



**UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES JUZGADOS Y DE LA REPÚBLICA**

TEMA:

“ANÁLISIS A LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS
PROGENITORES EN LA TENENCIA DEL MENOR, EN RELACIÓN A LOS
DERECHOS DEL PADRE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN
GUARANDA PROVINCIA BOLÍVAR, ENTRE LOS MESES DE ENERO A
SEPTIEMBRE DEL AÑO 2020.”

INVESTIGADOR:

WASHINGTON FABIÁN BARRAGÁN QUINCHUELA

TUTOR:

MGTR. JUAN CARLOS YÁNEZ CARRASCO

GUARANDA - 2020

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR, FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Mgtr. Juan Carlos Yáñez Carrasco, en mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación, designado por disposición de Consejo, bajo juramento CERTIFICO: que el señor: Barragán Quinchuela Washington Fabián, egresado de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Carrera de Derecho, ha cumplido con su trabajo de grado previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; con el tema: “ANÁLISIS A LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS PROGENITORES EN LA TENENCIA DEL MENOR, EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DEL PADRE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN GUARANDA PROVINCIA BOLÍVAR, ENTRE LOS MESES DE ENERO A SEPTIEMBRE DEL AÑO 2020”, mismo que ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por la institución, siendo de su propia autoría, por lo que se aprueba. Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado a hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte del jurado respectivo.

Atentamente:



Mgtr. Juan Carlos Yáñez Carrasco

TUTOR

CERTIFICADO URKUND

Correo: Juan Carlos Yanez Carras: x Inicio x Recibidos (162) - jyanez@ueb.ec x D104128746 - INFORME FINAL F x +

secure.ourkund.com/old/view/99386611-421009-888702#q1bKLVayio7VUSrOTM/LTMtMTsxLTIWYMagFAA==

Aplicaciones Cambridge LMS Simulador de crédito... Sistema de gestión... Tabla sueldos mini... Recibidos (103) - jy... FORMACIÓN JURÍD... Facultad de Ciencia... Lista de lectura

URKUND Abrir sesión

Documento	Lista de fuentes	Bloques
INFORME FINAL FABIAN BARRAGAN.docx (D104128746)		Tesis finalizada Katherin Lata, Capítulos.docx
Presentado 2021-05-07 07:44 (-05:00)		Tesis finalizada Katherin Lata, Capítulos.docx
Presentado por wbarragan@mailles.ueb.edu.ec		Lemache Manobanda Janneth Alexandra-Examen Complexivo.docx
Recibido jyanez.ueb@analysis.ourkund.com		PROYECTO DE INVESTIGACIÓN LÓPEZ GARCÍA HENRY PATRICIO.docx
Mensaje Mostrar el mensaje completo		https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesjic4_ecu_const.pdf
99% de estas 41 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.		http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/12390/1/FERNANDEZ%20GAT...

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

Yo, Mgr. Juan Carlos Yanez Carrasco, en mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación, designado por disposición de Consejo, bajo juramento CERTIFICO: que el señor: Barragán Quinchuela Washington Fabián, egresado de la

Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, ha cumplido con su

trabajo de grado

previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la

República;

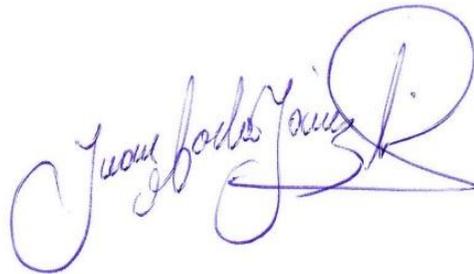
con el tema: "ANÁLISIS A LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS PROGENITORES EN LA TENENCIA DEL MENOR, EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DEL PADRE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN GUARANDA PROVINCIA BÓLIVAR, ENTRE LOS MESES DE ENERO A SEPTIEMBRE DEL AÑO 2020", mismo que ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por la institución, siendo de su propia autoría,

por lo que se aprueba.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado a hacer uso de la presente,

así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte del jurado respectivo.

Atentamente:



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR, FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo; Washington Fabián Barragán Quinchuela, egresado de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria que el presente Proyecto, con el tema: “ANÁLISIS A LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS PROGENITORES EN LA TENENCIA DEL MENOR, EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DEL PADRE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN GUARANDA PROVINCIA BOLÍVAR, ENTRE LOS MESES DE ENERO A SEPTIEMBRE DEL AÑO 2020”, es de mi autoría, así como las expresiones vertidas en el mismo, que se ha realizado bajo la recopilación bibliográfica tanto de libros, revistas, publicaciones, así como de artículos de la legislación ecuatoriana para el presente trabajo investigativo.

Atentamente:



Washington Fabián Barragán Quinchuela

Autor





Factura: 001-002-000017866



20210203001D00185

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE FIRMAS N° 20210203001D00185

Ante mí, NOTARIO(A) GUSTAVO ANTONIO CHAVES CHIMBO de la NOTARÍA PRIMERA , comparece(n) WASHINGTON FABIAN BARRAGAN QUINCHUELA portador(a) de CÉDULA 1804463527 de nacionalidad ECUATORIANA, mayor(es) de edad, estado civil SOLTERO(A), domiciliado(a) en AMBATO, POR SUS PROPIOS DERECHOS en calidad de COMPARECIENTE; quien(es) declara(n) que la(s) firma(s) constante(s) en el documento que antecede DECLARACION JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORIA, es(son) suya(s), la(s) misma(s) que usa(n) en todos sus actos públicos y privados, siendo en consecuencia auténtica(s), para constancia firma(n) conmigo en unidad de acto, de todo lo cual doy fe. La presente diligencia se realiza en ejercicio de la atribución que me confiere el numeral noveno del artículo dieciocho de la Ley Notarial -. El presente reconocimiento no se refiere al contenido del documento que antecede, sobre cuyo texto esta Notaria, no asume responsabilidad alguna. – Se archiva un original. CHIMBO, a 31 DE MAYO DEL 2021, (12:14).

WASHINGTON FABIAN BARRAGAN QUINCHUELA
CÉDULA: 1804463527



NOTARIO(A) GUSTAVO ANTONIO CHAVES CHIMBO
DR. ANTONIO CHAVES CHIMBO MSc.
NOTARÍA PRIMERA DEL CANTÓN CHIMBO
CANTON - CHIMBO




REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

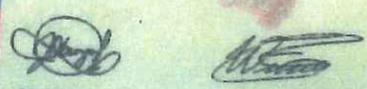
CEDULA DE CIUDADANÍA N.º 180446352-7
 APELLIDOS Y NOMBRES: BARRAGAN QUINCHUELA WASHINGTON FABIAN
 LUGAR DE NACIMIENTO: BOLIVAR SAN MIGUEL
 FECHA DE NACIMIENTO: 1993-01-08
 NACIONALIDAD: ECUATORIANA
 SEXO: HOMBRE
 ESTADO CIVIL: SOLTERO




INSTRUCCION: BACHILLERATO
 PROFESIÓN / OCUPACIÓN: ESTUDIANTE

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE: BARRAGAN M ABRAHAM WASHINGTON
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE: QUINCHUELA MAYA OLGA TERESITA
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN: AMBATO 2017-03-01
 FECHA DE EXPIRACIÓN: 2027-03-01

VZ043V4422
 00668828

CERTIFICADO DE VOTACIÓN 11 ABRIL 2021

N.º 20288599
 N.º 1804463527

PROVINCIA: TUNGURAHUA
 CIRCUNSCRIPCIÓN:
 CANTÓN: AMBATO
 PARROQUIA: LA MERCED
 ZONA:
 JUNTA N.º: 0003 MASCULINO
 CC N.º: 1804463527
 BARRAGAN QUINCHUELA WASHINGTON FABIAN







CIUDADANO/O:
 ESTE DOCUMENTO AGREGA QUE USTED
 SUFRAGO EN LAS ELECCIONES GENERALES 2021



NOTARÍA PRIMERA DEL CANTÓN CHIMBO
 Es fiel fotocopia del documento original que me
 fue presentado y devuelto al interesado en
 fojas útiles.

Chimbo, a

31 MAY 2021


DR. ANTONIO CHAVES CH.
 NOTARIO PRIMERO DEL CANTÓN CHIMBO

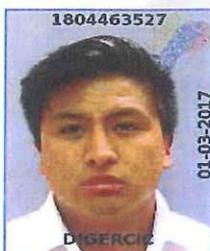




CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD

Número único de identificación: 1804463527

Nombres del ciudadano: BARRAGAN QUINCHUELA WASHINGTON
FABIAN



Condición del cedulao: CIUDADANO

Lugar de nacimiento: ECUADOR/BOLIVAR/SAN MIGUEL/SAN MIGUEL

Fecha de nacimiento: 8 DE ENERO DE 1993

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: HOMBRE

Instrucción: BACHILLERATO

Profesión: ESTUDIANTE

Estado Civil: SOLTERO

Cónyuge: No Registra

Fecha de Matrimonio: No Registra

Nombres del padre: BARRAGAN M ABRAHAN WASHINGTON

Nacionalidad: ECUATORIANA

Nombres de la madre: QUINCHUELA MAYA OLGA TERESITA

Nacionalidad: ECUATORIANA

Fecha de expedición: 1 DE MARZO DE 2017

Condición de donante: SI DONANTE

Información certificada a la fecha: 31 DE MAYO DE 2021

Emisor: GUSTAVO ANTONIO CHAVEZ CHIMBO - BOLIVAR-CHIMBO-NT 1 - BOLIVAR - CHIMBO

N° de certificado: 210-424-67749



210-424-67749

Eco. Rodrigo Avilés J.

Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación

Documento firmado electrónicamente



DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo va dedicado primordialmente a Dios, quien como guía estuvo presente en el caminar de mi vida, bendiciéndome y dándome fuerzas para continuar con mis metas trazadas sin desfallecer. A mis padres que con apoyo incondicional, amor y confianza permitieron que logre culminar mi carrera profesional.

Washington Fabián

AGRADECIMIENTO

De igual manera mis agradecimientos a la Universidad Estatal de Bolívar , a toda la Facultad de Jurisprudencia , a mis profesores quienes con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hicieron que pueda crecer día a día como profesional, gracias a cada una de ustedes por su paciencia, dedicación, apoyo incondicional y amistad.

Finalmente quiero expresar mi más grande y sincero agradecimiento a mi tutor al Dr. Juan Carlos Yáñez, principal colaborador durante todo este proceso, quien con su dirección, conocimiento, enseñanza y colaboración permitió el desarrollo de este trabajo.

Washington Fabián

CONTENIDO

CARATULA.....	I
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA.....	II
DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
ÍNDICE.....	VII
RESUMEN	XII
INTRODUCCIÓN	XV
CAPÍTULO I	1
PROBLEMA.....	1
1.1. Planteamiento del Problema.	1
1.2. Formulación del problema.....	2
1.3. OBJETIVOS.....	2
1.3.1. General.	2
1.3.2. Específicos.	2
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	3
CAPÍTULO II.....	4
MARCO TEÓRICO.....	4
2.1. Antecedentes.....	4
2.2. Fundamentación teórica.....	5

2.2.1. El principio de igualdad.	6
2.2.1.1. Definición del principio de igualdad.....	6
2.2.1.2. Análisis histórico del principio de igualdad.....	7
2.2.1.3. El Principio de igualdad en la normativa internacional.	9
2.2.1.4. El principio de igualdad en la Constitución de la República del Ecuador.....	13
2.2.2. Principio del interés superior del niño.	14
2.2.2.1. Concepción jurídica.	14
2.2.2.2. El principio del interés superior del niño en la normativa internacional.	15
2.2.2.3. El principio del interés superior del niño el Código de la Niñez y Adolescencia	18
2.2.3. Corresponsabilidad parental.	20
2.2.4. El Derecho de Familia.....	21
2.2.4.1. El Estado y la Familia.	22
2.2.4.2. Características del Derecho de Familia.....	23
2.2.4.3. Incidencia del Derecho de Familia.	24
2.2.4.4. El Matrimonio.	24
2.2.5. Divorcio y afectación al núcleo familiar.	26
2.2.6. Afectación psicológica de los infantes.	27
2.2.6.1. Afectación psicológica.....	27
2.2.6.2. Afectación física y sexual.	30
2.2.6.3. El paradigma de la elección.	31
2.2.7. Formas de Tenencia.	32

2.2.7.1. Exclusiva.....	32
2.2.7.2. Alterna.....	33
2.2.7.3. Compartida.....	33
2.2.7.4. Compartida y Visitas.....	33
2.2.7.6. Tenencia como mediación.	34
2.2.7.7. Aspectos jurídicos del juzgador el otorgar la tenencia.	35
2.2.8. El hombre y la discriminación en el Código de la Niñez y Adolescencia.	38
2.2.8.1. Concepción jurídica.	38
2.2.8.2. Principio de igualdad y la no discriminación.....	39
2.2.8.3. El papel del padre en el desarrollo emocional del niño.	40
2.2.8.4. El nuevo paradigma de la paternidad monoparental.	40
2.4. Variables.....	42
2.4.1. Independiente (Causa).....	42
2.4.2. Dependiente (Efecto).....	42
CAPÍTULO III.....	43
DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO.....	43
3.1. Ámbito de estudio.....	43
3.1.1 Ámbito de estudio.	43
3.2. Tipo de investigación.....	43
3.3. Nivel de investigación.	43
3.4. Método de investigación.....	43

3.4.1. Tipo de investigación.	44
3.5. Métodos de investigación.	45
3.5.1. Método científico.	45
3.5.2. Método analítico.....	45
3.5.3. Método inductivo.	45
3.5.4. Método deductivo.....	45
3.5.5. Método Bibliográfico.	46
3.5. Diseño de investigación.....	46
3.5.1. Aplicada.	46
3.5.2. Experimental.	46
3.6. Población, muestra.....	46
3.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	47
3.7.1. Encuesta.	47
3.8. Procedimiento de recolección de datos.	48
3.8.1. Fases de la Investigación.....	48
3.9. Técnicas de procesamiento, análisis e interpretación de datos.....	48
CAPÍTULO IV.....	49
RESULTADOS.....	49
4.1. Presentación de resultados.....	49
4.2. Beneficiarios.....	59
4.2.1. Directos.	59

4.2.2. Indirectos.....	59
4.3. Impacto de la investigación.....	59
4.4.1. Propuesta.....	61
RECOMENDACIONES.....	64
ANEXOS	71

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca establecer la existencia de posibles vulneraciones al principio de igualdad entre los progenitores del hijo, especialmente afectaciones al derecho del padre, cuando existe separación entre los progenitores del menor, y se concede la tenencia del menor a la madre.

Nuestra Carta Magna en el Art. 11.2 establece la igualdad como uno de los derechos y principios fundamentales del ser humano. Partiendo de este precepto constitucional se puede observar que en relación a la concesión de la tenencia de los menores a uno de sus progenitores, dicho principio no se observa, pues la normativa establecida en el Código de la Niñez y Adolescencia da prioridad a la madre.

El interés superior del niño es un principio que no rige solo nuestra jurisdicción nacional, sino que se encuentra instituido en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), cuya aplicación es obligatoria para el administrador de justicia, y prevalece sobre los derechos de otras personas.

En tal virtud hay que entender que la afectación al niño, en base a este principio, no solo puede ser provocado por el padre sino también por la madre, por lo tanto, el presente trabajo busca establecer los parámetros bajo los cuales se ejerce y respeta el interés superior del niño, por parte de sus progenitores y del propio administrador de justicia.

En relación a la metodología a ser usada en la presente investigación partiremos del método inductivo, para posteriormente seguir con el método deductivo, dialéctico, bibliográfico para establecer de manera jurídica y con respecto a la normativa vigente en nuestro país, una solución jurídica que consolide el respeto al principio de igualdad entre los progenitores respecto del derecho a la tenencia del hijo.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Principio: “constituyen a su vez parte de las fuentes formales tanto en el ordenamiento nacional e internacional; pues devienen de la preexistencia de los valores fundamentales de una sociedad” (Beladiez, 1994, pág. 15).

Vulneración: Vulneración a la transgresión del derecho que tiene una persona por parte de otra que puede ser una persona natural o también jurídica; “constituye un rasgo básico de la raza humana considerando que su vida o un derecho es susceptible de sufrir un daño” (Cabanellas, 2014, pág. 450).

Progenitor: Se considera progenitor al hombre o mujer capaz de procrear un hijo, en tal virtud la relación que tiene con el niño es de consanguinidad; otra definición establece al progenitor como “al padre o la madre, es decir cualquier ascendiente en línea recta; es decir, el origen del vástago es biológico” (Cabanellas, 2014, pág. 390).

Igualdad: La igualdad en derecho tiene relación a los derechos y obligaciones que posee una persona frente a otra, es decir, debe favorecer a las personas en igualdad de condiciones para evitar la existencia de la discriminación; “se concibe también en razón de establecer que todas las personas tienen los mismos derechos y libertades sin importar su origen étnico principalmente”. (Beladiez, 1994, pág. 25).

Matrimonio: Es una figura jurídica que se establece mediante un “contrato solemne entre dos personas mismas que se unen con la finalidad de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (Código Civil, 2003, pág. 26); en tal virtud se entiende al matrimonio como aquel vínculo de carácter jurídico que nace de la voluntad de dos personas para poder procrear y auxiliarse mutuamente.

Divorcio: El divorcio es la ruptura de la relación jurídica del matrimonio, para ello se establecen varias causas entre las principales “adulterio, abandono por más de seis meses de

manera ininterrumpida, amenazas que atenten la vida de uno de los cónyuges, tratos crueles, condena de uno de los cónyuges que sea mayor a diez años” (Código Civil, 2003, pág. 34).

Paradigma: Es considerado como “un modelo de aceptación general que constituye un patrón que tiene que ser seguido en una determinada situación” (Carbonell M. , 2003, pág. 254); se puede considerar además a este término como un nuevo modelo que desecha modelos anteriores puesto que representa un nuevo enfoque sobre un tema concreto.

Tenencia: En derecho es considerada “un atributo que forma parte de la patria potestad misma que es concedida a uno de los padres para tener al vástago consigo misma que surge por la ruptura de la relación entre los padres” (Cabrera Vélez, 2008, pág. 10), generalmente es otorgada a la madre.

Patria potestad: Según el Código Civil Ecuatoriano es considerada como “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados” (Código Civil, 2003, pág. 35); se entiende en tal virtud que la patria potestad son derechos que las personas adquieren cuando son padres, pues el cuidado de sus hijos es un fundamento principal para el correcto desarrollo físico y emocional del infante.

Interés superior del niño: Considerado un principio mismo que está “orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 2).

INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad conlleva en su génesis el respeto a los derechos de cada habitante en nuestra jurisdicción, considerando que el trato igualitario bajo precepto constitucional evita todo tipo de discriminación en relación a las creencias, costumbres, sexo y otras particularidades propias de cada ser humano; concibiendo que la máxima en derecho es que ante la ley todos somos iguales; establecer el principio de igualdad en cualquier normativa y más aún en relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes permitirá a los progenitores invocar norma expresa, en este caso la tenencia sin que exista ningún tipo de discriminación dejando a un lado la doctrina de los años tiernos considerada por muchos tratadistas como obsoleta.

El presente trabajo de investigación está circunscrito en cuatro capítulos comprendidos en unidades, temas que tienen una relación sincrónica en relación a la elaboración del presente documento investigativo.

El primer capítulo refiere al desarrollo del marco referencial tomando en cuenta para ello el problema y su planteamiento, establecimiento de objetivos, uno general y tres específicos, mismos que mediante el análisis doctrinario, jurídico permite realizar un análisis crítico que conlleva la justificación por el cual se investigó.

El segundo capítulo se enmarca en el desarrollo del marco teórico mismo que sirve de fundamento legal, jurisprudencial y doctrinario que permitirá sustentar la importancia del trabajo y el beneficio para la colectividad, con énfasis en la normativa vigente en nuestro país partiendo desde los principios y derechos emanados de la supra norma.

El tercer capítulo describe la metodología de la investigación utilizada para el desarrollo del trabajo investigado donde la búsqueda de la información a los jueces y abogado del cantón Guaranda, en especial de la Corte Provincial de Bolívar, para luego interpretar,

discurrir los resultados para validar la hipótesis que fue planteada el inicio de esta tarea investigativa.

Para finalizar, en el capítulo cuatro se establecen y plantean los resultados que conjuntamente con las conclusiones y recomendaciones permiten validar la investigación.

CAPÍTULO I

PROBLEMA

1.1. Planteamiento del Problema.

La seguridad jurídica tiene su fundamento en el respeto de normas claras que no dejen en tela de duda la administración de justicia, se puede hablar de igualdad cuando el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia su numeral 2 establece como prioridad la concesión de la tenencia del menor a la madre, dejando a un lado al padre sobre todo cuando él es en la mayoría de los casos, quien provee una pensión alimenticia, dejándole a su favor únicamente, el derecho a la visita. Se denota pues una clara vulneración al principio de igualdad ya que tanto padre como madre pueden afectar de forma negativa el desarrollo del menor; dada esta premisa hay que denotar que primero se debe investigar bien cada caso en particular, para poder confiar, acorde al citado principio del interés superior del niño, la tenencia del niño, sea al padre o la madre en condiciones de igualdad.

Hay que tener cuenta que muchas veces los niños al carecer de capacidad legal, la decisión de ellos, de vivir con uno de sus progenitores, no es tomada en cuenta, también se puede denotar en muchos casos, cierta manipulación al criterio del menor por parte de la progenitora para que los niños muestren mayor interés de vivir con la madre y no con el padre.

De esto existen varios estudios sobre todo en psicología ya que el niño enfrenta un síndrome llamado Alienación Monoparental pues el estar viviendo en conflicto permanente antes de la separación legal de la pareja, luego ellos tienen que enfrentarse a una nueva realidad y ésta tiene que ver con el estar separado de uno de los progenitores que generalmente y por decisión del juez es el padre.

1.2. Formulación del problema

La falta de aplicación del principio de igualdad vulnera el derecho de los progenitores en la tenencia de los menores de edad, bajo estos preceptos el presente trabajo trata de ser una opción jurídica para cambiar viejos paradigmas y respetar el derecho de igualdad en relación a la tenencia de los hijos y que los mismos tengan voz frente a la decisión de un juez para romper viejos paradigmas como el antes mencionado y así confiar la crianza del niño a quien brinde todas las garantías necesarias a fin de precautelar el interés superior del niño como principio fundamental.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. General.

Analizar jurídicamente los procesos de tenencia de menores tramitados en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda provincia Bolívar, entre los meses de enero a septiembre del año 2020; y, establecer si existe vulneración al principio de igualdad en la tenencia del menor, en relación a los derechos del padre y el interés superior del niño.

1.3.2. Específicos.

- Argumentar de forma técnica, jurídica y doctrinariamente la aplicación del principio de igualdad en la tenencia del menor y el interés superior del niño.
- Analizar el concepto de los años tiernos para tener como primera opción a la madre en relación a la tenencia del menor de edad.
- Proponer un proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en relación a la tenencia del menor en aplicación al principio de igualdad.

1.4. JUSTIFICACIÓN.

El presente proyecto de investigación, fundamenta su justificación en relación a la aplicación del principio de igualdad cuando los padres del menor eligen llevar vidas que disgregan el núcleo familiar, en tal virtud es menester establecer en la normativa que el padre debe tener los mismos derechos que la madre al solicitar al juzgador la tenencia del menor, claro está respetando el interés superior del niño, ya que muchas veces se ha demostrado que los padres disponen de los medios económicos y sobre todo a nivel emocional para poder tener bajo su cuidado a su prole; toda vez que el principio de igualdad es de rango constitucional mismo que debe ser aplicado en todo tipo de normativa donde estén en disputa los derechos de una persona.

El presente trabajo investigativo, tiene además sustento en base a la información que fue recopilada en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de nuestra ciudad, como también del criterio de varios abogados en libre ejercicio profesional donde se evidencia de la necesidad de aplicación del principio de igualdad cuando un juez tome la decisión mediante tenencia de darlo a la madre pero también que el padre goce del mismo derecho y no quede relegado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO.

2.1. Antecedentes

Existen varios estudios en relación al progenitor que demuestran que la patria potestad en relación a la tenencia del menor está garantizada por el padre, pues éste es a más de aportar económicamente a su hijo, también brinda atención necesaria en el ámbito afectivo y desarrollo psicológico.

En nuestra jurisdicción nacional, el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, de ahora en adelante se lo hará en referencia a sus siglas INEC, ha establecido que la tasas de índices de divorcios se encuentra desde los 18 años de edad, pues hay que entender que la población ecuatoriana lastimosamente carece de una correcta planificación familiar teniendo relaciones sexuales prematuras a cortas edades y consecuentemente cuando llegan a la mayoría de edad tienen que afrontar una relación matrimonial pocas veces deseada que a los pocos años desemboca en el divorcio sin tener la pareja presente el consecuente daño psicológico que un niño tiene que afrontar.

Se entiende pues ésta separación legal mediante el divorcio, aparece la figura jurídica de la tenencia y el consecuente cuidado monoparental por parte de uno de los progenitores que generalmente y mediante decisión judicial se confiere a la madre y que en base a dicho juzgador y su sana crítica se le puede conceder el régimen de visitas al padre.

Existen casos donde ésta sana crítica del Juez, dista de la realidad que el niño vive y su consecuente afectación a su interés superior del niño; pues el juez confía el cuidado a la madre sin observar las condiciones de su vida personal, por tanto, los niños quedan expuestos a un sinnúmero de afectaciones. En nuestra ciudad de Guaranda hay que aclarar que existe la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Niño donde el padre ha solicitado la tenencia de sus hijos y han hecho caso omiso a la pretensión del padre alegando que la madre es la

mejor opción, llegando a demostrar el padre antes y después de la tenencia que la madre no está en capacidad de ser confiada al cuidado de sus hijos.

Cabe mencionar que al respecto existen varios estudios sobre esta problemática como aquel realizado por sobre la “Custodia compartida de los hijos de padres separados y su relación con el principio del interés superior del niño por parte de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, donde es claro en hacer énfasis sobre la afectación al desarrollo del niño y el relego del padre frente a la crianza del mismo” (Cárdenas, 2013).

De igual manera la obra en relación a la “tenencia de menores de edad en el Ecuador” (Aguirre, 2006) permite tener una visión amplia sobre el tema que se presente investigar.

Existe además en nuestro país la comunidad llamada Papá por Siempre Ecuador que en numerosas ocasiones ha solicitado reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, toda vez que en su normativa se tiene como doctrina la de *los tiernos años* y que la misma se sigue instituyendo no solo en Ecuador, sino que, en América Latina, que confiere a la madre como primera opción en la tenencia del menor.

2.2. Fundamentación teórica

El presente trabajo de investigación hace hincapié en la necesidad de aplicar el principio de igualdad mismo que está estipulado en el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se establece que “la igualdad de las personas en el sentido de solicitar un derecho” (Ecuador, 2008, pág. 10); mismo que debe ser aplicado en el Código de la Niñez y la Adolescencia en relación a la tenencia de los hijos; por tanto reformar el Art. 106 del cuerpo legal invocado, toda vez que su numeral 2 refiere y tiene incidencia en la teoría de los años tiernos donde se prioriza a la madre como primera alternativa para que el juez resuelva en su favor el cuidado del niño, dejando en un rol secundario al padre quien en la mayoría de ocasiones dispone de los recursos económicos y emocionales para brindarle el cuidado que un menor de edad merece.

2.2.1. El principio de igualdad.

Con el objetivo de entender el principio de igualdad, he tomado en cuenta los siguientes subtemas para una mejor comprensión sobre la relevancia de este principio en la determinación de derechos y obligaciones de las personas.

2.2.1.1. Definición del principio de igualdad.

Carbonell, M. (2003) define al principio de igualdad en relación a “las mismas oportunidades hacia las personas, donde los intereses de cada ciudadano tienen la misma consideración y resto” (pág. 31); en tal virtud entendemos que éste principio busca el trato en igualdad de condiciones y más si se trata del otorgamiento de un derecho u obligaciones en el campo jurídico.

Esta definición guarda estrecha relación cuando se menciona que “el principio de igualdad debe ser sinónimo de un trato justo, claro está respetando las diferencias particulares de cada persona” (Boaventura, 2003, pág. 85); se entiende pues que en un mundo diverso, la igualdad no es una característica colectiva, en relación que cada persona es diferente; pero en el ámbito jurídico debe primar este derecho, porque pese a ser diferentes, jurídicamente tienen los mismos derechos y obligaciones.

El objetivo principal de este principio radica en un tema álgido dentro de una sociedad y tiene que ver con evitar la discriminación, en tal virtud, la igualdad constituye un pilar fundamental no solo dentro de nuestra legislación ecuatoriana, sino también éste se edifica de manera filosófica en los Derechos Humanos; por ende existe la prohibición de discriminación, estableciendo a la igualdad como el presupuesto inicial para poder establecer políticas que permitan la protección integral de la sociedad.

Ricardo Carbonell establece que la igualdad dentro de una concepción genérica es “aquella relación entre las personas cuando solicitan un derecho, mide la legitimidad o ilegitimidad para evitar la desigualdad mediante la forma no arbitraria y razonable que el

juzgado confiere dicho derecho” (Carbonell R. , 2007, pág. 11); bajo este precepto doctrinario podemos establecer que la igualdad es un criterio que establece el grado de desigualdad que puede ser jurídicamente admisible entre las personas que disputan un derecho.

Se establece de manera categórica que la igualdad es un concepto de relaciones entre dos o más personas, claro está, reconociendo sus propias particularidades; en el ámbito jurídico podemos afirmar que éste principio implica el trato justo entre las personas sin dar lugar a ningún tipo de discreción teniendo en cuenta que ambos son titulares de derechos, evitando de esta manera la discriminación sea por su condición social, de sexo y otros atributos que son propios de cada ser humano.

Existe de esta manera la errónea concepción feminista que sugiere que el hombre y la mujer no son iguales, pero la misma está enfocada en la capacidad física y biológica que por su condición tiene cada sexo, dejando a un lado que en materia jurídica un juez debe resolver derechos y no la fuerza de cada sexo.

En otras palabras, en materia jurídica se establece la igualdad formal misma que es concebida como el trato justo de la ley ante la ley; es decir, en el contenido de la misma y bajo el mandato de evitar la discriminación.

2.2.1.2. Análisis histórico del principio de igualdad.

En relación al principio de igualdad y como lo establece Fioravanti, M. (1996) éste tiene su génesis en las “declaraciones revolucionarias con respecto a los derechos y los mismos suponen una victoria frente a la conculcación de los mismos” (pág. 30).

En tal virtud se entiende que este derecho nace con la formación de las sociedades mismo que nace de la costumbre y que ha logrado tener una organización estamental; es decir, que este principio es el péndulo sobre el cual en teoría debe regirse una nación.

Éste principio como tal surge con la promulgación de la Constitución de Francia en el año 1814 bajo la premisa que establecía “los franceses son iguales ante la ley, sin importar su título o rango” (Francia, 1814)

Hay que tener en cuenta que la igualdad es un principio, pues desde mi punto de vista de manera analógica tiene relación con los valores que posee una persona; siempre se establece desde la crianza que todos los hijos somos queridos por igual por nuestros padres; en tal razón se establece que la igualdad tiene a un trato justo. Según el modelo historicista los individuos gozamos de libertades, claro está hay que tomar en cuenta que estas libertades en la antigüedad; en el feudo por ejemplo la existencia de una organización estamental los derechos y obligaciones estaban en relación al estrato social al que pertenecían los sujetos.

La aparición de una ley, cualquiera que esta sea supone que todos los seres humanos debemos ser tratados en igualdad de condiciones; Gustavo Zagrebelsky en su obra el derecho dúctil establece que “la ley debe ser ante todo los hombres igual, pues está es expresión de la voluntad general y por lógica ésta los trata por igual” (Zagrebelsky, 2005, pág. 25); una vez más este tratadista establece que la igualdad tiene su génesis en el trato justo de todas las personas que están regidas bajo la misma legislación.

Hay que tener en cuenta además que para la ideología liberal ilustrada “este principio no suponía la indiferenciación en sentido jurídico del trato, sino que éste tenía el carácter de deslegitimar los privilegios estableciendo así la eficacia de la aplicación de la ley para todos” (Jiménez, 1983, pág. 64).

La Carta Magna Alemana, llamada Constitución de Weimar misma que fue sancionada en el año 1919, específicamente el 14 de agosto; en relación al principio de igualdad, marca un precedente importante alrededor del mundo; pues esta considera a la igualdad con un valor fundamental que debe tener una ley pues considera que se deja de lado la desigualdad existente en el trato pues no se debe solo esperar aplicar la misma, sino de la propia

legislatura; en tal virtud se sostiene que la igualdad como principio debe contener a la ley y no garantizar la misma ante la ley, sino también la igualdad por la ley.

Existe también la concepción del principio de igualdad como “un derecho subjetivo mismo que genera problemas para poder comprenderlo y consecuentemente poder aplicarlo en caso concreto” (Leibholz, 1959, pág. 85); consecuentemente este autor expresa que el principio de igualdad genera problemas, pues es el juzgador quien debe aplicarlo, pero también expresa que el juzgador tiene la obligación de pronunciarse de manera motivada sin que ello provoque desmedro de la otra parte que disputa el derecho, en este caso la tenencia que exige el padre en relación a la madre. Para finalizar hay que entender que la nueva doctrina en relación al principio de igualdad “sugiere la preexistencia de la razonabilidad y racionalidad siendo el límite que tiene el legislador al elegir un *tertium comparationis* es decir poder distinguir entre dos situaciones” (Leibholz, 1959, pág. 150).

2.2.1.3. El Principio de igualdad en la normativa internacional.

El principio de igualdad es considerado como uno de los pilares fundamentales a nivel internacional, pues se encuentra reconocidos a nivel mundial; partiendo que todos los miembros de las Naciones Unidas donde prácticamente la mayoría de países están adscritos a esta organización internacional.

Se establece que éste principio se encuentra inmerso en múltiples convenciones, tratados, declaraciones entre otros de carácter internacional con el único fin de lograr el respeto de todos los seres humanos sin importar su jurisdicción; de manera análoga la igualdad busca dejar de lado la discriminación.

Bajo esta premisa se establece que la Carta de las Naciones Unidas fue uno de los primeros instrumentos jurídicos encaminado a procurar la igualdad para ello se establece que no exista ningún tipo de discriminación en razón del sexo siendo de esta manera la génesis de la internacionalización de los Derechos humanos; es así que en su Art. 1, numeral 2 se

establece “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal” (Carta de las Naciones Unidas, 1945); se entiende en tal virtud que éste principio busca establecer parámetros de respeto entre diferentes naciones, respetando la identidad de los pueblos, pero a su vez aunados en la sana convivencia de los pueblos con el propósito de establecer la paz a nivel mundial; siempre se ha establecido que si hay igualdad de derechos ésta provoca la existencia de armonía entre las naciones; porque al no existir la igualdad la historia ha demostrado la vulneración de derechos hacia las personas y naciones con menor capacidad principalmente en el ámbito económico.

Hay que acotar además La Carta de las Naciones Unidas, no solo usa a la igualdad como una manera de respeto entre las naciones, sino que además insta en su cumplimiento; es así que el artículo 55 de esta norma internacional establece:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades (Carta de las Naciones Unidas, 1945).

Artículo primordial en el sentido que la incidencia de este principio repercute de manera positiva en temas como el trabajo, la educación, salud, economía, cultura; en tal virtud insta a las personas del mundo a trabajar en conjunto para buscar el desarrollo mancomunado y no individual, es por esta razón que en su parte final solicita a las naciones dejar de lado la discriminación en relación a la raza, sexo, religión entre otros; para ser un solo engranaje para el bien colectivo; mismas que lo único que provocan es la imposición de paredes mentales que distancian a las personas en vez de unirlos en una sola mancomunidad, de esta manera evitar las brechas sociales existentes.

Este principio se encuentra estipulado en el Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, disposición que establece “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley...” (Naciones Unidas, 2017); nuevamente se observa que la igualdad de las personas debe ser un requisito sine qua non ante la ley, dejando de lado las preferencias e intereses particulares, en correlación con el acceso a la justicia por parte de cualquier ciudadano donde la igualdad rompe viejos criterios de discriminación y se pone en la misma balanza a todas las personas.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia a la igualdad en su Art. 38 donde se menciona que “la igualdad es un principio pero también es considerado como una norma” (ICJ, 2020); sin lugar a dudas, éste precepto afirma que una ley en su génesis debe tener en cuenta a este principio, recordemos que la ley es de aplicación para un colectivo y no para un particular pues toda decisión y actuaciones que nazcan de las personas deben estar en respeto a la norma y el derecho de los otros ciudadanos; razón imperante para buscar el desarrollo social, económico y científico en beneficio de toda la sociedad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así también el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han procurado de manera significativa establecer como principio a la igualdad dejando a un lado la discriminación, pues

se considera un mal de la humanidad, pues la misma provoca grandes brechas entre las sociedades; en relación al pacto sobre sobre derechos civiles y políticos, el artículo 26 enfatiza la siguiente afirmación:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

Precepto legal que recurre a la igualdad como punto de partida en relación a la exigencia de un derecho por medio de la justicia con la finalidad de garantizar que la misma sea en virtud de que las decisiones judiciales sean basadas en la igualdad y no disgregaciones antes mencionadas.

En relación al segundo pacto, el artículo 10 en referencia a la familia se regula temas concernientes a la no discriminación e principalmente establece la igualdad entre los cónyuges considerando que la familia es la génesis de toda sociedad. (Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966).

En relación al principio de igualdad se ha hecho menester citar las normas antes mencionadas con la finalidad de destacar la importancia de éste principio; la igualdad promueve la no discriminación entre los seres humanos, buscando hegemonizar un trato igualitario para todas las personas, dejando de lado las particularidades individuales que nos hacen diferentes en nuestra forma de razonar y actuar, pero que ante la ley debemos ser tratados como iguales, sobretodo cuando existe una disputa de un derecho.

2.2.1.4. El principio de igualdad en la Constitución de la República del Ecuador.

La igualdad es un principio que busca establecer un patrón por el cual las personas puedan acceder a la justicia para solicitar un derecho en las mismas condiciones, bajo este criterio, el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador refiere a este principio como “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (pág. 12).

En concordancia con lo referido, el Art. 67 de la supra norma establece en su capítulo sexto y en relación a la familia éste principio como:

Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, (...), se basaran en igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes... (Ecuador, 2008, pág. 26)

Se deduce por consiguiente que el Estado en su calidad de garante tiene el deber de proteger a esta célula de la génesis porque es la génesis de una nación, toda vez y en relación al derecho de sus progenitores deberá primar en la misma razón los mismos derechos cuando éstos sean exigidos.

Se enfatiza aún con mayor profundidad el respecto a la igualdad en el Art. 70 pues establece que “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...” (pág. 27); por esta razón cabe resaltar el tema a ser investigado, si la constitución basa su fundamento en la igualdad entre hombres y mujeres, cualquier normativa de orden jerárquico inferior debe estar en estrecha concordancia con la carta magna; en tal virtud la ley busca establecer igualdad de condiciones y no preferencias basadas en postulados arcaicos.

Es importante destacar que nuestra carta magna tiene que ser mandato sobre las normas que se encuentran en un orden jerárquico inferior sobre todo en relación a la familia, donde

ambos progenitores deben gozar de los mismos derechos, pero también de obligaciones para con su prole, y más aún si la pareja no se entienden y deciden deshacer su vínculo sea matrimonial, de hecho o unión libre; y que el juez decida que la tenencia de sus descendientes sea mediante la aplicación del principio de igualdad, es decir, que el juez también considere al padre para la tenencia del infante y no a la madre como una prioridad.

2.2.2. Principio del interés superior del niño.

Este apartado recopila información sobre la incidencia de este principio en relación a los derechos de los niños mismos que deben primar sobre el interés del adulto; de esta manera se puede establecer por ejemplo que en relación a la pensión de alimentos, un niño cuando sus padres no llevan una relación conyugal, es decir, se encuentran separados, la obligación sea del padre o de la madre no debe menoscabar el desarrollo del menor, en tal virtud éstos tienen la obligación de aportar económicamente al niño; además a falta de los padres se establece la obligación de los familiares en relación a la consanguinidad del menor para seguir proveyendo el valor pecuniario para cubrir las diferentes necesidades que un infante pueda tener.

Éste principio también debe ser aplicado al momento que un menor pese a no tener capacidad legal se pronuncie en relación a la tenencia si desea estar con el padre o la madre y no esperar a que tenga 12 años de edad para su voluntad sea escuchada por el juzgador.

2.2.2.1. Concepción jurídica.

Su concepción deviene del conflicto entre leyes que tienen igual jerarquía; mismo que tiene prevalencia inclusive sobre el derecho de los padres, Estado y sociedad; pues se considera que en todo proceso sea éste judicial o administrativo, los servidores judiciales tienen la obligación de hacer prevalecer este principio. (Corte Nacional de Justicia, 2014, pág. 82). Debemos tomar en consideración que los niños, niñas y adolescentes en relación a este principio que es considerado de interpretación tiene el carácter de obligatorio para ser

considerado en la toma de decisiones que tengan relación con los derechos de este grupo; consecuentemente este principio persigue asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y también sus garantías.

En relación a este principio, la supra norma estipulada en el Art. 44 donde en su parte pertinente manifiesta "...se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos están por encima de las demás personas" (Ecuador, 2008, pág. 15); se observa claramente que éste principio precautela la seguridad del vástago toda vez que los niños son considerados la base de toda sociedad, pues constituyen la materia prima que una sociedad necesita para tener progreso, desarrollo en diferentes áreas como las ciencias, medicina y tecnología.

2.2.2.2. El principio del interés superior del niño en la normativa internacional.

Se debe tomar en cuenta que en la antigüedad los niños en su mayoría eran tratados como adultos, incluso se oficiaba matrimonio con menores de edad; a partir del siglo XX surge la necesidad de proteger a los niños contra todo tipo de abuso; de esta manera en Francia surge el amparo de protección para los niños, niñas y adolescentes enfocado en el ámbito educativo para que gocen de este derecho tan importante en la sociedad actual.

La ONU en el año 1919 crea el Comité de los Derechos del Niño para precautelar los derechos de los infantes, sin embargo, la Organización de las Naciones Humanas considero que no era suficiente; es así que en el año 1924 se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño conocida también con el nombre de la Declaración de Ginebra donde se establece de manera clara, precisa y concreta los derechos de los niños, niñas y adolescentes; tiene gran repercusión a nivel mundial, pues la mayoría de países aceptaron esta declaración como instrumento internacional en la protección de los derechos de uno de los grupos más vulnerables que tiene una sociedad.

La aplicación de este principio tiene relevancia en la importancia que resalta el Comité de los Derechos del Niño mismo que se encuentra dentro de los principios generales de la

Convención debido a la importancia otorgada tanto por los organismos internacionales de control, jurisprudencia y la doctrina donde coinciden al establecer que éste principio cumple dos funciones, “la primera de ser garantista y la segunda que el mismo es usado como una pauta interpretativa que promueve la solución de conflictos entre los derechos del niño” (Cillero, 1998, pág. 71); nuevamente se destaca que el uso de este principio debe ser aplicando en relación a los intereses propositivos hacia los niños, en tal virtud deja también al juzgador en virtud de su conocimiento tomar la mejor decisión que vaya en beneficio del menor.

Este principio dentro de la Convención está presente en los artículos 9, 18, 21, 37, 40 mismos que son tratados en la presente investigación, es así que partimos teniendo en cuenta que es deber del Estado garantizar los derechos de los menores asegurando de esta manera su protección y cuidado, especialmente cuando los padres u otras personas que se encuentren al cuidado de los niños, niñas y adolescentes no puedan hacerlo.

En relación al Art. 3 de la referida convención, todas las instituciones sean públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas deben atender al interés superior del niño en la toma de decisiones.

Este principio tiene incidencia en todos los aspectos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, de esta manera siguiendo con el análisis de la convención, el artículo nueve establece que en relación a la “separación de los progenitores, es deber de los estados que los niños pese a la disgregación familiar, el niño debe guardar estrecha relación con ambos padres permitiendo y obligando al progenitor que esta al cuidado del niño, que el otro pueda mantener un contacto estrecho y cercano para fortalecer su identidad y reforzar su vínculo sentimental con el progenitor que lastimosamente ya no convive a tiempo completo con el infante” (Naciones Unidas, 1989, pág. 12).

En relación al artículo 18, de la referida Convención, este principio tiene incidencia en la “responsabilidad que tienen los padres y madres en la crianza de sus hijos y principalmente en el deber que tienen los estados para brindar asistencia a los padres en casos de desempleo” (Naciones Unidas, 1989, pág. 16), de manera analógica se puede hacer referencia en nuestro país al bono de desarrollo humano que es una ayuda para las familias de pocos recursos económicos para satisfacer en la mayoría de los casos las necesidades de los menores; es decir el Estado es como el padre dentro del núcleo familiar, claro está como espíritu de este bono; otra de las evidencias en relación a este principio y que se evidencia de igual manera en nuestro país, es la obligación que tienen las instituciones públicas para tener espacios adecuados para tener a los niños de los trabajadores durante su jornada laboral.

El artículo 21 en relación a la adopción y su relación con este principio es trascendente pues “obliga a los estados que las adopciones sean autorizadas por las autoridades competentes, además de realizar un seguimiento a los padres adoptantes incluso si estos son padres extranjeros siempre que estos cumplan con todos los requisitos y garantías necesarias precautelar la integridad del infante dado en adopción” (Naciones Unidas, 1989, pág. 17).

El artículo 37 tiene incidencia en relación a los menores infractores estableciendo que “ningún menor de edad, sin importar el delito que haya cometido podrá enfrentar tratos crueles, ser privado de su libertad y asignado en prisiones destinadas a mayores de edad y sobre todo, por ningún motivo pueden ser objeto de la pena capital vigente en algunas naciones” (Naciones Unidas, 1989, pág. 25), teniendo estrecha relación con el artículo 40 donde además se establece como último recurso que los menores de edad acudan o se resuelvan los conflictos de tipo penal mediante procedimientos judiciales.

Se observó que el principio del interés superior del niño tiene incidencia en todas las facetas que el infante tiene durante su etapa de conversión en un adulto responsable y útil para la sociedad.

2.2.2.3. El principio del interés superior del niño el Código de la Niñez y Adolescencia

A más de estar consagrado este principio bajo mandato constitucional, nuestro país desarrollo una norma específica para el tratamiento en relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes pues los legisladores consideraron que la existencia de una norma propia para este grupo social, permitiría desarrollar de mejor manera todos los derechos y deberes que el estado ecuatoriano garantiza hacia a este grupo muy importante para la sociedad.

En el año 1938 tiene su génesis el Código de Menores mismo que fue concebido para desarrollar una normativa que garantice y efectivice los derechos de los niños, niñas y adolescentes; varios tratadistas coinciden que la implementación de este código deja de considerar a los niños como objetos de protección, sino que con la implementación de ésta normativa este grupo pasa a ser considerado sujetos de derecho donde se garantiza de manera prioritaria derechos como la salud, educación, la familia y su cuidado; a más que se incluye la creación de tribunales de menores como entes reguladores.

Dentro de las varias reformas de este código, a más de la inclusión de otros principios, se crea la Corte de Menores con el objetivo de garantizar los derechos de los menores, estableciendo principalmente medidas de protección en situaciones donde exista riesgos para el menor de edad. Con el advenimiento de los años, para ser exactos, el tres de enero del año 2003 se promulga el Código de la Niñez y la Adolescencia mismo que para su concepción tiene influencia del derecho internacional en cuanto a los menores refiere.

Dentro de la normativa orgánica que tiene especial atención a los derechos del niño como es el Código de la Niñez y la Adolescencia; este principio se encuentra consagrado en el Art. 11 mismo que establece que:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y

privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 2).

En tal virtud, se entiende que la opinión del niño debe ser un requisito primordial para aplicarlo sobre todo en la decisión de éste, pese a su corta edad pueda elegir con cual progenitor vivir; por otro lado se observa que éste principio precautela la supervivencia del niño más allá de cualquier otra connotación que pudiere afectar a los progenitores, un ejemplo claro es la pensión alimenticia que en caso de no poder ser sustentada por los padres, sus familiares directos tienen la obligación de correr con dicho aporte de orden económico.

Al establecer el interés sobre otros derechos, nos garantiza que el estado ecuatoriano velara que los progenitores garanticen el cumplimiento de las obligaciones hacia los hijos, considerando el alto índice de divorcios existente en nuestro país; por consiguiente los niños no podrán ser abandonados a su suerte, pues traer a un niño al mundo implica que éste por el bien común de la sociedad, los padres procuraran su desarrollo armónico hasta que cumplan la mayoría de edad; un ejemplo claro que se había mencionado en párrafos anteriores es la obligación de la pensión alimenticia misma que tiene el carácter de obligatorio para los progenitores incluso si el menor ha cumplido la mayoría de edad y continua realizando sus estudios superiores.

2.2.3. Corresponsabilidad parental.

El rol de los padres dentro y fuera de la relación familiar sin duda es el péndulo sobre el cual gira el desarrollo físico, emocional y cultural de un niño; claro está con el nuevo paradigma del siglo XXI desde mi punto de vista, las familias nucleares poco a poco han ido desapareciendo, se llegan a establecer familias monoparentales y extendidas, donde la participación en la formación del infante ya no depende integralmente por el padre y la madre, ambos progenitores, sino que se extiende hacia los tíos, abuelos y demás seres tanto consanguíneos como de afinidad.

Si bien esta sección es corta, es un llamado de atención en relación a la tenencia como figura jurídica en relación al cuidado de los niños, considerando que los progenitores buscan tener otras relaciones dejando en muchas ocasiones a un lado a los niños que fueron concebidos en la relación ya inexistente, padres y madres delegan el cuidado de sus hijos a los abuelos y otros familiares, considerando que la nueva relación absorbe el tiempo que antes dedicaban a sus vástagos.

Este tema se encuentra regulado en la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959 cuando entre sus preceptos se establece el derecho del niño a “crecer bajo el amparo, protección y responsabilidad de sus padres” (Naciones Unidas, 1989, pág. 12); esto quiere decir que en casos donde exista separación de los progenitores, no debe existir ningún tipo de obstrucción para que cualquier de ellos puedan ejercer su rol de padres en el desarrollo del niño; cualquier acto que impida la relación afectiva y emocional por parte de uno de los progenitores hacia el otro es considerada como una violación.

La corresponsabilidad parental tiene su correlación con el principio del interés superior del niño; es así que Andrés Ortiz afirma que en nuestro país “en relación al interés superior del niño no se toma en cuenta las necesidades emocionales y psíquicas de los infantes, pues considera que al existir vulneración al principio de igualdad, las leyes

establecen una disputa de los vástagos” (Ortiz, 2017); en tal virtud quienes sufren no son los padres, sino sus descendientes porque se encuentran inmersos en una pelea legal que ellos no provocaron y encima están obligados a elegir a uno de los progenitores y según la ley actual la primera opción es la madre aún en contra de su voluntad.

Para finalizar no debemos olvidarnos que en la corresponsabilidad parental, el rol de ambos progenitores es de vital trascendencia en el desarrollo psicológico, físico, intelectual, cultural del niño considerando que al ejercer este rol ambos padres, independientemente de su condición civil, el beneficiario directo será el niño.

2.2.4. El Derecho de Familia.

En relación al bienestar del infante, el rol del Estado frente a la familia, las características del derecho de familia, la incidencia de este derecho en la sociedad, el matrimonio y el divorcio frente a los desafíos en la crianza y bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

Es así que éste derecho que tiene su génesis en el derecho civil es concebido como “el conjunto de directrices regidas por la Constitución sobre la organización, disolución del grupo familiar como también las relaciones patrimoniales y personales de la familia” (Mazeud, 2008, pág. 55); de esta acepción se entiende que este derecho es de orden imperativo ya que son de interés social por lo tanto pertenecen al orden público.

El derecho de familia según la doctrina tiene dos tipos de enfoque: subjetivo y objetivo; en relación al primero se lo concibe como aquellas facultades que nacen de la relación del núcleo familiar mismos derechos que son otorgados a las personas para a través de ellos brindar protección en el ámbito jurídico a la familia; en relación al segundo, es considerado como el conjunto de normas que regulan el núcleo familiar frente a la sociedad. La doctrinaria Quintana define a este derecho de familia como el “conjunto de normas de

orden jurídico que tienden a regular tanto las relaciones personas como las patrimoniales de la familia frente a terceros” (Quintana, 2015, pág. 15).

El derecho de familia tiene fundamento constitucional es así que en los artículos 67 y 68 se establece al matrimonio como la unión de hecho respectivamente en relación a la familia; bajo estos preceptos jurídicos; el Estado tiene varias obligaciones y funciones para proteger la génesis de la sociedad:

1. La paternidad y maternidad responsables deben ser promovidas desde el Estado, fomentando para ello que los progenitores brinden a su prole el cuidado, crianza, educación y otros derechos de sus hijos, especialmente cuando los padres han decidido romper el núcleo familiar.
2. El reconocimiento del patrimonio familiar estableciendo para ello que éste tenga el carácter de inembargable, así también se protege el derecho a heredar y testar.
3. Garantiza la igualdad de derechos entre los progenitores en relación a la sociedad conyugal y la sociedad de bienes.
4. Velar por la corresponsabilidad de los progenitores y velar que éstos cumplan con sus derechos y obligaciones hacia sus hijos.

2.2.4.1. El Estado y la Familia.

La correlación entre el Estado y la Familia, se encuentra en la existencia de políticas públicas que van encaminadas en beneficio de la sociedad y sobre todo de la familia que es el núcleo y razón de la existencia de un Estado; es menester traer entender que el núcleo familiar es “el fundamento de una sociedad y ello conlleva que el Estado le otorgue una protección preferente mismo que consta en la constitución para el derecho y defensa de sus intereses” (Hebe, 2000); en tal virtud al ser la familia el fundamento de una sociedad, ésta debe estar al amparo del Estado para fortalecer el desarrollo estable e impedir su descomposición, toda vez que una familia disgregada es vulnerable ante situaciones

peligrosas como el desarrollo de antivalores y problemas como la proliferación de la delincuencia entre otros.

En tal virtud el Estado protege:

- El Matrimonio donde se supone debe primar el derecho o principio de igualdad.
- Economía familiar para fortalecer el desarrollo del núcleo familiar mediante políticas públicas.
- Existe de la ley especial que se encarga de velar por la familia y en especial por la descendencia de la misma.
- Padre, madre e hijo mediante asistencia dónde los derechos de este conjunto deben prevalecer sobre otros derechos.

2.2.4.2. Características del Derecho de Familia.

Es menester entender que éste derecho forma parte del derecho privado, específicamente de la rama civil teniendo particularidades propias que ya se habían acotado anteriormente; claro está la observación en el sentido que éste tipo de derecho tiene correlación con el derecho público considerando que el Estado es el encargado de proteger a la familia; en el derecho de familia se pueden observar las siguientes características:

- Influenciado en su génesis por ideas morales y seculares.
- Tiene cierta complejidad pues conlleva tanto derechos como obligaciones.
- La voluntad en relación a este derecho tiene ciertas limitaciones a diferencia de otras ramas del derecho privado.
- Los derechos tutelados tienen el carácter de imprescriptibles, claro está salvo los casos expresos que la ley determine lo contrario.
- Estos derechos refieren superioridad y relativa dependencia en contraste por ejemplo con los derechos patrimoniales.

2.2.4.3. Incidencia del Derecho de Familia.

Al tratar la incidencia dentro del Derecho de Familia, nos referimos a su ámbito de aplicación; puesto que “para la aplicación de este derecho, el mismo versa sobre el interés superior del niño” (Pérez & Llamas, 2006, pág. 682); por tanto, difiere del derecho patrimonial mismo que nace de la voluntad, en cambio en el derecho de familia debe primar dicho principio para que se convierta en un derecho que proteja a los infantes.

Se entiende entonces que el ámbito de aplicación del derecho de familia es vinculado al matrimonio, divorcio, la patria potestad, tenencia, administración de la sociedad conyugal, así como también a la disolución de la sociedad con sus consecuencias jurídicas que derivan de éstas.

El parentesco incide también en el derecho de familia, mismo que puede ser por consanguinidad es decir en línea recta con los padres o por afinidad tomando como referencia la relación entre los cónyuges y los parientes de ambos progenitores; al tener descendencia, nacen figuras jurídicas como la patria potestad, adopción, alimentos, tutelas y curadurías entre otras.

2.2.4.4. El Matrimonio.

La concepción jurídica del matrimonio nace del derecho privado y se encuentra estipulado en el Art. 81 del Código Civil el cual es concebido como “contrato de carácter solemne entre hombre y mujer cuya finalidad es la convivencia, procreación y el auxilio mutuo” (Código Civil, 2003, pág. 26) sin embargo mediante sentencia de la Corte Constitucional del 12 de junio del año 2019, dicha figura jurídica establece como tal el matrimonio igualitario.

Es menester además traer a colación que el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador en el inciso segundo define al matrimonio como “la unión entre un hombre y una

mujer que nace de la voluntad de los contrayentes” (Ecuador, 2008, pág. 26) donde además hace mención tanto a los derechos como las obligaciones que derivan de dicha unión.

Para la sociedad y el Estado, el matrimonio a más de ser un contrato, constituye una institución jurídica, pues del nacimiento de la voluntad de las dos partes se establecen derechos y obligaciones surgen otras figuras jurídicas que se mantienen mientras dure éste vínculo matrimonial.

Con las últimas reformas el matrimonio dejó de ser la unión entre el hombre y la mujer para pasar a ser la unión entre dos personas, en tal virtud se entiende que en nuestro país el matrimonio puede ser entre personas del mismo sexo; reforma que tuvo lugar el 12 de junio de 2019 vía control de constitucionalidad; con esto uniéndose a países como Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia que también regulan el matrimonio igualitario.

Según varios tratadistas para que el matrimonio tenga validez jurídica, éste debe reunir dos condiciones que a continuación se detallan.

1. Voluntad de las partes
2. Debe celebrarse ante la autoridad correspondiente para tener validez legal.

A más de estas condiciones, según el Código Civil, en su artículo 102 determina las siguientes solemnidades:

1. Comparecencia de las partes o su apoderado ante autoridad competente;
2. Constancia de carecer impedimento (tener ya una relación jurídica preexistente);
3. Expresión libre y espontáneo consentimiento de las partes;
4. Presencia de testigos que gocen de capacidad; y,
5. Suscripción en el acta correspondiente (Código Civil, 2003, pág. 35).

Existen otras particularidades sobre el matrimonio, que sin lugar a dudas no carecen de importancia, pero que para el presente trabajo investigativo considero que los ya enunciados responden al trabajo que se pretende entregar.

2.2.5. Divorcio y afectación al núcleo familiar.

El divorcio viene a ser el acto que concluye al matrimonio mismo que según el Código Civil tiene dos formas para ello: la primera es el mutuo consentimiento y la segunda que deriva en varias causales; por otro lado, el divorcio por mutuo consentimiento existe facultad de las notarías para resolver y disolver la relación jurídica de las parejas; en relación a las causales, el juez tiene la potestad facultativa mediante sentencia poder declarar el fin del vínculo matrimonial.

El Código Civil en su artículo 106 es claro a establecer que el divorcio es “la disolución del vínculo matrimonial, dejando a los ex cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio” (Código Civil, 2003, pág. 18); este artículo establece la ruptura de la relación jurídica entre las personas que por su propia voluntad decidieron mediante acto jurídico unir sus vidas; sin embargo en materia de niñez y adolescencia es menester entender que la separación deviene también de parejas en unión de hecho, unión libre de cuyo resultado quedaron sus descendientes.

El efecto principal tras la separación es la pensión alimenticia donde nuevamente prevalece el interés superior del niño sea que recaiga en el padre o la madre; a más de este efecto deviene consigo la tenencia y el régimen de visitas para precautelar la seguridad de los infantes; desde mi punto de vista muy personal mantener el equilibrio emocional de los hijos.

Hay que acotar también, que el divorcio surte efecto no solo con la firma de las personas ante la autoridad competente sino y en esto es claro el artículo 128 de la norma *ibidem* donde se estipula “La sentencia de divorcio no surtirá efecto mientras no se inscribiere en la oficina del Registro Civil correspondiente” (Código Civil, 2003, pág. 21); teniendo además en cuenta que se debe resolver asuntos inherentes a la educación y alimentación del menor.

El divorcio es un término jurídico pues consta en norma expresa, pero en términos coloquiales esta figura hace alusión a la separación; esto implica “una grave repercusión sobre los hijos de orden psicológico pues observar que sus padres han decidido mantener distancia física sin que ellos hayan sido consultados afecta en gran medida el desarrollo emocional de los infantes” (Andrade F. , 2008, pág. 25). En este punto cabe hacernos la pregunta desde un punto de vista filosófico ¿la felicidad personal se impone a la infelicidad de la prole?

Hoy en día es común observar separaciones, divorcios o como se le quiera llamar, la sociedad se ha acostumbrado a ello; sin embargo la repercusión emocional de los niños es grande pues, éstos adoptarán en un futuro el mismo patrón de los padres; en tal virtud considero que tener un niño responde al sacrificio, esfuerzo, perseverancia de los padres para mantener una convivencia sana por el bienestar de los hijos; incluso a costa de la felicidad personal, considerando que el bienestar colectivo debe primar en el núcleo familiar.

2.2.6. Afectación psicológica de los infantes.

Se ha venido reiterando que la afectación de la separación de los padres tiene un alto grado de incidencia en los hijos, considerando que ellos se enfrentan a una nueva realidad; esa realidad que involucra no tener cerca a uno de sus progenitores; este nuevo capítulo en la vida de un mejor involucra afectación de orden psicológico que puede afectar las relaciones interpersonales incluso con el progenitor que queda al cuidado, pues el niño tiende a recriminar la separación al padre o madre que está más cercano.

2.2.6.1. Afectación psicológica

Según varios doctrinarios concuerdan que la afectación de los niños se divide en tres categorías: “pérdida de un padre, enfrentamiento entre los padres, disminución de las funciones en relación al cuidado” (Buchanan, Maccoby, & Dornbusch, 1992, págs. 261-291); afirmación que hace hincapié en los grados de afectación que el niño tiene que enfrentar una

vez que conocen la realidad jurídica de sus progenitores aunque ellos muchas veces carezcan de conocimiento en materia de derecho, dicho en otras palabras la separación de sus progenitores; la falta de uno de los progenitores dentro del hogar provoca cuadros de depresión en los niños manifestándose principalmente por el llanto y cambio a un comportamiento reticente hacia el resto de familiares, incluso la alineación del mismo por considerar que ya no tiene esa imagen de familia a la que estaba acostumbrado.

Para Cabellas, expresa al daño como “menoscabo que produce una persona sobre otra sea de manera física o material, así mismo establece tres tipos de daño: doloso que acarrea sanción penal, culposo cuyo resarcimiento es la indemnización; y, el fortuito mismo que no acarrea responsabilidad ni penal ni pecuniaria” (Cabanellas, 2014, pág. 35); de esta concepción se entiende que el daño es la afectación que produce una persona hacia otra en detrimento de sus derechos sea personales o materiales.

En relación a la afectación psicológica se entiende como tal “cuando éste se evidencia o pone de manifiesto en la afectación a la psiquis del sujeto presentando deterioro o trastorno que afecta a la capacidad intelectual o volitiva, además que limita a quien la sufre el goce individual, laboral, familiar y otros” (Husni & Rivas, 2007, pág. 46); se puede establecer que el daño o afectación psicológica no es con intención considerando que el progenitor no se da cuenta del daño que le provoca a su hijo, pues las personas somos seres individualistas y tendemos a pensar en nuestros propios intereses dejando a un lado las consecuencias que determinada decisión puede afectar, en este caso a los niños.

En algunas ocasiones se hace difícil evidenciar la afectación psicológica hablando en este caso de los padres, pues tenemos que considerar que la ruptura de la relación conyugal afecta también a los progenitores, pero éstos pueden sobrellevar la situación; en el caso de los niños la manifestación es casi inmediata pues el niño siente la falta de uno de sus padres.

Llamar a colación al Código de la Niñez y Adolescencia en relación a la separación de los padres considero que es innecesaria ya que esta afectación es provocada por los actos indebidos dentro del núcleo familiar producto de peleas o cualquier tipo de recriminación hacia los niños; sin embargo, para constancia el maltrato psicológico se encuentra estipulado en el artículo 67; mismo que relaciona la afectación en sentido de la vulneración hacia la integridad de sus progenitores en relación a un maltrato que desvaloriza a los niños como personas; sin embargo la afectación aquí mencionada se funda en el conflicto interno producto de la separación de sus padres que muchas veces pasa desapercibida, pues se piensa que los niños no se ven afectados pues muchas veces este tipo de luto es interno y no exteriorizado.

El daño psicológico producto de la separación de sus padres se puede resumir de la siguiente manera:

- Desarrollo de una conducta agresiva;
- Alienación hacia los progenitores;
- Trastornos:
 - Sueño
 - Emocionales
 - Alimentación
- Dificultad en la expresión oral.
- Bajo rendimiento académico.

Con el fin de evitar tener una acepción de carácter misógino, se puede establecer que estos cambios en el comportamiento del infante devienen en su mayoría por la falta de autoridad que ejercía el padre dentro del núcleo familiar, considerando que la autoridad es un medio para forjar el carácter de una persona que se encuentra en desarrollo; claro está que no podemos generalizar, pero en la práctica la ausencia del padre provoca que el niño tenga un

comportamiento agresivo pues la madre en el desarrollo emocional del niño juega un papel de carácter persuasivo y de mimos.

Esto se puede establecer en la acepción de la psicóloga de nacionalidad argentina Glenda Cryan el afirmar que “la falta de contacto con el progenitor que generalmente es el padre conlleva que el niño desarrolle cierto odio, en este caso a la madre como culpable de la separación” (Telmo, 2014).

2.2.6.2. Afectación física y sexual.

Sin lugar a dudas el divorcio provoca un desequilibrio hormonal en los niños que los conlleva a una pérdida de peso, por otro lado, al quedarse con uno de los progenitores que generalmente es la madre, ésta al entablar otra relación, el niño no tiene la aceptación y por ende es relegado de su papel dentro de la nueva familia existiendo en algunos casos agresiones físicas.

Se analiza a la depresión como un cuadro de tristeza profunda que desarrolla una persona al enfrentar situaciones que producen miedo irracional en las personas, en relación a los niños, niñas y adolescentes, la falta de la figura de cualquiera de los progenitores afecta la alimentación del menor por su constante tristeza pues en muchas ocasiones el niño se considera también como culpable de la ruptura de su hogar. A más de esto como se mencionó el nuevo rol del niño en la nueva familia, éste tiende a estar relegado de la atención de la que gozaba anteriormente; es así que pueden surgir conflictos mismos que pueden desencadenar en golpes hacia el menor por parte del padrastro o madrastra, esta afectación generalmente no es alertada a la autoridad competente para que se pueda sancionar.

Generalmente la afectación sexual suele producirse en familias de estratos sociales pobres donde no existe un control de los padres hacia los niños y estos se encuentran vulnerables frente a las agresiones sexuales que pueden soportar. Casos como el de Camila de 7 años acaecido en Morona Santiago donde su padrastro fue condenado a 19 años de prisión

por haber violado a su hijastra (EL Comercio, 2020); también en la “Concordia en el barrio Salomón Tufiño de igual manera el padrastro violó a una niña de nueve años” (La Hora, 2020). Inclusive actos execrables donde la “propia madre filmaba el acto de violación a su hija de 14 años” (El Universo, 2020).

Si vamos al interés superior de los niños, niñas y adolescentes se evidencia que el cuidado de las madres en relación a sus hijos deja mucho que desear, es por esta razón que considero que un juez al dar la tenencia a la madre y en caso de ocurrir este tipo de actos atroces debería ser sancionado por poner en riesgo la vida del menor de edad, cuando el padre ha solicitado la tenencia de su hijo o hija; razón principal que se fundamenta en la aplicación del principio de igualdad para garantizar que el padre pueda solicitar dicha figura jurídica para garantizar el bienestar del infante.

Es necesario mencionar que el Código Orgánico Integral Penal sanciona este tipo de delitos, sin tener que ahondar en el tipo penal considerando que nos estaríamos desviando del tema de investigación, queda establecido sin embargo la existencia de esta norma sancionadora en relación a delitos de violación.

2.2.6.3. El paradigma de la elección.

Si bien es cierto este paradigma nace de la voluntad inexistente de los hijos, pues según varios doctrinarios, “no están en condiciones de elegir con quien quedarse, en nuestra legislación un niño puede ser escuchado a partir de los 12 años, es decir, elegir si estar con el padre o la madre” (Varios, 2020); criterio arcaico considerando que el avance en relación a la tecnología ha permitido que los niños maduren a una edad más temprana, sin embargo considero que el niño puede elegir antes y esto el juez debe notar en el comportamiento del niño; el Código de la Niñez y Adolescencia establece a la madre como prioridad en relación a la patria potestad y consecuentemente la tenencia del menor relegando el papel del padre a una mera contribución económica y a un régimen de visitas determinado por el juez.

En la sociedad contemporánea y con el auge de la tecnología ha provocado que los niños y adolescentes tengan un desarrollo emocional más amplio y abierto a cambios abruptos en sus relaciones familiares; se tiene la creencia que “los niños son vulnerables y su aceptación al divorcio de los padres la recibirán de manera negativa repercutiendo en su salud física y emocional” (Guerrero, 2019); según este artículo el joven decidió quedarse con su padre, pues con él podía mantener su hogar, sus amigos, en general su entorno social.

Aún en la época actual, según la Abogada Mariela Panigadi “el peso de la opinión de un adolescente es mayor que la de un niño de 4, 5, 6, años relegando la opinión del niño frente al juez” (López, 2016) considera de esta manera que es injusto que hoy en esta época, la opinión de un niño no tenga el peso frente al juez, pues los niños maduran y tienen un criterio asertivo pudiendo elegir con quien quedarse, claro está previo un análisis del núcleo familiar y tomar la mejor decisión sobre todo verificar que no exista ningún tipo de presión por parte de los progenitores hacia los niños; en otras palabras ambos padres mediante pruebas a más de la opinión del menor pueden solicitar la tenencia de su prole toda vez que hoy la doctrina acepta la capacidad progresiva, de decir que no se considera la edad del menor, sino que a mayor edad se considera más importante su decisión, sin que la del menor sea despreciada.

2.2.7. Formas de Tenencia.

2.2.7.1. Exclusiva.

En relación a ésta, “cuando se otorga la custodia a uno de los padres y el otro queda relegado a un régimen de visitas” (Catalán, 2011); tomando como referencia esta expresión en el sentido que uno de los padres tendrá el cuidado exclusivo del niño, es decir, va a convivir netamente o con el padre o con la madre; por lo tanto, se observa que debe existir una fijación de alimentos y también horarios donde el padre o la madre tengan en derecho para pasar tiempo con su descendiente.

2.2.7.2. Alterna.

Difiere de la anterior en virtud que el niño puede pasar “con cada uno de los progenitores durante un periodo de tiempo en el año” (Catalán, 2011); se podría establecer entonces que sería una de las medidas que menos afectación provocaría en los niños, sin embargo el enfrentar dos realidades en diferentes tiempos podría provocar alienación.

2.2.7.3. Compartida.

Aquella que es concebida como la custodia “donde los padres, aunque divorciados llevan una relación cálida compartiendo tiempo con el infante” (Catalán, 2011); prima por tanto compartir actividades diarias con descendientes; es decir, hay días que el menor pasará en el hogar de su padre y otros donde la madre teniendo que aceptar costumbres y reglas diferentes pese a una preexistencia de un hogar plenamente conformado.

2.2.7.4. Compartida y Visitas.

Algunos autores no están de acuerdo con esta clasificación pues consideran que los niños siempre están en contacto con los padres, sin embargo se observa que el “70% de los niños están bajo el cuidado de la madre mientras que solo un 30% es el padre quien puede acceder a pasar tiempo con el niño provocando conflictos sobre todo de carácter emocional” (Ruiz M. , 2020); por lo tanto este porcentaje pequeño queda al cuidado de los padres, decisión muchas veces afectada por los niños que aun deseando estar con su padre, un juez determina lo contrario.

2.2.7.5. Tenencia vs Patria Potestad.

Hay que tener en cuenta que tenencia y patria potestad están intrínsecamente ligadas, sin embargo existe “confusión al manifestar que quien tiene la tenencia tiene la patria potestad” (Larrea, 2009, pág. 50), sin olvidarnos que el Art. 283 del Código Civil afirma que ésta “es el conjunto de derechos de los dos padres frente a los hijos no emancipados” (Código Civil, 2003, pág. 77); hay que establecer además que en la norma especial en el Art. 105 se

amplía la definición de patria potestad al establecer “como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos no emancipados” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 24); por lo tanto patria potestad son aquellos derechos y obligaciones que tienen hacia sus descendientes pero que no se pierden por el hecho de haber concluido su relación matrimonial, es decir, un hogar.

En relación a la patria potestad, el Art. 283 del Código Civil concibe a la patria potestad como “conjunto de derechos que los padres hacia los hijos no emancipados” (Código Civil, 2003, pág. 77); definición que es ampliada en el Código de la Niñez y Adolescencia cuando en su parte medular establece que “las obligaciones también forman parte de la patria potestad, ampliando su responsabilidad en temas como el cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos mismos que deben guardar concordancia con la Constitución y la ley” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 16); se observa en tal virtud que la norma en relación a los niños amplía el ámbito de aplicación que de los padres hacia los hijos.

2.2.7.6. Tenencia como mediación.

Según la Ley de Mediación y Arbitraje en su art 43:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. (Ley de Mediación y Arbitraje, 2006); en un paso anterior para llegar a la justicia ordinaria donde se supone que existe en cierta manera el deseo de las partes para llegar a un acuerdo que beneficie a ambos.

En materia de menores puede ser materia transigible los asuntos de tenencia, patria potestad, visitas y alimentos, pero siempre que estos no impliquen renuncia de derechos de los niños al respecto el art. 294 del Código de la Niñez establece: “La mediación procederá

en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia”. (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2010). Se observa que de existir acuerdo entre las partes, la tenencia puede ser resuelta por mediación.

En relación a la mediación Castillejo, R. (2007) afirma que la mediación “tiene su aplicación cuando las partes no se ponen de acuerdo sin embargo están dispuestos que un tercero les ayude a mediar el conflicto para no hacer uso de la justicia ordinaria” (Castillejo, 2007, pág. 85); por tanto en un principio no puede haber acuerdo en razón de desconocer la materia jurídica pero una vez explicado los beneficios las partes en su mayoría llegan a un acuerdo; a más del conocimiento que posea el mediador, éste debe tener buen sentido del humor para hacer entender a las partes que mediar un posible conflicto evita gasto pecuniario y sobre todo libra de estrés a los niños enfrentar una situación que afecta el estado emocional de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.7.7. Aspectos jurídicos del juzgador el otorgar la tenencia.

Cuando entra en disputa la tenencia de un hijo, el juez es quien la otorga para ello éste tiene que poner especial atención al Art. 106 del CONA, donde entre varias condiciones establece la opinión del niño y éste al no tener 12 años muchas veces el juez falla a favor de la madre en el sentido que ésta norma especial tiene arraigado la doctrina de los años tiernos dejando a un lado al padre y conllevando consigo la vulneración al principio de igualdad.

Ahora bien, cabe la pregunta ¿cuál es el fundamento de la doctrina de los años tiernos? Ruth Ortega en relación al derecho de familia establece que dicha doctrina se fundamenta en “teoría que favorece a la madre en relación a la tenencia de sus descendientes, misma que no tiene fundamento empírico alguno y que establece que los menores de edad en sus primeros años de vida en teoría deberían estar mejor en manos de su progenitora” (Ortega, 2020); considero que para que una doctrina sea tomada en cuenta debe establecer un margen de aprobación del cien por ciento, en tal virtud considero que el hecho de introducir en una

norma, una doctrina que vulnere el principio de igualdad frente al padre debería ser reformada y establecer igualdad de condiciones para los dos progenitores cuando éstos soliciten la tenencia de sus descendientes sin que haya para ello un favor evidente hacia la madre.

Esta doctrina surge a finales de siglo XIX donde se afirma el supuesto que los niños necesitan de la madre en los primeros años de vida; quiero recalcar, que la sociedad al día de hoy ha sufrido un vertiginoso cambio en el comportamiento de los progenitores debido a la incorporación de la madre como fuerza laboral, pues existe un desapego por parte de ellas en relación al cuidado de los niños; en la antigüedad las madres eran las encargadas del cuidado pleno de sus hijos.

Hay que hacer especial observación en la génesis de esta doctrina y es que la misma surge cuando a Caroline Norton:

Le es prohibida la tenencia de sus hijos, mediante varios diálogos logra que el parlamento británico promulgue la Ley de Custodia de Infantes de 1839 donde se faculta de manera discrecional al juez la presunción de custodia materna en niños menores de 7 años, quedando relegado el papel del padre a la mera manutención económica” (Pica, 1999, pág. 32),

Se observa la existencia de discriminación hacia los padres, pues éstos han quedado relegados al aporte económico del cual provee, en muchos casos ha provocado el alejamiento de ellos en el cuidado de sus hijos; pues si bien aunque se establezca un régimen de visitas, muchas veces las madres prohíben que los padres puedan ejercer dicho derecho de manera armónica sin que haya de por medio conflictos.

La crítica y en relación al artículo 106 de nuestra normativa en relación a la niñez y adolescencia por parte de muchos padres es la siguiente: al existir esta doctrina vigente, el padre necesita probar que la madre no está apta para poder quedarse con su hijo; en cambio la

madre no necesita probar la inaptitud del padre para con sus hijos estableciendo de esta manera una clara y objetiva discriminación hacia los padres.

Una vez puesta en consideración esta doctrina que desde mi punto de vista es caduca; debemos considerar que ya en nuestra legislación el juez para otorgar la tenencia de los niños, se remite al Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia misma que refiere “El juez está obligado en escuchar la opinión del niño o adolescente que tenga capacidad para hacerlo, a más de respetar los acuerdos entre los padres y los informes técnicos” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 16). Existe la sentencia de la Corte Constitucional en el año 2011, en relación a la doctrina de los años tiernos estableciendo que el “niño necesita más a la madre que al padre en sus primeros años de vida” (Tenencia, 2011), sentencia que tiene fallo a favor de la madre, pero sin embargo se menciona además que en un juicio de tenencia el juez no debe considerar a ciegas el otorgamiento de la tenencia a la madre por el hecho de serlo sino que se debe atender el principio del interés superior del niño y en este caso en principio de igualdad brindar al padre la oportunidad de que el fallo sea a favor del padre.

No se puede negar la necesidad que el niño tiene hacia la madre, sin embargo, considero que se debe tomar en cuenta criterios en relación de establecer si realmente la madre tiene las condiciones necesarias para el correcto desarrollo del niño, porque de lo contrario y en favor del padre éste estaría en mejores condiciones para que el juez le otorgue la tenencia de su hijo; para ello considero se debe tomar en cuenta las siguientes recomendaciones:

- Escuchar año niño; por ende, aplicar el principio del interés superior del niño independientemente de su edad.
- Atender la doctrina de la co-custodia misma que implica que pese al rompimiento del núcleo familiar, ambos padres mantengan correlación en la crianza afectiva y emocional del menor.

- Presunción de cuidados básicos, atendiendo mediante prueba demostrar cuál de los progenitores se hizo cargo de los cuidados básicos del menor.
- Verificar el entorno familiar general del niño para establecer con seguridad cual es la opción más adecuada, el padreo o la madre.
- Tomar en consideración la salud física y mental de todos los involucrados en el cuidado del niño.
- La proximidad geográfica y afectación del niño.
- Capacidad económica del progenitor para con el niño.

Esto con el objeto que exista una justa aplicación de la ley misma que responda al principio del interés superior del niño y al principio de igualdad entre los progenitores evitando así la existencia de discriminación que generalmente sufre el padre.

2.2.8. El hombre y la discriminación en el Código de la Niñez y Adolescencia.

2.2.8.1. Concepción jurídica.

Es menester traer a colación lo expresado por Cabanellas al establecer a la discriminación como “acción de superioridad frente a otro, trato desigual, de orden racial” (Cabanellas, 2014, pág. 36), se entiende que existen diferentes connotaciones jurídicas sobre un mismo tema, para el objeto de estudio se entenderá a la discriminación como aquel trato desigual del padre frente a la madre en relación a la tenencia del menor de edad.

Hay que entender que la Constitución de la República del Ecuador dentro de sus articulados promueve la igualdad en relación al hombre y a la mujer en todos los actos que éstos realicen; sin embargo y como hemos hecho acotación, el Código de la Niñez en virtud de la doctrina de los años tiernos tiene un carácter matriarcal, es decir, existe preferencia hacia la madre.

2.2.8.2. Principio de igualdad y la no discriminación.

El desgaste emocional del padre se reflejando en el dolor que éste siente cuando los jueces en la mayoría de los casos fallan a favor de la madre en relación a la tenencia del menor pese a que éste es quien provee económicamente a su descendiente, por lo tanto, se observa la desigualdad.

Si bien la concepción machista promovida por las mujeres mismo deja al hombre como una persona que no tiene responsabilidades y le encanta estar con varias parejas, es notable que el hombre cuando establece una relación busca la protección de sus hijos, muchas veces son ellos quienes se quedan con ellos al cuidado. “El hombre busca también estabilidad emocional y cuando queda al cuidado de sus hijos, éste no busca establecer una nueva relación, sino que prefiere cuidar de ellos, claro está que existen tanto padres como madres que poco interés ponen en la crianza de sus niños y más con la alienación tecnológica” (Estrada, 2019, pág. 10).

Establecer que el papá a nivel de la madre desde el punto fisiológico es imposible, sin embargo desde el punto de vista emocional se puede establecer el hombre y la mujer ejercen ambos roles; ahora bien, en el ámbito jurídico los jueces en su mayoría tienden a entregar la tenencia de los menores de edad a la madre, quedando los padres sometidos a un régimen de visitas que en la práctica no se cumple; surge en tal virtud desigualdad de los hombres frente la justicia porque incluso quienes son los encargados de juzgar consideran al padre como un objeto económico dejando a un lado su capacidad emocional para hacerse cargo de sus hijos. (Defiendase, 2016)

Esta es una falencia de la normativa actual pues toma como referencia una teoría arcaica donde se suponía, las madres eran responsables de la crianza de los niños, pero debido a un cambio en relación a la incursión de la mujer a la vida laboral, el cuidado de los niños implica el aporte de los padres en relación a la igualdad de sus derechos.

2.2.8.3. El papel del padre en el desarrollo emocional del niño.

Existen diferentes estudios sobre la importancia del padre en el desarrollo del niño en sus diferentes facetas siendo éstas cognitivas, social, emocionales entre otras.

Un padre comprometido en el desarrollo de su hijo “ayuda en su formación sobre todo en el desarrollo de fortalezas frente a problemas que se susciten pues mira en el padre la fuerza” (Varios, 2020); criterio que en la práctica está demostrado pues la autoridad del padre provoca en el niño el sentido de responsabilidad y respeto.

Es interesante establecer que la “correlación entre la función paterna en los diferentes ámbitos de la vida en relación a sus hijos pues forma en ellos la confianza necesaria en la toma de decisiones” (Quaglia, 2007, pág. 167); en término coloquiales, el padre es un modelo a seguir en relación al respeto que ellos observan cuando trata a otras personas, es decir, un sentido de admiración.

El padre es una expresión de fortaleza y respeto en el desarrollo psicológico del infante, considero que los padres si bien reflejan una imagen aparentemente dura, de los dos progenitores el padre juega un rol de un niño, especialmente cuando realiza actividades de recreación con los niños, eliminar la presencia del padre afecta a los niños, en relación que un régimen de visitas jamás va a lograr la convivencia de los niños, al contrario los aleja.

2.2.8.4. El nuevo paradigma de la paternidad monoparental.

El cambio social aunado con la tecnología ha provocado que los padres pese a que éstos trabajan sean quienes cuiden también de sus hijos, en relación a que las madres debido a su alienación tecnológica y laboral han puesto de lado la atención que tiene un niño, entablando relaciones con otras personas y provocando la disolución del núcleo familiar.

El auge de las redes sociales ha provocado el resquebrajamiento del núcleo familiar y en muchas ocasiones lejos de la concepción cotidiana en relación a que es el padre quien se aleja de la familia, la mujer también lo hace.

Si bien la regla general es confiar el cuidado a las madres, los padres también han demostrado que pueden tomar esta responsabilidad, lejos de expresiones como los hombres son mujeriegos, se dedican a una vida disoluta; este cambio de paradigma ha permitido que padres como “Paredes de 45 años de edad, dediquen su tiempo entre el trabajo y el cuidado de sus hijos, siendo trabajador en el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda” (Rosero, ElComercio, 2016).

Casos como el de José Mantilla, quien consiguió la tenencia de sus hijas “cuyas razones para haberlo conseguido fue demostrar que su ex conviviente no prestaba la atención adecuada a sus hijas e incluso existía maltrato físico” (Rosero, ElComercio, 2016), sin embargo cabe citar que el padre tubo que demostrar hasta la saciedad sus razones para solicitar la tenencia.

Otro caso como el sargento de policía DNIE cuyo nombre prefirió no revelar interpuso la tenencia de sus tres hijos ya que la madre “tenía una vida disoluta, llegando incluso a dejarles abandonados en su hogar, sin luz ni alimentación de manera reiterada” (IE, 2020); éste pese a haber demostrado las condiciones precarias que tenían sus hijos la Junta Cantonal de la ciudad de Guaranda confió nuevamente el cuidado a la madre; es decir, en relación a la tenencia la madre tiene preferencia y pese a que el padre ha demostrado con pruebas la tenencia de estos menores de edad fue entregada finalmente a su padre quien pese a su trabajo ha logrado brindarles un hogar seguro, alimentación y ropa adecuada, demostrando que el padre más allá de los estereotipos que lo atañen demuestra que el cuidado de sus hijos es una prioridad por encima de sus responsabilidades laborales teniendo el cuidado los abuelos paternos y la constante supervisión del padre.

2.3. Hipótesis.

¿La vulneración al principio de igualdad entre los progenitores en la tenencia del menor, en relación a los derechos del padre afecta el interés superior del niño, en el cantón Guaranda provincia bolívar, entre los meses de enero a septiembre del año 2020?

2.4. Variables.

2.4.1. Independiente (Causa).

Vulneración al principio de igualdad entre los progenitores en la tenencia del menor

2.4.2. Dependiente (Efecto).

Los derechos del padre y el interés superior del niño.

CAPÍTULO III

DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO.

3.1. Ámbito de estudio.

El presente trabajo investigativo recaba información pormenorizada de artículos que refieren a la tenencia, principio de igualdad estipulados en el Código de la Niñez y Adolescencia y su intrínseca correlación con la Constitución de la República del Ecuador.

3.1.1 Ámbito de estudio.

La vulneración en la aplicación al principio de igualdad en relación a la tenencia deja en plena indefensión al padre toda vez que la afectación más allá de aquella que sufre el progenitor también repercute en la estabilidad física y emocional del menor acarreado muchos problemas en la adaptación del niño a la sociedad; romper viejos paradigmas instituidos en una norma permitirá al juzgador realizar un análisis profundo para determinar cuál de los progenitores es más apto en relación al cuidado permanente del menor, toda vez que el presente trabajo ha demostrado que los padres también puede llevar esta responsabilidad de manera que mejore las condiciones de vida de sus descendientes.

3.2. Tipo de investigación.

Investigación Básica

3.3. Nivel de investigación.

Esta investigación abarca la parte correlacional y descriptiva

3.4. Método de investigación.

El presente proyecto utiliza la metodología de investigación acorde a nuestra área del conocimiento jurídico; se hará uso de:

3.4.1. Tipo de investigación.

3.4.1.1. Investigación de campo.

Guadalupe (2005) “la investigación de campo reúne la información necesaria recurriendo fundamentalmente el contacto con los fenómenos que se encuentran en estudio, ya sea que estos hechos y fenómenos estén ocurriendo de una manera ajena al investigador o que sean provocados por éste con un adecuado control de las variables que intervienen” (pág. 45).

Es importante destacar que una investigación de campo es desarrollada directamente en el lugar donde se identifica la problemática de estudio.

La investigación tiene la modalidad de campo, debido a que se realiza un estudio sistemático de los hechos, ello considerando el lugar en donde se desarrollan los mismos, básicamente la investigación en curso en lo posible busca llegar a tener contacto directo con la realidad de la problemática evidenciada, esperando que la información que se llegue a recabar este de conformidad y en apego a los objetivos planteados.

3.4.1.2. Investigación documental y bibliográfica.

Según Baena (1985), **la investigación documental** es una técnica que consiste en la selección y compilación de información a través de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, bibliotecas, bibliotecas de periódicos, centros de documentación e información.

Se entiende en tal sentido la razón ya que en el ámbito jurídico es necesario apoyarse de las teorías de doctrinarios para fundamentar los distintos aspectos que se desarrollarán en el marco teórico de la investigación, haciendo uso de libros, tratados, Legislación pertinente, entre otras; que contribuyan a ampliar eficazmente los elementos citados en el marco teórico.

3.5. Métodos de investigación.

3.5.1. Método científico.

Hace referencia a la ciencia (básica y aplicada) como un conjunto de pensamientos universales y necesarios, y que en función de esto surgen algunas cualidades importantes, como la de que está constituida por leyes universales que conforman un conocimiento sistemático de la realidad (Ruiz R. , 2007, pág. 3)

Método holístico pues permite hacer uso general de las ciencias jurídicas en nuestro caso para obtener información fehaciente misma que podrá ser validada en cualquier momento.

3.5.2. Método analítico.

Para Lopera, J. (2010), el método analítico “da cuenta del objeto de estudio del grupo de investigación que en este trabajo se ocupa, con una rigurosa investigación documental, del método mismo que orienta su quehacer. Este método, empleado particularmente en las ciencias sociales y humanas” (pág. 1).

Analizar la normativa relacionada a la niñez y adolescencia en concordancia con a supra norma y otras relacionadas, permitirá analizar el valor jurídico del presente proyecto de investigación

3.5.3. Método inductivo.

Según Rivas Rodolfo, éste método “consiste en la generalización de hechos, prácticas, situaciones y costumbres observadas a partir de casos particulares”. Partir de mi tema establece claramente la utilización de éste método pues permitirá analizar un caso particular para aplicarlo como norma general en un futuro.

3.5.4. Método deductivo.

El análisis del marco jurídico vigente en nuestro país valida la utilización de éste método pues permitirá verificar posibles vacíos legales que permite que en mi caso se aplique el principio de igualdad en relación a la tenencia

3.5.5. Método Bibliográfico.

Método frecuentemente utilizado en la rama jurídica ya que permite basar y fundamentar nuestro proyecto de investigación en base a las publicaciones de revistas, revisión de doctrinarios, así como también a normativa existente en nuestro país, además de la normativa y publicaciones de carácter extraterritorial para tener una mejor comprensión del proyecto a investigar.

El diseño de la investigación se fundamenta en la investigación de campo, bibliografía, hay que destacar que como resultado de la pandemia que el mundo está atravesando, el análisis cuantitativo por medio de encuestas no se podrá elaborar debido a las restricciones y con el ánimo de precautelar la salud de nosotros los estudiantes.

3.5. Diseño de investigación.

3.5.1. Aplicada.

Se considera aplicada en el sentido que basa su discernimiento en teoría y el uso de métodos científicos, mismos que buscan solucionar los problemas, considerando que la aplicación en relación a la investigación busca solución problemas prácticos.

3.5.2. Experimental.

Según Matinis, F. (2010) establece en relación al diseño experimental “la manipulación por parte del investigador de una variable de carácter experimental que no se encuentra comprobada pero que tiene supervisión para su ejecución; se funda en poder predecir el futuro para aumentar el discernimiento para contribuir a la educación” (pág. 88); en el presente trabajo se manejó la variables independiente y dependiente que permitieron la aplicación de instrumentos para verificar la validez de la investigación.

3.6. Población, muestra.

Pulpón A. (2006) expresa que en relación al universo “Ya se ha comentado la imposibilidad práctica de estudiar a toda la población y lo que se hace es estudiar una parte.

La muestra es el grupo de individuos que realmente se estudiarán, es un subconjunto de la población” (pág.55).

El universo que va ser sometido al estudio está comprendido por los profesionales en libre ejercicio profesional, inscritos legalmente en el Foro de abogados de la provincia, así como por los magistrados de la Judicatura de los Civil y de manera especial aquellos que están en el área de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Guaranda.

Población. - La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados, que se ilustra en el siguiente cuadro:

POBLACIÓN	NÚMERO
Jueces de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda	5
Abogados en libre ejercicio	30
TOTAL	35

3.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

En relación a la técnica e instrumentos para la recolección de datos, la opción más adecuada para realizar el levantamiento y procesamiento de la información se usó la observación de quienes tuvieron la amabilidad de responder las preguntas para inferir su razonamiento tanto a los jueces como abogados en libre ejercicio profesional.

3.7.1. Encuesta.

La encuesta, por medio del cuestionario mismo que en base a las preguntas se recopiló la información correspondiente para validar el tema investigado; para ello las personas encuestadas respondieron preguntas de opción cerrada, claro está que mientras llenaban dicho instrumento iban aportando con ideas mismas que se las planteó en la presentación de resultados.

3.8. Procedimiento de recolección de datos.

En relación al procesamiento de la información, la herramienta por excelencia utilizada fue la hoja de cálculo de Microsoft Excel, permitiendo de esta manera cuantificar la información y la correspondiente realización de gráficos tipo pastel para estratificar la información para obtener el porcentaje que se utiliza en el análisis e interpretación de resultados.

3.8.1. Fases de la Investigación.

- **Fase de investigación**

Aplicación de encuestas.

- **Levantamiento de la información**

El apoyo de los jueces y abogados en el libre ejercicio profesional quienes aportaron con sus respuestas para poder levantar la información de manera correcta.

3.9. Técnicas de procesamiento, análisis e interpretación de datos.

Se hizo del diseño de tablas ubicando el indicador, la frecuencia y el porcentaje ejemplificando de esta manera la estadística descriptiva.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados.

Pregunta 1

Considera usted que existe vulneración al principio de igualdad en relación a la tenencia de los hijos por parte de los progenitores.

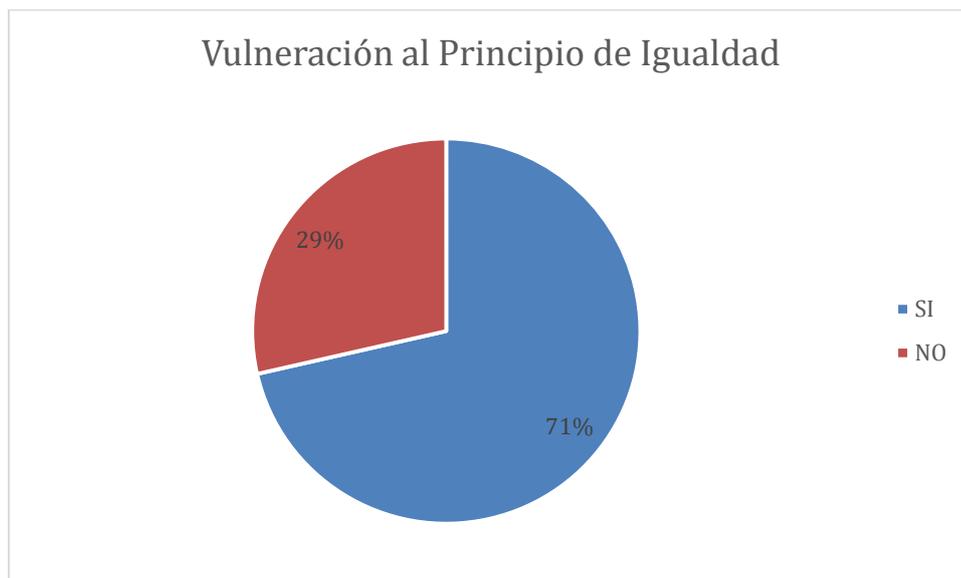
Tabla 1. Vulneración al Principio de Igualdad

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	25	71
NO	10	29
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda

Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 1



Análisis e Interpretación de Resultados:

Con respecto a esta pregunta, el 71% de los encuestados afirma que se vulnera el derecho del padre en relación al principio de igualdad, pues consideran que el padre queda relegado a un mero aporte económico y que los jueces no le brindan la importancia necesaria cuando el padre solicita la tenencia del menor de edad; el 29% de los encuestados considera que no se vulnera este principio considerando que son muy pocos los padres que solicitan la tenencia de los menores.

Pregunta 2

Cree usted que al momento de establecer la tenencia del niño por parte de los progenitores debe ser respetada la opinión del menor pese a que el mismo no tenga capacidad legal para hacerlo.

Tabla 2. Escuchar al menor de edad

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	86
NO	5	14
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda

Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 2



Análisis e Interpretación de Resultados:

En relación a esta cuestión, el 86% de los encuestados considera que si se debe tomar en cuenta la apreciación del niño por cuando consideran que hoy en día, los niños tiene son bien maduros y son capaces incluso en tiernas edades elegir con cuál de los progenitores quedarse; el 14% responde que los niños son incapaces para elegir debido a su corta edad quedando en la potestad del juzgador otorgar la tenencia a la madre.

Pregunta 3

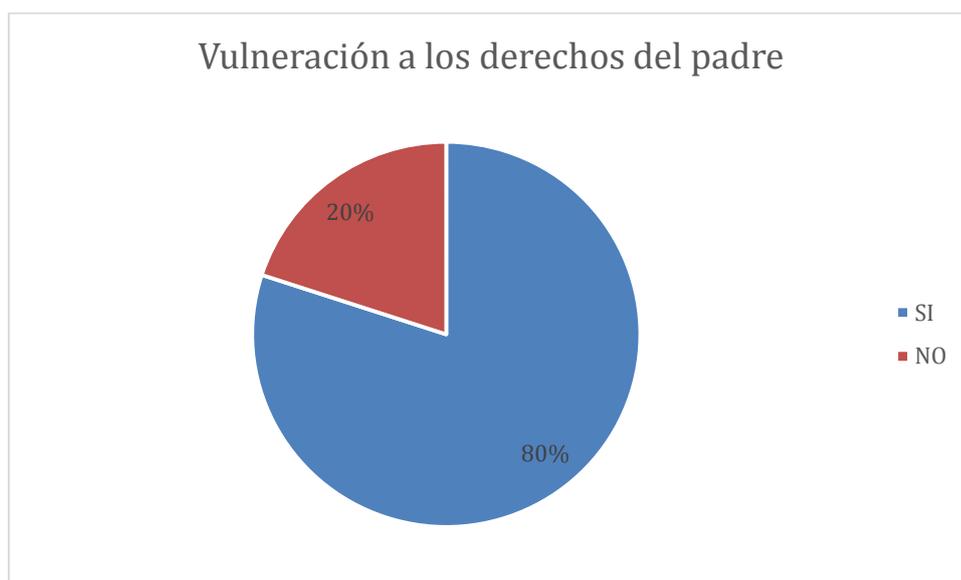
Considera usted que existe vulneración de derechos al padre en relación a la tenencia del menor cuando éste solicita esta figura jurídica.

Tabla 3. Vulneración a los derechos del padre

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	28	80
NO	7	20
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda
Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 3



Análisis e Interpretación de Resultados:

Con respecto a esta interrogante, el 80% de los encuestados considera que si existe vulneración de derechos al padre por considerarlo que hay muy pocos quienes solicitan la tenencia de los hijos pero concuerdan que las leyes deben ser por igual sea el padre o la madre y con más razón cuando la ley debe también cobijar a las minorías; el 20% restante considera que no existe vulneración al padre por cuanto éste prefiere aportar económicamente que hacerse cargo de sus hijos.

Pregunta 4

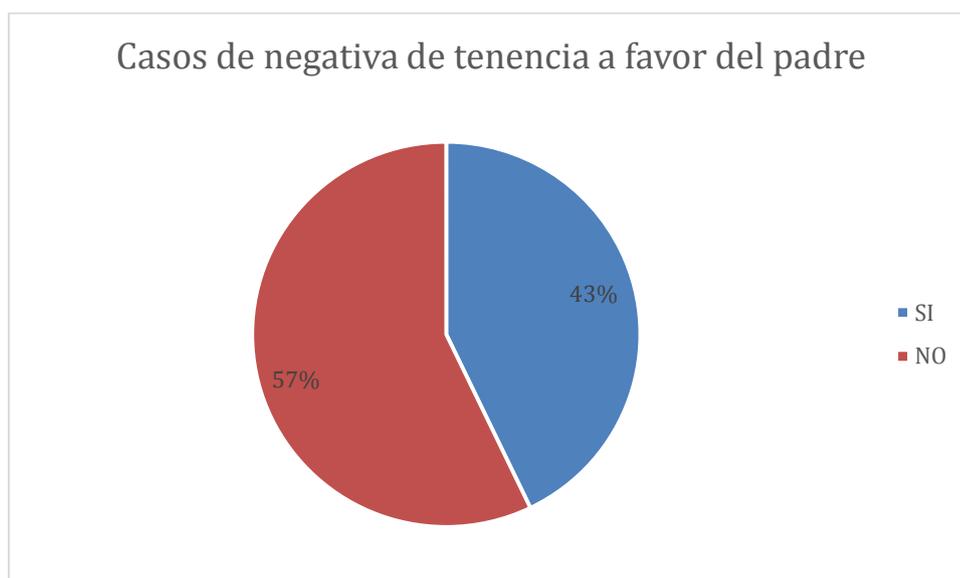
Conoce usted casos donde se le haya negado la tenencia del menor al padre pese a que éste haya demostrado que la madre no tiene la capacidad para hacerse cargo del menor.

Tabla 4. Casos de negativa de tenencia a favor del padre

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	15	43
NO	20	57
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda
Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 4



Análisis e Interpretación de Resultados:

El 43% de los encuestados afirma que si conoce casos donde el padre es quien solicita la tenencia del menor de edad y que muchos de ellos la tenencia no les es otorgada porque existe en la normativa la preferencia hacia la madre; el 57% de los encuestados afirma no conocer casos donde el padre haya solicitado la tenencia de sus hijos, pues consideran que en un mundo actual los varones no desean hacerse cargo de sus hijos sino que sean las madres quienes se queden con los mismos.

Pregunta 5

Considera usted que debería existir un estudio social y psicológico del núcleo familiar para poder otorgar la tenencia del menor sea al padre o la madre.

Tabla 5. Estudio social y psicológico para atribuir la tenencia

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	35	100
NO	0	0
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda
Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 5



Análisis e Interpretación de Resultados:

El 100% de los encuestados considera que se debe realizar estudios mencionados para garantizar la integridad de los niños, niñas y adolescentes en razón que ellos representan el futuro de una sociedad; se entiende en tal virtud que estos estudios deben ser realizados tanto al padre como a la madre solicitante de la tenencia de sus hijos, con eso se busca establecer igualdad de condiciones para con los progenitores.

Pregunta 6

Cree usted que debería haber alguna sanción al juez cuando ha otorgado la tenencia del menor a la madre y ésta ha puesto en peligro el bienestar de los menores.

Tabla 6. Sanción al juzgador cuando se compruebe afectación al niño

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	33	94
NO	2	6
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda

Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 6



Análisis e Interpretación de Resultados:

El 94% de los encuestados considera que en caso de vulneración a la integridad de los niños, niñas y adolescentes por parte del progenitor que quedó al cuidado del menor, los jueces deberían recibir una sanción pues ellos mediante su decisión fueron quienes mediante orden dispusieron que el progenitor se quede con la tenencia de su hijo considerando que no se hicieron de manera profunda los estudios necesarios para poder confiar la tenencia; el 6% de los encuestados considera que la sanción a los jueces no sería prudente pues se entiende que el padre o la madre son responsables por sus hijos.

Pregunta 7

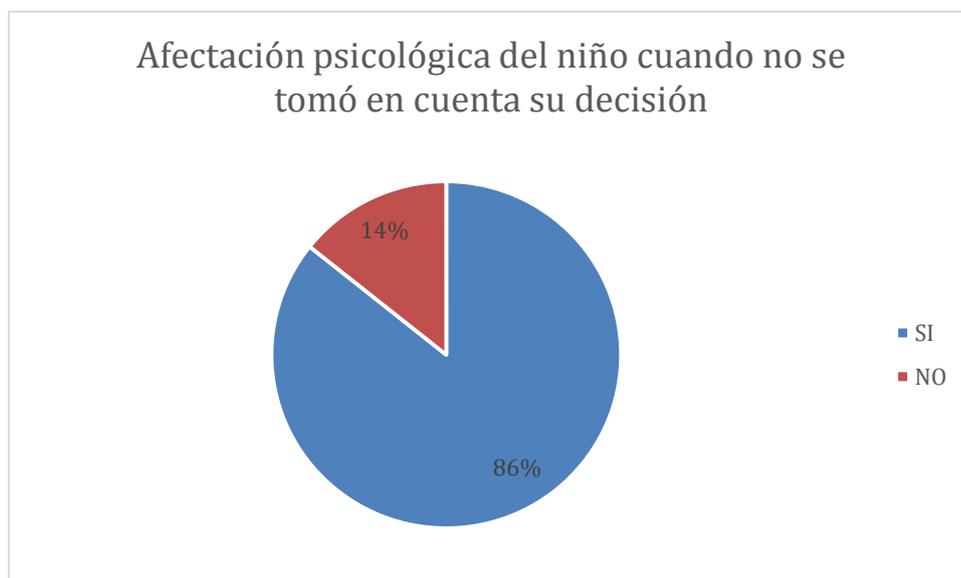
Considera usted que los menores pueden tener afectación psicológica cuando la tenencia se le otorga a la madre dejando de lado la decisión del niño para vivir con el padre.

Tabla 7. Afectación psicológica del niño cuando no se tomó en cuenta su decisión

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	86
NO	5	14
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda
Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 7



Análisis e Interpretación de Resultados:

El 86% de los encuestados considera que los niños si sienten afectación psicológica al tomar en cuenta su decisión, pues los niños en la actualidad sin importar su edad tienen el poder de decidir en este caso con cuál de los padres quedarse; el 14% de los encuestados afirma que los niños no tienen afectación al ser todavía inmaduros y que su decisión al ser menores de edad especialmente en aquellos infantes menores a los 12 años al no tener capacidad de elección les corresponde asumir una nueva realidad sin que ello implique ningún tipo de aceptación.

Pregunta 8

Cree usted que los menores de edad deben mantener vínculos con el padre o la madre que no se encuentra a cargo de su cuidado.

Tabla 8. Mantener vínculos con los padres

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	35	100
NO	0	0
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda
Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 8



Análisis e Interpretación de Resultados:

El 100% de los encuestados concuerda que independientemente de la nueva realidad a la cual los niños por decisión de los padres tienen que afrontar, eso no quiere decir que pierdan el vínculo afectivo, emocional y presencial del otro progenitor considerando que la ley faculta mediante el régimen de visitas que generalmente es el padre pueda mantener contacto con su hijo.

Pregunta 9

Cree usted que se debería realizar un seguimiento periódico de la tenencia del menor para evitar vulneración de derechos hacia los menores.

Tabla 9. Seguimiento de la tenencia para evitar afectación a los niños

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	35	100
NO	0	0
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda
Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 9



Análisis e Interpretación de Resultados:

Nuevamente el 100% de los encuestados considera que el seguimiento hacia el padre o madre que tiene la tenencia del menor debe ser continua para medir el grado de adaptación del niño y si éste no está presentando problemas de adaptación o peor aún que su vida corra algún tipo de riesgo, con esto se precautela la seguridad del niño antes, durante y después de conceder la tenencia a uno de los progenitores.

Pregunta 10

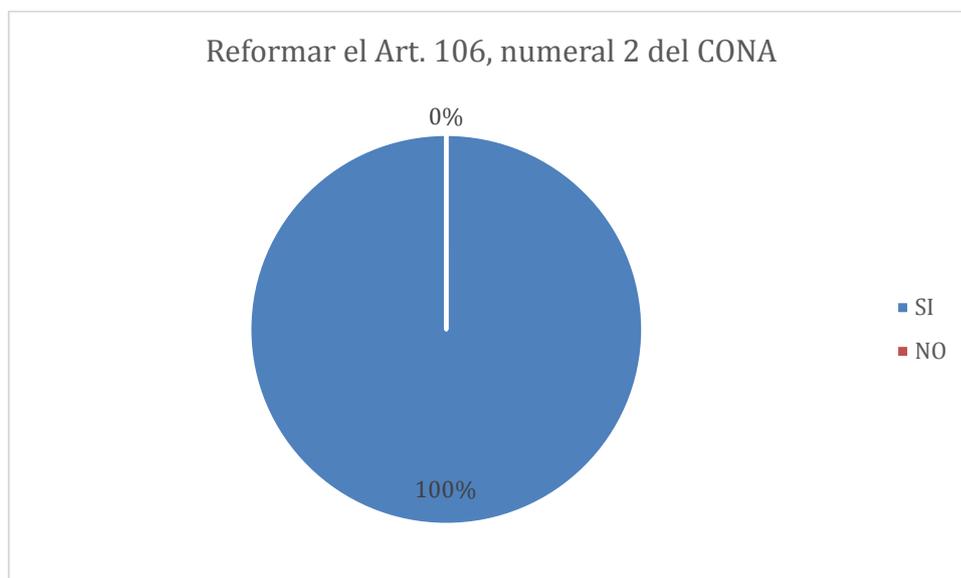
Considera usted que se debería reformar el Art. 106 numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia con el objetivo de aplicar el principio de igualdad.

Tabla 10. Reformar el Art. 106, numeral 2 del CONA

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	35	100
NO	0	0
Total	35	100

Fuente: Jueces y abogados en libre ejercicio Profesional del Cantón Guaranda
Investigador: Fabián Barragán Quinchuela

Gráfico 10



Análisis e Interpretación de Resultados:

Con el fin de aplicar el principio de igualdad hacia los progenitores, el 100% de los encuestados considera que debe haber reforma al artículo invocado pues consideran que ambos padres deben tener las mismas oportunidades cuando solicitan la tenencia del menor, es decir, que se elimine la doctrina de los años tiernos de la ley, además, que en virtud de ello se haría valer el principio del interés superior del niño pues su decisión sería respetada; también consideran que cuando los padres soliciten la tenencia del menor, ambos tendrá igualdad de oportunidad para demostrar mediante prueba el por qué están en condiciones de

hacerse cargo del menor; además apuntan que debería existir la tenencia compartida donde los dos padres no pierdan el contacto con sus hijos procurando mantener estrechas relaciones para el mejor porvenir del niño, niña y adolescente.

4.2. Beneficiarios.

4.2.1. Directos.

Sin lugar a dudas los beneficiarios directos en el presente trabajo de investigación serán los progenitores, especialmente los padres, ya que se pretende por medio de ésta investigación resaltar la capacidad que tiene el hombre para ostentar la tenencia de sus hijos, demostrar que es necesaria realizar la reforma correspondiente sobre la tenencia del menor en el Código de la Niñez y la Adolescencia pues en dicha normativa se prefiere a la madre antes que al padre cuando muchas veces los niños son afectados por la madre en sus hogares, siendo beneficiados también los administradores de justicia que contaran con una herramienta que les permita motivar de mejor manera sus fallos respecto de la tenencia de los menores.

4.2.2. Indirectos.

En relación a los beneficiarios indirectos tenemos la población en general, profesionales del derecho, estudiantes universitarios ya que este documento será un trabajo que permita resaltar jurídicamente la capacidad que tienen los hombres para mediante la tenencia de sus hijos demostrar que son responsables y que el futuro de los niños está garantizado tanto en la parte económica como psicológica.

4.3. Impacto de la investigación.

En relación a la sostenibilidad del presente trabajo, es sostenible porque es menester la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en razón de la violación al principio de igualdad en la tenencia de los hijos; toda vez que el objetivo principal del estudiante de

derecho es buscar vacíos legales que se contrapongan a los derechos de las personas y en este caso particular al derecho que tiene el padre en solicitar la tenencia de su hijo.

Es sostenible además porque quedará un presente basado en el estudio jurídico que servirá tanto a estudiantes como a la comunidad en general y en especial a los padres varones por la entereza de proponer proyectos de investigación que busquen la igualdad tanto de hombres como mujeres, en especial en relación al cuidado de los hijos.

4.4. Transferencia de resultados.

Se espera que los administradores de justicia pongan especial atención al presente documento toda vez que la presente investigación busca evitar la existencia de la vulneración al principio de igualdad en desmedro de los derechos del padre en relación a la tenencia de su hijo, sobre todo con la finalidad de precautelar el interés superior del niño.

Se espera además que las autoridades respectivas antes de entregar la tenencia tanto a la madre como al padre se base en un estudio pormenorizado del núcleo familiar del menor de edad y en caso de existir una falta de calidad por parte de la madre, se falle a favor del padre para evitar vulneración de los derechos del niño toda vez que nuestra carta magna los considera como grupos vulnerables, con esto se espera una correcta aplicación de la ley.

Para poder establecer este principio es menester tener en consideración:

- Opinión de los menores y adolescentes.
- Establecer el correcto equilibrio de sus derechos y obligaciones.
- La existencia de equilibrio en relación al bien común de sus derechos y garantías.
- Entender que los menores de edad son consideradas como personas en desarrollo.

En razón que los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen el carácter de ser inalienables, intransigibles, intangibles, irrenunciables, intransferibles; en tal virtud la ley

garantiza que todo menor de edad tendrá sus derechos y el progenitor y el estado tienen la obligación de cumplir los mismos; este principio coadyuva al correcto desarrollo físico, intelectual, psíquico, emocional y social, pues un progenitor que provea al infante y el Estado mediante la aplicación de políticas públicas a este grupo social; permitirá que los menores sean entes propositivos para la sociedad.

4.4.1. Propuesta.

En relación al presente trabajo de investigación se propone la reforma al Art. 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia en su numeral 2 en aplicación al principio de igualdad.

Con la reforma a este artículo se tiende a establecer dentro de la normativa la introducción al marco normativo de la tenencia compartida con el objeto de establecer responsabilidades y obligaciones hacia los dos progenitores, a más de ello la posibilidad del padre para solicitar la tenencia del menor de edad.

En tal virtud considero que la ley reformativa al Código de la Niñez y la Adolescencia está en el siguiente orden.

Sustitución del Título III en relación a la Tenencia

Sugerencia:

De la Tenencia Compartida

Sustituyendo el término tenencia porque refiere al cuidado de una sola persona toda vez que la constitución promueve la corresponsabilidad entre los progenitores.

Sustitúyase el Art. 118:

“En virtud de lo que estime el juez, el desarrollo integral del hijo o hija de familia, se confiará el cuidado a ambos progenitores de manera alternada”

Su reforma es necesaria en virtud que el artículo actual vulnera el Art. 69.1 de la carta magna pues éste precepto jurídico promueve la corresponsabilidad entre los padres.

En relación al Art. 106.2 se debería sustituir el artículo por el siguiente.

Art. 106.2

A falta del acuerdo entre los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de quienes no hayan cumplido doce años de edad se confiará al padre o la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o a hija.

Reforma en virtud que violenta en el Art. 11.2 de la supra norma cuando se establece que “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo...La ley sancionará toda forma de discriminación” (Ecuador, 2008, pág. 11)

Al reformar este artículo y a falta de acuerdo entre los padres, ambos progenitores tendrán la oportunidad de probar la capacidad para hacerse cargo del hijo o hija; se elimina además la doctrina de los años tiernos que vulnera los derechos del padre.

Consecuentemente es menester reformar la supra norma, en relación al Art. 69 numeral cinco donde se establece la corresponsabilidad materna y paterna por “... promoverá la tenencia compartida en ambos progenitores...”

CONCLUSIONES.

- Se concluye que al finalizar el desarrollo del presente proyecto de investigación, la falta de aplicación del principio de igualdad en relación a la tenencia de los hijos, vulnera el derecho que tiene el padre para solicitar la tenencia del menor, considerando que en los juzgados se torna una disputa en relación a los niños mismos que son considerados como objetos y no personas, pues el actual Código de la Niñez y Adolescencia contempla la tenencia de manera unilateral pues prefiere a la madre sobre el interés igualitario que le corresponde al padre.
- La teoría de los años tiernos, es un supuesto jurídico donde sin sustento científico toma en consideración a la madre como prioridad en relación a la tenencia del menor edad, relegando al padre en un papel meramente de aporte económico; teoría que en la actualidad debido al avance de la sociedad supone su eliminación de una norma donde bajo precepto constitucional se supone debe primar el principio de igualdad.
- Se concluye que incluso los jueces no toman en consideración el principio del interés superior del niño limitando al padre a la sujeción de un régimen de visitas que poco o nada contribuye a establecer la igualdad de derechos; por lo tanto en atención al bienestar del niño se supone reformar el numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, toda vez que una vez modificado se puede establecer igualdad de condiciones y tener un enfoque de tenencia compartida o tenencia a cualquiera de los cónyuges donde el padre y la madre tendrán la oportunidad mediante prueba sustentar su capacidad para hacerse cargo del menor de edad o a su vez establecer la tenencia compartida, figura que sería más justa en honor al principio del interés superior del niño.

RECOMENDACIONES.

- Se recomienda realizar reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia en aplicación del principio de igualdad hacia los progenitores optando por la introducción de la tenencia compartida como medio de lograr el equilibrio entre los padres.
- Se recomienda a los jueces en casos de resolución en relación a la tenencia, aplicar el principio del interés superior del niño independientemente de la edad de ellos, toda vez que entregar a un niño a uno de los padres requiere de establecer las condiciones idóneas para que el infante tenga un desarrollo equilibrado dejando la preferencia que existe hacia la mujer en relación a la tenencia del menor de edad, toda vez que se demostró que en nuestra ciudad de los 9 casos en relación a la tenencia del menor, todos fueron concedidos a la madre pese a que el padre también reclama ese derecho.
- Más allá de la vulneración de derechos hacia los niños, los padres deben tener plena conciencia que los únicos afectados en la ruptura del núcleo familiar son los hijos; bajo esta premisa se recomienda establecer mecanismos que no se limiten solo al ingreso económico por parte de cualquiera de los progenitores, sino buscar el equilibrio en el cuidado igualitario del niño para establecer de esa manera igualdad de derechos y responsabilidades.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, R. (2006). *La tenencia de menores en el Ecuador*. Quito: Gráficas.
- Andrade, F. (2008). *Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Andrade, F. (2008). *Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. . Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Azocar, P. (1994). *Crecimiento con Equidad, Discursos Escogidos*. Santiago de Chile: Perrot.
- Beladiez, M. (1994). *Los Principios Jurídicos*. Madrid: Tecnos.
- Boaventura, d. (2003). *La caída de ángelus Novo, Ensayo para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- Borda, G. (1993). *Tratado de Derecho Civil - Familia - Tomo 1*. Buenos Aires: Perrot.
- Buchanan, C., Maccoby, E., & Dornbusch, S. (1992). *Adolescent and their families after divorce: Three residential arrangements compared*. EEUU: Journal of Research on Adolescence.
- Cabanellas, G. (2014). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasra.
- Cabrera Vélez, J. (2008). *Tenencia: Legislación, Doctrina y Práctica*. Quito: Cevallos.
- Carbonell, M. (2003). *Principio de Igualdad Constitucional*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Carbonell, R. (2007). *El Principio de Igualdad entre hombres y mujeres. Del Ámbito Público al Ámbito Jurídico-Familiar*. México: AC.
- Cárdenas, E. (2013). *La Custodia Compartida de los Hijos de Padres Separados y el Principio del Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de Los Andes.

Carta de las Naciones Unidas. (25 de Junio de 1945). *Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

Castillejo, R. (2007). *Guarda y Custodia de los hijos menores*. Murcia: NA.

Catalán, M. (22 de Marzo de 2011). *UCAM*. Obtenido de <http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida.%20Mar%20C3%ADa%20Jos%20C3%A9%20Catal%20C3%A1n%20Fr%20C3%ADas.pdf>

Cillero, M. (1998). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. . Colombia: Temis/Depalma.

Código Civil. (2003). *Código Civil*. Quito: Lexis.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Consejo de la Judicatura. (10 de Diciembre de 2020). *Función Judicial*. Obtenido de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/images/documentos/209-2013%20reglamento.pdf>

Corte Nacional de Justicia. (2014). *Cuadernos de Jurisprudencia, de Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores*. Quito: CNJ.

Defiendase. (21 de Febrero de 2016). *Defiendase.com*. Obtenido de <http://www.defiendase.com/articulos/en-la-tenencia-de-los-hijos-papa-es-igual-a-mama/2618>

Ecuador. (2008). *Constitución de la República*. Quito: Lexis.

EL Comercio. (15 de Diciembre de 2020). Camila, de 7 años, fue violada por su padrastro en Morona Santiago; Tribunal dictó 19 años de cárcel para el agresor. pág. 1.

El Universo. (24 de Agosto de 2020). Madre filmaba mientras padrastro violaba a niña; otro caso en El Triunfo. pág. 23.

Estrada, F. (2019). *Alienación Tecnológica vs cuidado de los hijos*. Quito: Cevallos.

- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Trotta.
- Fioravanti, M. (1996). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Francia. (1814). *Constitución* . Francia: NA.
- Guerrero, A. (20 de Junio de 2019). *VIX*. Obtenido de <https://www.vix.com/es/imj/familia/165587/divorcio-el-hijo-adolescente-deberia-quedarse-con-el-padre-o-con-la-madre>
- Hebe, M. (2000). *Derecho de familia*. NA: NA.
- Husni, A., & Rivas, M. (2007). *Familias en Litigio; Perspectiva Psicosocial*. Buenos Aires: Lexis Nexis .
- ICJ. (10 de Diciembre de 2020). *Corte Internacional de Justicia*. Obtenido de <https://www.icj-cij.org/public/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>
- IE, D. (10 de Diciembre de 2020). Los padres también podemos hacernos cargo de nuestros hijos. (F. Barragán, Entrevistador)
- Jiménez, J. (1983). La igualdad jurídica como límite frente al legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74.
- La Hora. (4 de Junio de 2020). Niña violada por el padrastro. pág. 24.
- Larrea, J. (2009).
- Lathrop, F. (2009). *Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y Sociológicas*. Santiago: CEPAL.
- Leibholz, G. (1959). *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. München: Sche Verlagsbuchhandlung,.
- Lopera, J. (2010). *El método analítico*. Medellín: CISH.
- López, M. (2 de Junio de 2016). *El DIA*. Obtenido de <https://www.eldia.com/nota/2016-7-2-hijos-de-padres-separados-me-voy-a-vivir-con-papa>
- Loyola, L. (2010). *Inconvenientes del Régimen Jurídico*. Loja: UTPL.

Mazeud, H. (2008). *Lecciones de Derecho Civil*.

Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre Los Derechos del Niño*. New York.

NACIONES UNIDAS. (4 de Mayo de 2017). *Naciones Unidas - Derechos Humanos* .

Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Ortega, R. (10 de Enero de 2020). *VLex*. Obtenido de <https://vlex.com.pr/vid/anos-tiernos-665097073#:~:text=La%20doctrina%20de%20los%20a%C3%B1os,que%20con%20cualquier%20otra%20persona.>

Ortiz, A. (4 de Septiembre de 2017). *Plan V*. Obtenido de <https://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/la-corresponsabilidad-parental-y-derechos-del-nino-1>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de Diciembre de 1966). *NU Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de Diciembre de 1966). *Naciones Unidas*. Obtenido de *Derechos Humanos*: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Parlamento Europeo. (1992). *Carta Europea Derecho Nino*. NA: DOCE.

Pérez , M., & Llamas, E. (2006). *Estudios de derecho de obligaciones*. NA: NA.

Pica, D. (1999). *¿Sigue siendo la Ley la Doctrina de los años tiernos?* Idaho. Obtenido de https://es.qaz.wiki/wiki/Tender_years_doctrine

Pulpón, A. (2006). *Elaboración y Presentación de un Trabajo de Investigación y una Tesina*. Barcelona: Publicacions (Eddicions de la Universitat de barcelona).

- Quaglia, R. (2007). *EL PAPEL DEL PADRE EN EL DESARROLLO DEL NIÑO*. España: Universidad de Torino.
- Quintana, M. (2015). *Derecho de Familia*. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Rosero, M. (19 de Junio de 2016). *ElComercio*. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-legal-padres-tenencia-hijos.html#:~:text=En%20el%20pa%C3%ADs%20lo%20usual,es%20malentendida%20por%20los%20jueces>
- Rosero, M. (19 de Junio de 2016). *ElComercio*. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-legal-padres-tenencia-hijos.html#:~:text=El%20Consejo%20de%20la%20Judicatura,Tampoco%20la%20Defensor%20C3%ADa%20P%C3%ABlica.&text=En%20el%20pa%C3%ADs%20lo%20usual,o%20madre%20reclamen%20la%20tenencia>.
- Rubio, F. (1997). *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz, M. (20 de Agosto de 2020). *INEC*. Obtenido de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2019/Historia%20de%20MYD.pdf
- Ruiz, R. (2007). *El Método Científico y sus Etapas*. México: NA.
- Salberg, B. (2005). *Los niños no se divorcian*. Barcelona: BEAS.
- Saltos, R. (2009). *El derecho especial de menores y el Código de la Niñez y Adolescencia*. Guayaquil: biblioteca jurídica.
- Telmo, S. (Dirección). (2014). *Borrando a Papa* [Película].
- Tenencia, 0317-09-EP (Corte Constitucional 2011 de Septiembre de 2011).

Varios. (20 de Diciembre de 2020). *Elbebe.com*. Obtenido de <https://www.elbebe.com/familia/con-quien-deben-quedarse-hijos-despues-del-divorcio-padres>

Varios. (15 de Diciembre de 2020). *Papa por Siempre Ecuador*. Obtenido de Facebook: <https://www.facebook.com/justiciapapaporsiempre/>

Zagrebelsky, G. (2005). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Zannoni, E. (1978). *Derecho Civil: Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.

ANEXOS



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FORMULARIO DE ENCUESTA PARA LA PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Nombre:

Edad:

Instrucciones: Señale con una equis (X) la respuesta seleccionada en cada pregunta.

Cuestionario:

1. Considera usted que existe vulneración al principio de igualdad en relación a la tenencia de los hijos por parte de los progenitores.

SI ()

NO ()

2. Cree usted que al momento de establecer la tenencia del niño por parte de los progenitores debe ser respetada la opinión del menor pese a que el mismo no tenga capacidad legal para hacerlo.

SI ()

NO ()

3. Considera usted que existe vulneración de derechos al padre en relación a la tenencia del menor cuando éste solicita esta figura jurídica.

SI ()

NO ()

4. Conoce usted casos donde se le haya negado la tenencia del menor al padre pese a que éste haya demostrado que la madre no tiene la capacidad para hacerse cargo del menor.

SI ()

NO ()

5. Considera usted que debería existir un estudio social y psicológico del núcleo familiar para poder otorgar la tenencia del menor sea al padre o la madre.

SI ()

NO ()

6. Cree usted que debería haber alguna sanción al juez cuando ha otorgado la tenencia del menor a la madre y ésta ha puesto en peligro el bienestar de los menores.

SI ()

NO ()

7. Considera usted que los menores pueden tener afectación psicológica cuando la tenencia se le otorga a la madre dejando de lado la decisión del niño para vivir con el padre.

SI ()

NO ()

8. Cree usted que los menores de edad deben mantener vínculos con el padre o la madre que no se encuentra a cargo de su cuidado.

SI ()

NO ()

9. Cree usted que se debería realizar un seguimiento periódico de la tenencia del menor para evitar vulneración de derechos hacia los menores.

SI ()

NO ()

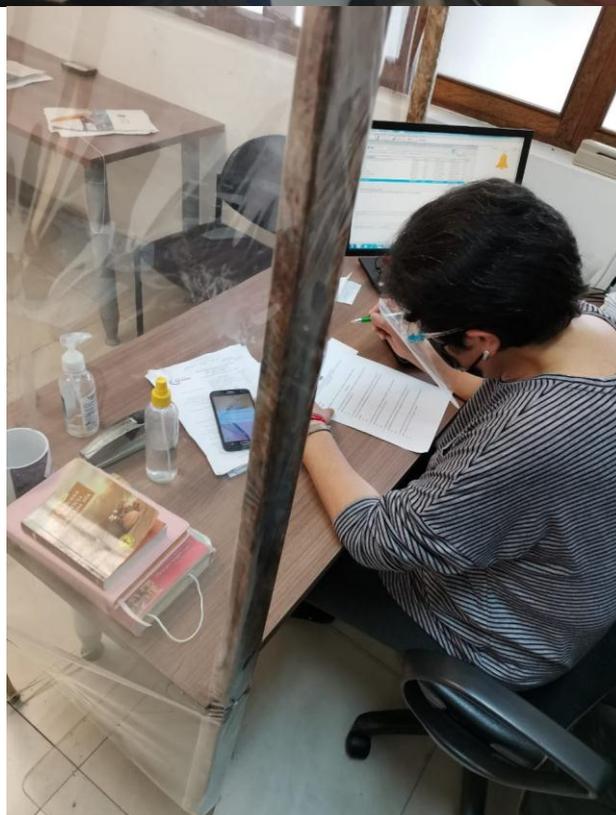
10. Considera usted que se debería reformar el Art. 106 numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia con el objetivo de aplicar el principio de igualdad.

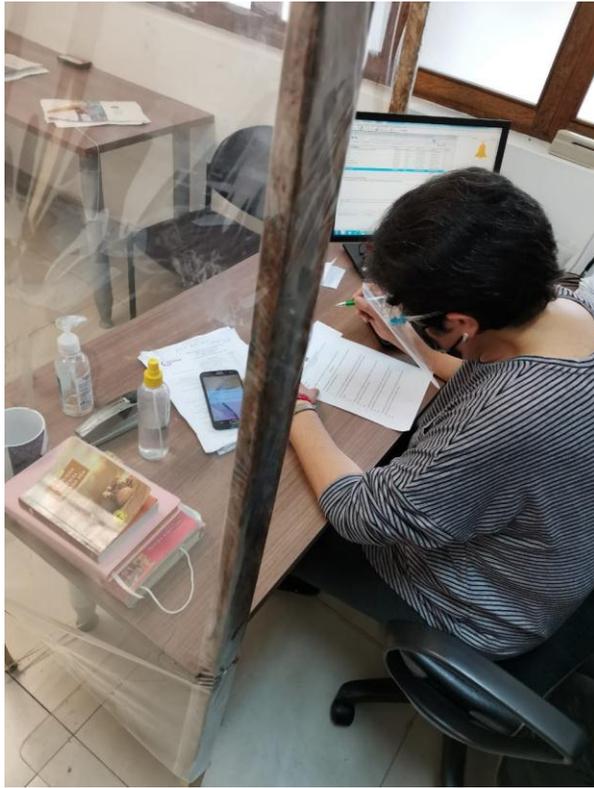
SI ()

NO ()

Gracias por su colaboración

EVIDENCIA FOTOGRÁFICA





OFICIOS

Sr.

Dr. Fernando Ulloa Morejón

DIRECTOR PROVINCIAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DE BOLIVAR

Por medio del presente gentilmente solicito por su intermedio a quien corresponda, se me autorice el acceso a los libros de ingresos de causas de las Unidades Judiciales de lo Civil y de la Unidad Judicial de la Familia con sede en el cantón Guaranda, de los meses de enero a septiembre del 2020, por cuanto soy estudiante egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Estatal de Bolivar, ya que necesito obtener información de cuantas causas de tenencia de menores de edad ha sido resueltos en los periodos anteriormente indicados, ya que necesito obtener dicha información para la realización de mi trabajo de Investigación (Tesis), para mi obtención de título de Abogado.

Notificaciones que me correspondan las recibiré en mi correo electrónico wbarragan1122@outlook.com y mi celular es 0992593696.

Atte.

Washington Fabian Barragán Quinchuela

Solicitante



Sr.

Dr. Fernando Ulloa Morejón

DIRECTOR PROVINCIAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DE BOLÍVAR

Por medio del presente gentilmente solicito por su intermedio a quien corresponda se facilite datos estadísticos de causas ingresados y resueltas de las Unidades Judiciales de lo Civil y de la Unidad Judicial de la Familia con sede en el Cantón Guaranda de los meses de enero a septiembre del 2020, por cuanto soy estudiante egresado de la Carrera de Derecho de la Universidad Estatal de Bolívar, ya que necesito obtener información de cuantas causas de tenencia de menores de edad han sido resueltas en los periodos anteriormente indicados , ya que necesito obtener dicha información para para la realización de mi trabajo de investigación (Tesis) , para la obtención de título de abogado.

Notificaciones correspondan las recibiré en mi correo electrónico wbarragan1122@outlook.com número telefónico 0992593696

Atte.,



Barragán Quinchuela Washington Fabián

Solicitante



REPORTE CAUSAS INGRESADAS Y RESUELTAS

CAUSAS INGRESADAS Y RESUELTAS POR TENENCIA DE MENORES

De los datos estadísticos proporcionado por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, se desprende que durante el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2020 a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, por tenencia de menores; ingresan 7 causas y resuelven 9 procesos (las causas resueltas incluyen procesos que ingresaron en años anteriores al 2020).

Cuadro No. 1
Movimiento de causas enero-septiembre de 2020 (por tenencia de menores)

Causas/mes	ene	feb	mar	abr	may	jun	jul	ago	sep	Total
Ingresadas	3	1	-	-	-	1	-	2	-	7
Resueltas	4	-	1	-	-	1	1	1	1	9

Fuente: SATJE
Fecha de corte: 31-12-2020

Es todo cuanto se puede proporcionar.

Atentamente,



Mayra Barragán G
Analista 2
Unidad Provincial de Estadística

Dir: Olmedo y 9 de Abril, Guaranda

Telef: 032999600 Ext: 30304

www.funcionjudicial.gob.ec

Justicia independiente, ética y transparente