



**UNIVERSIDAD
ESTATAL
DE BOLÍVAR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**



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

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

TEMA

**“ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR,
EN EL AÑO 2020”**

AUTORA

MARÍA FERNANDA VELOZ MINAYA

CARRERA

DERECHO

TUTOR

DR. TELMO ELÍAS YÁNEZ OLALLA

GUARANDA-ECUADOR

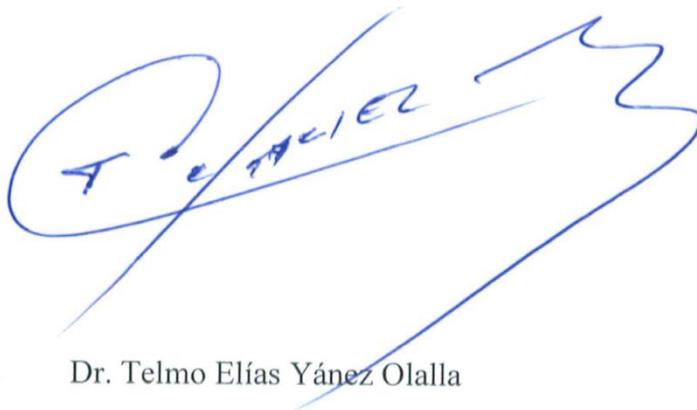
2023

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **DR. TELMO ELÍAS YÁNEZ OLALLA**, en calidad de Tutor del Proyecto de Investigación, designado por disposición de Consejo Directivo, bajo juramento **CERTIFICO:** que la señorita **MARÍA FERNANDA VELOZ MINAYA**, egresada 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 Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, con el tema: **“ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR, EN EL 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,



Dr. Telmo Elías Yáñez Olalla

TUTOR

ESCRITURA PÚBLICA – DECLARACIÓN JURAMENTADA**DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA**

Yo, **MARÍA FERNANDA VELOZ MINAYA**, egresada de la Escuela 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 DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR, EN EL AÑO 2020”**; es de mi autoría, así como las expresiones vertidas en la misma, que se ha realizado bajo recopilación bibliográfica tanto de libros, revistas, publicaciones, así como de artículos de la legislación ecuatoriana para el presente trabajo investigativo.

Atentamente,




María Fernanda Veloz Minaya

AUTORA



Dr. Telmo Elías Yáñez Olalla
 NOTARIO SEGUNDO CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR

ESCRITURA NÚMERO: 20230205002P00087

DECLARACION JURAMENTADA

QUE OTORGA: MARIA FERNANDA VELOZ MINAYA

CUANTIA: INDETERMINADA

DI: (2) COPIAS

En San Miguel de Bolívar, en la República del Ecuador, hoy día martes treinta y uno de enero del año dos mil veintitrés. Ante mí **DOCTOR TELMO ELÍAS YÁNEZ OLALLA, NOTARIO SEGUNDO DE ESTE CANTÓN**, comparece con plena capacidad, libertad y conocimiento, la señora MARIA FERNANDA VELOZ MINAYA, de estado civil en unión de hecho, de ocupación estudiante, correo electrónico: velozmafer9@gmail.com, teléfono celular número: cero nueve nueve cuatro seis cinco cero tres seis cinco. La compareciente declara ser de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, domiciliada en la parroquia La Magdalena, cantón Chimbo, provincia de Bolívar, encontrándose de transito por esta ciudad, legalmente capaz para contratar y obligarse, a quien de conocerla doy fe, en virtud de haberme presentado sus respectivos documentos de identidad. Advertida la compareciente por mí el Notario de los efectos y resultados de esta escritura así como examinada que fue de que comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, juramentada en debida forma, prevenida de la gravedad del juramento, de las penas del perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, me pide que eleve a escritura pública la declaración juramentada contenida en los siguientes términos: Previo a la obtención del Título de "ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR", que los criterios, ideas y propuestas emitidas en el presente proyecto de investigación, con el tema "ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR, EN EL AÑO 2020", son de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor. Declaración que la realizo para los fines legales pertinentes.- HASTA AQUI la declaración juramentada, que la compareciente acepta en todas y cada una de sus partes. Para la celebración de la presente escritura se observaron los preceptos y requisitos previstos en la Ley Notarial; y, leída que le fue a la compareciente por mí el Notario, se ratifica y firma conmigo en unidad de acto quedando incorporado en el protocolo de esta Notaría, de todo cuanto doy fe.-

Maria Fernanda Veloz
 MARIA FERNANDA VELOZ MINAYA
 C.C. 0202123634



DOCTOR TELMO ELIAS YANEZ OLALLA
NOTARIO SEGUNDO DEL CANTON SAN MIGUEL DE BOLIVAR

DR. TELMO ELÍAS YÁNEZ OLALLA
 Notaría Segunda
SAN MIGUEL DE BOLÍVAR



REPORTE DE SIMILITUD DE URKUND

URKUND

Documento: [URKUND - Maria Fernanda Veloz Olalla.docx](#) (ID:57525256)

Presentado: 2022-01-31 21:24 (05:08)

Presentado por: maveloz@realites.umb.edu.ec

Recibido: tyanez_elo@urkund.com

Mensaje: [Verificar el mensaje completo](#)

6% de estos 31 párrafos, se componen de texto presente en 13 fuentes.

Lista de Fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR (D11367647)
	Universidad Técnica Particular de Loja (D125897724)
	Universidad Regional Autónoma de los Andes (D94993305)
	UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL (D130475164)
	Universidad Regional Autónoma de los Andes (D136019409)
	UNIVERSIDAD DE COTACALLI (D144009928)
	https://repositorio.umb.edu.ec/bitstream/handle/23080/14613/1/14613.pdf?sequence=1&isAllowed=y
	https://repositorio.umb.edu.ec/bitstream/handle/23080/14613/1/14613.pdf?sequence=1&isAllowed=y

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS

Trabajo de Integración Curricular previo a la obtención del Título de Abogada

TEMA "ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLIVAR, EN EL AÑO 2020"

AUTORA MARIA

FERNANDA VELOZ MORAÑA

CARRERA DERECHO

TUTOR DR. TELMO ELÍAS YÁNEZ OLALLA

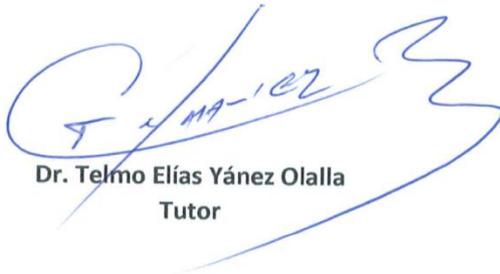
NOVIEMBRE 2022 GUARANDA ECUADOR

CERTIFICACIÓN DE AUTORIA

Yo, DR. TELMO ELÍAS YÁNEZ OLALLA, CERTIFICO que la Srta. MARIA FERNANDA VELOZ MORAÑA, "ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLIVAR, EN EL AÑO 2020"

Asentamiento,

Dr. Telmo Elías Yánez Olalla TUTOR



Dr. Telmo Elías Yánez Olalla
Tutor

DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación dedico principalmente a DIOS por darme siempre la sabiduría, el conocimiento y el valor para poder cumplir una de mis metas, luego a mi amada hija Aytana por ser el pilar fundamental en mi vida, mi inspiración para acabar este trabajo, por ser ese ángel que siempre me da las fuerzas necesarias para seguir adelante, a mis padres Rómulo y Flor por darme siempre su apoyo y amor incondicional ya que gracias a ellos y los valores que me inculcaron soy la persona que soy, a mi esposo y compañero de vida Julio por motivarme siempre a seguir adelante, estar a mi lado siempre en los buenos y malos momentos y por brindarme su amor y apoyo absoluto en mis decisiones y confiar en mí siempre.

María Fernanda Veloz Minaya

AGRADECIMIENTO

Agradezco a DIOS, a la virgen del Guayco y María Magdalena por siempre darme la fortaleza y valor para continuar con mis estudios, por guiarme y protegerme en cada paso de mi vida estudiantil y personal.

A mi querida Universidad Estatal de Bolívar por abrirme sus puertas durante años y especialmente a la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas y a todos sus docentes, quienes me impartieron conocimientos para llegar al fin de mi carrera y poder alcanzar tan anhelada meta.

A mis padres por su sacrificio y su apoyo incondicional siempre, sin ustedes no habría logrado culminar mi carrera universitaria gracias por haberme dado la oportunidad de continuar con mis estudios, a mi amada hija porque a su corta edad siempre me brinda su amor y alegría todos los días, a mi esposo por reconfortarme en mis días grises, y estar a mi lado cuando más lo necesito brindándome su apoyo y amor absoluto, a mis hermanos Melisa, Romina, Roque por su cariño y su amor permanente, de manera especial a mi hermana Melisa quien cuando tuve días difíciles por el poco tiempo libre en mis estudios me ayudo siendo una segunda madre para mi hija.

Finalmente, agradezco de manera especial a mi tutor Dr. Telmo Elías Yáñez Olalla, quien con paciencia y sabiduría me guio en el trabajo de titulación para realizarlo de manera correcta y culminarlo con éxito.

De corazón muchas gracias a todos ustedes que me apoyaron para finalizar con éxito este proyecto.

María Fernanda Veloz Minaya

ÍNDICE DE CONTENIDO

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA.....	I
ESCRITURA PÚBLICA – DECLARACIÓN JURAMENTADA	II
REPORTE DE SIMILITUD DE URKUND	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
ÍNDICE DE CONTENIDO	VII
ÍNDICE DE GRÁFICOS	XI
TÍTULO	XII
RESUMEN	XIII
ABSTRACT.....	XIV
GLOSARIO DE TÉRMINOS	XV
INTRODUCCIÓN.....	XVI
CAPÍTULO I	1
PROBLEMA.....	1
1.1 Planteamiento del Problema	1
1.2 Formulación del Problema	2
1.3 Hipótesis.....	2
1.4 Variables	2
<i>1.4.1 Variable independiente</i>	<i>2</i>
<i>1.4.2 Variable dependiente</i>	<i>2</i>
<i>1.4.3 Operacionalización de las variables</i>	<i>3</i>
1.5 Objetivos de la Investigación.....	5
<i>1.5.1 Objetivo General</i>	<i>5</i>
<i>1.5.2 Objetivos Específicos</i>	<i>5</i>
1.6 Justificación	6

CAPÍTULO II.....	7
MARCO TEÓRICO	7
2.1 Antecedentes	7
2.2 Fundamentación Teórica.....	9
<i>2.2.1 La Familia.....</i>	<i>9</i>
<i>2.2.2 La Desintegración Familiar.....</i>	<i>11</i>
<i>2.2.3 La Corresponsabilidad de los Progenitores con sus Hijos</i>	<i>13</i>
<i>2.2.4 El Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes</i>	<i>14</i>
<i>2.2.5 La Figura Jurídica de la Patria Potestad</i>	<i>17</i>
<i>2.2.6 La Figura Jurídica de la Tenencia</i>	<i>19</i>
<i>2.2.7 Sentencia Corte Constitucional 28-15-IN/21.....</i>	<i>21</i>
<i>2.2.8 La Figura Jurídica de la Tenencia Compartida</i>	<i>24</i>
CAPÍTULO III.....	27
DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO.....	27
3.1 Ámbito de estudio.....	27
3.2 Tipo de investigación.....	27
<i>3.2.1 Método Cuantitativo</i>	<i>27</i>
<i>3.2.2 Método Cualitativo</i>	<i>27</i>
<i>3.3.1 Investigación Descriptiva</i>	<i>28</i>
<i>3.3.2 Investigación Correlacional.....</i>	<i>28</i>
3.4 Método de investigación	28
<i>3.4.1 Método Científico.....</i>	<i>28</i>
<i>3.4.2 Método Dogmático Jurídico.....</i>	<i>28</i>
<i>3.4.3 Método Documental</i>	<i>28</i>
3.5 Tipos de Investigación.....	29
<i>3.5.1 Investigación Histórica</i>	<i>29</i>
<i>3.5.2 Investigación Explicativa</i>	<i>29</i>

3.6.1 Encuesta	29
3.6.2 Hoja de Encuesta	29
3.7 Población y Muestra	30
3.7.1 Localización Geográfica del Estudio	30
3.8 Procedimiento de recolección de datos	31
3.9 Técnicas de procesamiento, análisis e interpretación de datos	31
CAPÍTULO IV	32
RESULTADOS	32
4.1 Presentación y Análisis de Resultados	32
4.2 Discusión de Resultados	52
4.3 Beneficiarios	53
4.3.1 Beneficiarios Directos	53
4.3.2 Beneficiarios Indirectos	53
4.4 Impacto de la Investigación	53
4.5 Transferencia de Resultados	53
CAPÍTULO V	54
CONCLUSIONES	54
RECOMENDACIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	57
ANEXOS	59
Anexo 1 – Formulario de Encuestas	59
Anexo 2 – Procesamiento de Datos (SPSS)	62
Anexo 3 – Fotografías (Evidencias de Encuestas)	63

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. La Desintegración Familiar y Consecuencias.....	32
Tabla 2. La Tenencia Unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia.....	34
Tabla 3. La Corresponsabilidad Paternal.....	36
Tabla 4. La Regulación de Visitas para el Padre o la Madres que no obtuvo la Tenencia de los Menores.....	38
Tabla 5. El Actual Paradigma del Sistema de Justicia y el Alcance del Interés Superior del Niño.....	40
Tabla 6. Inserción de la Figura Jurídica de la Tenencia Compartida en la Legislación Ecuatoriana.....	42
Tabla 7. La Tenencia Compartida y la Fijación Alimenticia de manera Proporcional para ambos Progenitores.....	44
Tabla 8. La Tenencia Compartida durante Tiempos Fijos de forma Alternada para cada Progenitor.....	46
Tabla 9. Reforma al artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia.....	48
Tabla 10. Grado de Atención a la Problemática por parte de los Legisladores.....	50

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Ilustración 1. La Desintegración Familiar y Consecuencias.....	32
Ilustración 2. La Tenencia Unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia	34
Ilustración 3. La Corresponsabilidad Paternal	36
Ilustración 4. La regulación de Visitas para el Padre o la Madre que no obtuvo la Tenencia del Menor.....	38
Ilustración 5. El Actual Paradigma del Sistema de Justicia y el Alcance del Interés Superior del Niño.....	40
Ilustración 6. Inserción de la Figura Jurídica de la Tenencia Compartida en la Legislación Ecuatoriana	42
Ilustración 7. La Tenencia Compartida y la fijación de Pensión Alimenticia de manera Proporcional para ambos Progenitores	44
Ilustración 8. Tipos Penales – La tenencia Compartida durante Tiempos Fijos de forma Alternada para cada Progenitor.....	46
Ilustración 9. Reforma al artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia.....	48
Ilustración 10. Grado de Atención a la Problemática por parte de los Legisladores	50

TÍTULO

**“ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE
BOLÍVAR, EN EL AÑO 2020”**

RESUMEN

La presente investigación se enfocó en analizar jurídica y doctrinariamente la figura de la tenencia contemplada en el artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a fin de poder establecer si existe la posibilidad de incorporar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura de la “tenencia compartida” como un mecanismo idóneo que permitiría precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El problema de la investigación radica en que, en la legislación ecuatoriana solo se contempla la figura de la tenencia unilateral, y esto da lugar a que se genere una gran disputa entre el padre y la madre en la obtención de la tenencia de su hijo, sin dar la posibilidad a que mediante la vía legal el juzgador pueda otorgar a ambos progenitores una tenencia compartida, esto a fin de precautelar el derecho del menor de edad para que pueda convivir con su madre y su padre en periodos de tiempo alternados.

Para desarrollar la presente investigación se aplicó el tipo de investigación mixta (cualitativa y cuantitativa); es decir se analizó el problema fenomenológico en base al criterio emitido por diversos profesionales del derecho y posterior aquello llegó a medir y cuantificar la relación existente entre las variables independiente y dependiente; además de aquello se aplicaron los métodos científico, dogmático, documental; a su vez también fue utilizada la técnica de la encuesta y el instrumento de hoja de encuesta que fue aplicado a 20 profesionales del derecho expertos en materia civil pertenecientes al Cantón San Miguel de Bolívar, con lo cual se pudo corroborar que es necesario en el Ecuador adoptar en el ordenamiento jurídico la figura jurídica de la tenencia compartida a fin de proteger y promover una cercana relación de los progenitores para con sus hijos.

Respecto a los resultados esperados, se debe mencionar que estos fueron positivos, debido a que, a través de la investigación se logró evidenciar una realidad latente en la legislación ecuatoriana que atenta sobre el interés superior, pues la separación de los padres genera conflictos que afectan a todo el entorno familiar, sobre todo cuando en el ámbito legal se genera la disputa de los progenitores por la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, lo cual puede ser solventado si se llegará a incorporar en la normativa legal vigente la figura de la tenencia compartida.

Palabras Clave: familia, divorcio, interés superior, tenencia, tenencia compartida.

ABSTRACT

The present investigation focused on the legal and doctrinal analysis of the figure of possession contemplated in article 118 of the Organic Code of Childhood and Adolescence, in order to be able to establish if there is the possibility of incorporating in the Ecuadorian legal system the figure of " shared ownership" as an ideal mechanism that would protect the best interests of children and adolescents.

The problem of the investigation lies in the legal field, since the figure of unilateral custody gives rise to a great dispute between the parents, where there is clearly a preference towards the mother since the norm refers to the fact that the parental authority of those who have not reached the age of twelve will always be entrusted to the mother, that is, there is no equality of rights.

For the development of this research, the type of mixed research was applied, that is, it was necessary to apply a type of qualitative and quantitative research, since the social phenomena were analyzed and later those were measured and quantified in order to establish the relationship between the variables; In addition to that, scientific, dogmatic, documentary methods were applied; In turn, the survey technique and the survey sheet instrument were also used, which was applied to 20 legal professionals who were experts in civil matters belonging to the Canton of San Miguel, Province of Bolívar, with which it was possible to corroborate that it is necessary in Ecuador adopts in the legal system the legal concept of shared ownership.

Regarding the expected results, it should be mentioned that these were positive, because, through the investigation, it was possible to demonstrate a latent reality in the Ecuadorian legislation that threatens the best interests, since the separation of the parents generates conflicts that affect to the entire family environment, especially when in the legal field the parents dispute over the possession of the children and adolescents, which can be solved if the figure of the shared ownership.

Keywords: family, divorce, best interests, tenure, shared tenure.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. – “La responsabilidad compartida en igualdad de condiciones entre madre y padre con hijos en común constituye una necesidad” (Castillo, Machado, Tixi, & Ayala, 2020, pág. 35).

DESINTEGRACIÓN FAMILIAR. – “es un problema que no solo cambia el comportamiento de la familia sino también de toda la sociedad, ya que cuando una familia se desintegra se pierde la armonía familiar (...)” (Castillo S. , 2018, pág. 11).

DIVORCIO. – “Acción y efecto de divorciar o divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio (...)” (Ossorio, 1995, pág. 339).

FAMILIA. – “(...) la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados” (Cabanellas, 1993, pág. 135).

INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. – “(...) es el eje diamantino con el que se fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales (...)” (López, 2015, pág. 52).

PATRIA POTESTAD. – “se traduce fundamentalmente en el deber de los padres de velar por el cuidado personal de los hijos, de su crianza, educación y establecimiento” (Rodríguez, 2010, pág. 56).

TENENCIA. – “(...) la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia (...)” (Llanos, 2017, pág. 192).

TENENCIA COMPARTIDA. – “(...) atiende al interés del menor de convivir con ambos progenitores, siempre que las circunstancias particulares lo permitan, es una tendencia imparable” (Espín, 2019, pág. 67).

TENENCIA UNILATERAL. – Es aquella que responde exclusivamente “a favor de uno de los padres” (Barcia, 2018, pág. 22).

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge a fin de analizar concretamente la tenencia de los hijos y la contienda legal entre los progenitores que debe ser resuelto en las diferentes Unidades Judiciales, lo cual es consecuencia de no haber llegado a un mutuo acuerdo, es por ello que se estudia la figura de la tenencia compartida como un mecanismo que permitiría precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Es menester indicar que, desde la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008, el Ecuador es reconocido como un Estado constitucional de derechos y justicia, esto ha dado lugar a que se priorice los derechos otorgados al ser humano, y más aún cuando se tratan de derechos relacionados al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, pues la familia constituye el núcleo central de la sociedad. La desintegración familiar en los últimos años ha ido aumentando, de tal manera que la separación de los progenitores por lo general terminan mal y esto ha dado lugar a que sean los juzgadores de las diferentes Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia quienes resuelvan el conflicto respecto a la tenencia de los menores, resaltando que en la legislación ecuatoriana la tenencia solo puede ser otorgado a uno solo de los progenitores, es por ello que ha sido necesario estudiar el orden constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal respecto a la tenencia compartida como una posible solución a tal problemática ya que de esta manera se precautelaría el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Es necesario resaltar que la investigación tiene por objetivo general: Analizar la figura legal de la tenencia compartida para precautelar el Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en la Legislación Ecuatoriana, lo cual tiene relación directa con las variables, siendo la variable independiente la tenencia compartida, y como variable dependiente la norma jurídica como base para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, cabe aclarar que, como objetivos específicos de la investigación planteada tenemos: 1) Argumentar de forma jurídica y doctrinaria el tratamiento que la Legislación Ecuatoriana da a la figura de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes contemplada en el artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; 2) Determinar si la figura de la tenencia unilateral se alinea al principio de Interés superior

de los niños, niñas y adolescentes; y 3) Identificar si existe la necesidad de reconocer en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano la figura de la tenencia compartida.

Se debe mencionar que, para el desarrollo de este Proyecto de Investigación, se han utilizado varios tipos, métodos y técnicas de investigación que han permitido un correcto desarrollo del mismo.

Cabe mencionar que este Proyecto de Investigación se encuentra estructurado por cuatro capítulos repartidos de la siguiente manera:

Capítulo I, contiene el Problema de la investigación, esto es las consecuencias generadas tras la separación de los progenitores y buscar obtener la tenencia de sus hijos mediante un proceso legal.

Capítulo II, contiene el Marco Teórico, se habla sobre la Familia y su reconocimiento como núcleo central de la sociedad, la corresponsabilidad de los progenitores para con sus hijos, el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, la disputa de la tenencia de los hijos, y la tenencia compartida como un mecanismo idóneo que permitiría precautelar el principio de Interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Capítulo III, contiene la descripción del trabajo investigativo realizado; en el cual constan los métodos de investigación, tipos de investigación y técnicas e instrumentos de investigación que han sido utilizados para el desarrollo adecuado de la investigación planteada.

Capítulo IV, contiene los resultados obtenidos de la investigación a través de las encuestas formuladas a profesionales del derecho expertos en derecho civil y derecho de familia pertenecientes al cantón San Miguel, Provincia de Bolívar.

Finalmente, el Capítulo V, contiene las conclusiones y recomendaciones respectivas en relación a la investigación sobre la tenencia compartida.

CAPÍTULO I

PROBLEMA

1.1 Planteamiento del Problema

Es oportuno indicar que la normativa legal vigente en la legislación ecuatoriana hace referencia únicamente a la tenencia de forma unilateral, sin embargo, debido a la nueva praxis jurídica y la evolución constante del derecho es momento de que los legisladores comiencen a debatir sobre la figura de la tenencia compartida, pues esta se muestra como una herramienta que permitiría solventar los conflictos generados entre los progenitores tras la disputa de la tenencia sobre sus hijos. Es así que la problemática de la presente investigación radica en la necesidad de implementar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura de la tenencia compartida la misma que ya ha sido introducida en otras legislaciones del mundo y ha generado resultados positivos.

La disputa de la tenencia de los hijos, luego de la terminación de la relación entre padres, genera graves consecuencias, ya que los niños, niñas y adolescentes no pueden compartir en igualdad de condiciones con el padre y la madre, es decir se produce una afectación directa contra el principio de interés superior del niño, cuando lo que realmente se pretende en un Estado constitucional de derechos y justicia es que exista un correcto desarrollo integral de los menores.

El obtener la tenencia para uno de los progenitores tras un proceso legal representa una victoria, siendo los niños considerados como un trofeo, y por ello es que las disposiciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia deben ser más concordantes en atención del principio de interés superior del niño contemplado en la carta suprema de la legislación ecuatoriana.

Por otro lado, cabe señalar que los administradores de justicia, no atienden adecuadamente el interés superior que tienen los niños, niñas y adolescentes ya que se emiten resoluciones con un limitado derecho de visitas al progenitor que no obtuvo la tenencia, vulnerando de esta manera el derecho del niño, niñas y adolescentes de compartir mucho más tiempo con tal progenitor, consecuencia de aquello existen casos donde se han generado graves problemas emocionales a los niños (as) y adolescentes.

1.2 Formulación del Problema

¿La no tipificación de la figura de la tenencia compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, genera la afectación del principio de interés superior del cual gozan los niños, niñas y adolescentes?

1.3 Hipótesis

La tenencia compartida se muestra como una figura jurídica idónea que permite precautelar el interés superior del menor, es decir cumple con su finalidad que es el garantizar bienestar de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

1.4 Variables

1.4.1 Variable independiente

La Tenencia Compartida.

1.4.2 Variable dependiente

La Norma Jurídica.

1.4.3 Operacionalización de las variables

VARIABLE INDEPENDIENTE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADOR	INSTRUMENTO	POBLACIÓN
Tenencia Compartida	Situación legal mediante la cual ambos progenitores ejercen la tenencia legal de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones.	Mecanismo Idóneo.	La familia. Desintegración Familiar. Tenencia.	Fichas bibliográficas. Textos. Artículos Científicos. Leyes. Técnicas de Investigación de Encuesta.	Abogados en Libre Ejercicio del Cantón San Miguel, provincia de Bolívar.

Fuente: María Fernanda Veloz Minaya.

VARIABLE DERENDIENTE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADOR	INSTRUMENTO	POBLACIÓN
Norma Jurídica (Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes)	Garantía otorgada a los menores, enfocado en garantizar el desarrollo integral y la vida digna.	Taxatividad de la Norma.	Conceptualización. Dimensión de lo que representa. Corresponsabilidad Parental.	Fichas bibliográficas. Textos. Artículos Científicos. Leyes. Técnicas de Investigación de Encuesta.	Abogados en Libre Ejercicio del Cantón San Miguel, Provincia de Bolívar.

Fuente: María Fernanda Veloz Minaya.

1.5 Objetivos de la Investigación

1.5.1 Objetivo General

- Analizar la figura legal de la tenencia compartida para precautelar el Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en la Legislación Ecuatoriana.

1.5.2 Objetivos Específicos

- Argumentar jurídica y doctrinariamente respecto al tratamiento que se le da a la figura jurídica de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes contemplada en el artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.
- Determinar si la figura de la tenencia unilateral se alinea al principio de Interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
- Identificar si existe la necesidad de insertar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura jurídica de la tenencia compartida.

1.6 Justificación

Actualmente existen varios estudios en relación a la tenencia compartida, pero poco o casi nada han hecho los legisladores para insertar en el ordenamiento jurídico tal figura antes mencionada, es decir existe un desinterés por precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Partiendo de la idea de que en la legislación ecuatoriana se ha priorizado los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cual se encuentra respaldado por las disposiciones contenidas en la carta suprema, es menester que la sociedad ecuatoriana ponga mayor énfasis sobre lo que representa la figura jurídica de la tenencia compartida, pues lo que lo que pretende es extender los derechos del menor de edad para que los progenitores puedan disfrutar de sus hijos en igualdad de condiciones, de derechos y de deberes a su vez, por esta razón es de suma importancia realizar el presente trabajo de investigación curricular.

Cabe señalar que la investigación cuenta con el criterio de profesionales del derecho expertos en materia civil, los cuales han brindado un soporte a los objetivos planteados, de tal manera que el trabajo de investigación curricular ha sido posible llevarlo a cabo. La motivación para estudiar la figura de la tenencia compartida surge de la idea de brindar una mayor protección a los niños, niñas y adolescentes.

Es así que el presente trabajo investigativo titulado: “ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA PARA PRECAUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN EL CANTÓN SAN MIGUEL DE BOLÍVAR, EN EL AÑO 2020”, queda justificado toda vez que servirá como fuente de consulta en el campo académico para que las personas interesadas en la temática puedan conocer ampliamente de lo que trata la figura jurídica de la tenencia compartida.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito nacional e internacional han sido parte de un estudio minucioso, lo cual se ve reflejado en los grandes avances que se han suscitado en la sociedad moderna, sobre todo en la legislación ecuatoriana por ser considerado un Estado constitucional de derechos y justicia, en donde a través de la carta suprema se ha priorizado a los menores de edad por medio de la aplicación estricta del principio de interés superior siempre y cuando se traten asuntos relacionados a los niños, niñas y adolescentes.

A lo largo de los años el derecho ha venido evolucionando constantemente de acuerdo a las necesidades de la sociedad, sobre todo en materia de familia, de tal manera que hoy en día representa uno de los mayores logros evolutivos con relación a los derechos y deberes de los progenitores para con sus hijos, pues el Estado se ha preocupado por proteger a los más vulnerables, es decir a los niños, niñas y adolescentes a través del principio de interés superior cuya función principal se encuadra en brindarles a los menores de edad un correcto desarrollo integral.

Para analizar el tema de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, es importante hacer referencia a la familia, pues esta se constituye como el núcleo central de la sociedad, lo que ha generado el surgimiento y establecimiento de derechos y obligaciones para cada uno de sus integrantes. Debido a varios factores muchas veces las familias sufren de lo que se denomina como desintegración familiar, y esto da lugar a que se hable sobre la tenencia de los menores de edad, lo cual es resuelto mediante vía legal cuando no existe un acuerdo de voluntades entre los progenitores, así lo estipula la normativa legal vigente de la legislación ecuatoriana.

Es menester indicar que, en el Ecuador la normativa que regula la figura de la tenencia es el Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente en el artículo 118 de la mencionada norma legal se hace referencia a su procedencia, lo cual está íntimamente relacionado a las reglas constantes en el artículo 106 que se refiere aquellas pautas que se deben cumplir para el ejercicio de la patria potestad, siendo términos jurídicos parecidos, pero de significado distinto.

El tema de la tenencia de los hijos trae mucha incertidumbre a las personas, pues la separación de los padres ocasiona una contienda legal por la tenencia de los hijos para determinar con cuál de los progenitores debe quedarse el niño, niña o adolescente. Cabe señalar que la tenencia de los hijos no necesariamente debe otorgársela a la mamá, pues a pesar que la ley hace una recomendación parcializada a que la madre obtenga la tenencia, puede darse el caso de que los progenitores lleguen a un mutuo acuerdo para que la tenencia sea otorgada al padre, sin embargo, de aquello, en la mayoría de casos tras la ruptura o separación de los progenitores se genera un conflicto de intereses donde se ven afectados los derechos de los menores.

Lo dicho hasta aquí supone que, en materia de menores de edad, la institución de la tenencia y la patria potestad van ligadas siempre una con la otra, sin embargo, se debe puntualizar que no son iguales, pues la patria potestad es la representación legal y por ley la representación legal le corresponde tanto al padre como a la madre, mientras que la tenencia involucra el cuidado y protección del menor, que de acuerdo a la normativa legal vigente en el Ecuador esta es otorgada a solo uno de los progenitores.

Así mismo es importante mencionar que, en todo proceso judicial donde se abarque circunstancias relacionadas a los menores de edad, el juzgador está obligado a velar por el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Todo esto parece confirmar, que el tema de la tenencia en la legislación ecuatoriana es algo complejo por el hecho de tratarse derechos y obligaciones de los progenitores, así como también por tratarse de derechos que más favorezcan a los niños, niñas y adolescentes.

Conviene resaltar que, dentro de la causa Nro. 28-15-IN, la Corte Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que hacían referencia respecto aquella preferencia materna al momento de confiar la tenencia de niñas, niños y adolescentes, pues dichos enunciados eran contrarios al principio de interés superior del menor de edad, al derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental.

En base a estos antecedentes enunciados en párrafos anteriores, se ha generado la necesidad de que en el Ecuador se deba implementar la figura jurídica de la tenencia compartida a fin de solucionar conflictos generados dentro de los casos de divorcio o separación, pues los procesos legales que se encuentran siendo ventilados en las diferentes Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia se han

convertido en una larga y constante problemática que es consecuencia por la contienda legal entre los progenitores, afectando de esta manera el principio de interés superior del menor de edad por no darle ese valor que corresponde a los derechos de los niños, niñas y adolescentes para que sean protegidos por ambos progenitores en igualdad de condiciones.

2.2 Fundamentación Teórica

2.2.1 La Familia

La familia debe ser entendida como una parte o extracto de lo que se conoce como sociedad, es por ello que se constituye como un elemento natural, universal y fundamental, es decir que cada familia representa porciones pequeñas de sociedades que agrupadas conforman la gran sociedad. En otras palabras, la familia es un elemento que se crea o surge por naturaleza, de tal manera que, por el hecho de existir seres humanos, estos pueden y están en la libertad de formar una familia como una decisión propia sin ningún tipo de obligación.

Es menester mencionar que, la familia es fuente de cariño y sustento material y emocional para todos sus miembros, sobre todo para los hijos, es por ello el Estado a puesto énfasis en la protección de sus derechos, pues el artículo 67 de la carta suprema de la legislación ecuatoriana establece lo siguiente:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 31).

De tal enunciado establecido en la carta suprema, se desprende que la familia simboliza el núcleo central de la sociedad, y a su vez es la promotora directa del correcto desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, pues es necesario de la atención y cuidado de la madre como del padre para que los menores crezcan en un ambiente sano y propicio.

Así mismo es importante resaltar que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16 numeral 3 hace referencia a la familia y establece que esta

constituye el elemento fundamental de la sociedad en general, es por ello que el Estado se encuentra en la obligación de brindar una protección adecuada a la familia y a sus integrantes (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

De acuerdo a la obra titulada “Derecho de Familia: Evolución y Actualidad en Ecuador”, se establece que “La palabra familia reseña una diversidad de aspectos de orden histórico, social, político y jurídico, que dan cuenta como a través del tiempo dicha institución ha evolucionado” (Torres & Puchaicela, 2019, pág. 11). De tal criterio emitido respecto a la familia, se desprende que su significado es bastante amplio, sin embargo el concepto global tomando en consideración aspectos sociales y jurídicos comprende que la familia está conformada por un conjunto de personas que habitan en un lugar determinado, y que por lo general está compuesto por los padres y sus hijos, resaltando que también puede estar constituido por más miembros como los abuelos, tíos, entre otros; pero en esencia de tal conformación se desprenden varios derechos y obligaciones para cada uno de sus integrantes.

De acuerdo al artículo titulado “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, se establece que el término “familia” denota una amplitud de aspectos a estudiarse pues esta “implica aspectos biológicos, sociales y jurídicos” (Valdivia, 2008, pág. 16). Desde esta perspectiva se analiza que la familia no solo comprende aquella unión por vínculos consanguíneos, sino también por vínculos de afinidad, esto respecto a aspectos biológicos, ahora respecto a aspectos sociales se refiere a como se muestra la familia ante la sociedad, donde se vislumbra los valores inculcados a los descendientes, y finalmente desde el aspecto jurídico tendría que evaluarse la institución jurídica del matrimonio y la unión de hecho o unión libre que da lugar a que se analicen situaciones puntuales respecto a los niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo al artículo titulado “La familia: Desde lo tradicional a lo discutible”, se menciona que “La realidad llamada familia se proyecta en todos los órdenes de la vida humana, razón por la cual es considerada desde todas las ópticas especializadas” (Benítez, 2017, pág. 60). Lo dicho hasta aquí supone que, la familia desde cualquier óptica representa la unidad básica de la sociedad, y esto se debe a que la familia constituye en sí misma la esencia y la existencia de lo que se conoce como sociedad.

De todo lo enunciado en párrafos anteriores, se concluye que la familia es un recipiente de herencia cultural que interioriza normas, usos, costumbres y valores éticos,

morales y sociales que van transmitiéndose de generación en generación hacia sus descendientes. Cabe señalar que la familia cumple funciones con la sociedad y también como familia en sí misma, ligados o relacionados con factores sociales, económicos y educativos.

2.2.2 La Desintegración Familiar

La desintegración familiar es visualizada como una de las mayores contrariedades y complicaciones que existen en la actualidad dentro de países latinoamericanos, sobre todo en el Ecuador, pues se presenta como un problema social que desencadena la aparición de otros problemas que afectan el desarrollo normal de la familia y de la sociedad.

Últimamente en la legislación ecuatoriana se habla mucho sobre la desintegración familiar producto del divorcio o separación de los padres, es decir es un problema que ha ido aumentando considerablemente en la sociedad moderna, producto de aquello se debe analizar la situación de los hijos, ya que no pueden quedar desamparados, pues tras la separación de los progenitores se crea una desestabilización en el núcleo familiar que afecta al desarrollo integral de los menores.

Cabe señalar que, dentro de la situación del divorcio, es indispensable que primero se resuelva la situación de los menores de edad, por lo que como primera opción se respetará lo que acuerden los padres respecto a la decisión de que con quien convivirá su hijo, caso contrario de no existir un acuerdo, es un juez imparcial quien decidirá la mejor opción para el niño, niña o adolescente.

De acuerdo a la obra titulada “Desintegración Familiar o Transición Familiar”, se establece lo siguiente:

El matrimonio ha decaído, el divorcio y la separación aumentan, se incrementan los nacimientos fuera del matrimonio y en un número creciente de hogares las mujeres son jefas de hogar. Tanto a nivel nacional como internacional estas tendencias han sido consideradas como indicadores de una “desintegración familiar” (Chant & Moreno, 2005, pág. 1).

Visualizándolo de esta manera, la desintegración familiar puede ser definida como la separación de uno o varios miembros del núcleo familiar, creando así una

desestabilización en su funcionamiento del hogar, consecuencia de aquello se crea una educación disfuncional sobre sus hijos, pues los progenitores al no lograr llegar a un acuerdo sobre la situación de los menores, provocan un ambiente familiar de tensión que redundan en la intranquilidad de los hijos. A más de aquello se debe tomar en consideración que los constantes desacuerdos en la familia, conlleva a que los progenitores tengan que acudir ante la ley para que sea un juez imparcial quien evalúe la situación de los menores, y de esta manera resolver la situación buscando la mejor opción en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

En otras palabras, la desintegración familiar representa aquella ausencia parcial, temporal o total de uno de los progenitores en el hogar que se hubiere formado. Actualmente existe un número grande de situaciones que pueden provocar la desintegración familiar, pero lo que realmente importa es el cómo los progenitores van a resolver la situación de sus hijos, pudiendo existir un acuerdo mutuo, esto en el mejor de los casos, pero por lo general no existen acuerdos ni acercamientos entre los progenitores después de su ruptura amorosa y esto da lugar a que se genere una gran controversia la cual debe ser resuelta por medio de una contienda legal en donde el juzgador competente resolverá la situación de los menores involucrados.

De acuerdo al artículo titulado “La desintegración familiar: Impacto en el desarrollo emocional de los niños”, se establece que “La ausencia de uno de los padres en el hogar cambia la esencia familiar volviéndose un ambiente inestable irritable y de desconcertación general para todos sus integrantes” (Castillo S. , 2018, pág. 11). Lo dicho hasta aquí supone que, la ruptura de la relación de los padres ya sea temporal o definitiva genera el quebrantamiento del hogar, es decir que la separación de los progenitores crea un desequilibrio en el hogar ya que este queda roto por tal decisión, es por ello que cuando una pareja se separa, se divorció o termina con su unión de hecho, esta se encuentra en la obligación de velar y responder por sus hijos, es decir de tal situación o controversia generada entre los progenitores sobre su decisión de no seguir juntos, no pueden quedar en el limbo los derechos que asisten a los niños, niñas y adolescentes, entre ellos se debe hacer referencia al derecho de alimentos, la tenencia y la regulación de visitas que propiamente están establecidas al amparo de la ley.

2.2.3 La Corresponsabilidad de los Progenitores con sus Hijos

De acuerdo a las disposiciones legales que emanan de la Constitución de la República del Ecuador y el Código Civil Ecuatoriano, el padre y la madre de forma conjunta deben velar por las obligaciones familiares y la protección de los intereses de los hijos, incluso cuando exista separación o divorcio, de tal manera que la corresponsabilidad parental debe ser entendida como la repartición equitativa de los derechos y deberes entre los padres.

De acuerdo al artículo titulado “El principio de corresponsabilidad paternal”, se establece que la corresponsabilidad de la madre como del padre es “una figura novedosa que puede transformar positivamente los tradicionales esquemas de las relaciones personales paterno-filiales en vida separada de los progenitores” (Acuña, 2013, pág. 21). Es decir que la corresponsabilidad parental representa una figura jurídica que permite la participación activa, equitativa y permanente entre los progenitores cuando por cualquier motivo estos se hayan separado logrando de esta manera proteger los intereses de los menores para un correcto desarrollo integral.

El artículo 69 de la carta suprema de la legislación ecuatoriana hace mención a la protección que brinda el Estado respecto a los derechos que han sido otorgados a los integrantes de la familia, de los cuales se puede destacar los enunciados en los numerales 1 y 5 que determinan lo siguiente:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...) 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 32).

De tales disposiciones enunciadas en el párrafo anterior, se desprende que el Estado ecuatoriano está obligado a promover la maternidad y paternidad de manera responsable, es decir tratar de que los progenitores cumplan con ese cumulo de obligaciones generadas para con sus hijos, sobre todo en los casos donde exista la desintegración familiar, puesto que se debe seguir garantizando el desarrollo integral de sus hijos.

La Convención sobre los derechos del Niño en su artículo 18 hace mención a la responsabilidad de los padres y madres respecto a la crianza de los niños, específicamente el numeral 1 del mencionado artículo establece lo siguiente:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (Convención sobre los Derechos del Niño, 2006, pág. 16).

También es importante hacer referencia a lo descrito en el artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño, pues se recuerda a los Estados, en este caso en particular, a la legislación ecuatoriana, que tiene la obligación de tomar medidas apropiadas para garantizar el reconocimiento y la responsabilidad común entre hombres y mujeres.

Lo dicho hasta aquí supone que, actualmente en el Ecuador las disposiciones contempladas en la normativa legal respecto a la corresponsabilidad de los progenitores para con sus hijos, no han sido atendidas en razón de la no existencia de la figura de la tenencia compartida, pese a que tal figura jurídica se muestra como una herramienta efectiva y útil que permitiría precautelar y brindar una mayor protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.4 El Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes

El principio de interés superior de los niños, ha despertado mucho interés en los últimos tiempos, y esto se debe a que se ha utilizado cada vez más en las resoluciones judiciales. Cabe señalar, pese a que este era un principio contenido en la Convención sobre los derechos del niño de 1989, recién en el año 2008 tras la promulgación de la Constitución viene a tomar relevancia en el campo jurídico.

De acuerdo al artículo titulado “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, se establece que “El principio del interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño” (Aguilar, 2008, pág. 223). En otras palabras, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes

es catalogado como un principio que orienta toda la actividad relacionada a los derechos que cobijan y respaldan al menor de edad, de tal manera que representa una norma de procedimiento, esto quiere decir que todos los procedimientos en el ámbito legal deben adaptarse a las necesidades específicas de los niños, niñas y adolescentes; así como también representa una pauta interpretativa, es decir que ante la posibilidad de que un enunciado pueda ser interpretado y por ende puedan derivarse distintas normas, se debe elegir siempre la que atienda o se incline hacia la protección del menor de edad.

De acuerdo al artículo titulado “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido”, el principio de interés superior está relacionado “al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir” (López, 2015, pág. 55). Es decir que, el interés superior tiene la función específica de tutelar, siendo esta la clave conceptual para entender su significado, de tal forma que lo que se pretende es cuidar a los menores. Por tales consideraciones el principio de interés superior responde aquella satisfacción plena de todos los derechos, especialmente de los contenidos en la Convención sobre los derechos del niño.

El hecho de que el interés superior del niño sea considerado como un principio, significa que, a diferencia de las reglas o las normas jurídicas concretas, tal principio tiene validez y grado de abstracción que requieren de un ejercicio para su ponderación por parte de quienes imparten justicia, es decir se cuenta con una argumentación amplia y extensiva que permite llevarlo hasta sus últimas consecuencias.

Es menester indicar que en casos donde se resuelvan derechos de los niños, niñas y adolescentes, siempre primará el principio de interés superior del menor de edad tal y cual como lo dispone el artículo 44 de la carta suprema de la legislación ecuatoriana, en donde se establece lo siguiente:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales,

afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 21)

De lo establecido en el párrafo anterior, se desprende que en el Ecuador el interés superior del niño tiene reconocimiento constitucional lo cual genera mayor exigencia a las autoridades para que en las decisiones que se tomen sobre situaciones donde estén inmersos los menores, los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben prevalecer sobre los derechos de los adultos. Cabe señalar que, el enunciado contemplado en la carta suprema respecto al interés superior del niño, tiene concordancia con lo establecido en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, en donde se establece lo siguiente:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 2).

Así mismo, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño hace alusión al principio de interés superior del niño, específicamente el numeral 1 del artículo antes mencionado establece lo siguiente:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Convención sobre los Derechos del Niño, 2006, pág. 10).

El hecho de que el principio de interés superior del niño se encuentre contenido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, da lugar a que sea catalogado como un principio de rango fundamental dejando de ser solo una expresión extensiva, sino de aplicación obligatoria cuando se traten temas relacionados al menor de edad, pues en un primer momento dicho interés superior se muestra como un principio de ponderación, pues cuando entran en conflicto dos o más derechos, toma mayor valor el derecho que asiste al niño, niña y adolescente antes que el derecho del adulto, es decir que existe prioridad sobre la aplicación del interés superior del niño por cuanto los derechos del niño llegan a desplazar otros intereses.

También es importante hacer mención que en el ámbito internacional se cuenta con la opinión consultiva 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde se desarrolla la temática respecto al interés superior del niño, considerándose tal principio como una garantía plena y de interpretación sistemática de los enunciados contenidos en la Convención sobre los derechos del niño, en donde también se llega a enfatizar que cada uno de los Estados deben garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión. Así mismo es importante mencionar que el interés superior del niño implica la adopción de medidas por parte del Estado a lo que más se ajuste en beneficio y respecto de los derechos otorgados al menor.

Lo dicho hasta aquí supone que, el interés superior del niño, niña y adolescente debe ser también entendido como un derecho sustantivo ya que en medida de su alcance puede ser exigible a los órganos jurisdiccionales, es decir en el ámbito jurisdiccional el principio de interés superior se configura como una guía o pauta que orienta toda la actividad en beneficio del niño. Sin embargo, cabe resaltar que, en el desarrollo del niño, niña o adolescente, son los progenitores quienes deben tomar diversas decisiones tanto para su alimentación, educación, vestuario, entre otros factores; es por ello que todas las decisiones que se tomen deben estar orientadas en lo que es lo mejor o se cree que es lo mejor para el niño, niña y adolescente.

De acuerdo a los criterios señalados en párrafos anteriores, se concluye que, en razón de lo que representa el principio de interés superior del niño, hoy en día es necesario que, en el Ecuador los legisladores realicen un análisis minucioso sistemático sobre la figura de la tenencia compartida, toda vez que se podría adaptar tal figura con el fin de precautelar de mejor manera el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.5 La Figura Jurídica de la Patria Potestad

Es menester indicar que, tradicionalmente la figura de la patria potestad era visualizada como un derecho de los padres, pero hoy en día la perspectiva ha cambiado, ya que se centra directamente en los derechos que han sido otorgados a los niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo al actual paradigma del sistema de justicia, la institución de la patria potestad se crea para y por los niños, niñas y adolescentes, es decir en beneficio de los menores, más no como una institución que le da un poder total al padre y a la madre para

hacer lo que consideren con sus hijos y esto se logra a raíz de los enunciados establecidos en la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales como es la Convención sobre los derechos del niño.

Sin duda alguna, de acuerdo a las expresiones vertidas en párrafos anteriores, se confirma una enorme evolución del derecho familiar en la legislación ecuatoriana, pues se le ha dado el valor que merecen los niños, niñas y adolescentes, siendo estos sujetos de derechos, y de aquello se desprende que la patria potestad es una herramienta de materialización de lo que se conoce como interés superior del niño, lo cual representa un principio fundamental el mismo que fue creado para poder lograr que se garantice el disfrute pleno y holístico de todo el catálogo de derechos que se le brinda a los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia hace referencia al significado de lo que representa el término jurídico de patria potestad y establece lo siguiente:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 25).

Lo dicho hasta aquí supone que, la patria potestad está íntimamente relacionado a la tenencia, pese aquello, son figuras completamente distintas que a menudo son confundidas debido a la creencia de que tenencia y patria potestad son sinónimos, sin embargo, eso es incorrecto, pues su significado o definición de ambas figuras no representan lo mismo ya que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos, atribuciones y deberes que tienen los padres con los hijos no emancipados, siendo esto de manera recíproca. Es decir, la patria potestad corresponde a los padres con independencia de que estén casados entre sí o no, o la existencia o no de unión de hecho o unión libre, ya que esto no afecta la corresponsabilidad entre los padres con los hijos, pues se fundamenta en la relaciones paterno – filiales.

2.2.6 La Figura Jurídica de la Tenencia

Es menester indicar que la figura jurídica de la tenencia unilateral de los menores es uno de los problemas más comunes de la materia civil en el Ecuador, siendo el mayor inconveniente que se suscita en el ámbito familiar al momento de la separación conyugal o término del vínculo matrimonial; esto significa que la persona con quien convive el menor de edad es quien ejerce la tenencia, en otras palabras, uno de los progenitores tras obtener la tenencia, es quien mantiene la convivencia diaria con sus hijos.

Según Paz, Maldonado & Guevara (2022), en el Ecuador al existir únicamente dentro de la normativa legal vigente la figura jurídica de la tenencia unilateral o monoparental como comúnmente se la conoce en otras legislaciones, esto “ocasiona que surjan una serie de vulneraciones a los niños y a los padres que no conviven con ellos, puesto que, se empieza a obstruir vínculos de comunicación afectiva, mediante la creación de perfiles negativos para los niños” (pág. 110). En otras palabras, la tenencia en el Ecuador tal y cual como la concibe el ordenamiento jurídico estaría generando una afectación directa sobre el interés superior de los niños toda vez que no pueden convivir con ambos padres en caso de existir desacuerdo por parte de los progenitores, lo cual da lugar a que sea uno solo de los progenitores el encargado del cuidado y crianza del menor.

De acuerdo al artículo titulado “La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida”, se establece que la tenencia se refiere aquella “convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo” (Aguilar, 2009, pág. 192). En otras palabras, la tenencia de los hijos en favor de la madre o el padre da lugar a que el menor de edad tenga que vivir bajo el mismo techo de uno de los progenitores, de aquello se desprenden responsabilidades que deben cumplir como padres para con sus hijos respecto a la educación, vestuario, alimentación, entre otros factores.

Parfraseando el criterio emitido por Lamonja (2005), la tenencia de los hijos representa una situación compleja por la cual un menor de edad se encuentra transitoriamente en poder de uno de sus progenitores, es decir se le otorga el derecho ya sea a la madre o al padre del menor de edad para cuidar de este en su diario vivir.

Es importante mencionar que, a la figura jurídica de la tenencia también se la conoce en otras legislaciones como custodia o cuidado de los niños, niñas y adolescentes,

es por ello que la tenencia debe ser entendido como aquella ejecución de tareas encargada a uno de los progenitores para con sus hijos en el diario vivir, esto da lugar a que se entienda que la figura de la tenencia en el Ecuador es uniparental, debido a que se otorga solo a uno de los progenitores, ya sea a la madre o al padre.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 hace referencia a la procedencia de la tenencia y se establece lo siguiente:

Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 28).

De tal enunciado se desprende que, la tenencia surge cuando existe la separación de los padres o se produce el fin del vínculo matrimonial, es decir está íntimamente relacionado a un tema controversial en donde se debe definir sobre la convivencia que mantendrá el hijo o hijos con uno de sus padres, esto en razón de que los niños, niñas y adolescentes necesitan ser protegidos en toda forma, es por ello que el juzgador es quien determina a quien confiar el encargo de la tenencia en caso de no existir un acuerdo entre los progenitores, y su decisión debe garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, es menester mencionar que en el artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia hace referencia a las modificaciones de las resoluciones de la tenencia y se establece lo siguiente:

Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 29)

De lo enunciado en el párrafo anterior, se desprende que la tenencia del menor de edad debe ser ejercida de forma responsable, esto a fin de que no existan hechos que deriven a la pérdida de la misma. Es por ello que el ejercicio de la tenencia puede ser

objeto de modificaciones, es decir que, si la tenencia en un momento fue otorgada a la madre, posterior aquello puede ser cambiada y ser otorgada al padre, o viceversa, y esto se debe a que las resoluciones en materia de niñez y adolescencia no causan ejecutoria, por tales consideraciones el juzgador en cualquier momento puede alterarlas cuando existan motivos que atenten contra el interés superior del menor.

Cabe recalcar que el asunto de la tenencia de los hijos, en primer término, se toma en consideración lo que acuerden los progenitores, luego se toma en consideración la opinión del menor de edad, obviamente esto se da en caso de que el niño o niña ya pueda expresar su opinión, de tal manera que el juzgador se encuentra en la obligación de valorar varios parámetros para confiar la tenencia del niño, niña o adolescente a uno de los progenitores. De tal enunciado se desprende que la tenencia unilateral, es decir la tenencia que es conferida por el juzgador a uno de los progenitores, sin duda alguna es incompatible a lo que refiere el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

2.2.7 Sentencia Corte Constitucional 28-15-IN/21

El Consejo de la Judicatura manifiesta en su eslogan que hace de la justicia una práctica diaria, lamentablemente en materia civil no ha sido así, al menos en el derecho de familia siempre ha existido discriminación hacía el padre de familia, por ello el pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de la sentencia Nro. 28-15-IN/21, representa un gran avance para la sociedad, aunque sea tardío, pero es muy importante en la lucha por la igualdad de derechos de los progenitores para con sus hijos respecto a la tenencia, toda vez que hoy en día es más equitativa.

En particular la tenencia a diferencia de la patria potestad, es un derecho de la madre y del padre independientemente de su estado civil, edad, sexo, situación económica, laboral, etc. En base a lo expuesto, claramente la figura jurídica de la tenencia responde a un tipo de encargo judicial que corresponde a quien ejerce la convivencia diaria con los hijos, que a falta de acuerdo entre el padre y la madre tendrá que ser asignado por el juzgador competente.

La sentencia de la Corte Constitucional 28-15-IN/21 hace referencia a la inconstitucionalidad material e inmaterial de la norma prevista en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente de los numerales 2 y 4 del artículo

antes señalado en donde se establece que estos no cumplen con los parámetros de constitucionalidad. Es menester dar a conocer lo que refieren dichos artículos:

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; (...) 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, pág. 25).

Del numeral 2 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, se declara la inconstitucionalidad referente a la frase “la patria potestad de los que no han cumplido 12 años se confiará a la madre” y del numeral 4 del artículo 106 de la misma norma legal, se declara inconstitucional la frase “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”; pues evidentemente existía una preferencia a favor de la madre en cuanto a la custodia de hijos menores de 12 años, de tal manera que a Criterio de la Corte Constitucional tales enunciados representan una inclinación que desequilibra la balanza y favorece ampliamente a la madre generando desigualdad de derechos que no debe darse entre los progenitores, pues en concordancia con lo previsto en el artículo 66 de la Constitución del Ecuador respecto a los derechos de libertad, se debe tomar en consideración el numeral 4 que hace referencia a que en el Ecuador no está permitida la discriminación por género (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 29).

Así mismo, se hace un análisis respecto al artículo 11 numeral 2 de la carta suprema de la legislación ecuatoriana, en donde se establece que “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 11). Es por ello que al hacer un control abstracto de constitucionalidad respecto a las frases antes mencionadas de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, da lugar a que las disposiciones contenidas en la carta suprema sean directamente afectadas. De esta manera, el control abstracto de constitucionalidad cumplió su finalidad, esto es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico por medio de la identificación y eliminación de las incompatibilidades que existían en la normativa legal por razones de fondo.

Dicho de otra manera, la Corte Constitucional en la sentencia 28-15-IN/21, concluyo que las disposiciones impugnadas eran discriminatorias por lo cual fueron expulsadas del ordenamiento jurídico, resultado de aquello, hoy en día ningún juez podrá aplicar tales disposiciones en un caso concreto, pues la Corte esgrimió parámetros para evaluar caso por caso. Tras plasmar dicho análisis, se debe destacar que el encargo de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes y la pelea que se genera por parte de sus progenitores forja la necesidad de crear una disposición que permita combatir estereotipos relacionados a la desigualdad de los derechos y obligaciones del progenitor.

Lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia 28-15-IN/21, es un gran avance respecto a la materia de derecho de familia, y esto va a permitir el análisis minucioso de caso por caso, lo cual eso sí resulta un poco complicado ya en la práctica. Lo dicho hasta aquí supone que, es la Asamblea Nacional quien debe considerar analizar las disposiciones emitidas en la sentencia 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, a fin de que se plantee una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, donde estén enunciadas disposiciones concordantes con lo establecido en la carta suprema.

Es importante considerar que el Código de la Niñez y Adolescencia fue publicado en el registro oficial en el año 2003, es por ello que algunos aspectos no se encuentran acordes a lo previsto en la Constitución de la República que fue promulgada en el año 2008, dando lugar a que se cambie el pragma conflictivo pasando de ser un “Estado de derecho” a un “Estado constitucional de derechos”, por ende en base al análisis constitucional de lo previsto en el artículo 436 de la carta suprema de la legislación ecuatoriana, la Corte Constitucional bajo sus atribuciones conferidas por el Estado, a través de la acción de inconstitucionalidad presentada por los acciones, pudo conocer de la situación actual respecto a la patria potestad que está ligada directamente a la temática objeto de estudio.

Finalmente cabe mencionar que, pese a existir un pronunciamiento formal por parte de la Corte Constitucional respecto a la inconstitucionalidad de frases sobre la patria potestad, se debe tomar en consideración el excesivo tiempo que ha transcurrido desde que se presentó la acción de inconstitucionalidad para resolver una problemática que ha venido desarrollándose durante varios años, esto da lugar a que se incumpla con el principio de celeridad que prevé el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.2.8 La Figura Jurídica de la Tenencia Compartida

Conviene partir mencionando que, la figura de la tenencia compartida se encuentra regulada en distintas legislaciones del mundo como España, Argentina, y México, sin embargo, también es importante puntualizar que en la legislación ecuatoriana aún no se cuenta con tal figura pese a que resulta ser un tema bastante novedoso en virtud de que va ligado al interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Es decir que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se encuentra, delimitada, delineada o descrita la figura legal conocida como tenencia compartida, lo que legalmente quiere decir que la tenencia compartida no existe pese a que los progenitores extra judicialmente podrían quedar de acuerdo en alternar la tenencia de sus hijos durante un tiempo previamente establecido.

La conflictividad que se da habitualmente entre una pareja en la mayoría de casos termina en una separación, y cuando hay hijos menores de por medio es donde se genera la problemática respecto a su tenencia que trae consigo un verdadero drama respecto a las consecuencias de tal ruptura de los progenitores que deben ser tratados en las dependencias judiciales.

Es importante mencionar que, de forma general en la sociedad latinoamericana, las personas al momento de casarse o unirse piensan que esto va durar toda la vida, siendo esto lo ideal, pero desafortunadamente no siempre sucede así, y de tal ruptura se generan problemas respecto a la tenencia de sus hijos. Por ello al tratarse un asunto tan delicado respecto a los intereses de los niños, niñas y adolescentes la tenencia compartida aparece como un mecanismo idóneo que permite que el menor de edad pueda desarrollarse en un ambiente cómodo con mejores oportunidades al resguardo de ambos progenitores de forma alternada.

Todo niño, niña y adolescente merece tener una infancia sana y feliz, sin embargo, la desintegración familiar y el conflicto que se genera entre los padres tras su separación deriva en que sea necesario discutir la tenencia de sus hijos, esto tras no llegar a un acuerdo que sea beneficioso para el menor, siendo la tenencia una figura jurídica que en la actualidad debe ser estudiada minuciosamente a fin de que el Estado pueda tomar cartas en el asunto y/o problemática para establecer cambios en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, y una solución de aquello sería la implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de la figura de la tenencia compartida.

Todo esto confirma que una pareja al separarse y al tener hijos de por medio, debe primero pensar por el bien del menor de edad en virtud de los derechos otorgados a los niños, niñas y adolescentes, de esta manera se podría evitar la judicialización del problema, siendo los mismos padres quienes en forma conjunta acuerden lo mejor para sus hijos.

De acuerdo al artículo titulado “La tenencia compartida en el Ecuador, ¿Una Necesidad?” se establece que “La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros” (Badaraco, 2018, pág. 34). En otras palabras, la tenencia de los niños, niñas y adolescentes para uno de sus progenitores, sobre todo al considerarse a la tenencia en favor de la madre antes que al padre, dio lugar a que se declare la inconstitucionalidad de tal enunciado, pues esto generaba la desigualdad de derechos entre los progenitores, sin embargo de aquello, sigue existiendo la problemática de que la tenencia es de forma unilateral, y ello es contrario al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En base a estos argumentos establecidos en párrafos anteriores, es necesario conocer el significado de lo que representa la figura de la tenencia compartida, lo cual puede ser simplificado como aquel derecho de ambos progenitores a tener la tenencia legal de los hijos en igualdad de condiciones, esto da lugar a que se produzca una tenencia de forma alternada, esto quiere decir que el niño va a vivir un tiempo con el papá, y otro tiempo en compañía de la mamá.

Según Vázquez, Narváez, Telles & Erazo (2020), determinan que:

La falta de regulación sobre la situación de los hijos menores habidos dentro del matrimonio, en el caso de la separación de sus progenitores, vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el principio del interés superior del menor; por lo que es necesario la implementación de la figura legal de la tenencia compartida en el régimen jurídico ecuatoriano. (pág. 489).

Lo dicho hasta aquí supone que, existe la necesidad de que se introduzca en la normativa legal la figura de la tenencia compartida, como un alcance de los derechos otorgados a los niños, niñas y adolescentes para que puedan compartir con ambos progenitores. Como beneficios de la tenencia compartida se desprende que el niño, niña y adolescente podrá desarrollarse de mejor manera por el hecho de poder convivir de forma equitativa con ambos padres.

De acuerdo con Catalán y otros (2007), la tenencia compartida debe ser entendida como aquella “custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos” (pág. 134). En virtud del criterio antes señalado, la tenencia compartida puede ser visualizada como la custodia que se le otorga a ambos progenitores para que de esta manera los hijos menores puedan vivir con sus padres en periodos de tiempo fijos. Cabe señalar que, la inserción de la figura de la tenencia compartida, cumpliría con los criterios del nuevo sistema de justicia respecto a la ponderación de los derechos otorgados a los niños, niñas y adolescentes.

La situación actual respecto a la tenencia unilateral de los hijos en el Ecuador, ha dado lugar a que muchos padres se encuentren abogando para que exista una tenencia compartida, acabando de esta manera con la desigualdad de derechos que afecta a los niños como a sus progenitores. En otras palabras, la realidad social que se vive en el Ecuador respecto a la tenencia de los hijos encargada a un solo progenitor, ha generado varias quejas en las que se hace alusión que solo pueden ver a sus hijos una vez a la semana durante pocas horas, pese a que se haya regulado las visitas de forma abierta, pues la madre o el padre que obtuvo la tenencia presenta pretextos para no dejar que el otro progenitor comparta con sus hijos, siendo esta una cruda realidad.

En conclusión de todo lo mencionado en párrafos anteriores, se desprende que la sociedad ecuatoriana ha evolucionado y esto también se debe a que las familias han cambiado, hoy en día el número de familias monoparentales ha incrementado considerablemente, esto ha dado lugar a que se vuelva una necesidad para la legislación ecuatoriana el acoger la figura jurídica de la tenencia compartida, considerándose como la mejor opción para proteger a los niños, niñas y adolescentes, y esto se desprende de los resultados positivos que han generado para otras legislaciones quienes han optado por incluir la tenencia o custodia compartida dentro de su jurisprudencia. Es por ello que a la tenencia compartida tiene un gran valor, pues supone un régimen deseable y normal que debería aplicarse tras una crisis matrimonial o de crisis de pareja para precautelar el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO III

DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO

3.1 **Ámbito de estudio**

Área de Conocimiento: Ciencias Sociales y Derecho.

Sub-Área del Conocimiento: Derecho.

Línea: Estado Social de Derechos, Saberes Jurídicos y Politología.

Sub-Línea: Derecho Constitucional y Derecho Civil

3.2 **Tipo de investigación**

La investigación corresponde a un tipo de investigación mixta, pues fue necesario aplicar el método cuantitativo y el método cualitativo, los cuales son detallados a continuación:

3.2.1 *Método Cuantitativo*

En la presente investigación se aplicó el método cuantitativo debido a que se concibe la realidad social de la legislación ecuatoriana respecto a la tenencia unilateral tras la separación y/o divorcio de la pareja, es así que los hechos o fenómenos sociales estudiados en relación a la figura de la tenencia compartida fueron medidos y a su vez cuantificados.

En otras palabras, se llegó a medir y establecer las relaciones causales entre las variables tanto independiente como dependiente; siendo la variable independiente “La Tenencia Compartida”, y la variable dependiente “La Norma Jurídica”, ya que de esta manera ha sido posible detallar el problema de estudio, esto es la afectación directa contra el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que en la legislación ecuatoriana no se encuentra contemplada la figura de la tenencia compartida.

3.2.2 *Método Cualitativo*

En la presente investigación se aplicó el método cualitativo ya que deviene de un enfoque fenomenológico, pues se ha podido observar hechos y fenómenos sociales que forman parte de la realidad de la sociedad ecuatoriana en relación a la situación de los hijos tras la separación y/o ruptura de sus progenitores, que mediante la vía legal, la figura de la tenencia es otorgada a solo uno de los padres, generando la desigualdad de derechos entre

los progenitores, y afectando el bienestar del menor, y esto se debe a que no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico la tenencia compartida.

3.3 Nivel de investigación

El nivel de investigación utilizado en la presente investigación es de tipo descriptiva y correlacional, los cuales son detallados a continuación:

3.3.1 Investigación Descriptiva

El nivel de investigación descriptiva ha permitido estudiar, analizar y describir la realidad de la legislación ecuatoriana, respecto a la situación de los menores de edad, al momento de la separación de sus progenitores. De tal forma que, en la investigación se describen circunstancias y aspectos relacionados a hechos, personas, derechos, y obligaciones.

3.3.2 Investigación Correlacional

El nivel de investigación correlacional ha permitido medir las variables relacionadas al presente estudio de caso como son la tenencia compartida y la norma jurídica.

3.4 Método de investigación

Los métodos utilizados en el presente proyecto de investigación son: el método científico, dogmático jurídico y documental, que a continuación se detallan:

3.4.1 Método Científico

Es un conjunto de procedimientos lógicos y sistematizados, por medio de los cuales se me ha permitido llegar a establecer conocimientos precisos y confiables respecto a la tenencia compartida.

3.4.2 Método Dogmático Jurídico

Se aplicó el método dogmático Jurídico debido a que era necesario estudiar el ordenamiento jurídico de la legislación ecuatoriana, así como los ordenamientos jurídicos de otras legislaciones, a fin de llegar a comprender lo que refiere la tenencia compartida.

3.4.3 Método Documental

Es una técnica de investigación cualitativa que permitió recopilar y seleccionar información relevante sobre el tema de la tenencia compartida través de la lectura de documentos, libros, revistas jurídicas, bibliografías, etc.

3.5 Tipos de Investigación

Los tipos de investigación histórica y explicativa han sido utilizados en la presente investigación, los cuales se detalla a continuación:

3.5.1 Investigación Histórica

La investigación histórica representa un “esfuerzo que se realiza con el propósito de establecer sucesos, ocurrencias o eventos en un ámbito que interesa al historiador (...)” (Grajales, 2002, pág. 7).

La investigación histórica permitió conocer la figura de la tenencia compartida desde su origen, a fin de conocer los lineamientos e importancia que se le ha dado a tal figura durante los últimos años en el campo del derecho.

3.5.2 Investigación Explicativa

La investigación explicativa permitió un acercamiento de la realidad social con el problema planteado en dicha investigación, pues actualmente en la legislación ecuatoriana no se cuenta con la figura de la tenencia compartida lo cual afecta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Es por ello que, a través de una explicación minuciosa respecto a la temática abordada, se podrá describir él porque es necesario que los legisladores reformen la normativa legal a fin de insertar la figura de la tenencia compartida.

3.6 Técnicas e Instrumentos de Investigación

La técnica de la encuesta y el instrumento de investigación de hoja de encuesta han sido utilizadas en la presente investigación, y son las que a continuación se detallan:

3.6.1 Encuesta

En la presente investigación se aplicó la técnica de la encuesta, ya que de esta manera se pudo recoger información valiosa en forma escrita y directa de un grupo socialmente significativo.

3.6.2 Hoja de Encuesta

La hoja de encuesta se refiere al diseño de las encuestas que fueron planteadas en relación a las variables, es decir que se contó con un cuestionario previamente elaborado.

3.7 Población y Muestra

La población debe ser entendida como aquel “conjunto infinito de elementos con características comunes, para los cuales serán extensivas las conclusiones de la investigación. Esta queda limitada por el problema y por los objetivos del estudio” (Arias, 2006, pág. 81). Mientras que, la muestra debe ser entendida como aquel “subconjunto representativo y finito que se extrae de la población accesible” (Arias, 2006, pág. 83).

Para la presente investigación se tomó en cuenta a 20 profesionales del derecho expertos y con amplio conocimiento en derecho constitucional y derecho civil, pertenecientes al Cantón San Miguel, Provincia de Bolívar, a fin de llegar a determinar si en la Legislación Ecuatoriana se debe adoptar la figura jurídica de la tenencia compartida para precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

3.7.1 Localización Geográfica del Estudio

Nacional <input type="checkbox"/>		
	Zona 1 (Carchi, Esmeraldas, Imbabura y Sucumbíos)	<input type="checkbox"/>
	Zona 2 (Napo, Orellana y Pichincha)	<input type="checkbox"/>
	Zona 3 (Chimborazo, Cotopaxi, Pastaza y Tungurahua)	<input type="checkbox"/>
	Zona 4 (Manabí, Sto. Domingo de los Tsáchilas)	<input type="checkbox"/>
Zonas de Planificación <input type="checkbox"/>	Zona 5 (Bolívar, Guayas, Los Ríos y Santa Elena)	<input type="checkbox"/>
	Zona 6 (Azuay, Cañar y Morona Santiago)	<input type="checkbox"/>
	Zona 7 (El Oro, Loja y Zamora Chinchipe)	<input type="checkbox"/>
	Zona 8 (Cantones Guayaquil, Samborondón, Durán)	<input type="checkbox"/>
	Zona 9 (Distrito Metropolitano de Quito)	<input type="checkbox"/>
Provincial <input type="checkbox"/>		
Local	X	

3.8 Procedimiento de recolección de datos

El procedimiento de recolección de datos se realizó a través de las encuestas que fueron aplicadas a abogados en libre ejercicio expertos en materia constitucional y civil. Para la recolección de datos se aplicó el siguiente procedimiento que a continuación se detalla:

- Selección de los participantes a encuestar (abogados en libre ejercicio expertos en materia constitucional y civil), en el Cantón San Miguel, Provincia de Bolívar.
- Consulta de disponibilidad de los participantes seleccionados para colaborar respondiendo las encuestas sobre la tenencia compartida en el Ecuador.
- Explicación de la problemática de la investigación a los abogados participantes de las encuestas.
- Obtención de respuestas respecto a la temática investigada, el cual fue manejado con la mayor discreción posible, ya que son totalmente anónimas.
- Tabulación y traficación de las respuestas obtenidas por medio del programa de Excel, a fin de brindar mayor comprensión al lector.

3.9 Técnicas de procesamiento, análisis e interpretación de datos

El procesamiento de datos se realizó a través del programa SPSS, que comúnmente se lo conoce como Excel, debido a que es un programa estadístico informático utilizado en la investigación de las ciencias sociales, por ello, su aplicación es totalmente aceptable.

Por medio del programa tecnológico de Excel se llegó a procesar los datos de las encuestas realizadas a los 20 abogados en libre ejercicio con amplio conocimiento en derecho constitucional, derecho civil y derecho de familia, pertenecientes al Cantón San Miguel, Provincia de Bolívar; posterior a ser procesadas fueron analizadas e interpretadas, y esto consta en el capítulo IV.

Cabe señalar que, el cuestionario de encuestas aplicado a la población antes señalada (Abogados en libre ejercicio pertenecientes al Cantón San Miguel, provincia de Bolívar), contiene diez preguntas que están relacionadas a las variables de la investigación; como variable independiente: la tenencia compartida; y como variable dependiente: la norma jurídica respecto a la investigación titulada: “Análisis de la Tenencia Compartida para precautelar el Interés Superior del Niño, en el Cantón San Miguel de Bolívar, en el año 2020”.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1 Presentación y Análisis de Resultados

PREGUNTA NÚMERO 1

1. ¿Considera usted que, la desintegración familiar como consecuencia del divorcio, ruptura o separación de una pareja, genera graves afectaciones hacia los hijos y esto repercute en su desarrollo?

Tabla 1. La Desintegración Familiar y Consecuencias

Pregunta 1	Encuestados	Porcentaje
Si	14	70%
No	6	30%
Total	20	100%

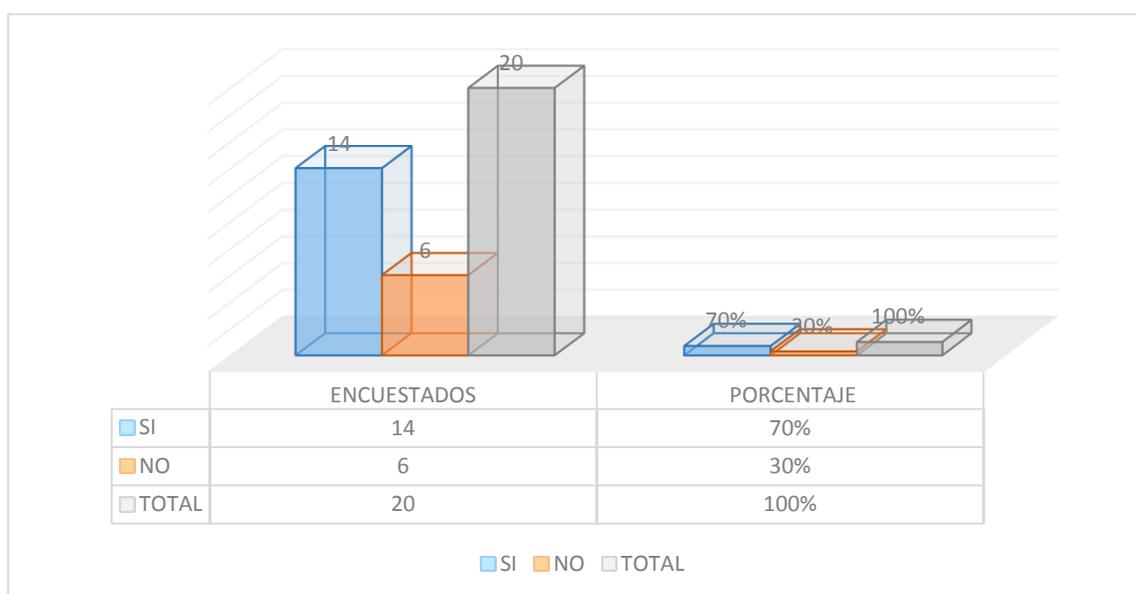


Ilustración 1. La Desintegración Familiar y Consecuencias

Análisis e Interpretación de datos 1.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 1 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 14 profesionales del derecho, que equivale al 70% del 100% de la población encuestada, determinan que la desintegración familiar como consecuencia del divorcio, ruptura o separación de una pareja, producen graves afectaciones hacia los hijos y esto repercute en su desarrollo psicológico y emocional, pues lo ideal sería que la familia que forme un hogar quede constituida de esa manera, sin embargo debido a varios factores como el no entendimiento de la pareja, genera como consecuencia su separación o ruptura y esto da lugar a que se cree una problemática en relación a la situación de los menores que no pueden quedar desamparados.

Por otro lado, 6 profesionales del derecho, que equivale al 30% del 100% de la población encuestada, determinan que la desintegración familiar como consecuencia del divorcio, ruptura o separación de una pareja, no genera graves afectaciones hacia los hijos desde la perspectiva psicológica y emocional ya que esto puede superarse; además se establece que debe considerarse particularidades propias en cada caso específico ya que en algunos hogares existe un entorno de violencia física ejercido por parte de uno de los progenitores, siendo preferible y lo más idóneo en este tipo de casos el alejarse del agresor, de tal manera que lo que se pretende con la tenencia unilateral es buscar la mejor opción para los niños, niñas y adolescentes.

PREGUNTA NÚMERO 2

2. ¿Considera usted que, la tenencia unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia se ajusta al principio del Interés Superior del Niño para lograr un correcto desarrollo integral?

Tabla 2. La Tenencia Unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia

Pregunta 2	Encuestados	Porcentaje
Si	7	65%
No	13	35%
Total	20	100%

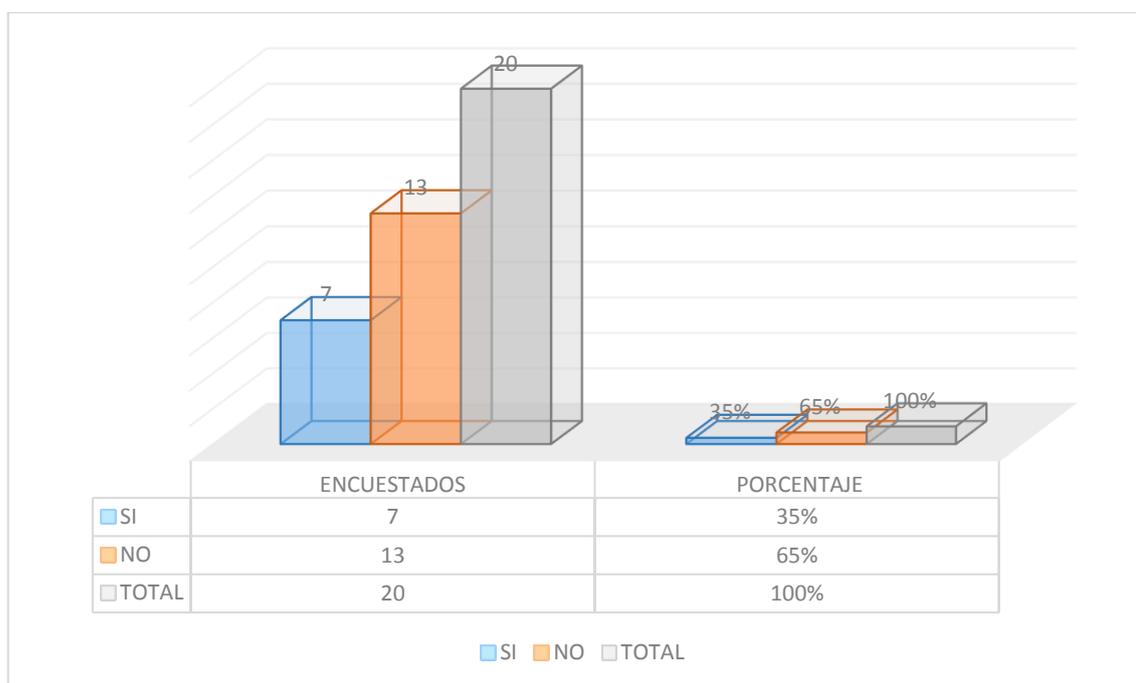


Ilustración 2. La Tenencia Unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia

Análisis e Interpretación de datos 2.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 2 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 7 profesionales del derecho, que equivale al 35% del 100% de la población encuestada, determinan que la tenencia unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia se ajusta al principio del Interés Superior del Niño para lograr un correcto desarrollo integral, toda vez que tras la separación de los progenitores, la norma establece que se debe resolver la situación de los menores respecto a la alimentación, tenencia y regulación de visitas; y respecto específicamente a la tenencia, se desprende que esta será otorgada en beneficio del menor de edad, es por ello se otorga al progenitor más idóneo.

Por otro lado, 13 profesionales del derecho, que equivale al 65% del 100% de la población encuestada, determinan que la tenencia unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia no se ajusta al principio del Interés Superior del Niño, pues el menor de edad al ser sujeto de derechos, lo que realmente necesita es del cuidado y protección de ambos padres, y al solo poder otorgarse la tenencia a uno de los progenitores, esto afecta directamente a su desarrollo integral.

PREGUNTA NÚMERO 3

3. ¿Considera usted que, la tenencia otorgada únicamente a uno de los progenitores representa un atentado contra el derecho a la igualdad tanto de la madre como del padre para convivir con sus hijos?

Tabla 3. La Corresponsabilidad Paternal

Pregunta 3	Encuestados	Porcentaje
Si	15	75%
No	5	25%
Total	20	100%

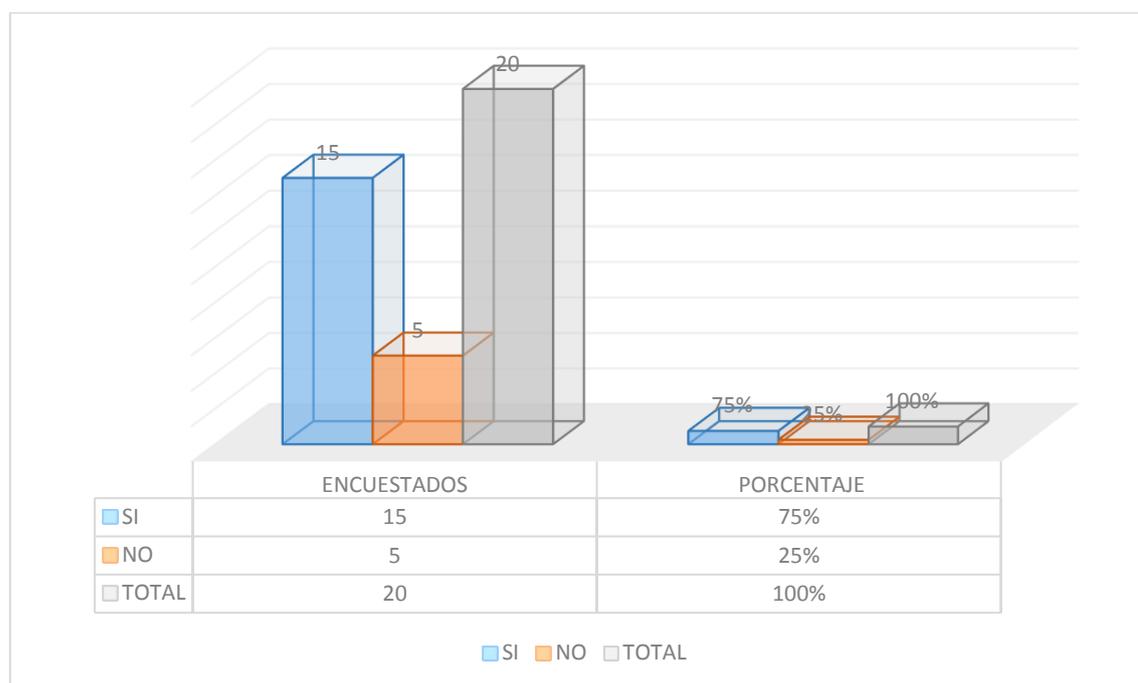


Ilustración 3. La Corresponsabilidad Paternal

Análisis e Interpretación de datos 3.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 3 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 15 profesionales del derecho, que equivale al 75% del 100% de la población encuestada, determinan que la tenencia otorgada únicamente a uno de los progenitores mediante vía judicial representa un atentado contra el derecho a la igualdad tanto de la madre como del padre que no pudo obtener tal tenencia para convivir con sus hijos.

Por otro lado, 5 profesionales del derecho, que equivale al 25% del 100% de la población encuestada, determinan que tenencia otorgada únicamente a uno de los progenitores mediante vía judicial no representa ningún atentado contra el derecho a la igualdad del otro progenitor que no obtuvo la tenencia, pues el juez está en la obligación de conceder la regulación de visitas al progenitor que no obtuvo la tenencia de su hijo, esto a fin de tal progenitor pueda pasar tiempo con el niño, niña o adolescente.

PREGUNTA NÚMERO 4

4. ¿Considera usted que, pese a que el juzgador establezca la regulación de visitas en beneficio del progenitor que no obtuvo la tenencia de sus hijos, en la mayoría de casos debido a la discordia entre los progenitores esto no se llega a cumplir a cabalidad?

Tabla 4. La Regulación de Visitas para el Padre o la Madres que no obtuvo la Tenencia de los Menores

Pregunta 4	Encuestados	Porcentaje
Si	17	85%
No	3	15%
Total	20	100%

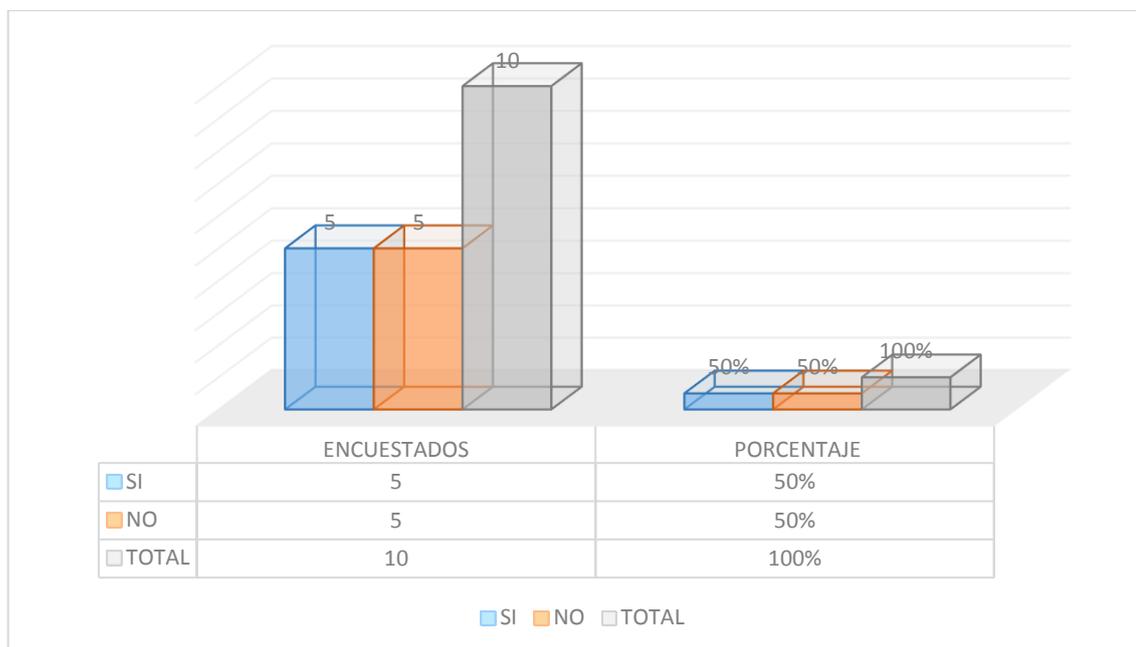


Ilustración 4. La regulación de Visitas para el Padre o la Madre que no obtuvo la Tenencia del Menor

Análisis e Interpretación de datos 4.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 4 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 17 profesionales del derecho, que equivale al 85% del 100% de la población encuestada, determinan que pese a que el juzgador establezca la regulación de visitas en beneficio del progenitor que no obtuvo la tenencia de sus hijos, en la mayoría de casos debido a la discordia entre los progenitores esto no se llega a cumplir a cabalidad generándose el desafecto del menor de edad hacia el padre o la madre que no obtuvo la tenencia.

Por otro lado, 3 profesionales del derecho, que equivale al 15% del 100% de la población encuestada, determinan que la regulación de visitas otorgada al padre o a la madre que no obtuvo la tenencia debe ser cumplida a cabalidad, para ello existe la vía legal, en razón de que, si se cumple con la obligación de pasar una pensión alimenticia en favor del menor, también ese padre o madre goza del derecho de pasar tiempo con su hijo.

PREGUNTA NÚMERO 5

5. ¿Considera usted que, en base al nuevo paradigma del sistema de justicia, en razón del alcance que se le da al interés superior del niño, es necesario que se comience a educar a la sociedad ecuatoriana sobre la figura jurídica de la tenencia compartida?

Tabla 5. El Actual Paradigma del Sistema de Justicia y el Alcance del Interés Superior del Niño

Pregunta 5	Encuestados	Porcentaje
Si	14	70%
No	6	30%
Total	20	100%

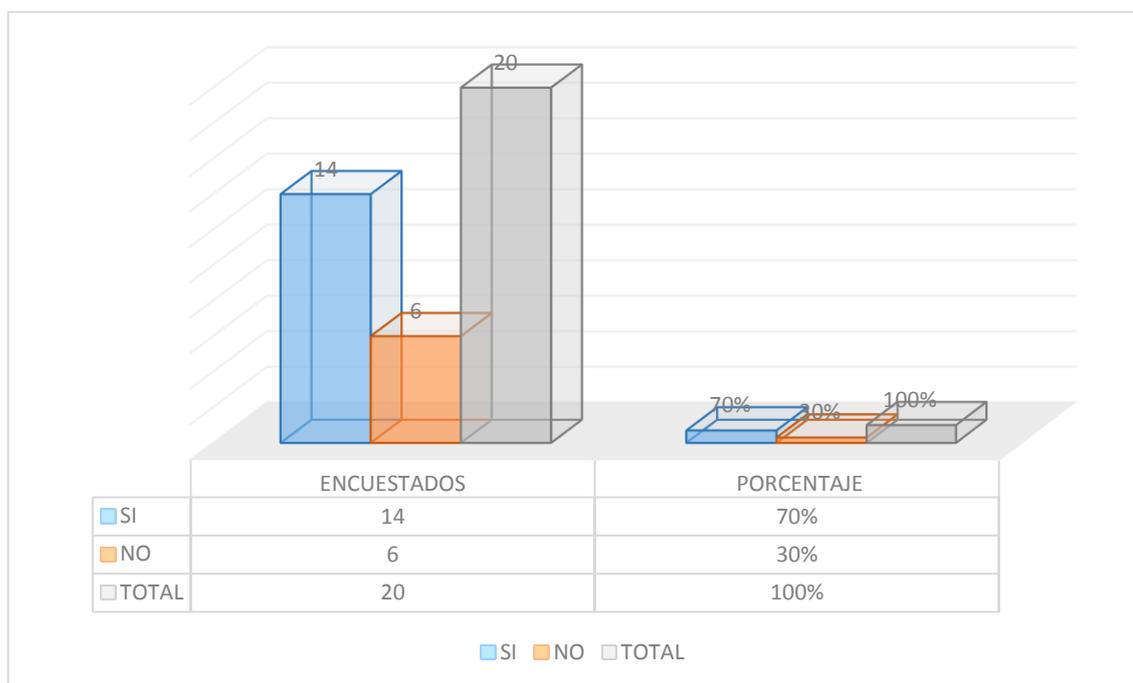


Ilustración 5. El Actual Paradigma del Sistema de Justicia y el Alcance del Interés Superior del Niño

Análisis e Interpretación de datos 5.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 5 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 14 profesionales del derecho, que equivale al 70% del 100% de la población encuestada, determinan que en base al nuevo paradigma del sistema de justicia, en razón del alcance que se le da al interés superior del niño, y por vivir dentro de un Estado constitucional de derechos, es necesario que se comience a educar a la sociedad ecuatoriana sobre la figura jurídica de la tenencia compartida a fin de que conozcan su significado y de esta manera a futuro poder implementarla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, 6 profesionales del derecho, que equivale al 30% del 100% de la población encuestada, determinan que no es necesario educar a la sociedad ecuatoriana respecto a la tenencia compartida ya que este tema ha venido discutiéndose durante algunos años atrás, por ende, ya existe precedentes de lo que esta figura representa dentro del derecho de familia.

PREGUNTA NÚMERO 6

6. ¿Considera usted que, el insertar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura jurídica de la tenencia compartida sería beneficioso en razón a una mayor protección hacia los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Tabla 6. Inserción de la Figura Jurídica de la Tenencia Compartida en la Legislación Ecuatoriana

Pregunta 6	Encuestados	Porcentaje
Si	18	90%
No	2	10%
Total	20	100%

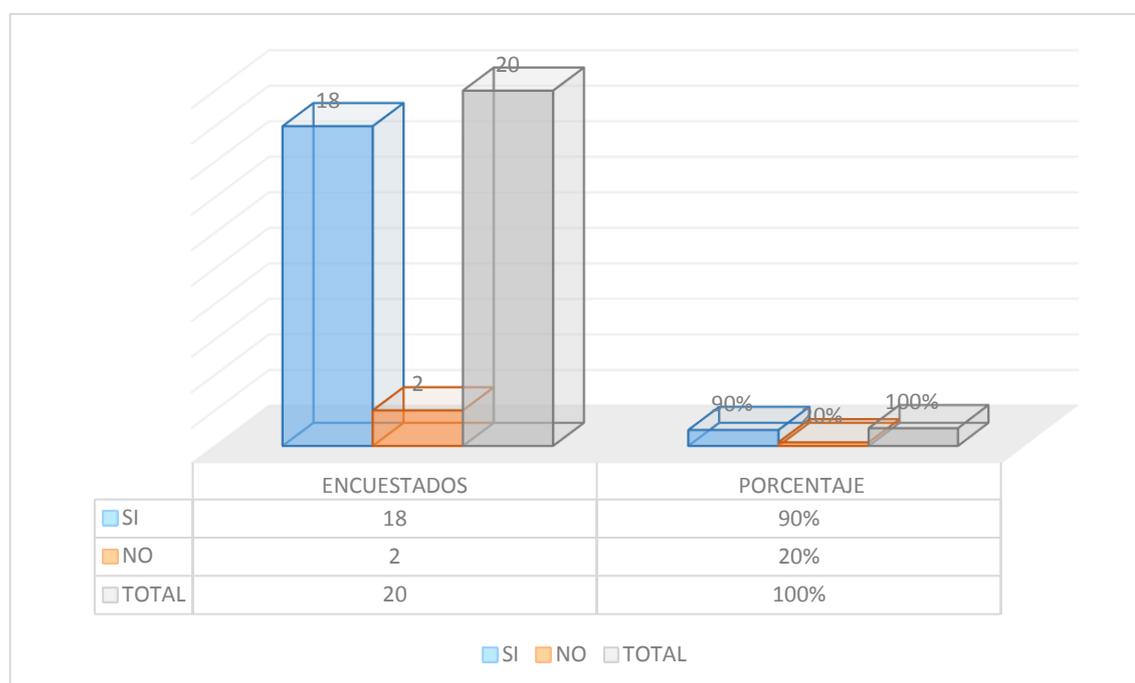


Ilustración 6. Inserción de la Figura Jurídica de la Tenencia Compartida en la Legislación Ecuatoriana

Análisis e Interpretación de datos 6.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 6 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 18 profesionales del derecho, que equivale al 90% del 100% de la población encuestada, determinan que el insertar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura jurídica de la tenencia compartida sería beneficioso en razón a una mayor protección hacia los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, 2 profesionales del derecho, que equivale al 10% del 100% de la población encuestada, determinan que no la figura de la tenencia compartida todavía deber ser estudiada ampliamente, y que su inserción en el Ecuador no sería beneficioso en casos donde los uno de los progenitores trata mal a su hijo, por ello debe ser confiado la tenencia solo a uno de los padres en virtud de lo que sea mejor para el niño, niña y adolescente.

PREGUNTA NÚMERO 7

7. ¿Considera usted que, de implementarse en el Ecuador la figura de la tenencia compartida, se debería también fijar una pensión de alimentos proporcional para ambos progenitores?

Tabla 7. La Tenencia Compartida y la Fijación Alimenticia de manera Proporcional para ambos Progenitores

Pregunta 7	Encuestados	Porcentaje
Si	12	60%
No	8	40%
Total	20	100%

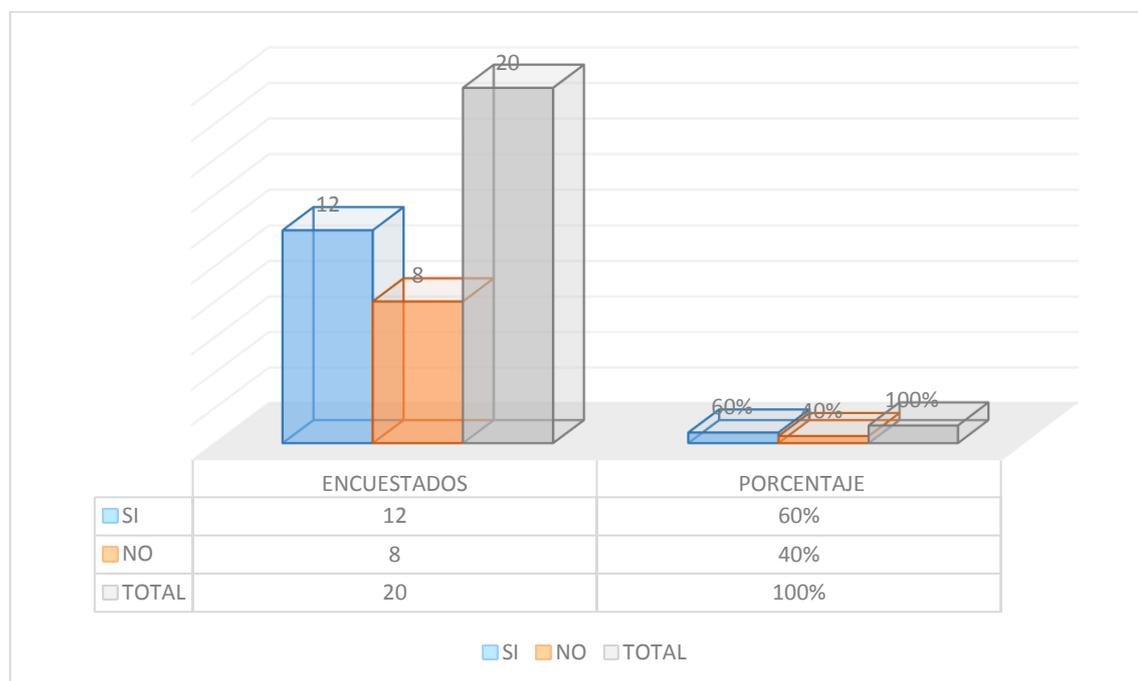


Ilustración 7. La Tenencia Compartida y la fijación de Pensión Alimenticia de manera Proporcional para ambos Progenitores

Análisis e Interpretación de datos 7.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 7 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 12 profesionales del derecho, que equivale al 60% del 100% de la población encuestada, determinan que en el caso de llegar a implementarse en el Ecuador la figura de la tenencia compartida, se debería también fijar una pensión de alimentos en la misma proporción para ambos progenitores, en virtud de que tanto la madre como el padre tienen las mismas responsabilidades para con sus hijos.

Por otro lado, 8 profesionales del derecho, que equivale al 40% del 100% de la población encuestada, determinan que si se llegara a insertar en la legislación ecuatoriana la figura jurídica de la tenencia compartida, no cabería una pensión de alimentos en la misma proporción, pues se debe evaluar la situación económica de cada uno de los progenitores.

PREGUNTA NÚMERO 8

8. ¿Considera usted que, en base a los lineamientos de la sentencia 28-15-IN/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, respecto a la garantía del derecho a la igualdad y a la no discriminación de género de los progenitores, la tenencia compartida se configura como un mecanismo idóneo que permitiría a ambos padres gozar de una convivencia alternada con sus hijos durante tiempos fijos previamente establecidos?

Tabla 8. La Tenencia Compartida durante Tiempos Fijos de forma Alternada para cada Progenitor

Pregunta 8	Encuestados	Porcentaje
Si	13	65%
No	7	35%
Total	20	100%

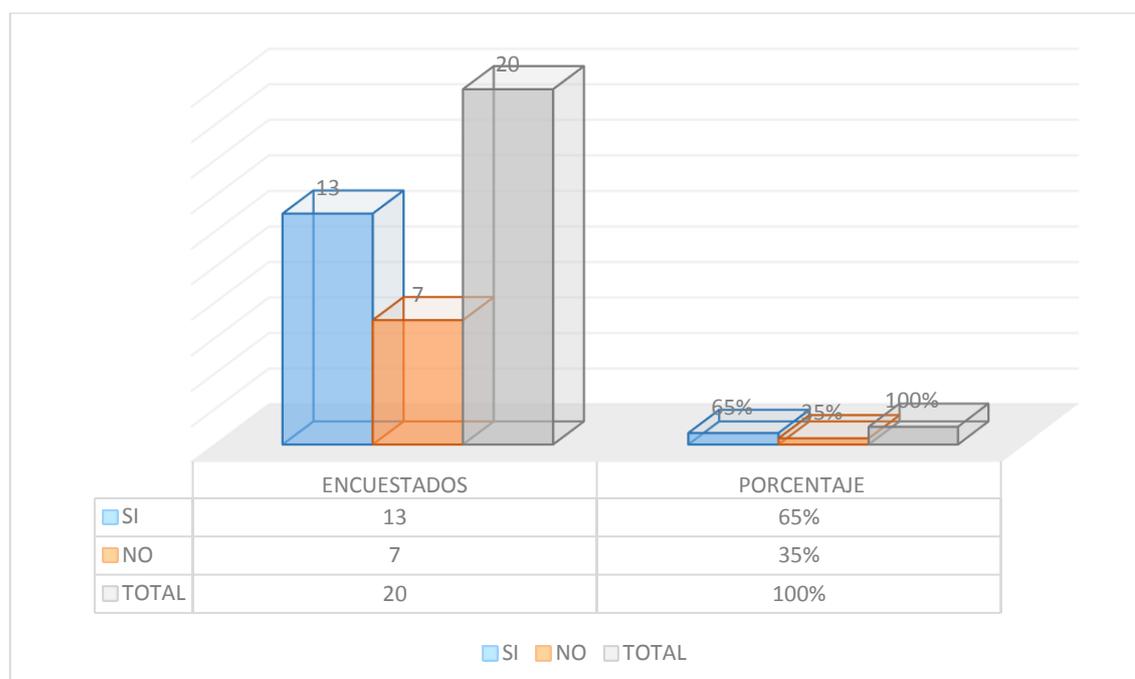


Ilustración 8. Tipos Penales – La tenencia Compartida durante Tiempos Fijos de forma Alternada para cada Progenitor

Análisis e Interpretación de datos 8.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 8 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 13 profesionales del derecho, que equivale al 65% del 100% de la población encuestada, determinan que en base a los lineamientos de la sentencia 28-15-IN/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, respecto a la garantía del derecho a la igualdad y a la no discriminación de género de los progenitores, la tenencia compartida se configura como un mecanismo idóneo que permitiría a ambos padres gozar de una convivencia alternada con sus hijos durante tiempos fijos previamente establecidos.

Por otro lado, 7 profesionales del derecho, que equivale al 35% del 100% de la población encuestada, determinan que la tenencia compartida no representa una herramienta idónea que permita que en todos los casos se deba brindar tal tenencia a ambos progenitores, toda vez que el juzgador debe evaluar la situación y en base aquello se determinará lo que es más beneficioso para el niño, niña y adolescente.

PREGUNTA NÚMERO 9

9. ¿Considera usted que, la figura jurídica de la tenencia unilateral contempla en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia debe ser sometida a reforma en razón de que necesita ser más concordante al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

Tabla 9. Reforma al artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia

Pregunta 9	Encuestados	Porcentaje
Si	15	75%
No	5	25%
Total	20	100%

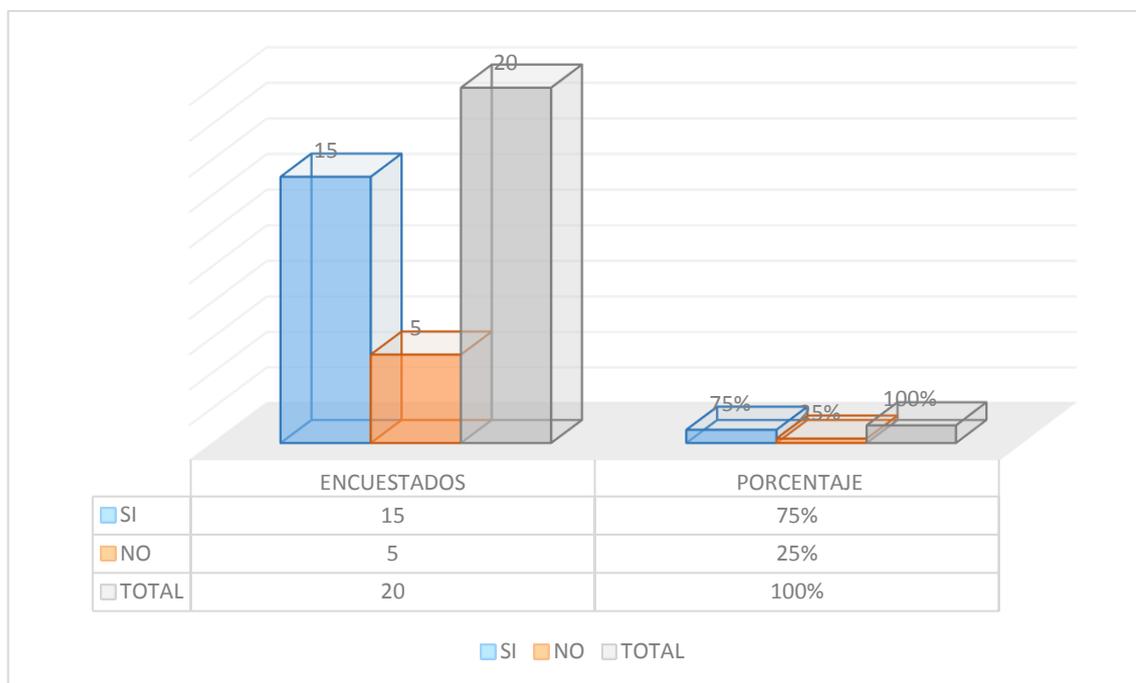


Ilustración 9. Reforma al artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia

Análisis e Interpretación de datos 9.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 9 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 15 profesionales del derecho, que equivale al 75% del 100% de la población encuestada, determinan que la figura jurídica de la tenencia unilateral contempla en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia debe ser sometida a reforma en razón de que necesita ser más concordante al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, 5 profesionales del derecho, que equivale al 25% del 100% de la población encuestada, determinan que el artículo 118 del Código de la Niñez respecto a la procedencia de la tenencia no debe ser reformado ya que guarda relación con el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

PREGUNTA NÚMERO 10

10. ¿Considera usted que, el Estado ecuatoriano por medio de sus legisladores han puesto énfasis en tratar la problemática de la tenencia unilateral para precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

Tabla 10. Grado de Atención a la Problemática por parte de los Legisladores

Pregunta 10	Encuestados	Porcentaje
Si	6	30%
No	14	70%
Total	20	100%

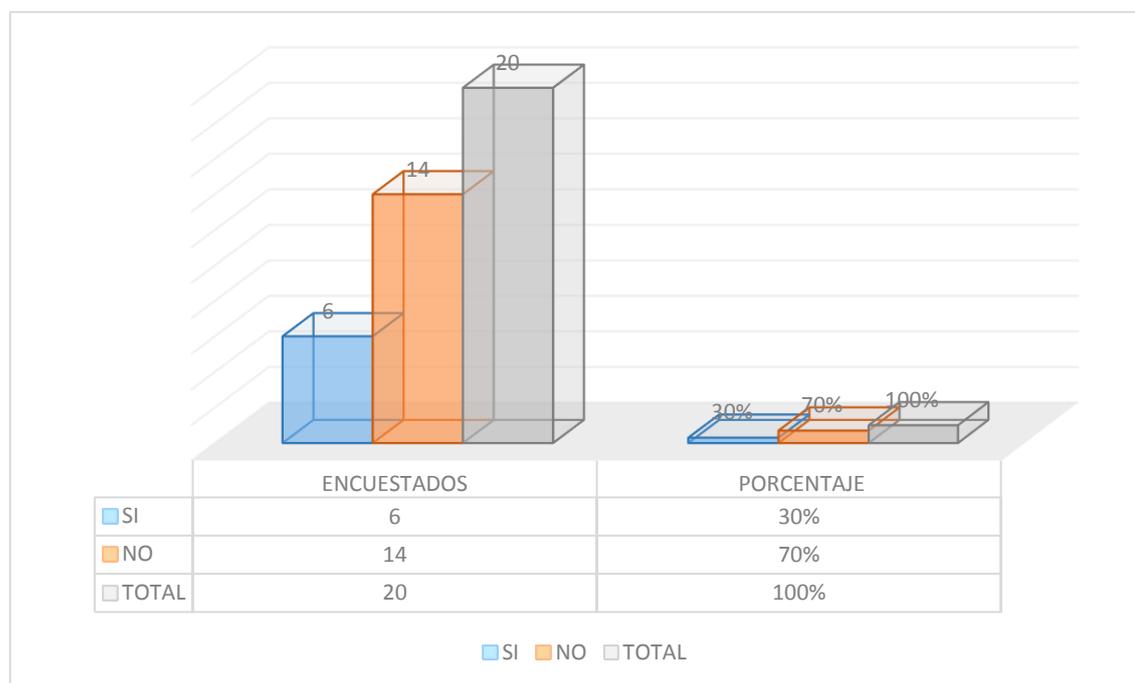


Ilustración 10. Grado de Atención a la Problemática por parte de los Legisladores

Análisis e Interpretación de datos 10.

De acuerdo a la tabla y gráfico que antecede; de los 20 encuestados respecto a la pregunta número 10 del formulario de encuestas aplicado a abogados en libre ejercicio expertos en derecho constitucional, derecho civil y/o derecho de familia; 6 profesionales del derecho, que equivale al 30% del 100% de la población encuestada, determinan que en el marco de las reformas al Código de Niñez y Adolescencia que se está discutiendo en el Ecuador, se está llevando a cabo el proceso de socialización y revisión del proyecto de ley denominado “Código Orgánico de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes” (COPINNA), con el cual se pretende dar una mayor protección al menor.

Por otro lado, 14 profesionales del derecho, que equivale al 25% del 100% de la población encuestada, determinan que lamentablemente el Estado ecuatoriano por medio de sus legisladores poco o casi nada han hecho respecto a la problemática de la tenencia que es confiada a solo uno de los progenitores, dando lugar a que no exista un verdadero respaldo para precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Cabe señalar que, pese a que la Asamblea Nacional se encuentra revisando el proyecto de ley denominado “Código Orgánico de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes” (COPINNA), y más allá de que la propuesta contiene importantes avances, existen elementos que requieren adecuarse a estándares internacionales y a la legislación nacional para garantizar plenamente los derechos de niños, niñas y adolescentes.

4.2 Discusión de Resultados

Una vez analizadas cada una de las preguntas respecto al formulario de encuestas del proyecto de investigación titulado: “Análisis de la Tenencia Compartida para precautelar el Interés Superior del Niño, en el Cantón San Miguel de Bolívar, en el año 2020”; es menester indicar que el nuevo paradigma del sistema de justicia, esto desde la promulgación de la carta suprema en el año 2008, en donde el Ecuador es reconocido como un Estado constitucional de derechos y justicia, ha dado lugar a que exista una priorización sobre el ser humano, y esto se debe a que se le ha dotado más de derechos que de obligaciones, de tal manera que el interés superior del niño es catalogado como un principio fundamental, es decir se sobreentiende que los derechos de los niños están por encima de los derechos de los adultos, por tales consideraciones es indispensable que todas las normas legales relativas a tratar asuntos de niños, niñas y adolescentes estén acorde a enunciados contemplados en la carta suprema e instrumentos internacionales de derechos humanos a fin de precautelar los derechos de este grupo de atención prioritaria.

La separación de los padres, sin duda alguna repercute en los hijos, pues son los mayores afectados tanto emocional como psicológicamente, es por ello que es importante salvaguardar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, para que ambos progenitores puedan cuidar y velar por sus hijos en todo momento.

En la presente investigación se ha tomado en consideración diversos criterios emitidos por varios tratadistas a nivel nacional como internacional; a esto se le ha sumado las opiniones dadas por los profesionales del derecho expertos en materia constitucional, materia civil y materia de familia, los mismos que a través de las encuestas planteadas; han referido que es necesario que en el Ecuador se comience a educar a la sociedad sobre la figura jurídica de la tenencia compartida como una forma de precautelar el Interés superior de los niños, niñas y adolescentes, de tal manera que dicha figura legal pueda ser insertada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con la finalidad de brindar una mayor protección a los menores.

Finalmente es necesario mencionar que la Asamblea Nacional debe tomar mayor interés en la problemática respecto a la figura legal de la tenencia unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues dicho enunciado no se ajusta en beneficio del menor de edad, por ello se estima que existe una afectación directa contra el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

4.3 Beneficiarios

4.3.1 Beneficiarios Directos

Los beneficiarios directos de la presente investigación son:

- Los niños, niñas y adolescentes.
- Progenitores que han decidido divorciarse o separarse de su pareja.

4.3.2 Beneficiarios Indirectos

Los beneficiarios indirectos de la presente investigación son:

- La autora de este proyecto de investigación: María Fernanda Veloz Minaya.
- La Universidad Estatal de Bolívar.
- Estudiantes de la carrera de Derecho.
- Profesionales del Derecho en General.

4.4 Impacto de la Investigación

De la investigación titulada “Análisis de la Tenencia Compartida para precautelar el Interés Superior del Niño, en el Cantón San Miguel de Bolívar, en el año 2020”, se desprende un impacto positivo para toda la sociedad ecuatoriana ya que se ha evidenciado una realidad respecto a que los niños, niñas y adolescentes, tras la separación de sus progenitores, al momento de establecerse la tenencia, esta podría ser de forma compartida, lo cual daría lugar a una igualdad de derechos de los progenitores para cuidar de sus hijos, así como también se precautelaría el interés superior de los niños a fin de un adecuado desarrollo integral.

4.5 Transferencia de Resultados

El presente trabajo de investigación a medida que se desarrolló, se contó con el apoyo de los profesionales del derecho especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho de familia pertenecientes al cantón San Miguel de Bolívar, los cuales ayudaron a levantar las encuestas respecto a la temática estudiada.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Las conclusiones que resultan de este trabajo de investigación titulado “Análisis de la Tenencia Compartida para precautelar el Interés Superior del Niño, en el Cantón San Miguel de Bolívar, en el año 2020”, están relacionadas al objetivo general y a los objetivos específicos, y son las que a continuación se detallan:

- La figura legal de la tenencia compartida ha tomado gran valor durante los últimos años, y esto se debe a que ha sido adoptada por varias legislaciones del mundo, obteniéndose resultados positivos tras su aplicación, lamentablemente la legislación ecuatoriana no contempla tal figura jurídica en la normativa vigente, pese a que se constituye como una herramienta que permite al menor de edad estar bajo el cuidado y protección de ambos progenitores precautelando de esta manera el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, favoreciéndose de esta manera a su desarrollo integral.
- En el Ecuador, la figura jurídica de la tenencia de los hijos se encuentra contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, en donde se establece que, a falta de acuerdo entre la madre y el padre, un juzgador imparcial debe resolver tal situación, para de esta manera otorgar a uno de los progenitores la tenencia del menor de edad en virtud de lo que sea mejor para el desarrollo integral del niño, niña, o adolescentes ateniendo de esta manera a lo que refiere el principio de interés superior del menor.
- La figura jurídica de la tenencia tal y cual como lo describe el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, y en base a la sentencia de la Corte Constitucional 28-15-IN/21, actualmente se alinea de mejor manera respecto al precepto constitucional del interés superior del menor, pues ya no existe esa inclinación y preferencia sobre la madre antes que al padre para conferir la tenencia, de tal manera que dicho enunciado ya no atenta contra el derecho a la igualdad de género, sin embargo de aquello, todavía existe la afectación sobre el interés superior del menor de edad en razón de que no se admite la tenencia compartida para ambos progenitores.

- El Estado Ecuatoriano en lugar de propiciar una solución efectiva al conflicto de intereses de los padres para obtener la tenencia de los hijos tras su ruptura o separación, lo que ha hecho es agudizar y profundizar los conflictos al solo contemplarse en la normativa legal vigente la tenencia de forma unilateral, es por ello que en base al nuevo paradigma del sistema de justicia es imperioso que se incorpore de manera urgente la figura de la tenencia compartida.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones sobre el presente proyecto de investigación titulado “Análisis de la Tenencia Compartida para precautelar el Interés Superior del Niño, en el Cantón San Miguel de Bolívar, en el año 2020”, son las que a continuación se detallan:

- En la Provincia de Bolívar, específicamente en el Cantón San Miguel, se debe comenzar a educar sobre la figura jurídica de la tenencia compartida en amparo al interés superior del menor de edad, esperando que ambos progenitores puedan practicar la responsabilidad y cuidado óptimo de sus hijos, todo esto a fin de precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
- El enunciado de la figura jurídica de la tenencia contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, debe ser sometido a cambio y/o reforma para que tal enunciado sea más concordante con el precepto constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes lo cual permitirá una adecuada formación en valores y desarrollo personal del menor de edad.
- Los progenitores, tras su separación o ruptura sentimental, deben seguir cumpliendo con sus obligaciones y responsabilidades que les han sido encomendadas para con sus hijos, velando siempre por lo que se considere mejor para el niño, niña o adolescente, de tal manera que no exista una afectación o vulneración al principio de interés superior del menor de edad.
- Finalmente, se recomienda que los legisladores cumplan con sus deberes y atiendan la necesidad de insertar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura jurídica de la tenencia compartida, toda vez que esto favorece a los niños, niñas y adolescentes, pues se estaría efectivizando el principio de interés superior otorgado a los menores de edad, toda vez que el contar con la presencia del padre como la madre y convivir con cada progenitor en periodos de tiempo previamente establecidos, ayudaría a que el niño, niña o adolescente pueda tener un mejor desarrollo integral.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, M. (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 21 - 59.
- Aguilar, G. (2008). El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, 223 - 247.
- Arias, F. (2006). *El Proyecto de Investigación: Introducción a la Metodología Científica*. Caracas: Episteme.
- Badaraco, V. (2018). La Tenencia Compartida en el Ecuador, ¿Una Necesidad? *Espiraes Revista Multidisciplinaria de Investigación*.
- Barcia, R. (2018). La Evolución de la Custodia Unilateral conforme a los Principios de Interés Superior del Niño y Corresponsabilidad de los Padres. *Revista Ius Et Praxis*, 1 - 41.
- Benítez, M. (2017). La Familia: Desde lo Tradicional a lo Discutible. *Revista Novedades en Población*, 58 - 68.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Castillo, H., Machado, M., Tixi, D., & Ayala, L. (2020). La Corresponsabilidad Parental y su Incidencia en el Interés Superior de los Menores. *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 35 - 47.
- Castillo, S. (2018). La Desintegración Familiar: Impacto en el Desarrollo Emocional de los Niños. *Revista Ciencia e Investigación*, 10 - 18.
- Catalán, J., Begoña, M., Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, D., . . . Soler, C. (2007). La Custodia Compartida: Concepto, Extensión y Bondad de su puesta en Escena. *Anuario de Psicología Jurídica*, 131 - 151.
- Chant, S., & Moreno, W. (2005). "Desintegración Familiar" o "Transición Familiar"? *Diálogos Revista Electrónica de Historia*, 1 - 45.
- *Código de la Niñez y Adolescencia*. (2022). Quito: Fielweb.

- *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito: Asamblea Nacional.
- *Convención sobre los Derechos del Niño*. (2006). Madrid.
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (1948). París.
- Espín, I. (2019). Custodia Compartida y Mejor Interés del Menor: Criterios de Atribución de la Custodia Compartida en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 65 - 86.
- Grajales, T. (2002). La Metodología de la Investigación Histórica: Una Crisis Compartida. *Enfoques*, 5 - 21.
- Lamonja, F. (2005). *El Código de los Niños y Adolescentes*. Lima: Editorial Marcos.
- Llanos, B. (2017). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Revista Derecho & Sociedad*, 191 - 197.
- López, R. (2015). Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51 - 70.
- Ossorio, M. (1995). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (22a. ed. --.). Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Paz, A., Maldonado, X., & Guevara, S. (2022). Análisis de la Tenencia Monoparental y el Derecho Constitucional a la Familia en Ecuador. *Revista Científica Mundo Recursivo*, 101 - 120.
- Rodríguez, M. (2010). Una Relectura de la Patria Potestad como Función Tutiva sobre la Persona y Bienes de los Hijos. *Revista Ius Et Pax*, 55 - 84.
- Torres, X., & Puchaicela, C. (2019). *Derecho de Familia: Evolución y Actualidad en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Valdivia, C. (2008). La Familia: Concepto, Cambios y Nuevos Modelos. *La Revue Du Redif*, 15 - 22.
- Vázquez, C., Narváez, C., Trelles, D., & Juan, E. (2020). La Tenencia Compartida, Alcances y su Aplicación en el Ecuador. *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 474 - 491.

ANEXOS**Anexo 1 – Formulario de Encuestas****UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR****FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES****ESCUELA DE DERECHO****ENCUESTA APLICADA A PROFESIONALES DEL DERECHO
ESPECIALISTAS EN MATERIA CONSTITUCIONAL, MATERIA CIVIL Y/O
MATERIA DE FAMILIA PERTENECIENTES AL CANTÓN SAN MIGUEL DE
BOLÍVAR.**

El trabajo de Investigación curricular titulado “Análisis de la Tenencia Compartida para precautelar el Interés Superior del Niño, en el Cantón San Miguel de Bolívar, en el año 2020”, está relacionado directamente con el Derecho, es decir, es necesario, el criterio de un profesional experto en la Materia; por tales consideraciones, solicito a usted de la manera más comedida contestar las siguientes preguntas:

1. ¿Considera usted que, la desintegración familiar como consecuencia del divorcio, ruptura o separación de una pareja, genera graves afectaciones hacia los hijos y esto repercute en su desarrollo?

Si () No ()

2. ¿Considera usted que, la tenencia unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia se ajusta al principio del Interés Superior del Niño para lograr un correcto desarrollo integral?

Si () No ()

3. ¿Considera usted que, la tenencia otorgada únicamente a uno de los progenitores representa un atentado contra el derecho a la igualdad tanto de la madre como del padre para convivir con sus hijos?

Si () No ()

4. ¿Considera usted que, pese a que el juzgador establezca la regulación de visitas en beneficio del progenitor que no obtuvo la tenencia de sus hijos, en la mayoría de casos debido a la discordia entre los progenitores esto no se llega a cumplir a cabalidad?

Si () No ()

5. ¿Considera usted que, en base al nuevo paradigma del sistema de justicia, en razón del alcance que se le da al interés superior del niño, es necesario que se comience a educar a la sociedad ecuatoriana sobre la figura jurídica de la tenencia compartida?

Si () No ()

6. ¿Considera usted que, el insertar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura jurídica de la tenencia compartida sería beneficioso en razón a una mayor protección hacia los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Si () No ()

7. ¿Considera usted que, de implementarse en el Ecuador la figura de la tenencia compartida, se debería también fijar una pensión de alimentos proporcional para ambos progenitores?

Si () No ()

8. ¿Considera usted que, en base a los lineamientos de la sentencia 28-15-IN/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, respecto a la garantía del derecho a la igualdad y a la no discriminación de género de los progenitores, la tenencia compartida se

configura como un mecanismo idóneo que permitiría a ambos padres gozar de una convivencia alternada con sus hijos durante tiempos fijos previamente establecidos?

Si () No ()

9. ¿Considera usted que, la figura jurídica de la tenencia unilateral contemplada en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia debe ser sometida a reforma en razón de que necesita ser más concordante al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

Si () No ()

10. ¿Considera usted que, el Estado ecuatoriano por medio de sus legisladores han puesto énfasis en tratar la problemática de la tenencia unilateral para precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

Si () No ()

Anexo 3 – Fotografías (Evidencias de Encuestas)

