



**UTPL**

# **UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

## **FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

### **MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

Análisis jurídico y doctrinal de la tenencia compartida y su regulación en la norma sustantiva y procedimental como garantía del interés superior del niño

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de:

### **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**Autor:** Ramírez Granda, Karen Fernanda

**Director:** Ordóñez Yaguache, Andrea

Victoria

LOJA

2024



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NC-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

2024

## Aprobación del director del Trabajo de Titulación

Loja, 10 de julio de 2024

Magister

Paúl Javier Moreno Quizhpe

**Director de la Maestría en Derecho en Mención Derecho Procesal**

Ciudad. -

De mi consideración:

Me permito comunicar que, en calidad de director del presente Trabajo de Titulación nominado: Análisis jurídico y doctrinal de la tenencia compartida y su regulación en la norma sustantiva y procedimental como garantía del interés superior del niño, realizado por Karen Fernanda Ramírez Granda, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, así mismo ha sido verificado a través de la herramienta de similitud académica institucional, y cuenta con un porcentaje de coincidencia aceptable. En virtud de ello, y por considerar que el mismo cumple con todos los parámetros establecidos por la Universidad, doy mi aprobación a fin de continuar con el proceso académico correspondiente.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Mgtr. Andrea Victoria Ordóñez Yaguache

C.I.: 1105041212

Correo electrónico: [avordonez7@utpl.edu.ec](mailto:avordonez7@utpl.edu.ec)

### **Declaración de autoría y cesión de derechos**

Yo, Karen Fernanda Ramírez Granda, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

Ser autora del Trabajo de Titulación denominado: “Análisis jurídico y doctrinal de la tenencia compartida y su regulación en la norma sustantiva y procedimental como garantía del interés superior del niño”, de la Maestría en Derecho mención de Derecho Procesal, específicamente de los contenidos comprendidos en él: Capítulo uno Generalidades de la Familia; Capítulo dos de la tenencia o custodia compartida; Capítulo tres la custodia compartida en el comparado; Capítulo cuatro y cinco se analizará la metodología utilizada y la investigación de campo, mismos que ha sido elaborados en la tesis, siendo la Mgtr. Andrea Victoria Ordóñez Yaguache, directora del presente trabajo; también declaro que la presente investigación no vulnera derechos de terceros ni utiliza fraudulentamente obras preexistentes. Además, ratifico que las ideas, criterios, opiniones, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad. Eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación con la propiedad intelectual de este trabajo.

Que la presente obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTPL, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”, en tal virtud, cedo a favor de la Universidad Técnica Particular de Loja la titularidad de los derechos patrimoniales que me corresponden en calidad de autor/a, de forma incondicional, completa, exclusiva y por todo el tiempo de su vigencia.

La Universidad Técnica Particular de Loja queda facultada para ingresar el presente trabajo al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Karen Fernanda Ramírez Granda

C.I.: 1105041212

Correo electrónico: [kframirez@utpl.edu.ec](mailto:kframirez@utpl.edu.ec)

## **Dedicatoria**

Este logro de culminación de estudios de posgrado le dedico a Dios, porque por su gran misericordia y bendición he logrado cumplir mi meta profesional.

También agradezco a mis padres, quienes con sus palabras de aliento han sido la base fundamental en mi formación como profesional.

De igual forma a la comprensión y apoyo por parte de mi esposo Franco, quien supo darme ánimo y comprender mis arduas horas de estudio, y siempre apoyando mi superación profesional.

A mi hijo Nicolás, quién ha sido mi fortaleza, el que me motiva a no decaer en el proceso de estudio de posgrado.

A mis gemelos arcoíris que están en camino, quienes al sentirlos han hecho que siga adelante.

A mi eterna princesa de colores, mi ángel que desde el cielo me cuida, guía y da fuerzas para seguir adelante.

Y por último este logro profesional le dedico a mi hermano, quién a pesar de la distancia está dándome su aliento y apoyo incondicional.

Muchas gracias por estar siempre allí en el momento y tiempo exacto.

A todos ustedes dedico el producto de mi esfuerzo.

**Karen Fernanda Ramírez Granda**

## **Agradecimiento**

Al haber finalizado el presente Trabajo de Titulación previo a la obtención del posgrado deo constancia de mi inmensa gratitud a la Universidad Técnica Particular de Loja, y a cada uno de los docentes universitarios que me impartieron todos sus conocimientos en mi formación académica.

De manera especial agradezco a mi directora del Trabajo de Titulación por su dirección en todo el proceso de la realización de este trabajo de investigación, quien con su sabiduría, conocimiento y profesionalismo dirigió la investigación socio jurídica de este trabajo de titulación, aportando en todo momento para la mejor realización.

Agradezco a todas las personas que me brindaron su apoyo para la elaboración del presente trabajo, y que además me colaboraron con sus criterios y conocimientos en la elaboración de esta investigación.

**Karen Fernanda Ramírez Granda**

## Índice de contenido

Carátula.....	I
Aprobación del director del Trabajo de Titulación.....	II
Declaración de autoría y cesión de derechos.....	III
Dedicatoria.....	V
Agradecimiento.....	VI
Índice de contenido.....	VII
Resumen.....	1
Abstract.....	2
Introducción.....	3
Capítulo uno.....	5
Generalidades de la familia.....	5
1.1 Evolución de la familia.....	5
1.1.1 <i>Definición de familia</i> .....	6
1.2 Los diferentes tipos de familia.....	10
1.2.1 <i>Familia nuclear o biparental</i> .....	12
1.2.2 <i>Familia Extensa</i> .....	13
1.2.3 <i>La familia ensamblada o reconstituida</i> .....	14
1.2.4 <i>La familia homoparental</i> .....	16
1.2.5 <i>La doctrina y sus nuevos tipos de familia</i> .....	17
1.3 La importancia de la familia y sus miembros.....	20
1.4 El matrimonio.....	21
1.4.1 <i>Antecedentes del matrimonio</i> .....	21
1.4.2 <i>Definiciones del matrimonio</i> .....	23
1.5 La unión de hecho.....	24
1.5.1 <i>Antecedentes y definiciones de la unión de hecho</i> .....	24
1.5.2 <i>De la terminación de la unión de hecho</i> .....	26
1.6 El divorcio.....	28

1.6.1	<i>Antecedentes de la figura del divorcio</i> .....	28
1.6.2	<i>Las causales del divorcio</i> .....	30
1.6.3	<i>Las afectaciones del divorcio</i> .....	32
1.7	La patria potestad .....	33
1.8	La doctrina de protección integral en los derechos de niñez y adolescencia .....	35
1.8.1	<i>El derecho a tener a familia y convivencia familiar</i> .....	35
1.8.2	<i>El interés superior del niño</i> .....	38
1.8.3	<i>El derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta</i> .....	40
	Capítulo dos.....	44
	De la tenencia y custodia compartida .....	44
2.1	Origen de la regulación de la figura de la tenencia .....	44
2.2	Definición de la tenencia .....	45
2.3	Tipos de tenencia .....	47
2.4	La tenencia compartida .....	50
2.4.1	<i>Definición</i> .....	51
2.4.2	<i>Ventajas y desventajas de la custodia compartida</i> .....	53
2.4.3	<i>La custodia compartida en la declaración de LANGEAC</i> .....	55
2.5	La alienación parental en las decisiones de la tenencia .....	56
2.5.1	<i>Conceptos generales</i> .....	56
2.5.2	<i>Sujetos que intervienen en la alienación parental</i> .....	57
2.5.3	<i>Tipos de alienación parental</i> .....	58
2.5.4	<i>La alienación y su incidencia en la tenencia</i> .....	60
	Capítulo tres.....	62
	La custodia compartida en el comparado .....	62
3.1	La custodia compartida en el derecho comparado.....	62
3.1.1	<i>Argentina</i> .....	62
3.1.2	<i>Colombia</i> .....	63
3.1.3	<i>Perú</i> .....	65

3.1.4	<i>España</i> .....	67
3.2	Análisis de la regulación de la tenencia compartida en la legislación de Ecuador y su beneficio en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes .....	69
	Capítulo cuatro.....	72
	Metodología de la Investigación .....	72
4.1	Diseño de la investigación.....	72
4.2	Tipo de investigación.....	72
4.3	Métodos y técnica de investigación .....	72
4.4	Población y muestra .....	75
	Capítulo cinco .....	76
	Investigación de campo .....	76
5.1	Interpretación y análisis de los resultados de la encuesta .....	76
5.2	Aplicación de entrevista .....	82
5.3	Verificación de objetivos e hipótesis .....	84
5.4	Propuesta .....	85
	Conclusiones.....	90
	Recomendaciones .....	91
	Referencias .....	92
	Apéndice .....	96
	Apéndice A. Encuesta .....	96
	Apéndice B. Entrevista .....	98

### Índice de figuras

Figura 1.....	76
Figura 2.....	
Figura 3.....	78
Figura 4.....	79
Figura 5.....	80
Figura 6.....	81

## Resumen

En el presente trabajo de titulación se analizará la regulación de la custodia compartida a fin de garantizar el interés superior del niño en cuanto a la relación parento filial de los hijos con los dos progenitores, así como asumir en igualdad los derechos y obligaciones devenidos de la figura jurídica de la patria potestad. Con la disolución del vínculo matrimonial o la separación se deriva un tema trascendental que es la tenencia del niño, niña o adolescente. La problemática generada en torno a la tenencia de los hijos no emancipados impacta tanto en los involucrados como en la sociedad en general, por lo que se ha hecho pertinente realizar un estudio concreto de la figura familiar de la tenencia compartida y cuáles son sus ventajas o desventajas. Desde un contexto jurídico y doctrinario se develará como la regulación de la tenencia compartida en la norma sustantiva y adjetiva del Ecuador beneficiaria tanto al niño, niña y adolescente en sus relaciones materno y paterno filiales, para ello se recurrirá a la legislación comparada abordando el método analítico, científico, exegético, cualitativo y cuantitativo.

**Palabras clave:** Tenencia compartida, derechos humanos, interés superior del niño.

### **Abstract**

*In this degree work, the regulation of shared custody will be analyzed in order to guarantee the best interest of the child in terms of his relationship with the two parents, in the same way that the two parents equally assume the rights and obligations that have become of parental authority. With the dissolution of the marriage bond or separation, a transcendental issue arises, which is the possession of the child or adolescent. The problems generated around the possession of non-emancipated children impact both those involved and society in general, which is why it has become pertinent to carry out a specific study of the family figure of possession. From a legal and doctrinal context, it will be revealed how the regulation of shared possession in the substantive and adjective norm of Ecuador will benefit both the boy, girl and adolescent in their maternal and paternal filial relationships, for this purpose comparative legislation will be used, addressing the method analytical, scientific, exegetical, qualitative and quantitative.*

**Keywords:** Shared custody, human rights, best interests of the child.

## Introducción

El presente trabajo de titulación denominado “Análisis jurídico y doctrinal de la tenencia compartida y su regulación en la norma sustantiva y procedimental como garantía del interés superior del niño”, se lo analiza a fin de encontrar respuestas al problema planteado, ello exigió al maestrante a documentarse con la mayor cantidad posible de bibliografía referente a la temática de la tenencia compartida y su propuesta de regulación en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos.

Este trabajo de titulación ha sido complementado con el estudio de la ley prescrita en nuestra legislación, así como reglamentación internacional relacionada con este tema; de este modo, una vez contrastadas dichas normas, y gracias al estudio doctrinario realizado con anterioridad, se pudo cumplir con el primer objetivo general planteado en cuanto a regulación de la tenencia compartida en la legislación de Ecuador garantizando la convivencia familiar en beneficio del interés superior del niño.

En el derecho comparado se encuentra regulado la figura jurídica de la tenencia compartida como garantía del interés superior del niño, fortaleciendo de esta manera la convivencia del niño, niña y adolescente con sus dos progenitores.

El análisis de cómo ha sido concebida la familia y como esta ha ido cambiando a lo largo de la historia y las nuevas figuras que se han ido generando, dio lugar a realizar la presente investigación de la tenencia compartida como problema socio familiar, y como su regulación Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos, garantizaría la convivencia familiar en beneficio del interés superior del niño.

En cuanto a la metodología utilizada, se ha procedido a recurrir a algunos métodos tales como el analítico que ha permitido obtener una buena descripción de fenómeno jurídico estudiado y de sus elementos más importantes a tratar; el inductivo, que, gracias al análisis desmenuzado de cada elemento, permitió obtener criterios generalizados del tema.

De igual forma, gracias al método histórico-lógico, así como descriptivo, pude realizar y análisis considerando el tiempo en que se desarrolla el problema y los factores externos

que influyen en él, para finalmente realizar una descripción jerarquizada de cómo se han desarrollado estos cambios.

En cuanto al marco teórico, se ha sido desarrollando en 5 capítulos que van de lo general a lo particular, así dentro del Capítulo I de las generalidades de la familia, se abordaron temas tales como: evolución y definición de la familia, los tipos de familia, el matrimonio, uniones de hecho, divorcio, patria potestad, y la doctrina de protección integral de niños, niñas y adolescentes. Dentro del capítulo II tenencia compartida se abordó: origen, definición, tipos de tenencia, que intervienen, síntomas, tipos de alineación, consecuencias; en el Capítulo tres, se trata sobre la custodia compartida en el derecho comparado y en el capítulo cuatro y cinco la metodología y la investigación de campo.

Todos estos capítulos permitieron llegar a proponer una propuesta de regulación de tenencia compartida, garantizando la convivencia familiar en beneficio del interés superior del niño, así como también sacar las conclusiones y recomendaciones concretas.

## Capítulo uno

### Generalidades de la familia

#### 1.1 Evolución de la familia

Al iniciar este trabajo de titulación respecto de la regulación de la tenencia compartida previo a la obtención del título de magíster es importante considerar las teorías evolutivas desde la barbarie hasta su civilización.

La evolución de la familia los filósofos Morgan y Engels lo dividen en Salvajismo, Barbarie y Civilización, a su vez los dos primeros en estados: inferior, medio y superior dando como resultado la civilización, Morgan menciona la evolución de la familia en cada etapa, así mismo se menciona las seis fases como son: I. Llamada promiscuidad inicial, Fase II: Familia Punualena "Punalúa", Fase III: familia Sindiásmica "Emparejada, Fase IV: Familia patriarcal. Familia Sindiásmica. comienza la era neolítica, todavía dentro de la edad de piedra, ase VI. Familia extensa. Familia patriarcal monogámica y sus características, durante el Salvajismo y la Barbarie y finalmente en la civilización. (Engels, 1884)

La institución jurídica más importante de la sociedad como es la familia emprendió como clan siendo esta la primera expresión de protección humana, esta forma primitiva de sobrevivencia ha hecho factible su preservación en el medio salvaje que se desenvolvía. Ello ha permitido que los sentimientos de las personas que conforman los clanes o tribus se robustezcan, este vínculo común unificó a los pequeños grupos.

Existen varias etapas de la familia entre ellas tenemos: a) Consanguínea, esta se daba por matrimonio entre hermanos y hermanas existía promiscuidad absoluta; b) Punalúa, los hombres del grupo eran consideradores desde el nacimiento como esposos de las mujeres del otro grupo, así mismo se conformaba por el matrimonio de varios hermanos con las esposas de los otros y de varias hermanas con los esposos de las otras, en sí era un entrevero en las familias por afinidad; c) Sindiásmica, esta proviene del término Syndyaso, parear, syndyasmos, unir a dos juntamente. Se fundaba en el pareo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva. El divorcio o separación estaba librado al albedrío del marido tanto como de la mujer; d) Patriarcal, este tipo de familia ha sido

cuestionada pues, aparece el pater familias como la autoridad absoluta; y, e) Monógama. – Es la que se mantiene hasta la actualidad consiste en el matrimonio de un hombre con una mujer, con cohabitación exclusiva (Morales Gómez, 2015, p.132).

Ya en los tiempos históricos, se produjo una paulatina evolución de la familia que va reduciendo poco a poco la extensión del grupo. Esa evolución puede ser concretada, en tres fases: el clan, la gran familia y la pequeña familia.

En cuanto al clan era una vasta familia, o grupo de familias unido bajo la autoridad de un jefe común, era una agrupación social, política y económica.

Respecto de la gran familia, nace con la aparición del Estado, con la cual deja de pertenecer a la familia el poder político. Su tipo clásico es la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del paterfamilias, antecesor común de todos sus integrantes, con poderes muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único propietario de los bienes del grupo, magistrado y sacerdote; comprendía no sólo a los descendientes del pater, sino también a sus esposas, a clientes y esclavos.

Y como último, la pequeña familia, última etapa de la evolución, es el tipo actual de núcleo paterno-filial. Su unidad política y económica ha desaparecido, limitándose a su función biológica y espiritual. Su función primordial es la procreación y educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual entre sus integrantes. Dentro de esa evolución fue cambiando la importancia de la familia desde el punto de vista político, económico, social y jurídico (Belluscio, 2002)

Sin duda alguna todas las etapas de la familia desde la barbarie hasta la actualidad han servido para que consolide en los estados de derecho, y de esta manera se promulguen leyes para su protección y cumpla su consecución y la preservación de la especie humana.

### **1.1.1 Definición de familia**

Existen varios conceptos sobre la familia, sin embargo, se va a dar los más acertados conforme a la doctrina y el derecho, existe la familia en sentido amplio y se entiende como el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar,

comprendiendo entre ellos al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de "parientes por afinidad"; a esa enunciación habría que agregar al propio cónyuge, que no es un pariente.

Por otro lado, la FAMILIA EN SENTIDO RESTRINGIDO (PEQUEÑA FAMILIA, FAMILIA CONYUGAL, PARENTESCO INMEDIATO O NÚCLEO PATERNOFILIAL), comprende sólo el núcleo paterno filial -denominado también "familia conyugal" o "pequeña familia", es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. A diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica.

Y en cuanto a la FAMILIA EN SENTIDO INTERMEDIO (COMO UN ORDEN JURÍDICO AUTÓNOMO). En el concepto intermedio, familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Era este el sentido de la familia romana, por lo menos en la primera etapa de su derecho histórico. Como supervivencia de la época romana, y también como reflejo de la ampliación de la esfera de la autonomía de la familia que acompaña al debilitamiento del Estado en la Edad Media. (Belluscio, 2002)

La familia desde el punto de vista sociológico, católico, biológico y jurídico expresa lo siguiente:

Sociológico. - En un contexto general se dice que familia es ante todo sociológico que jurídico. La Sociología concibe a la familia como una estructura social. Todos los niveles de organización y funcionamiento de la vida familiar son de interés para el sociólogo; la familia en su relación con: la nación, religión, comunidad, etc. La familia no es una agrupación inmutable, sino como antes mencionamos, un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras en durante distintas épocas y lugares.

Católico. - En el catecismo de la Iglesia Católica se reconoce al matrimonio, como la unión del hombre y la mujer, quienes con sus hijos conforman la familia, cada uno poseedores de dignidad, con deberes, obligaciones y responsabilidades. Además, menciona que "la vida en familia es la iniciación de la vida en sociedad.

Biológico. - Se forma por la unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer y a través de la procreación, generando lazos de sangre; por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna. La familia conyugal es la más conocida, ya hemos visto que surge en todas las culturas de una pareja heterosexual de adultos y con fines de procreación, la supervivencia de la especie ha requerido su protección, este modelo desde su perspectiva nuclear, es el que se mantiene en la práctica en la totalidad de los países.

Jurídica. - Desde la definición jurídica se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite. De ahí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia (Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, 2005, pp. 4 - 7)

Los enfoques antes descritos la definen en base a sus principios, en conclusión, las cuatro aristas expresan que la familia se funda en el matrimonio, por ello los Estados parte deben protegerla para que esta pueda cumplir su rol en la sociedad.

La familia entendida por la colección de antepasados, descendientes y adyacencias que comparten una ascendencia común, así como también de cónyuges de parientes casados. Según la Academia, la familia se entiende a través de una combinación de convivencia, parentesco y pertenencia familiar. "El que habita en casa bajo el poder de su señor" (Cabanellas de Torres, 2004).

Dentro de una definición tradicional, se llama familia al conjunto de personas unidas por vínculos consanguíneos y formadas por el padre, la madre y los hijos, que viven en un hogar persiguiendo un mismo fin de superación y progreso, considerada con justeza, la célula social por excelencia (Sanjinez, 2002, p. 12). Así mismo el jurista Larrea Holguín (2005) en cuanto a la familia manifiesta:

es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, es decir como un acto jurídico, legalmente aceptado entre dos personas que se unen con la proyección a la creación de una familia, por la filiación y adopción (p. 21)

Contreras (2010) en cuanto a la familia asevera que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, que como constitucionalmente se establece, requiere de protección al igual que sus integrantes; esto en atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la función social que le corresponde. (pp. 22-23)

Desde un ámbito de *ius cogens* la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su numeral 3 refiere que “La familia es el componente natural y primordial de las sociedades, ya que tienen el derecho de que el estado y la comunidad los proteja” (Art. 16), esta definición ha obligado a los estados parte a regular las normativas internas para protegerla a la familia y esta cumpla su fin en la sociedad.

De igual forma la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en el numeral 1 del Art. 17 expresa “la familia es el bloque natural y esencial de los pueblos, ya que si no la protege el derecho sustantivo de las naciones se extinguiría y vivirían en caos” así mismo en el Art. 19 del referido tratado internacional dispone “Todos los proles de cualquier estado tienen derecho a que se los proteja sea en el ámbito local o internacional”, estos dos artículos de índole internacional hace alusión que la familia es fundamental en la sociedad y por ende debe el estado protegerla e incluso proteger a los hijos habidos producto del matrimonio o convivencia.

En el ámbito local la Constitución de la República del Ecuador (2008) en cuanto a la familia dice:

Garantiza en su territorio la convivencia de cualquier tipo de familia que se ha ido generando acorde a la realidad social garantizando en igualdad de circunstancias para que las mismas puedan desarrollarse en su vivir diario, respetando los vínculos legales o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades para sus miembros (Art. 67).

De igual forma en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en sus artículos 8, 9 y 10 refiere a la corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia, función básica de la familia y el deber del estado frente a la familia, esto se contextualiza que de forma tripartita se debe proteger al núcleo de la sociedad que es la familia y los miembros que la componen.

En conclusión, la familia es donde el niño, niña y adolescente se desarrolla y como efecto de esta convivencia los progenitores deben proporcionar toda la ayuda para su alimentación, vestimenta, vivienda y el afecto en igualdad de condiciones, pero para que ello suceda el derecho interno debe garantizarle estas garantías.

## **1.2 Los diferentes tipos de familia**

Los tipos de familias o tipología familiar son el producto de una clasificación donde se tienen en cuenta las características, situaciones y fenómenos que acontecen a la familia, donde se mezclan aspectos tan variados como el número de integrantes, la modalidad y el tiempo de unión de la pareja, procedencia geográfica, el sistema de parentesco, las funciones y las relaciones entre los integrantes del grupo familia (Jimenez Zuluaga, 2001, p. 19)

En este sentido, se puede colegir que los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias, ello ha permitido que la familia como institución sea definida de muy diversas formas.

Desde el comienzo de nuestra civilización, la familia ha existido, como unidad base y universal de la sociedad, la cual nunca ha sido estancada, ni fija, sino que ha pasado de un estado inferior a otro superior, evolucionando juntamente con la sociedad, sufriendo transformaciones como ninguna otra institución, teniéndose como sustento a la familia nuclear modelo de la familia tradicional; generándose cambios en la estructura familiar tradicional.

El tratadista Hernández Caballero, (2023) expresa que las nuevas tecnologías, el consenso de la mujer al mercado profesional, la labilidad laboral, el desempleo, han ido configurando una realidad social que dista mucho del modelo tradicional de familia y relaciones familiares, esto quiere decir que existen varios tipos de familias, entre ellas la nuclear, monoparental, ensamblada, personas del mismo sexo, con mascotas. Sin duda alguna la sociedad ha cambiado y por ende los diferentes tipos de familia que la conforman. (párr. 3)

Por ello, con los nuevos modelos familiares que han surgido en los últimos tiempos la Constitución de la República del Ecuador (2008) expresa:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. (Art. 67)

Como se dijo, los nuevos cambios sociales han dado lugar a los nuevos modelos de familia por ello la Carta Magna, protege a todos los tipos de familia que se asientan en el territorio y en caso de alguna vulneración discriminación.

En la actualidad con la migración se habla también de la familia transnacional que es aquella familia cuyos miembros viven una parte o la mayor parte del tiempo separados los unos de los otros y que son capaces de crear vínculos que permiten que sus miembros se sientan parte de una unidad y perciban su bienestar desde una dimensión colectiva, a pesar de la distancia física (Bryceson y Ulla, 2002. p 584).

Sin duda alguna cualquiera que sea el motivo de como se conforma o como se funda la familia, el Estado debe protegerlas a fin de que cumplan su consecución en la sociedad.

En consecuencia, en base a estos nuevos modelos familiares sé la irá explicando brevemente en el siguiente apartado teniendo en cuenta que la Carta Magna reconoce a la familia en sus diversos tipos y los protege con escudo reforzado por ser el núcleo de la sociedad.

### **1.2.1 Familia nuclear o biparental**

La Unión de Asociaciones Familiares en cuanto a la familia nuclear o también llamada biparental define que es la compuesta de mujer, hombre y descendencia biológica. Actualmente también se consideran los hijos e hijas adoptados/as y acogidos/as. Es un concepto de familia que ha sido desarrollado en occidente para denominar al grupo familiar que se conforma por progenitores: madre y padre y sus hijos/as. Es el más extendido en España y, en general, en sociedades postindustriales.

La propia familia nuclear también ha experimentado una evolución importante en las últimas décadas. El reconocimiento de los derechos de las mujeres y de los niños, las niñas y adolescentes, la incorporación de la mujer en la vida laboral y social y un mayor reconocimiento de las libertades sexuales, entre otros aspectos a considerar, han favorecido el tránsito y evolución de un modelo tradicional de familia hacia una concepción más moderna y plural de la misma. La organización familiar, y dentro de ella, los roles de la mujer, de los niños/as y jóvenes y las relaciones de poder en la familia, se han democratizado y son aspectos que han transformado profundamente los valores, comportamientos y relaciones en este tipo de familias. (UNAF,2022, párr. 1 - 3)

Este tipo de familia es tradicional, sin embargo, esta ha perdido connotación, pues esta se funda en el matrimonio y en la actualidad son más las parejas que únicamente conviven y no se casan.

Por ello Belluscio (2002) expresa que la profunda evolución de las costumbres que se ha producido en la segunda mitad del siglo XX ha dado lugar a que se considere que frente al tipo clásico de familia (en sentido restringido), integrada por padre, madre e hijos, existen otros modelos que se producen como consecuencia de actos voluntarios o aun de hechos fortuitos, como la muerte de uno de los integrantes de la pareja (pp. 7-8).

Por otro lado, en la familia nuclear básica, al padre se le reconoce como progenitor, soporte económico de la prole y en alguna medida figura de autoridad; a la madre se le asignan las tareas relacionadas con la crianza y socialización de los hijos y se considera que ella es el soporte afectivo y nucleador de la familia (Jiménez Zuluaga, 2001, p. 22)

Se colige que la familia nuclear es la conformidad por padres e hijos y la que ha sido tradicional a lo largo de su evolución, sin embargo, por los cambios sociales se ha ido disminuyendo.

### **1.2.2 Familia Extensa**

La familia extensa excede a la familia nuclear por ello el psicólogo Méndez Errico, (2016) expresa que:

no existe un único concepto de familia extensa, de hecho, su significado está muy relacionado con lo que en cada sociedad se considera que debe ser una familia extendida, tiene al menos tres diferentes significados o definiciones. El término "familia extensa" se utiliza como sinónimo de familia consanguínea. Alude a una red de parentesco que tiene una extensión que trasciende el grupo familiar nuclear o primario (padre, madre, hermanos). Se caracteriza por ser una estructura de parentesco que vive en un mismo lugar y se conforma con miembros parentales de diferentes generaciones (p.1)

Con este acertado criterio, el historiador en la rama de familia colige que en este tipo de familia la componen quienes tienen relación de parentesco por afinidad, consanguinidad o adopción, que como fin tienen unir lazos familiares.

En la familia extensa conviven en el mismo hogar más de dos generaciones. Este tipo de estructura familiar es propio de las sociedades preindustriales y se caracteriza porque en este sistema familiar, hombres y mujeres se casan, pero continúan perteneciendo a la familia de los progenitores de uno de los dos cónyuges.

Otro beneficio de este tipo de familia es que es un sistema más permanente y continuo que la familia conyugal o nuclear, ya que la muerte de un miembro de la familia no implica la desaparición de los vínculos familiares. En lo relativo al aspecto económico, la familia extensa

cuenta con recursos de los que se nutren todos los miembros, así mismo Estas familias tienen un importante papel en la transmisión de valores y tradiciones. En este sentido, cabe destacar el papel de los abuelos y abuelas en la educación y cuidado de sus nietos (UNAF, 2022, párr. 3).

En conclusión, en la familia extensa da lugar a la parentalidad positiva, es decir, más flexibilidad en los roles, evitando los tradicionales del hombre como proveedor económico y el que establece las normas y la mujer como figura encargada de las tareas domésticas y del cuidado, de igual forma hay igualdad entre sus miembros, pues existe cooperación y corresponsabilidad con los cuidados dentro y fuera del hogar

### **1.2.3 La familia ensamblada o reconstituida**

Este tipo de familia es también conocida como la de desafíos o oportunidades por la situación que atravesaron al separarse o divorciarse, puesto que los miembros del sistema tienen la oportunidad de desarrollar nuevas formas de vincularse, particularmente los hijos, quienes pueden encontrar en su nueva familia, un lugar de socialización y aprendizaje idóneo para ellos. Así mismo, esta complejidad relacional inherente a este tipo de sistemas, ayuda a que la configuración de los roles familiares sea menos rígida que en modelos familiares más tradicionales (Suárez Vélez, 2019, párr. 2)

Las familias reconstituidas requieren mayores esfuerzos, ya que, se conforman sobre la base de pérdidas y cambios importantes, los hijos preceden a la formación de la pareja, hay más de dos adultos en rol parental, hijos que por lo general circulan entre dos hogares, hay más vínculos y personas involucradas.

Por ello en este nuevo sistema familiar se debe tener en cuenta los siguientes los nuevos vínculos tales como: a) La nueva familia, surge a partir de una pérdida, por lo que es importante permitir la elaboración del duelo al ritmo y necesidades de cada uno de los miembros de la familia; b) La nueva familia mantendrá una relación real o virtual con la expareja, lo que exige darle un espacio en la vida de la familia con los límites y acuerdos que se requieren para consolidar la nueva pareja.

En consecuencia la contribución de todos, el acompañamiento de las pérdidas, la comunicación asertiva, el reconocimiento, los límites, roles, funciones, jerarquía, los acuerdos de crianza y de pareja, entre otros aspectos, permitirá que cada miembro potencie su identidad, su individualidad, su inclusión, la flexibilidad, la creatividad, generando un ambiente rico de intercambio y experimentación de nuevas formas de relacionarse, contribuyendo en la consolidación y el crecimiento de la nueva familia y de cada uno de los miembros que la conforman.

Por otro lado, también se dice que la familia reconstituida es un modelo que ha existido siempre, generalmente derivadas de situaciones de viudedad, pero que nunca como ahora había supuesto una ruptura con las reglas de funcionamiento de la familia tradicional. Las familias reconstituidas suponen un profundo cambio de la estructura, de las normas y de los modos de relación entre los integrantes de las familias, así mismo los pueden existir varios tipos de familia reconstituida:

- a) La familia reconstituida que proviene de la muerte de uno de los cónyuges. El padre o la madre viudo o viuda crea una nueva familia y aparece la figura del padrastro o madrastra.
- b) Persona separada o divorciada que tiene hijos/as y cuya expareja se ha vuelto a emparejar.
- c) Nueva familia que se conforma tras una ruptura de pareja y donde uno de sus miembros tiene hijos/as de una relación anterior y pueden llegar a tener hijos/as en común.
- d) Nueva familia que se conforma tras una ruptura de pareja, en la cual los dos miembros de la pareja tienen hijos/as de una relación anterior y pueden llegar a tener hijos/as en común, es el modelo más complejo (UNAF, 2022, párr. 3).

Sin duda alguna las familias ensambladas son un nuevo modelo familiar, que hoy en día en las sociedades se han ido conformando, por ello es importantísimo saber que existen retos para los nuevos integrantes, ya que es un proceso de adaptación general, de la nueva pareja entre sí, la acomodación de los/as hijos/as con la nueva pareja de su padre/madre y

viceversa, el ajuste a un nuevo hogar, zona de residencia, a un estatus económico diferente, etc. Estas reorganizaciones añaden tensión a la vida familiar que pueden afectar a la calidad de la crianza.

#### **1.2.4 La familia homoparental**

En los últimos años, el término familias homoparentales se comenzó a escuchar y leer con más frecuencia, con el mismo se alude tanto a los varones gays como a las mujeres lesbianas que tienen uno o más hijos, ya sea que los tengan solos o en pareja. En el caso de las madres, las dos mujeres han podido tener hijos/as a través, de la inseminación artificial, fecundación in vitro con semen de donante o bien haber tenido hijos/as biológicas/os de relaciones anteriores o por adopción o acogimiento. En el caso de los dos padres, pueden tener hijos e hijas de relaciones anteriores o por adopción o acogimiento.

A pesar de los posibles prejuicios a las que se ven sometidas estas familias, ninguno de los factores de riesgo familiar está específicamente conectado con la orientación sexual de los padres o madres.

Este nuevo modelo de familia dio lugar con la reforma al Código Civil (2005) a través de la Sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional, mediante consulta a través de una acción de protección sobre si es compatible el artículo 67 de la Constitución con la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece que el matrimonio es entre hombre y mujer; a la par se consulta la constitucionalidad del artículo 81 del Código Civil y del artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; la Corte Constitucional, dictamina que: "no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad, el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio". Publicada Registro Oficial Suplemento 96 de 8 de Julio del 2019.

El caso más controvertido de una familia homoparental en Ecuador es el caso Satya que data Inscripción de una menor, manteniendo sus nombres, apellidos y reconociendo su filiación como hija de dos personas del mismo sexo.

El caso de la niña Satya Bicknell-Rothon, es un símbolo de la lucha por la igualdad de derechos para la comunidad LGBTI en el país, ya que su madre biológica, Nicola Rothon, y su pareja, Helen Bicknell, ciudadanas inglesas que viven en el Ecuador desde 2007, la concibieron a través de inseminación artificial. Satya nació el 8 de diciembre de 2011 en Ecuador; sin embargo, en el momento de inscribirla el Estado sólo reconocía la maternidad de Nicola.

La negación del Registro Civil para inscribir a Satya, representó un atentado contra los derechos de igualdad formal, igualdad material y no discriminación, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, la vida y orientación sexual, el derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia, el derecho a la protección que el Estado debe a la familia en sus diversos tipos y la vulneración del interés superior de la niña, pero dicha inscripción se dio con la Sentencia N° 184-18-SEP-CC CASO N° 1692-12-EP de la Corte Constitucional.

En conclusión, como quiera que se conforme este tipo de familia el estado la protege en garantía de los estándares internacionales puesto que son la base de la sociedad.

### **1.2.5 La doctrina y sus nuevos tipos de familia**

La diversidad familiar es el reconocimiento de los diversos modelos familiares más allá del compuesto tradicionalmente por madre, padre e hijos/as, normalizando estos modelos como el resultado de la evolución de nuestra sociedad.

Se parte de la base de que en la variedad de tipos de familias no hay mejores o peores; lo importante es que entre sus miembros haya una buena comunicación, respeto, reparto equitativo de las tareas y corresponsabilidad afectiva. Lo más relevante para el análisis de la familia, como contexto de desarrollo y socialización y de cara al ejercicio de la parentalidad positiva, no es tanto su estructura, sino las relaciones que se establecen en su interior, las funciones que esta desempeña y cómo lo hace.

En la actualidad existen diferentes tipos de familia que se han ido formando conforme a los cambios sociales:

**Familia Nuclear.** - Dos generaciones, padres e hijos (biológicos o adoptados), que conviven bajo el mismo techo presentando vínculos intensos e íntimos. La familia nuclear puede ser compuesta únicamente por esposa y esposo.

**Familia extensa o conjunta.** - Compuesta por miembros de varias generaciones basados en vínculos de consanguinidad. Este tipo de familia también es conocida como trigeneracional debido a que tiene un mínimo tres generaciones inmersas en el hogar.

**Familia ampliada.** - Este tipo de familia permite la presencia de miembros no consanguíneos, pueden ser vecinos, colegas, amigos o compañeros.

**Familia simultánea (antes llamada reconstruida).** - Aquellas compuestas por individuos separados o divorciados, quienes a su vez mantienen una relación de pareja sentimental con personas que han culminado con su vínculo marital anterior.

**Familias con un solo progenitor, monoparentales o unipersonales.** - Constituido por un solo de los progenitores, quien se mantiene al cuidado de los hijos. Este tipo de familia puede acarrear principalmente una confusión de roles del círculo familiar, ya que estos no están definidos.

**Familias Homosexuales.** – Es una relación estable constituida por individuos del mismo sexo. En estos casos el hijo puede ser de una de las dos personas que conforman la pareja. (Quintero Velásquez, 1997, pp. 18 - 21)

En este sentido de los tipos de familia ya conocidos se puede describir otros nuevos sistemas familiares:

**Familia transnacional.** - Conocidas por el nombre familias transfronterizas, ya que se caracterizan precisamente por el hecho de que sus miembros pueden encontrarse en localizaciones diferentes. Estas familias son el resultado de los procesos migratorios a los que se encuentran sujetas muchas poblaciones, sus miembros se ven en la tesitura de fomentar el contacto de una manera más consciente a través de las tecnologías de la comunicación y el envío de remesas de dinero para poder garantizar su sustento económico.

**Familia multigeneracional.** - Si bien ahora en nuestra sociedad predomina el modelo de familia nuclear tradicional, esto no ha sido siempre así. En nuestro país, basta con preguntar a las personas que pasaron su infancia a principios y mediados del siglo pasado para darse cuenta de que lo más habitual era que en una casa conviviesen, además del núcleo formado por pareja e hijos, más miembros de la familia. Precisamente el término “multigeneracional” hace referencia a la presencia de más de una generación. Habitualmente esto incluye a la madre y/o el padre de la pareja que hace de cabeza de familia, pero este tipo de familias también pueden incluir a otras personas. Así, las familias multigeneracionales pueden solapar con otro tipo de familia, como es la familia extensa: incluyendo tías, primos, etc.

**Familia poliparental.** - La poliparentalidad es uno de los tipos de familia que puede darse en algunos hogares, a pesar de no contar con el reconocimiento de la Ley. Las familias poliparentales surgen en el contexto de las estructuras relacionales no monógamas, como las relaciones poliamorosas. Es decir, la poliparentalidad puede aparecer cuando se tiene descendencia en una relación que incluye a más de dos personas. A pesar de que no todas las parejas poliamorosas incluyen a sus otras parejas en el proceso de crianza, sí hay hogares en los que estas personas (a pesar de no ser progenitores biológicos) son también figuras parentales. De esta manera, las niñas y los niños de familias poliparentales pueden contar con varias madres y/o padres a efectos de crianza y educación a pesar de que, como hemos comentado, no lo sean a efectos legales.

**Familia elegida.** - Tal y como se ha mencionado en la introducción del artículo, no todas las familias se forman a partir de relaciones de parentesco o consanguinidad. Cuando no se cuenta con la familia de origen, muchas personas forman familias basadas en relaciones de afinidad y cuidado. Este término es habitual dentro del colectivo LTGBI+, ya que, por desgracia, muchas personas con diversidad sexual y de género aún sufren el rechazo de sus familias de origen y se ven en la necesidad de buscar otro tipo de redes de apoyo.

**Familia de acogida.** - Se habla de familia de acogida en los casos en los que existen menores que no pueden recibir el cuidado de su familia de origen y han de vivir en otro hogar. En este punto tendríamos que hacer una distinción entre las familias de acogida y las familias adoptivas, ya que son dos tipos de familia diferentes: en una familia de acogida sigue reconociéndose al progenitor o progenitores a pesar de que otra persona tenga la tutela, mientras que en una adopción se asigna el rol parental a la persona o pareja que estará a cargo de ahí en adelante. (Martínez Fernández, 2024, párr. 2 - 16. )

Se colige que en los diferentes estados existen diferentes tipos de familia conforme a sus realidades y a normativa interna, si bien es cierto en Ecuador existen familias homoparentales en estos casos no procede la adopción por parejas homoafectivas, de esta manera el estado debe protegerlas tal como lo garantiza el Art. 67 de la Carta Magna.

### **1.3 La importancia de la familia y sus miembros**

Conforme a la normativa internacional y nacional, la familia es la base de las sociedades y esto hace que sea reconocida en la norma sustantiva y adjetiva, para el cumplimiento de sus fines. La base de la familia funda en el matrimonio, la paternidad y la filiación, y la adopción.

La familia determina y proporciona afinidad, ayuda, alimentos y seguridad, la naturaleza jurídica de su institución regula su descendencia mediante el apellido, la organización y extinción entre los mismos, la consanguinidad y el grado de parentesco.

La familia es la única corporación social que se ha conformado en todas las esferas sociales, es la base fundamental de la más amplia estructura social, con obligaciones recíprocas de padres para hijos y de hijos para padres, entre los padres, entre los hermanos y entre ascendientes, descendientes y colaterales. Dentro de las obligaciones a más de las personales, están las educativas, la subsistencia y la satisfacción en todas las necesidades para la supervivencia y desarrollo, el respeto, la consideración, el amor entre los mismos, las

La familia constituye el medio ambiente, en el que el ser humano se va tornando apto para la vida en la sociedad, donde el niño va aprendiendo a valorar la atención, el cuidado y

la protección que como persona necesita y recibe, es cuando va formando su carácter y va adquiriendo las cualidades de persona, toda vez que las atenciones y el cuidado que tenga dentro de sus primeros años, repercute en toda su vida (Méndez Errico, 2016).

Por ello, para que esta permanezca debe existir una buena convivencia familiar, es decir, buenas relaciones entre los miembros, donde prime la armonía, la cooperación, el respeto, la tolerancia, la honestidad, donde se valore el amor y la unión familiar,

La buena convivencia familiar es muy importante para el equilibrio y la salud de cada uno de sus miembros. Es por ello por lo que, a partir de una serie de consejos o normas de convivencia, puede contribuir positivamente. Si tienes una familia con mala convivencia, sabes que lo malo no solo son los conflictos en sí mismos, sino cómo estos influyen en la vida y el desarrollo personal de cada uno de los miembros. Es muy común y esperable que, si tienes problemas en tu familia, tengas también problemas en tu trabajo, en tu vida amorosa, en tus estudios, etc., por ello si en tu casa no sabes cómo comunicarte con tus padres, hermanos o pareja, es probable que también te cueste hacer lo mismo con personas no familiares, en este sentido Méndez Errico (2016) emite 5 normas convivencia familiar: a) Desarrollar una buena comunicación; b) Respetar los tiempos de los demás; c) Tolerar y respetar los gustos de cada miembro; d) Compartir espacios de forma ordenada; y disfrutar de tiempo de ocio en familia (p.1)

Todos los miembros que componen una familia son importantes sea cual sea su tipo familiar, por ello es importante que existan reglas a través de los subsistemas familiares para de esta manera san felices y vivan en armonía.

## **1.4 El matrimonio**

### **1.4.1 Antecedentes del matrimonio**

Cuando el estado de Ecuador dio inicio como República esto es desde 1830 y hasta 1902 el matrimonio civil era regentado por la iglesia católica, siendo ellos quienes decidían sobre los requisitos y su celebración, en ese entonces en el Código Civil de 1860 en su Art. 98 sobre el matrimonio expresaba “ El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y pro toda la vida, con el fin de vivir

juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente”, en ese entonces era imposible pensar en el divorcio.

Sin embargo, con la Revolución Liberal del 03 de octubre de 1902 se aprobó la Ley del Matrimonio Civil, que entró en vigencia el 1 de enero de 1903, esta norma sustantiva fue importantísima, puesto que se le quitó el poder a la iglesia católica y otorgando las facultades para celebrar el matrimonio al Jefe Político o Teniente Político, así mismo tuvo gran importancia porque se dio paso a la figura de la terminación del matrimonio mediante el divorcio con una sola causal el cual era “ el adulterio de la mujer”.

Por otro lado, los divorciados no podían volverse a casar sino luego de diez años. En 1904, 1910 y 1912, suprimiéndose el plazo de espera se aumentaron las causales de divorcio, introduciéndose también el divorcio por mutuo consentimiento, así mismo la inhabilidad para casarse era de 2 años

En 1940, suprimiéndose el trámite sumarísimo para el divorcio por mutuo consentimiento y del llamado divorcio tácito, se establece otro trámite en el que garantiza y regula la situación en que han de quedar los hijos de los divorciados. En 1958 se acepta la separación conyugal judicialmente autorizada y se corrigen algunos efectos formales y contradicciones de la ley. (Simón Campaña, 2021, p. 212)

Todos estos antecedentes respecto del matrimonio se dieron desde que nuestro estado se convirtió en República, es decir, el matrimonio lo regentaba la iglesia católica y el mismo era indisoluble, este solo se disolvía con la muerte de uno de los cónyuges. Pero dicha figura cambio y en 1902, y se dio la facultad a los jefes y tenientes Políticos de celebrar el matrimonio, en esa fecha solo había una causal para divorcio, sin embargo, desde 1902 hasta la presente fecha han existido un sin fin de causales de divorcio, esto por cuanto la sociedad ha sufrido cambios.

Por otro lado, el matrimonio desde su incorporación desde 1860 hasta el 2024 ha sufrido cambios, desde ser indisoluble hasta ser reconocido el matrimonio por personas del mismo sexo, esto debido a la nueva realidad social.

### **1.4.2 Definiciones del matrimonio**

Todos los tratados de *ius cogens* internacional como es la Declaración Universal de Derechos Humanos (16.1), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 23.2), la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 17.2) refieren que es un derecho el contraer el matrimonio y por ende los estados protegerlos.

En la doctrina, el matrimonio es la unión voluntaria, libre de vicios, de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en la que ambos se procuran respeto, igualdad, asistencia y ayuda mutua, pudiendo o no procrear hijos. Es un acto jurídico que se encuentra determinado por la voluntad de aquellos que desean contraer matrimonio, y por la intervención del Estado, que establece los requisitos, las formalidades y la autoridad ante la que se debe constituir, para su existencia y validez (Pérez Contreras, 2010, p. 29)

Por otro lado, al matrimonio lo refieren como un acto jurídico, cuyos efectos son establecidos precisamente por la ley y no pueden ser objeto de negociación por los agentes ya para excluirlos o incluir obligaciones. El acto está enmarcado a producir sus efectos en el tiempo, a partir del momento del matrimonio y hasta que este se acaba por la muerte real o presunta de uno de los miembros de la pareja o por la disolución del vínculo debidamente decretada. (Medina Pabón, 2014, p, 65).

El Código Civil (2005) en su antiguo texto sobre el matrimonio expresaba que es “Un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” sin embargo, dicho texto fue declarado inconstitucional específicamente en la expresión "un hombre y una mujer" y el término "procrear", dando lugar que hoy se regule como “un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (Art. 81).

Este texto dio lugar a que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio sin que exista discriminación alguna, dando lugar a este nuevo modelo de familia, esto debido a la Sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional sobre matrimonios de parejas del mismo sexo.

El matrimonio tiene dos aspectos el de su naturaleza como acto jurídico es decir que constituye un acto voluntario efectuado en lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el estado ha designado para realizarlo (la manifestación de la voluntad sancionada por el derecho para generar consecuencia jurídicas); y, el de condición como estado matrimonial, el que atribuye una situación general y permanente a los contrayentes y que se deriva del acto jurídico el cual origina derechos, deberes y obligaciones que se traducen en un género especial de vida ( una comunidad de vida, situación permanente que coloca a los casados en ese estado frente a la sociedad (Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, 2005, p. 49)

El Código Civil (2005) en cuanto a las solemnidades esenciales para que tenga plena validez este contrato bilateral del matrimonio expresa:

1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente;
2. La constancia de carecer de impedimentos dirimientes;
3. La expresión libre y espontánea del consentimiento de los contrayentes y la determinación obligatoria de quien administrará la sociedad conyugal;
4. La presencia de dos testigos hábiles; y,
5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente (Art. 102)

Estas solemnidades son de vital importancia cumplirlas previo a contraer matrimonio, puesto que pueden dar lugar a que se declare la nulidad.

En consecuencia, se puede decir que en el ordenamiento jurídico el matrimonio lo puede celebrar cualquier persona sin distinción de sexo tal como se exigía hasta antes junio del año 2019, puesto que se reconoce el matrimonio de personas del mismo sexo, debiéndose cumplir con las solemnidades sustanciales y con los requisitos exigidos por el Registro Civil.

## **1.5 La unión de hecho**

### **1.5.1 Antecedentes y definiciones de la unión de hecho**

La primera promulgación de la unión de hecho hizo su entrada al derecho ecuatoriano a través de la Constitución de 1978; antes de ella, la familia extramatrimonial no tenía ningún tipo de

protección en el orden patrimonial, ulterior a esto el 9 de diciembre de 1982, se promulgó la Ley de Uniones de Hecho (Ley N° 115) en ella se describían los requisitos para que pueda reconocérsela, a esa fecha solo la podían regularizar parejas heterosexuales. Así mismo esta ley garantizo también a los convivientes suministrar lo necesario en el hogar acorde a sus posibilidades, los mismos derechos a rebajas y deducciones a los cónyuges en la ley de impuesto a la renta, beneficios del seguro social, subsidio familiar, sucesión intestada y la porción conyugal y los demás beneficios que tienen los cónyuges.

En la Constitución de 1998 se ampliaron más los efectos jurídicos de las uniones de hecho disponiéndose que este nuevo modelo de familia tenga los mismos derechos y obligaciones que tienen los que han contraído por la figura del matrimonio.

Es en el año 2005 que la Ley de Uniones de Hecho (Ley N° 115) se la incorpora en el Código Civil en el TÍTULO VI DE LAS UNIONES DE HECHO, desde el Art. 222 al Art. 232.

De igual forma la unión de hecho en la Constitución del año 2008 introdujo dos cambios importantísimos, por un lado, se eliminó que solo sean parejas heterosexuales y pueden regularizarla parejas del mismo sexo; y, la otra que no puedan adoptar personas del mismo sexo, es así como hasta mayo de 2018 las parejas del mismo sexo regularizaban el matrimonio con esta figura, puesto que no está determinado en el Código Civil el matrimonio entre personas del mismo sexo.

De esta manera la institución familiar ha sufrido cambios en la concepción jurídica a nivel mundial; la familia hoy en día no surge exclusivamente del vínculo matrimonial de donde emerge la familia legítima, también existe la conocida familia extramatrimonial, la misma que como su nombre lo indica nace de la unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer que se comportan ante la sociedad como esposos, este fenómeno jurídico social en la actualidad se da con frecuencia

Las uniones de hecho han sido promulgadas para garantizar los derechos de las parejas heterosexuales, debido a que desde siempre el derecho positivo ecuatoriano ha permitido la convivencia en pareja únicamente entre un hombre y una mujer, a esta figura se añadía el hecho de la procreación para dar lugar a la institución de la familia.

Esta Unión de hecho se la reconoce como una forma de relación familiar y se rige por los mismos derechos que se aplican al matrimonio. Bajo este concepto, en la Constitución de la República del Ecuador se establece que las parejas que se encuentren en Unión de Hecho tienen los mismos derechos y obligaciones que las parejas casadas, pero con la particularidad de entre hombres y mujeres.

El Código Civil (2005) en cuanto a la unión de hecho refiere que es la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo (Art. 222).

En la doctrina, otras legislaciones se la conoce como el Concubinato como se conoce hoy en día como unión de hecho, unión libre, se ha venido dando desde la antigüedad, por eso se dice que esta unión es tan antigua como el hombre, pues esta siempre ha existido frente a una Institución protegida por la ley como la es el del matrimonio, nacida en los albores de la civilización coexistiendo ambas, en el primer caso como irregular en oposición al segundo como regular; estas instituciones cumplen con los mismos fines como son: el de fidelidad mutua, obligación de ayuda y socorro, procrear hijos, el sustento de los mismos, entre otros (Matovelle Álvarez, 2008, p. 4).

Sea la unión de hecho entre parejas heterosexuales o parejas del mismo sexo, la normativa interna la protege, puesto que es un nuevo modelo de familia que se ha instaurado en la sociedad y por lo mismo el Estado debe protegerla como núcleo de la sociedad.

### **1.5.2 De la terminación de la unión de hecho**

El Código Civil (2005) determina cuando puede darse por terminada la unión de hecho que se ha sido legalmente registrada, sea por orden judicial como por acto notarial, entre ellas consta:

- a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante una jueza o un juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia.

b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresando por escrito ante la jueza o el juez competente, en procedimiento voluntario previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y,

d) Por muerte de uno de los convivientes (Art. 226).

Existen dos formas de dar por terminada la unión de hecho, por una parte, puede ser por mutuo consentimiento tal como lo dispone el Art. 334 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, siempre y cuando existan hijos dependientes y no se haya tratado sobre la situación de sus hijos esto es, alimentos, tenencia y régimen de visitas, su procedimiento será tal como lo expresa la norma adjetiva *ut supra* en el Art. 340.

De igual forma la terminación de la unión de hecho se la puede realizar por vía notarial siempre y cuando no existan hijos dependientes o emancipados, o se haya resuelto alimentos, tenencia y régimen de visitas, ante el juez competente o el centro de mediación debidamente autorizado por el Consejo de la Judicatura, esto conforme lo expresado en el numeral 22 del Art. 18 de la ley Notarial.

En consecuencia analizando el artículo 226 de la referida norma sustantiva en el literal a) es porque los convivientes así lo acuerdan, es una forma de acabar pacíficamente dicha unión, cosa similar sucede con el divorcio por mutuo consentimiento en el que las partes se ponen de acuerdo para dar por terminado su vínculo matrimonial, conforme lo establece el numeral cuarto del artículo 105 del Código Civil, por lo que basta el mutuo consentimiento de las partes expresando su deseo de dar por disuelta dicha unión.

En cuanto al literal b) para que se disuelva la unión de hecho basta que exista la voluntad expresa de uno de los convivientes, siempre y cuando dicha voluntad de separarse se la haga ante autoridad competente, en conclusión, cualquiera de los dos cohabitantes tiene derecho a solicitar la terminación de dicha unión, a pesar de que el otro no esté de acuerdo, pues basta que exista la voluntad de uno de ellos, sin que sea necesario alegar una causa o motivo que justifique su decisión.

En cuanto al literal c) de la norma sustantiva *ibidem* expresa que esta unión de hecho no causa efectos jurídicos *a posteriori* cuando uno de los convivientes contrae matrimonio con una tercera persona, es decir que ya no depende del mutuo consentimiento o de la voluntad de uno de ellos para dar por terminada dicha unión, sino que en el momento en que uno de los convivientes contrae nupcias con una tercera persona, es suficiente para que se dé término a dicha unión, lo cual tiene su razón de ser, ya que la unión de hecho para existir y surtir efectos, requiere entre otros la inexistencia del vínculo matrimonial con una tercera persona.

Por su parte, el literal d) del artículo 226 del Código Civil expresamente dispone que una unión de hecho se termina: "Por muerte de uno de los convivientes", igual sucede en el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, conforme lo establece el numeral primero del artículo 105 del Código Civil, debido a que la persona se termina con la muerte como lo señala el artículo 64 del Código Civil, por lo que la unión de hecho no es la excepción y termina cuando acontece este hecho natural como es la muerte.

En conclusión, la terminación de unión de hecho suerte los efectos legales una vez que se registre la sentencia o el acta declarativa de unión de hecho desde hasta cuándo y debidamente registrada en el libro de actas del Registro Civil, posterior a ello el conviviente podrá iniciar un trámite solicitando la liquidación de la sociedad de bienes, para ello el juzgador competente deberá efectuar la liquidación contando desde el primer día en que se legalizó la unión de hecho.

## **1.6 El divorcio**

### **1.6.1 Antecedentes de la figura del divorcio**

El divorcio como institución surge con la evolución de la historia. En los tiempos primitivos no se aprecia la duración del matrimonio, debido a que el divorcio aparece en las organizaciones familiares avanzadas y no en las primeras conocidas.

En los pueblos antiguos, el divorcio aparece como un derecho o prerrogativa para el marido conocido como "Repudio", que consistía en que el marido por su propia decisión diera

por terminado el matrimonio, y lo realizaba abandonando o expulsando del hogar a la mujer. (Belluscio, 1981, p. 418)

En las primeras décadas de vida republicana, la institución de divorcio no existía, en el Código Civil de 1860, y en el del 1889, decía en ambos textualmente: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído".

En este sentido, a partir de 1895, se estableció por primera vez el matrimonio civil en el país; en 1902 se admitió el divorcio por adulterio de la mujer; en 1904 se aceptaron otras dos causales para el divorcio, esto es: adulterio de la mujer, concubinato del marido y atentado de uno de los esposos contra la vida del otro. El 30 de septiembre de 1910, se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento. Sobre esta base, desde 1935 el divorcio por mutuo consentimiento se realizaba mediante un trámite sumarísimo que duraba un día y que se practicaba ante los jefes o tenientes políticos de jurisdicción parroquia.

Por otro lado, desde la promulgación del Código Civil de 1860 el divorcio según la iglesia católica era indisoluble es decir no existía la figura del divorcio, más con la revolución liberal de 1902 de Eloy Alfaro, se regula la figura del divorcio como forma de terminación de este contrato bilateral.

En la Ley de Matrimonio Civil con reformas a 1940 emitida el 8 de marzo de 1940 existían 12 causales de divorcio, entre las cuales constan:

1. El adulterio de uno de los cónyuges
2. Sevicia
3. Injurias graves o actitud hostil o despectiva que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Amenazas graves y frecuentes de un cónyuge contra la vida del otro;
5. Tentativa o crimen frustrado de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice.

6. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la legitimidad del hijo y obtenida sentencia ejecutoriada que declare la ilegitimidad
7. Los actos ejecutados por el marido o la mujer, con el fin de corromper a los hijos
8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de sífilis, tuberculosis o lepra, en las condiciones y circunstancias en que estas enfermedades son generalmente consideradas como incurables o contagiosas o que habrían de transmitirse a la prole.
9. El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o haga uso indebido y habitual de morfina, éter, opio o de cualquiera otra droga que produzca análogos o peores efectos que aquellas
10. La impotencia o la deformación orgánica de cualquiera de los cónyuges, que vuelva imposible la procreación.
11. La condena ejecutoriada a tres años de prisión por lo menos, por crimen o delito.
12. El hecho de que uno de los cónyuges arriesgue habitualmente, en juegos de azar, valores más o menos cuantiosos con relación a su fortuna (Art. 26)

Estas casuales de divorcio que se regularon a lo largo de la historia en La Ley de Matrimonio Civil, ya no están reguladas por los constantes cambios sociales e incluso existe una demanda de inconstitucionalidad de las causales de divorcio del Art. 110 del Código Civil signada con Caso N° 71-21-IN en la Corte Constitucional, esto por cuanto atenta contra la derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y protección familiar, además de valorar -por sobre todo- la autonomía de las personas

### **1.6.2 Las causales del divorcio**

El Divorcio viene del latín *Divortium* del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello, señala ya una distribución fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no

cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanable (Cabanellas de Torres, 2004, p, 116)

Esta figura que pone fin al matrimonio se encuentra regulada en el Art. 110 del Código Civil (2005) y entre las causales para dar por terminado el vínculo jurídico matrimonial se encuentran:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpido (Art.110)

Estas son las causales que ponen fin al matrimonio, de esta manera quien pretenda disolver esta figura legal del contrato bilateral puede invocarla a cualquiera, sea de manera contenciosa o también puede ser de mutuo acuerdo ante el mismo juzgador competente o ante notario. En el segundo caso, procede si es voluntario de las partes siempre y cuando no existan hijos dependientes y en caso de haber hijos debe previo resolverse lo concerniente a la pensión alimenticia, el régimen de visitas y a quien se le confiara el cuidado y protección del hijo o hija.

El divorcio puede ser considerado como un recurso al que acuden las parejas cuando consideran que la relación ya no es viable durante más tiempo, ya que el mismo es considerado como un evento negativo. Sin embargo, es cierto que en las sociedades contemporáneas se evidencia una reducción significativa de la cantidad de matrimonios

legales y un incremento relativo de las tasas de divorcio, y en general de formas de disolución de la unión matrimonial (Salinas Ulloa, 2018, p. 783).

Cualquiera que sea las causas para dar por terminado el vínculo matrimonial esta siempre afectará en el desarrollo de los hijos puesto, que su convivencia ya no será la misma y por ello es donde nace un nuevo modelo familiar en un caso familia monoparental si el padre o madre no quiere adquirir un nuevo compromiso, o una familia ensamblada o reconstituida es decir de parejas con hijos del compromiso anterior.

### **1.6.3 Las afectaciones del divorcio**

Todo cambio trae consecuencia más aún en un divorcio, pues produce cambios intensos y extensos en diversas dimensiones. La decisión de cómo se vivirá en familia después de un divorcio, es un tema que amerita una profunda discusión y un profundo compromiso para continuar ejerciendo la coparentalidad.

El divorcio produce alteración del bienestar del niño si es contencioso aquí también influyen las alteraciones de la parentalidad que se presentan en divorcios contenciosos, pues estos son estresores capaces de generar mala adaptación en respuestas neuro psicológicas, generando deterioro en la salud física y mental infantil.

En general, la mayoría de las dificultades de adaptación en los niños después de la separación o divorcio se resuelve dentro de 2-3 años y entre 3-5 años luego del segundo matrimonio en la familia reconstituida. El posible efecto traumático del divorcio va disminuyendo a medida que pasa el tiempo, y muy especialmente si los padres logran acuerdos en torno a la crianza en algunos casos, sin embargo, se ha observado que los problemas emocionales pueden aumentar con la edad y pueden no expresarse hasta la adolescencia tardía o adultez (Roizblatt, et al, 2017, p. 167)

Así mismo Podrían encontrarse los niños y los adultos ante varias reacciones, dentro de las cuales anotamos las principales, estas son dos:

- 1.- Incluye el sufrimiento y ciertas actitudes agresivas hacia los padres con los que el niño ataca a las personas que considera la fuente de sus conflictos, la angustia producida por la ruptura afectiva de los padres lo desespera, lo hace sentir en inferioridad ante las demás

personas y siente que se le ha quitado gran parte de su vida, asume los conflictos y se siente al margen de otras áreas vitales de la familia, estos menores buscan suplir las figuras parentales con otras, y depositan su aprecio y su cariño en los hermanos, tíos, maestros o un amigo, se vuelven muy egocéntricos, y tratan de sobrecargarse de actividades que los motivan, especialmente pueden ser los deportes o la vida escolar.

2.- Otros menores expresan su sufrimiento por medio de diferentes formas de desequilibrio, proyectan su angustia y agresividad sobre el medio y las instituciones sociales, practican conductas delictivas, toxicómanas y otras. (Ramos Zavala, 2014, 59).

El divorcio no solo afecta a los cónyuges sino también en la estabilidad emocional de los hijos, pues así sea de manera amigable la separación el mismo suele conllevar a la rebeldía y mal comportamiento, bajo autoestima al no convivir con sus dos progenitores y en algunos casos a refugiarse en el alcohol o las drogas.

### **1.7 La patria potestad**

La Patria Potestad nace con el matrimonio, estableciéndose además también por la adopción, y en casos en particulares cuando alguien está el cuidado del niño, niña y adolescente.

La protección del Estado en torno a los niños, niñas y adolescentes se ve reflejada en la institución de la Patria Potestad debido a que con ella se resguarda su integridad frente a situaciones que pongan en riesgo o afecten su desarrollo pleno. Por ello, el Estado se encuentra facultado a determinar si los NNA bajo el cuidado de sus padres en realidad presentan la protección requerida para su desarrollo integral sin que esta se vea limitada por la voluntad de sus progenitores. Caso contrario de no cumplir con los deberes devenidos de la responsabilidad parental el progenitor que está a cargo puede solicitar la limitación suspensión o pérdida de la patria potestad (Aguilar, 2016, p. 395)

El Código Civil (2005) en cuanto a la patria potestad expresa “es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Art. 283) en cambio, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) refiere que:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley (Art. 105).

La norma sustantiva quiere decir patria potestad asegura que los padres tendrán derechos y obligaciones frente al cuidado y atención a sus hijos menores de edad, esto supone que si es uno de los progenitores quien está a cargo del niño o adolescente, será el más apropiado, considerando su nivel de estabilidad emocional y económica, para garantizar que el hijo pueda desarrollarse apropiadamente.

Por lo antes citado cuando se va a confiar la patria potestad el juzgador analizará los presupuestos del Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia

1. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
  2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
  3. Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
  4. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
  5. En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
  6. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo con las reglas generales.
- La opinión de los hijos e hijas menores de doce años será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos (Art. 106)

La patria potestad ejerce conjuntamente el padre y la madre que viven juntos, respecto de sus hijos comunes, sean estos concebidos dentro del matrimonio o en la unión de hecho.

En conclusión, la patria potestad da los derechos a los progenitores de decidir sobre su educación, en caso de autorizar una salida del país en conclusión todo lo referente al desarrollo del NNA, todas estas reglas son de vital importancia para que el juzgador al momento de confiar la patria potestad las analice y de esta manera se garantice los derechos de los niños, niñas y adolescentes para su desarrollo pleno.

## **1.8 La doctrina de protección integral en los derechos de niñez y adolescencia**

### **1.8.1 *El derecho a tener a familia y convivencia familiar***

Vivir en familia es uno de los derechos más importantes y todo niño, niña y adolescente lo tiene que hacer, salvo excepciones, con sus padres, la familia es el lugar donde el NNA se siente seguro, reconocido, querido y a veces reprendido. En ella donde están las personas que más los quieren, te ayudan, en ocasiones es pareja nuclear, extendida o donde puede haber una mamá y un papá y a veces no siendo el responsable una tía, tu abuela, alguien que se hace responsable del cuidado NNA, cuidarte no es opcional, los padres, o quienes se les ha confiado la tutela, están obligados a garantizar el crecimiento y desarrollo integral: esto quiere decir que se respeten todos y cada uno de los derechos como niño, niña o adolescente.

No solo los progenitores tienen responsabilidades sobre los cuidados del NNA, también el Estado, las empresas y los organismos de cooperación internacional (tales como UNICEF o Cruz Roja) tienen obligaciones que cumplir. Asimismo, la comunidad donde se desenvuelve tiene compromisos contigo y tu familia, como por ejemplo facilitarles el acceso a servicios de ayuda, disponer de lugares para que los escuchen y ayudarlos cuando lo necesiten, etc.

Hay un derecho fundamental que poseen los NNA, que es vivir en un ámbito familiar y quién mejor que los progenitores para hacerte valer todos los demás derechos, pues ella sabe cuáles son los cuidados que más se adecuan a ti para cada situación o para cada problema que te aqueja. Por último, es importante que sepas que hay unas indicaciones específicas para garantizarte la convivencia con tu familia tal como lo dispone las Directrices sobre las modalidades de cuidado alternativo de los niños (2009):

- a) Apoyar los esfuerzos encaminados a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de su propia familia o que se reintegre a ella o, en su defecto, a encontrar otra solución apropiada y permanente, incluidas la adopción y la kafala del derecho islámico;
- b) Velar por que, mientras se buscan esas soluciones permanentes, o en los casos en que estas resulten inviables o contrarias al interés superior del niño, se determinen y adopten, en condiciones que promuevan el desarrollo integral y armonioso del niño, las modalidades más idóneas de acogimiento alternativo;
- c) Ayudar y alentar a los gobiernos a asumir más plenamente sus responsabilidades y obligaciones a este respecto, teniendo presentes las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada Estado; y
- d) Orientar las políticas, decisiones y actividades de todas las entidades que se ocupan de la protección social y el bienestar del niño, tanto en el sector público como en el privado, incluida la sociedad civil (p. 2)

La familia es el núcleo de la sociedad, por lo que es una institución que se encuentra en todas las culturas y civilizaciones, sin embargo, su desarrollo no es anárquico, pues se adapta a las condiciones y transformaciones que se experimenta como sociedad, en tal sentido, la familia ha ido adoptando nuevas modalidades entre los padres, identidad de género, sexo, entre otras, es decir, cubre nuevos modelos familiares. (Benítez, 2017, p. 60)

El Código de la Niñez y Adolescencia (2003) respecto del Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos refiere:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías (Art. 21).

Ya enfocándonos en el tema se puede decir que el no convivir en igualdad de tiempo con sus progenitores contraviene este artículo pues, al estar separado de uno de sus progenitores tienen derecho a reforzar sus lazos afectivo por la convivencia.

En este sentido, los estándares internacionales se han referido a la familia, tal es así que el quinto párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), indica que:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. (p. 2)

De igual forma, el párrafo 66 de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002) explica que:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. (p. 65)

El Artículo 9 del Código de la Niñez y Adolescencia (2017), indica que “la ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.”, (p. 2) mientras que en el segundo inciso establece que “corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos” (p.2).

Asimismo, el Artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), garantiza que los niños, niñas y adolescentes, entre otros, tienen derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, por lo que no se puede ni se debe impedir que mantengan contacto periódico con sus progenitores y demás familiares, ya que esto fortalece los lazos parento filiales y refuerza la autoestima de los niños, niñas y adolescentes, garantizando así su estabilidad y adecuado desarrollo emocional.

Como se ha visto el tener una familia y convivir con ella, es un derecho fundamental de los NNA, y en caso no ser posible esta convivencia el estado a traves de la normativa interna respetando el ius cogens debe garantizar que los NNA puedan relacionarse con sus progenitores y pasen en igualdad de tiempo su convivencia y de esta manera se garantice su intere superior.

### **1.8.2 El interés superior del niño**

El concepto de principio del interés superior del niño tiene un triple enfoque en la Declaración Universal de Derechos el Niño de (1959) en el principio 2 se promulga sobre el interés superior del niño que expresa: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal”, pese a que se promulgan diez principios en garantizar los derechos de los NNA, todavía faltaba algo para robustecer.

La Convención de Derechos del Niño (1989) en cuanto al interés superior del niño expresa lo siguiente:

- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
- Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
- Los Estados Parte se asegurará de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (Art. 3)

Con esta doctrina de protección prevenida de la Convención de Derechos del Niño, el NNA deja de ser objeto de derechos, pasando a convertirse en sujeto de derechos. Con el nuevo paradigma de la doctrina de protección integral, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y que estos deben ser respetados por todos y que esta no solo corresponde al estado, sino de manera tripartita, es decir, al estado, la familia y sociedad,

Esta mejora paulatina de los instrumentos de protección de los derechos del niño forma parte de las tendencias más generales de avance en la garantía y protección de los derechos humanos, con una fuerza vinculante cada vez mayor y un fortalecimiento del principio de daños, lo que se refleja en la adopción de medidas jurídicas.

Por ello, la Constitución de la República del Ecuador de (2008) protege el interés superior del niño y su entorno familiar en los siguientes términos:

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. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurará el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado, protección desde la concepción (pp.11-13)

Estos artículos están tomados de la Carta Magna, que establece que los niños y jóvenes son minorías, y por tanto se consideran vulnerables y deben recibir especial protección del Estado, la sociedad y la familia.

En la misma línea, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en cuanto al interés superior del niño expresa lo siguiente:

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

todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

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. (Art. 11).

En este sentido, en donde están siendo conculcados los derechos del niño, niña y adolescente, se debe priorizar su interés superior y evitar que su integridad sea vulnerada en especial cuando son alienados por parte de su progenitor.

### **1.8.3 El derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta**

Este derecho del niño, niña y adolescente de ser escuchado en todos los procesos administrativos y judiciales y que su opinión sea tomada en cuenta, se ha convertido en requisito primordial en los procesos, pues el juzgador debe tomar en cuenta su opinión al momento de resolver en cualquier asunto judicial y de no ser tomada en cuenta su decisión, debe indicarle por qué no se consideró su opinión al momento de resolver y derecho a recurrir a dicho fallo.

Por ello, la Convención de Derechos del Niño (1989) y en adelante CDN en cuanto a la opinión del niño expresa:

1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por

medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Art. 3)

En el contexto internacional ya se dispone que los Jueces de familia, Mujer, Niñez o Adolescencia, deben escuchar a los niños, niñas o adolescentes cuando sus derechos estén en juego esto a fin de garantizar su interés superior.

De igual forma de este artículo de la CDN nace la Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado en el cual expresa:

En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

En tercer lugar, los Estados parte también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.

Por último, los Estados parte deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados parte deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño. (pp. 9-10)

Esta normativa de índole internacional ha hecho que se regule la normativa interna del Ecuador en especial en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) que expresa:

Derecho a ser consultados. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión. (Art. 60).

En este sentido la norma sustantiva de protección de niñez y adolescencia obliga que el juzgador escuche al NNA en el proceso tal como lo dispone la Observación General N° 12 (2009) que expresa que debe darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje. (p.12)

Sin duda alguna esta opinión del niño debe acatarlos todos los juzgadores caso contrario se declara nulidades al no tomarse en cuenta la opinión el NNA puesto, que ya es sujeto de derechos.

## Capítulo dos

### De la tenencia y custodia compartida

#### 2.1 Origen de la regulación de la figura de la tenencia

Si bien es cierto la tenencia surge con la demanda de un divorcio esta figura del derecho de familia tiene sus antecedentes, tal es así que la misma se origina en el Código Civil de 1857, el cual era inspirado en el código civil chileno, sin embargo, la norma no era muy clara y mucho menos consideraba ciertos derechos, pues en su artículo número 219 y siguientes determinaba que “el hijo le debe respeto y obediencia a sus padres, pero están sometidos únicamente a la autoridad de su padre”, como se puede demostrar enes entonces, la mujer era quien debía encargarse del cuidado de los hijos, sin embargo en cuanto a decisiones importantes respecta era únicamente el padre quien tenía la potestad de actuar, esto evidencia claramente el irrespeto a los derechos de ambos progenitores existiendo aún el patriarcado devenido del paterfamilias.

En los ulteriores años el Código Civil sobrellevó varias modificaciones por lo que se derogó esa idea de que solo se debía obedecer a la autoridad del padre y más bien se implementó un apartado que establecía que “son ambos padres o de ser el caso el padre sobreviviente el encargado de velar por la seguridad, el cuidado, la crianza y la educación de sus hijos”, esta nueva disposición de la norma sustantiva ya no restringía los derechos de la mujer, sino que responsabiliza a ambos padres al cuidado de los hijos es decir nacía la corresponsabilidad parental, pero no solo ello sino que establece en el artículo siguiente que el hijo deberá vivir con el padre sobreviviente o a falta de uno de ellos la madre es la que debía educarles pero las decisiones concernientes a la vida del hijo le seguían concerniendo al padre ya que existía una expresa prohibición de que sea la madre quien tomara autoridad dentro de una familia (Senado y Cámara de Representantes del Ecuador, 1860)

La misma figura jurídica familiar relacionada a la tenencia también estaba regulada en el Código de Menores, sin embargo, esta norma no era muy aplicada por lo escueta por ello hubo reformas en los años de 1938, 1944, 1969 y el último de 1976, a pesar de las reformas

decretado el divorcio la custodia era otorgada al padre, quedando la tenencia marginada únicamente a la madre en caso en el que el padre falleciera.

Las reforma más significativas con respecto a figura de la tenencia es la que se dio en el año de 1992, esta reforma es trascendental para nuestro ordenamiento jurídico, ya que se ve influenciada por la vigencia de la doctrina de protección irregular contenida en la Convención de Derechos del Niño de 1990, en la que fortalecía los temas sobre la familia y en lo que respecta a la tenencia; y, con ello también se establece una nueva figura jurídica en nuestro país como lo es el régimen de visitas, el cual servía para que el hijo mantenga los lazos y los vínculos familiares.

Ahora bien, la tenencia hoy en día nace cuando se interpone la demanda de divorcio es en ese momento en el que el juez debe resolver la tenencia del niño, niña o adolescente en caso de no existir acuerdo entre las partes se aplica el Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia que más adelante se analizará.

## **2.2 Definición de la tenencia**

La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres se divorcian y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el niño, niña o adolescente.

La tenencia es la figura jurídica que se pretende desarrollar en el presente trabajo, es por ello que su conceptualización debe ser un poco más amplia y sobre todo específica por ello se dice que el origen de este término se produce en la antigua Grecia y proviene de la palabra “tenere”, lo cual significa sostener; a su vez en el latín esta palabra se refiere a posesión o “*possessionem*” “*minior*” que se refiere a menor, es por ello que la tenencia del menor en la aplicación jurídica, no es otra cosa que el cuidado de los hijos por parte de los padres, la cual puede ser unilateral o compartida (Cabanellas de Torres, 2004, p. 349).

Aguilar Llanos (2009) en cuanto a la tenencia refiere que es la forma de cohabitar con los hijos y estos a su vez cumplir con sus deberes devenidos de la patria potestad, debiendo cuidarlos y protegerlos cuando estén en el tiempo que el juzgador les ha otorgado dicha relación parental. (p. 192)

La diferencia de la patria potestad con la tenencia es que, en el primer caso, existe el ejercicio conjunto, mientras que, en la segunda, cuando hay separación o divorcio, uno solo cohabita con el niño, niña o adolescentes.

La tenencia es un “derecho de exclusividad” de los hijos, como si de bienes patrimoniales se tratase, para instaurar y reforzar la figura de la coparentalidad, que “refiere a la presencia de ambos padres, que aun viviendo separados, son partícipes y responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos (Barletta, 2018, p. 89)

Esta figura familiar de la tenencia se encuentra muy ligada a la patria potestad, puesto que el Código de la Niñez y Adolescencia (2008) refiere que Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior (Art. 118), ahora bien, el referido artículo habla de las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, para lo cual se las enuncia:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, "la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre", salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, "se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija";

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo con las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Art. 106)

El inconveniente de la tenencia de los hijos se genera a partir de la terminación del matrimonio a través del al divorcio y transformándose en un problema legal en la disputa por quién se debe quedar con los hijos, que generalmente es la madre; sin embargo con la Resolución de la Corte Constitucional No. 28, publicada en Registro Oficial Suplemento 262 de 17 de Enero del 2022 (ver...), se declara la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases: (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", contenidas en los numerales 2 y 4 de este artículo.

### **2.3 Tipos de tenencia**

Pese a que la legislación de Ecuador solo regula la tenencia exclusiva a un progenitor la doctrina devela sobre los diferentes tipos de tenencia para lo cual entre ellas: a) Tenencia legal compartida.- En este tipo de tenencia se debe tener en cuenta que ambos padres compartirán decisiones, responsabilidades y la autoridad frente al desarrollo del menor que tengan la mayor importancia y en la que tengan que colaborar para que el hijo e hija afronte de mejor manera, dicha tenencia será acompañada de un régimen de convivencia que se deberá variar según las necesidades que se presenten al niño y adolescente; y, b) Tenencia física compartida.- Este tipo de tenencia se puede establecer que los padres podrán compartir el tiempo de residencia del menor, siendo que los periodos de convivencia no deberán ser obligatoriamente del mismo tiempo de duración, por ejemplo, la madre puede vivir con el niño

el 75 por ciento mientras el padre el 25 por ciento, lo cual equivale a que todos los fines de semana pasaría a vivir con él (Carranza, 2010, p. 48).

Este tipo de tenencia son reguladas en Perú, España, México, donde se garantiza en igualdad de derechos a los padres en cuanto a gastos devenidos de la patria potestad e igual convivencia.

Canales Torres, (2014) de vela más tipos de tenencia habla en cuanto a su ejercicio y de acuerdo con el tiempo clasificándolas así:

**De acuerdo a su ejercicio;** 1) Tenencia conjunta. - Se da en las situaciones en los cuales con o sin matrimonio, con o sin unión estable, ambos progenitores ejercen conjuntamente la tenencia de los hijos, porque existen convivencia entre dichos progenitores. Se da cuando ambos padres cohabitan con los hijos;

2) 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 tenencia de los hijos. Así pues, se da cuando los padres comparten el tiempo de convivencia con los hijos. Demás está precisar que solo cuando ambos padres tienen la titularidad de la patria potestad pueden ejercer la tenencia de manera conjunta o compartida. Existen varias modalidades de tenencia conjunta o compartida. Cada caso es particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, horario escolar, carga laboral de los padres, número de hijos, en fin.

Pero existe una sub clasificación que de algún modo engloba muchas otras:

I) Guarda conjunta o compartida, ambos padres comparten el cuidado de los hijos en forma permanente; II) Guarda alternativa, los hijos permanecen temporalmente en la casa de cada uno de sus padres: III) Sistema de anidación, son los padres los que se trasladan a la casa del hijo; c) Tenencia exclusiva o separada. - En la tenencia exclusiva o separada, solo el padre o la madre ejerce la tenencia de sus hijos con o sin matrimonio. La razón principal de tal supuesto es la separación de hecho de los padres. Así pues, los padres pueden tener ambos, la titularidad de la patria potestad,

pero el ejercicio de sus elementos de manera exclusiva o separada. Pero también se da en aquellos supuestos de pérdida, extinción o suspensión de la patria potestad en uno de los progenitores.

**De acuerdo con el tiempo:** 1) Tenencia definitiva, es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que como sabemos, tiene calidad de cosa juzgada. Así, pues, esta tenencia es definitiva en el sentido de que se requeriría nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la varíe o modifique. Se determina al final de un proceso judicial; 2) Tenencia provisional, La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia, de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar la tenencia provisional. En nuestro medio, la tenencia provisional es considerada en razón del peligro que corre la integridad física del menor. Se presume que el menor está corriendo un grave riesgo al estar con el otro progenitor, este debe entregarlo inmediatamente con una orden judicial. Esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años (pp. 53-55)

La jurista nos da un sin fin de tipos de custodia cuando se pone fin al matrimonio sin embargo la que tiene relación con Ecuador es la exclusiva y separada.

Los tres tipos de custodia más comunes son: a) Custodia a uno de los progenitores: es la más frecuente que otorgan los operadores de justicia en los juzgados familiares, por lo que no hay mutuo acuerdo, por ello se otorga la custodia a uno de los progenitores y un régimen de visitas a favor del otro.; b) Custodia repartida o alterna, esta admite a cada uno de los padres tener a sus descendientes durante un período del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el período restante; c) • Custodia partida, se otorga el cuidado y protección de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro; d) Custodia conjunta o compartida, es decir los dos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. Una característica de la custodia compartida es que ambos padres conservan la responsabilidad legal y la autoridad para cuidar y controlar a los niños como una familia intacta. Los padres que viven con sus

hijos todo el tiempo tienen que tomar decisiones sobre disciplina, limpieza, alimentación y actividades diarias. (Catalán, et al, 2007)

De la revisión de la doctrina se puede colegir que cada estado tiene regulada su figura jurídica acorde a su realidad social, sin embargo, la custodia compartida permite que el NNA puede convivir con los dos progenitores y de esta manera fortalezcan sus lazos familiares

#### **2.4 La tenencia compartida**

La Tenencia Compartida es oriunda de Inglaterra, en la década de los sesenta ocurrió la primera decisión sobre la Tenencia Compartida (jointcustody). La idea de la Tenencia Compartida se extendió a Francia y a Canadá, ganando la jurisprudencia en sus provincias y esparciéndose en toda América del Norte. El derecho estadounidense absorbió la nueva tendencia y la desarrolló en larga escala. En los Estados Unidos la Tenencia Compartida es intensamente discutida, debatida y estudiada, debido al aumento de padres involucrados en el cuidado de sus hijos.

Suecia fue el primer país que la promulgo en su norma sustantiva, denominándose como “guarda compartida”. Ulteriormente, Francia sería el país donde la figura tendría un desarrollo legislativo sólido, aunque paulatino, pues si bien la figura se introdujo en el año 1987, no sería hasta el año 2002 “cuando la ley previó la posibilidad de que el mejor tenga una doble residencia: una con cada uno de sus padres, Así mismo se ha regulado en Alemania, Inglaterra, en Holanda las reglas del juego respecto de la institución clásica de la tenencia, de manera que en dicho país la tenencia compartida es la regla y la tenencia uniparental es excepcional. (Kemelmajer, 2012).

La American Bar Association<sup>38</sup>, ABA creó un comité especial para desarrollar estudios sobre la tenencia de menores (Child Custody Committee). Existe en ese país una gran divulgación de este modelo hacia los padres, siendo uno de los que más crece. En Francia, en 1976, la jurisprudencia rechaza el monopolio de la autoridad paternal, recibiendo ello su consagración legislativa en la Ley del 22 de julio de 1987. La nueva ley modificó los textos del Código Civil Francés, relativos al ejercicio de la autoridad parental, armonizando las decisiones y tranquilizando a los jueces.

La tendencia mundial es la del reconocimiento de la Tenencia Compartida como la forma más adecuada y benéfica en las relaciones entre padres e hijos, sirviendo como un intento para disminuir los efectos desastrosos de la mayoría de las separaciones. La noción de tenencia compartida surgió como una consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros

La custodia compartida se está regulando en varios países de Latinoamérica, especialmente porque se ha centrado en salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescente, ya que ante la separación de sus progenitores son quienes más sufren en el pleito judicial, por ello, la inserción de la custodia compartida en las legislaciones de estos países ha sido beneficioso con respecto a la crianza del menor.

#### **2.4.1 Definición**

Al hablar de Custodia compartida o tenencia compartida nos referimos a lo mismo, esta figura si se diferencia de la patria potestad, por ello a la tenencia compartida se la aborda de dos aspectos muy importantes, el tiempo y el domicilio. En relación con el 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, pp. 146 - 147).

La tenencia compartida tiene el objetivo de proteger a la familia y mantener el vínculo entre padres e hijos y sus relaciones parentales, afectivas, educativas importantes en la crianza de los niños el contar con las dos figuras paterna y materna, además la familia debe constituirse sólidamente, pues es de ahí donde nacen nuestros ciudadanos esa es la primera escuela que percibimos la que determinara muchas características rasgos que nos definirán como una persona de bien o como un problema para la sociedad y la familia. La revolución

de la familia es probablemente la transformación más impresionante de las últimas décadas y uno de los mayores desafíos del nuevo siglo. Si cambia la familia, que es la institución que nos introduce en la sociedad, cambia todo.

Aguilar Llanos (2009) refiere que existe igualdad de derechos entre los padres puesto, que conviven 50% y % 50% en sus vidas, esto es, tiempo escolar, vacaciones y gastos que devienen en su cuidado durante el tiempo que les haya otorgado el juez, fortaleciendo los lazos afectivos. (p. 195).

Con este acertado criterio de custodia compartida se colige que corresponde a los padres una convivencia del 50% a cada uno y durante esta pernoctación de los hijos los gastos están a cargo del padre que está bajo su cuidado y protección.

Durante el matrimonio la tenencia de los hijos comunes, es compartida, ambos padres ejercen la guarda o custodia de los mismos, pero luego del divorcio el peor problema a resolver suele ser la tenencia de los hijos. Se entiende tenencia, custodia o guarda como los cuidados y protección directa que los padres desarrollan hacia sus hijos. A cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un "visitante", le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador, crisis que suele conducir a situaciones de impotencia y autodestrucción personales. A los hijos se les priva de sus derechos, cuyos estados deben proteger; sin embargo, las normas jurídicas como por ejemplo en Ecuador, luego del divorcio los niños, niñas y adolescentes solo tienen un régimen de visitas con el padre o progenitor que ya no cohabita con ellos

En conclusión, la tenencia supone una relación jurídica familiar en base a deberes y derechos de custodia de un hijo a favor de los padres, por ello dentro del derecho familiar se reconoce el derecho del padre a vivir con su hijo y el derecho del hijo a vivir con el padre que garantice las mejores condiciones para su desarrollo. De este modo, la tenencia no se enfoca en torno a los padres, sino más bien se configura como una facultad indispensable por la cual los hijos se desarrollan íntegramente.

### **2.4.2 Ventajas y desventajas de la custodia compartida**

Como se ha venido analizando, la custodia de los hijos se desempeña entre ambos progenitores, de tal forma que viven con cada uno de ellos por periodos de tiempo iguales.

De este modo, los niños suelen pasar la mitad del mes con su padre y la otra mitad con la madre, aunque hay parejas que prefieren repartirse por semanas o incluso por meses.

Pero este tipo de convivencia tiene sus ventajas y desventajas en cuanto a las ventajas se dice que:

- ambos progenitores cuentan con los mismos derechos y responsabilidades y los niños pueden disfrutar de su compañía y cuidados a partes iguales, lo que hace que todos puedan mantener una relación de apego sólida.

- El niño puede ver menos alterada de manera drástica su rutina habitual, sobre todo si son los padres los que se turnan para vivir en el que ha sido el hogar conyugal sin que los hijos tengan que salir de él.

- Puede favorecer una relación entre los padres más equilibrada, ya que ambos cuentan con las mismas responsabilidades y se obvian fuentes de conflicto como “no me dejas ver a mis hijos” o “yo me hago cargo de todo y contigo solo disfrutan de los fines de semana”. Igual tiempo, iguales buenos momentos y situaciones problemáticas.

- Evita problemas económicos entre la expareja al hacerse cada uno cargo de la mitad del tiempo y, por lo tanto, de las obligaciones económicas. (Blog - Mediación, 2022)

Este tipo de custodia compartida beneficia tanto a los progenitores como a los hijos e incluso a la familia extendida, puesto que podrán compartir momentos familiares y reforzar los lazos afectivos.

Sin embargo, si bien la custodia compartida tiene sus ventajas también existen las desventajas ellos son:

Obliga a ambos progenitores a vivir en la misma localidad o relativamente cerca. De lo contrario será muy complicado que puedan desplazarse cada poco tiempo a hacerse cargo de sus hijos.

En el caso de niños muy pequeños, los progenitores deben ponerse de acuerdo con los horarios para que el pequeño no vea alteradas sus rutinas habituales. Si con mamá va a fútbol dos días en semana, con papá debe ser igual. Y lo mismo con la hora de la cena o rutinas como estudiar a diario o leer antes de dormir.

Exige una comunicación más constante con la expareja para estar al tanto del día a día de los niños y llegar a acuerdos para poder ver a los niños cuando están bajo la custodia del otro.

Puede dificultar que los progenitores rehagan su vida sentimental si la nueva pareja no acepta la situación o resulta complicado apartarse de la nueva familia la mitad del tiempo (Blog - Mediación, 2022)

Esta figura que ayuda a que los progenitores convivan en igualdad de tiempo con sus hijos cuando se separan o divorcian, tiene más beneficios que desventajas, pues para ello está el diálogo entre los nuevos integrantes de la otra familia y prime el interés superior del niño en cuanto a relacionarse con sus progenitores.

Por otro lado, la psicóloga (Rodríguez, 2022) devela las ventajas y desventajas entre las ventajas dice: a) Fomenta la integración de los niños con ambos progenitores, evitando desequilibrios en los tiempos de estancia familiares; b) Evita en los niños el sentimiento de pérdida tras la separación o divorcio de los progenitores; c) Estimula la cooperación de los padres y la crianza conjunta y responsable; d) Favorece el vínculo afectivo entre hermanos de vínculo simple). En cuanto a las desventajas: a) Mala relación y falta de comunicación entre los progenitores; b) Complicación en la delegación entre padres y terceros; c) la casa nido un sistema insostenible para las familias; d) Distancia entre los domicilios y el centro escolar. En conclusión, lo que pretende la custodia compartida es que los padres tengan igualdad de derechos en la convivencia con sus hijos, las desventajas pueden ser superadas con terapias y apoyo familiar.

### **2.4.3 La custodia compartida en la declaración de LANGEAC**

Entre el 25 y el 31 de julio de 1999 se celebró en Langeac (Francia) la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, en la que los delegados de todos los países mostraron su acuerdo unánime en que la tuición o custodia compartida representa los mejores intereses de los niños, los padres y la sociedad en general.

Asimismo, se consideró que la promoción de la tuición o custodia compartida, tanto dentro de las familias casadas como en las familias separadas, constituía una prioridad que debería contar con el apoyo de las instituciones gubernamentales de cada país. Los informes sobre la situación en cada país, presentados por los delegados asistentes a la Conferencia, permitirán al recién formado Comité Internacional sobre la Tuición Compartida identificar las "mejores prácticas" para la promoción de la tuición o custodia compartida y hacer recomendaciones a las autoridades estatales de los distintos países. (Declaración de Langeac, 1999).

Entre los principios de la declaración de Langeac expresa: 1. Los Padres y Madres deben tener igual estatus en la vida de los hijos, y por consiguiente deben tener iguales derechos e iguales responsabilidades. 2. Cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual periodo tiempo con cada padre. 3. La Paternidad sólo debe ser basada en la relación de padre-hijo y no en la relación entre los padres. Los niños tienen el derecho de conocer a ambos padres y "viceversa". (Declaración de Langeac, 1999).

Así mismo en cuanto a los compromisos de los padres frente esta figura familiar que beneficia los hijos expresa:

- a) Los Padres podrán firmar contratos legalmente válidos en los que puedan variar sus derechos individuales respecto a los hijos, por ejemplo: en una familia cualquiera, los padres pueden acordar un compartir no igual en tiempo y dinero si ese es el deseo de ambos, o incorporar cláusulas que involucren el mantenimiento de uno de los cónyuges. Las oficinas gubernamentales relacionadas con esta área se encargarán

de celebrar contratos y fórmulas apropiadas para simplificar las alternativas involucradas en el costo de tales procedimientos.

b) Los Padres tendrán acceso a consejería y a las fórmulas de avenimiento que deseen para cada caso, sea vía mediación o intervención judicial, expresadas en instrumentos válidos que permitan la formalización de métodos tales como la división del tiempo de residencia, etc. (Declaración de Langeac, 1999).

Sin duda alguna esta declaración insta que los estados promuevan en igualdad de derechos la convivencia con ambos progenitores, es por esta razón que en Europa predomina esta figura familiar y que está tomando fuerza en América Latina, pues garantiza el interés superior del niño, de relacionarse con ambos progenitores y reforzar sus lazos familiares.

## **2.5 La alienación parental en las decisiones de la tenencia**

### **2.5.1 Conceptos generales**

El término de Síndrome de Alienación Parental se lo entiende como “conjunto de síntomas característicos de una enfermedad, mientras que, Alienación el proceso mediante el individuo o una colectividad transforman su conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición” (Real Academia Española, 2001), en consecuencia la alienación parental son las conductas que se generan en el niño, niña o adolescente producto del lavado del cerebro de los padres que conviven con el hacia el que no convive con ellos.

El Profesor de Psiquiatría Richard Gardner define el SAP como:

un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de la campaña (Gardner, 1998)

La alienación parental nace con una crisis matrimonial de divorcio o separación, la situación se agrava si esta ruptura de convivencia fue por una serie de maltratos o una infidelidad, es allí cuando por venganza el progenitor queda a cargo de la tenencia del niño,

niña o adolescente, desacredita al otro progenitor a fin de que su hijo o hija no quiera verlo por la situación suscitada y de esta manera no exista esta relación de convivencia o comunicación.

También al SAP se lo ha definido como cualquier constelación de comportamientos, sean conscientes o inconscientes, que puedan provocar una perturbación en la relación del niño con su otro progenitor (Darnall, 1998, p. 4)

De este síndrome SAP también se ha creado otro denominado el Síndrome de Madre Maliciosa, creado por Ira Daniel Turkat, en 1994, que refiere que es la interferencia en la relación directa y regular después del divorcio que provoca este síndrome, en el cual las madres inventan situaciones anómalas con el fin de castigar a su expareja por el proceso de divorcio, incluyendo violencia e incumpliendo las órdenes judiciales entre ellas la obstrucción al régimen de visitas (Turkat, 1994, p.1).

Dos son los enfoques existentes sobre el SAP: unos que lo consideran una enfermedad/trastorno y otros que lo consideran solamente una alteración de las conductas parentales. Es decir, los primeros lo aceptan y los segundos, definitivamente no. Y dentro del SAP directamente debemos distinguir el Síndrome de la llamada AP (Alienación Parental) dependiendo si se cuenta o no con la ayuda del niño, niña o adolescente alienado.

Se colige que el Síndrome de la Alienación Parental no se encuentra en el CIE 10 como enfermedad, pero sí se encuentra regulado como Alienación Parental en la legislación de México, España, Argentina, puesto que afecta en el desenvolvimiento del NNA.

### **2.5.2 Sujetos que intervienen en la alienación parental**

Los sujetos principales que intervienen en la alienación parental son el padre alienante, quien es responsable inculcar ideas de desprestigio acerca del otro progenitor en un NNA; el niño, niña o adolescente víctima de alienación; y, el progenitor alienado, quien recibe malos tratos por parte de su hijo, lo que causa que no se ejercite el derecho a la convivencia familiar.

Oropeza Ortiz, describe cuáles son los principales actores en este tan controvertido tema familiar:

**El primer actor del síndrome es el alienante o programador.** Gardner sostiene la existencia de una programación mental consciente y situaciones menos explícitas inconscientes. Parece que esta situación se genera más fácilmente en los vínculos entre madre e hijos, de ahí que un padre programador tenga probablemente menos aciertos que una madre programadora. Aunque cada vez se igualan más los porcentajes padre/madre en el SAP.

**El segundo es el padre alienado** ha recibido menos importancia y es peor comprendido por todos los autores. Gardner le muestra como pasivo. Otros autores le consideran responsable del abandono e infidelidad, a causa de su negligencia. El padre alienado está, confuso y se siente culpable, la mayor parte se reconoce como víctima, está muy frustrado por su impotencia ante la manipulación y haga lo que haga no puede vencer, si lucha es un acosador, si desiste es un negligente. Creer que el niño va a llegar solo a una conclusión por cuenta propia es completamente ingenuo.

**Y el tercero y último interviniente es la víctima del fenómeno** el que en los inicios de la separación de sus padres por su condición puede pasar desapercibidas las conductas del alienante, sin embargo, poco a poco se manifiestan cambios en él y lo refleja en su comportamiento, emociones (Oropeza Ortiz, 2007, pp. 6 - 8).

Sin duda alguna quienes son los principales intervinientes en la alienación parental son los progenitores y el hijo, en casos también son los familiares de cualquiera de los progenitores los que alienan a los hijos y de esta manera laven el cerebro al NNA y estos no quieran ver a su progenitor que no convive con ellos.

### **2.5.3 Tipos de alienación parental**

Los tipos de alienación parental según la doctrina son: leve moderado y, severo, para lo cual se describe cada uno:

1. En el tipo ligero, la alienación es relativamente superficial y los niños básicamente cooperan con las visitas, aunque están intermitentemente críticos y disgustados. No siempre están presentes los ocho síntomas primarios. Durante las visitas su comportamiento es básicamente normal.

2. En el tipo moderado, la alineación es más importante, los hijos están más negativos e irrespetuosos y la campaña de denigración puede ser casi continua, especialmente en los momentos de transición, donde los hijos aprecian que la desaprobación del padre es justo lo que la madre desea oír. Los ocho síntomas suelen estar presentes, aunque de forma menos dominante que en los severos. El padre es descrito como totalmente malo y la madre como totalmente buena. Los hijos defienden que no están influenciados. Durante las visitas tienen una actitud opositora y pueden incluso destruir algunos bienes paternos.

3. En el tipo severo las visitas pueden ser imposibles. La hostilidad de los hijos es tan intensa que pueden llegar incluso a la violencia física. Gardner describe a estos hijos como fanáticos involucrados en una relación de folie a deux con su madre. Los ocho síntomas están presentes con total intensidad. Si se fuerzan las visitas, pueden escaparse, quedar totalmente paralizados o mostrar un abierto y continuo comportamiento opositora y destructivo (Gardner, 1998)

Estos tres niveles de alienación parental se dan en esta figura jurídica, que en unos casos puede remediarse o ser grave para el padre alienado pues, su hijo podrá incluso ya no verlo por el nivel de afectación que cause el alienador.

Bolaños (2004), en cuanto a los grados de afectación de alienación los expresa así:

El rechazo leve se caracteriza por la expresión de algunos signos de desagrado en la relación con el padre o la madre. No hay evitación y la relación no se interrumpe.

El rechazo moderado se caracteriza por la expresión de un deseo de no ver al padre o la madre acompañado, de una búsqueda de aspectos negativos del progenitor rechazado que justifique su deseo. Niega todo afecto hacia él y evita su

presencia. El rechazo se generaliza a su entorno familiar y social. La relación se mantiene por obligación o se interrumpe.

El rechazo intenso supone un afianzamiento cognitivo de los argumentos que lo sustentan. El niño se los cree y muestra ansiedad intensa en presencia del progenitor rechazado. El rechazo adquiere características fóbicas con fuertes mecanismos de evitación. Puede aparecer sintomatología psicósomática asociada (Bolaños, 2004, p. 121)

Se concluye que cualquiera que sea el tipo de alienación lo que pretende el progenitor es que el hijo o hija odie a su otro progenitor y esto influya en un caso de tenencia o modificación de tenencia, puesto que el NNA ya está alienado.

#### **2.5.4 La alienación y su incidencia en la tenencia**

El Síndrome de Alienación Parental o Alienación Parental nace producto de un divorcio y más aún si este ha sido conflictivo, es allí donde el único afectado o afectados van a ser los hijos, puesto que ellos son los que tienen que llevar la peor parte, pues por una parte en un proceso judicial de tenencia o modificación de tenencia, cuando se lo entreviste ante el juez y psicólogo, va a decir que no quiere irse con el progenitor, vulnerándosele el derecho a vivir con su otro progenitor.

En sentido como en Ecuador no está regulada la alienación parental, no es posible aplicar sanciones con el padre que realiza el lavado de cerebro al hijo y de esta manera no influya esta figura en la decisión de un proceso judicial de tenencia.

En la legislación de Brasil en la Ley N° 12.318 de fecha 10 de agosto de 2010, se encuentra regulada la alienación parental y cuando se demuestra que es el progenitor alienado al hijo el juez podrá imponer las siguientes sanciones:

- I - Que se declare la existencia de alienación parental y advertir al progenitor alienador;
- II - ampliar el sistema de derecho de acceso a favor del progenitor alienado;
- III - especificar una multa al progenitor alienador;

IV - ordenar una intervención psicológica de seguimiento;

V - ordenar el cambio de custodia a la custodia compartida o revertirla;

VI - Que se declare la suspensión de la patria potestad. (Art.5)

En la referida legislación al estar regulada esta figura de la alienación parental de alguna manera previene a que el progenitor no pueda lavar el cerebro a su hijo y no influya en el régimen de vistas o en un proceso de tenencia, por ello la importancia de que los estados la regulen a esta figura para garantizar el interés superior del niño en su desarrollo pleno y esto no le afecte psicológicamente.

## Capítulo tres

### La custodia compartida en el comparado

#### 3.1 La custodia compartida en el derecho comparado

En la presente investigación se abordará las normas sustantivas de la legislación de Argentina, Colombia, Perú y España, esto a fin de analizar el beneficio de la figura jurídica de la custodia compartida en los referidos Estados, para de esta manera fortalecer el trabajo de titulación.

##### 3.1.1 *Argentina*

En esta primera legislación a analizar sobre la tenencia compartida se analizará de manera sucinta su articulado específico a la figura jurídica investigada.

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina es que regula el cuidado compartido y el plan de parentalidad, por ello se dice que el cuidado personal es el conjunto de deberes y facultades que tienen los progenitores en la vida cotidiana de sus hijos e hijas. Es lo que antes se llamaba “tenencia de los hijos”., que pasa si los progenitores viven juntos, ambos tienen los mismos derechos y obligaciones respecto de sus hijos e hijas, pero si los progenitores no conviven El cuidado personal de hijos e hijas puede ser ejercido por uno o por ambos progenitores. A este último se lo llama cuidado compartido, y se da cuando los progenitores sobre los hijos e hijas cuando no conviven, este puede ser de dos formas:

Alternado: el hijo o hija pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores.

Indistinto: el hijo o hija reside en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen las labores. Por ejemplo, el hijo o hija vive con uno de ellos, pero el otro se ocupa de llevarlo al colegio. Ambos deciden sobre las cuestiones relativas al colegio – actos, reuniones de padres, vacaciones, etc.

De igual forma, en los Arts. 648 a 657 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo 4 sobre los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, también refiere sobre el plan de parentalidad que debe contener lo siguiente:

- Dónde y cuándo el hijo o la hija pasará tiempo con ambos padres;

- Las responsabilidades de cada persona (quién conduce hacia y desde la escuela, quién ayuda con las tareas, organiza actividades deportivas o culturales, etc.);
- Política de vacaciones (fechas y lugar de sus vacaciones);
- Asuetos (Navidad, Año Nuevo, Semana Santa);
- Momentos familiares importantes (cumpleaños, aniversarios, etc.);
- El sistema de relaciones y comunicación con el hijo o la hija cuando convive con el otro progenitor (cuando va de una casa a otra, o realizar paseos, actividades relacionadas con el deporte, entretenimiento, etc.)
- Los padres deben involucrar a su hijo o hija en la planificación. (Art. 655)

El presente Código Civil y Comercial regula en cuanto a la custodia compartida así mismo expresa como esta figura jurídica familiar se la otorga exclusivamente como cuidado compartido es decir en igualdad de tiempo con ambos progenitores, como segunda opción es exclusiva para un progenitor, pero con derecho a régimen de visitas.

### **3.1.2 Colombia**

En la legislación de Colombia pese a que existe la Ley 1098/2006 que refiere al Código de la Infancia y la Adolescencia, donde se regula los derechos humanos de este grupo vulnerable y se eleva a sujeto de especial protección a los niños y adolescentes, con enfoques de corresponsabilidad, responsabilidad parental, custodia y cuidado personal, también por parte del Senado de Colombia (2008) se ha promulgado la Ley 249/2008 que refiere al Régimen de Custodia Compartida de los hijos, por lo cual se va a citar expresamente su contexto:

**Artículo 1º** Custodia y cuidado personal de los hijos. La custodia y cuidado personal de los hijos corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente.

**Artículo 2º** Custodia en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo.

Este régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplado en la Ley 640 de 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el Régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores.

**Artículo 3°** Reparto de la Custodia y Cuidado Personal de los Hijos. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el Juez de Familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los períodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los períodos vacacionales. Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijaran por mitad. Al establecer el reparto de los períodos a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta, entre otros, el interés de los menores de cero (0) a siete (7) años de edad, pero permitiendo hasta donde sea posible, contactos cortos, pero más frecuentes con cada uno de los progenitores (Ley 249/2008).

Como se ha podido observar dicha norma sustantiva garantiza la convivencia con los dos progenitores en igualdad de condiciones, es decir alternar la convivencia, en cuanto al padre los meses impares y los meses pares con la madre, así mismo en dichos periodos el padre o madre que este bajo el cuidado y protección del hijo o hija correrá con todos los gastos ordinarios (salud, alimentación, vivienda, educación) más no los extraordinarios (ortodoncia, cursos vacacionales, computadoras) en este caso les corresponderá cubrir en partes iguales.

Así mismo hay dicha normativa con relación a esta figura en el Código Penal Colombiano expresa:

El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma, se aplicarán las penas previstas en este artículo al progenitor que valiéndose de la custodia, utilice o manipule a sus hijos menores para obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor (Ley 249/2008, Art. 10).

Sin duda alguna dicha figura de la custodia compartida es resguardada en beneficio del hijo o hija a relacionarse y fortalecer los lazos con sus padres, producto de una separación o divorcios, puesto que al obstruir o alienar al NNA, se aplicará las sanciones de privación de la libertad.

### **3.1.3 Perú**

En la legislación de Perú la Ley N° 29269 emitida por el Congreso de la República reforma la Ley 27337 que refiere sobre el Código de los Niños y Adolescentes, incorporando a la Tenencia Compartida en los siguientes términos:

**Artículo 81.- Tenencia compartida.** - Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes es asumida por ambos padres, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el menor.

Los padres en común acuerdo y tomado en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente determinarán la forma de la tenencia compartida, de ser caso, se formalizará con una conciliación extrajudicial.

De no existir acuerdo, el juez especializado deber otorgar, como primera opción, la tenencia compartida, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo excepcionalmente disponer la tenencia exclusiva a uno de los padres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña y adolescente.

**Artículo 82.- Variación de la Tenencia.** - Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o sentencia firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.

Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, haya realizado las siguientes conductas:

- a. Dañar o destruir la imagen, que el hijo tiene del otro padre, en forma continua, permanente o sistemática.
- b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre
- c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.

El Juez ordenará con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno al niño, niña o adolescente.

Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro la integridad del niño, niña o adolescente el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

**Art. 84.- facultad del Juez.** - En caso de disponer la tenencia compartida, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores;
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo;
- c. La distancia entre los domicilios de los Padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma.
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna.
- e. Las vacaciones del hijo y progenitores.
- f. Las fechas importantes en la vida del menor; y
- g. La edad y opinión del hijo.

En caso de disponer la tenencia exclusiva, el juez para aquel que no obtenga la tenencia del niño, niña o adolescente debe señalar un régimen de visitas-.

La forma de tenencia compartida puede ser modificada en función de las necesidades del hijo (Congreso de la República del Perú, 2000)

La legislación de Perú en la norma sustantiva de protección a los niños, niñas y adolescentes también regula esta figura jurídica de la tenencia compartida que como fin tiene garantizar a que tanto el padre como la madre pueda convivir o cohabitar en igual tiempo que con el otro progenitor que no se le ha otorgado su cuidado y protección, puesto que de esta manera existe una corresponsabilidad parental y se fortalece el vínculo paterno y materno filial, en beneficio del desarrollo pleno del niño, niña o adolescentes.

#### **3.1.4 España**

En esta última legislación analizada es muy importante la figura de la custodia compartida puesto que cuando existe el divorcio o separación debe adjuntarse el convenio regulador donde se exponga los periodos con quien va a pasar el hijo o hija, en caso de ser contencioso el divorcio y no haya acuerdos en el convenio regulador, el juez determinará como se asignará la guarda y custodia conforme a lo dispuesto en la Ley 15/2005 que modifica el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, y que expresa:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. (...)

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. (Ley 15/2005, Art. 92).

De lo expresado en la norma sustantiva de España (Ley 15/2005) reforma el Código Civil y su norma adjetiva en cuanto a la figura de la custodia compartida, garantizando de esta manera el interés superior del niño en cuanto que los hijos o hijas tengan igual tiempo de convivencia con sus progenitores esto con la finalidad de fortalecer los lazos familiares e incluso con los demás miembros familiares devenidos del parentesco.

### **3.2 Análisis de la regulación de la tenencia compartida en la legislación de Ecuador y su beneficio en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes**

Desde este punto analicemos la normativa interna que da luz verde a esta propuesta jurídica familiar en cuanto a la regulación de la tenencia compartida.

Constitución de la República del Ecuador (2008) en cuanto a la responsabilidad tripartita del niño, niña o adolescente expresa:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Art. 44)

(...) Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (Art. 45).

Para proteger los derechos de las personas integrantes de las familias:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...) 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (Art. 69)

Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) Numeral 16. Asistir, alimentar,

educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten (Art. 83).

Así mismo la norma de sustantiva que protege de manera holística los derechos de los niños, niñas y adolescentes como es Código de la Niñez y adolescencia (2003) en cuanto a su desarrollo pleno y a relacionarse con sus progenitores expresa.

La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos". (Art. 9)

(...) Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores (Art. 21)

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" (Art. 100)

En consecuencia, analizada la normativa con rango constitucional y la ley específica que garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes habla sobre los derechos que tiene tanto los hijos como los padres, sin embargo, en la legislación únicamente se trata sobre la tenencia exclusiva a un progenitor y no como la legislación de Argentina, Perú, Colombia, y España, que como primera opción es la custodia compartida y como excepción la tenencia a un solo progenitor.

Por consiguiente, este trabajo de investigación es de vital importancia puesto que se analiza la figura de la tenencia compartida y de esta manera garantizar el desarrollo pleno de los niños, niñas y adolescentes, es decir que tengan la continuidad de las relaciones afectivas

con sus dos progenitores cuando existe un divorcio, sin privarles del legítimo derecho que tienen los NNA a criarse con sus dos progenitores.

Por ello, la necesidad de regular la figura jurídica de la tenencia compartida, ya que nace de la corresponsabilidad parental, puesto que, por una parte, permite garantizar su interés superior y por otra permite también que sus progenitores dejen de lado las disputas y permita la continuidad de las relaciones afectivas entre padres e hijos a fin de no afectar psicológicamente en su desarrollo integral

## **Capítulo cuatro**

### **Metodología de la Investigación**

#### **4.1 Diseño de la investigación**

El diseño de la investigación es de tipo no experimental y de nivel descriptivo y su procedimiento consistió en el aporte de treinta expertos en la materia, entre ellos jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Defensores Públicos, y abogados en libre ejercicio, que cuentan con conocimiento respecto a la problemática planteada.

Desde este punto de vista, el estudio se orientó con el propósito de establecer la percepción que tienen los treinta encuestados respecto a la problemática familiar que genera la falta de regulación de la figura jurídica de la tenencia compartida, con lo que se demostró que impera la necesidad de reformar el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a esta figura jurídica que como fin tiene precautelar el interés superior del niño en su desarrollo pleno específicamente a convivir con sus dos progenitores.

#### **4.2 Tipo de investigación**

Por los objetivos que se pretende alcanzar, es de tipo documental-bibliográfica, analítica y descriptiva.

Considerada como documental-bibliográfica, porque para la elaboración del trabajo de titulación y los aspectos teóricos, la investigadora utilizó documentos tales como: libros, leyes, artículos de periódicos y revistas entre otros.

Al finalizar la investigación se logrará describir aspectos concernientes con el problema investigado esto es, la falta de regulación de la figura jurídica de la tenencia compartida, con lo que se demostró que impera la necesidad de reformar el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico General de Procesos

#### **4.3 Métodos y técnica de investigación**

**Métodos.**

Los métodos utilizados fueron el analítico, que se desprende del método científico y es utilizado en las ciencias naturales, sociales, jurídicas y demás para el diagnóstico de problemas y la generación de hipótesis que permiten resolverlos. Este tipo de evaluación se basa en el examen analítico de textos, documentos.

El método analítico descompone una idea o un objeto en sus elementos (distinción y diferencia), y el sintético combina elementos, conexiona relaciones y forma un todo o conjunto (homogeneidad y semejanza), pero se hace aquella distinción y se constituye esta homogeneidad bajo el principio unitario que rige y preside ambas relaciones intelectuales (Ruiz, 2007, p.13).

Con ello lo que se pretende es facilitar el análisis de las fuentes de información recopiladas y que se encaminan hacia un factor común; extrayendo los elementos más importantes y trascendentes del objeto de estudio; en este caso la falta de regulación de la figura jurídica de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico General de Procesos.

Otro método utilizado es el cualitativo, cuando en el desarrollo de la investigación se realiza una recopilación pormenorizada de información que nos permita tener un conocimiento claro y profundo del tema a tratarse.

En el caso que nos ocupa, no se trata entonces solo del análisis de la norma prescrita tanto local como internacionalmente, sino, además, de aquella doctrina que alrededor del objeto de estudio se ha desarrollado como un complemento para su entendimiento y comprensión. Pudiendo complementarse este estudio a través de la realización de encuestas que también son otra forma de obtener información, mediante la interacción del investigador con los sujetos directamente involucrados en tema en estudio.

Por esta razón, es que las investigaciones cualitativas suelen ser multi metódicas, puesto que, para aproximarse y conocer más de cerca el objeto de estudio, utiliza distintos métodos de obtención de la información, sin entorpecerse unos con otros. Esto permite obtener un conocimiento más descriptivo y contrastado del campo de estudio, que se apoya a su vez en varios puntos de información.

El método cualitativo e inductivo, es importante puesto que el investigador gracias a la información obtenida está en la capacidad de advertir datos o pautas sobre la base de hechos discutidos con anterioridad y que se limitan a un campo de estudio determinado.

Se pretende obtener, así, la mayor cantidad de información con respecto al tema de estudio: documental, empírica, práctica; que nos permiten valorar los diversos enfoques que posee cada individuo antes de poder formular uno propio. Esto nos deja además en plena capacidad de señalar documentadamente las razones, criterios, o puntos de vista a que hemos podido llegar al final de la investigación.

El último método utilizado fue el descriptivo, no obstante, no sirve de mucho si no se llega a realizar un análisis cualitativo de los resultados; pues se necesitan además otra serie de elementos teóricos y metodológicos que nos permitan demostrar científicamente cuál, es el eje de la problemática analizada.

Los estudios descriptivos miden de manera más bien independiente las variables o conceptos con los que tienen que ver; aunque, pueden integrar las mediciones de cada una de las variables para decir cómo es y se manifiesta el fenómeno de interés, su objetivo no es indicar cómo se relacionan las variables medidas (Ruiz, 2007).

Todos estos métodos coadyuvaron en el desarrollo el presente traba de investigación de la tenencia compartida.

### **Técnica**

La técnica de las encuestas y entrevistas durante el presente proceso investigativo se constituyó en una de las mejores formas de involucrar al universo investigado con la problemática planteada, a la vez que brindó mayor libertad a los encuestados de exponer sus opiniones y criterios amparados en el anonimato.

El formato de las encuestas, además, permite encaminar las interrogantes hacia los puntos más sobresalientes de la investigación, aquellos que necesitamos visualizar más claramente, y, sobre todo, aquellos que nos generan más interrogantes a la hora de conseguir una respuesta clara al problema planteado.

El uso de encuestas permitió, sin duda alguna, conocer cuál es el criterio puntual de los profesionales del derecho respecto del tema de estudio, sus opiniones y sobre todo sus razonamientos sin ningún tipo de parcialidad. En esta etapa investigativa fue crucial sus experiencias, sus expectativas, y sobre todo la forma en que ellos mismos vislumbran la solución al conflicto propuesto.

De igual forma las entrevistas realizadas a jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Defensores Públicos, y abogados en libre ejercicio, permitió identificar lo cerca que está la regulación de esta figura jurídica de la tenencia compartida en la legislación de Ecuador esto por cuanto se está vulnerando el interés superior del niño.

#### **4.4 Población y muestra**

La investigación se desarrolló en la provincia de Loja-Ecuador; específicamente en la población conformada por jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Defensores Públicos, y abogados en libre ejercicio, que cuentan con conocimiento respecto a la problemática planteada.

La muestra del universo es de treinta personas de trayectoria impecable, así como la entrevista a cinco profesionales entre ellos Jueces, defensores públicos y abogados en libre ejercicio.

## Capítulo cinco

### Investigación de campo

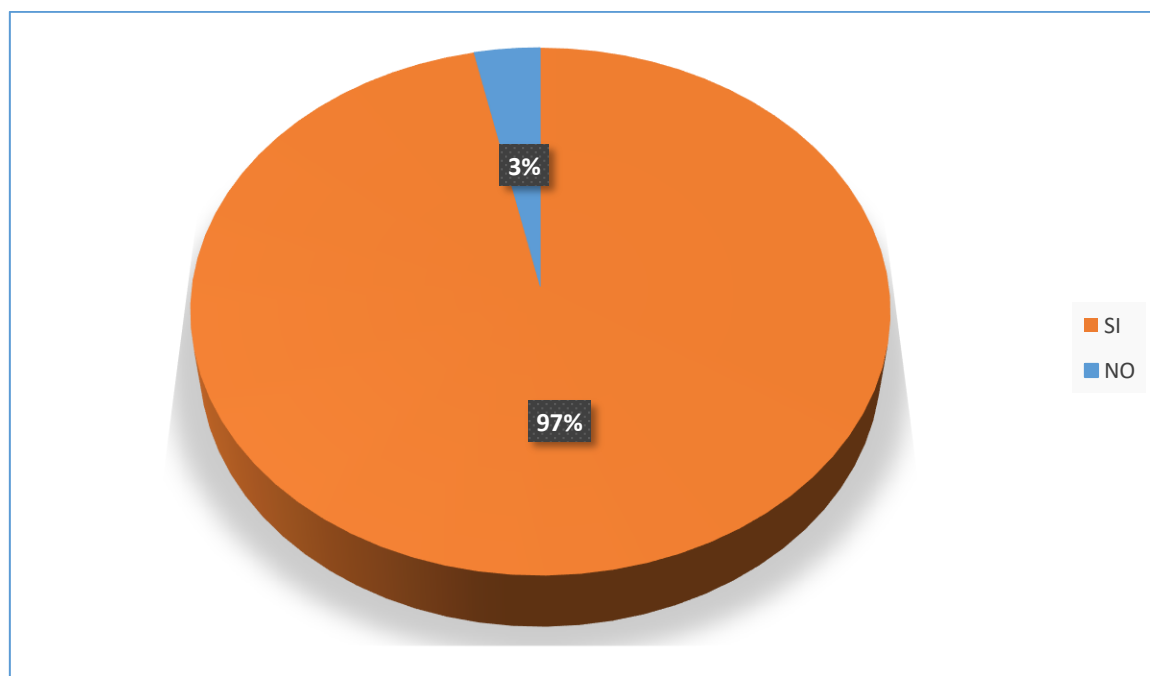
#### 5.1 Interpretación y análisis de los resultados de la encuesta

Para la conclusión del trabajo de titulación se consideró importante aplicar encuestas que contribuyan a conocer la situación y visión de nuestra sociedad sobre la tenencia de los hijos luego del divorcio o separación, y además se prevea la regulación de la tenencia compartida. La encuesta y entrevista estuvo compuesta con preguntas alternativas de respuestas preestablecidas, dirigida a treinta personas, mientras que las encuestas se realizaron a cinco expertos en materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Defensores Públicos de Loja, y abogados en libre ejercicio.

**Primera pregunta:** ¿Ha escuchado o conoce de la figura de la figura jurídica de la tenencia compartida o custodia compartida?

**Figura 1**

*Tenencia compartida*



**Fuente:** Karen Ramírez Granda

**Interpretación.** - La unidad de análisis en su primera pregunta tuvo por objeto conocer si las personas encuestadas tienen conocimiento sobre la tenencia compartida, por lo que, cuando se les preguntó sobre esta figura jurídica familiar, el 97% es decir 29 los profesionales

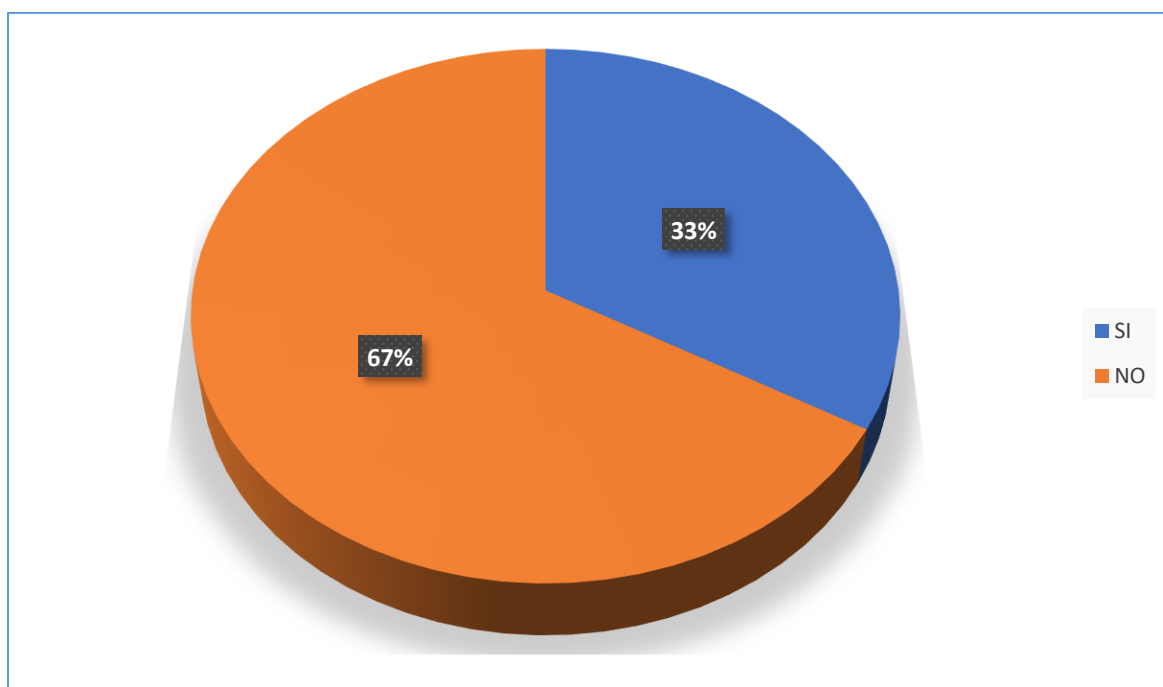
en la temática respondieron que, si han escuchado o conocen, mientras que el 3% que corresponde a 1 encuestados expresa que algo conoce, pero no mucho sobre su esencia como tal (ver figura 1).

**Análisis de la primera pregunta.** - Se confirma que el 97% de los encuestados respondieron que, si han escuchado sobre la tenencia compartida e incluso que como abogados y defensores la han invocado en sus procesos, pero que no se les acepta, de igual forma en calidad de jueces no la aceptan por no estar regulada en la legislación de Ecuador, pero que sí está regulada en países de Latinoamérica.

**Segunda pregunta** ¿Considera usted que la madre es la única que puede velar por el cuidado y protección de sus hijos?

**Figura 2**

*La madre la única en cuidar y proteger al hijo*



**Fuente:** Karen Ramírez Granda

**Interpretación.** - La unidad de análisis en la segunda pregunta tuvo por objeto conocer si solo la madre está en capacidad para cuidar al hijo/s o hija/s, por lo que, cuando se les preguntó sobre el cuidado exclusivo a un solo progenitor el 67% es decir 20 de los profesionales en la temática respondieron que el padre también puede cumplir dichos

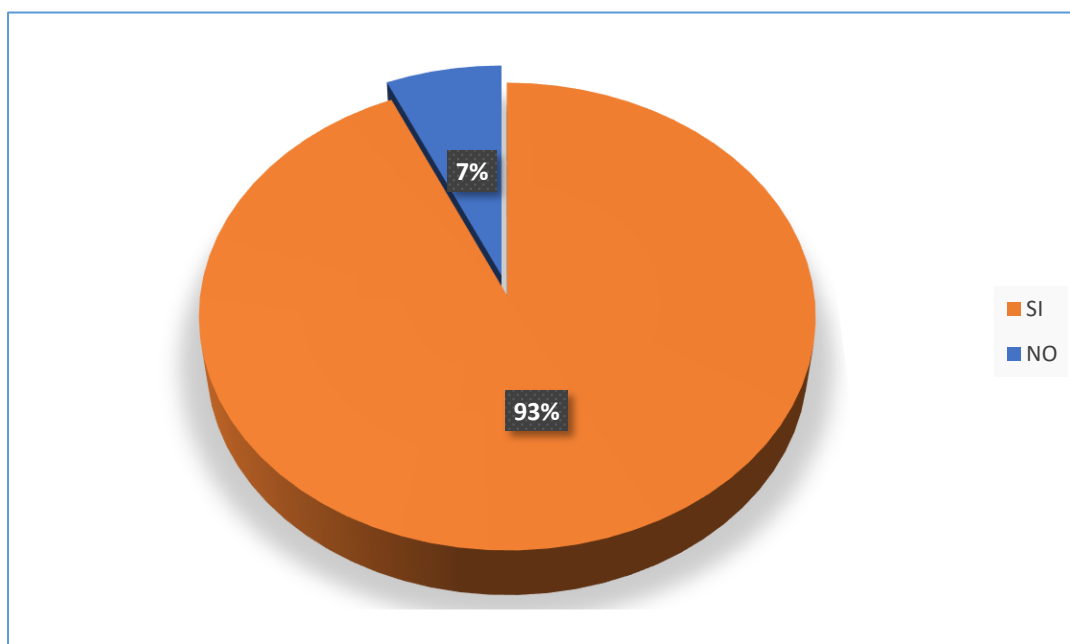
cuidados, mientras que 33% que corresponde a 10 encuestados expresaron que mejor cuidado y protección es con la madre (ver figura 2).

**Análisis de la segunda pregunta.** - Se confirma que el 67% de los encuestados respondieron que los padres también pueden brindar el mismo cuidado y protección a los hijos, tal como lo hace la madre por ello su importancia de que el derecho de convivir con sus hijos sea igualitario, mientras que el 33% expresaron que la madre es quien puede brindar mejor cuidado e incluso.

**Tercera pregunta.** - ¿Considera necesario regular la figura jurídica de la tenencia compartida en la norma sustantiva y adjetiva, en garantía del interés superior del niño?

**Figura 3**

*Regular tenencia compartida*



**Fuente:** Karen Fernanda Ramírez Granda

**Interpretación.** - La unidad de análisis en la tercera pregunta tuvo por objeto conocer si con la regulación de la figura jurídica familiar de la tenencia compartida se garantiza el interés superior del niño el 93% es decir 28 de los expertos en la temática respondieron que sí, mientras que 7% que corresponde a 2 encuestados expresaron que no (ver figura 3).

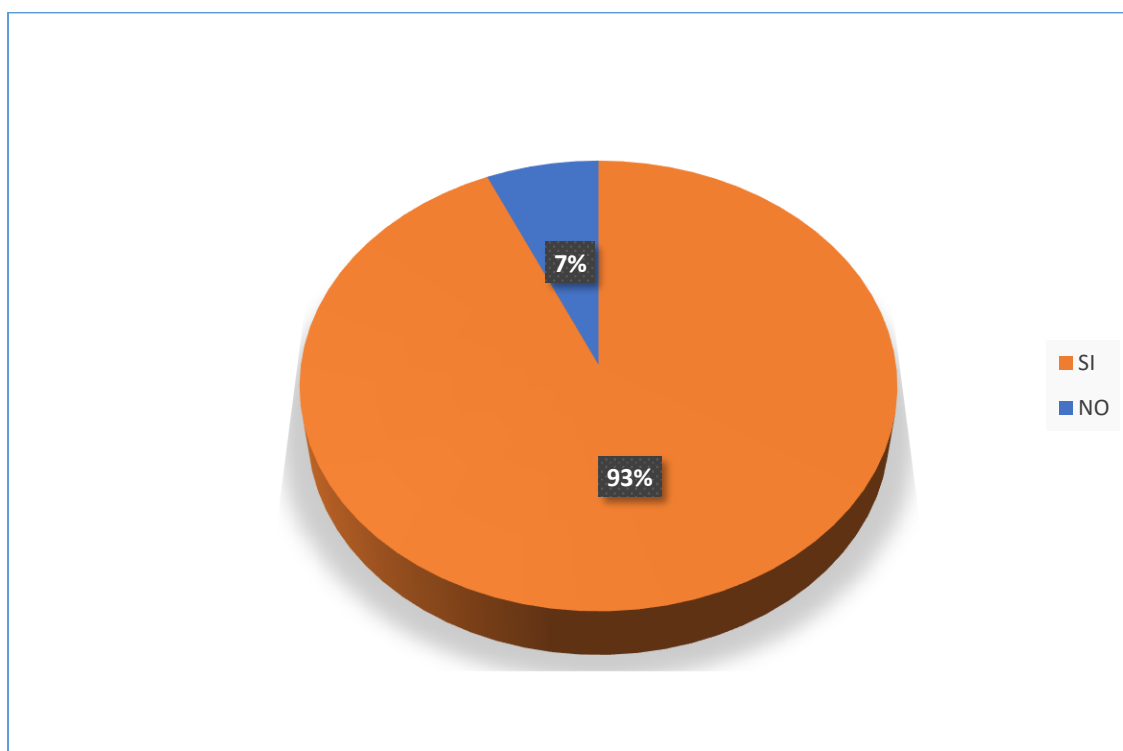
**Análisis de la segunda pregunta.** - Se confirma que el 93% de los encuestados coinciden que al regularse la custodia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y

su norma procedimental garantiza el interés superior del niño en cuanto a relacionarse con sus padres y familia extendida para su desarrollo pleno, mientras que el 7% expresaron que si bien es cierto se regule dicha jurídica los hijos son los que tendrán decisión de irse a pernoctar con el otro progenitor y que en este caso no los pueden obligar. Por otro lado, también indican que todo cambio trae consecuencias y que el informe social de la oficina técnica es primordial para regular la tenencia compartida.

**Cuarta pregunta.** - ¿Considera usted que, al no estar regulada la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, perjudica el interés superior del niño al no relacionarse el hijo/s o hija/s con sus dos progenitores?

**Figura 4**

*No regular la tenencia compartida vulnera el interés superior del niño*



**Fuente:** Karen Fernanda Ramírez Granda

**Interpretación.** - La unidad de análisis en la cuarta pregunta tuvo por objeto conocer si la no regulación de la tenencia compartida se vulnera el interés superior del niño al no relacionarse el hijo/s o hija/s con sus dos progenitores el 93% es decir 28 de los expertos en

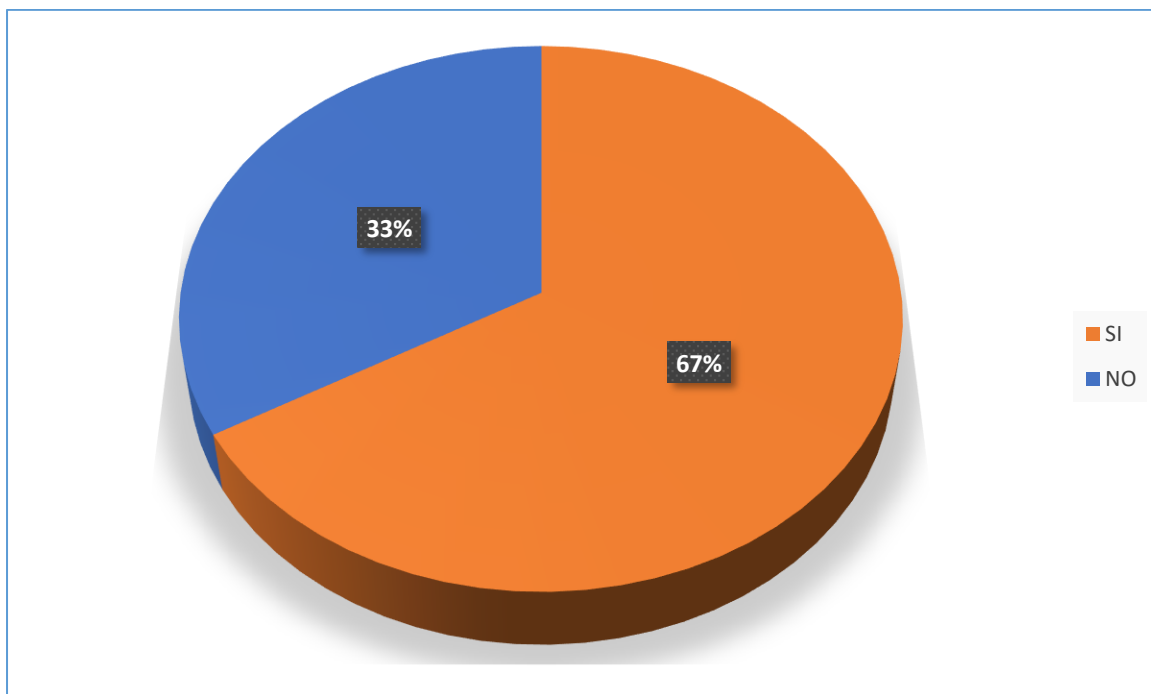
la temática respondieron que sí, mientras que 7% que corresponde a 2 encuestados expresaron que no (ver figura 4).

**Análisis de la cuarta pregunta.** - Se confirma que el 90% de los encuestados coinciden que al no regularse la custodia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia se vulnera el interés superior del niño consagrado en el Art. 11, así como también a no relacionarse con su familia que no convive con ellos, mientras que el 10% expresaron que no se vulnera el interés superior por cuanto igual los hijos pueden convivir o visitar a sus padres cuando ellos lo deseen. Otra situación que indican es que como se cubriría los gastos de la pensión alimenticia.

**Quinta pregunta.** - ¿Considera usted que, la no regulación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, atenta contra el principio de igualdad de derechos de ambos progenitores al no relacionarse con su hijo/s o hija/s?

**Figura 5**

*Vulnera el principio de igualdad de derechos de ambos progenitores*



**Fuente:** Karen Fernanda Ramírez Granda

**Interpretación.** - La unidad de análisis en la quinta pregunta tuvo por objeto conocer si la no regulación de la tenencia compartida se vulnera el principio de igualdad de derechos

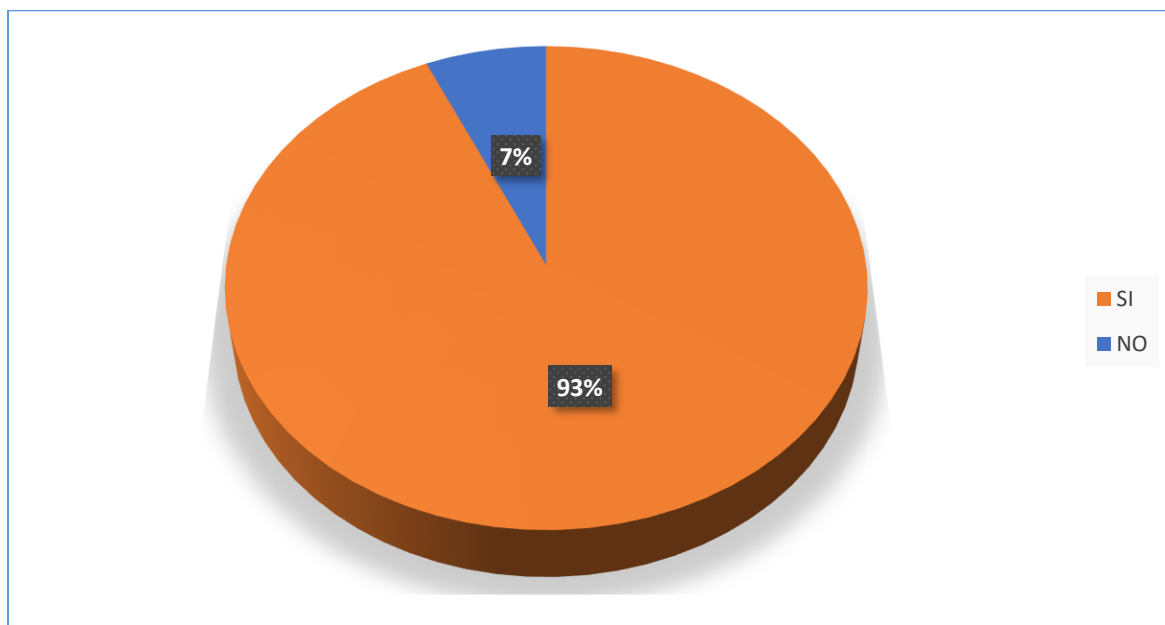
de ambos progenitores al no relacionarse con su hijo/s o hija/s, el 67% es decir 20 de los expertos en la temática respondieron que sí, mientras que 33% que corresponde a 10 encuestados expresaron que no (ver figura 5).

**Análisis de la quinta pregunta.** - Se confirma que el 67% de los encuestados coinciden que al no estar regulada la custodia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, si trasgrede el derecho paterno filial o materno filial esto por cuanto al solicitarla en la legislación de Ecuador no la aceptan teniéndose que conformar con el régimen de visitas sea está abierto o cerrado, no permitiendo que disfruten a plenitud en el desarrollo de sus hijos, mientras que el 33% expresaron que no se vulnera el principio de igualdad de derechos de ambos progenitores al no relacionarse con su hijo/s o hija/s, puesto que esta tenencia compartida solo se daría en casos excepcionales cuando el divorcio termina de mala manera. (ver figura 5).

**Sexta pregunta.** - ¿Considera usted que, al regular la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos, se garantizaría el interés superior del niño al permitir relacionarse en igual tiempo con sus dos progenitores?

**Figura 6.**

*Regulación de la custodia compartida*



**Fuente:** Karen Fernanda Ramírez Granda

**Interpretación.** - La unidad de análisis en la sexta pregunta tuvo por objeto conocer si la regulación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos, se garantizaría el interés superior del niño al permitir relacionarse en igual tiempo con sus dos progenitores, el 93% es decir 28 de los expertos en la temática respondieron que sí, mientras que 7% que corresponde a 2 encuestados expresaron que no (ver figura 6).

**Análisis de la sexta pregunta.** - Se confirma que el 93% de los encuestados coinciden que al regularse la custodia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos, beneficiaría a los niños, niñas y adolescentes a que puedan vivir con sus dos padres en igualdad de tiempo garantizándosele de esa manera su interés superior y que fortalezcan lazos familiares, mientras que el 7% manifiesta que no que se puede invocar el derecho comparado y la normativa internacional como control de convencionalidad.

## **5.2 Aplicación de entrevista**

A continuación, se presenta los resultados obtenidos en las entrevistas, las mismas que fueron aplicadas a dos Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, dos defensores públicos y un abogado en libre ejercicio, a quienes se les formuló tres preguntas.

**Primera Pregunta.** - ¿Qué opina de la tenencia compartida regulada en otros países?

Los dos jueces entrevistados, los dos defensores públicos y el abogado en libre ejercicio a fines a la materia en derecho familiar, expresan que esta figura jurídica es novedosa, ya que es acorde a las nuevas realidades que se presentan en cada sociedad, por ello es que se han ido regulando en los países latinoamericanos y Europeos, pues su finalidad es que padre y madre indistintamente del deber devenido de la patria potestad, puedan pasar el mismo tiempo que el otro progenitor que no tiene la custodia, es decir compartan en igualdad de tiempo el desarrollo integral de sus hijos.

Expresan también que la tenencia compartida tiene ventajas y desventajas, por un lado, permite relacionarse en igualdad tiempo con sus hijos fortaleciendo la relación materno o paterno filial; y, por otro lado, afecta en el traslado de los hijos de lugar en lugar conociéndoselos como “niños maleta”, por ello que el divorcio es el surgimiento de esta figura jurídica familiar de la tenencia compartida.

**Segunda pregunta.** - ¿Considera necesario regular la figura jurídica de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos?

Los expertos en la materia familiar en un consenso igualitario manifestaron que es de vital importancia que se regula en la legislación de Ecuador la tenencia compartida, puesto que esto permitiría a los progenitores se relacionen de mejor manera, y lo más importante que los gastos derivados del cuidado y protección, son responsabilidad del padre cuando están a su cuidado.

De igual forma coincidieron que al regularse la figura jurídica familiar de la tenencia compartida esta sería la regla general y la tenencia a un solo progenitor sería la excepción, siempre y cuando se demuestre a través de hechos fácticos y probatorios que es la mejor decisión del juzgador para precautelar la integridad el niño, niña y adolescente al momento de resolver.

Por último, el abogado en libre ejercicio manifestó que con esta figura se termina la visión del proveedor, puesto que hay situaciones excepcionales en que la madre aprovecha que existe la tenencia a un solo progenitor y beneficiarse de la pensión alimenticia, ya que en algunos casos no lo invierten en sus hijos.

**Tercera pregunta.** - ¿Considera usted que, al regular la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos, se garantizaría el interés superior del niño al permitir relacionarse en igual tiempo con sus dos progenitores?

Por una parte, los jueces manifiestan que, en calidad de juzgadores o jueces garantistas de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al tener regulada la tenencia compartida en la norma sustantiva y adjetiva tendrían la herramienta legal idónea para poder emitir el fallo en garantía del interés superior niño, puesto que los NNA podrían estar

cohabitando en igualdad de tiempo con ambos progenitores y lo demás miembros de su ascendiente.

Los abogados de la defensoría pública y el del libre ejercicio expresaron que esta figura jurídica de la tenencia compartida, es lo que ya debe estar regulada, pues expresan que por su profesión los padres que acuden a las oficinas solicitan que quieren compartir más tiempo con sus hijos, pero que no pueden, puesto que tienen un régimen de visitas que es por horas y en mejor de los casos con pernoctación, vulnerándose su derecho a la convivencia familiar en igualdad de tiempo con el otro progenitor que tiene la custodia, por ello al regularse esta figura jurídica se garantizaría el interés superior del niño en especial a compartir el día a día con sus padres y de esta manera su desarrollo sea pleno.

### **5.3 Verificación de objetivos e hipótesis**

Una vez que se han abordado los capítulos planteados en el presente trabajo de investigación es importante verificar si se han cumplido los fines propuestos en la temática planteada sobre el “Análisis jurídico y doctrinal de la tenencia compartida y su regulación en la norma sustantiva y procedimental como garantía del interés superior del niño”, para lo cual indiquemos el resultado del objetivo, general, los específicos y la hipótesis.

En cuanto al objetivo general que se propuso sobre “Determinar mediante un análisis teórico, jurídico y doctrinal que la regulación de la figura legal de la tenencia compartida en el derecho comparado permite reforzar los lazos familiares, y la convivencia familiar garantizando el interés superior del niño”. Este objetivo ha sido verificado efectivamente, ya que se realizó un amplio estudio de carácter doctrinario, jurídico, con relación a la familia, la tenencia y custodia compartida, que guardan relación directa con el tema materia de investigación.

Así mismo en la investigación de campo específicamente en la pregunta cuatro se contrastó que al no estar regulada la tenencia perjudica el interés superior del niño al no relacionarse el hijo/s o hija/s con sus dos progenitores.

En cuanto a los objetivos específicos como son “Analizar de manera holística la familia, sus tipos y los derechos de niños, niñas y adolescentes”, “Analizar el derecho comparado

respecto de la regulación de la tenencia compartida como garantía de la convivencia y relaciones familiares y “Fundamentar jurídicamente una propuesta para regular en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos, la tenencia compartida y sus beneficios”

En lo que se refiere a los objetivos específicos, luego de realizar la presente investigación, se analizó detenidamente la familia, los nuevos tipos de familia, la tenencia, así como un estudio pormenorizado de los fundamentos en favor de la tenencia compartida. Además, se abordó un estudio de la custodia compartida en la legislación comparada de Argentina, Perú Colombia y España, con lo cual se demostró que es importante esta figura jurídica, puesto que permite que ambos padres se relacionen con sus hijos, a fin de que se desarrollen plenamente en pro de su interés superior como niños, niñas o adolescentes. De igual forma en la investigación de campo se logró contrastar los tres objetivos a lo largo de las seis preguntas planteadas, puesto que conocen de la tenencia compartida y la falta de regulación en el ordenamiento jurídico de Ecuador.

Por último, con relación a la hipótesis planteada como son ¿Con la regulación de la tenencia compartida en el Ecuador se garantizaría el interés superior del niño en su libre desarrollo y convivencia con ambos progenitores y su familia extendida? y ¿Se debe incorporar en el Código de la Niñez y Adolescencia la tenencia compartida como y su procedimiento mediante la vía sumaria? La misma fue demostrada tanto en el trabajo de investigación como en las encuestas y entrevistas, pues su regulación en el ordenamiento jurídico del Ecuador es imperante, ya que se garantizaría el interés superior del niño en su libre desarrollo y convivencia con ambos progenitores y su familia extendida, cumpliendo de esta manera con estándares internacionales en derechos de niñez y adolescencia.

#### **5.4 Propuesta**

El trabajo de investigación basado en el estudio de la familia y análisis de la legislación comparada de Argentina, Colombia, Perú y España, respecto de la tenencia compartida, devela que es imperante la reforma legal integral al Código de la Niñez y Adolescencia en el

tema de tenencia compartida en el Ecuador; esto para dar cumplimiento a lo determinado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que expresan que todo infante tiene derecho a un cuidado y asistencia especial dentro de un ambiente familiar para un desarrollo integral y bienestar a todos sus miembros, en especial para que cada etapa de un niño sea armoniosa, en concordancia con lo declarado la Constitución de la República del Ecuador en el cual reconoce y garantiza el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria en el cual el Estado, sociedad y familia cumplen un rol protagónico es así que su transcendencia es relevante para que los niños, niñas y adolescentes ejerzan su derecho a ser escuchados.

La propuesta es pertinente, ya que de esta manera a los niños niñas y adolescentes se les garantizaría la protección de sus derechos al ser un grupo de atención prioritaria, permitiendo dar una solución al problema planteado, esto es regular la tenencia compartida en la legislación de Ecuador, permitiendo de esta manera invocar el interés superior del niño en su libre desarrollo y convivencia con ambos progenitores y su familia extendida, cumpliendo así con estándares internacionales en derechos de niñez y adolescencia.

### **PROPUESTA**

#### **CONSIDERANDO**

Que, el artículo 6 de la Carta Magna dispone que: “Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución”;

Que, el artículo 35 de la Constitución de la República, dispone: “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la 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”;

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

Que, el artículo 45 de la Constitución de la República establece que: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. 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;

Que, el artículo 67 de la Carta Magna reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el Estado garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes;

Que, el artículo 69 de la norma fundamental ecuatoriana establece que: “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

### **Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia**

Sustitúyase el Artículo 118 e incorpórese lo siguiente:

“Custodia en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de tenencia alternada, por períodos iguales de tiempo.

Este régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres a falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del niño, niña o adolescente a petición de parte, determinará el Régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante la vía sumaria en el Código Orgánico General de procesos, pero siempre protegiendo el interés superior de los niños.

**Artículo 118. A.-** Reparto de la tenencia y cuidado personal de los hijos. - El niño, niña o adolescente habitará con cada uno de sus progenitores conforme al acuerdo pactado caso contrario se asignará conforme a los periodos de ciclo escolar, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el Juez de Familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los períodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los períodos vacacionales.

Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del hijo durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijaran por mitad. Al establecer el reparto de los períodos a que se refiere el presente artículo. Al establecer el reparto de los períodos a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta, entre otros, el interés de los niños de cero (0) a siete (7) años de edad, pero permitiendo hasta donde sea posible, contactos cortos, pero más frecuentes con cada uno de los progenitores.

**Art. 118. B.-** Aplicación a procesos anteriores. - Al momento de entrar a regir esta ley, en los casos en que hubiera resolución en firme a petición de parte, se buscará el acuerdo de los padres para conocer quién de los dos comienza con el período de Tenencia compartida. A falta de acuerdo se fijará según lo que estime el Juez de Familia de conformidad con lo establecido en el artículo anterior.

**Art. 118. C.- Variación de la Tenencia.** - Cuando la tenencia compartida o exclusiva sea determinada por conciliación extrajudicial o resolución en firme, puede ser variada con una nueva conciliación o por una nueva resolución del mismo juzgado.

Para la variación de la tenencia el Juez tomará en cuenta la conducta del padre o madre que estuviera al cuidado del niño, niña o adolescente, haya realizado las siguientes conductas:

- a. Dañar o destruir la imagen, que el hijo tiene del otro padre, en forma continua, permanente o sistemática.
- b. No permitir de manera injustificada la relación entre los hijos y el otro padre
- c. No respetar los acuerdos judiciales o conciliaciones extrajudiciales sobre el régimen de visitas a los niños, niñas y adolescentes.

La presente disposición reformativa entrará en vigor desde su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la República del Ecuador, Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 10 días del mes de julio de 2024

Mgtr. Karen Fernanda Ramírez Granda

**Presidente de la Asamblea**

Mgtr. Franco Loayza

**Secretario**

## Conclusiones

Una vez que se ha abordado de manera holística la figura jurídica de la tenencia compartida, se llega a redactar las siguientes conclusiones:

**Que**, en la investigación planteada, luego del análisis y argumentos jurídicos, se evidencia la vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en la normativa vigente respecto a la institución de tenencia, es necesario que se reconozca y regule la Tenencia Compartida a fin de garantizar los derechos de padres e hijos, la seguridad jurídica y el principio de interés superior.

**Que**, en la actualidad la familia tradicional está desapareciendo, pues no es ajeno encontrar familias incompletas, desintegradas, restituidas, monoparental esto por diferentes causas como: divorcios, separaciones, madres solteras, por fallecimiento, etc., esta disolución ha acarreado graves consecuencias a los niños, niñas y adolescentes, puesto que en su día a día crecen sin la seguridad y afecto de algún progenitor situación que los deja en desprotección y abandono, ya que ambos padres son fundamentales e irremplazables en su desarrollo.

**Que**, la tenencia compartida en la legislación comparada de Argentina, Perú, Colombia y España, da lugar a las estancias con ambos progenitores, con horarios y rutinas cotidianas para que de esta manera tengan comunicación y sobre todo un ambiente cordial entre ellos, a pesar del divorcio o de la separación entiendan que siguen siendo una familia.

**Que**, la no regulación de la custodia compartida impide o dificulta que los niños se vean con el progenitor que no cohabita con ellos, en este caso se está vulnerando el derecho del progenitor no conviviente y el de los niños a relacionarse y la convivencia familiar.

**Que**, al regularse la tenencia compartida en la legislación de Ecuador los progenitores se involucran de forma natural en la vida de sus hijos, es decir, ninguno de los dos tiene un papel superior o preponderante en la vida de sus hijos y sobre todo que los niños, niñas y adolescentes no se ven obligados a elegir por uno u otro, obteniendo como consecuencia la unión de los progenitores y evitando el distanciamiento.

## Recomendaciones

En esta parte debes sugerir temas para futuras investigaciones y puedan aportar a la academia.

**Que**, se regule el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto de la tenencia compartida, a fin de precautelar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y en los estándares internacionales.

**Que**, se reglamente el Código Orgánico General de Procesos respecto del trámite por vía sumaria que se va a dar a la tenencia compartida a fin de precautelar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de esta manera exista imparcialidad en el proceso.

**Que**, el legislador regule la figura jurídica de la tenencia compartida a fin de que las juezas y jueces especializados en niñez y adolescencia, se conviertan en garantistas de los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y en los tratados internacionales.

**Que**, el Código de la Niñez y Adolescencia, como normativa especial en materia de niños, niñas y adolescentes contiene todos aquellos preceptos destinados a amparar los derechos prescritos para este grupo de atención prioritaria, y cómo tal es menester que se encuentre adecuado y actualizado a las necesidades que ellos presenten

**Que**, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho y la necesidad de que ambos padres se involucren en su crianza y cuidado. De esta manera se debería implementar políticas que involucren la promoción y cuidado de la familia y su entorno familiar devenido del parentesco.

## Referencias

- Aguilar Llanos, B. (2009). *La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida*. *Revista de la Universidad Pontificia de Perú Derecho y Sociedad* (32), 191-197.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425/17705>
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador (Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008)*. <https://bit.ly/2B93igl>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2005). *Código Civil, Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005*. <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGOCIVILultmodif08jul2019.pdf>.
- Baqueiro Rojas, E., & Buenrostro Báez, R. (2005). *Derecho de familia*. Oxford University Press.
- Barletta Villaran, M. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia. Primera edición digital ed., Vol. 29*.  
<https://books.google.com.ec/books?id=EaHNDwAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=true>
- Belluscio, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia, Tomo I, 7ma edición actualizada y ampliada*. Astrea.  
<https://derechocivil212.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/02/manual-de-derecho-de-familia-tomo-i-augusto-cesar-belluscio.pdf>
- Belluscio, C. (1981). *Derecho de Familia, Vol. III*. Editorial de Palma.
- Benítez Pérez, M. (10 de octubre de 2017). *La familia: Desde lo tradicional a lo discutible*. *Revista Novedades en población*. Vol. 13 N. 26. 58-67.  
<https://revistas.uh.cu/novpob/article/view/742>
- Blog - Mediación. (16 de noviembre 2022). *Pros y contras de la custodia compartida*.  
<https://www.ifiseducacion.com/blog/pros-y-contras-de-la-custodia-compartida/>
- Bolaños, I. (2004). *Hijos Alienados y Padres Alienados. Asesoramiento e intervención en las rupturas conflictivas. I Congreso de Psicología*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
- Boletín Oficial del estado. (8 de julio 2005). *Ley 15/2005 que modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento en materia de separación y divorcio*.  
<https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24458-24461.pdf>
- Bryceson, D., & Ulla, V. (2002). *La familia transnacional: nuevas fronteras europeas y redes globales*. Berg.
- Cabanella de Torres, G. (2004). *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*. Heliasta S.R.L.

- Camara Nacional de Representantes. (1982). *Ley 115. Ley que regula las uniones de hecho. Registro Oficial N° 399 de fecha 29 de diciembre de 1982.* <https://vlex.ec/vid/ley-115-ley-regula-643461329>
- Canales Torres, C. (2014). *Patria potestad y tenencia: Nuevos criterios de otorgamiento, perdida o suspensión.* Gaceta Jurídica. <https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/05/patria-potestad-y-tenencia.pdf>
- Carranza, J. (2010). *Temas del derecho Prevencional de menores.* Editorial Alveroni.
- Catalán, M. J. (02 de febrero de 2007). *A CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO, EXTENSIÓN Y BONDAD DE SU PUESTA EN ESCENA. DEBATE ENTRE PSICOLOGÍA Y DERECHO,* Revista Anuario de Psicología Jurídica. vol. 17, 2007, 131-15. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315024768008>
- Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental. (1999). *Declaración de LANGEAC.* <https://www.geocities.ws/papahijo2000/langeac.html>.
- Congreso de la República del Perú. (2000). *Ley 27337 sobre el Código de los Niños y Adolescentes.* <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2003). *Código de la Niñez y Adolecencia.* Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2002). *OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)
- Darnall, D. (1998). *“Divorce Casualties”.* Taylor Trade Publishing.
- Engels, F. (1884). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado.* Alianza Editorial.
- Gardner, R. A. (1998). *The parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professionals.* Creative therapeutics.
- Hernández Caballero, B. (2023). *Coparentalidad: ser padres sin ser pareja.* <https://www.inesem.es/revistadigital/educacion-sociedad/autores/beatriz-hernandez/>.
- Jimenez Zuluaga, B. (2001). *Los tuyos y los míos y los nuestros: Paternidad y maternidad en familias nucleares poligenéticas de Medellín.* Universidad de Antioquia.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). *The Shared Guardian. A comparative view.* Private Law Magazine.
- Larrea Holguín, J. (2005). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador.* Corporación de Estudios.
- Martínez Fernández, A. (13 de junio de 2024). *Los 9 tipos de familia más comunes y sus características.* <https://www.avancepsicologos.com/tipos-familia/>

- Matovelle Alvarez, J. (2008). *La Unión de hecho en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Tesis de grado de la Universidad del Azuay*. Repositorio Institucional de UC. <https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/821>
- Medina Pabón, J. (2014). *Derecho Civil. Derecho de Familia (Cuarta edición)*. Universidad del Rosario.
- Méndez Errico, S. (2016). *Familia extensa o extendida: qué es y qué características tiene*. <http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-la-familia-extensa.html>
- Morales Gómez, S. (5 de julio de 2015). *La familia y su evolución, Revista: Perfiles De Las Ciencias Sociales*, 3(5), 128-155. <https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/1038>
- Naciones Unidas - Oficina del Alto Comisionado. (Naciones Unidas A/RES/64/142\*). *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado. Sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf)
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969)*. [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Organización de Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1959). *Declaración Universal de Derechos del Niño*. <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>
- Oropeza Ortiz, J. (julio de 2007). *Síndrome de Alienación Parental, Actores Protagonistas. Revista Internacional De Psicología*, 8(02), 1–19. <https://doi.org/10.33670/18181023.v8i02.47>
- Pérez Contreras, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Nostra Ediciones.
- Pinto, C. (2009). *La Custodia Compartida*. Editorial Bosch.
- Quintero Velásquez, A. (1997). *Trabajo Social y Procesos Familiares*. Lumen/Humanitas.
- Ramos Zavala, H. (2014). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres. Tesis de posgrado Universidad Central del Ecuador*. Repositorio de la UCE.

- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española: XII Edición*. <https://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola-2001>
- República del Ecuador - Corte Suprema de Justicia. (8 de marzo de 1940). *Ley de matrimonio Civil de 1940*. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/35902/1/2%20Codificaci%20c%203n%20de%20la%20Ley%20de%20Matrimonio%20Civil%20c%20sus%20reformas%20y%20jurisprudencia-Dr.%20Manuel%20I.%20Ochoa%20A..pdf>
- Roizblatt, A., Leiva, V., & Maida, A. (12 de octubre 2017). *Separación o divorcio de los padres. Consecuencias en los hijos y recomendaciones a los padres y pediatras. Revista chilena de pediatría*, 89(2), 166-172. <http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062018000200166>
- Salinas Ulloa, V. (9 de septiembre de 2018). *Hacia la medición del riesgo de disolución del matrimonio en Chile. Revista: Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 33, núm. 3 (99). 769-798. <https://www.scielo.org.mx/pdf/educm/v33n3/2448-6515-educm-33-03-769.pdf>
- Sanjéneez, R. (2002). *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, Tomo I*. Editora Presencia.
- Senado de Colombia. (2008). *Ley No. 249, sobre el Régimen de Custodia Compartida de los hijos menores*. <https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-senado-451461526>
- Senado y Cámara de Representantes del Ecuador. (1860). *Código Civil*.
- Simón Campaña, F. (2021). *Manual de Derecho de Familia*. Editora Jurídica Cevallos.
- Suárez Vélez, M. (2019). *Familias reconstituidas o ensambladas: oportunidades y desafíos*. <https://www.margaritasuarezvelez.com/post/familias-reconstituidas-o-ensambladas-oportunidades-y-desaf%C3%ADos>
- Turkat, I. (1994). *Child Visitation Interference in Divorce*, *Clinical Psychology*. Universidad de Florida.
- Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. (2018). *Divorcio por mutuo consentimiento N° 11203-2018-02383*. <https://procesosjudiciales.funcionjudicial.gob.ec/actuaciones>.
- Unión de Asociaciones Familiares. (2022). *Diversidad familiar*. <https://unaf.org/pildoras-informativas/diversidad-familiar/tema/a-familia-biparental/>

## Apéndice

### Apéndice A. Encuesta



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

Con respeto especial me permito dirigirme a usted, a fin de solicitarle su colaboración, emitiendo su valioso criterio, respecto a las interrogantes en el trabajo de investigación titulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINAL DE LA TENENCIA COMPARTIDA Y SU REGULACIÓN EN LA NORMA SUSTANTIVA Y PROCEDIMENTAL COMO GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO" el mismo que constituirá un aporte al derecho.

#### CUESTIONARIO

1. ¿Ha escuchado o conoce de la figura de la figura jurídica de la tenencia compartida o custodia compartida?

Si

NO

¿Explique.....  
 .....  
 .....

2. ¿Considera usted que la madre es la única que puede velar por el cuidado y protección de sus hijos?

Si

NO

¿Explique.....  
 .....  
 .....

3. ¿Considera necesario regular la figura jurídica de la tenencia compartida en la norma sustantiva y adjetiva, en garantía del interés superior del niño?

Si

NO

¿Porque.....  
 .....  
 .....



## VICERRECTORADO ACADÉMICO

4. ¿Considera usted que, al no estar regulada la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, perjudica el interés superior del niño al no relacionarse el hijo/s o hija/s con sus dos progenitores?

Si  NO

¿Porque.....  
.....  
.....

5. ¿Considera usted que, la no regulación de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, atenta contra el principio de igualdad de derechos de ambos progenitores al no relacionarse con su hijo/s o hija/s?

Si  NO

¿Porque.....  
.....  
.....

6. ¿Considera usted que, al regular la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos, se garantizaría el interés superior del niño al permitir relacionarse en igual tiempo con sus dos progenitores?

Si  NO

¿Porque.....  
.....  
.....

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**

**Apéndice B. Entrevista**



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

Con respeto especial me permito dirigirme a usted, a fin de solicitarle su colaboración, emitiendo su valioso criterio, respecto a las interrogantes en el trabajo de investigación titulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINAL DE LA TENENCIA COMPARTIDA Y SU REGULACIÓN EN LA NORMA SUSTANTIVA Y PROCEDIMENTAL COMO GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO" el mismo que constituirá un aporte al derecho.

**CUESTIONARIO**

1. ¿Qué opina de la tenencia compartida regulada en otros países?

.....

.....

.....

2. ¿Considera necesario regular la figura jurídica de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos?

.....

.....

.....

3. ¿Considera usted que, al regular la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico General de Procesos, se garantizaría el interés superior del niño al permitir relacionarse en igual tiempo con sus dos progenitores?

.....

.....

.....

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**