



**UNIVERSIDAD
ESTATAL
DE BOLÍVAR**



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO.**

TEMA:

**“FALTA DE PREVISIBILIDAD JURÍDICA EN EL DICTAMEN DE
RESOLUCIONES DE CUSTODIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD EN EL CANTÓN GUARANDA AÑO
2021”**

AUTOR:

JUAN MIGUEL CERVANTES GARCIA

TUTORA

Dra. Karina Marianela Ruiz Abril

Guaranda-Ecuador

2023

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Dra. Karina Ruiz Abril, en mi calidad de Tutora del Proyecto de Investigación, designada por disposición de Consejo Directivo, bajo juramento **CERTIFICO:** que el señor **Juan Miguel Cervantes Garcia**, egresado de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, ha cumplido con su trabajo de grado previo a la obtención del título de Abogados de los Tribunales y Juzgados de la República; con el tema: **“FALTA DE PREVISIBILIDAD JURÍDICA EN EL DICTAMEN DE RESOLUCIONES DE CUSTODIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD EN EL CANTÓN GUARANDA AÑO 2021”**; mismo que ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por la institución, siendo la misma de su propia autoría, por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando a las interesadas a hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte del jurado respectivo.

Atentamente:

Tutor:



Dra. Karina Ruiz Abril

DERECHOS DE AUTOR

Yo; **Juan Miguel Cervantes García**, portador/r es de la Cédula de Identidad No 1003676598, en calidad de autor y titular / es de los derechos morales y patrimoniales del Trabajo de Titulación: **“FALTA DE PREVISIBILIDAD JURÍDICA EN EL DICTAMEN DE RESOLUCIONES DE CUSTODIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD EN EL CANTÓN GUARANDA AÑO 2021”**

Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN**, concedemos a favor de la Universidad Estatal de Bolívar, una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservamos a mi/nuestro favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo/autorizamos a la Universidad Estatal de Bolívar, para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Digital, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El (los) autor (es) declara (n) que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Autor

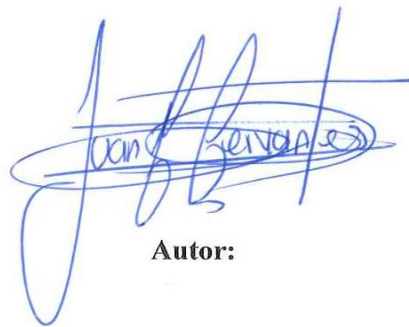


Juan Miguel Cervantes García

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo; **JUAN MIGUEL CERVANTES GARCIA**, egresado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria que el presente Proyecto, con el tema: **“FALTA DE PREVISIBILIDAD JURÍDICA EN EL DICTAMEN DE RESOLUCIONES DE CUSTODIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD EN EL CANTÓN GUARANDA AÑO”**, es de mí autoría, así como las expresiones vertidas en la misma, que se ha realizado bajo la recopilación bibliográfica tanto de libros, revistas, publicaciones, así como de artículos de la legislación ecuatoriana para el presente trabajo investigativo.

Atentamente:



Autor:

Juan Miguel Cervantes Garcia

PROCOLO	2023-10-01-002-P000541
---------	------------------------



**ESCRITURA DE DECLARACION JURAMENTADA
CUANTIA: INDETERMINADA**

**OTORGA: JUAN MIGUEL CERVANTES GARCIA
Factura No. 002-002-000071712
Di dos copias. -**

~~~~~TS~~~~~

En la ciudad de Ibarra, provincia Imbabura, República del Ecuador, hoy día lunes veinte de marzo del año dos mil veintitrés, ante mí, doctora Sandra Rocío Castillo Paguay, Notaria Segunda del Cantón Ibarra, comparece con plena capacidad, libertad y conocimiento, a la celebración de la presente escritura, el señor **JUAN MIGUEL CERVANTES GARCIA**, de estado civil soltero, por sus propios derechos.- El compareciente declara ser de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Ibarra, hábil en derecho para contratar y contraer obligaciones, a quien de conocerle doy fe, en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación cuya copias fotostáticas adjunto al igual que los Certificados Electrónicos de Datos de Identificación Ciudadana, éstos impresos con pleno conocimiento y autorización del compareciente, documentos que son agregados a petición de parte y como documentos habilitantes al presente instrumento.- Advertido el compareciente por mí la Notaria de



los efectos y consecuencias de esta escritura, así como examinado que fue en forma aislada y separada de que comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, me pide que eleve a escritura pública la siguiente declaración juramentada: YO, JUAN MIGUEL CERVANTES GARCIA, portador de la cédula de ciudadanía número: 1003676598, mayor de edad, estado civil soltero, domiciliado en la ciudad de Ibarra, provincia Imbabura, bajo mi exclusiva responsabilidad y bajo juramento declaro que: ACTUALMENTE ME ENCUNETRO EGRESADO DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR. ADEMAS DECLARO QUE EL PRESENTE PROYECTO, CON EL TEMA “ FALTA DE PREVISIBILIDAD JURIDICA EN EL DICTAMEN DE RESOLUCIONES DE CUSTODIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD EN EL CANTON GUARANDA AÑO 2021, ES DE MI AUTORIA, ASI COMO LAS EXPRESIONES VERTIDAS EN LA MISMA, YA QUE SE HA REALIZADO BAJO LA RECOPIACION BIBLIOGRAFICA TANTO DE LIBROS, REVISTAS, PUBLICACIONES, ASI COMO DE ARTICULOS DE LA LEGISLACION ECUATORIANA PARA EL PRESENTE TRABAJO INVESTIGATIVO.- El compareciente declara que para futuras notificaciones señala su domicilio ubicado en Ibarra, Av. El Retorno, provincia

Imbabura; teléfono: 0963282145; correo electrónico:  
juanitocervantes19@gmail.com.- Es todo cuanto puedo

declarar en honor a la verdad.-

HASTA AQUI

LA PRESENTE DECLARACION JURAMENTADA.

Para el otorgamiento de esta declaración juramentada cuya cuantía es

indeterminada, se observaron todos los preceptos legales del caso.

leído este instrumento íntegramente por mí la Notaria al compareciente,

aquel se afirma, ratifica y firma en unidad de acto. De todo lo que doy fe.



JUAN MIGUEL CERVANTES GARCIA  
C.C. 10036765948

DRA. SANDRA ROCIO CASTILLO PAGUAY  
NOTARIA SEGUNDA DEL CANTON IBARRA

### Document Information

---

|                   |                                     |
|-------------------|-------------------------------------|
| Analyzed document | tesisJuanCervantes.pdf (D161465307) |
| Submitted         | 3/19/2023 5:21:00 PM                |
| Submitted by      |                                     |
| Submitter email   | jucervantes@mailes.ueb.edu.ec       |
| Similarity        | 5%                                  |
| Analysis address  | kruiz.ueb@analysis.orkund.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.                     |





## **DEDICATORIA**

A mis abuelitos, mi madre, mis hermanos. Quienes han sido el motor de fuerza y mi voz de aliento para continuar y concluir esta etapa de mi vida. Los mismos que me han visto dar paso a paso, incluso cuando me he caído y me han levantado. En especial a mis abuelitos Juanito y Marujita, sin Uds. No sería nada. Esto va por ustedes mis personas favoritas.

*Juan Miguel*

## **AGRADECIMIENTO**

Primero agradecer a Dios por la bendición y la oportunidad de seguir adelante, día a día  
con su bendición

A mi familia por un Dios pes pague por creer en mí y no dejarme solo nunca. En  
especial a mi hermana, amiga y confidente Carla.

A mi Universidad Estatal de Bolívar y su planta de docentes en la Facultad de derecho,  
por forjarme como un profesional del Derecho.

A la familia Cervantes Bonilla, por acogerme en su morada y hogar hacerme sentir parte  
de ellos, gracias Mary por los consejos, ser una guía en toda esta travesía.

A mi tutora de tesis la Dra. Karina Ruiz por ser la persona responsable de mi  
compromiso y entrega, además de ser como una madre y amiga.

A mis amigos que me han enseñado el valor de una amistad llevándola a una hermandad  
de vida siendo esta etapa una de las mejores aventuras de vida.

Gustavo tapia, Mabe Noguera, Kizy Quiñonez, Joselyn Torres, Patricio Rivera. Son  
esas personas que siempre recordare.

Por ultimo a mi persona, por nunca rendirme, continuar y seguir este trayecto que recién  
empieza.

A todos muchas gracias

**Juan Miguel Cervantes Garcia**

## INDICE

|                                                                                                            |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA</b> .....                                                                      | I    |
| <b>DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA</b> .....                                            | II   |
| <b>DEDICATORIA</b> .....                                                                                   | III  |
| <b>AGRADECIMIENTO</b> .....                                                                                | VIII |
| <b>TEMA</b> .....                                                                                          | XI   |
| <b>CAPITULO I</b> .....                                                                                    | 1    |
| <b>1. PROBLEMA</b> .....                                                                                   | 1    |
| 1.1. Título .....                                                                                          | 1    |
| <b>1.2. Resumen</b> .....                                                                                  | 1    |
| Abstract .....                                                                                             | 3    |
| 1.3. Introducción .....                                                                                    | 5    |
| 1.4. Planteamiento del Problema .....                                                                      | 7    |
| 1.5. Formulación del Problema .....                                                                        | 8    |
| 1.6. Hipótesis.....                                                                                        | 8    |
| 1.7. Variables.....                                                                                        | 8    |
| <b>1.7.1. Variable Independiente</b> .....                                                                 | 8    |
| <b>1.7.2. Variable Dependiente</b> .....                                                                   | 8    |
| 1.8. Objetivos .....                                                                                       | 9    |
| <b>1.8.1. Objetivo General</b> .....                                                                       | 9    |
| <b>1.8.2. Objetivos Específicos</b> .....                                                                  | 9    |
| 1.9. Justificación .....                                                                                   | 9    |
| <b>CAPITULO II</b> .....                                                                                   | 11   |
| <b>2. MARCO TEÓRICO</b> .....                                                                              | 11   |
| <b>2.1. La Previsibilidad Jurídica</b> .....                                                               | 11   |
| <b>2.2. El Principio de Protección Integra y el Derechos a la Integridad personal de los Menores</b> ..... | 13   |
| <b>2.3. La Tenencia Compartida</b> .....                                                                   | 15   |
| <b>2.4. Las Resoluciones Judiciales en materia de Tenencia de menores</b> .....                            | 18   |
| <b>2.5. La Tenencia Compartida de Menores con Discapacidad</b> .....                                       | 20   |
| 2.6. Marco Legal.....                                                                                      | 22   |
| <b>2.6.1. Constitución de la República del Ecuador 2008</b> .....                                          | 22   |
| <b>2.6.2. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia</b> .....                                             | 25   |

|                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------|----|
| <b>CAPITULO III</b> .....                                   | 27 |
| 3. METODOLOGÍA.....                                         | 27 |
| <b>3.1.1. Método de la Investigación</b> .....              | 27 |
| <b>3.1.2. Tipo de Investigación</b> .....                   | 28 |
| <b>Técnicas e Instrumentos de Investigación</b> .....       | 28 |
| <b>Criterio de Inclusión y Criterio de Exclusión.</b> ..... | 29 |
| <b>3.1.3. Población y Muestra</b> .....                     | 29 |
| <b>3.1.4. Localización geográfica del estudio</b> .....     | 29 |
| <b>CAPITULO IV</b> .....                                    | 30 |
| 4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....                              | 30 |
| <b>4.1. Resultados</b> .....                                | 30 |
| <b>Discusión</b> .....                                      | 46 |
| <b>CAPÍTULO V</b> .....                                     | 49 |
| 5. Conclusiones y Recomendaciones .....                     | 49 |
| <b>5.1. Conclusiones</b> .....                              | 49 |
| <b>5.2. Recomendaciones</b> .....                           | 50 |
| BIBLIOGRAFÍA .....                                          | 51 |

**TEMA:**

**FALTA DE PREVISIBILIDAD JURÍDICA EN EL DICTAMEN DE  
RESOLUCIONES DE CUSTODIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y  
ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD EN EL CANTÓN GUARANDA AÑO  
2021**



# CAPITULO I

## 1. PROBLEMA

### 1.1. Título

“FALTA DE PREVISIBILIDAD JURÍDICA EN EL DICTAMEN DE RESOLUCIONES DE CUSTODIA COMPARTIDA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD EN EL CANTÓN GUARANDA AÑO 2021”

### 1.2. Resumen

El presente trabajo de investigación está encaminado a realizar un análisis objetivo y pormenorizado de la figura jurídica de custodia compartida en materia de niñez y adolescencia con esencial enfoque en los casos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, quienes necesitan especial atención conforme a su realidad y a su particularidad.

Esta investigación nace desde la interrogante de si el juzgador o la juzgadora cuentan con las herramientas técnico jurídicas para poder resolver en este tipo de casos; cuya decisión no solo debe ser una imposición sino debe basarse en un análisis pormenorizado de cada caso, atender la necesidad del menor, su opinión, sus deseos en el caso que sea posible, valorando en justa medida sus derechos.

La custodia ha pasado a ser un tema complejo en las ciencias jurídicas dada las transformaciones de la familia y las nuevas relaciones que se establecen entre los ex cónyuges, prevaleciendo el interés superior del niño y el respeto pleno al derecho a desarrollarse en un ambiente equilibrado, sano y que potencialice sus capacidades físicas,

psicológicas y mentales. Coinciden la Convención de Derechos del Niño y el Código de la Niñez y Adolescencia el derecho del niño a contar con ambos progenitores con la salvedad de aquellos casos en los que dicha relación pueda significar un riesgo físico, psicológico y mental del menor

La propuesta constituye en plasmar en una investigación la falta de previsibilidad jurídica al momento de dictaminar judicialmente en casos de tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, que conforme lo determina la constitución se encuentran en estado de doble vulnerabilidad y requieren especialísima atención y protección. Tomando en cuenta que la Convención de los Derechos del Niño, La Convención de Personas con Discapacidad, La Constitución de la República determina la obligación del estado en crear medidas de protección entrelazadas con políticas públicas que propendan a la protección integral de niñas, niños y adolescentes con discapacidad.

La metodología de la investigación de tipo cualitativa, con el método dogmático e interpretativo de la norma constitucional y legal, pues a través de estos métodos se ofrece una respuesta al problema tratado a partir de lo que cree la mejor reconstrucción posible permitida por el material jurídico que tiene a disposición; además Los hechos o fenómenos sociales estudiados en este trabajo son medibles y cuantificables mediré y estableceré relaciones causales entre las variables, para explicar el problema de estudio y la realidad social actual

**Palabras Claves:** Previsibilidad jurídica, Discapacidad, Tenencia Compartida, Principio de Equidad, Inclusión

## **Abstract**

This research work is aimed at carrying out an objective and detailed analysis of the legal figure of joint custody in matters of childhood and adolescence with an essential focus on the cases of children and adolescents with disabilities who need special attention according to their reality and their particularity.

This investigation is born from the question of whether the judge has the technical and legal tools to resolve this type of case, whose decision should not only be an imposition but should be based on a detailed analysis of each case, meet the needs of the minor as well as its opinion and wishes as much as possible, valuing its rights to a fair extent.

In legal sciences, custody has become a complex issue taking into account the family transformations and the new relationships established between the ex-spouses, prevailing the best interest of the child and full respect for the right to be developed in a balanced and healthy environment that enhances their physical, psychological and mental capacities. The Convention on the Rights of the Child and the Childhood and Adolescents Code, coincide with the right of the child to have both parents, except for those cases in which said relationship may mean a physical, psychological and mental risk for the minor.

The proposal seeks to capture in an investigation the lack of legal predictability at the time of judicial ruling in cases of shared custody of children and adolescents with disabilities, who, as determined by the constitution, are in a state of double vulnerability and require special attention and protection; taking into account that the Convention on the Rights of the Child, the Convention on Persons with Disabilities and the Constitution of the Republic determine the obligation of the State to create protection measures intertwined with public policies that promote the comprehensive protection of children and adolescents with disability.

The research methodology is qualitative, with the dogmatic and interpretive method of the constitutional and legal norm, since through these methods an answer to the problem treated is offered from what produces the best possible reconstruction allowed from the legal material that might be available. In addition, since the facts or social phenomena studied in this work are measurable and quantifiable, I will measure and establish causal relationships between the variables to explain the study issue and the current social reality.

**Keywords:** Legal predictability, Disability, Shared Custody, Principle of Equity, Inclusion

### **1.3.Introducción**

La Tenencia compartida nació originalmente en Inglaterra, posteriormente se extendió a Francia, Canadá y América del Norte en donde se desarrolló a gran escala, poco a poco se fue posicionando en las legislaciones de Latinoamérica como Chile, Argentina, Colombia, México por su puesto también en Ecuador en donde no existe norma específica implantada en la norma, pero existe pronunciamiento de la Corte Constitucional y jurisprudencia que han sustentado las decisiones judiciales. Más sin embargo en el caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad no se ha tomado en cuenta factores indispensables que permitan a estas personas con doble vulnerabilidad una protección integral de tipo físico, psicológico, emocional.

Con los antecedentes anotados nace el interrogante de que sucede con los niños con discapacidad cuando se separan su padres, que pasaría si se dictamina la custodia compartida, la responsabilidad en medicina, terapia, etc como se la haría cuales serían las especificadas de cada caso pues no existe previsibilidad en la ley en estos casos

El artículo 35 de la Constitución de la República reconoce a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria; así también el artículo 44 garantiza su interés superior y el desarrollo integral , entendido como el proceso de crecimiento , maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades , potencialidades y aspiraciones en un entorno familiar, escolar , social y comunitario de afectividad y seguridad , en el cual el Estado, la sociedad y familia cumplen un rol protagónico.

La importancia de investigar, analizar el tema cerca de la falta de previsibilidad en la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes es trascendental desde lo jurídico ya que esto aporta el ordenamiento social, determina reglas, protocolos que permitan un mejor manejo de la ley; y, en el caso de los juzgadores y juzgadoras les permite ser más



objetivos al momento de decidir acerca de un determinado caso; más relevante aun tratándose de seres humanos en condición de doble vulnerabilidad y protegidos por tratados internacionales y la Constitución de la República considerados como grupos de atención prioritaria.

La base de este trabajo investigativo es dejar constancia de la inexistencia de normas claras en los casos de tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes con discapacidad que aseguren su desarrollo integral, su cuidado específico conforme a cada caso, en virtud de que son varias las discapacidades que se puede presentar en un ser humano ya sea de tipo intelectual, físico, psicológico y que obviamente trascienden al campo de lo emocional, siendo la estabilidad lo que en muchos casos apoya a su terapias, cuidado para mantener un buen nivel de vida en condiciones aceptables. Siendo el padre y la madre los responsables por velar por el cuidado y protección de los hijos hay mayor grado de responsabilidad en un hijo o hija con discapacidad puesto que en la mayoría de los casos pasaran toda su vida en condición incapacitante y serán dependientes de un progenitores hasta sus últimos días.

Es importante proponer una normativa que asegure el bienestar integral y se proyecte a futuro del cuidado, protección parental de los progenitores de este grupo de atención prioritaria, asegurando bienestar y mejor nivel de vida.

#### **1.4. Planteamiento del Problema**

Hace casi ya una década en el Ecuador los juzgadores y las juzgadoras en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia en varios casos de divorcio en donde hay hijos menores de por medio vienen dictaminando una tenencia compartida la que es comprendida como un ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental con respecto a la crianza, cuidado y protección de los hijos; puesto que es necesario prever la desprotección a los hijos; además se lo ha hecho tratando siempre de que el menor tenga relación parental con su padre y madre ya que se disuelve el vínculo matrimonial pero no los lazos de familia entre padres e hijos. Estas decisiones judiciales se las adopta por pedido de las partes en conjunto, pedidos individuales o inclusive en algunos casos por una imposición judicial basada en informes técnicos que muchas veces no transparentan la realidad de los menores de edad.

En el caso de niñas, niños u adolescentes con discapacidad física o intelectual no existe procedimientos específicos especiales que permitan velar por el bienestar del menor puesto que la ley vigente tanto en niñez y adolescencia como en discapacidades no plasma en su contenido disposiciones que permitan proteger íntegramente la salud y el bienestar de estos menores; en Ecuador existen un gran número de niños con autismo, síndrome de down, síndrome de Digioere, parálisis y otras condiciones más que en la mayoría de los casos acompañaran toda la vida al ser humano; bajo este contexto se presenta en derecho una necesidad de proteger legalmente a estas personas con doble vulnerabilidad más aún si se trata de decidir judicialmente sobre la responsabilidad parental y el desarrollo integral del ser humano desde su temprana edad.

Uno de los factores a tomar en cuenta como primordial es el bienestar integral del menor lo que involucra cuidado emocional, psicológico, afectivo y físico por sus condiciones, además hay que tomar en cuenta que en los casos en los que se le concede el poder total y absoluto ya sea a la madre o al padre; poder que emana de la misma ley y que muchas veces se convierte en medio de manipulación del uno al otro colocando en medio a los niños, niñas y adolescentes quienes posteriormente pueden presentar graves secuelas psicoafectivas y emocionales.

### **1.5. Formulación del Problema**

¿Existe vulnerabilidad de los derechos prioritarios de niños, niñas y adolescentes en su desarrollo integral y protección por la falta de previsibilidad jurídica en los dictámenes que resuelven causas acerca de tenencia compartida en estos casos de doble vulnerabilidad?

### **1.6. Hipótesis**

¿La previsibilidad jurídica al momento de crear, aprobar y promulgar la norma protegería de manera efectiva los derechos de niños, niñas y adolescentes con discapacidad al momento que judicialmente se tenga que resolver sobre su situación parental?

### **1.7. Variables**

#### **1.7.1. Variable Independiente**

Derechos de niños, niñas y adolescentes

#### **1.7.2. Variable Dependiente**

Previsibilidad jurídica

## **1.8. Objetivos**

### **1.8.1. Objetivo General**

Analizar la falta de previsibilidad jurídica en el dictamen de Resoluciones judiciales en los casos de Custodia compartida de niñas, niños y Adolescentes en el Cantón Guaranda, causas y consecuencias.

### **1.8.2. Objetivos Específicos**

- Análisis pormenorizado de la normativa legal que determina la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes
- Determinar los mecanismos que utiliza el juzgador o la juzgadora para dictaminar una resolución en los casos de custodia compartida de niños, niñas y adolescentes con discapacidad.
- Proponer una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en lo que respecta a especificar los parámetros de tenencia compartida en casos de niños, niñas y adolescentes con discapacidad

## **1.9. Justificación**

En lo que respecta al bienestar integral de niños, niñas y adolescentes poco o nada se ha dicho; puesto que la ley prevé legalmente con quien van a quedarse, como será la tenencia custodia, alimentos, etc; pero no existe previsibilidad con respecto al Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente y la figura jurídica de la Tenencia Compartida; peor aún en los casos de menores con discapacidad.

Está figura que aparece como una novísima forma de aplicabilidad de los derechos de los progenitores más que de los hijos y las hijas, puesto que nunca se realizó un análisis a fondo de las consecuencias que la aplicabilidad de esta tendría en el desarrollo de los menores; por ejemplo cuan invasivo es que cada mes cambien de ambiente, qué sus reglas

varíen dependiendo con quien estén, qué su comportamiento no guarde armonía constante y muy por el contrario este sujeto a cambios psicológicos, emocionales, conductuales constantemente, la afectación que esto puede producir en un ser humano en etapa de crecimiento, la más importante en el desarrollo personal pues es aquí en donde se van sembrando las bases de la personalidad humana, sus comportamientos futuros dependen de su desarrollo inicial hasta la pubertad.

Los juzgadores y las juzgadoras en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia si bien cuentan con un equipo técnico que es parte de la unidad judicial para levantar información relevante que apoya a la toma de resoluciones en casos de tenencia, no tienen un soporte legal que proteja a niños, niñas y adolescentes de manera integral, pues nunca se dictamina visitas periódicas de un cuerpo técnico psicólogos, visitadores sociales, médicos, etc. Se dictamina y todo sigue sin cumplir esa función básica de protección, seguimiento y cuidado.

La necesidad de realizar este trabajo de investigación radica en dejar una base documental que sirva para proponer la implementación de normativa que regule la Tenencia Compartida con énfasis en el Interés Superior del Niños y su desarrollo Integral saludable tanto física, psicológica y emocional con especial énfasis en menores con discapacidad; para lo cual es necesario una revisión de la norma, la doctrina y una investigación de campo que nos permita tener una visión objetiva del tema propuesto.



## CAPITULO II

### 2. MARCO TEÓRICO

#### 2.1. La Previsibilidad Jurídica

La autora Isabel Lifante Vidal en su libro: “Seguridad Jurídica y Previsibilidad”, dice: “Con el término «previsibilidad» hacemos referencia a la cualidad de aquello cuyo acontecimiento puede ser conocido o conjeturado anticipadamente. Y es usual caracterizarla como una propiedad graduable, es decir, que puede presentarse en mayor o menor medida” (LIFANTE, pág. 90)

Parafraseando a la autora es necesario puntualizar que es necesario ser conscientes de una importante característica de la previsibilidad: se trata de una propiedad que se proyecta en diversas dimensiones, cada una de las cuales resulta a su vez graduable, dependiendo de la relevancia que está normativa tenga para proteger un derecho, en el caso de los menores de edad cobra protagonismo por tratarse de un grupo de atención prioritaria cuyos derechos están protegidos por el Interés Superior consagrado en la Constitución y en la Ley.

Para Isabel Lifante en la previsibilidad jurídicas deben destacarse al menos tres dimensiones: “1) una dimensión objetiva: ¿qué se puede prever?; 2) una dimensión subjetiva: ¿quién puede prever?, y 3) una dimensión temporal: ¿hasta cuándo se puede prever? Cada una de estas dimensiones justifica distintas exigencias: precisión, accesibilidad y estabilidad”. (Lifante, pág. 146)

La autora determina que la previsibilidad tiene aspectos que deben ser tomados en cuenta como la objetividad en lo que se plantea prever, la temporalidad como aspecto básico que en varios casos puede ser de manera indefinida; entonces es necesario que se

legislar pensando a futuro teniendo en cuenta consideraciones importantes de tiempo, espacio y el espectro que abarca la previsibilidad jurídica.

Tanto Francisco LAPORTA como Liborio HIERRO han argumentado en numerosas ocasiones sobre la relevancia moral del imperio de la ley, considerándolo un ideal ético-político al servicio de la autonomía personal. Los autores hacen referencia a que se debe plasmar en la ley no solo enunciados teóricos sino delimitar requisitos claros, procedimientos que permitan ejecutar objetivamente las disposiciones legales.

Francisco LAPORTA ha señalado que la existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva. Y, en este sentido, afirma que «la fundamentación moral de todo el complejo mundo de normas e instituciones que constituyen lo que hoy designamos con el concepto de imperio de la ley no es otra que una apuesta moral implícita a favor de la autonomía personal» (LAPORTA, 2007: 18).

La importancia del enunciado del autor Francisco Laporta está orientado a la esencia de la previsibilidad jurídica para garantizar el desarrollo social a través de los tiempos, atendiendo el desarrollo y las necesidades sociales que se van presentando en el día a día en los grupos sociales.

Por su parte, Liborio HIERRO ha señalado, en un sentido muy similar:

“Que la seguridad que un ordenamiento jurídico eficaz ofrece a sus destinatarios es el primer instrumento de la posibilidad de actuar libremente

La práctica de la equidad permitirá que las decisiones sean conforme a las expectativas y a las necesidades, solo entonces se hará que el derecho sea más previsible.

- La regularidad y previsibilidad de la aplicación de las reglas en el conjunto del sistema jurídico.
- El derecho más previsible,
- Aflojando las constricciones sobre las resoluciones judiciales y que pueden estar consagradas en la ley.
- Conflicto de la seguridad jurídica con otros valores en particular con la igualdad material, la libertad, la justicia social, la protección integral, la progresividad de derechos y la equidad” (HIERRO, 2003: 219).

Seguridad jurídica, certeza de la juridicidad y predictibilidad; esto es lo que se plantea; que es necesario plasmar necesidades sociales en la ley, como en el caso de la tenencia compartida; una vez que ya se a legalizado en las normas internacionales y es aplicada en la justicia ordinaria nacional; es necesario que ya exista con anticipación lineamientos reales y concretos para brindar la tan ansiada Seguridad jurídica.

## **2.2. El Principio de Protección Integra y el Derechos a la Integridad personal de los Menores**

El derecho a la vida nace del atributo mismo de los seres humanos de ser seres vivos, por lo que es un derecho fundamental, sin embargo, existen otros derechos que se relacionan directamente con el mismo; el derecho a la integridad personal es uno de ellos, lo cual supone la garantía de una vida libre de violencia, ya sea esta física, psíquica, moral o sexual, y, además, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles inhumanos o degradantes. En este sentido, es obligación del Estado emitir

y adoptar todas aquellas medidas que garanticen el derecho a la integridad personal (Defensoría del Pueblo, 2014).

Conforme lo establecido en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) de la ONU, el derecho a la integridad comprende entre otros que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

El Art. 66 numeral 3, la Constitución de la República (2008) vigente reconoce y garantiza a las personas, el derecho a:

“1. La integridad física, psíquica, moral y sexual.

2. Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

3. La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.

4. La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Conforme a la norma constitucional el Código de la Niñez y Adolescencia (2020) en su Art. 50 manifiesta que el derecho a la integridad personal, “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica,

cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes”.

La teoría o doctrina de la Protección Integral al infante, adoptada en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y elevada a norma constitucional por parte del Estado ecuatoriano, toma su origen en las acciones conjuntas de los entes públicos y privados con el objetivo de lograr que se reconozcan los derechos humanos a niños, niñas y adolescentes, además que estos se visibilicen y atraviesen todos los ámbitos de relación en los que se desenvuelven. Implica el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como titulares plenos de derechos, con una condición de sujetos cuya personalidad se halla en pleno desarrollo (Moreno, 2011).

### **2.3.La Tenencia Compartida**

La tenencia procede cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad; aun cuando estas decisiones muchas veces no son las más apropiadas; por lo que la legislación debiera ser revisada para brindar este otorgamiento al padre o la madre que posea una adecuada salud física y mental acorde a las necesidades del hijo o hija y garantizando la plena protección de sus derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad

Valladares afirma “que la necesidad de vivir en familia que tiene el ser humano se acrecienta ante el carácter eminentemente psicológico que tiene la relación niño-adulto durante todo el proceso en el cual crece y deviene la personalidad. Los adultos que se ocupan del cuidado del niño y que constituyen su familia, garantizan que se produzcan los procesos psicológicos que intervienen en el desarrollo de la personalidad, así como en la identidad del yo, la socialización y la autonomía”(Valladares, 2008,pás 47).

Según el Estudio de Chunga, sobre tenencia en el campo jurídico esta se refiere al poder que tienen los padres o guardadores sobre sus hijos o sobre el niño, niña o adolescente que se encuentre en su poder, además consiste en un derecho para tener consigo a sus hijos y en algunos casos podría otorgarse dicho derecho a quién tiene legítimo interés. (Chunga, 2000, pág. 124)

El jurista Rodrigo Saltos Espinoza, en su obra *La conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*: “La tenencia es la permanencia de los hijos con sus padres quienes le proporcionan los cuidados necesarios y suficientes a fin de garantizar una crianza, crecimiento y desarrollo físico y mental normal de los menores. Es un derecho que tienen solamente los padres para criar, cuidar, alimentar, educar proteger a sus hijos que permanecen con ellos. Cuando no existen sus padres, por ausencia, muerte, incapacidad física o mental, el juez procederá a nombrar a un tutor para cuide los intereses del menor de edad.” (Saltos, 2011, pág. 375)

Cristóbal Pinto Andrade, expone como fundamento: “Al tiempo de regular la guarda compartida, se tiene que atender a dos aspectos muy importantes, el tiempo y el domicilio. En relación al tiempo, se puede establecer una custodia compartida por noches, (lunes y martes con el padre, miércoles y jueves con la madre y fines de semana alternos), por semanas (una semana con cada progenitor), por quincenas (quince días con el padre y quince con la madre) o por meses (un mes con cada uno). Se debe regular igualmente, un régimen de visitas a favor del otro progenitor mientras no tenga bajo su guarda a los menores”. (Pinto, 2009, pág. 97)

La Abogada María Dalessio, manifiesta: “La continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para el desarrollo emocional saludable del mismo. Por eso, no puede dejar de cuestionarse las formas desactualizadas de solución a este problema, como es la tenencia de la madre, que se otorga en nuestro país por considerarse la más adecuada al interés del niño”

De la misma forma, la profesional del derecho; afirma: “mientras la familia permanece unida, el menor disfruta de los dos progenitores. La ruptura crea una nueva estructura y la responsabilidad parental se concentra en apenas uno de los padres, quedando el otro reducido a un papel secundario. En la realidad social, surgen cada vez más conflictos que involucran las relaciones entre padres e hijos, sin embargo, son escasas las normas legales en relación a esto. Le cabe, mientras tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia establecer soluciones que privilegien los lazos familiares, en acuerdo con el texto constitucional, privilegiando el interés superior del niño.” (Alessio, 2007)

Las conceptualizaciones citadas acerca de la tenencia tienen una coincidencia en cuanto a la perspectiva de compartir responsabilidades como progenitores, además le dan importancia a las relaciones familiares; puntualizando como en el último caso que no se legisla este tipo de instituciones jurídicas de manera detallada, que existe una escasez de normativa para regular los casos de la tenencia compartida.

La tenencia compartida fortalece los lazos afectivos de los hijos con sus dos progenitores e influye positivamente en su estado emocional, psicológico y en su desarrollo integral, mientras que, la tenencia exclusiva con uno solo de los padres, limita seriamente la participación del otro progenitor en la crianza y puede ser usada como pretexto para negar el acceso del progenitor visitante a sus hijos.

En el Ecuador está es una figura prácticamente que tiene operando en los órganos jurisdiccionales unidades de la familia, mujer, niñez y adolescencia hace aproximadamente unas dos décadas, tiempo en el cual ya se debió haber plasmado legalmente los parámetros bajo los cuales se puede pedir o el juzgador o juzgadora la pueden conceder a través de una resolución judicial.

La tenencia compartida de menores con discapacidad no es tratada de manera puntual, solo hay algunos argumentos de profesionales del derecho pero no se especifica procedimientos, necesidades básicas, etc.

#### **2.4.Las Resoluciones Judiciales en materia de Tenencia de menores**

Hoy en día existe una gran cantidad de divorcios y un alto porcentaje de familias en las que niños y adolescentes no conviven con sus padres en un solo hogar; más sin embargo el ordenamiento jurídico ecuatoriano no recoge expresamente la figura de la tenencia compartida. Mediante el análisis que se hace en esta investigación se evidencia la necesidad de contemplar dicha figura de manera expresa para que la tenencia, no solo dependa de la voluntad de los progenitores que en muchas ocasiones dejan que problemas personales influyeran la toma de esta decisión si no que sea una figura adoptada por los jueces de manera más común con miras a proteger el interés superior del menor y lograr su bienestar junto a sus padres.

El régimen de tenencia compartida no es claro ya que se lo reconoce remitiéndose a las reglas sobre patria potestad que establecen que se respetará lo que acuerden los progenitores; por lo tanto, la figura aplicaría solo cuando los padres lo acuerden, no afecte el interés superior del niño, y en caso de ser adolescente, se



considerará su opinión pues resulta esta ser vinculante. Sin dejar de lado que son los jueces quienes tienen el deber de promover un acuerdo de esta magnitud cuando favorece al bienestar del niño.

La custodia compartida es un mecanismo garantista de la protección de los derechos de los menores que busca el desarrollo pleno con un ambiente sano que les permite prepararse para poder enfrentar de manera independiente la vida en un futuro. Ejemplo de ello, es el reconocimiento expreso de la corresponsabilidad parental en varios países, facilitando la aplicación de la figura. Los padres juegan un rol fundamental en la crianza de los niños y por eso, varias constituciones han prescrito la obligación expresa de los padres a suministrar a los hijos todas las herramientas necesarias para una vida digna. Ecuador debería considerar, como ejemplo, legislaciones extranjeras y tramitar el Proyecto de ley presentado. Como menciona la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-384 del 20 de septiembre de 2018 “la no existencia de reglamentación integral de la custodia compartida es una deuda legal del legislador”.

El estudio de las decisiones judiciales reviste de importancia por ser innovador y porque más que convertirse en una crítica negativa; debe orientarse a construir y apoyar a sellar los vacíos legales que existe en la normativa como en el caso de la Tenencia compartida; la necesidad de realizar un estudio de las resoluciones judiciales enfocada en la motivación, en los razonamientos formales de la mano con los sustentos constantes en el proceso y las disposiciones legales. Recordemos que la motivación es esa conclusión lógica y formal por la que el juzgador llega a tomar una decisión que no solo implica describir el proceso sino plantear la justificación de su decisión.

De ahí la necesidad de regular de forma específica la tenencia compartida; más aún aquella en la que están involucrados menores con discapacidad.

### **2.5.La Tenencia Compartida de Menores con Discapacidad**

La custodia compartida, no debe caber duda alguna, es algo normal, algo reivindicado desde diferentes estamentos sociales como natural, y a la vez, reconocido como forma adecuada en muchos de los casos en los que se produce la quiebra matrimonial o de relación de pareja.

Las acciones que se realicen en el sentido de mantener la convivencia de los hijos con sus padres tras la separación de estos últimos, contribuyen significativamente a precautelar el interés superior de la niñez y la adolescencia. Pues, no se puede hablar de la garantía de este principio si se priva de los lazos afectivos del padre, especialmente en las edades tempranas de los hijos.

Es inconcebible que los hijos tengan que pagar altos precios por la decisión de sus padres de terminar la relación de convivencia entre ellos, por lo contrario, esta separación no debería afectarles en mayor medida, especialmente en su derecho a mantener y fortalecer los lazos afectivos con sus dos progenitores. Entonces, es justamente en la separación de los padres cuando se debe proteger a los hijos de las mayores afectaciones que puede generar la pérdida del cariño y el contacto con uno de ellos, generalmente con el padre.

El autor Canales dice de la Tenencia Compartida: “La tenencia compartida propiamente dicha se da en aquellos supuestos en que, no existiendo dicha convivencia entre los progenitores, estos deciden compartir el tiempo de la tenencia de los hijos. Así pues, se da cuando los padres comparten tiempo de convivencia con los hijos”. (Canales, 2014, pág. 28)

Se debe enfatizar que la tenencia compartida consiste en la distribución equitativa del cuidado de los hijos entre los dos progenitores; es deber tanto de la madre como del padre participar en el cuidado de los hijos de acuerdo a sus posibilidades personales, procurando siempre que los hijos puedan convivir con cada uno de ellos tanto tiempo como sea posible: los efectos en el desarrollo de los hijos serán muy importantes.

La tenencia compartida es una novedosa institución del derecho de familia aplicada en donde el hijo o hija viviría indistintamente en determinados tiempos con cada uno de los padres velando ambos por su educación y desarrollo, ejerciendo así la responsabilidad que como padres les corresponde.

La característica de esta institución jurídica es que ambos padres, pese a estar separados tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo a tal que la patria potestad ambos padres siguen ejerciéndola a través de la tenencia compartida.

La discapacidad en determinados caos puede resultar un inconveniente para que se aplique, se la conceda o los juzgadores la resuelvan; en virtud de que se presentan necesidades en cada caso, pues cada uno tiene una peculiaridad dependiendo del tipo de discapacidad; puesto que, no es lo mismo un menor con discapacidad intelectual y otro con discapacidad física; lo que confluje es que en todo tipo de caos necesita de cuidados; y el mayor cuidado depende del grado de discapacidad y las necesidades de los menores.

Es un problema en el estado ecuatoriano la falta de regulación de estos casos específicos; y sin bien es cierto las acciones que se realicen en el sentido de mantener la convivencia de los hijos con sus padres tras la separación de estos últimos, contribuyen significativamente a precautelar el interés superior de la niñez y la adolescencia; ya que no se puede hablar de la garantía de este principio si se priva de los lazos afectivos del

padre, especialmente en las edades tempranas de los hijos. No es menos cierto que en casos de menores con discapacidad el tratamiento debe ser distinto respetando sobre todo el tipo de condición incapacitante de los menores y los tipos de cuidados y estabilidad que necesita un menor.

## **2.6.Marco Legal**

### **2.6.1. Constitución de la República del Ecuador 2008**

“**Art. 35.-** Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad” (Constitución de la República, 2008)

En el **Art. 44**, establece que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo – emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales, nacionales y locales.”

En el **Art. 45**, establece que: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. El inciso segundo señala que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

El artículo 45 del mismo cuerpo legal, se manifiesta que los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos comunes al ser humano, como son el respeto a la vida, libertad, a la no discriminación, libertad de asociación, etc.; así como también a los que son específicos para su edad. En el segundo inciso se establece que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El **Art 46** enumera las medidas que adoptará el Estado para asegurar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los

adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.

6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.

9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

“**Art. 47.-** El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

### **2.6.2. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

En su Artículo 11, establece que: “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.”(CONA, 2021).

“**Art. 11.- El interés superior del niño.** El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la

realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (CONA, 2021).

“**Art. 14.-** Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño (CONA, 2021).

El artículo **118**; manifiesta que “para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, el Juez estimará confiar su cuidado, crianza, a uno de los progenitores (es decir la tenencia), sin alterar el ejercicio de la patria potestad”, en este mismo código se define a la patria potestad de la siguiente manera: “no solo es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley”. “(...) También podrá confiar la tenencia con atribuciones de uno o más derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2021)



## CAPITULO III

### 3. METODOLOGÍA

#### 3.1.1. Método de la Investigación

Cuantitativa se asocia a la tradición positivista, que concibe la realidad social como una estructura objetiva. Los hechos o fenómenos sociales estudiados en este trabajo son medibles y cuantificables. Medí y establecí relaciones causales entre las variables, para explicar el problema de estudio y la realidad social actual

**Deductivo:** Se utilizó el método deductivo ya que el campo de acción de la investigación objeto de estudio se basa en aplicar los conocimientos generales para aplicarnos en este caso específico

**Dialéctico:** Porque constituye el método científico de conocimiento del mundo. Proporciona al hombre la posibilidad de comprender los más diversos fenómenos de la realidad. El método dialéctico al analizar los fenómenos de la naturaleza, de la sociedad y del pensamiento permite descubrir sus verdaderas leyes y las fuerzas motrices del desarrollo de la realidad.

**Científico.-** Se aplicó este método científico para mi investigación porque me valí de métodos técnicos, como la entrevista, las encuestas aplicadas a los actores en el lugar en donde se desarrolló esta investigación.

Método de estudio sistemático de la naturaleza que incluye las técnicas de observación, para el razonamiento y la predicción; ideas sobre experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos.

### **3.1.2. Tipo de Investigación**

#### **Investigación Básica, Descriptiva.**

#### **Técnicas e Instrumentos de Investigación**

**LA ENTREVISTA.-** Esta técnica de investigación me permitió obtener resultados y posteriormente datos relevantes para la presente investigación, ya que se confeccionó un cuestionario de preguntas previamente elaboradas, con el fin de ejecutar una conversación recíproca entre el entrevistado y entrevistador, en razón de que el universo o población es pequeño y manejable.

**LA ENCUESTA:** Este instrumento aportó con datos obtenidos sobre una muestra poblacional del cantón Guaranda acerca del tema de investigación. La realice en base a ocho preguntas a un grupo de 50 ciudadanos del cantón Guaranda.

**LECTURA CIENTÍFICA.-** Esta técnica se fundamenta en el análisis lógico jurídico y comparativo de los libros, y más instrumentos que sirven de fuente de consulta, en la que con el aporte de las diferentes doctrinas, criterios de autores y la jurisprudencia o vivencia histórica ecuatoriana y comparada, saque deducciones y me permitió sustentar mi investigación académica y proponer soluciones viables y aplicables al problema en cuestión.

**ANÁLISIS DEL MARCO LEGAL:** Fue necesario un análisis minucioso del marco legal que respalda la normativa y su cumplimiento, la necesidad de evidenciar el conocimiento o desconocimiento de la normativa con respecto a la previsibilidad jurídica al momento de resolver judicialmente la tenencia compartida de personas con discapacidad Este análisis es relevante por tratarse de una problemática jurídico social.

### **Criterio de Inclusión y Criterio de Exclusión.**

Adolescencia del Cantón Guaranda, operadores de justicia que desde su perspectiva pueden opinar acerca de la falta de previsibilidad jurídica en casos de tenencia compartida de menores con discapacidad y los nudos críticos que se presentan en estos casos al momento de resolver.

En lo que respecta a las encuestas se las aplicó a 50 ciudadanos padres, madres, abogados en libre ejercicio usuarios del sistema de justicia en materia de niñez y adolescencia, con la finalidad de obtener datos concretos acerca del tema de esta investigación y así sustentarla con datos concretos.

#### **3.1.3. Población y Muestra**

- Padres, madres y abogados del cantón Guaranda usuarios del sistema judicial, grupo poblacional importante para determinar de una manera cuantitativa la necesidad de que la normativa prevea situaciones importantes en casos de tenencia compartida de menores con discapacidad.

- Jueces y Juezas de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda, operadores de justicia cuyo experiencia y conocimiento en el tema generaron un gran aporte en esta investigación.

#### **3.1.4. Localización geográfica del estudio**

Cantón Guaranda, Provincia de Bolívar

## CAPITULO IV

### 4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 4.1. Resultados

Para la obtención de datos en la presente investigación se realizó entrevistas a jueces y juezas de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda con la finalidad de obtener un criterio técnico jurídico de la falta de previsibilidad jurídica en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en la institución jurídica de la Tenencia Compartida en casos de menores con discapacidad.

Así mismo procedí con las encuestas respectivas a 50 madres, padres y abogados usuarios del sistema de justicia en materia de Niñez y Adolescencia como muestra, cuya opinión es importante para demostrar resultados.

- Entrevistas Profesionales de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del consejo de la Judicatura

**Entrevistado: Dr. Enrique Imbaquingo Lema**



**Entrevistada: Dra. María Casanova Guerra**



**Entrevistado: Ab. Luis Encalada**



Luego de las entrevistas realizadas existe una coincidencia de más del 95 por ciento en las respuestas dadas que las procedo a resumir:

**¿La figura jurídica de la custodia compartida en casos de niños, niñas y adolescentes con discapacidad debe ser una imposición judicial?**

En esta pregunta los operadores de justicia entrevistados en un número de 4 en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda, dieron su opinión individual que al analizarla para fines de la investigación termina en una coincidencia en lo que respecta a que la Tenencia compartida no debería ser una imposición judicial bajo ninguna circunstancia y que esta debe obedecer a un acuerdo de las partes, en este caso los padres de los menores de edad; puesto que al imponerla se estaría poniendo en riesgo el desarrollo integral de los menores ya que un padre o madre que deba cuidar, proteger a sus hijos menores por imposición judicial y no por voluntad estaría frente a una situación muy difícil de llevar que en varios casos incluso podría terminar en violencia, despegue y quien sabe cuántos hechos más que lesionen el correcto desarrollo y estabilidad emocional de los menores; esta expresión a manera general.

La puntualización en casos de tenencia compartida en menores con discapacidad dicen es muy difícil, porque hay que tomar en cuenta el tipo de discapacidad que tiene el menor; un par de jueces plantearon un ejemplo de un menor con autismo que tiene que ser correctamente cuidado y que cambiarlo de ambiente continuamente le provocaría inestabilidad, por lo tanto su diario desenvolvimiento y su desarrollo se verían absolutamente lesionados; un ejemplo de entre cientos de ejemplos que se podrían plantear y que de hecho fueron puestos en el tapete del dialogo investigativo, en donde a pesar del acuerdo de los padres es necesario ir más allá, realizar un an técnico a través de los mecanismos de apoyo psicológico . Social con los que cuenta la Unidad Judicial que

sinceramente no son suficientes expresan por la cantidad de casos que se tienen que resolver.

Para concluir después del análisis de las respuestas dadas por los operadores de justicia, la custodia compartida en casos de niños, niñas y adolescentes con discapacidad no debe ser una imposición judicial; es más si hay un acuerdo entre los padres para solicitarla el análisis para concederla debe ser minucioso a pesar de que no existe norma específica para el tratamiento de estos casos especiales que si bien no se presentan a diario son de relevancia cuando hay que resolverlos.

**¿Las resoluciones Judiciales deben tomar en cuenta en la Tenencia Compartida el interés superior del niño, niña y adolescente; su opinión y los deseos de la propia persona con discapacidad?**

Del análisis de las respuestas dadas en las que se generan coincidencias que la puedo resumir de la siguiente manera:

El Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente es lo más importante en todos los caos constituye un principio fundamental que hay que respetar y el cual hay que aplicarlo constantemente por el bienestar de los menores; su existencia en la norma es el pilar básico sobre el cual trabaja la unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para resolver asuntos de menores, enfatizando que su aplicabilidad garantiza en primera instancia el bienestar del menor y posteriormente aseguran un debido proceso y correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en materia de niñez y adolescencia..

La opinión de los menores que estén en capacidad de pronunciarse es importante al momento de resolver, no solo con el juez sino con el equipo técnico de apoyo de la unidad judicial; claro está, siempre esta opinión debe valorarse de acuerdo al entorno en

el que se desarrolla el menor y las circunstancias por las que se encuentra atravesando; para conceder la tenencia compartida si se toma en cuenta la opinión, es importante.

En los casos de los menores con discapacidad la opinión es tomada en cuenta de acuerdo al tipo de discapacidad; en los casos de discapacidad intelectual la situación se vuelve muy difícil, ahí es importante los informes del equipo técnico de apoyo de la Unidad; entonces esto dependerá de la capacidad para expresar su opinión de manera voluntaria, con plena consciencia y en condición de emitirla.

**¿Se puede realizar una evaluación técnica objetiva del bienestar del niño, niña y adolescente con discapacidad antes de resolver judicialmente una tenencia compartida?**

En conclusión, de las respuestas dadas se determina que de hecho se realiza una evaluación técnica por parte del grupo de apoyo de la Unidad, la misma que es objetiva por el bienestar del niño, niña y adolescente con discapacidad, pues al no existir norma jurídica con parámetros preestablecidos; antes de resolver judicialmente una tenencia compartida el apoyo fundamental son los informes técnicos, pues son el apoyo para motivar la Resolución Judicial de Tenencia Compartida en casos de menores con discapacidad.

**¿Están preparados como juzgadores y juzgadoras para atender y entender de manera especial las necesidades, opiniones, deseos, preferencias, de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad para resolver judicialmente y proteger su bienestar?**

En conclusión: los juzgadores expresan que necesitan capacitación especializada para resolver este tipo de casos, que es muy difícil por las circunstancias que rodean cada caso y que cada una de ellas tiene su peculiaridad; más sin embargo es indispensable que



se regule legalmente en la ley el tratamiento judicial de este grupo en condición de doble vulnerabilidad.

Es importante dejar constancia que en las respuestas expresan que juzgar parecería una situación muy mecánica y repetitiva pero que no es así por las características individuales de cada caso que se presenta y que en el caos de quienes tienen que resolver en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia requiere de un detallado análisis porque se está protegiendo la vida y bienestar del futuro de las sociedades personas en etapa de crecimiento que requieren atención, estabilidad emocional, educación en fin protección integral, más relevante aún en los caos que se está resolviendo el bienestar de menores con discapacidad.

**¿Es necesario que el legislativo ponga atención a esta previsibilidad jurídica en los procesos en donde se tenga que resolver acerca de la institución jurídica de tenencia compartida de hijos e hijas con discapacidad, siendo este un tema que les afecta de forma personal y directa?**

La previsibilidad jurídica en la actualidad debe ser muy tomada en cuenta por los legisladores a decir de los encuestados, pues las sociedades avanzan constantemente y la normativa debe estar un paso adelante, más aun tratándose de protección del bienestar de las futuras generaciones.

Otro punto fundamental recalcado por los entrevistados es que en el caso de los menores con discapacidad, no existe una previsión legal ni en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, ni en la Ley de Discapacidades estando en estado de doble vulnerabilidad y estos caos si requieren de más atención, no solo para saber cómo proceder sino para plantear seguridad en las actuaciones a través de la ley, que permita una verdadera protección integral de niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

La tenencia compartida debe regularse específicamente, estableciendo reglas claras; hacen referencia que incluso ya existe pronunciamiento de la Corte Constitucional con respecto a las reglas que regulan la tenencia; por esta razón y por muchas más como en el caso que se está investigando es necesario reformar el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, no solo apoyaría a los juzgadores, sino regularía mejor las relaciones parentales.

La previsibilidad también debería estar prescrita en el Código Orgánico General de Procesos en caso de niñez y adolescencia, tenencia compartida en caso de menores con discapacidad.

**¿Es necesario legalmente definir reglas claras en disposiciones legales de tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes tomando en cuenta las particularidades de cada caso en concreto por el bienestar del menor?**

Conclusión: Sí, ya o han respondido en la pregunta 5 y en esta también hay coincidencia y existe la latente necesidad de definir reglas claras en disposiciones legales de tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes tomando en cuenta las particularidades de cada caso en concreto por el bienestar del menor; claro de acuerdo al tipo de discapacidad por ejemplo: intelectual, física.

Además concuerdan en que protocolos de manejo de este tipo de caos para las oficinas técnicas sería de gran apoyo; recalando que si existen pero de manera general sin tomar en cuenta especificad para menores con discapacidad.

Se repite la puntualización que las reglas de la tenencia ya han sido discutidas en la Corte Constitucional; reclamando el principio de equidad proclamado en la Constitución, refutando el hecho que esté dispuesto que solo la madre goce de privilegios y no los padres ante lo cual la Corte Constitucional se pronunció en favor de la igualdad

de derechos para reclamar tenencia; tomando este caso como referencia; más aún en los caos de resolver una tenencia compartida en casos de menores con discapacidad.

## Encuestas



Las encuestas las realice en diferentes sectores de la ciudad y encueste a una muestra poblacional de 50 ciudadanos entre hombres y mujeres, usuarios del sistema judicial en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

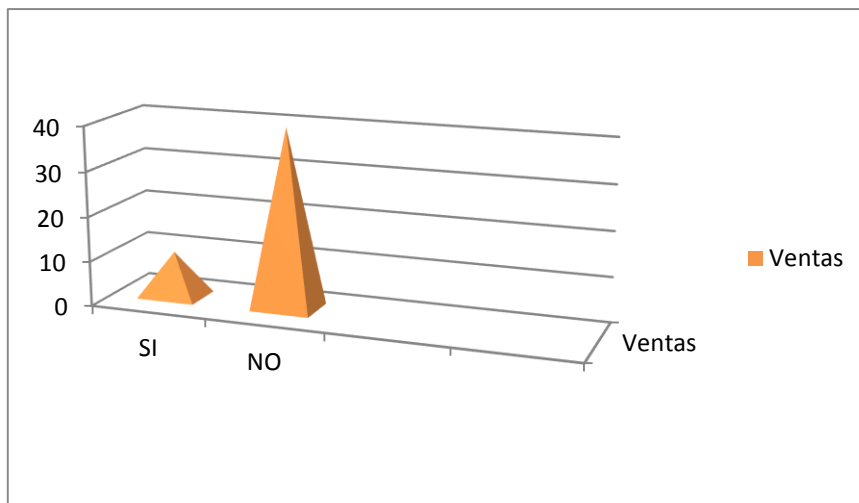
## PREGUNTA 1

1.- ¿Considera usted que es apropiada la Tenencia Compartida de menores con discapacidad?

*Tabla No. 1*

| SI | NO | %    |
|----|----|------|
| 10 | 40 | 100% |

*Grafico No. 1*



*Investigadora: Juan Miguel Cervantes Garcia*

*Población: Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia*

**ANÁLISIS:** La mayoría de los encuestados expresan en su respuesta que no es apropiada la Tenencia compartida en el caso de menores con discapacidad; habiendo un grupo mínimo exactamente 10 personas de las 50 encuestadas que piensan que la tenencia compartida si es apropiada en caso de menores con discapacidad

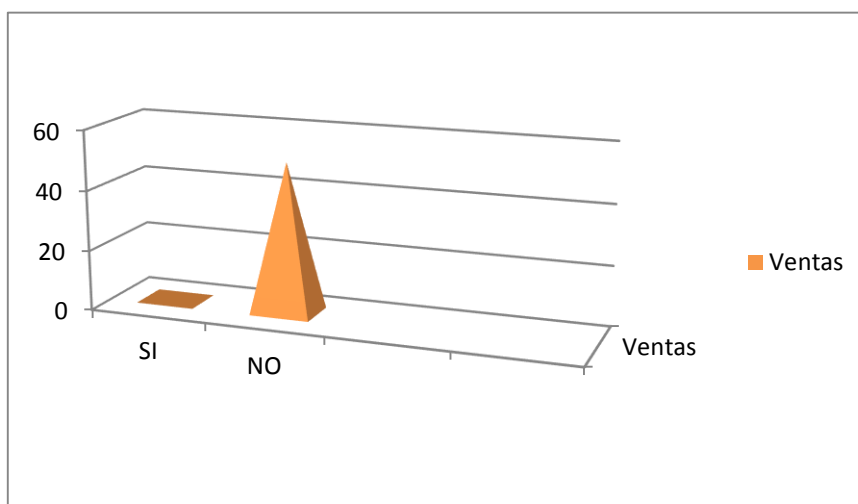
## PREGUNTA 2

2.- ¿Cree usted que la tenencia compartida está correctamente establecida en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia?

*Tabla No. 2*

| SI | NO | %    |
|----|----|------|
| 0  | 50 | 100% |

*Grafico No. 2*



*Investigadora: Juan Miguel Cervantes Garcia*

*Población: Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia*

**ANÁLISIS:** E esta respuesta hay contundencia y coincidencia de respuesta en el 100% de la población encuesta, pues se pronuncia en que la figura jurídica de la Tenencia Compartida no está correctamente regulada en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

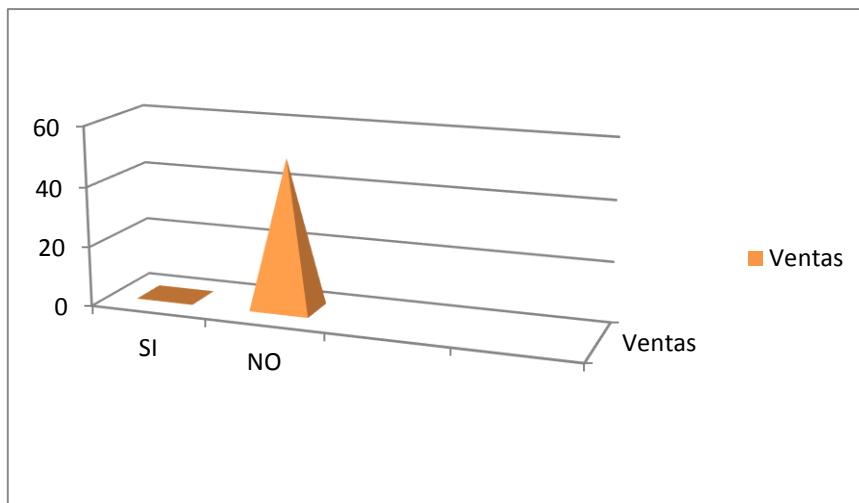
### PREGUNTA 3

3.- ¿Considera Usted que al otorgar judicialmente la Tenencia Compartida de un menor con discapacidad se está protegiendo integralmente su bienestar?

*Tabla No. 3*

| SI | NO | %    |
|----|----|------|
| 0  | 50 | 100% |

*Grafico No. 3*



*Investigadora: Juan Miguel Cervantes Garcia*

*Población: Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia*

**ANÁLISIS:** En esta pregunta existe nuevamente coincidencia al igual que la anterior el 100% de encuestas en su respuesta que otorgar la Tenencia Compartida de un menor con discapacidad NO se está protegiendo su bienestar integral.

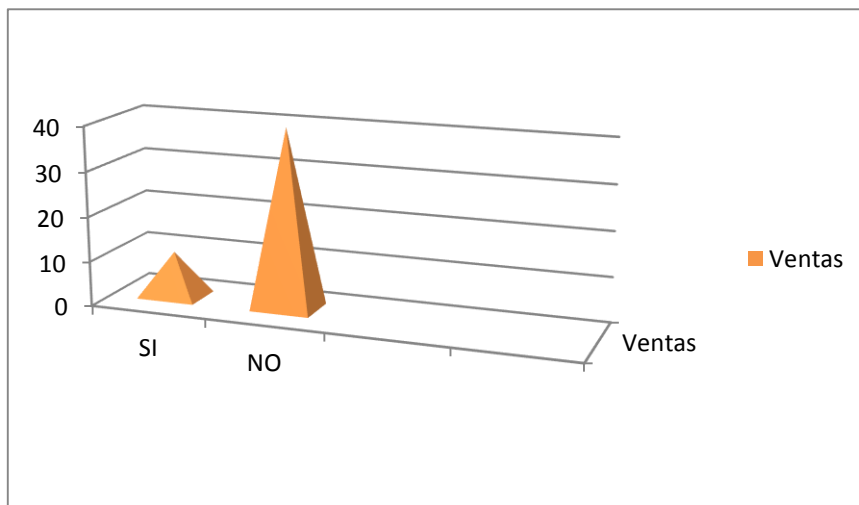
#### PREGUNTA 4

4.- ¿Considera que el Juzgador o la juzgadora poseen herramientas y mecanismos eficaces que les permita resolver con objetividad la concesión de la tenencia compartida de los hijos menores?

*Tabla No. 4*

| SI | NO | %    |
|----|----|------|
| 10 | 40 | 100% |

*Grafico No. 4*



*Investigadora: Juan Miguel Cervantes Garcia*

*Población: Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y*

*Adolescencia*

**ANÁLISIS:** En el caso de esta pregunta 40 personas de las 50 encuestadas considera que el Juzgador o la juzgadora NO poseen herramientas y mecanismos eficaces

que les permita resolver con objetividad la concesión de la tenencia compartida de los hijos menores, mientras que 10 piensan que SI.

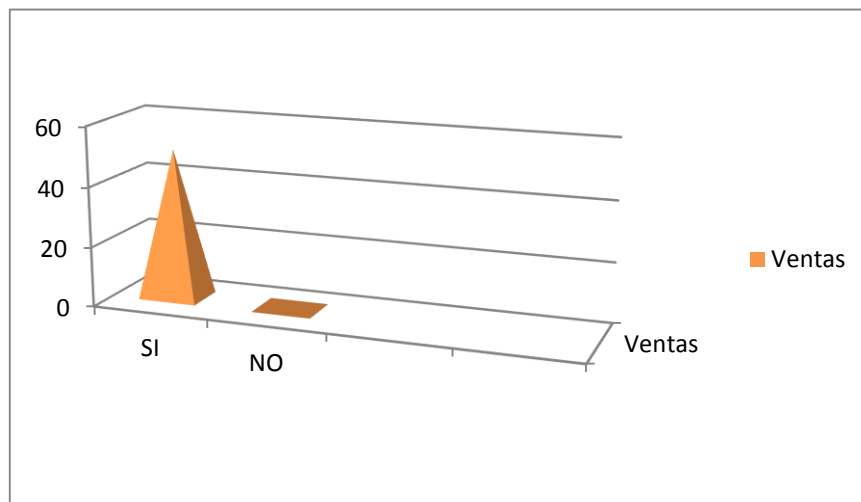
### **PREGUNTA 5**

**5.- ¿Considera Usted que en los casos de menores con discapacidad es indispensable que la Institución de la Tenencia Compartida este específicamente regulada en la Ley para concederla?**

*Tabla No. 5*

| <b>SI</b> | <b>NO</b> | <b>%</b>    |
|-----------|-----------|-------------|
| <b>50</b> | <b>0</b>  | <b>100%</b> |

*Grafico No. 5*



*Investigadora: Juan Miguel Cervantes Garcia*

*Población: Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia*



**ANÁLISIS:** El 100% de la población encuestada considera que es necesario que en los casos de menores con discapacidad es indispensable que la Institución de la Tenencia Compartida esta específicamente regulada en la Ley para concederla

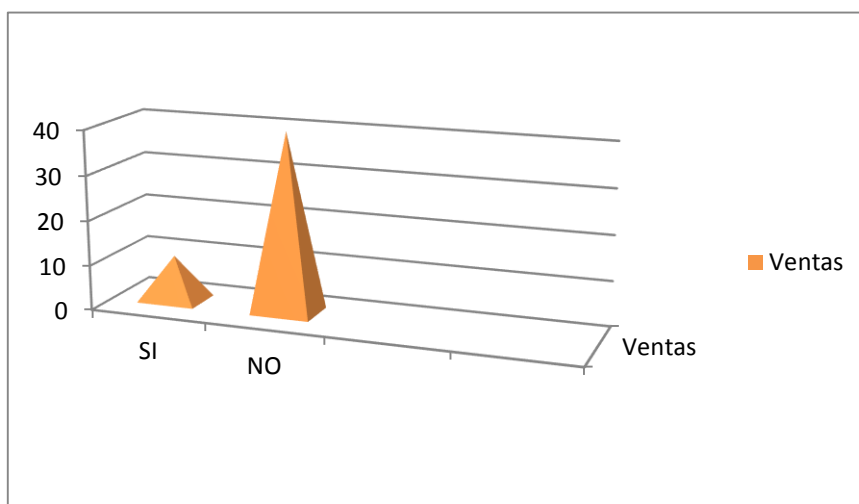
**PREGUNTA 6**

**6.- ¿Considera Usted que los padres están preparados para la dinámica de tenencia compartida de un o una menor con discapacidad?**

*Tabla No. 6*

| <b>SI</b> | <b>NO</b> | <b>%</b>    |
|-----------|-----------|-------------|
| <b>10</b> | <b>40</b> | <b>100%</b> |

*Grafico No. 6*



*Investigadora: Juan Miguel Cervantes Garcia*

*Población: Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia*

**ANÁLISIS:** Un alto porcentaje de la población encuestada considera que los padres NO están preparados para la dinámica de tenencia compartida de un o una menor con discapacidad, más sin embargo existe un pequeño grupo que opina que Sí.

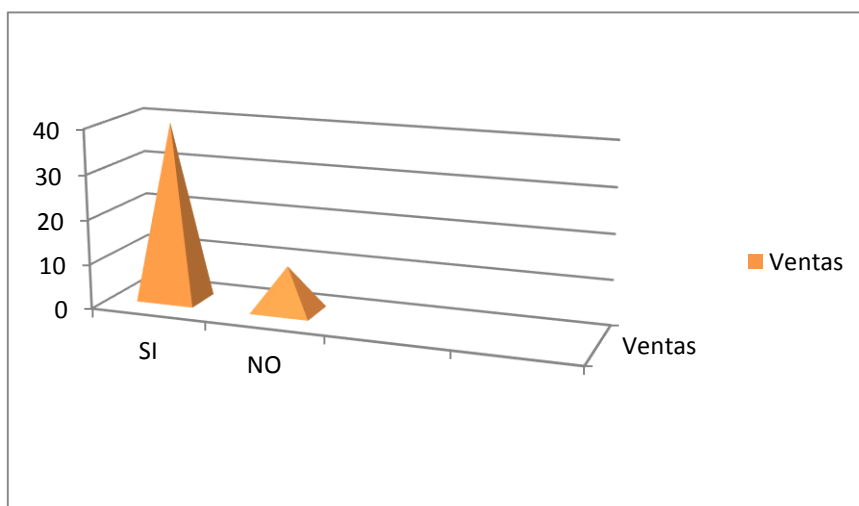
**PREGUNTA 7**

**7.- ¿Cree usted que se lesionan derechos de los menores con discapacidad al conceder legal y judicialmente la Tenencia Compartida?**

*Tabla No. 7*

| <b>SI</b> | <b>NO</b> | <b>%</b>    |
|-----------|-----------|-------------|
| <b>40</b> | <b>10</b> | <b>100%</b> |

*Grafico No. 7*



**Investigadora:** *Juan Miguel Cervantes Garcia*

**Población:** *Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia*

**ANÁLISIS:** De las 50 personas encuestadas la mayoría, específicamente 40 respondieron que SI se lesionan derechos de los menores con discapacidad al conceder legal y judicialmente la Tenencia Compartida; y, 10 personas encuestadas respondieron que NO.

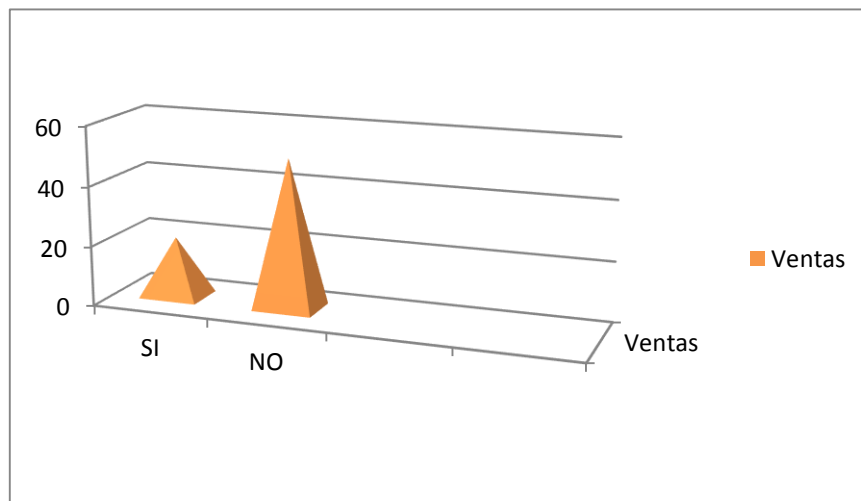
### **PREGUNTA 8**

**8.- ¿Sabe usted en que consiste la previsibilidad jurídica?**

*Tabla No. 8*

| <b>SI</b> | <b>NO</b> | <b>%</b>    |
|-----------|-----------|-------------|
| <b>20</b> | <b>30</b> | <b>100%</b> |

*Grafico No. 8*



*Investigadora: Juan Miguel Cervantes Garcia*

*Población: Usuarios del Sistema de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia*

**ANÁLISIS:** En lo que respecta a si los encuestados conocen que es la previsibilidad jurídica, existe un alto porcentaje que no conoce que es y un mínimo que si conoce sobre el tema preguntado.

## **Discusión**

En el presente trabajo de investigación “Falta de previsibilidad jurídica en el dictamen de resoluciones de custodia compartida de niñas, niños y adolescentes con discapacidad en el cantón Guaranda año 2021”; he realizado un análisis de la conceptualización y parámetros de la figura jurídica de la tenencia compartida de manera general en la cual desde la doctrina en la que se presenta posturas a favor y en contra de la misma. Los criterios a favor afirman que es bueno que exista la corresponsabilidad parental de manera equitativa para que se dé la relación padres e hijos y que cada uno aporte en la crianza de los hijos no solo económicamente sino afectiva, psicológicamente y sobre todo aportando valores que es lo importante

Los criterios que expresan su posición de desacuerdo con la tenencia compartida expresan que al poner al menor en situación variable a cada instante se le está lesionando su derecho a un desarrollo formal y estable desde el ámbito psicológico y afectivo; que es necesario regular las condiciones, requisitos, circunstancias para que esta pueda operar sin que cause efectos negativos en la crianza de los hijos e hijas.

En lo que respecta a la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes con discapacidad existe muy poca investigación, se denota muy poca preocupación por parte de los profesionales del derecho con respecto a este tema, pues así lo he detectado en la investigación; se hace mucha referencia a la tenencia compartida pero la especificidad con respecto a la situación parental de menores con discapacidad que

constituyen un grupo poblacional en doble situación de vulnerabilidad no ha sido tomada en cuenta; he aquí la importancia del presente trabajo de investigación.

Es necesario no solo enunciar que a los grupos de atención prioritaria como se ha denominado en la constitución; es necesario también seguir preocupándose por el bienestar, desarrollo y estabilidad de los menores con discapacidad que son el centro de esta investigación.

La tenencia compartida como figura jurídica se encuentra levemente determinada en la normativa nacional como lo he expuesto en el marco teórico; pero es prioritario reformar las reglas de la Tenencia establecidas en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, esto como un punto de partida; ya que se determinó que inclusive existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional con respecto a la equidad en casos de tenencia; lo que implica que la mencionada reforma implicaría un punto de partida para que la tenencia de los menores en caso de separación de sus progenitores este correctamente regulada para salvaguardar el derecho al Desarrollo Integral, el derecho a compartir con su familia.

Al plantear a los operadores de justicia, juzgadores y juzgadores del cantón Guaranda como se resuelve una petición de tenencia compartida de un menor con discapacidad, han planteado la falta de normativa para poder resolver y así motivar legalmente sus resoluciones; enfatizando que el apoyo de la oficina técnica es importante, pero que desde su perspectiva es necesario que se legisle toda la institución de la tenencia compartida de manera clara estableciendo requisitos y de especificando los casos en los que se tenga que tratar casos de menores con discapacidad; a todo esto sugieren además que el Consejo de la Judicatura debería trabajar en un Protocolo para las oficinas técnicas de apoyo en el tratamiento de casos de menores con discapacidad más aún en los casos de que se tenga que resolver acerca

de la concesión de Tenencia Compartida; puesto que la diversidad de discapacidades tiene que ser estudiada, analizada, fundamentada y son casos que hay que resolverlos meticulosamente, con objetividad para proteger a este grupo de atención prioritaria.

De igual forma en las encuestas realizadas con un muestreo de la población usuaria del sistema judicial en materia de niñez y la adolescencia afirman que no existe normativa concreta para el tratamiento de casos de tenencia compartida de menores con discapacidad, que los padres no están aún preparados para la dinámica que implica la tenencia compartida y que al no estar correctamente regulada se puede lesionar varios derechos del niño, niña y adolescente.

Del análisis jurídico, teórica apoyado con investigación de campo se ha determinado que existe falta de previsibilidad jurídica en el dictamen de Resoluciones judiciales en los casos de Custodia compartida de niñas, niños y Adolescentes y que esto se da por la poca priorización a temas importantes para el desarrollo de los menores; relegar estos temas importantes de legislar trae consecuencias que inestabilidad el bienestar de los menores con discapacidad.

## **CAPÍTULO V**

### **5. Conclusiones y Recomendaciones**

#### **5.1. Conclusiones**

1. El análisis teórico, doctrinario y jurídico permitió demostrar que es necesario el tratamiento legislativo para la reforma de la reglas de la tenencia compartida de los menores de edad, así como también especificar la figura jurídica de la tenencia compartida estableciendo consideraciones especiales en casos de menores con discapacidad, quienes se encuentran en situación de doble vulnerabilidad.

2. A través de la investigación de campo se logró determinar que los juzgadores y las juzgadoras de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guaranda utilizan como mecanismo para dictaminar una resolución en los casos de custodia compartida de niños, niñas y adolescentes con discapacidad el apoyo de la oficina técnica quienes a través de los informes de los profesionales pertinentes se pronuncian en la situación socio emocional del entorno del menor; más sin embargo sale a flote la necesidad de una regulación normativa específica que sustente la motivación legal al momento de resolver estos casos.

3. Es evidente la necesidad de una reforma al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en lo que respecta a las reglas de la tenencia y especificación de casos en los que puede concederse la Tenencia Compartida, poniendo especial énfasis en los menores con discapacidad.

## **5.2. Recomendaciones**

1. A la Asamblea Nacional poner énfasis en la Reforma del Código orgánico de la Niñez y la Adolescencia; ya que la protección integral del desarrollo y bienestar de niños, niñas y adolescente en una sociedad es indispensable para asegurar su normal crecimiento ya que estas etapas son fundamentales para la personalidad y desarrollo de actitudes y aptitudes; más aún al tratarse de las reglas de la tenencia para asegurar su estabilidad física, psicológica y emocional.

2. Al Consejo de la Judicatura se recomienda proponer, analizar y aprobar protocolos actualizados con énfasis en tratamiento de casos de menores con discapacidad para el trabajo que realizan las oficinas técnicas de apoyo a las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

3. A los actores sociales, a las Universidades proponer una Reforma de la Institución jurídica de Tenencia constante en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia que establezca nuevas reglas de acuerdo a las necesidades sociales actuales y respetando los principios constitucionales de igualdad y tratamiento especial a los sectores poblacionales declarados como vulnerables, puntualizando casos en los que se pueda conceder la tenencia compartida con especial tratamiento en los casos de los menores con discapacidad.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ARCOS, Federico. “Seguridad Jurídica, Rule of Law y Justicia”. Universidad Autónoma de Occidente. Cali. 2014
- BADARACO, Violeta. “La Tenencia Compartida en Ecuador, ¿Una Necesidad?”. Espirales Revista Multidisciplinaria de Investigación. Grupo Compás. 2018
- Constitución de la República 2.008. Ediciones Legales. Quito. 2021
- Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia Ecuador. Ediciones Legales Quito. 2021 Registro Oficial 449 de fecha 20 de Octubre de 2008.
- CHUNGA, Fermi. “Código de los niños y adolescentes”. Lima, Perú: Universidad San Martín de Porres. 2009
- CRUZ, Carles; FERNANDEZ, Carolina; FERRER, Jordi. “Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica”. Marcial Pons Ediciones. Madrid. 2015.
- DALESSIO, M. (2007). Derecho de Familia. México D. F.: Rubinzal
- Ley Orgánica de Discapacidades. Ediciones Legales Quito. 2021.
- CEDEÑO, José. “El Derecho de Igualdad Frente a la Tenencia Compartida en el Ecuador. Polo del Conocimiento. 2022
- LIFANTE, Vidal Isabel. “La Relevancia de la Previsibilidad Jurídica: Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro”. Doxa Ediciones. Alicante- España.2017
- LUNA, Agustin. “La Seguridad Jurídica y las Verdades Oficiales del Derecho”. Editorial Dykinson. Madrid. 2015.
- Norma Técnica, Apoyo Familiar, Custodia Familiar y Acogimiento Familiar. Ministerio de Inclusión Social y Económica, Dirección de Servicios de Protección Especial, Subsecretaria de Protección Social. Quito 2019.

- PINTO, C. “La Custodia Compartida”. Barcelona: Bosch.2009
- ROMERO; Aurelia. “La Guarda y Custodia Compartida: Una Medida Familiar Igualitaria”. Editorial REUS. S.A. Madrid. 2014
- SALTOS, Rodrigo. “La Conflictividad de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. (Primera ed.). Guayaquil, Ecuador: EDITORIAL BIBLIOTECA JURÍDICA. 2009
- VALLADARES, Álvaro. “La familia. Una mirada desde la Psicología”. Medisur, <http://www.medisur.sld.cu/index.php/medisur/article/view/402/319>.
- VEGA, Paolo. “Custodia Compartida Ya”. Plan V. Quito.2021.
- ZAVALA, Héctor. “Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres”. Quito, Universidad Central de Quito; recuperado 2014.
- [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)