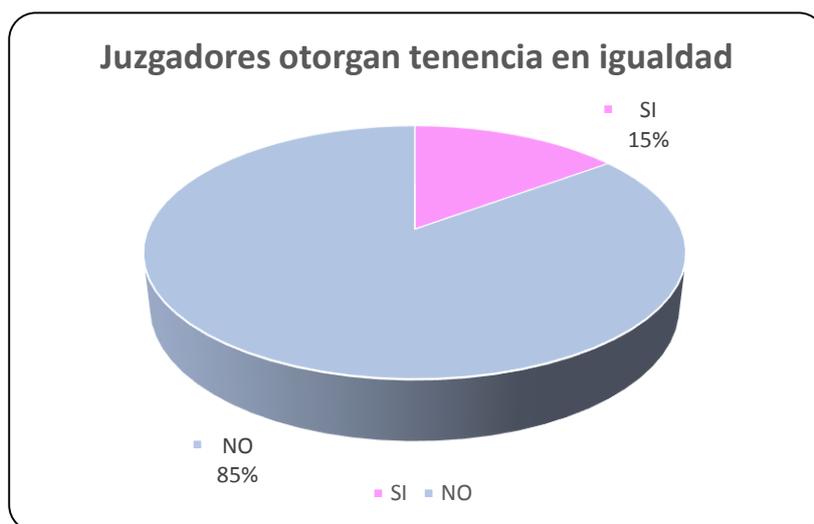
**Cuadro N° 4**  
**Juzgadores otorgan tenencia en igualdad**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	11	15.0%
NO	63	85.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas

Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico N° 3**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

De conformidad a las encuestas aplicadas, el 85% de los encuestados, confirma que, en los procesos de tenencia, no se puede decir que los jueces conceden la tenencia con igualdad de oportunidades tanto para el padre como para la madre; en cambio el 15% asevera que sí. En la práctica los juzgadores muy pocas veces otorgan la tenencia a los padres, puesto que siempre es a la madre.

**PREGUNTA 4.** ¿La tenencia compartida se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

**Cuadro Nº 5**

**Regulación de tenencia compartida**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0.0%
NO	74	100.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas

Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico Nº 4**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

Referente a los resultados encontrados en las encuestas, un porcentaje correspondiente al 100% han indicado que, en efecto la tenencia compartida no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por tal razón existe la necesidad de regular adecuadamente la tenencia compartida con la finalidad que la corresponsabilidad compartida verdaderamente, entre padre y madre se cristalice como lo ampara la Constitución de la República.

**PREGUNTA 5.** ¿La falta de regulación normativa de la tenencia compartida incide en las resoluciones dictadas en los procesos de tenencia?

**Cuadro Nº 6**

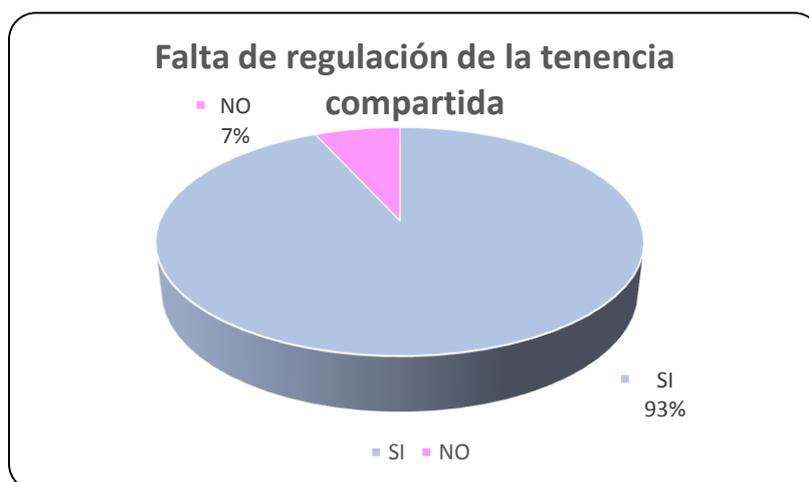
**Falta de regulación de la tenencia compartida**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	69	93.0%
NO	5	7.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas

Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico Nº 5**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

De acuerdo a la encuesta aplicada se ha obtenido que el 93% de los profesionales encuestados afirman que la falta de regulación normativa de la tenencia compartida incide en las resoluciones dictadas en los procesos de tenencia; mientras que un porcentaje del 7% asevera que no incide. Según las resoluciones que se han dictado en cuanto a la tenencia, los jueces casi siempre la otorgan a la madre, y en excepcionales ocasiones al padre.

**PREGUNTA 6.** ¿El niño, niña o adolescente debería tener la posibilidad de convivir y mantener relaciones afectivas con un padre biológico que le permita desarrollarse de mejor manera en el ámbito educativo, social, cultural y personal?

**Cuadro Nº 7**

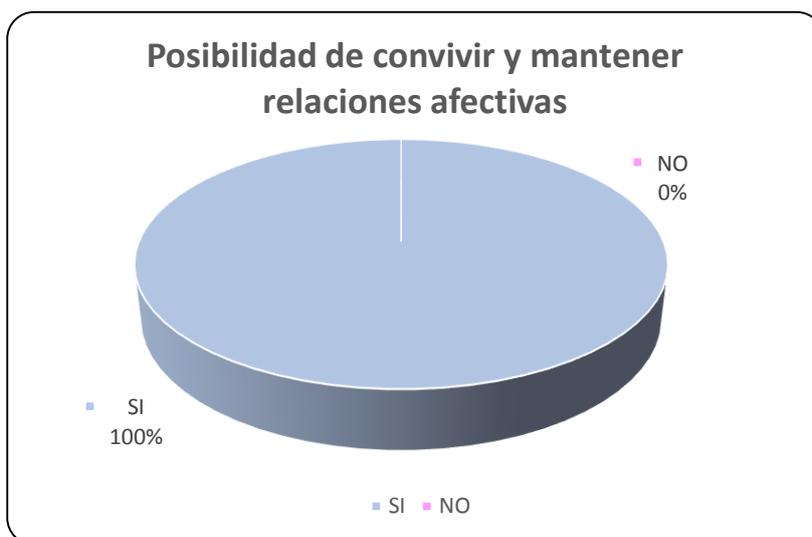
**Posibilidad de convivir y mantener relaciones afectivas**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	74	100.0%
NO	0	0.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas

Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico Nº 6**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

De la investigación realizada, el 100% de los encuestados afirman que, efectivamente, el niño, niña o adolescente debe tener la posibilidad de convivir y mantener relaciones afectivas con un padre biológico que le permita desarrollarse de mejor manera en el ámbito educativo, social, cultural y personal.

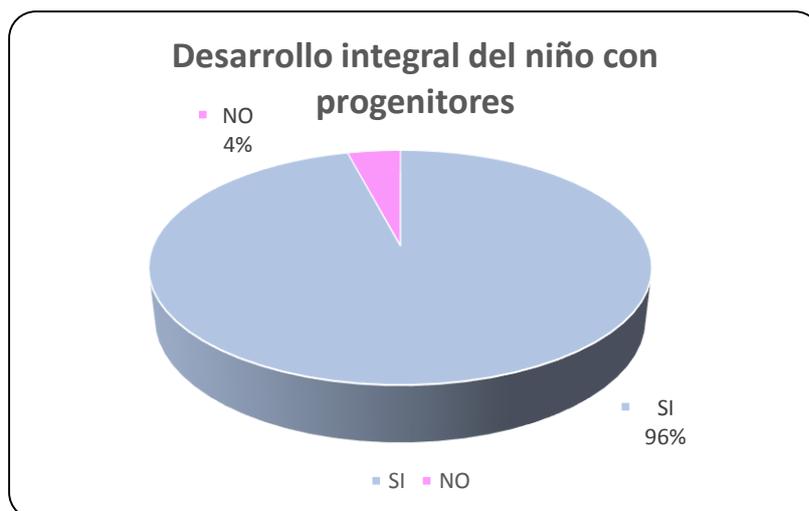
**PREGUNTA 7.** ¿La tenencia compartida coadyuva de mejor manera el desarrollo integral del niño, niña o adolescente con ambos de sus progenitores?

**Cuadro N° 8**  
**Desarrollo integral del niño con progenitores**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	71	96.0%
NO	3	4.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas  
Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico N° 7**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

Según los datos obtenidos en la aplicación de la encuesta, el 96% de los encuestados expresan que la tenencia compartida coadyuva de mejor manera el desarrollo integral del niño, niña o adolescente con ambos de sus progenitores; mientras que solo el 4% de los encuestados sostienen que no. El desarrollo del niño, niña o adolescente siempre será más positivo si intervienen los dos padres.

**PREGUNTA 8.** ¿La tenencia compartida permite mantener y fortalecer las relaciones afectivas y familiares?

**Cuadro Nº 9**

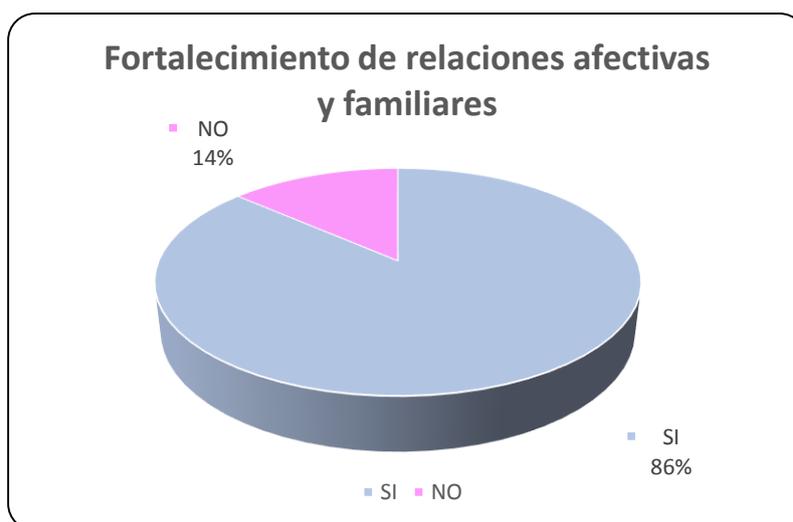
**Fortalecimiento de relaciones afectivas y familiares**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	64	86.0%
NO	10	14.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas

Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico Nº 8**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

El 86% de los encuestados han manifestado que efectivamente la tenencia compartida permite mantener y fortalecer las relaciones afectivas y familiares entre los hijos tanto con el padre como con la madre; sin embargo el 14% de los encuestados han manifestado que no, debido a que a veces el padre muestra poco interés por sus hijos y no le importa llenar sus necesidades afectivas, de cariño y de atención hacia sus hijos.

**PREGUNTA 9.** ¿Las resoluciones que se dictan en los procesos de tenencia compartida inciden en el desarrollo integral del menor?

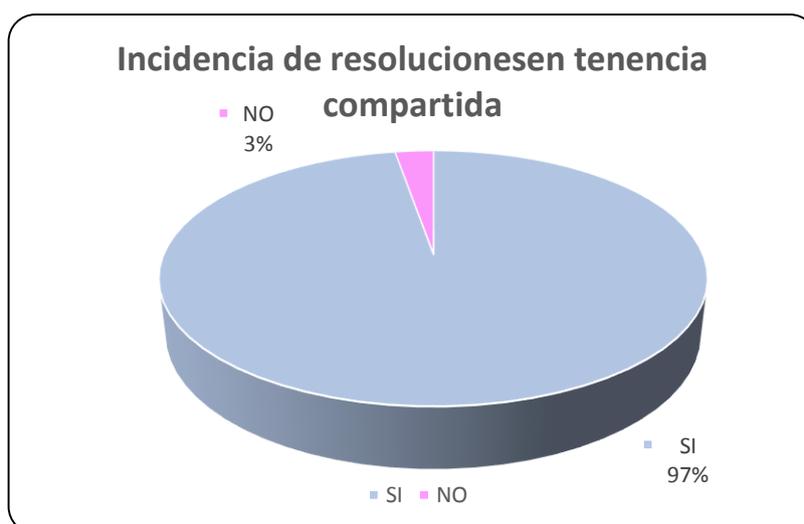
**Cuadro N° 10**

**Incidencia de resoluciones en tenencia compartida**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	72	97.0%
NO	2	3.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas  
Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico N° 9**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

De las encuestas aplicadas a los profesionales, el 97% de los encuestados consideran que las resoluciones que se dictan en los procesos de tenencia compartida inciden en el desarrollo integral del menor; mientras que un mínimo porcentaje del 3% de los encuestados aducen que no. Al momento en nuestro país existen dos resoluciones que dictaminan la tenencia compartida, lo cual influye positivamente en el desarrollo del menor porque necesita de los padres.

**PREGUNTA 10.** ¿Existe la necesidad de incluir en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida?

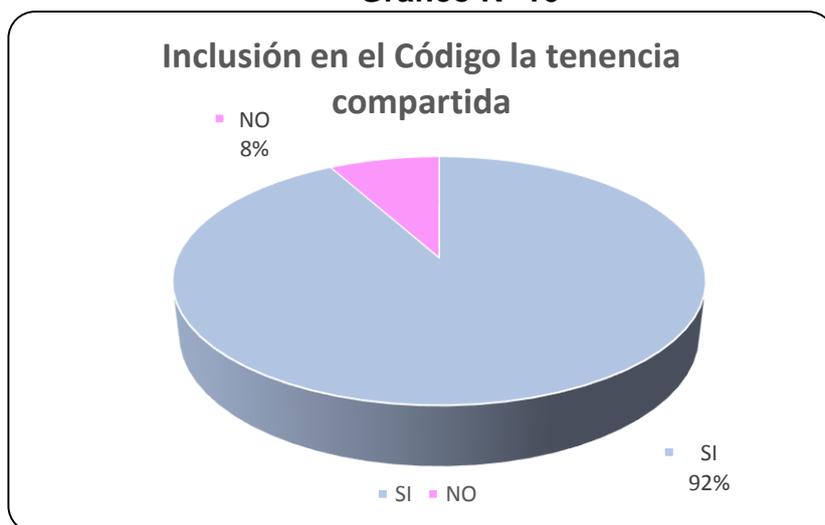
**Cuadro Nº 11**

**Inclusión en el Código la tenencia compartida**

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	69	100.0%
NO	6	0.0%
<b>Total</b>	<b>74</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuestas  
Realizado por: Katherin Lata

**Gráfico Nº 10**



Realizado por: Katherin Lata

**Interpretación:**

De los resultados obtenidos, el 100% de los encuestados afirma que verdaderamente sí existe la necesidad de incluir en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida; puesto que para el bienestar de los hijos siempre será necesario la presencia de los dos progenitores, es decir tanto del padre como de la madre, cada uno de ellos aportará un valor agregado al desarrollo y crecimiento de los menores, y cada figura contribuirá al mejor desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

## **ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA MUJER, FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

**1. ¿En los procesos de tenencia, se podría decir que los juzgadores otorgan la tenencia con igualdad de oportunidades tanto para el padre como para la madre?**

En la mayoría de casos, la tenencia ha sido otorgada a la madre, muy poco a los padres. En tres casos en la Judicatura se ha otorgado la tenencia compartida.

En otro criterio, asevera el entrevistado que, con igual derecho para la madre y el padre, pero dependiendo las circunstancias que determinen a quien se le debe otorgar.

Un juzgador aduce que se otorga la tenencia a uno de los progenitores, al otro se le proporciona visitas para mantener la relación de parentabilidad.

**2. ¿La tenencia compartida se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?**

A criterios de los entrevistados, manifiestan que no se encuentra la tenencia compartida regulada dentro de nuestra legislación.

**3. ¿La falta de regulación normativa de la tenencia compartida incide en las resoluciones dictadas en los procesos de tenencia?**

Los entrevistados concuerdan en manifestar que no necesariamente porque el juez en la respectiva audiencia, puede conciliar y plantear como medio de solución de conflictos la tenencia compartida; además puede acoger el acuerdo de los padres tendiente a satisfacer el interior superior del niño, niña y adolescente.

**4. ¿Las resoluciones que se dictan en los procesos de tenencia compartida inciden en el desarrollo integral del menor?**

Los entrevistados aseveran que los padres asumen su rol de manera integral a favor de su hijo y se garantiza el desarrollo del menor; sin embargo, siempre existen casos en los que el padre por lo general se desaparece y no se halla pendiente ni de las visitas a sus hijos porque habitualmente formó otra familia. La tenencia compartida no existe en nuestra legislación.

**5. ¿Existe la necesidad de incluir en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida?**

De acuerdo al criterio de los entrevistados, sí se debería regular la tenencia compartida, con lineamientos y normativa previamente analizada de acuerdo a los casos prácticos, en bien del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

## 8. CONCLUSIONES

- La tenencia compartida no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo de aquello se han dictado resoluciones concediendo la tenencia compartida en las Unidades Judiciales de las Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia, en base del principio de interés superior del niño conforme los procesos analizados en el presente trabajo, que ha permitido amparar y proteger el derecho a la convivencia familiar y a que el niño mantenga relaciones afectivas con sus dos progenitores.
- Por otra parte, se concluye que la tenencia compartida puede ser ejercida e implementada en el Ecuador en base del principio de corresponsabilidad parental , mismo que se encuentra establecido en la Constitución y en el Código de la Niñez y Adolescencia, que permitirá que sus dos progenitores ejerzan la guarda de sus hijos en igualdad de condiciones, pese a existir de por medio una separación o un divorcio, garantizando al menor un desarrollo integral en compañía no solo de la madre, sino además del padre.
- Finalmente, se concluye que en la actualidad, en caso de separación de los padres, sea por divorcio o por cualquier otro motivo, en la gran mayoría de casos las relaciones afectivas del padre con el hijo se ven resquebrajadas, en otros casos muy limitadas, toda vez que los mismos se someten a un régimen de visitas entre 2,4,6 u 8 horas a la semana, se considera que no es un tiempo suficiente para mantener los lazos afectivos y familiares, que puede incidir negativamente en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

## 9. RECOMENDACIONES

- Se concluye que existe la necesidad de implementar en el Ecuador la tenencia compartida en caso de separación de los padres del menor, a fin de que dicha separación no afecte el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, tienen el derecho de mantener relaciones afectivas y de convivencia no solo con un progenitor sino con los dos, situación que en nuestro país, es muy limitada la normativa no prevé esta institución jurídica
- Es recomendable que el progenitor que tenga la tenencia del menor, no limite el derecho del otro padre que no ejerce la tenencia a que visite a sus hijos, cuando una madre o un padre de familia no le permite ver a sus hijos puede afectar la estabilidad y el estado emocional del menor, y si es posible evitarlo; más bien se recomienda que pese a existir separación se trate de mantener y fortalecer las relaciones afectivas entre el hijo con el progenitor que no tiene la tenencia del menor.
- Se recomienda que en base de este trabajo de investigación se amplíen los estudios respecto de los beneficios que trae consigo la tenencia compartida en el Ecuador, a fin de que se constituya como un referente académico para los estudiantes de derecho, con miras a coadyuvar a que los niños, niñas y adolescentes ejerzan en forma amplia su derecho a la convivencia familiar en forma amplia es decir tanto con el padre como con la madre.
- Es necesario que exista relaciones de comunicación entre los ex cónyuges, para favorecer al menor en su parte afectiva y psicológica.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

Acosta Luzuriaga, Edison Lenin (2017), *El interés superior del niño y la custodia compartida*, Tesis, Universidad Técnica de Ambato, Ecuador.

Aguilar Benjamín, (2015), *La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida*, Universidad Externado de Colombia.

Albán Escobar Fernando, (2014), *El Derecho de Alimentos de la Niñez y Adolescencia*, Agencia de publicaciones Educativas, S.A., Quito

Aveiga Soledispa Daysi Janeth, (2010), *Normas De Procedimientos para la Aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia En El Ecuador*, Editorial Jurídica Míguez & Mosquera, Quito, Ecuador

Bossert Gustavo A, Zannoni, Eduardo A, (2004), *Manual de Derecho de Familia*, 6ta. Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires

Cabrera Velez, Juan Pablo, (2007), *Interés Superior del Niño*, Editorial Jurídica, Quito Ecuador

Cajamarca, Suin, (2016), *La tenencia compartida: solución o conflicto*, Tesis, Universidad de Cuenca.

Calles Llanos, Jaime Oswaldo, (2015), *La Conflictividad de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Agencia de Publicaciones Educativas, Quito Ecuador.

Correa, Jefferson (2016), *La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la legislación ecuatoriana*, Tesis, Universidad de Guayaquil.

Corte Constitucional del Ecuador, *Resolución, 064-15-SEP-CC*, Caso: 0331-12-EP de fecha 11 de marzo de 2015,

Mendez Costa, María Josefa, (2002), *La Filiación*, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires.

Ojeda Martínez Cristóbal, (2007), *Estudio Crítico sobre los Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, Editorial San Pedro, Tomo I, Quito

Puig, Peña Eduardo, (2007) *Los Derechos de la Familia*, Editorial Leyer, 2da. Edición, Colombia.

Quimbita, Jhonny Javier, (2017) *Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito*, Primer Semestre 2016, Tesis, Universidad Central del Ecuador.

Ramos, Héctor, (2014), *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de sus padres*, Tesis, Universidad Central del Ecuador.

Saltos Espinoza, Rodrigo y Rodrigo Saltos, Falquez, (2010), *La conflictividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Agencia de publicaciones educativas, Quito Ecuador.

Vélez, Juan. (2008), *Tenencia, legislación, doctrina y práctica*, Editorial Cevallos, Quito.

Zaidán Albuja Salim Marcelo, (2016), *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*, Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito

## **8.2 Fuentes auxiliares**

- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador.
- Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No. 737, 03 de enero de 2003, Quito - Ecuador.

- Organización de las Naciones Unidas Convención de los Derechos del Niño, 1989.

# **ANEXOS**

## ANEXO Nro. 1



### UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS ESCUELA DE DERECHO

#### Encuesta dirigida a los Abogados en el libre ejercicio del cantón Riobamba, provincia de Chimborazo

1. ¿La corresponsabilidad paterna y materna se encuentra garantizada en la Constitución de la República del Ecuador?

Si

No

2. ¿La corresponsabilidad se refiere a la igualdad de obligaciones y derechos que tienen los padres sobre los hijos?

Si

No

3. ¿En los procesos de tenencia, se podría decir que los juzgadores otorgan la tenencia con igualdad de oportunidades tanto para el padre como para la madre?

Si

No

4. ¿La tenencia compartida se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Si

No

5. ¿La falta de regulación normativa de la tenencia compartida incide en las resoluciones dictadas en los procesos de tenencia?

Si

No

6. ¿El niño, niña o adolescente debería tener la posibilidad de convivir y mantener relaciones afectivas con un padre biológico que le permita desarrollarse de mejor manera en el ámbito educativo, social, cultural y personal?

Si

No

7. La tenencia compartida coadyuva de mejor manera el desarrollo integral del niño, niña o adolescente con ambos de sus progenitores?

Si

No

8. La tenencia compartida permite mantener y fortalecer las relaciones afectivas y familiares?

Si

No

9. ¿Las resoluciones que se dictan en los procesos de tenencia compartida inciden en el desarrollo integral del menor?

Si

No

10. ¿Existe la necesidad de incluir en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida?

Si

No

Gracias por su colaboración

**Anexo Nro. 2**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO  
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS  
ESCUELA DE DERECHO**

**ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE  
LA MUJER, FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

1. ¿En los procesos de tenencia, se podría decir que los juzgadores otorgan la tenencia con igualdad de oportunidades tanto para el padre como para la madre?

-----  
-----  
-----  
-----

2. ¿La tenencia compartida se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

-----  
-----  
-----  
-----

3. ¿La falta de regulación normativa de la tenencia compartida incide en las resoluciones dictadas en los procesos de tenencia?

-----  
-----  
-----  
-----

4. ¿Las resoluciones que se dictan en los procesos de tenencia compartida inciden en el desarrollo integral del menor?

-----  
-----  
-----  
-----

5. ¿Existe la necesidad de incluir en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida?

-----  
-----  
-----  
-----

## **ANEXO 3**

### **CASOS PRÁCTICOS**