

# **UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR**

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

**CARRERA DERECHO**

PROYECTO DE TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA  
OBTENCIÓN DEL GRADO DE ABOGADO

## **TÍTULO**

“LA TENENCIA COMPARTIDA, VACÍOS LEGALES Y LA VULNERACIÓN DEL  
PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”

## **AUTOR**

IVÁN ANDRÉS MORA BARRAGÁN

## **TUTORA**

DRA. KARINA RUÍZ

**GUARANDA-ECUADOR**

**CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN**

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Integración Curricular, presentado por **IVÁN ANDRÉS MORA BARRAGÁN**, para optar por el Grado de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; cuyo título es: **LA TENENCIA COMPARTIDA, VACÍOS LEGALES Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.



DRA. KARINA RUÍZ ABRIL

**TUTORA**

## DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA

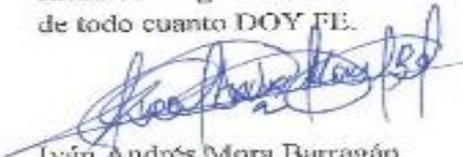
Yo, Iván Andrés Mora Barragán, portador de la cédula No. 020198767-4, egresado de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro de forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación, con el tema **“LA TENENCIA COMPARTIDA, VACÍOS LEGALES Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.”**, ha sido realizado por mi persona con la dirección de la tutora, Dra. Karina Ruíz Abril, docente de la carrera señalada, por tanto, es de mi autoría. En tal sentido, debo dejar constancia que las expresiones vertidas en el desarrollo de este documento se han elaborado en base a la recopilación bibliográfica, tanto de libros, revistas, medios de comunicación, publicaciones y demás formas necesarias para la producción de esta investigación.

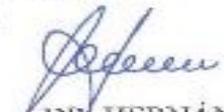


IVÁN ANDRÉS MORA BARRAGÁN

**AUTOR**

En la ciudad de Guaranda, provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día martes cuatro de abril de dos mil veintitrés, ante mí DOCTOR HERNÁN RAMIRO CRIOLLO ARCOS, NOTARIO SEGUNDO DE ESTE CANTÓN, comparece el señor Iván Andrés Mora Barragán, por sus propios derechos. El compareciente es de nacionalidad ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil soltero, domiciliado en las calles Montalvo y Siete de Mayo, parroquia Veintimilla, cantón Guaranda, provincia Bolívar, con celular número: cero nueve ocho uno uno nueve cuatro siete uno, correo electrónico: ivanmorag2@gmail.com; a quien de conocerlo doy fe en virtud de haberme exhibido su cédula de ciudadanía en base a la que procedo a obtener su certificado electrónico de datos de identidad ciudadana, del Registro Civil, mismo que agrego a esta escritura como documento habilitante; bien instruido por mí el Notario en el objeto y resultados de esta escritura de Declaración Juramentada que a celebrarlo procede, libre y voluntariamente.- En efecto juramentado que fue en legal forma previa las advertencias de la gravedad del juramento, de las penas de perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, declara lo siguiente: "Que previo a la obtención del Título de Abogado en la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas, otorgado por la Universidad Estatal de Bolívar, manifiesto que los criterios e ideas emitidas en el presente proyecto de investigación, titulado: "LA TENENCIA COMPARTIDA, VACÍOS LEGALES Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES"; es de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor, además autorizo a la Universidad Estatal de Bolívar hacer uso de todos los contenidos que me pertenece a parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación. Es todo cuanto tengo que decir en honor a la verdad". Hasta aquí la declaración juramentada que junto con los documentos anexos y habilitantes que se incorpora queda elevada a escritura pública con todo el valor legal, y que el 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 al compareciente por mí el Notario, se ratifica y firma conmigo en unidad de acto quedando incorporada en el Protocolo de esta Notaría, de todo cuanto DOY FE.

  
Iván Andrés Mora Barragán  
C.C. 0201987674

  
DR. HERNÁN RAMIRO CRIOLLO ARCOS  
NOTARIO SEGUNDO DE CANTÓN GUARANDA

Se otorgó ante mí y en fe de ello  
confiero ésta dos copia  
certificada, firmada y sellada en 2 Fs  
Guaranda, 04 de Abril del 2023



## INFORME DE URKUND

### INFORME DE URKUND

**PARA:** Iván Andres Mora Barragán

**DE:** Dra. Karina Ruiz

**ASUNTO:** Informe de URKUND

**FECHA:** 24 de marzo del 2023

Adjunto al presente, sírvase encontrar el documento final del Proyecto de Desarrollo Educativo Titulado "LA TENENCIA COMPARTIDA, VACÍOS LEGALES Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", elaborado por el señor IVAN ANDRES MORA BARRAGAN, bajo mi dirección, previa a la obtención del título de ABOGADO, la misma que cumple con los componentes que exige la reglamentación de Posgrado de la Universidad Estatal de Bolívar e incluye el informe de la herramienta URKUND, el cual avala los niveles de 9% de similitud y 91% de originalidad del trabajo investigativo

#### Original

##### Document Information

Analyzed document	TENENCIA COMPARTIDA_TESOL.docx (114208006)
Submitted	3/24/2023 8:25:00 PM
Submitted by	
Submitter email	turnandres@uebolivar.edu.ve
Similarity	9%
Analysis address	http://ve6.sandviks.arkund.com

##### Sources included in the report

##### Entire Document

##### Hit and source - focused comparison, Side by Side

Submitted text	As student entered the text in the submitted document.
Matching text	As the text appears in the source.



DRA. KARINA RUÍZ ABRIL

TUTORA

## DEDICATORIA

“Rendirme no es un privilegio que yo poseo”.

Este trabajo de titulación se lo dedico a la Sra. María Mora Chimbo (+) quien antes de su fallecimiento me inspiro a que debía de estudiar una carrera universitaria y sobresalir en la vida. A mi señora madre Marcia Mora Barragán quien con su ardua lucha me apoyo en mis estudios de inicio a fin de mi carrera, a mi padrastro Omar Arias Sánchez quien solvento a mi familia y hogar, a mis hermanos Jhosué Mora Barragán Y Bryanna Arias Mora quienes han sido mi motivación y ese pilar de resistencia en mi vida y por último a mi querido amigo perruno Mordelón quien con su lealtad me acompañó en esas noches donde pensaba en rendirme.

## AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi amiga María José Monteros y a su vez a su familia por ser un apoyo fundamental de principio a fin en el transcurso de la carrera universitaria.

De igual manera a mi tutora la Dra. Karina Ruiz Abril, quien más que una docente ha sido una amiga quien con su conocimiento tanto profesional como personal me ha brindado el apoyo para yo poder sobrellevar las circunstancias de la vida.

A mi grupo de amigos universitarios quienes me ayudaron en mis peores momentos personales y académicos.

Y por otro lado agradecer a el Ing. Edison Lema Córdova, persona que ha sido un ejemplo a seguir, dándome la enseñanza que con dedicación y carácter se puede sobresalir en la vida. A mis tías Lendy y Maritza Romero quienes me aportaron económicamente cuando más necesitaba.

A la Srta. Katherine Gabriela Piza quien a pesar de la distancia me ha dado aliento en mis peores días.

Y por último a mi amiga Carolina Martínez quien me brindo su amistad, apoyo, compañía y conocimiento hasta la presente fecha.

## ÍNDICE GENERAL

CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA .....	iii
INFORME DE URKUND .....	iv
DEDICATORIA .....	vi
AGRADECIMIENTO .....	vii
ÍNDICE GENERAL .....	viii
ÍNDICE DE TABLAS .....	xii
ÍNDICE DE FIGURAS .....	xiii
Capítulo I: Problema.....	1
• La tenencia compartida, vacíos legales y la vulneración del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes.....	1
.1 Resumen.....	1
.2 Introducción .....	5
.3 Planteamiento del problema.....	6
.4 Formulación del problema .....	8
.5 Hipótesis.....	8
.6 Variables .....	9
.6.1 Variable Independiente .....	9
.6.2 Variable Dependiente.....	9
.7 Objetivos .....	9

.7.1	Objetivo General .....	9
.7.2	Objetivos Específicos.....	9
.8	Justificación.....	9
Capítulo II.....		12
2.	Marco Teórico.....	12
2.1	Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.....	12
2.1.1	Principio del Interés Superior del Niño.....	13
2.2	Garantías de Niños, Niñas y Adolescentes .....	15
2.3	Familia.....	16
2.3.1	Tipos de Familia.....	19
2.3.2	Separación .....	21
2.4	La Tenencia.....	22
2.4.1	Tipos de Tenencia .....	23
2.4.2	La Tenencia Compartida .....	23
2.5	Marco Legal .....	27
2.5.1	Instrumentos internacionales.....	27
2.5.2	Legislación ecuatoriana.....	27
2.5.3	Caso de estudio .....	32
2.5.4	Contexto internacional .....	36
Capítulo III: Metodología .....		42
3.	Método de la investigación.....	42
3.1	Ámbito de estudio .....	42

3.2	Tipo de investigación (Metodología) .....	42
3.3	Nivel de investigación .....	42
3.4	Método de investigación .....	43
3.5	Diseño de investigación .....	43
3.6	Población y muestra .....	44
3.7	Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	44
3.8	Procedimiento de recolección de datos .....	44
3.9	Técnicas de Procedimiento, Análisis e interpretación de Datos .....	44
3.9.1	Entrevista.....	44
Capítulo IV	.....	46
4.	Resultados y Discusión .....	46
4.1	Resultados .....	46
4.1.1	Presentación de resultados .....	46
4.1.2	Beneficiarios .....	47
4.1.3	Impacto de la investigación.....	47
4.1.4	Transferencia de resultados.....	48
Capítulo V	.....	49
5.	Conclusiones y recomendaciones .....	49
5.1	Conclusiones .....	49
5.2	Recomendaciones.....	50
BIBLIOGRAFÍA	.....	51

ANEXOS ..... 56

**ÍNDICE DE TABLAS**

<b>Tabla 1</b> Tipos de familia .....	19
<b>Tabla 2</b> Comparación de régimen de custodia comparativa .....	37
<b>Tabla 3</b> Derecho Comparado .....	39

**ÍNDICE DE FIGURAS**

<b>Figura 1</b> Historia de la Convención de los Derechos del Niño.....	12
<b>Figura 2</b> Constructo de Familia .....	18
<b>Figura 3</b> Fotografía con el entrevistado .....	45

## **Capítulo I: Problema**

- **La tenencia compartida, vacíos legales y la vulneración del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes**

### **.1 Resumen**

El propósito de la presente investigación se basa en analizar los efectos y consecuencias de la tenencia compartida, desde el punto de vista doctrinario, legal y jurisprudencial para determinar cuáles son los vacíos legales pertinentes y reportar la situación legal y social de niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo la mencionada figura jurídica. Todo esto bajo el fundamento rector del principio esencial de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual data su inicio de 1959 en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño adoptada por las Sociedades de Naciones, y se conoce que, en la actualidad en el Ecuador, se encuentra vulnerado en ciertos niveles, lo que repercute en el desarrollo personal y social del individuo acarreando problemas de diverso tipo. La justificación del desarrollo de esta temática se basa en comprender y estudiar el contexto nacional en donde a partir de la decisión preferencial en el país de la tenencia de la madre sobre el padre, se opaca el resguardo de desarrollo integral y armónico que deberían tener los hijos, como principales beneficiarios de esta decisión jurídica. Por ello, es necesario aportar al sector académico y profesional con un estudio, que permita partir de un panorama inteligible, para que se tomen las decisiones respectivas en materia legal y jurídica en beneficio de los niños y adolescentes, respetando el principio esencial de Interés Superior y lo dictaminado por la Constitución del Ecuador, pues se tiene conocimiento que en otros países de la región se han implementado leyes o códigos donde los niños aparecen como entes rectores, aplicando legislaciones internas de Protección Integral y Códigos de Infancia y

Adolescencia, entre otros. Por lo cual, con el fin de cumplir los objetivos propuestos se desarrolló una metodología de tipo cualitativa, desarrollada mediante una entrevista dirigida a un funcionario experto en el tema, con el fin de complementar los hallazgos teóricos acerca de la problemática propuesta. De este modo, la investigación desarrollada demuestra que la tenencia compartida garantiza el cumplimiento, en su mayoría, de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que son reconocidos por organismos internacionales y por la Constitución del Ecuador a través de sus diversos instrumentos. Además, el vacío legal existente de la tenencia compartida evidencia la preferencia de la madre sobre el padre, a pesar del reconocimiento constitucional de la obligación de ambos progenitores en el desarrollo integral, alimentación protección de los derechos de hijos e hijas, aún más cuando se encuentran separados, afectando de ese modo las relaciones familiares. El grado de vulnerabilidad al Principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente mediante la determinación judicial de la tenencia compartida, puede ser catalogado como “medio”, pues este principio constituye el criterio y la guía que dirige la toma de decisiones en asuntos relacionados a la infancia, garantizando así, de manera igualitaria la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; los cuales pueden hacerse efectivos parcialmente o incluso carecer de su cumplimiento, al no establecerse un marco legal aprobado.

**Palabras Claves:** Tenencia Compartida, Principio del Interés Superior del Niño, Código de la Niñez y Adolescencia, Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

## **Abstract**

The purpose of this research is based on analyzing the effects and consequences of shared custody, from a doctrinal, legal and jurisprudential point of view, in order to determine the pertinent legal gaps and to report on the legal and social situation of children and adolescents who are under the aforementioned legal figure. All this under the guiding principle of the essential principle of the Best Interest of Children and Adolescents, which dates back to 1959 in the Geneva Declaration on the Rights of the Child adopted by the League of Nations, and it is known that, at present in Ecuador, it is violated at certain levels, which has repercussions on the personal and social development of the individual, causing problems of various kinds. The justification for the development of this topic is based on understanding and studying the national context in which the preferential decision in the country of the mother's custody over the father's, obscures the protection of integral and harmonious development that the children should have, as the main beneficiaries of this legal decision. Therefore, it is necessary to contribute to the academic and professional sector with a study that allows to start from an intelligible panorama, so that the respective decisions are taken in legal and juridical matters for the benefit of children and adolescents, respecting the essential principle of Best Interest and what is dictated by the Constitution of Ecuador, since it is known that in other countries of the region laws or codes have been implemented where children appear as governing entities, applying internal legislations of Integral Protection and Codes of Childhood and Adolescence, among others. Therefore, in order to meet the proposed objectives, a qualitative methodology was developed through an interview with an official expert on the subject, in order to complement the theoretical findings on the proposed problem. In this way, the research developed shows that shared tenure guarantees compliance, for the most part, with the rights of children and

adolescents, which are recognized by international organizations and by the Constitution of Ecuador through its various instruments. In addition, the existing legal vacuum of shared custody evidences the preference of the mother over the father, despite the constitutional recognition of the obligation of both parents in the integral development and protection of the rights of children, even more so when they are separated, thus affecting family relationships. The degree of vulnerability to the Principle of the Best Interest of the Child and Adolescent through the judicial determination of shared custody can be classified as "medium", since this principle constitutes the criterion and the guide that directs the decision making in matters related to children, thus guaranteeing in an equal manner the effective enforcement of the rights of children and adolescents; which can be partially effective or even lack compliance, since an approved legal framework is not established.

**Key words:** Shared Tenancy, Principle of the Best Interest of the Child, Code of Childhood and Adolescence, Rights of Children and Adolescents.

## **.2 Introducción**

Se entiende como tenencia compartida al ejercicio equitativo, compartido y complementario de la autoridad parental en la crianza de los hijos, así como su cuidado y protección. Esta acción es un efecto colateral de la separación de los padres y constituye una decisión de los jueces de familia con el fin de proteger la integridad de la familia, niños, niñas y adolescentes (Badaraco, 2018).

Por otro lado, los comienzos del Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente datan del año 1959 en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño adoptada por las Sociedades de Naciones, precursora de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La iniciativa se basó en la necesidad de otorgar protección a niñas y niños que tengan afectaciones por la guerra. De este modo, se formuló la primera Declaración de los Derechos del Niño, el 23 de febrero de 1923 por la Alianza Internacional Save the Children, y se la ratificó el 28 de febrero de 1924, con 5 artículos que estipulaban la protección de los niños (Paredes & Yovera, 2018).

En la Convención de los Derechos del Niño se determina que el cuidado y protección de los niños se realiza de una manera asertiva por parte de un mecanismo equilibrado y equitativo entre padre y madre, por lo que las obligaciones y derechos se mantendrán por igual (Silva, 2016).

La Constitución del Ecuador reconoce en el Art. 67 a la familia en sus diversos tipos, garantizado su protección como núcleo fundamental de la sociedad (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 67). Además, el Código de la Niñez y la Adolescencia en el Art. 105 define a la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, en cuanto a educación, cuidado, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de

conformidad con la Constitución y la ley (Código de La Niñez y Adolescencia, 2003, art. 105).

En base a lo propuesto por la Convención de los Derechos del Niño, pasando por la Constitución y el Código de la Niñez y la Adolescencia, se puede deducir que el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente es el principio central que orienta el cuerpo legal, haciendo caso omiso a la voluntad o imposiciones de los padres como argumentos de “interés” por los niños (Aguirre, 2015).

A pesar de que también se manifieste en la Constitución, el Art. 69 con respecto a la promoción de la maternidad y paternidad responsables, donde “la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 69).; no se ha reconocido en el país la tenencia compartida de hijos por lo que existe una vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente para conservar una relación armónica, afectiva y directa con ambos progenitores, que han decidido disolver el vínculo matrimonial (Landazuri, 2021).

### **.3 Planteamiento del problema**

El problema de investigación surge de la falta de regulación legislativa en torno a la custodia compartida, lo cual repercute en la ausencia de un mecanismo eficiente que compense equitativamente la separación de los padres, afectando el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes. De este modo, se pretende indagar los principios y fundamentos que rigen el “contexto absurdo” en el Ecuador sobre la preferencia de la madre sobre el padre, en los procesos de tenencia; donde se obliga a una separación de cargas económicas, educación, crianza, y demás parámetros que, según la Constitución,

los tratados internacionales, y otros instrumentos jurídicos, disponen que debe ser compartidos (Martínez, 2017).

La importancia de realizar un estudio relacionado a esta temática, radica en el aporte teórico de índole académico, profesional y social, debido a las varias modificaciones y reformas que deben realizarse para reforzar la responsabilidad de padre y madre al momento de cuidar, proteger y velar por los derechos de sus hijos, así como las futuras investigaciones que deben ejecutarse al respecto. Es decir, la tenencia compartida, visto desde cualquier perspectiva, constituye la mejor opción para cumplir con los fundamentos legales y jurídicos nacionales e internacionales, así como con los valores y principios humanos.

Según Cedeño (2022), el tema propuesto tiene conformidad con lo establecido como garantía de los derechos humanos, pues Garantizar el bienestar completo de un individuo dentro del núcleo familiar contribuye al cumplimiento de los derechos de los demás, especialmente si se trata de un menor de edad. La plena efectividad de todos los derechos humanos, tiene sus bases en la noción de ser criado y vivir en una familia, por lo cual se establece la doctrina del interés superior del niño, el cual constituye un principio básico de autoritario cumplimiento. Del mismo modo, para la psicología evolutiva, se ha determinado que la familia es un conjunto social que favorece en gran medida el crecimiento de la identidad individual de cada uno de sus miembros, ya que es en el seno familiar donde se establece el primer contacto social, se aprenden los fundamentos de la existencia, se adquieren experiencias y se conoce el mundo. En consecuencia, la vida en familia es esencial y merece ser valorada.

Gil et al. (2006) manifiesta que los problemas y dificultades son propios de los hijos de padres separados, pues en ellos recaen las consecuencias directas de este acto. Se ha evidenciado que muchas veces los tenedores de hijos generan maltratos

habituales, aún más cuando son culpados de la causa de ruptura, sufriendo de ese modo, alejamiento y abandono moral y material por parte de los progenitores. Se trata por ello, de atenderse de manera integral la problemática, con el fin de tomar en cuenta el cuidado y responsabilidad que deben tener los padres hacia los hijos para un bienestar y óptimo desarrollo físico y emocional de los mismos.

En el Ecuador, la tenencia compartida es una necesidad, debido a que, en la ruptura familiar, sea por divorcio, separación, incompatibilidad u otra razón, los hijos en ocasiones se convierten en trofeos de disputa por parte de los padres, de modo que se producen actos de chantaje, abandono y maltrato (Badaraco, 2018).

#### **.4 Formulación del problema**

Para el desarrollo del proyecto es necesario realizar diversas preguntas de investigación que registrarán el proceso de obtención de resultados esperados. De manera general se tiene, ¿Cuáles son los efectos de la tenencia compartida, su imposición judicial sin sustento en norma específica y la vulneración del principio esencial de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes?, seguido por preguntas específicas como: ¿Cuál es la situación legal y social de niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo la figura jurídica de la tenencia compartida por resolución judicial?, ¿Cuáles son las consecuencias legales de la Tenencia Compartida y vacío legal pertinente?, ¿Cuál es el grado de vulnerabilidad al principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente con la determinación judicial de la tenencia compartida?

#### **.5 Hipótesis**

La regularización legal de la tenencia compartida sin que opere la imposición judicial, apoyaría a que se efectivice el principio esencial de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes; aportando a su desarrollo y relación familiar,

## **.6 Variables**

### **.6.1 Variable Independiente**

Tenencia compartida

### **.6.2 Variable Dependiente**

Regularización legal de la Tenencia Compartida

## **.7 Objetivos**

### **.7.1 Objetivo General**

Realizar un análisis técnico, jurídico basado en una investigación doctrinaria, legal, jurisprudencial de los efectos de la tenencia compartida, su imposición judicial sin sustento en norma específica y la vulneración del principio esencial de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes.

### **.7.2 Objetivos Específicos**

- Analizar la situación legal y social de niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo la figura jurídica de la tenencia compartida por resolución judicial.
- Determinar consecuencias legales de la Tenencia Compartida y vacío legal pertinente.
- Identificar en qué grado de vulnerabilidad al principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente con la determinación judicial de la tenencia compartida.

## **.8 Justificación**

El tema presentado en la investigación tuvo como fundamento principal el contexto nacional actual sobre la tenencia de niños, niñas y adolescentes en situaciones de divorcios o separaciones. Se tiene conocimiento que dicho proceso involucra a diversos actores como los propios padres y demás familiares, o profesionales como

abogados o jueces, entre otros, que generalmente buscan tomar decisiones que favorezcan a los individuos en disputa. De este modo, la figura jurídica de la tenencia, más allá de ser una acción que proteja y favorezca al niño o adolescente, en ocasiones afecta al Principio del Interés Superior del Niño, ya que los conflictos conyugales, opacan el resguardo de desarrollo integral y armónico que deberían tener los hijos, como principales beneficiarios de esta decisión jurídica; e incluso ciertas actitudes o decisiones de los padres minimizan el punto de vista o sentir del niño o adolescente, formando sujetos con disfunciones físicas, sociales, mentales, espirituales y morales.

Mediante el análisis técnico y jurídico basado en investigaciones de tipo doctrinaria, legal y jurisprudencial, se espera desde una perspectiva teórica, determinar en qué situación se desenvolvería el niño, niña y adolescente, al momento de formar parte de una tenencia compartida, cuáles son los alcances en materia legal, las dificultades y consecuencias en la aplicación de la decisión. Pues se conoce, que en el país existe un vacío legal en el ámbito de la custodia compartida, lo que constituye un perjuicio para los niños y adolescentes, contribuyendo a un mal desarrollo con sus progenitores, a través de la vivencia de experiencias traumáticas que vulneran sus derechos y atentan contra su integridad.

Actualmente, son varias las investigaciones que se han realizado en torno a esta problemática, algunas se enfocan en otro tipo de tenencias, e incluso en su relación con otro tipo de principios. Sin embargo, los hallazgos que se reporten en este estudio servirán como un aporte más en la comunidad académica y científica, que sirva como evidencia de la atención especial que requiere el tema, por parte de los legisladores, principalmente, así como de otros profesionales, para que puedan realizar las reformas necesarias para garantizar los derechos de los niños y adolescentes, en esta situación particular y en otras, según lo estipulado por la Constitución, así como en instrumentos

internacionales. Del mismo modo, son varias las instituciones públicas o privadas, u organizaciones que trabajan alrededor de esta temática y requieren documentos trascendentales, actuales y científicos para fundamentar y materializar sus propuestas o alcances en materia, y con ello cumplir sus propósitos. Por ello, los datos que se reporten en el estudio, constituyen un producto relevante para diversos interesados que necesitan un soporte doctrinario, jurídico y legal, en un contexto nacional, con aporte internacional.

Finalmente, es necesario recalcar que se puede ejecutar una continuación del presente proyecto de investigación, mediante una propuesta dirigida a la ciudadanía en general para que exista la debida capacitación y se tome consciencia sobre los vínculos afectivos, responsabilidad en la crianza y respecto con los hijos e hijas que forman parte de una custodia compartida.

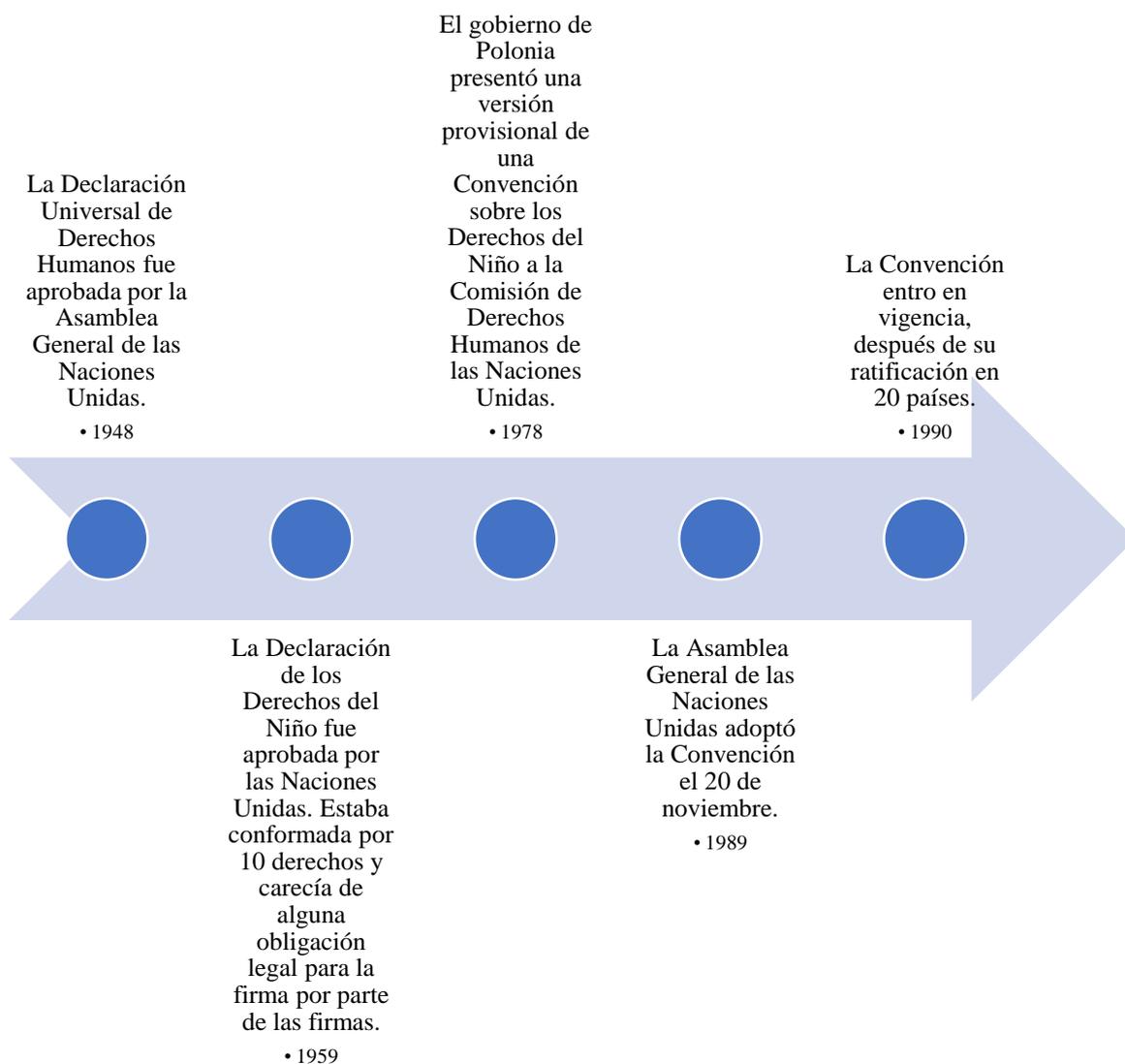
## Capítulo II

### 2. Marco Teórico

#### 2.1 Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

Los Estados se han comprometido a cumplir una declaración de principios que asegura los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a través de su ratificación. Estos derechos se encuentran establecidos en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Defensoría de la Niñez, 2022).

**Figura 1** Historia de la Convención de los Derechos del Niño



**Nota.** Obtenido de UNICEF (2010).

La CDN tiene 4 principios fundamentales (Defensoría de la Niñez, 2022):

1. Principio de «No discriminación»
2. Principio de derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo
3. Principio de participación y ser escuchado
4. Principio de velar siempre por el interés superior del niño

Los Estados que han ratificado la Convención, deben informar de manera regular, sus avances al Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, el que, de ese modo, analiza y comenta aquellos informes, alentando a los Estados a tomar medidas (UNICEF, 2010).

### **2.1.1 Principio del Interés Superior del Niño**

El Principio del Interés Superior del Niño no es algo nuevo y aparece en el derecho internacional se debe al uso generalizado de este principio en los ordenamientos jurídicos nacionales, incluido el derecho anglosajón y el derecho codificado. El análisis comparativo del desarrollo de los derechos del niño en los diferentes ordenamientos jurídicos revela un rasgo unificador: el reconocimiento de los derechos del niño se produce de forma gradual a partir de una primera etapa donde eran personas prácticamente ignoradas por el derecho y solo se protegían las facultades desde el punto de vista jurídico, generalmente de modo discrecional, de los padres. Los intereses de los niños no era un asunto público, por lo que quedaba fuera de la regulación de este tipo de cuestiones (Cillero, 2001).

El espíritu de la Doctrina de la Protección Integral es reflejado por el Principio del Interés Superior del Niño, puesto que se da el reconocimiento de los Derechos Humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Principio del Interés Superior del Niño tiene que ser el criterio y la guía que dirige la toma de decisiones en asuntos relacionados a la infancia, lo que garantizará de manera

igualitaria la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Adicionalmente, este principio constituye el Bloque de Constitucionalidad lo que implica la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando colisionen otros intereses o derechos, es decir dar cumplimiento estricto al principio de la convencionalidad de las normas. También, el Principio del Interés Superior del Niño requiere que los fallos judiciales se sujeten tanto en el fondo como en la forma a los derechos de los niños, niñas y adolescentes expuestos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes (Cangas Oña et al., 2019).

De este modo, al Principio del Interés Superior del Niño se lo considera como una norma sustantiva que prevalece sobre cualquier norma procesal. Bajo esta premisa, los operadores de justicia de todas las instancias deben internalizar los alcances del Principio del Interés Superior del Niño y sopesarlo como base fundamental de todos los fallos judiciales en la rama infantil (Cangas Oña et al., 2019).

#### **2.1.1.1 Factores determinantes**

En una disputa por la custodia, es común que las partes involucradas tengan diferentes perspectivas y opiniones sobre lo que es mejor para el niño, lo que puede generar desacuerdos sinceros. Sin embargo, existen ciertos factores comunes que pueden ser relevantes en casi todas las situaciones de custodia, como, por ejemplo:

- Los deseos del niño;
- La salud mental y física de los padres;
- Las necesidades especiales del niño y cómo cada progenitor las atiende;
- Consideraciones culturales o religiosas;
- La importancia de conservar un entorno familiar estable;

- Otros niños cuya custodia sea relevante para el acuerdo de guarda de este menor;
- La posibilidad del menor de interactuar con su familia ampliada, como sus abuelos;
- Relaciones y dinámicas con otros habitantes del hogar;
- La capacidad de adaptación del menor al entorno escolar y comunitario;
- Género y edad del menor;
- La presencia en el hogar de violencia doméstica;
- Abuso emocional o de la disciplina por parte de los padres;
- Pruebas de los padres de uso excesivo de alcohol, drogas o sexo (FindLaw, 2023).

## **2.2 Garantías de Niños, Niñas y Adolescentes**

Amnistía Internacional (2022) manifiesta que la CDN, que considera como menores a cualquier ser humano menor de 18 años, tiene tres tipos de derechos,

- Derecho a la provisión: Derecho a un medio ambiente saludable, a cuidados sanitarios o a recursos esenciales para un desarrollo físico, espiritual, mental, social y moral óptimo.
- Derecho a la protección: Derecho a la vida, a la convivencia de familia o contra todo tipo de violencia, abuso o explotación laboral.
- Derecho a la participación: Derecho a opinar con libertad o a recibir información, y derecho a una nacionalidad e identidad.

Asimismo, la CDN a diferencia de otras normas internacionales, toma en cuenta con gran claridad y de manera clara los derechos culturales, económicos, y sociales de las niñas y los niños. Los derechos principales son:

- Derecho a la educación, a la salud y a la protección mediante el acogimiento familiar e institucional en casos donde el niño, niña o adolescente no tiene familia o aquella no puede ocuparse de su cuidado.
- Derecho a no ser reclutada o reclutado para la participación en conflictos armados.
- Derecho a la presunción de inocencia y a la justicia.
- Derecho a un nivel de vida adecuado con el fin de tener un pleno desarrollo personal.
- Derecho a las tradiciones culturales, sociales o religiosas que no afecten su salud.

### **2.3 Familia**

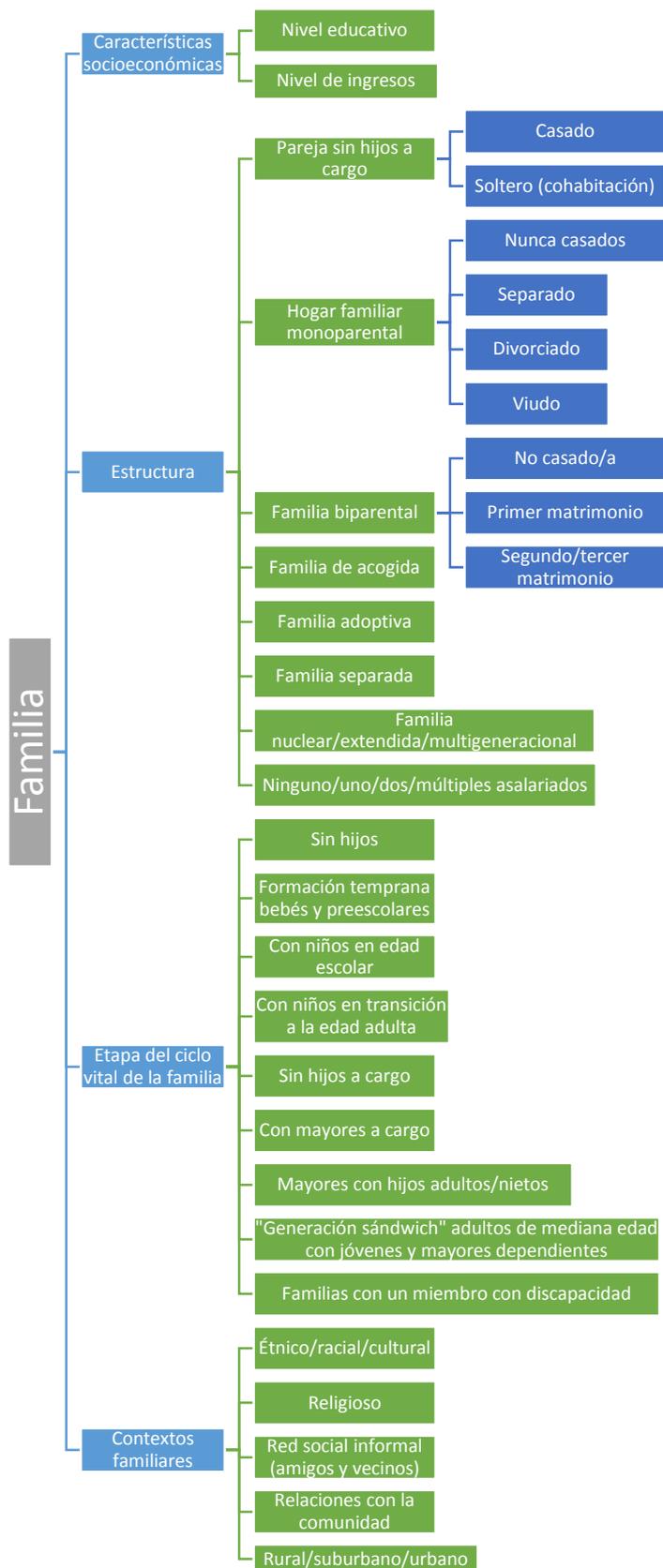
Se dice que la familia es universal porque se encuentra en más sociedades que cualquier otra institución social, incluidas la economía, el Estado, las comunidades religiosas y las organizaciones educativas. Sin embargo, este término universal transmite diversas imágenes. Para algunos, puede traer a la mente la obra del pintor estadounidense Norman Rockwell, vallas blancas y niños y niñas pecosos jugando bajo la atenta mirada de padres cariñosos y ancianos de la comunidad. La palabra familia puede significar algo muy distinto para un afroamericano, un indio americano, un refugiado del sudeste asiático, un padrastro, un padre adoptivo, un casero o un miembro de la junta de urbanismo. La imagen que uno tiene de la familia puede reflejar su posición en el ciclo vital familiar, desde una pareja sin hijos a la "generación sándwich", con personas dependientes jóvenes y mayores, hasta la etapa del "nido vacío" (Wisconsin Family Impact Seminars, 2015).

Una familia es un conjunto de individuos relacionados por nacimiento, matrimonio o adopción que habitan juntos, y se les considera como miembros de una

misma familia. Por ejemplo, si un matrimonio mayor, su hija con su esposo y sus dos hijos, y el sobrino del matrimonio mayor comparten una casa o apartamento, se les considera una sola familia (HRSA, 2022).

Es importante conocer bajo que contexto se produce el hecho de la tenencia, por lo que es importante conocer ciertos aspectos relacionados al constructo de familia, incluyendo las características socioeconómicas, estructura, etapas del ciclo vital y contextos familiares, como se puede visualizar a continuación:

**Figura 2** Constructo de Familia



**Nota.** Obtenido de Wisconsin Family Impact Seminars (2015)

### 2.3.1 Tipos de Familia

La clasificación de la familia ha ido variando con el tiempo, según el desarrollo de la sociedad, por lo que su concepción varía de acuerdo a los contextos en los que se encuentran.

No hay una respuesta correcta o incorrecta cuando se trata de cuál es el mejor tipo de estructura familiar, e incluso una familia nuclear tradicional tiene pros y contras. Si una familia está impregnada de amor y solidaridad, es probable que tenga éxito y prospere. En cualquier tipo de unidad familiar, es fundamental que sus miembros se esfuercen por hacer lo mejor para ellos y para los demás, con el fin de alcanzar el éxito y la felicidad (Blessing Michelle, 2019). A continuación, se puede observar una clasificación tradicional de “familia”:

**Tabla 1** Tipos de familia

Tipo	Descripción
Familia nuclear	La estructura familiar convencionalmente conocida como "familia nuclear" consiste en la presencia de dos progenitores y sus hijos. Históricamente, este modelo de familia ha sido altamente valorado por la sociedad como el más adecuado para la crianza de los hijos. Los niños que crecen en familias nucleares encuentran en la estructura de dos padres una fuente de fortaleza y estabilidad, lo que les permite acceder a mayores oportunidades económicas.
Familia Monoparental	La familia monoparental se caracteriza por la crianza de uno o varios hijos por parte de un solo progenitor. Esta estructura puede estar conformada por una madre soltera con sus hijos, un padre soltero con sus hijos o una persona soltera con sus hijos. La familia monoparental representa el mayor cambio en las estructuras familiares observado en la sociedad contemporánea, con un 25% de los niños nacidos de madres solteras. A pesar de las dificultades financieras y logísticas que puede presentar esta

<b>Tipo</b>	<b>Descripción</b>
	<p>estructura familiar, las familias monoparentales suelen ser unidas y buscar soluciones conjuntas para los desafíos cotidianos, como la distribución de tareas domésticas. La búsqueda de cuidado infantil puede ser un problema en estas familias, ya que solo un progenitor trabaja, lo que puede limitar las oportunidades económicas. Sin embargo, muchas familias monoparentales cuentan con el apoyo de amigos y familiares para enfrentar estas dificultades.</p>
Familia extendida	<p>La estructura familiar extensa implica la convivencia de dos o más adultos que están unidos por lazos de sangre o por matrimonio. En esta estructura, un gran número de parientes comparten el mismo hogar y trabajan juntos para alcanzar objetivos comunes, tales como la crianza de los hijos y la realización de las tareas del hogar. En ocasiones, esta estructura familiar incluye a primos, tíos, tías y abuelos que conviven bajo el mismo techo. La formación de una familia extensa puede estar motivada por dificultades económicas o porque los familiares mayores necesitan cuidados y no pueden estar solos. Las familias extensas son cada vez más frecuentes en todo el mundo.</p>
Familia sin hijos	<p>Aunque comúnmente se asocia la familia con la presencia de niños, existen parejas que deciden no tener hijos o no pueden tenerlos. Estas parejas forman lo que se conoce como la "familia sin hijos", la cual puede ser ignorada por la sociedad debido a que no se ajusta a los patrones tradicionales de la familia. La familia sin hijos se compone de dos personas que viven y trabajan juntas, y en muchos casos, se hacen responsables de cuidar a una mascota o tienen una relación cercana con sus sobrinos y sobrinas.</p>
Familia adoptiva	<p>Más del 50% de los matrimonios acaban en divorcio y muchas personas optan por casarse de nuevo, formando lo que se conoce como una familia ensamblada o mixta. Este tipo de familia involucra la unión de dos familias previas, a través del</p>

<b>Tipo</b>	<b>Descripción</b>
	matrimonio o relaciones previas, creando una nueva unidad compuesta por un nuevo esposo, esposa o pareja y sus hijos. Las familias ensambladas son igual de comunes que las familias nucleares, sin embargo, enfrentan retos distintos, como el período de adaptación y problemas en la disciplina. Para que estas nuevas unidades familiares funcionen sin problemas, es necesario que aprendan a trabajar juntas y con las familias anteriores de sus miembros.
Familia de abuelos	En la actualidad, numerosos abuelos se están encargando de la crianza de sus nietos por diferentes motivos. Alrededor de uno de cada catorce niños es criado por sus abuelos, en situaciones en las que los padres no están presentes en la vida del menor, lo que puede deberse a diversas razones, como la muerte, adicciones, abandono o incapacidad. Para muchos abuelos, la crianza de sus nietos implica tener que buscar empleo o fuentes adicionales de ingresos para poder cumplir con sus responsabilidades.

**Nota.** Obtenido de Blessing Michelle (2019)

### **2.3.2 Separación**

Un acuerdo de separación es un acuerdo privado entre cónyuges que están separados o planean separarse pronto. Este tipo de acuerdo incluye disposiciones acordadas que tratan diferentes cuestiones relacionadas con la separación, como la responsabilidad de pagar ciertas facturas por parte de cada cónyuge, si uno de ellos seguirá viviendo en la casa conyugal o dónde vivirán los hijos. Por lo general, un acuerdo de separación detalla los términos de la separación, la distribución de los bienes, el sustento del cónyuge y, en caso de haber hijos, la custodia y manutención de los mismos (North Carolina Judicial Branch, 2023).

## 2.4 La Tenencia

En la sociedad romana, la tenencia era tan férrea y se la consideraba como una clase de tiranía prácticamente, pues el poder que algunos *pater* familias tenían sobre su descendencia iba más allá de los integrantes de la familia y de la duración de los hijos en mayoría de edad, convirtiéndose en una suerte de control de carácter perpetuo, sin hacer distinción alguna entre hijos ya emancipados y aquellos pequeños en edad, por ello, en la ley de las 12 tablas el poder del *pater* familias era limitado, otorgando un rol de benefactor y provisor (Mero, 2021).

La tenencia de hijos es considerada como una figura legal que da lugar a que se mantengan una relación de convivencia entre los progenitores con los hijos de forma diaria. Esto con el propósito de conferir un cuidado responsable y respectivo en todos los asuntos relacionados con los menores (Landazuri, 2021).

Es necesario tomar en cuenta que la Patria Potestad y la Tenencia, no son las mismas figuras Jurídicas, no obstante, de alguna u otra forma, estas se hallan vinculadas, y tomando en cuenta lo manifestado por la legislación nacional, se tienen reglas que tienen que ser regidas en ambos escenarios. Entre las diferencias más significativas que tienen los términos, y que se encuentran mencionadas en el cuerpo normativo, se puede hacer referencia a la Patria Potestad, la cual es ejercida en conjunto, siendo de ese modo, un derecho constante por parte de los padres, así se encuentran separados. Por otro lado, a la tenencia se la puede considerar como un papel que únicamente ejerce un progenitor, es decir aquella persona que será con quien se encuentren los hijos (Salinas, 2015).

La figura de la tenencia se puede establecer como uno de los atributos que se asocian a la patria potestad con el fin de determinar de a qué padre le pertenecerá la

convivencia física con su hijo o hija, en el caso de que los progenitores ya no puedan convivir juntos en un mismo hogar o ya no deseen (Murillo & Vázquez, 2020).

La tenencia se traduce en la convivencia de los padres con sus hijos; lo cual es una relación fáctica que sirve de eje central para el cumplimiento de los deberes y ejercicio de los demás derechos, y que significa el vivir bajo un mismo techo, la vida en común. Estas relaciones personales entre hijos y padres son fundamentales para la operación de los demás atributos de la patria potestad, pues si no hay ejercicio de la denominada tenencia por parte de la madre o el padre, cómo podría representarlo legalmente, cómo podría estar al frente del proceso educativo, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo por mencionar algunos de los atributos que son conferidos por la patria potestad (Aguilar, 2009).

#### **2.4.1 Tipos de Tenencia**

##### **2.4.1.1 Tenencia unilateral**

Se refiere a la custodia exclusiva, una figura jurídica dentro del derecho de familia en la que solo uno de los padres tiene la responsabilidad de la convivencia diaria con los hijos, mientras que el otro padre tiene asignado un régimen de visitas (Landazuri, 2021).

##### **2.4.1.2 Tenencia compartida**

Corresponde a una figura legal del derecho de familia, en donde los dos padres, en el caso de que se hallen separados o divorciados, se los permite tener una convivencia diaria con sus hijos, apoyándolos y siendo parte de su desarrollo diario y crecimiento (Landazuri, 2021).

#### **2.4.2 La Tenencia Compartida**

Cabe señalar que en este caso, para que pueda existir una aplicación, es imprescindible considerar los escenarios que ocasionaron la disolución de la relación

conyugal y con ello la separación de hecho entre los progenitores, esto porque la tenencia compartida, aunque la tenencia compartida puede permitir que los hijos continúen viviendo de manera normal con ambos padres, es esencial realizar un estudio individualizado en cada caso para asegurar la protección del interés superior del niño o adolescente, como se mencionó anteriormente. Por lo tanto, es necesario considerar ciertos lineamientos o criterios para garantizar una aplicación adecuada de este tipo de custodia, siendo (Paredes & Yovera, 2018):

- Reparto del tiempo del niño o adolescente
- Estabilidad del niño y adolescente
- Edad de los hijos
- Lugar domiciliario de los padres
- Oficio u ocupación de los padres

#### **2.4.2.1 Ventajas y desventajas**

Wolf (2020) manifiesta que la tenencia compartida tiene ventajas y desventajas tanto para el menor como para los padres. Los padres que estén considerando sus opciones de custodia deben tener en cuenta lo siguiente:

##### **Ventajas**

- Los padres que comparten la custodia legal conjunta deben seguir comunicándose entre sí para tomar decisiones conjuntas. Aunque uno o ambos progenitores se muestren reacios al principio, el resultado puede ser muy beneficioso para el menor.
- La interacción auténtica entre los padres, demostrando cómo comprometerse y resolver desacuerdos de manera saludable, suele ser beneficiosa para los niños. A medida que los padres aprenden a colaborar en la crianza de sus hijos, se puede lograr una cierta eficacia en términos

de normas, consecuencias, alimentación, horarios de sueño y otras opciones relacionadas con la crianza.

- La crianza de los hijos es un proceso dinámico. Es probable que haya altibajos. Todas las familias pasan por ello, y cuando ocurre, la aportación de los compadres o allegados no sólo puede ser positiva, sino bienvenida. Esto es especialmente cierto en el caso de decisiones importantes sobre educación y atención médica.

### **Desventajas**

- A menudo es difícil colaborar en decisiones importantes. En realidad, no hay una hoja de ruta sobre cómo debe ser o qué significa el éxito, y hay veces en que resulta poco práctico consultarse antes de tomar una decisión.
- Muchos padres se quejan de que el sistema puede, a veces, ser manipulado. Por ejemplo, cuando uno de los progenitores argumenta que el otro "debe" hacer lo que dice porque comparten la custodia legal.
- Obligar a dos progenitores a colaborar no garantiza que estén de acuerdo o que demuestren una sana capacidad de comunicación en la coparentalidad. De hecho, el 20% de los progenitores afirman experimentar conflictos continuos, como altos niveles de tensión, incapacidad para resolver los problemas, culpabilización y, a veces, incluso agresiones verbales o físicas.

#### **2.4.2.2 Efectos jurídicos de la Tenencia compartida**

Efectivamente, para reflejar las consecuencias jurídicas de la tenencia, en lo que respecta a custodia compartida, es importante que se profundice en algunos aspectos. Como punto de partida se tiene que la tenencia de los hijos la tiene, el padre o los padres

que viven con ellos, y puede ser visto como un derecho que es derivado de la patria potestad, aunque en varias ocasiones aquel último no implique el primero, pues, no necesariamente la vinculación directa del ejercicio de la patria potestad implica ejercer la tenencia diaria de los hijos. Es transcendental aclarar esto, pues aquello genera confusión, por lo que de manera doctrinaria se hicieron dos supuestos (la unidad de domicilio o la convivencia) que indican la tenencia de los hijos (Asimbaya, 2022).

Correa (2016) plantea que los beneficios que se tienen con respecto a la Tenencia Compartida son varios.

Desde un punto de vista general:

- Asegurar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se cumplan adecuadamente.
- Fomentar la responsabilidad en la crianza de los hijos
- Reducir el riesgo de problemas emocionales en los menores durante y después de la separación de los padres.

Desde el punto de vista de la comunidad:

- Reducir el impacto social que surge a raíz de la separación familiar.
- Reducir la necesidad de recurrir a procesos legales para que los padres reconozcan sus obligaciones hacia sus hijos después de una separación.
- Crear un ambiente de respeto y paz entre los padres que hayan disuelto su matrimonio.

Desde el punto de vista del sistema judicial:

- Disminución de la frecuencia de los procesos legales como las pensiones alimenticias, visitas y tenencia.

- Se disponen de los medios jurídicos necesarios para asegurar que todas las partes, especialmente los menores, tengan acceso a sus derechos reconocidos en la Constitución.
- Los órganos de administración de justicia ganan una mayor credibilidad.

## **2.5 Marco Legal**

### **2.5.1 Instrumentos internacionales**

#### **2.5.1.1 Convención de los Derechos de los Niños**

La CDN es un instrumento internacional, que se encuentra vinculado a otros tipos de derechos humanos como aquellos culturales, políticos, sociales, civiles y económicos. La llamada CDN se encuentra conformada por 54 artículos y 2 protocolos facultativos, en los cuales se establecen todos los derechos humanos que un niño debe disfrutar, como son, el derecho a no ser víctimas de malos tratos, el desarrollo pleno, la participación de una manera plena en la vida cultural, familiar y social, la explotación de cualquier tipo y protección frente a peligros (Silva, 2016).

Desde una perspectiva general, se puede decir que la CDN establece que aquellos estados que la han ratificado tienen que asegurar que todos los niños y niñas obtengan beneficios de un conjunto de medidas especiales de asistencia y protección; pues tienen que acceder a salud y educación; deben desarrollar plenamente sus habilidades, personalidad y talentos; se debe asegurar su crecimiento en un ambiente de amor, felicidad y comprensión; recepción de información acerca de la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una manera activa y accesible (UNICEF, 2010).

#### **2.5.2 Legislación ecuatoriana**

Ochoa & Peñafiel (2021) en Ecuador se ha establecido un marco legal que tiene como objetivo garantizar la protección de los derechos de los niños y niñas. Además,

existen una serie de organismos encargados de velar y proteger estos derechos, así como de coordinar y controlar su cumplimiento. Estos son:

- Consejo Nacional de Menores.
- Servicio Judicial de Menores.
- Dirección Nacional de Protección de Menores.
- Brigada de Menores.

Mientras que, conforman el marco legal para el cuidado y la protección de los derechos del niño:

- Constitución de la República del Ecuador.
- Convención sobre los derechos del niño/a y adolescentes.
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Declaración universal de los derechos humanos.
- Código de la Niñez y Adolescencia.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Código de la Salud.
- Código del Trabajo.
- Código Civil.
- Ley de la maternidad gratuita y atención a la infancia.
- Ley de educación y cultura.
- Ley de seguro social.
- Ley sobre discapacidades.

#### **2.5.2.1 Constitución de la República del Ecuador**

En este instrumento legal, destacan el Art. 44 y Art. 69 numeral 1, respectivamente, con respecto al desarrollo de niñas, niños y adolescentes, y la promoción de la paternidad y maternidad responsable. El Art. 44 expresa que se dará

prioridad al desarrollo completo de las niñas, niños y adolescentes por parte del Estado, la sociedad y la familia, y se garantizará que sus derechos sean ejercidos plenamente. El principio del interés superior de los niños será atendido y sus derechos serán considerados como superiores a los derechos de otras personas. Por otro lado, el Art. 69 numeral 1, hace referencia a que tanto la madre como el padre tienen la obligación de cuidar, criar, educar, alimentar, promover el desarrollo integral y proteger los derechos de sus hijos, especialmente cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por otro lado, el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) hace referencia a los derechos de las niñas, niños y adolescentes incluyen tanto los derechos generales que tienen todos los seres humanos como los específicos de su edad. El Estado tiene la obligación de reconocer y proteger su vida desde el momento de la concepción. Además, tienen derecho a ser tratados con integridad física y psicológica, a su identidad, nombre y ciudadanía, a recibir atención médica completa y una nutrición adecuada, a la educación, la cultura, el deporte y la recreación, la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, a participar en la sociedad, a ser respetados en su libertad y dignidad, a ser consultados en los asuntos que les afecten, a ser educados en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades, y a recibir información sobre sus progenitores o familiares ausentes, siempre y cuando no perjudique su bienestar. El Estado también garantizará su libertad de expresión y asociación, y el derecho de los consejos estudiantiles y otras formas asociativas a operar libremente.

#### **2.5.2.2 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

Con respecto a la Corresponsabilidad Parental se tiene que, “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el

cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes” (Código de La Niñez y Adolescencia, 2003, art. 100).

La adjudicación de la tenencia de hijos tiene que seguir las siguientes medidas propuestas en el Art. 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia:

1. Los acuerdos alcanzados entre los progenitores serán respetados siempre y cuando no se descuiden los derechos de los menores involucrados.
2. En caso de falta de acuerdo entre los padres, un juez será el encargado de decidir a quién se confiará la tenencia.
3. La tenencia se otorgará al progenitor que se encuentre en las mejores condiciones, demostrando a su vez estabilidad emocional y madurez psicológica.
4. Si ambos progenitores están en igualdad de condiciones, se preferirá siempre a la madre.
5. Si ninguno de los progenitores es apto para asumir la tenencia, se confiará la responsabilidad a un tutor (Código de La Niñez y Adolescencia, 2003).

En el Título III “De la Tenencia” Art. 118 se tiene acerca de la “Procedencia”, que cuando el juez considere que es mejor para el crecimiento integral del hijo o hija de familia, se le puede confiar el cuidado y crianza a uno de los padres sin afectar la patria potestad conjunta. Esto se realizará siguiendo las reglas establecidas en el artículo 106. Además, el juez también puede confiar la tenencia y atribuir uno o más de los derechos y obligaciones incluidos en la patria potestad, siempre y cuando se considere lo mencionado anteriormente (Código de La Niñez y Adolescencia, 2003).

Con respecto a las “Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia” se establece en el Art. 119 que se puede modificar en cualquier momento las resoluciones

sobre tenencia dictadas por el Juez, sin que produzcan efectos definitivos. En caso de que se compruebe que el cambio de tenencia beneficia el adecuado desarrollo y disfrute de los derechos del hijo o hija de familia, el Juez puede proceder a modificarlas. Sin embargo, en caso de que se trate de un cambio de tenencia, el Juez deberá tomar medidas para evitar que ello afecte negativamente al hijo o hija a nivel psicológico, estableciendo medidas de apoyo tanto para el hijo o hija como para sus progenitores (Código de La Niñez y Adolescencia, 2003).

Finalmente, como parte de esta sección, se tienen los Art. 120 “Ejecución inmediata” y Art. 121 “Recuperación del hijo o hija”, que expresan que las decisiones tomadas con respecto a la custodia del niño, niña o adolescente deben ser cumplidas de manera inmediata. Si es necesario, se utilizará el apremio personal y se allanará el domicilio donde se sospecha que se encuentra el menor. No se permitirá ningún tipo de inmunidad que impida o dificulte la ejecución de la decisión tomada. Y que, si un niño, niña o adolescente es llevado al extranjero de manera ilegal, infringiendo las normas del presente Código y las resoluciones judiciales sobre el ejercicio de la patria potestad y la custodia, los organismos estatales competentes tomarán de inmediato las medidas necesarias para que regrese al país. El juez también puede pedir a los jueces del estado donde se encuentra el menor que tomen medidas para lograr su retorno (Código de La Niñez y Adolescencia, 2003).

### **2.5.2.3 Código Civil**

Los siguientes artículos se enfocan en aquellos contextos de divorcio y separación y de patria potestad:

Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad y no emancipados. Los hijos menores de edad, sin

importar su edad, son considerados hijos de familia, mientras que los padres son denominados padres de familia en relación a ellos (Código Civil, 2005).

Art. 307.- En caso de divorcio o separación de los padres, la patria potestad se otorgará al padre o madre a cuyo cuidado quede el hijo. Sin embargo, los padres pueden acordar mutuamente apartarse de esta regla con la autorización del juez, quien actuará con prudencia y conocimiento de causa (Código Civil, 2005).

### **2.5.3 Caso de estudio**

El Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, en Ejercicio de sus Atribuciones Constitucionales y Legales, emite la Sentencia No. 28-15-IN/21 (2021) en la que:

...se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, en contra el artículo 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. La Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad por el fondo de las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” de las normas impugnadas, por ser contrarias al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 1).

Entre los problemas jurídicos identificados se tienen:

1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?
2. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental? (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 23).

En la sentencia se argumentó que los incisos 2 y 4 del Artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia son inconstitucionales en su esencia, ya que no se alinean con la Constitución, lo que resulta en una falta de coherencia en el sistema jurídico nacional, vulnerando una serie de principios y derechos. Aunque se busca una acción afirmativa, esta resulta incorrecta. Por lo tanto, la Corte llevó a cabo un control abstracto de constitucionalidad, declarando la inconstitucionalidad de estas normas y eliminándolas del sistema jurídico sin la posibilidad de interpretación o alguna forma viable de mantenerlas. Además, se señaló que la preferencia materna es incompatible con el principio de no discriminación e igualdad, el principio de corresponsabilidad parental y el interés superior del menor (Berrones & Guzmán, 2022).

En lo que respecta al principio de igualdad que difiere con la intención del legislativo de instituirlo como una acción que precautele el interés superior del niño a través del mantenimiento del vínculo materno, tomando en cuenta que la madre por el hecho de serlo tiene como función social o posee las capacidades connaturales, siendo por lo general la otorgadora principal de cuidados, la Corte señala que estas normas perpetúan roles de géneros y estereotipos debido a que atribuyen una carga a la madre sólo por el hecho de ser mujer. Por otro lado, a los padres se los cataloga como seres con menos capacidad para ejercer el cuidado de los hijos e hijas, siendo la *ratio decidendi* de esta sentencia la oposición de las normas impugnadas a la igualdad formal. Esto debido a que ocasiona una desventaja para que la tenencia sea entregada, pues el padre tendría que probar que es un mejor cuidador que la madre, a pesar de que los dos sean aptos de manera igualitaria para que se les entregue la tenencia (Berrones & Guzmán, 2022).

Como Decisión de la sentencia se tiene que:

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte

Constitucional resuelve:

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad N°. 28-15-IN.
2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.
3. Disponer que la Defensoría del Pueblo, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA, de conformidad con los criterios desarrollados en esta sentencia.
  - i. La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación de dicho informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de 90 días otorgado para su elaboración.
4. Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses, contados desde la presentación del informe por la Defensoría del Pueblo, continúe el debate del Proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia, siguiendo los parámetros establecidos en el párrafo 249 supra.
  - i. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a

partir de la recepción del informe proporcionado por la Defensoría del Pueblo.

5. Disponer que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.
  - i. Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.
6. Disponer que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW. Disponer que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública. Para justificar el cumplimiento de la disposición, ambas instituciones deberán remitir en un plazo de 8 meses

contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de dicho plan y de su aplicación.

7. Disponer que el Consejo de la Judicatura, en el término máximo de 10 días desde su notificación, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores y defensoras públicas, a través de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados. El Consejo de la Judicatura deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto.
8. Disponer que, durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional, a través del banner principal de dicho portal. Para justificar el cumplimiento de la disposición, el Consejo de la Judicatura deberá remitir en un término de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, a constancia de la publicación en el sitio web institucional. Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.
9. Notifíquese y cúmplase (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, p. 60).

#### **2.5.4 Contexto internacional**

Al igual que cada uno de los intereses que tiene el ser humano de manera individual, los estados de igual manera, no son la excepción, pues han entendido y han llegado a la conclusión de que existen intereses que son generalmente más imprescindibles que otros, como, aquellos que surgen a mediados del siglo XX, con una idea clara de los intereses de los niños adjudicando, como principio jurídico el Interés Superior del Niño (Vizquete, 2016).

A nivel general, se puede mencionar que a nivel mundial existen otros ordenamientos jurídicos que han tratado de manera diferente al régimen de la custodia compartida, con regulaciones individuales. A continuación, se puede observar un cuadro comparativo de algunas legislaciones, que, a pesar de su existencia, aún es complicado poner en práctica lo estipulado, debido al acuerdo que se requiere entre los progenitores.

**Tabla 2** Comparación de régimen de custodia comparativa

<b>Legislación</b>	<b>Nombre de la figura</b>	<b>Regulación expresa o tácita</b>	<b>Leyes que la cobijan</b>
Colombia	Tenencia compartida	Tácita	Constitución Política (Art. 5, 42, 44, 93); Código Civil (Art. 253), Código de la Infancia y la Adolescencia (Art. 8, 10, 14, 23)
Chile	Tuición compartida	Expresa	Ley 20.680 del 13 de junio de 2013: Art. 225 estableciendo que se debe acordar por escritura pública
España	Tenencia compartida	Expresa, a partir de una interpretación realizada por el tribunal supremo de 7 de julio de 2011	Ley 15 de 2005
Francia	Guarda compartida	Expresa	Código Civil, Art. 372-2-11 y 373-2-12
Italia	Custodia compartida	Expresa: regla general	Ley 898/1970, Art. 6
México	Guarda y custodia compartida	Expresa	Código Civil del Distrito Federal
Puerto Rico	Custodia	Expresa	Ley N° 223-211

<b>Legislación</b>	<b>Nombre de la figura</b>	<b>Regulación expresa o tácita</b>	<b>Leyes que la cobijan</b>
	compartida		
Argentina	Tenencia compartida	Expresa	Código Civil (Art. 206, 264); Ley 23512 de 1987 y Ley 26061 de 2005
Estados Unidos, Canadá y Reino Unido	Custodia compartida	Expresa: regla general	Reconocida en la jurisprudencia con el apoyo de asistente social. En Canadá está contenida en el Manual Federal de Soporte para Niños de 1997

**Nota.** Obtenido de Consultorios Jurídicos USFQ (2020)

Haciendo énfasis en lo mencionado anteriormente, en Latinoamérica, son varios los estados que han adoptado en su legislación interna Códigos de Infancia y Adolescencia o Leyes de Protección Integral, excepto Chile; mientras que en otros países se han implementado del mismo modo códigos o leyes donde el interés superior del niño ha sido considerado como un principio rector o parte del articulado, a excepción de los casos de Brasil, Cuba y Honduras (Vizuete, 2016).

Por otro lado, se presenta seguidamente un cuadro de derecho comparado, en donde se tiene a más profundidad el contexto legal y jurídico de tres países, Colombia, Chile y España; con el fin de que se tome como referencia la necesidad de tipificar expresamente la tenencia compartida en el ordenamiento ecuatoriano.

**Tabla 3** Derecho Comparado

<b>País</b>	<b>Legislación</b>
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="607 411 931 443">• Ley N° 1098 de 2008</li> </ul> <p data-bbox="560 485 1966 667">Expide el Código de la Infancia y la Adolescencia; en el Capítulo II – Derechos y libertades; se menciona lo referente a la custodia y cuidado personal en el Art. 23, nombrando que los niños y niñas tienen derecho a una tenencia continua de sus padres, quienes tienen obligaciones de cuidado con ellos.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="607 708 931 740">• Código Civil de 2019</li> </ul> <p data-bbox="560 782 2024 1114">Se establece el Título XII - con respecto a los derechos y obligaciones legales entre padres e hijos. De ese modo se tienen los Art. 253, Art. 256 y Art. 257 que establecen respectivamente que, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos tienen sus progenitores; el progenitor que proporciona dicho cuidado no podrá verse imposibilitado de visitarlo continuamente según disposición del juez; y se declararán los costos de crianza y educación de los hijos legales, según las normas de regulación.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="607 1155 1055 1187">• Código de Procedimiento Civil</li> </ul> <p data-bbox="560 1228 2033 1337">En el Art. 44 se establece acerca del Divorcio que, simultáneamente o antes de la aprobación de la solicitud, el juez establece que los conyugues pueden vivir separados y si son menores de edad, el depósito se pagará en el domicilio</p>

País	Legislación
Chile	<p>de sus padres, familiares o un tercero; además como decisión más adecuada para su protección se encomienda el cuidado de los hijos a uno o ambos cónyuges o a un tercero.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley N° 20.680</li> </ul> <p>Se dieron cambios en la ley civil y autoridades para la protección de la seguridad de los menores en caso de separación de los padres.</p> <p>Art. 225-2. Mediante la formulación e implementación de la atención individualizada, se consideran algunas condiciones como: apego emocional del niño; capacidad de los padres para asegurar el bienestar; obligación al otro padre para la contribución en el cuidado personal; posición de cooperación de los padres; respeto de la opinión del hijo; residencia de los padres; entre otros criterios.</p> <p>Art. 229. Los padres que no cuidan directamente al hijo, tienen la obligación y el derecho de mantener una relación regular y directa con él, con los arreglos que el juez considere conveniente, de ese modo, se considera: edad de los hijos; relación afectiva hijos-padres; plan de cuidado individualizado acordado para el niño; interés superior del niño.</p>
España	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Civil Comercial Art. 641-645</li> </ul>

---

<b>País</b>	<b>Legislación</b>
	Tenencia compartida denominada “Cuidado personal compartido” establece el cuidado personal del niño por sus progenitores. Esto es un avance significativo en reforma, ya que, valoriza la coparentalidad.

---

**Nota.** Obtenido de Naula (2022)

## **Capítulo III: Metodología**

### **3. Método de la investigación**

#### **3.1 Ámbito de estudio**

**Área del Conocimiento:** Ciencias Sociales y Derecho

**Sub-Área del Conocimiento:** Derecho

**Línea:** Justicia y Gobernabilidad

El presente estudio se enfoca en realizar un análisis técnico, jurídico basado en una investigación doctrinaria, legal, jurisprudencial de los efectos de la tenencia compartida, su imposición judicial sin sustento en norma específica y la vulneración del principio esencial de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes. Para ello se planteó el análisis de la situación legal y social de niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo la figura jurídica de la tenencia compartida por resolución judicial; determinación de consecuencias legales de la Tenencia Compartida y vacío legal pertinente; e identificación del grado de vulnerabilidad al principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente con la determinación judicial de la tenencia compartida.

#### **3.2 Tipo de investigación (Metodología)**

La metodología es “Cualitativa” debido a que se trata de interpretar la realidad a través de perspectivas subjetivas, por lo cual se pretende observar a los fenómenos y otorgarles una descripción y comprensión. Para este caso, se busca analizar los efectos de la tenencia compartida, su imposición judicial sin sustento en norma específica y la vulneración del principio esencial de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes.

#### **3.3 Nivel de investigación**

Según el nivel de profundización del objeto de estudio es descriptiva, debido a que determina las características del fenómeno de estudio. Tal como expone Hernández-Sampieri & Mendoza Torres (2018) los estudios descriptivos tienen como fin la

especificación de las características, las propiedades y los perfiles de personas, grupos, comunidades, objetos, procesos o cualquier otro fenómeno que esté sometido a un análisis. Lo que implica que, únicamente se pretende recoger información o medir independiente o conjuntamente acerca de las variables o los conceptos a los que se vinculan, sin relacionarlos. En este caso se extrae la información más relevante para detallarla de manera descriptiva y evidenciar los hechos asociados al tema de investigación.

### **3.4 Método de investigación**

Según el tipo de inferencia es inductivo ya que se realiza una síntesis, es decir se realiza una investigación desde conceptos particulares para llegar a hallazgos generales (Hernández Sampieri & Mendoza Torres, 2018).

También es una investigación pura o teórica ya que se pretende incrementar los conocimientos científicos con relación al tema, sin incluir aspectos prácticos.

### **3.5 Diseño de investigación**

Según el grado de manipulación de las variables es no experimental, debido a que no se pretenden alterar las variables de investigación, sino se demuestra la realidad como es. Tal como expone Hernández-Sampieri & Mendoza Torres (2018), una investigación no experimental no ocasiona ninguna situación, es decir solo se enfoca en la observación de situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quien la realiza. Las variables independientes ocurren sin la posibilidad de que sean manipuladas, y sin el control directo sobre las mismas y sus efectos.

Según el periodo temporal es trasversal o transeccional ya que se analizan las variables en un momento determinado (Hernández Sampieri & Mendoza Torres, 2018); pues el estudio se lo realiza por única vez en el 2022.

### **3.6 Población y muestra**

La población de estudio corresponde a todos los profesionales expertos en materia, que puedan aportar en materia, en la ciudad de Guaranda.

El tipo de muestreo es no probabilístico, de tipo “por conveniencia” debido a que se tomaron en cuenta a personas que estén dispuestas a aportar en la investigación, y tengan disponibilidad.

### **3.7 Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

La técnica de investigación corresponde a la “Entrevista” con el instrumento “Cuestionario” en donde se han desarrollado siete preguntas para que puedan ser solventadas por un abogado.

### **3.8 Procedimiento de recolección de datos**

Para la obtención de información en el presente estudio, se realizó una entrevista a un funcionario público experto en el tema, quien pueda aportar con sus conocimientos al desarrollo de la investigación.

### **3.9 Técnicas de Procedimiento, Análisis e interpretación de Datos**

#### **3.9.1 Entrevista**

La entrevista fue realizada al Dr. Napoleón Ulloa Jara, Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

**Figura 3** Fotografía con el entrevistado



El modelo de la entrevista aplicada puede ser visualizada en el Anexo 1.

## Capítulo IV

### 4. Resultados y Discusión

#### 4.1 Resultados

##### 4.1.1 Presentación de resultados

En base a la entrevista realizada se pueden establecer diversos puntos acerca de la Tenencia compartida. En primer lugar, para el abogado entrevistado, en calidad de juzgador de la figura jurídica de la tenencia compartida, opina que “La tenencia compartida es muy sana para los menores siempre cuando exista el entendimiento de los progenitores y no tratar de lesionar la situación psicoemocional y fisiológica del menor”. Así también no considera el funcionario que en ningún momento la tenencia compartida lesione la formación integral del niño, niña o adolescente, siempre y cuando se asuma con plena responsabilidad por parte de los progenitores, tratando de no lesionar la situación psicomotriz del menor.

Dentro de un proceso para conceder la tenencia compartida, según lo expuesto en la entrevista, lo más importante es el análisis de la oficina técnica la cual está integrada por el psicólogo trabajador social en la parte médica de la unidad de familias, entonces ellos tienen que hacer un estudio de campo y más una entrevista de carácter reservado con el menor o la menor. Y para resolver la manutención de él o la menor cuando se otorga la tenencia compartida, se tiene la determinación de la figura mediante la pensión alimenticia de manera directa satisfactoria según el enumerado 14 literal b del Código de la Niñez y Adolescencia.

Con respecto a, si la tenencia compartida lesiona la estabilidad emocional de los menores, el abogado menciona que no existe tal lesión siempre y cuando los progenitores tomen con mayor responsabilidad el no tratar de afectar la situación emocional de menor, es decir tratar de llevarse con una relación personal cordialidad y

de mucho respeto. Es necesario recalcar que la base legal para conceder la tenencia compartida, se tiene en el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia; y que la edad en la que se toma en cuenta la opinión de los menores de edad en los procesos de tenencia es la oobligatorio desde los 12 años.

#### **4.1.2 Beneficiarios**

##### **4.1.2.1 Beneficiarios directos**

- Niños, niñas y adolescentes
- Padres y madres de familia

##### **4.1.2.2 Beneficiarios indirectos**

- Sociedad
- Funcionarios judiciales

#### **4.1.3 Impacto de la investigación**

El presente estudio tiene un impacto de tipo social y jurídico, pues el tema de la Tenencia Compartida, surge de las relaciones paternas filiales y la corresponsabilidad parental ante los hijos, al momento de la separación. La intervención por parte del Estado, se basa en la garantía que debe existir en los derechos del menor, tal como estipula la Constitución y demás instrumentos, de modo que el juez interviene a favor de los mismos.

De este modo, el impacto social de la investigación se enmarca en un contexto evolutivo y transgeneracional, pues se hace hincapié en los perjuicios que existe a raíz del vacío existencial de la tenencia compartida. Tanto el niño, niña y/o adolescente al carecer de una convivencia materna y paterna igualitaria, se desarrolla con privaciones y desequilibrios que repercuten en su calidad de vida cotidiana, y en sus relaciones futuras. En este sentido, es recordar que niños emocionalmente sanos se convierten en adultos más felices y por ende más funcionales para la sociedad.

Con respecto al ámbito jurídico, se tiene en primer lugar que el impacto de la presente investigación radica en el enunciado de la consideración y garantía de los derechos constitucionales de los niños, los cuales no tienen efecto o no son desarrollados en su totalidad, al no gozar de una tenencia compartida. Incluso partiendo desde un contexto internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño declaran al Principio del Interés Superior del Niño como el criterio que dirige la toma de decisiones en asuntos relacionados a la infancia, para garantizar de manera igualitaria la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Además, siguiendo en esta misma línea, como segundo y último punto, se puede considerar al sistema judicial, como uno de los beneficiarios al considerar el caso de la implementación de la tenencia compartida, pues los procesos de visitas o pensiones alimenticias podrían reducirse considerablemente, aumentando incluso la credibilidad de los órganos de administración de justicia.

#### **4.1.4 Transferencia de resultados**

La transferencia de resultados se la realiza por primera vez en la sustentación de la tesis académica y registro del documento en un repositorio de acceso público, con el fin de propiciar la divulgación del estudio llevado a cabo.

Los aspectos teóricos y originales expuestos en el presente proyecto de investigación constituyen hallazgos que dan apertura a nuevas investigaciones que pueden dar continuidad al tema de la Tenencia Compartida en el Ecuador, con un Proyecto de Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia que incluya aspectos que generan una relación directa y en iguales condiciones del hijo con la madre y el padre.

## Capítulo V

### 5. Conclusiones y recomendaciones

#### 5.1 Conclusiones

- La situación social de niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la figura jurídica de la Tenencia Compartida por resolución judicial se beneficia en el día a día, pues se garantiza una vida más armónica y feliz debido a la presencia de ambos progenitores en su desarrollo. Desde el punto de vista legal, la tenencia compartida garantiza el cumplimiento, en su mayoría, de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que son reconocidos por organismos internacionales y por la Constitución del Ecuador a través de sus diversos instrumentos.
- El vacío legal existente de la Tenencia Compartida evidencia la preferencia de la madre sobre el padre, a pesar del reconocimiento constitucional de la obligación de ambos progenitores en el desarrollo integral, alimentación protección de los derechos de hijos e hijas, aún más cuando se encuentran separados, afectando de ese modo las relaciones familiares.
- El grado de vulnerabilidad al Principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente mediante la determinación judicial de la tenencia compartida, puede ser catalogado como “medio”, pues este principio constituye el criterio y la guía que dirige la toma de decisiones en asuntos relacionados a la infancia, garantizando así, de manera igualitaria la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; los cuales pueden hacerse efectivos parcialmente o incluso carecer de su cumplimiento, al no establecerse un marco legal aprobado de Tenencia Compartida.

## 5.2 Recomendaciones

- Para una situación legal que favorezca a los hijos e hijas en un contexto de separación, así como goce efectivo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, se puede recurrir a una elaboración de un Proyecto de Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, para favorecer la situación de los implicados desde el punto de vista social y legal.
- Los jueces que forman parte de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, deben velar por el cumplimiento del Principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente, mediante acciones y determinaciones responsables que precautelen el derecho de la convivencia familiar de los menores de edad por sobre otros intereses personales o particulares.
- Según lo reconocido en el derecho internacional acerca del Principio de Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente y su manifestación en la Constitución de la República del Ecuador, se deben garantizar los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, respetando los artículos propuestos en todos los instrumentos legales de carácter nacional e internacional, dando la posibilidad a los padres de una convivencia con los hijos en igualdad de condiciones.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Trabajos de investigación*

Aguilar, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad*, 32, 191–197.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>

Aguirre, P. (2015). El principio de interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a su desarrollo integral, en la legislación ecuatoriana [Universidad Regional Autónoma de Los Andes].

<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2172/1/TUIAB047-2015.pdf>

Asimbaya, B. (2022). La custodia compartida y su alcance en la legislación ecuatoriana [Universidad de los Hemisferios].

<http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/1527/1/Tesis%20Bryan%20Asimbaya%2c.pdf>

Badaraco, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Espirales Revista Multidisciplinaria de Investigación*, 2(19), 30–39.

Berrones, S., & Guzmán, S. (2022). Los derechos de niños, niñas y adolescentes a la tenencia compartida de su padre y madre [Universidad de Guayaquil].

<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/64801/1/BDER%20TPrG%20052-2023%20Sheila%20Berrones%20%20-%20Sandra%20Guzm%C3%A1n.pdf>

Cangas Oña, L. X., Iglesias Quintana, J. X., Mosquera Endara, M. del R., & Puerta Martínez, Y. (2019). El interés superior del niño y el estricto respeto al principio de la convencionalidad de las normas. *UNIANDES EPISTEME*, 6(0), 938–951.

<http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1774/1027>

Cedeño, J. A. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo Del Conocimiento*, 7(4), 930–954.

Cillero, M. (2001). El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. In *Derechos de la niñez y la adolescencia: antología* (pp. 31–45).

[http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

Correa, J. (2016). La tenencia compartida y sus efectos jurídicos en la constitución del Ecuador [Universidad de Guayaquil].

<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/12929/1/TESIS%20TENENCIA%20JEFFERSON%20CORREA%20PDF.pdf>

Sentencia No. 28-15-IN/21, (2021).

Gil, A., Fama, M. V., & Herrera, M. (2006). *Derecho constitucional de familia* (E. C. I. y F. Ediar Sociedad Anónima, Ed.; Vol. 1).

Hernández Sampieri, R., & Mendoza Torres, C. P. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta* (Vol. 9). Mc Graw Hill Education. <https://virtual.cuautitlan.unam.mx/rudics/?p=2612>

Landazuri, J. (2021). La vulneración del interés superior del niño por la inexistencia de la tenencia compartida en el Ecuador [Universidad de Guayaquil]. <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/53136/1/Landazuri%20Cuero%20John%20BDER-TPrG%20051-2021.pdf>

Martínez, J. (2017). La vulneración del principio del interés superior del niño y la custodia compartida de los hijos en situaciones de crisis familiar [Universidad de los Hemisferios].

<http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/739/tesis%20word%20universidad%20de%20los%20emisferios.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mero, K. (2021). Tenencia compartida, derechos de los padres o connatural de los niños, niñas y adolescente [Universidad Católica de Santiago de Guayaquil ].

<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/16837/1/T-UCSG-POS-MDDP-92.pdf>

Murillo, C., & Vázquez, J. L. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. *FIPCAEC*, 5, 637–667.

<https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/254/426>

Naula, Y. (2022). La tenencia compartida y la corresponsabilidad paternal [Universidad Nacional de Chimborazo].

<http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/9288/1/Naula%20Anilema%2C%20Y.%282022%29%20La%20tenencia%20compartida%20y%20la%20corresponsabilidad%20paternal..pdf>

Ochoa, L., & Peñafiel, A. (2021). Interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador. *Conrado*, 17(83).

[http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1990-86442021000600422](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442021000600422)

Paredes, A., & Yovera, J. (2018). La tenencia compartida y su influencia en la defensa del interés superior de los niños y adolescentes desde la perspectiva de expertos en el Distrito de San Juan de Miraflores [Universidad Autónoma del Perú].

<https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/445/TESIS%20ANGELO%20R.%20PAREDES%20SOLIS->

[JULIETTE%20P.%20YOVERA%20AREVALO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/445/TESIS%20ANGELO%20R.%20PAREDES%20SOLIS-JULIETTE%20P.%20YOVERA%20AREVALO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Salinas, L. (2015). La custodia compartida como mecanismo para la aplicación del principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes [Pontificia Universidad Católica del Ecuador].

<https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1334/1/76016.pdf>

Silva, A. (2016). La custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas [Universidad Técnica de Ambato].

<https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/18027/1/FJCS-DE-899.pdf>

Vizueté, M. F. (2016). La vulneración del interés superior del menor y la custodia compartida de los hijos en el Distrito Metropolitano de Quito, Parroquia de Calderón, año 2014 [Universidad Central del Ecuador].

<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6877/1/T-UCE-0013-Ab-189.pdf>

Wolf, J. (2020, May 20). Understanding Joint Legal Custody. Verywell Family. <https://www.verywellfamily.com/overview-of-joint-legal-custody-2997666>

### ***Páginas web***

Amnistía Internacional. (2022). Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Amnistía Internacional España. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/menores/>

Blessing Michelle. (2019, July 18). Types of Family Structures. LoveToKnow. <https://family.lovetoknow.com/about-family-values/types-family-structures>

Consultorios Jurídicos USFQ. (2020, June 27). La necesidad de tipificar expresamente la tenencia compartida en el ordenamiento ecuatoriano. Medium. <https://consultoriosjuridicos.medium.com/la-necesidad-de-tipificar-expresamente-la-tenencia-compartida-en-el-ordenamiento-ecuatoriano-7b9b5dbb696f>

Defensoría de la Niñez. (2022). Conoce los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes . Defensoría de La Niñez Chile. <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/conoce-los-derechos-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes/>

FindLaw. (2023). Focusing on the “Best Interests” of the Child . FindLaw. <https://www.findlaw.com/family/child-custody/focusing-on-the-best-interests-of-the-child.html>

HRSA. (2022, February). Definition of Family . Health Resources & Services Administration. <https://www.hrsa.gov/get-health-care/affordable/hill-burton/family>

North Carolina Judicial Branch. (2023). Separation and Divorce . North Carolina Judicial Branch. <https://www.nccourts.gov/help-topics/divorce-and-marriage/separation-and-divorce>

UNICEF. (2010). Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos . UNICEF Chile. <https://www.unicef.org/chile/los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-tienen-derechos>

Wisconsin Family Impact Seminars. (2015). What Is a Family? [https://www.purdue.edu/hhs/hdfs/fii/wp-content/uploads/2015/07/s\\_wifis01c02.pdf](https://www.purdue.edu/hhs/hdfs/fii/wp-content/uploads/2015/07/s_wifis01c02.pdf)

### ***Normas y leyes***

Constitución de la República del Ecuador, Pub. L. No. 0, Registro Oficial 449 (2008). <https://www.cosede.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>

Código de la Niñez y Adolescencia, Pub. L. No. Registro Oficial 737, Ley 100 (2003). [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec)

Código Civil, Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.2005 (2005). <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGOCIVILultmodif08jul2019.pdf>

## ANEXOS

## Anexo 1

Modelo de entrevista



**UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**  
**ENTREVISTA DIRIGIDA AL DR. NAPOLEÓN ULLOA LARA JUEZ DE LA**  
**FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

**Tema:** La tenencia compartida, vacíos legales y la vulneración del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes.

**Objetivo de la entrevista:** Recopilar información necesaria para el trabajo de titulación previo a la obtención del Título de Abogado.

### ENTREVISTA

Preguntas:

1. ¿Qué opinión tiene usted cómo juzgador o juzgadora acerca de la figura jurídica de la tenencia compartida?
2. ¿Considera usted que la tenencia compartida lesiona la formación integral del niño, niña o adolescente?
3. ¿Qué es lo más importante dentro de un proceso para conceder la tenencia compartida?
4. ¿Cómo se resuelve la manutención de él o la menor cuando se otorga la tenencia compartida?
5. ¿Considera usted que con la tenencia compartida se lesiona la estabilidad emocional de los menores?
6. ¿Cuál es la base legal para conceder la tenencia compartida?
7. ¿Desde qué edad se toma en cuenta la opinión de los menores de edad en los procesos de tenencia?