



Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Sede Ibarra

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA:

CORRESPONSABILIDAD DE LOS PADRES SEPARADOS Y LOS DERECHOS DE SUS
HIJOS MENORES EN EL CANTÓN OTAVALO.

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos

AUTORA: EVELYN ODALYS DE LA CADENA USIÑA

ASESOR: DR. PEDRO MAURICIO ARIAS ROMERO, MsC.

IBARRA, ENERO – 2023

Ibarra, 31 de enero 2023

Dr. Pedro Mauricio Arias Romero MsC.

ASESOR

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.



f)

Dr. Pedro Mauricio Arias Romero. MsC.

C.C.: 1002489225

Ibarra, 31 de enero de 2023

Dr. Pedro Mauricio Arias Romero MsC.
ASESOR

CERTIFICA:

Haber realizado el ingreso al programa anti-plagio TURNITIN el trabajo de investigación denominado “Corresponsabilidad de los padres separados y los derechos de sus hijos menores en el cantón Otavalo”, realizado por la señorita estudiante Evelyn Odalys De la Cadena Usiña, con cedula de identidad Nro. 1004638506, egresada de la Escuela de Jurisprudencia, cuyo informe determina un 6 % de similitud.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad.

(f:)



C.C.: 1002489225

PAGINA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI):



(f) :

Dr. Pedro Mauricio Arias Romero MsC

C.C.: 1002489225



(f):

MsC. Ana Gabriela Pozo Pantoja.

C.C.: 1002981486



(f):

MsC. María Isabel Tobar Subía.

C.C.:1002444188

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Evelyn Odalys De la Cadena Usiña, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 165 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que manifiesta textualmente: “Se reconoce facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilidades de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia”.

Ibarra, enero 2023



f) Evelyn Odalys De la Cadena Usiña

C.C.: 1004638506

AUTORÍA

Yo, Evelyn Odalys De la Cadena Usiña, portador de la cédula de ciudadanía No 1004638506, declaro que la presente investigación es de total responsabilidad de la autora y eximo expresamente a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra, de posibles reclamos o acciones legales.



f)

Evelyn Odalys De la Cadena Usiña

C.C.: 1004638506

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Evelyn Odalys De la Cadena Usiña, con C.C.: 1004638506, autora del trabajo de grado titulado: “Corresponsabilidad de los padres separados y los derechos de sus hijos menores en el cantón Otavalo”, previo a la obtención del título profesional de “Abogada” en la Escuela de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede – Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra a difundir a través del Repositorio Digital de la PUCESI el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, enero 2023

f) 

Evelyn Odalys De la Cadena Usiña

C.C.: 1004638506

ÍNDICE

| | | |
|----|----------------------------------|----|
| 1. | RESUMEN..... | X |
| 2. | ABSTRACT | XI |
| 1. | INTRODUCCIÓN..... | 12 |
| 2. | ESTADO DEL ARTE | 17 |
| 3. | MATERIALES Y MÉTODOS..... | 30 |
| 4. | RESULTADOS Y DISCUSIÓN | 32 |
| 5. | CONCLUSIONES..... | 72 |
| 6. | RECOMENDACIONES | 74 |
| 7. | REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 76 |
| 8. | ANEXOS..... | 80 |

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación les dedico con mucho amor y cariño:

A mi madre Rocío, porque ha sido el pilar fundamental en mi vida, un ejemplo de perseverancia, lucha, dedicación y amor incondicional; mi apoyo y aliento en los días en que más lo necesitaba; la mejor madre y amiga del mundo; y sé que su sacrificio incesante, ha dado frutos al culminar esta etapa de mi vida.

A mi padre Jorge Isaac, por inculcarme disciplina, luchar por mis sueños, acompañarme en cada paso, cuidar de mí, motivarme constantemente, sobre todo por su amor.

A mi hermano Juan Javier, por su cariño, preocupación y apoyo moral e incondicional.

Al preciado recuerdo de mis abuelitos Rosita y Miguel, que son las estrellas más bonitas del cielo, sus enseñanzas me llevaron a formarme toda la vida, aunque la nostalgia de su ausencia duele cada día, ellos marcaron mi vida con bondad, paz, apoyo, y en especial amor hasta el final de sus días.

Esto es por ustedes y para ustedes. Los amo infinitamente

Evelyn Odalys De La Cadena

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer principalmente a mis amados abuelitos Rosita y Miguel, por ser mi guía para ser la persona que ahora soy, espero que desde el cielo sigan sintiéndose orgullosos de mí.

A mis padres por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, por su ayuda incondicional en las madrugadas de trabajos, por estar a mi lado en cada momento, por levantarme en mis caídas, por todo su sacrificio que han hecho, por darme la educación a lo largo de mi vida, porque su ejemplo de lucha incansable ha sido el pilar en mi vida y modelo a seguir y sobre por todo su amor incondicional.

A mi compañero fiel de vida, que me acompañó todas las noches de desvelo durante 18 años, y que me enseñó que el mayor acto de amor es dejar ir, gracias por todo el amor y compañía que me brindaste mi pequeño osito.

A ti Martín, por estar a mi lado en este proceso, por escucharme todas las noches y estar siempre por y para mí, motivarme cada día a ser mejor, apoyarme en cada momento y enseñarme que en la vida siempre es importante sonreír para ser feliz.

A mis grandes amigos Pablo, Adonis, Debbie y mi querido grupo "SODA" por estar presentes durante esta bonita etapa universitaria, compartiendo momentos, experiencias, por escucharme, brindarme consejos y por siempre estar pendientes de mí, son muy importantes en mi vida, los quiero mucho.

A mi tutor el Msc. Pedro Arias, por haber dirigido con paciencia y constancia el desarrollo de este trabajo de investigación

Al PhD. Carlix de Jesus Mejias, por su asesoramiento, apoyo incondicional y sus valiosas enseñanzas que me permitieron terminar este trabajo.

¡GRACIAS A TODOS!

Evelyn Odalys De La Cadena.

1. RESUMEN

El presente trabajo de investigación se tituló “Corresponsabilidad de los padres separados y los derechos de sus hijos menores en el cantón Otavalo”, se fundamentó teóricamente en el análisis de investigaciones previas; del marco jurídico constitucional y legal, derecho internacional y sentencia de la Corte Constitucional. Tuvo como objetivo general determinar la aplicación de la corresponsabilidad de los padres separados y los derechos de sus hijos menores mediante el estudio de las sentencias emitidas por los jueces de primer nivel, para conocer si se garantizan los derechos de los hijos menores y de sus progenitores. Su importancia radica en la generación de conocimiento y análisis de un problema social que afecta a hijos menores y sus familias. Los métodos utilizados en la investigación fueron el socio jurídico, analítico, inductivo-deductivo. Los resultados señalan que en las decisiones judiciales que resuelven la tenencia de hijos menores persiste la tendencia de concederla a la madre; no existen mecanismos que garanticen al progenitor que no tiene la custodia, ejercer su derecho/deber de corresponsabilidad parental. Las decisiones judiciales no muestran resultados visibles para hacer efectivos los derechos de igualdad y no discriminación del padre y la madre para asumir la tenencia de sus hijos menores en los casos de separación. Al asignar la tenencia a la madre en los procesos en los que el padre no concurre, no se demuestra que efectivamente se esté garantizando el derecho/deber de corresponsabilidad parental, de igualdad ante y no discriminación del padre y el interés superior del niño o adolescente.

Palabras clave: Corresponsabilidad parental, interés superior del niño, derecho a la igualdad, no discriminación, amparo y protección.

2. ABSTRACT

This research work was entitled "Co-responsibility of separated parents and the rights of their minor children in the canton of Otavalo" and was theoretically based on the analysis of previous research, the constitutional and legal framework, international law, and Constitutional Court rulings. Its general objective was to determine the application of the co-responsibility of separated parents and the rights of their minor children through the study of the sentences issued by the first level judges, to know if the rights of minor children and their parents are guaranteed. Its importance lies in the generation of knowledge and analysis of a social problem that affects minor children and their families. The methods used in the research were socio-legal, analytical, inductive-deductive. The results indicate that in the judicial decisions that resolve the custody of minor children, the tendency persists to grant custody to the mother; there are no mechanisms that guarantee that the non-custodial parent can exercise his/her right/duty of parental co-responsibility. Judicial decisions do not show visible results to make effective the rights of equality and non-discrimination of the father and the mother to assume custody of their minor children in cases of separation. By assigning custody to the mother in proceedings in which the father does not attend, there is no evidence that the right/duty of parental co-responsibility, equality before and non-discrimination of the father and the best interests of the child or adolescent are being effectively guaranteed.

Key words: Parental co-responsibility, best interests of the child, right to equality, non-discrimination, and protection.

1. INTRODUCCIÓN

La madre y el padre tienen, en cualquier situación, la corresponsabilidad parental en el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos, por cuanto forma parte del conjunto de derechos garantizados a la familia en la Constitución de la República del Ecuador (CRE)(2008), que a su vez se desarrollan a través de la legislación secundaria correspondiente; sin embargo, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) (2009), contiene disposiciones que en este ámbito favorecen a la madre, como en el caso de la tenencia, limitando el rol del padre al de proveedor de recursos económicos a través de la figura del derecho de alimentos.

Ahora bien, de por medio está la sentencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador en el caso N° 28-15-IN, que declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 (CONA) “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”. (Sentencia N° 28-15-IN/21, 2021). El pronunciamiento de la Corte hace un exhaustivo análisis de cada uno de los argumentos en los que se sustenta la Acción Pública de inconstitucionalidad, entre los que está el responder a la pregunta de si existe o no violación de los derechos de igualdad y no discriminación. Al respecto, los párrafos 156 y 157 de la sentencia hacen el análisis siguiente:

La norma impugnada reconoce que existe una distinción entre mujeres y hombres, específicamente para encargar o no la tenencia (i). La regla de la norma impugnada genera un trato diferenciado respecto al progenitor en virtud de su sexo, categoría que se encuentra enunciada en el número 2 del artículo 11 de la CRE (iii). Considerando dicha distinción, la norma dispone un efecto de preferencia materna. (Sentencia N° 28-15-IN/21, Párr. 156)

La regla de la norma impugnada contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre, tal como mencionó la representación de la Asamblea Nacional. Es decir, las justificaciones en las que la norma radica son: (i) favorecer a NNA, al mantener el vínculo maternal y presuntamente beneficiar el interés superior de NNA; (ii) encargar la tenencia a la madre por sus “aptitudes connaturales”, su “función social” y por ser “dadora principal

de cuidado”; (iii) agilizar procesos de tenencia, por una razón práctica en la que los jueces puedan resolver con mayor rapidez dichas causas; y, (iv) garantizar la autonomía de la mujer, tomando en cuenta (a) la dependencia económica que usualmente tienen con respecto a los padres y lo propensas que se encuentran a la pobreza y (b) la eliminación y tolerancia de situaciones de violencia contra la mujer. (Sentencia N° 28-15-IN/21, Párr. 157)

El párrafo 160 hace una reflexión señalando que la norma impugnada encarga de forma preferente la tenencia del menor a la madre (mujer) por el simple hecho de serlo. Aunque no existe evidencia que relacione el interés superior del niño que se pretende proteger y la preferencia a su tenencia por parte de la madre. La evaluación del interés superior del niño implica valorar en cada caso la garantía y protección de los derechos del menor en todos sus elementos para tomar una decisión. Se observa, por lo tanto, que la preferencia a la madre no persigue el fin constitucional del interés superior del niño, por lo que la norma se presume inconstitucional por ser discriminatoria. En el CONA, no existe la figura de custodia compartida que se aplica con éxito en otras legislaciones.

Se trata no sólo de garantizar el derecho a la corresponsabilidad parental en las obligaciones del padre y la madre para con sus hijos, cuando estén separados de uno de ellos, sino el de proteger el derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, buscando eliminar estereotipos que perennizan el rol materno de exclusividad en la responsabilidad del cuidado de sus hijos. Se trata de un problema social altamente sensible y muy recurrente en la sociedad ecuatoriana, que debe ser abordado desde las normas jurídicas de inferior jerarquía a la constitucional, hasta las decisiones de los administradores de justicia que establezcan igualdad tanto en los derechos como en las obligaciones de los padres respecto de sus hijos.

La investigación se desarrolló en la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, para analizar las sentencias dictadas por el juez de primer nivel en los procesos de Tenencia y Derecho de Alimentos. en el periodo comprendido entre enero y julio del año 2022; con el propósito de conocer en qué medida se garantiza el derecho a la igualdad de la madre y el padre, en concordancia con el de corresponsabilidad parental en la obligación del cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos menores.

Para el efecto, se formuló la siguiente pregunta de investigación: ¿De qué manera se aplica la corresponsabilidad de los padres separados y los derechos de sus hijos menores en el cantón Otavalo? El objetivo general fue: Determinar la aplicación de la corresponsabilidad de los padres separados y los derechos de sus hijos menores mediante el estudio de las sentencias emitidas por los jueces de primer nivel en la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, para conocer si se garantizan los derechos de los hijos menores y de sus progenitores. En este sentido, los objetivos específicos fueron los siguientes: a) Describir el régimen jurídico de la corresponsabilidad de los padres separados, de la garantía y la protección de los derechos de sus hijos menores; b) Diagnosticar la corresponsabilidad de los padres separados en la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores, mediante la aplicación de técnicas de investigación a las sentencias dictadas por los jueces de primer nivel de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo; y c) Analizar la aplicación de los derechos a la igualdad, no discriminación y corresponsabilidad parental en el cuidado y protección de sus hijos menores en la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo.

La investigación fue necesaria para determinar si se está respetando el derecho deber de corresponsabilidad parental en el cantón Otavalo, cuando se aplica el numeral dos del artículo 106 del Código de la niñez y adolescencia, al momento de que el juez concede la tenencia del menor de 12 años solo a la madre. En este contexto la importancia de la investigación radica en la generación de conocimiento y el análisis de un problema social que afecta a hijos menores y sus familias, permitirá conocer la debida ponderación entre los derechos de corresponsabilidad parental y el interés superior del niño, previstos tanto en normas internacionales como en el ordenamiento jurídico nacional.

Por todo lo antes expuesto, este estudio generará aporte teórico y científico en el ámbito jurídico sociológico, toda vez que se busca establecer la realidad de la aplicación del derecho de familia en la práctica judicial del cantón Otavalo, con miras a determinar en qué medida las decisiones judiciales tienen incidencia en la garantía y protección derechos de los hijos menores de padres separados para permitirles compartir con sus dos progenitores a lo largo de su desarrollo evolutivo y, al mismo tiempo, conocer cómo se aplica el mandato constitucional de corresponsabilidad parental del padre y la madre en el cuidado crianza y protección de sus hijos menores. En todo caso, los primeros beneficiarios serían los hijos menores de edad quienes tienen derecho a gozar y disfrutar de sus dos progenitores. Se

consideran también beneficiarios a un alto porcentaje de padres que tendrán la oportunidad de compartir valiosas experiencias de convivencia con sus hijos, apoyar su crecimiento y salud emocional.

El tema de investigación es relevante desde el punto de vista teórico jurídico ya que trata de un problema que produce consecuencias sociales en la convivencia familiar, cuando los hijos menores de padres separados no tienen efectivamente, la oportunidad de convivir y disfrutar tanto de la presencia del padre como de la madre mientras se desarrollan sus potencialidades humanas. Es evidente que el rol del padre de acuerdo con la norma jurídica inferior a la constitucional, es relegado al de proveedor sin tener mayor ocasión para intervenir en la formación de sus hijos, orientación y apoyo que todo menor necesita. La investigación es factible porque se dispone de los recursos tecnológicos, fuentes de información digitales y documentales para llevarla a efecto hasta su culminación.

El trabajo se relacionó con el Eje Social, Objetivo 5 del Plan de Creación de Oportunidades 2021 -2025 (2021): Proteger a las familias, garantizar sus derechos y servicios, erradicar la pobreza y promover la inclusión social, que se explican a través del Plan Nacional de Desarrollo del Ecuador vigente, señalando que: Son prioridades del Gobierno del Encuentro la protección de las familias, la erradicación de la pobreza y la garantía sin discriminación de los derechos consagrados en la CRE. En ese marco, el Plan de Creación de Oportunidades 2021-2025 en concordancia con la premisa de *"no dejar a nadie atrás"* de la Agenda 2030, busca promover la universalidad, igualdad, progresividad, calidad y eficiencia del sistema nacional de inclusión y equidad social en los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, deporte hábitat y vivienda, acceso a servicios básicos y conectividad disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología entre otros. (Secretaría Nacional de Planificación, 2021, p. 63). De igual manera, este trabajo se identificó con la línea 12 de investigación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra: Inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos. (PUCE, 2022).

El informe final de esta investigación está organizado de la manera siguiente: La Introducción, que contiene el planteamiento del problema, los objetivos, así como la justificación e importancia para el sistema jurídico en materia de derechos y responsabilidades constitucionales. El siguiente apartado corresponde al Estado del Arte, que contiene una breve selección de investigaciones previas y más actualizadas a través de las que se fundamenta el problema de estudio, así como la selección de normas

constitucionales y legales inherentes al tema. A continuación, se presenta el apartado de Materiales y Métodos con la descripción de la metodología de la investigación, diseño, tipo, enfoque, nivel de profundidad, métodos, técnicas e instrumentos utilizados para la realización de la investigación, así como la población y tamaño de la muestra de estudio.

Los resultados y discusión contienen el análisis documental, el comentario de las entrevistas realizadas y la correspondiente discusión, que implicó la comparación o contraste de los resultados obtenidos con los criterios de otros autores y los entrevistados. Las conclusiones cierran la investigación con respuestas a los objetivos planteados, seguidamente las recomendaciones contienen sugerencias dirigidas a nuevas investigaciones que puedan realizarse a futuro sobre el tema en estudio y, finalmente, están las referencias bibliográficas consultadas.

2. ESTADO DEL ARTE

Este epígrafe contiene el conocimiento necesario más actualizado que existe para fundamentar el problema de investigación de este trabajo de titulación. En este sentido, fue una descripción de las investigaciones previas y actualizadas sobre el tema de estudio. En este sentido, fue necesario realizar un estudio de investigaciones previas que, tomando diferentes aristas del problema, lo profundicen a fin de hacer los cambios necesarios, no solamente en materia de derechos constitucionales y reformas necesarias en el marco legal de inferior jerarquía, sino además para establecer las pautas necesarias para que tanto el padre como la madre compartan derechos y obligaciones en la crianza de sus menores, lo que se puede evidenciar a partir de los trabajos y estudios realizados, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

Zamur (2021), autor del estudio titulado: “Principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad y su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”, se propuso “Comprender, concretizar y estudiar la aplicación de estos principios por parte de nuestros tribunales ordinarios de justicia, y, sobre todo, los tribunales superiores” (p. 11) Un análisis relevante del estudio señaló que:

La aplicación en el ordenamiento jurídico de la corresponsabilidad parental y coparentalidad supone la implementación de un nuevo paradigma jurídico que avanza conforme al desarrollo de sociedades más justas, garantistas de derechos y que reconocen la supremacía de los derechos humanos y derechos de los niños/as como pilar fundamental de la sociedad, otorgando un especial reconocimiento y tratamiento al principio de interés superior del niño, conforme a la evolución del derecho y en resguardo de la primera infancia e infancia y los derechos de los niños y niñas (Zamur, 2021, p. 11)

El principio de corresponsabilidad parental estaría orientado a “dirigir el accionar de los padres; Respecto de ellos se postula la asunción de responsabilidades comunes y la participación en la vida de los hijos”, a diferencia del principio de coparentalidad, que en base al artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño se constituye como “un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ellos, a pesar de la separación de estos”

(Acuña, 2017, p. 39) “A su vez, ambos principios están recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, siendo pilares inspiradores en la regulación de las relaciones paterno/materno filiales, a través de la incorporación de éstos en la legislación en materia de familia”. (Zamur, 2021, p. 63).

En el sistema jurídico chileno, tanto la corresponsabilidad parental como la coparentalidad, son dos figuras jurídicas que se aplican en las decisiones judiciales en los Tribunales ordinarios y superiores para garantizar el interés superior del niño, asegurando su bienestar y el cumplimiento de las responsabilidades comunes y participación de ambos padres en la vida de sus hijos.

Acuña (2018), en su artículo científico titulado “El principio de corresponsabilidad parental”, se propuso “Estudiar el principio de corresponsabilidad parental en las relaciones personales paterno filiales”. En este sentido, expuso lo siguiente:

En la mayoría de los casos ambos padres están capacitados para tener a sus hijos consigo, cuidarlos, administrar sus bienes y representarlos; es excepcional el supuesto contrario: Los padres son hábiles para cuidar, criar y educar a sus hijos, y en general, ambos padres quieren y desean involucrarse en dichas labores. La realidad, sin embargo, devela que la mayor parte de los conflictos posteriores al divorcio o a la crisis de pareja entre los progenitores se refieren al ejercicio de los roles parentales y, por ende, a las responsabilidades frente a la crianza de los hijos comunes (p. 67).

Acuña (2018), afirmó también que:

Con la incorporación expresa al Código Civil del principio de corresponsabilidad parental se promueve el ejercicio de nuevos roles y se concentra la actuación de los padres en las necesidades de los hijos. Los padres tendrán que aprender a compartir, incluso en vida separada, las funciones de crianza y educación de sus hijos. Subyace en la nueva normativa una lógica simple e indudable: es responsabilidad de ambos padres procurar el bien de sus hijos (p. 67).

Aunque el autor anterior señaló la necesidad de promover el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el roles tanto del padre como la madre, es necesario especificar cuáles son aquellos roles en los que los dos progenitores deberán compartir, porque de acuerdo con las actuales normas, el padre ejerce su responsabilidad aportando económicamente, situación que de ninguna forma garantiza el derecho del padre a participar en la crianza, formación, decisiones sobre educación, salud, desarrollo psicosocial entre otros aspectos indispensables para la vida del menor.

Gómez y Jiménez (2017), publicó el artículo científico titulado “Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género”, el cual se centró en “Armonizar los espacios de familia y trabajo de una forma más equitativa entre hombres y mujeres, como un elemento clave para el desarrollo social de los países”. En este orden de ideas, expuso lo siguiente: El rol de la mujer tradicionalmente ha estado basado en los quehaceres del hogar, la crianza y cuidado de los hijos, centrando su atención a la mantención. El rol de los hombres, ha estado relacionado con el mantenimiento económico de la familia, enfatizando su rol de proveedor. En consecuencia, afirmó lo siguiente:

La corresponsabilidad familiar es un elemento clave para la adquisición de mayores grados de autonomía y sentido de eficacia de los padres, y por ello un factor de importancia para la mejora de las relaciones entre los padres y entre éstos y sus hijos. Explica la importancia de otorgarle al niño responsabilidades en virtud de la corresponsabilidad en su familia, esperando una transición entre un pensamiento individualista en la cual sus preocupaciones se basan en sus propias responsabilidades y necesidades, a una visión más cercana a la responsabilidad familiar (p. 39).

El estudio hizo un análisis alternativo más bien desde el punto de vista sociológico impulsando la responsabilidad individual como parte integrante del núcleo familiar, buscando la corresponsabilidad de todos los miembros de la familia en cuanto a asumir obligaciones y garantizar derechos.

Fariña, Seijó, Arce y Vásquez (2017), en el artículo científico titulado: “Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma”, se

plantearon “Facilitar que la gestión de la ruptura de pareja permita llevar posteriormente una corresponsabilidad parental de forma positiva, centrada en el bienestar de los hijos”. (p. 113)

En este sentido, expusieron lo siguiente:

España establece para la custodia legal, la patria potestad conjunta en muy pocos casos se traduce en la participación habitual del progenitor no custodio en la toma de decisiones importantes y en la posibilidad de participar permanentemente y de forma activa en la vida de sus hijos. Esta realidad obliga a concretar que si bien la custodia compartida no significa necesariamente dividir al 50% los tiempos de estancias y permanencias de los menores con los progenitores, en ella “ambos progenitores van a responsabilizarse de igual modo de sus hijos, asumiendo implícita o explícitamente que ambos son importantes para ellos (p. 113).

De acuerdo con este estudio, el marco jurídico español contiene disposiciones relacionadas con la custodia compartida, reconociendo la necesidad de responsabilizarse por igual tanto el padre como la madre de todas las necesidades y obligaciones que tienen sus hijos.

Moreno (2017), en su artículo titulado: “La ambivalencia ante la corresponsabilidad parental en España: Una cuestión de género”, centró su interés en “Analizar cómo se construyen y negocian las identidades de género asociadas a la maternidad y la paternidad en los interiores familiares en diferentes contextos institucionales y culturales”. (p. 48). En este orden de ideas, expuso que las actitudes y valores familiares asociados al modelo cultural de varón sustentador, en el que se asocia el rol de padre con el de principal proveedor económico y el rol de madre con el de principal cuidadora de los hijos, se reproducen en el proceso de negociación y toma de decisiones de la pareja, constituyéndose en factores claves para explicar la permanencia de estereotipos tradicionales asociados a la maternidad y la paternidad. En consecuencia, afirmó lo siguiente:

Las nuevas parentalidades de madre y padre continúan en parte pivotando en torno al modelo normativo familista que asocia al “buen padre” con el trabajo remunerado y a la “buena madre” con la dedicación al trabajo familiar a pesar de los avances producidos en las políticas familiares de conciliación en España (p. 85).

A pesar de los avances significativos en materia de derecho de familia y el establecimiento de un marco jurídico que boga por la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de sus hijos, así como en la forma de cómo cada uno interviene juntos o por separado para contribuir en el desarrollo de las potencialidades humanas de sus hijos, es importante señalar que el estudio concluye señalando que la cultura española mantiene vigente conceptos como “el buen padre” y “la buena madre”, asociados con el trabajo remunerado en el primer caso y el cuidado del hogar en el segundo.

Ureña (2017), en el artículo científico titulado “Hacia una corresponsabilidad parental: La superación de la distinción entre Patria Potestad y Guarda y Custodia”, se planteó “defender el principio de corresponsabilidad parental, como consecuencia de la igualdad en las relaciones familiares, entendido como responsabilidad conjunta de ambos progenitores respecto a la atención y cuidado de sus hijos”. En este sentido, expuso como sigue:

La paulatina debilitación de la autoridad parental que ha llevado a la configuración actual de la patria potestad como una función social que ambos progenitores deben ejercer obligatoriamente y atendiendo siempre al bienestar de sus hijos, nos inclina a defender la sustitución del término “patria potestad” por el más correcto, en nuestra opinión, de “corresponsabilidad parental”, pues responde a la equiparación jurídica entre hombre y mujer, entendida ésta como asunción conjunta de la responsabilidad en el cuidado y atención de los hijos menores (p. 67).

El estudio busca darle relevancia a la corresponsabilidad parental como equiparación del hombre y la mujer en la construcción de una familia para el cuidado de lo sus hijos, sobre las expresiones jurídicas “patria potestad” y “custodia” como estaba concebido en el marco jurídico español.

En el ámbito nacional, Cedeño (2022), en su artículo científico titulado “El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador”, se propuso “determinar que en el Ecuador se vulnera el derecho de igualdad en la corresponsabilidad del padre y de la madre, al no reconocer la figura de tenencia compartida”, presenta como resultado que “en Ecuador al contemplar la figura de tenencia unilateral, se vulnera el derecho de igualdad en la

corresponsabilidad de los padres, reconocido en la Constitución del Ecuador”. Luego expuso lo siguiente:

A nivel internacional en materia de Derechos Humanos de los niños, la custodia o tenencia es concebida como el contacto directo entre padres e hijos, en forma regular y la única forma que esto no sea posible es si dicha relación personal y directa afecta el interés superior del niño. Como principio general, los hijos e hijas deben permanecer con ambos padres, incluso si existe divorcio o separación, y si alguno de ellos vulnera el interés superior será privado de la misma, en tal caso, por una decisión judicial donde también se escuche la opinión del niño (Cedeño, 2022, p. 951).

El artículo señala las ventajas de la aplicación de la custodia compartida para garantizar y proteger el principio del interés superior del niño, pues es evidente que el menor necesita tanto a su padre como a su madre incluso cuando exista una separación de la pareja. Sin embargo, la legislación del Ecuador no la contempla como norma y solo se aplica por acuerdo entre los padres, sancionado por decisión judicial, lo que coloca a la mujer en una posición de superioridad respecto al hombre, pues tendría que existir la renuncia al privilegio de tenencia por parte de la madre para permitir la tenencia compartida, un derecho que debería determinarse expresamente en la ley desarrollando efectivamente los postulados constitucionales en las normas jurídicas de inferior jerarquía.

Naula (2022), autora de la investigación titulada “La tenencia compartida y la corresponsabilidad parental”, centro su interés en “Determinar a través de un análisis jurídico, doctrinario y crítico, la incidencia de la tenencia compartida en el interés superior del menor y la corresponsabilidad parental”. (p. 18). En consecuencia, señaló lo siguiente:

Actualmente no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, existen resoluciones otorgando la tenencia compartida en la Unidad Judicial de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia, en base al interés de los descendientes. La investigación ha permitido establecer que los progenitores a pesar de no encontrarse pueden y deben cumplir los mismos deberes y derechos para lograr

una convivencia familiar estable para que los niños puedan conservar una relación afectuosa con sus progenitores por ende la protección de los mismos (Naula, 2022, p. 70).

La autora hizo un análisis jurídico, doctrinario y crítico reflexivo acerca de la tenencia compartida que a pesar de no estar regulada en la legislación de familia en el Ecuador, suele aplicarse por acuerdo y privilegiando el interés superior de los menores. La tenencia compartida presenta ventajas para los menores pues, disfrutan por igual de la presencia y cuidados de los dos progenitores, hecho que beneficia su crecimiento y desarrollo óptimo de sus capacidades.

Viteri (2022), autora del trabajo de investigación titulado: “La garantía del principio de protección integral y el interés superior del niño frente a la alienación parental en el divorcio o separación de hecho en el Ecuador”, se propuso “Determinar el impacto que genera la alienación parental en relación al principio de protección integral e interés superior del niño en los procesos de divorcio y separación de hecho en el Ecuador”. (p. 117). En consecuencia, expuso lo siguiente:

Un divorcio conflictivo o separación no conciliada en el Ecuador, genera escenarios de disputa que son perjudiciales para los hijos menores de edad, y la responsabilidad parental que no se evidencia, al poner como sujeto activo en esta problemática, y con ello usarlos como medios de venganza, rencor, o por obtención de fines premeditados como lo es la custodia del menor, obstruyendo vínculos y obstaculizando el derecho del niño, niña y adolescente de crecer en un hogar sano, seguro y estable con ambos progenitores sin importar que estos hayan terminado con su relación de pareja (Viteri, 2022, p. 120).

La responsabilidad del padre y de la madre no termina con la separación o divorcio de pareja, siguen siendo padres de sus hijos y deberán velar por cumplir con sus responsabilidades parentales y actuar conforme al bienestar integral del niño, niña o adolescente. Los actos de manipulación psicológica o emocional de uno de los progenitores sobre sus hijos como medio para obstruir, obstaculizar o romper su vínculo filial con el otro progenitor, generan irrespeto de las obligaciones de los

progenitores entre sí, y con ello vulneran derechos fundamentales de sus hijos (Viteri, 2022, p. 134).

El estudio demuestra que la separación o divorcio conflictivo repercute directamente en la situación de los hijos menores que se ven involucrados involuntariamente en el conflicto resultando perjudicados de tal manera que su derecho fundamental a disfrutar de una buena relación y convivencia con uno u otro progenitor se ven afectadas por los actos de aquel que mantiene el conflicto. El resultado final es que el interés superior del niño no se cumple de modo efectivo porque sus derechos son vulnerados.

Zanzz (2021), en su estudio: “La corresponsabilidad parental y su indebida aplicación sobre el principio de interés superior del menor”, se planteó “Analizar cómo incide la indebida aplicación del derecho de corresponsabilidad parental en el principio de interés superior del menor”. En este sentido, expuso que “por medio de los fallos emitidos se puede constatar la preferencia que se le da a la madre al momento de otorgarle la tenencia y la custodia del menor, dejando al padre de familia con el derecho de regirse a un horario de visitas y a cumplir con una pensión alimenticia mensual, vulnerando el principio de igualdad”. Finalmente, afirmó lo siguiente:

Los encuestados están de acuerdo con una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para que el menor de edad pueda tener una custodia compartida con los padres que estén aptos y capacitados. En el Ecuador existe una vulneración al principio de interés superior del menor y del principio de igualdad, y que es necesario utilizar la legislación comparada de otros países por medio de los jueces especializados en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia para aplicar en el país de la manera correcta la custodia compartida y que de esta manera el menor sea el único beneficiado (Zanzz, 2021, p. 84).

De acuerdo con el autor, la comunidad de profesionales del Derecho que fueron encuestados considera necesaria una reforma al CONA, orientada a hacer efectiva la aplicación y garantía de los derechos fundamentales como el de la igualdad ante la ley y el principio del interés superior del niño para quien es favorecedor contar tanto con el padre como con la madre

como responsables de su crianza, cuidado y orientación para lograr el pleno desarrollo de sus potencialidades humanas.

Ortiz (2019), en su investigación titulada “La incidencia del Código de la Niñez y Adolescencia en la práctica efectiva de la corresponsabilidad parental”, se propuso “Determinar de qué manera incide lo preceptuado en el Código de la Niñez y Adolescencia en la práctica efectiva de la Corresponsabilidad Parental por parte de quien no la ejecuta y lesiona dicho derecho, dado que la norma declarativa constitucional establece el principio del Interés Superior del niño que prevalece sobre el derecho de los demás” (p. 11). Entre sus hallazgos relevantes está el siguiente:

Las responsabilidades en la práctica efectiva según los resultados de la encuesta permiten establecer que los progenitores no acceden a un trato igualitario dentro del proceso por varios aspectos, uno de ellos es la preferencia que tiene la madre haciendo de menos al padre sobre su hijo, aunque el Estado promueve la maternidad y paternidad responsable e igualitaria, ésta no se efectiviza en la práctica, ya que deberán estar obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos en igualdad de condiciones (Ortiz, 2019, p. 100).

La práctica judicial en materia de Derecho de Familia, tratándose de garantizar la corresponsabilidad parental así como la igualdad de derechos ante la ley, respecto a los derechos y obligaciones para con los hijos menores de edad, no se aplica pues todavía existe la tendencia a que los administradores de justicia formulen argumentos declarativos no fundamentados en los derechos constitucionales del padre y la madre para emitir decisiones y dictar sentencias.

El estudio realizado por Cajamarca (2018) titulado “La tenencia compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en el Ecuador”, se propuso “Analizar la tenencia compartida con el objetivo de demostrar si es una medida protectora eficaz de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como garantizar el derecho a la igualdad material y formal de sus progenitores” (p.1). En este

sentido, expuso que “El Código de la Niñez y Adolescencia no guarda armonía con el principio de corresponsabilidad parental establecido en la Constitución de la República del Ecuador; por lo tanto, es necesaria una reforma de esta institución jurídica, con miras a garantizar el principio del interés superior del niño; así como la igualdad material y formal de sus progenitores” (p.1). Finalmente, señaló que:

De la muestra tomada de las 14 unidades judiciales de familia mujer niñez y adolescencia del Cantón Cuenca, el 4% de los padres tienen la tenencia de sus hijos. Es notorio, por tanto la desproporcionalidad total que existe al momento de decidir a qué progenitor se le otorga la tenencia de los hijos, pues en ninguno de los casos analizados se opta por una responsabilidad compartida de los progenitores, solo se fija una pensión quedando en la gran mayoría de casos los padres desprotegidos y a voluntad de las madres para poder ver a sus hijos (Cajamarca, 2018, p. 34).

La realidad del sistema judicial respecto a la tenencia de los hijos menores de padres separados, evidencia que se mantiene en el imaginario del administrador de justicia la preferencia a conceder la tenencia de los hijos menores a las madres, violentando de esta forma no solamente el interés superior del niño, al privarle del acompañamiento del padre en su desarrollo evolutivo, sino además se violentan los derechos de igualdad y no discriminación cuando la sentencia está dirigida a perennizar a la mujer como la cuidadora de los hijos menores y relegar al padre al rol de mero proveedor de recursos económicos.

Cáceres (2018), en su trabajo de investigación titulado: “La corresponsabilidad parental y custodia compartida de los hijos, en la vulneración del principio de interés superior del menor en la provincia de Tungurahua, parroquia Huachi Chico, periodo 2015”, se propuso “Determinar cómo afecta la separación de los padres en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en el principio del interés superior del menor, en la provincia de Tungurahua, parroquia Huachi Chico, periodo 2015”. En este sentido, expuso que “El hecho de que el niño crezca alejado de uno de sus progenitores a futuro podría tener conflictos emocionales que se reflejan en una conducta rebelde y agresiva”. Finalmente, afirmó lo siguiente:

Cuando ocurre la ruptura de un matrimonio o la separación de una pareja, es ahí donde radica el problema sobre la tenencia de los hijos y cuando los padres no se ponen de acuerdo, uno de ellos se convierte en una persona ajena, en un visitante para los hijos tal vez una vez al mes, una vez a la semana o quizá nunca, dependiendo del ánimo que se encuentre la madre o simplemente regirse a lo que el juez otorga (p. 60).

La conclusión establece una triste realidad de las consecuencias socio jurídicas de la aplicación de las normas vigentes, cuando quien obtiene la tenencia de los menores, generalmente la madre, es quien mantiene la cercanía y el control del hogar dejando al otro progenitor sin una verdadera posibilidad de intervención en la toma de decisiones respecto de sus hijos.

Desde otra perspectiva, Miño (2017) presentó el estudio titulado “La corresponsabilidad parental frente a la obligación alimentaria tramitados en la oficina técnica de la Unidad Judicial Tercera Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito de enero a mayo 2016”, en el cual quiso “Determinar el problema que rige en el marco de la equidad de derechos ante la ley y la corresponsabilidad parental frente a la obligación alimentaria mediante un estudio investigativo, a fin de poder determinar soluciones al problema planteado” (p. 5). En este sentido, expuso lo siguiente:

La Constitución de la República del Ecuador proclama el derecho/deber de la maternidad y paternidad responsables señalando que ambos padres están obligados a cuidar del menor precautelando por sobre todas las cosas el interés superior del menor.

El padre y la madre, tienen como deber primordial y como responsabilidad ante su familia, aportar al menor en igual proporción, en equidad de derechos para cubrir sus necesidades (Miño, 2017, p. 64).

Desde el punto de vista de la autora, la corresponsabilidad parental en materia económica tampoco se aplica con equidad en el Derecho de Familia ecuatoriano. El Código de la Niñez y Adolescencia establece un sistema de protección de los hijos menores con el aporte

económico, de acuerdo con la tabla de pensiones alimenticias que se actualiza anualmente, estableciendo la obligación de su pago al progenitor que no tenga la custodia, generalmente al padre. La ley no hace un análisis técnico del sistema de aportación económica dirigido a garantizar la corresponsabilidad del padre y de la madre tampoco en esta materia. Se utiliza custodia en este caso como sinónimo de tenencia que es la figura jurídica reconocida por el CONA.

Montesdeoca (2016), en su estudio titulado “El principio de igualdad de derechos y la tenencia de los impúberes en el juzgado “h” la Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia con sede en el cantón Ambato”, centró su interés en “establecer cómo incide el principio de igualdad de derechos en la tenencia de los impúberes en el Juzgado “H” la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Ambato”. En este sentido, expuso que “la lucha de los padres para estar con sus hijos, aún en contra de la ley y de ciertos tabús para que el amor, cuidados y protección de los progenitores no se limite a una simple visita semanal y a no ser visto como un ente que emite dinero, es decir que cada mes debe pagar la pensión, so pena de ir a prisión”. Finalmente, firmó lo siguiente:

Cuando una pareja ha decidido separarse o divorciarse, la tenencia de los hijos impúberes es a favor de la madre, de acuerdo con la ley, mientras que para el padre únicamente se le concede las visitas, las mismas que son establecidas por un Juez. Lamentablemente la legislación ecuatoriana en materia de niñez se ha mantenido feminizada en cuanto a los roles que la sociedad otorga al hombre y a la mujer (p. 80).

La autora establece con claridad la posición abiertamente orientada a favorecer a la mujer en los procesos de tenencia de impúberes, dejando para el padre las visitas en lo que podría definirse como una ley que posiciona la cultura del rol de la mujer dedicado a la crianza y tenencia de la madre y asignando al padre el rol exclusivo de proveedor con el único derecho de visitar a su hijo y no convivir de manera temporal o permanente, lo que constituye una clara vulneración al derecho constitucional de la igualdad de todos los seres humanos ante la ley.

Zaidán (2016), en su trabajo de investigación titulado “El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa”, se planteó “Analizar la regulación en Derecho nacional, comparado e internacional sobre dos instituciones del Derecho de la niñez: la custodia y el régimen de visitas de los hijos”. En este sentido, expuso que “La pre asignación de roles para madres y padres aún es muy marcada. En el Derecho legislado de Familia se reproducen muchos estereotipos y prejuicios. Al padre se lo asocia con la responsabilidad de manutención y a la madre con la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos. La práctica judicial en el Ecuador reafirma los prejuicios, acentúa el desequilibrio en la distribución de responsabilidades parentales”. Finalmente, afirmó como sigue:

Entre los principios constitucionales que orientan el Derecho de familia se encuentra el de la corresponsabilidad parental. Uno de los deberes de los habitantes del territorio ecuatoriano es la responsabilidad compartida en crianza y manutención de los hijos. El problema, en consecuencia, no es la falta de derechos, principios o deberes, es la falta de correspondencia entre ellos y las reglas que regulan las mal llamadas tenencia y visitas. Hay que enfrentar esas incompatibilidades normativas, con un proceso de reforma normativa (p. 64).

Estudiosos del derecho de familia en el Ecuador, reconocen la necesidad de reformas normativas que efectivamente promuevan una verdadera corresponsabilidad parental del padre y la madre en el ejercicio de su rol frente a sus hijos menores a fin de garantizar su derecho a convivir con sus dos progenitores considerando que tan importante es la madre como el padre para su crecimiento y desarrollo.

3. MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación tuvo un enfoque cualitativo, porque fue un trabajo documental que acudió a fuentes físicas y digitales, ubicando estudios previos relacionados con el tema propuesto para conocer el estado de la cuestión, a partir de las opiniones y criterios de reconocidos autores y juristas que analizaron el derecho de familia en relación a la tenencia de los hijos menores de padres separados.

El nivel de profundidad, fue descriptivo porque identificó y caracterizó los componentes esenciales de una realidad que en este caso se refiere a la aplicación de las normas jurídicas de inferior jerarquía a la constitucional, en la garantía derecho/deber de corresponsabilidad parental de padres separados respecto del cuidado y protección de sus hijos menores de edad; para conocer en qué medida los derechos de los menores están garantizados y protegidos por el sistema jurídico nacional.

Los métodos utilizados en la investigación fueron el socio jurídico y el analítico, con el apoyo de los método inductivo y deductivo, lo que permitió establecer un procedimiento lógico del estudio para comprender las características, causas y consecuencias del tema. El método socio jurídico tiene como objeto el estudio de la aplicación y eficacia del derecho en la realidad social. El analítico permitió analizar casos concretos relacionados con el tema de estudio.

Los métodos de apoyo fueron el inductivo y el deductivo, los cuales son dos formas de razonamiento lógico contrapuesto, que permiten establecer generalizaciones a partir de aspectos concretos para determinar lo que hay de común en las individualidades, luego de lo cual deduce y particulariza nuevamente. El proceso de inducción recorre el camino de lo particular a lo general, ya que a partir de situaciones específicas induce regularidades válidas en casos semejantes. Es útil en el estudio de casos y la forma de razonar en investigaciones cualitativas. El proceso de deducción va de lo general a lo particular, e implica sistematizar el conocimiento y establecer inferencias que se aplican a varias situaciones y casos.

Esta investigación utilizó la técnica documental y la entrevista. La primera es la técnica por excelencia de las investigaciones jurídicas, que consiste en la búsqueda de información en las bases de datos tanto reales como virtuales, cuyos artículos científicos y tesis seleccionadas aportaron datos valiosos para fundamentar la argumentación y exposición del cumplimiento de los objetivos de esta investigación. El instrumento de esta técnica fue la

ficha de análisis documental que se aplicó en el estudio de los procesos y/o acuerdos de tenencia o divorcios, así como en el conteo estadístico de los casos abordados por la Unidad Judicial seleccionada.

La entrevista es una técnica que permitió obtener información directa de la fuente elaborada con cinco preguntas estructuradas, tuvo como instrumento el cuestionario. Las preguntas fueron abiertas, y se aplicaron a la señora Lcda. Paola Miño, Psicóloga de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, al PhD. Bartolomé Gil, docente de la PUCE sede Ibarra, al MsC. Roberto Almeida, Defensor Público del cantón Otavalo; y a los Dres. Cristian Vaca, Aldair Proaño y Cristian Vallejos, profesionales del Derecho en libre ejercicio, para conocer sus opiniones con relación a la aplicación del sistema de justicia respecto de la corresponsabilidad parental de los padres separados en el cuidado y protección de sus hijos menores de edad.

4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En esta sección se presentaron los resultados de la investigación y su correspondiente discusión, a partir de la información obtenida de las técnicas utilizadas. El análisis documental consistió en la presentación del cumplimiento de cada uno de los objetivos específicos del trabajo en términos de resultados. Después se presentó el análisis de las entrevistas realizadas y, finalmente, se realizó la discusión de los resultados, misma que consiste en la comparación o confrontación entre los resultados de esta investigación con las opiniones tanto de los principales autores citados en el estado del arte, como de algunas personas entrevistadas.

Análisis documental

Las investigaciones jurídicas son estudios documentales que se apoyan en los conocimientos previos, en la normativa vigente y en la jurisprudencia relacionada con el tema del trabajo de investigación, cuya información permite fortalecer la exposición y argumentación para evidenciar el cumplimiento de los objetivos específicos propuestos en términos de resultados. En este sentido, se identifican los hallazgos de la presente investigación que fueron los siguientes:

El primer resultado fue la descripción del régimen jurídico de la corresponsabilidad de los padres separados, de la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores. En este sentido, la corresponsabilidad parental de padres separados respecto de sus hijos menores de edad, así como el principio del interés superior del niño y su consideración como sector vulnerable de la población, están claramente especificados en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) (2008), en el Art. 69, numerales 1 y 5, que señalan:

Art. 69.- 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.

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.

A partir de esta norma constitucional se establece la corresponsabilidad de la madre y el padre con respecto a sus hijos menores, quienes están obligados a velar por su cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de derechos. El Artículo 44 de la CRE (2008), de la sección quinta del capítulo III de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, a los de las niñas, niños y adolescentes, establece lo siguiente:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

El artículo describe lo que considera el ámbito de derechos que configuran el desarrollo integral de los niños y adolescentes y se refiere al proceso de su crecimiento, maduración y desarrollo intelectual, sus capacidades, potencialidades y aspiraciones que deben encontrar en el entorno familiar, escolar y social, los ambientes idóneos para hacer efectivos esos derechos de carácter social, afectivo, emocional y cultural. El artículo 45 (CRE) describe con mayor amplitud los aspectos del desarrollo infantil y adolescente que requieren especial atención y protección que, en el ámbito familiar se refieren a: “la integridad física y psíquica, identidad, nombre y ciudadanía, salud integral y nutrición, educación, cultura, deporte y recreación. A tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, participación social, respeto a su libertad y dignidad”. (CRE, 2008)

La Constitución de la República del Ecuador en realidad es muy específica al describir el conjunto de derechos de los niños y adolescentes, estableciendo además el principio del interés superior del niño como recurso especial que hará prevalecer sus derechos sobre las demás personas, recoge en el conjunto de derechos, las normas y disposiciones del Derecho Internacional, específicamente los contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño.

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño en 1924, es el primer escrito histórico no vinculante que habla y reconoce los derechos de los niños y niñas, estableciendo además la responsabilidad de los adultos sobre su cuidado, protección y bienestar. La

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, fue reconocida a su vez en la Declaración de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para finalmente adoptar la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en febrero de 1989.

El artículo 3, numerales 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, emitida en 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 50/155 el 21 de diciembre de 1995, entró en vigencia a partir del 18 de noviembre 2002, habla sobre el interés superior del niño y la garantía de protección de sus derechos, en la siguiente forma:

1. 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.
2. Los Estados Partes 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. (OEA, 1989)

El artículo 9 de la Convención habla sobre el derecho de los niños a gozar de la presencia y contacto con ambos padres, a menos que existan razones que hagan presumir la violación de sus derechos como en el caso de maltrato o abuso, y sea conveniente a su interés superior:

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (OEA, 1989)

Como se demuestra en los artículos precedentes, la Convención de los Derechos del Niño contiene un abanico de derechos que son de aplicación obligatoria de los países suscriptores, Ecuador entre ellos. Por lo tanto, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) (2008), incorpora estos y otros derechos específicos para los niños, niñas y adolescentes en su contenido.

La legislación secundaria desarrolla la parte declarativa de esos derechos proclamados en la Constitución en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2014), sin embargo, en su contenido sustantivo se integran normas que por ser incompatibles con las disposiciones constitucionales han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional del Ecuador.

El padre y la madre tienen tanto el derecho como el deber, en términos de igualdad, de cuidar, educar, alimentar y proteger de manera integral a sus hijos menores, aun cuando se encuentran separados de hecho, ya que deberá prevalecer el interés superior de los menores, de conformidad tanto con las normas internacionales (Convención de los Derechos del Niño en febrero de 1989); en la Constitución de la República del Ecuador, se establece que los niños, niñas y adolescentes pertenecen al grupo de atención prioritaria (artículo 35 CRE)) y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (artículo 44 CRE). Según Lathrop (2018) la “Corresponsabilidad parental puede definirse como el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos” (p. 22).

En términos de corresponsabilidad parental, el CONA estableció que “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado,

crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”. (artículo 100 CONA), pero también el mismo Código de la Niñez y Adolescencia contiene disposiciones (numeral 2 del artículo 106 CONA) que, en determinadas situaciones, favorecen a la madre, como en el caso de la patria potestad y tenencia de los hijos menores, limitando el rol del padre al de proveedor de recursos económicos a través de la figura del derecho de alimentos, lo cual podría considerarse como una forma de exclusión y discriminación hacia la figura paterna. El caso es que, aún en las situaciones de separación conyugal de hecho, continúa existiendo el derecho-deber de la corresponsabilidad parental para con sus hijos, lo cual también conecta con el derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; en este caso, dicho principio buscaría eliminar estereotipos que pretenden perennizar el rol materno de exclusividad en la responsabilidad del cuidado de sus hijos.

El mandato constitucional que asigna responsabilidades compartidas, en el caso del Ecuador, no se desarrolla a través de las normas legales de inferior jerarquía en las que predominan disposiciones orientadas a conceder a la mujer la preferencia en cuanto a la tenencia de los hijos menores, sin considerar la intervención del padre en su rol trascendente en el acompañamiento al proceso psico evolutivo, psicosocial, antropológico, afectivo y emocional; asignándole, exclusivamente un rol prácticamente exclusivo de proveedor de recursos económicos para solventar las necesidades de alimentación, vestuario, educación, salud, entre otros.

La corresponsabilidad parental de la madre y el padre en el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos, particularmente cuando se encuentran separados de ellos, forma parte del conjunto de derechos garantizados a la familia en la CRE (2008), que se desarrolla a través del marco legal correspondiente; sin embargo, el CONA, contiene disposiciones que en este ámbito, favorecen a la madre, como en el caso de la patria potestad y tenencia, limitando el rol del padre al de proveedor de recursos económicos a través de la figura del derecho de alimentos. De por medio está la sentencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador en el caso N° 28-15-IN, que declara la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del CONA “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y

“se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”. (Sentencia N° 28-15-IN/21, 2021).

El pronunciamiento de la Corte Constitucional hace un exhaustivo análisis de cada uno de los argumentos en los que se sustenta la Acción Pública de Inconstitucionalidad, entre los que está el responder a la pregunta de si existe o no violación de los derechos de igualdad y no discriminación. Al respecto, los párrafos 156 y 157 de la sentencia hacen el análisis siguiente:

La norma impugnada reconoce que existe una distinción entre mujeres y hombres, específicamente para encargar o no la tenencia (i). La regla de la norma impugnada genera un trato diferenciado respecto al progenitor en virtud de su sexo, categoría que se encuentra enunciada en el número 2 del artículo 11 de la CRE (iii). Considerando dicha distinción, la norma dispone un efecto de preferencia materna. (Sentencia N° 28-15-IN/21, Párr. 156)

La regla de la norma impugnada contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre, tal como mencionó la representación de la Asamblea Nacional. Es decir, las justificaciones en las que la norma radica son: (i) favorecer a NNA, al mantener el vínculo maternal y presuntamente beneficiar el interés superior de NNA; (ii) encargar la tenencia a la madre por sus “aptitudes connaturales”, su “función social” y por ser “dadora principal de cuidado”; (iii) agilizar procesos de tenencia, por una razón práctica en la que los jueces puedan resolver con mayor rapidez dichas causas; y, (iv) garantizar la autonomía de la mujer, tomando en cuenta (a) la dependencia económica que usualmente tienen con respecto a los padres y lo propensas que se encuentran a la pobreza y (b) la eliminación y tolerancia de situaciones de violencia contra la mujer. (Sentencia N° 28-15-IN/21, Párr. 157)

El párrafo 160 hace una reflexión señalando que la norma impugnada encarga de forma preferente la tenencia del menor a la madre (mujer) por el simple hecho de serlo. No existe evidencia que relacione el interés superior del niño, que se pretende proteger y la preferencia a su tenencia por parte de la madre. La evaluación del interés superior del niño implica

valorar en cada caso la garantía y protección de los derechos del menor en todos sus elementos para tomar una decisión. Se observa, por lo tanto que la preferencia a la madre, no persigue el fin constitucional del interés superior del niño, por lo que la norma se presume inconstitucional por ser discriminatoria. No existe en el Código de la Niñez y Adolescencia la figura de custodia compartida que se aplica con éxito en otras legislaciones.

La sentencia de la Corte Constitucional se dicta con la decisión de la mayoría de los magistrados, el voto concurrente del Juez Ramiro Ávila Santamaría, quien razonó su decisión basado en los siguientes aspectos: “1) la discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia materna; 2) la discriminación contra la mujer y el derecho transformador; 3) las razones esencialistas que determinan el rol de cuidado en la mujer; 4) los riesgos y los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad; 5) el rol de cuidado no es dado, se aprende; 5) el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado”; y el voto salvado conjunto de las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Núñez Martínez quienes “disintieron con la decisión adoptada en la sentencia de mayoría, por considerar que en ella no se tomó en cuenta los casos de violencia contra la mujer y la familia, ni se resolvió en función de las medidas de acción afirmativa de las madres y sus hijos” (Sentencia N° 28-15-IN/21)

El voto concurrente del juez constitucional Dr. Ramiro Ávila Santamaría, añade a la sentencia de la Corte Constitucional tomada por la mayoría de los magistrados, algunos razonamientos dirigidos a reconocer el carácter transformador de la norma jurídica declarada inconstitucional, identificando en su contenido una tendencia discriminatoria y esencialista a mantener el rol de la mujer como cuidadora de los hijos menores, pues el magistrado señala que la habilidad de cuidado no es inherente a la mujer sino que es un aprendizaje del ser humano, por lo tanto tanto el padre como la madre son hábiles y responsables para asumir el cuidado de sus hijos menores; considera también el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado.

El voto salvado conjunto de las juezas Carmen Corral Ponce y Teresa Núñez Martínez, hablan en cambio de que la sentencia no consideró los casos de violencia contra la mujer y la familia y las medidas de acción afirmativa de las madres y los hijos. Desde el punto de vista de la investigadora, los casos de violencia contra la mujer y la familia si bien son bastante comunes, sería un error legislar sobre la base de la excepción o de casos particulares. El CONA contiene excepciones en los casos de tenencia en los que ya se consideran los

casos de violencia. Por otra parte, las acciones afirmativas son políticas públicas llamadas a hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas; y, el derecho fundamental del interés superior del niño, niña y adolescente, así como el derecho/deber de corresponsabilidad parental como disposiciones constitucionales, el de igualdad y no discriminación, deben desarrollarse efectivamente a través de la legislación de inferior jerarquía. La sentencia logra precisamente esa finalidad, desarrollar los deberes y derechos de los padres respecto al cuidado y protección de sus hijos menores, en condiciones de igualdad y no discriminación, así como también garantizar el efectivo cumplimiento del interés superior del niño, niña y adolescente.

Aplicación de Entrevistas y Ficha de Análisis documental como técnicas de investigación

El segundo resultado fue diagnosticar la corresponsabilidad de los padres separados en la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores, mediante la aplicación de técnicas de investigación a las sentencias dictadas por los jueces de primer nivel de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo.

La entrevista como técnica de investigación se aplicó en debida forma a tres profesionales de Derecho en libre ejercicio, que han ejercido la defensa técnica en procesos de familia, especialmente en divorcios y tenencia, por lo que acumulan experiencia en el tema de estudio; a un docente especialista de la PUCE, sede Ibarra y una Psicóloga del Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo. Los entrevistados fueron los siguientes: Msc. Roberto Almeida, Defensor Público, Dr. Cristian Vaca, Dr. Aldair Proaño y Dr. Cristian Vallejos, abogados en libre ejercicio profesional, en el orden en el que se presentan, se aplicó la entrevista con 5 preguntas abiertas, habiendo obtenido los siguientes resultados:

Resultados de las entrevistas a profesionales del Derecho en libre ejercicio

Pregunta 1: ¿Cuál es su opinión acerca del derecho/deber constitucional de corresponsabilidad parental de los hijos menores de padres separados y su aplicación a través de las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia en las decisiones de los jueces de familia de primera instancia?

| No | ENTREVISTADO | RESPUESTA |
|----|----------------------|---|
| 1 | MsC. Roberto Almeida | Si bien existió un debate muy amplio para determinar la inconstitucionalidad de frases que contenía el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a mi criterio aquello permitió a los jueces de primera instancia la posibilidad de realizar un análisis que desde el primer momento no será desfavorable para los padres, por supuesto respetando los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, entonces ante dicho escenario cobra vital importancia la opinión del menor con respecto a con qué progenitor vivir sin que exista una preferencia materna que desde todo punto de vista era inconstitucional, hoy en día para tomar una decisión de esta índole deben primar aspectos que profundicen las habilidades que debemos tener como padres para el cuidado de nuestros hijos y que nada tienen que ver con el hecho de si seamos hombres o mujeres, sino más bien con el grado de compromiso que las personas debemos tener para asumir este rol, que como tal, implica una responsabilidad afectiva. |
| 2 | Dr. Cristian Vaca | El Código Civil, nos dice que la filiación, es el conjunto de derechos, y deberes que tienen los padres para con los hijos menores de edad no |

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>emancipados, partiendo de este precepto jurídico, entendemos que los padres e hijos, tienen derechos y obligaciones mutuas, entre los derechos y deberes más comunes entre los padres separados/divorciados, pasar alimentos, visitas.</p> <p>Partiendo de esto, se entiende que la corresponsabilidad parental, es el derecho y deber de los padres para vivir, y criar de manera conjunta a los hijos, cuando están separados o divorciados, mi opinión acerca de esta doctrina, es que ésta sería la forma de que los padres críen a sus hijos, pues reitero tienen derechos y responsabilidades mutuas, dejando por un lado, rencillas que como pareja pudieren tener, esto en favor del menor, para que se desenvuelva y crezca en un ambiente con su padre y su madre.</p> <p>En la práctica no se aplica, el padre o la madre en un alto porcentaje en una separación, o divorcio, se desentienden de los hijos dejando a un lado sus derechos y deberes que tienen por la filiación con sus hijos menores de edad, y es complicado, para los jueces aplicar la corresponsabilidad, pues los padres por lo general por las disputas que han tenido utilizan a los hijos como medio de venganza, para con su ex pareja, no dejando ver al menor, o no pasando alimentos, etc.</p> <p>Sin embargo para que los padres puedan ejercer su derecho/obligación de corresponsabilidad, la ley faculta varias acciones legales para precautelar el derecho (juicio de alimentos, tenencia, visitas)</p> |
|--|--|---|

| | | |
|---|-----------------------|--|
| 3 | Dr. Aldair Proaño | Los jueces de primera instancia, en el momento de dictar sentencia deberían ponderar derechos en aplicación de los principios constitucionales, para que de forma activa los padres puedan vincularse en el desarrollo social y educativo de sus hijos, pero en la realidad y la práctica no lo hacen y no lo aplican. |
| 4 | Dr. Cristian Vallejos | Sobre este asunto, considero que actualmente se han realizado avances puesto que se encuentran regulados muchos puntos como: patria potestad, tenencia, visitas, alimentos, autorizaciones, etc.; sin embargo, estas regulaciones están orientadas para casos muy generalizados, no se encuentran previstas para escenarios más específicos. Por lo que al final estos casos quedan a la sana crítica de la o el juzgador lo cual provoca que sea quien tenga la última palabra, y su criterio personal incide en gran medida para dictar una sentencia. He tenido procesos con condiciones o circunstancias similares que han sido tratados por juzgadores distintos y con resultados también distintos. Me gustaría ver más homogeneidad o unificación de criterios entre los juzgadores sobre puntos o casos puntuales en esta materia. |

Análisis

En la opinión de los entrevistados, la declaratoria de inconstitucionalidad de una parte del texto del artículo 106 del CONA, que establece un sano equilibrio entre los deberes y derechos, particularmente en cuanto se refiere a la corresponsabilidad e igualdad ante la ley de los progenitores respecto de sus hijos menores de edad ante la separación o divorcio de la pareja es acertada y positiva puesto que otorga a los jueces la capacidad de evaluar distintos factores para tomar decisiones respecto de la tenencia de los hijos menores, principalmente las habilidades que tanto el padre como la madre han desarrollado para asumir el cuidado de sus hijos menores. Sin embargo, en la práctica no se evidencia el

cumplimiento de las disposiciones constitucionales y la reforma del CONA, considerando la igualdad de los derechos de los padres, tampoco existen mecanismos que permitan al progenitor que no tiene la custodia, su participación en la crianza y formación de los hijos. Se mantienen situaciones en las que los hijos menores de edad eventualmente se ven impedidos de convivir con el padre por decisión de la madre. Otro aspecto para considerar es la falta de unicidad de las decisiones judiciales pues, existen casos similares resueltos de diferente manera por distintos jueces de primer nivel.

Pregunta 2: ¿Con qué frecuencia ejerce la defensa técnica en procesos de tenencia reclamada por el padre con posterioridad al divorcio o en el caso de familias no integradas, atendiendo al interés superior del niño/a o adolescente?

| No | ENTREVISTADO | RESPUESTA |
|----|----------------------|--|
| 1 | MsC. Roberto Almeida | Es muy escasa la defensa técnica en procesos de tenencia reclamada por el padre, a lo largo de mi profesión he tenido unos 5 casos, en los cuales se logró determinar que en efecto el mejor lugar del niño para vivir era con su padre, toda vez que su madre en todos los casos que manejé, tenían problemas de orden psicológico, problemas de drogadicción o alcoholismo, negligencia en el cuidado. |
| 2 | Dr. Cristian Vaca | En mi vida laboral, me especializo en derecho Civil, sin embargo, he tenido casos de familia, por lo que no es muy frecuente mi accionar en temas de tenencia reclamada por uno de los padres, posterior a un divorcio, debo haber tenido apenas dos casos donde uno de los padres del menor, reclama la tenencia al otro. |
| 3 | Dr. Aldair Proaño | Es poco común en la práctica que se ingresen causas con el fin de reclamar la tenencia por parte del padre, ya que desde la audiencia de divorcio se les priva dicho ejercicio aduciendo que los hijos se deben quedar con la madre porque se encuentran |

| | | |
|---|-----------------------|--|
| | | más seguros y protegidos, vulnerando con esto el derecho a la corresponsabilidad parental. |
| 4 | Dr. Cristian Vallejos | No son tan frecuentes, puesto que en la gran mayoría de las familias ha sido el hombre el que se ha dedicado a cualquier actividad económica y ha provocado cierta ausencia, por lo que los hijos solían quedar al cuidado de la madre, en mi experiencia he recibido varias consultas para conocer en qué consiste el cambio de tenencia o sus implicaciones, pero suelen ser con la finalidad de evitar pagar pensiones alimenticias o como forma de escarmiento hacia sus exparejas. En este sentido no se busca garantizar el interés superior del menor, sino que busca atender intereses particulares. |

Análisis

De las opiniones emitidas por los profesionales del derecho en esta pregunta se desprende que los casos de tenencia reclamados por los padres para asumir el cuidado y protección de sus hijos menores no son frecuentes debido en parte, al desconocimiento de los progenitores respecto a la posibilidad de obtenerla demostrando que el interés superior del niño, niña o adolescente se estaría garantizando con el cambio; a la ausencia en la vida de sus hijos menores por razones laborales o por decisión de la madre en algunos casos, aunque también se han dado casos en los que los padres aspiran la tenencia de sus hijos menores por factores como la venganza o evitar el pago de pensiones alimenticias.

Pregunta 3: Considera que cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores, se está garantizado el interés superior del niño; y, los derechos del progenitor que no la tiene, ¿para ejercer sus derechos parentales?

| No | ENTREVISTADO | RESPUESTA |
|----|----------------------|---|
| 1 | MsC. Roberto Almeida | Es indispensable hacerse la pregunta de si garantizar el interés superior del niño necesariamente es escoger cuál de los dos progenitores es más apto para su cuidado, si la respuesta es afirmativa de seguro habrá que analizar |

| | | |
|---|-------------------|--|
| | | <p>aspectos que puedan hacer pensar o suponer que la persona sea hombre o mujer tiene más aptitudes para ofrecer mejores condiciones de vida y no hablo del tema económico, sino más bien de garantizar su estabilidad emocional dotándole de las mejores herramientas para aquello, y a su vez, ante el escenario propio de una separación de los progenitores que pasa si los dos tanto padre y madre tienen las mejores aptitudes para aquello, en esa disyuntiva tendrá que por supuesto primar la opinión del niño o la niña. Empero, de aquella discusión hay que responder si el progenitor que no se queda con la tenencia del niño o la niña, a través del régimen de visitas correspondiente estará o no afectando el interés superior de esa niño o niña, para ese propósito los juzgadores deberán realizar el seguimiento correspondiente a través de las oficinas de los equipos técnicos con el objetivo de verificar en primer término si se da cumplimiento estricto del régimen de visitas y segundo brindar un apoyo y asistencia psicológico permanente.</p> |
| 2 | Dr. Cristian Vaca | <p>Considero que depende de cada caso el juzgador, en base a la prueba aportada por los padres, sabrá otorgar la tenencia en favor de uno de ellos, a fin de garantizar el derecho superior del menor. Ahora cuando los padres tienen conflictos, es menester que si no acuerdan sobre la tenencia, se judicialice y el juzgador competente otorgue la tenencia judicial a uno de ellos, para garantizar el interés superior del menor.</p> |
| 3 | Dr. Aldair Proaño | <p>Se garantiza el interés superior del niño, siempre y cuando esa tenencia sea enfocada en un análisis elaborado por un equipo técnico de las condiciones</p> |

| | | |
|---|-----------------------|---|
| | | que donde va a desarrollar sus actividades el menor; mientras tanto si no se la realiza existiría vulneración de derechos parentales. |
| 4 | Dr. Cristian Vallejos | No, desde mi opinión no lo está ya que generalmente se priorizan los intereses particulares o solo buscan realizar un daño emocional en contra de la expareja, producto de algún sentimiento de rencor guardado. Otra situación que he detectado durante mi experiencia es que existe un pensamiento, principalmente en los padres, de que en caso de impulsar alguna acción por tema de sus hijos van a terminar perdiendo ya que existe “preferencia hacia las mujeres”, sin embargo, se ha tratado de desmentir esta situación al explicarles que las acciones están disponibles para los dos padres y que se encuentran en igualdad de oportunidades. |
| <p>Análisis</p> <p>De acuerdo con la opinión de los profesionales del Derecho que fueron entrevistados, las resoluciones judiciales que determinan el progenitor responsable de la tenencia, generalmente buscan garantizar y proteger los derechos del niño o adolescente; sin embargo, no siempre se consigue el propósito, pues persiste la tendencia a preferir a la madre; incluso en los casos en los que los padres tienen la pretensión de solicitarla, es común que desistan al considerar que no tiene oportunidad de obtenerla por decisión del juez. Se sugiere que las oficinas técnicas realicen el seguimiento de las sentencias y verifiquen la situación de los menores en cuanto a la garantía de sus derechos y el cumplimiento de la corresponsabilidad de los padres separados en su cuidado y protección.</p> <p>Pregunta 4: ¿A partir de la sentencia No 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, que declaró inconstitucional de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”, conoce usted si ¿se han dictado sentencias de tenencia a favor del padre de los hijos menores?</p> | | |

| No | ENTREVISTADO | RESPUESTA |
|----------|-----------------------|--|
| 1 | MsC. Roberto Almeida | En el ejercicio de mi profesión desde la vigencia de la sentencia precitada no he tenido conocimiento de ningún caso resuelto en ese sentido, toda vez que mi profesión la ejerzo en el cantón Otavalo y la cantidad de casos de esta índole no es abundante. |
| 2 | Dr. Cristian Vaca | <p>Conozco de ciertos casos en los que se ha dictado la tenencia en favor del padre, pero son muy puntuales solo cuando se ha sabido demostrar, que los hijos realmente corren peligro estando con la madre, o que la madre sea ebria consuetudinaria.</p> <p>Dr. Aldair Proaño</p> <p>Si, efectivamente hay casos excepcionales donde se han dictado tenencia a favor de los padres, pero son muy escasos, por la falta de aplicación y capacitación por parte de los jueces.</p> |
| 3 | Dr. Aldair Proaño | Si, efectivamente hay casos excepcionales donde se han dictado tenencia a favor de los padres, pero son muy escasos, por la falta de aplicación y capacitación por parte de los jueces. |
| 4 | Dr. Cristian Vallejos | Personalmente he estado involucrado en solo un proceso en el que la tenencia de los hijos menores quedó al cuidado del padre, pero, tras conversaciones con otros colegas he escuchado que en sus casos los padres se han quedado con la tenencia de los hijos. Lo más habitual suele ser presentar acciones posteriores para cambios de tenencia ya sea en la Junta Cantonal de Protección de Derechos o por vía judicial ante el juzgado de primera instancia. |
| Análisis | | |

Respecto a esta pregunta, los profesionales entrevistados manifiestan que existen pocos casos en los que, por demanda de tenencia, el juez de primera instancia decidió concederla al padre. Señalan además que existe desconocimiento de la reforma del contenido del artículo 106 del CONA, por sentencia de la Corte Constitucional, lo que contribuye también a que estos casos no sean favorables a los padres. Los cambios de tenencia también se resuelven con la intervención de la Junta Cantonal de Protección de Derechos.

Pregunta 5: ¿Qué opinión tiene usted de la figura de tenencia compartida de los hijos menores de padres separados que, a pesar de no formar parte de la legislación del Ecuador, es posible aprobarla mediante decisión judicial por acuerdo de los padres para garantizar la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño?

| No | ENTREVISTADO | RESPUESTA |
|----|----------------------|--|
| 1 | MsC. Roberto Almeida | Si favorece al interés superior del niño no veo ningún inconveniente en que se pueda adoptar en nuestra legislación, de hecho a mi criterio aquello fortalecería el crecimiento apropiado del menor, pues al contar con la tenencia compartida el titular de los derechos podría desarrollar mejores aptitudes ante la vida, crecer al lado de sus dos progenitores sería lo ideal para su desenvolvimiento en todas las esferas y ayudaría a mejorar la armonía incluso de sus padres lo cual iría en beneficio directo del niño o la niña. |
| 2 | Dr. Cristian Vaca | Opino que como doctrina, o en teoría está bien, si el padre paga alimentos, tiene derecho a compartir con los hijos, es su derecho, así mismo es derecho del menor compartir con su padre, en la ley, y en la Constitución, se estipula que la crianza de los menores de edad les corresponde a ambos padres, el caso es que no siempre los padres quieren la responsabilidad de la crianza de los hijos. |
| 3 | Dr. Aldair Proaño | Me parece que el ejercicio de la tenencia compartida debe aprobarse con el fin de que sea de aplicación directa para la Administración de |

| | | |
|---|-----------------------|---|
| | | Justicia, caso contrario se estaría vulnerando el derecho a la igualdad, prevista en la CRE. |
| 4 | Dr. Cristian Vallejos | Considero que es una de las mejores iniciativas que podría existir por cuanto la misma podría poner fin a procesos como lo son el régimen de visitas o la pensión alimenticia, ya que el cuidado se realizará de manera compartida; evitará que den situaciones de prohibición a las visitas o falta de pago en pensiones. Es importante mencionar que, para la aplicación de esta, se deben considerar las circunstancias particulares del caso, ejemplo donde los padres viven en ciudades distintas, ya que esta u otras situaciones provocarían problemas para el menor en tema de vivienda o educación. Me encantaría que esta figura se pueda aplicar, hoy en día existen varias parejas que mantienen buena comunicación o relación para poder llevar una tenencia compartida. |
| <p>Análisis</p> <p>En la opinión de todos los profesionales entrevistados, la figura de tenencia compartida de los hijos menores de padres separados debería formar parte de la legislación ecuatoriana en materia de Niñez y Adolescencia, siempre que en la práctica ésta favorezca la estabilidad del niño o adolescente. De esta forma se obviarían procesos de régimen de visitas, prohibición de visitas, tenencias, entre otros litigios que se presentan respecto a la aplicación de la corresponsabilidad parental de los hijos menores. La tenencia compartida garantizaría y protegería el interés superior de los niños ya que estaría favoreciendo que tanto el padre como la madre acompañen su crecimiento y desarrollo óptimo de sus capacidades.</p> | | |

Se contó con la colaboración del PhD. Bartolomé Gil, docente de la PUCE, sede Ibarra, quien respondió una entrevista elaborada con 5 preguntas, su contenido y resultados que se consideraron en el presente estudio como una entrevista a expertos, fueron los siguientes:

Entrevista con el PhD. Bartolomé Gil, docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra

Pregunta 1: ¿Cuál es su opinión acerca del derecho/deber constitucional de corresponsabilidad parental de los hijos menores de padres separados y su aplicación a través de las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia en las decisiones de los jueces de familia de primera instancia?

Acerca del derecho deber constitucional de corresponsabilidad parental ésta se ha definido como el derecho a la responsabilidad común y la consecuente participación tanto del padre como de la madre en la crianza y educación de los hijos, corresponsabilidad de ambos padres cuando se trata de menores de edad. Esto sobre todo debe tomarse en cuenta cuando se trata de padres separados. La constitución claramente lo establece en el artículo 69 numeral uno cuatro y cinco, si mal no recuerdo, que promoverá la maternidad y la paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, al desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos o hijas. Esto lo promueve el estado y garantizará por supuesto el cumplimiento de las decisiones tomadas por los jueces de familia de primera instancia que deben estar acordes con lo que dice el artículo 69, 83 y por supuesto con lo que se establece el CONA.

Análisis

El Estado promoverá la corresponsabilidad parental, un derecho/deber tanto del padre como de la madre respecto de sus hijos menores de edad que constituye en asumir la responsabilidad de su crianza y protección, especialmente cuando se trata de padres separados, cuando se espera que las decisiones judiciales garanticen el interés superior del

niño en el cumplimiento y pleno disfrute de sus derechos contando para ello con la presencia y orientación de sus dos progenitores.

Pregunta 2: ¿Cuáles son las medidas que debería adoptar el administrador de justicia para garantizar el derecho/deber de corresponsabilidad parental en el cuidado y protección de los hijos menores de edad en los casos de divorcio?

Se sabe que la familia experimenta cambios constantes y esto supone un reto para el ámbito jurídico sobre todo cuando se trata de rupturas o como se dice en Europa que hay una crisis matrimonial lo que nosotros denominamos en el Código Civil el divorcio, el proceso contencioso de divorcio o de separación de cuerpos no conciliado de la pareja, en el Ecuador genera un impacto significativo, muchas veces negativo para los menores de edad porque hay que imponerle medidas por ejemplo que queda bajo la responsabilidad o la tenencia de uno de los progenitores, eso genera sin duda una situación muy desventajosa para el hijo lo que se denomina la alienación paterna o parental. Qué debe hacer un juez cuando dicta este tipo de medidas, por supuesto velar porque la tenencia de los hijos sea la más equitativa o ecuánime posible, que corresponda al interés superior del niño, que igualmente se le garantice el interés superior del niño que haya un debido cumplimiento de la obligación alimentaria, del régimen de visitas y añadiría que debe promoverse y fortalecerse el acompañamiento psicológico del niño, niña o adolescente durante ese proceso de separación, divorcio de los progenitores, con la intención de garantizar el principio de protección integral y el interés

| | |
|---|--|
| | superior del niño que lo establece tanto la constitución como el CONA. |
| <p>Análisis</p> <p>El administrador de justicia es competente para tomar las decisiones ecuanímes y más adecuadas en los casos de disolución del vínculo matrimonial, ponderando los factores psicológicos, emocionales, afectivos, sus necesidades alimenticias y el desarrollo de potencialidades de los hijos menores de edad, así como las habilidades propias de cada uno de los progenitores para asumir la tenencia de sus hijos, garantizando sus derechos en atención del interés superior del niño o adolescente.</p> | |
| <p>Pregunta 3: Considera que cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores, está garantizado el interés superior del niño; y, los derechos del progenitor que no la tiene, ¿para ejercer sus derechos parentales, fundamentalmente el de corresponsabilidad?</p> | <p>Cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores está garantizado el interés superior del niño. Realmente el interés superior del niño sería convivir con los dos padres, hay una corresponsabilidad como se decía anteriormente y que es un derecho deber constitucional así que el niño en el mejor de los casos deberá crecer y desarrollarse bajo la tenencia de sus dos padres, pero evidentemente frente a un fracaso matrimonial o frente a un divorcio o separación, se le deben conferir esos derechos a uno de los progenitores a fin de que se garantice el interés superior del niño en cierta medida, sí sobre todo se toma en cuenta la opinión del niño y recuerde que el interés superior del niño significa escucharlo, tomar en cuenta su opinión, que pareciera muchas veces que no se toma en cuenta; de allí entonces que en materia de tenencia de los hijos menores, cuando los padres están separados, lo lógico es que se les escuche,</p> |

| | |
|---|---|
| | <p>que se vaya inclusive a los medios alternos de resolución de conflictos como es la la mediación en materia de menores, tiene hoy muchísimo que ver.</p> |
| <p>Análisis</p> <p>En los casos de divorcio conflictivo, la mejor herramienta que le permitirá al juez tomar la decisión de conceder la tenencia de los hijos menores, es escucharlos y comprender sus necesidades, así como también recurrir a los medios alternativos de resolución de conflictos para encontrar acuerdos y decidir acerca de la tenencia, régimen de visitas, necesidades alimentarias, entre otros que garanticen los derechos de los hijos menores.</p> | |
| <p>Pregunta 4: ¿A partir de la sentencia No 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, que declaró inconstitucional de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”, conoce usted si ¿se han dictado sentencias de tenencia a favor del padre de los hijos menores?</p> | <p>A partir de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, que se dictó en el año 2021, que declaró inconstitucional una de las frases del artículo 106 del CONA, estoy muy de acuerdo con eso, siempre consideré que esa disposición, creo que es la regla del numeral 2 que dice que a falta de acuerdo o si lo acordado por ellos no es conveniente para el interés superior del niño que no se han cumplido 12 años se le confiará a la madre. Esto vulneraba los derechos e intereses del padre, era discriminatorio por qué a la madre y por qué no al padre. Esta reforma se introdujo en el caso de que se pruebe que con ello se perjudicaban los derechos del hijo o de la hija; por suerte la Corte Constitucional consideró que esta disposición era discriminatoria y por tanto inconstitucional. Creo que a partir de ello, ambos padres que efectivamente manifiesten su interés y su propósito de la tenencia de los hijos, debe conferírsele con toda seguridad. Sin duda</p> |

| | |
|---|---|
| | <p>que se han dado varias sentencias posteriores a la reforma, porque en muchos de los casos los padres solicitan al tribunal la tenencia a favor de ellos, no exclusivamente la madre, es decir cualquiera de ellos. El padre ha ganado muchos de estos casos sin duda.</p> |
| <p>Análisis</p> <p>Respecto a la tenencia de los hijos menores de padres separados, la sentencia de la Corte Constitucional que reforma el artículo 106 del CONA, eliminando la preferencia de la madre y equiparando sus derechos a los del padre, constituye un avance en materia de derechos y coherencia entre el contenido constitucional con la norma de inferior jerarquía, definitivamente el padre ha ganado mucho en estos casos.</p> | |
| <p>Pregunta 5: ¿Qué opinión tiene usted de la figura de tenencia compartida de los hijos menores de padres separados que, a pesar de no formar parte de la legislación del Ecuador, es posible aprobarla mediante decisión judicial por acuerdo de los padres para garantizar la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño?</p> | <p>La tenencia compartida de los hijos menores de padres separados lamentablemente no lo establece la legislación ecuatoriana, sin embargo la establecen disposiciones internacionales, algunos instrumentos internacionales como la Convención de los derechos del niño de 1989 en su artículo 9 establece lo siguiente: Las partes, es decir, los estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éste, excepto cuando por la reserva de revisión judicial las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Esto se da en materia de divorcio, por ejemplo cuando el artículo 44 de la Constitución establece: “El estado la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>niñas y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos. Se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre todos los de las demás personas” (CRE, 2008). Esto es muy interesante porque esta doctrina de protección integral la adopta el Ecuador, de esta manera debería lograrse una participación activa de la sociedad y la familia para velar por el interés superior del niño, reconociendo a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo de todos sus integrantes especialmente de niños, niñas, y adolescentes, pero me gustaría agregar a esta respuesta algún criterio de legislación comparada: Alemania por ejemplo, es el país más avanzado en esta materia en Europa, porque ha establecido un principio de protección jurídica del menor. Efectivamente la doctrina alemana ha establecido el interés del menor y en su Código Civil establece la custodia de los padres que no están casados y dice algo así: si los padres no están casados cuando nace el niño, tienen derecho a la custodia parental en común, si declaran que quieren hacerse cargo ambos padres, lo que se denomina en Alemania las declaraciones de cuidado; pero Italia, en el 2006 en la Comisión de Justicia del Senado modificó el Código Civil e introdujo de manera novedosa la figura de la custodia compartida de los hijos. Otro ejemplo quizás más cercano a</p> |
|--|--|

nosotros, el tema de la custodia compartida en Estados Unidos, es variable y complicada por la estructura federal que tiene el país, sin embargo, se han establecido algunas estrategias para que los jueces tomen las mejores decisiones en favor y en beneficio de los menores; por ejemplo el estado de Luisiana, el tribunal puede ordenar a los padres asistir a un seminario para padres divorciados para que aprendan a ser padres divorciados y buscar mejores soluciones a sus conflictos, es lo que se denomina Las Escuelas de Divorcio; y, en esas escuelas generalmente terminan con una decisión que la custodia sea para ambos padres. En el estado de Washington se ha eliminado de su legislación los términos custodia y visita; y, se ha introducido un nuevo término que es el plan de crianza o plan parental, así que a la hora de presentar una demanda de divorcio, es requisito prácticamente indispensable presentar un plan parental y de crianza de los hijos, esto admite el desarrollo de un plan parental común, lo que en nuestros términos sería la custodia compartida. La legislación de Ecuador, lamentablemente no establece la custodia compartida por lo que considero adecuar el CONA a la Constitución para el efectivo reconocimiento del derecho a la igualdad de los padres respecto a la crianza de sus hijos menores. La tenencia compartida en derecho constitucional, debe ser la punta de lanza que justifique estos nuevos cambios

| | |
|--|---|
| | de paradigma, en una nueva visión de justicia constitucional, que sería establecer la custodia compartida y no la custodia monoparental que está establecido en el Código de la niñez y adolescencia. |
| <p>Análisis</p> <p>La tenencia compartida que no forma parte específica de la legislación ecuatoriana, subyace en el derecho/deber de corresponsabilidad parental tanto del padre como de la madre que está prevista en la CRE, sin embargo no está desarrollada en el CONA. Su incorporación y aplicación sería un logro indiscutible y un avance en materia de derechos para garantizar el interés superior del niño y adolescente a disfrutar del acompañamiento y orientaciones tanto del padre como de la madre a lo largo de su vida.</p> | |

Finalmente, para el estudio se contó con la colaboración de la Lcda. Paola Miño, Psicóloga de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, a quien se le aplicó una entrevista con cinco preguntas abiertas. Los resultados fueron los siguientes:

| | |
|--|---|
| Entrevista aplicada a la Lcda. Paola Miño, Psicóloga de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Otavalo | |
| Pregunta 1: ¿Cuál es su opinión acerca del derecho/deber constitucional de corresponsabilidad parental de los hijos menores de padres separados y su aplicación a través de las disposiciones del CONA, en las decisiones de los jueces de familia de primera instancia? | Mi opinión es que, los jueces de familia de primera instancia deben siempre tener en cuenta que el cuidado de los hijos se basa en el principio de la corresponsabilidad, lo cual implica que los padres estén juntos o separados, deben participar de forma activa, equitativa y constante en la crianza y educación de sus hijos. Es un deber de los padres y se debe cumplir a toda costa, todo con el fin de garantizar una mejor calidad de vida de los niños tal y como lo establece el CONA. |

| | |
|---|--|
| <p>Análisis</p> <p>El derecho/deber de corresponsabilidad parental de los padres separados respecto de sus hijos menores de edad implica la participación de los progenitores y su presencia en la vida de sus hijos para garantizar una mejor calidad de vida y el pleno desarrollo de sus potencialidades humanas.</p> | |
| <p>Pregunta 2: ¿Desde su experiencia profesional ha abordado casos de afectación psicológica y emocional en los menores de padres separados cuando por alguna razón disminuye el contacto frecuente con el progenitor que no obtiene su tenencia legal?</p> | <p>Desde mi experiencia sí he abordado casos en que los niños y adolescentes presentan cambios emocionales muy fuertes, así como problemas del comportamiento, en el ámbito educativo, social, individual y familiar. El hogar funciona como un sistema en el cual lo que le sucede a uno de los miembros evidentemente afectará de algún modo a los demás integrantes, en especial a los niños. En estos casos podrían sufrir de ansiedad, depresión, hiperactividad, agresividad, etc.</p> |
| <p>Análisis</p> <p>Una familia integrada asume el cuidado y crianza de sus hijos y se asegura de su bienestar físico, emocional, afectivo, psicológico. Esta realidad cambia drásticamente cuando la relación de pareja se disuelve, situación que genera en muchas ocasiones graves consecuencias para los hijos, cambios emocionales, problemas de comportamiento en todos los ámbitos, ansiedad, depresión, hiperactividad, agresividad.</p> | |
| <p>Pregunta 3: ¿Considera que cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores, está garantizado el interés superior del niño; y, los derechos del progenitor que no la tiene, ¿para ejercer sus derechos parentales?</p> | <p>Considero que no siempre se garantiza el interés superior del niño y los derechos del progenitor que no tiene la custodia para ejercer sus derechos parentales, ya que existen casos en los que uno de los padres simplemente decide deslindarse de toda responsabilidad a pesar de que sea su deber</p> |

| | |
|--|---|
| | cuidar y educar a su hijo/a por diferentes motivos. |
| <p>Análisis</p> <p>En los casos de padres separados, la tenencia de los hijos menores otorgada a uno de los progenitores, muchas veces no está garantizando el interés superior del niño y los derechos del padre que no la tiene. Ante la supervivencia de conflicto entre los progenitores, es frecuente que aquel que no tiene la custodia ponga distancia y deslinda sus responsabilidades respecto de sus hijos.</p> | |
| <p>Pregunta 4: ¿A partir de la sentencia No 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, que declaró inconstitucional de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”, conoce usted si ¿Cuál es su opinión respecto a que cualquiera de los progenitores el padre o la madre puedan obtener la tenencia de sus hijos menores para proteger su interés superior?</p> | <p>Considero que cualquiera de los dos: madre o padre puede obtener la tenencia legal de sus hijos menores siempre y cuando estén en la capacidad física, mental y económica de sostener y brindar lo mejor a los hijos. Existen casos en que suele ser la madre y otros el padre, pero esto porque se demuestra que son capaces y están en las facultades de hacerlo sobre todo en la parte mental, deben ser estables emocionalmente porque es un deber garantizar el bienestar y la integridad de los menores.</p> |
| <p>Análisis</p> <p>Tanto el padre como la madre jurídicamente son hábiles para asumir la tenencia de sus hijos; sin embargo, el juez para tomar la decisión deberá ponderar todos los factores necesarios para garantizar los derechos de los hijos menores y su interés superior, evaluar las condiciones tanto del padre como de la madre, su estado mental y las habilidades desarrolladas para asumir su cuidado y protección.</p> | |
| <p>Pregunta 5: ¿Qué opinión tiene usted de la figura de tenencia compartida de los hijos menores de padres separados que, a pesar</p> | <p>Me parece lo más adecuado, sano y justo, el hecho de que se tenga la custodia compartida de los hijos para proteger su integridad,</p> |

| | |
|--|--|
| de no formar parte de la legislación del Ecuador, es posible aprobarla mediante decisión judicial por acuerdo de los padres para garantizar la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño? | <p>garantizar su educación y adecuada crianza. Un hijo siempre vendría a ser responsabilidad tanto de la madre como del padre, además lo justo es dividir las responsabilidades y trabajar en equipo, incluso para romper con estos roles tradicionales de que la que se queda en casa y educa a los hijos únicamente es la madre.</p> |
| <p>Análisis</p> <p>La tenencia compartida, no siendo una figura jurídica que forma parte de la legislación ecuatoriana, constituye una alternativa válida para garantizar los derechos de los hijos menores de padres separados. A través de su aplicación por medio de acuerdo entre las partes tiende a proteger la integridad, garantizar la educación y la crianza adecuada de los hijos de padres separados.</p> | |

Ficha de Observación para el conteo de procesos en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Otavalo

La ficha de Observación se diseñó y aplicó para conocer el número de procesos de divorcio, tenencia y aprobación de acuerdos que trató la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo en el año 2022. Los resultados son los siguientes:

UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN OTAVALO

PROCESOS DE DIVORCIO, TENENCIA Y APROBACIÓN DE ACUERDOS DE TENENCIA DE HIJOS MENORES DE PADRES SEPARADOS

| Número de procesos | TIPO | SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA | | |
|--------------------|---------------------------|--------------------------------|-------|------------|
| | | MADRE | PADRE | COMPARTIDA |
| 47 | Divorcio | 30 | 5 | |
| 8 | Tenencia | 1 | 5 | |
| 0 | Acuerdos | 0 | 0 | |
| TOTAL | ESTADO DE PROCESOS | | | |
| | Concluidos | 19 | | |
| | En desarrollo | 22 | | |

ARCHIVADOS 14

Análisis

La Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, tuvo a su cargo 47 procesos de divorcio, en los que 30 que equivalen al 63,82 % de los casos, el juez decidió conceder la tenencia a la madre de los menores; en 5 casos, que equivalen al 10,63% de los casos, el juez concedió la tenencia al padre de los menores. 12 casos que representan el 25,53% fueron archivados.

En el mismo periodo de tiempo se presentaron 8 procesos por tenencia. En 5 de estos casos, que representa el 62.5%, la tenencia fue concedida al padre; mientras que en un caso, que representa el 12,50% se mantuvo la tenencia a favor de la madre. 2 casos que representan el 25% de los casos, fueron archivados.

En ninguno de los procesos se decidió la tenencia compartida.

Análisis de sentencias de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo

El tercer resultado de la investigación fue el de analizar la aplicación de los derechos a la igualdad, no discriminación y corresponsabilidad parental en el cuidado y protección de sus hijos menores en la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo. Para el efecto se seleccionaron de modo aleatorio tres procesos de divorcio y dos de tenencia, para revisión y análisis.

Proceso 1020-2022-00307

Acción: Tenencia

El 10 de mayo 2022 ingresa la demanda por tenencia solicitada por el padre de tres hijas menores, en contra de su madre quien abandonó el hogar matrimonial inicialmente con sus tres hijas. Al poco tiempo las menores de 15, 14 y 12 años, retornaron a la casa de su padre y desde entonces han permanecido bajo su amparo, cuidado y protección. El padre asume íntegramente la responsabilidad de solventar todos los gastos de mantención que requieren sus hijas para su sobrevivencia y la satisfacción de sus necesidades. La madre como parte demandada no comparece ante la señora jueza en ninguna fase del proceso. La pretensión

de su padre, es que se le otorgue a él la tenencia respecto de sus hijas, el compareciente ha demostrado que él, su padre, es quien se encarga de su cuidado, sus hijas se encuentran viviendo en el hogar paterno una vez que su madre abandonó el hogar familiar, y por lo mismo, es él quien se encarga de las atenciones propias de su desarrollo, así consta de las declaraciones tanto de parte como testimoniales actuados en audiencia única, así como en los informes periciales ordenados por esta autoridad. (Consejo de la Judicatura, 2023)

Decisión: La demanda por tenencia de sus tres hijas menores, presentada por el padre de las menores es aceptada por la jueza de primera instancia de la causa que recomienda al demandante, prodigar todos los cuidados y protección necesarias para su adecuado desenvolvimiento en todos los ámbitos: educativo, social, familiar, etc. La señora jueza concede a la madre de las menores un régimen de visitas abierto.

Análisis

En el proceso seleccionado no existe la posibilidad de negar la demanda de tenencia puesto que las menores viven en el hogar paterno y es su padre quien se ocupa de su cuidado, protección, además de solventar todas sus necesidades. Las menores mantienen contacto cercano con la madre, quien abandonó el hogar familiar. El régimen abierto de visitas por parte de la madre busca que el contacto personal y la relación filial entre madre e hijas se mantengan a lo largo de su crecimiento y desarrollo.

Proceso: 10201-2022-00308

Acción: Divorcio

El 11 de mayo 2022 ingresa la demanda de divorcio por parte de la madre de dos hijos: uno mayor de edad y el segundo menor. Además de la disolución del vínculo matrimonial, la demandante solicita a la señora jueza la custodia de su hijo menor de edad. En la demanda refiere que su esposo abandonó el hogar sin mediar razón alguna abandonó el hogar familiar el 3 de octubre 2020 y que a partir de esa fecha no han tenido ningún tipo de contacto como pareja, ni ha vuelto al hogar, no han tenido ningún tipo de relaciones, produciéndose una separación total, completa e ininterrumpida. La demandante solicita se arregle la situación económica, tenencia y pensión alimenticia de su hijo adolescente.

Decisión: La señora jueza disuelve el vínculo matrimonial y concede la tenencia a la madre. El progenitor deberá suministrar pensión alimenticia. Se concede régimen de visitas abierto para el padre quien deberá ponerse de acuerdo con la madre del adolescente.

Análisis

En éste, como en el anterior caso, no hay contradicción por parte del demandado quien no concurre en ninguna etapa del proceso, por lo que la decisión judicial obviamente favorece a quien propone la demanda, que en este caso es la madre, concediéndole la tenencia de su hijo adolescente. A pesar de que la fundamentación de la decisión judicial es motivada e incorpora los fundamentos jurídicos y doctrinarios pertinentes, resalta el hecho de que al no concurrir la parte demandada, el sistema judicial da por sentado que el interés superior del adolescente en este caso, está garantizado al concederse la tenencia a la madre.

Proceso: 20201-2022-00146

Acción: Divorcio por causal

El 8 de marzo 2022, ingresa la demanda de divorcio por causal interpuesta por el cónyuge y padre de dos hijos menores de edad. En la calificación de la demanda, el juez establece de modo general y sin individualizar el progenitor que mantiene la custodia de los menores de hecho, fija una la pensión alimenticia provisional y régimen de visitas abierto, a la espera de que se complete la información correspondiente. El 4 de enero 2023, se declara el abandono de la causa por falta de impulso procesal.

Análisis

En este caso se entiende que tanto la madre como el padre de los menores no aportaron información precisa relacionada con la situación jurídica de los hijos menores. La demanda de divorcio por causal se presentó eludiendo la información relacionada con la condición de los hijos menores y debido a ello, el juzgador señala pensión alimenticia provisional así como régimen de visitas abierto sin especificar cuál de los progenitores es obligado y cuál es titular de la tenencia; decisiones judiciales que no se harán efectivas puesto que la falta de impulso procesal por el abandono de la causa, deja sin resolver cuestiones tan importantes como la situación jurídica de los hijos menores respecto a la corresponsabilidad parental de

los padres separados sobre la garantía de derechos de los hijos menores, tanto en la tenencia como en la provisión de alimentos, así como el cuidado y protección que mantienen los dos progenitores como obligación principal.

Proceso: 10201-2022-00144

Acción: Tenencia

El 9 de marzo 2022, ingresa a la Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia de Otavalo una demanda por tenencia, interpuesta por el padre de dos hijas menores, en contra de la madre. El proceso se archiva definitivamente por aplicación del principio NON BIS IDEM, ya que la parte demandada en la sustanciación de la audiencia única, solicitó la declinación de la competencia de la autoridad judicial ordinaria a favor de la justicia indígena.

Análisis

En algunos procesos de los seleccionados para la investigación no se llega a la decisión judicial final de la causa ya sea por abandono o como en el presente caso por declinación de la competencia a favor de la justicia indígena. De estos hechos surge una interrogante lógica, qué ocurre finalmente con los hijos menores de padres separados cuando sus progenitores simplemente abandonan la causa independientemente de sus razones. De ahí la necesidad de que exista un ente que asuma la responsabilidad del Estado para verificar la situación de los menores para conocer si efectivamente su vida se desarrolla con normalidad y sus derechos de cuidado y protección están garantizados.

Proceso: 10201-2022-00068

Acción: Divorcio por causal

El 2 de febrero 2022 ingresa la demanda de divorcio por causal, interpuesta por la madre de dos menores. En la demanda la parte actora señala que el 5 de enero 2006, procedió a abandonar el hogar y desde esa fecha hasta la presente, no ha vuelto a su hogar, ni ha mantenido ningún tipo de relaciones, produciéndose una separación total y completa e ininterrumpida por más de 14 años. El proceso se desarrolla en todas sus fases sin la concurrencia del demandado.

Decisión judicial: La señora jueza acepta la demanda de divorcio, declarando disuelto el vínculo matrimonial que les unía. Asigna la tenencia de los dos hijos menores a la madre. El régimen de visitas para los días sábados y domingos de cada semana, de 08:00 a 17:00. Fija pensión alimenticia que deberá ser pagada mensualmente por el padre.

Análisis

El proceso tiene similitud tanto en el tipo de demanda y causal así como también en la relación de los fundamentos de hecho y el desarrollo de las diligencias relacionadas al proceso, con la ausencia del demandado en todas sus fases, por lo que no resulta extraño que la señora jueza ratifique la tenencia de los hijos menores para la madre, fije una pensión alimenticia y el régimen de visitas restringido a los dos días de descanso obligatorio de cada semana especificando además el horario.

Discusión de Resultados

En la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, se procesaron 47 casos de divorcio; de este total, el mayor porcentaje que corresponde al 63,82% la tenencia de los hijos menores fue concedida a la madre y tan solo el 10,63% al padre. De esta realidad se desprende que, a pesar de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del CONA “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”. (Sentencia N° 28-15-IN/21, 2021), en la práctica y siempre de acuerdo con los resultados del conteo de procesos, las decisiones judiciales aparentemente, tienden a mantener el rol de la madre como responsable del cuidado de los hijos y el del padre como proveedor. Al respecto Moreno (2017), en su estudio titulado “La ambivalencia ante la corresponsabilidad parental en España: Una cuestión de género” coincide con este resultado y afirma que: “Las nuevas parentalidades de madre y padre continúan en parte pivotando en torno al modelo normativo familista que asocia al “buen padre” con el trabajo remunerado y a la “buena madre” con la dedicación al trabajo familiar” (p.85).

Lo contrario ocurre con los procesos de tenencia que fueron procesados en la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, pues, a pesar del escaso número de demandas planteadas, en la mayoría de los casos que representan el 62,5%, la sentencia modifica la decisión inicial y concede la tenencia al padre. Podría señalarse entonces, que la demanda por tenencia, que implica un reclamo por parte del progenitor que no la tiene o que no ha sido determinada judicialmente, para conseguir revertir una decisión judicial previa y lograr que se la asigne, en aplicación del interés superior del niño, por considerar que cuenta con habilidades necesarias para asumir el cuidado y protección de sus hijos menores, funciona y aparentemente la tenencia se concede al reclamante. Este resultado coincide con lo señalado por el MsC. Roberto Almeida en la pregunta que se formuló en el presente estudio acerca de los procesos de tenencia: “Es muy escasa la defensa técnica en procesos de tenencia reclamada por el padre, a lo largo de mi profesión he tenido unos 5 casos, en los cuales se logró determinar que en efecto, el mejor lugar del niño para vivir era con su padre, toda vez que su madre en todos los casos que manejé, tenían problemas de orden psicológico, problemas de drogadicción o alcoholismo, negligencia en el cuidado”

Los casos de tenencia reclamados por los padres para asumir el cuidado y protección de sus hijos menores, no son frecuentes debido en parte al desconocimiento de los progenitores respecto a la posibilidad de obtenerla, demostrando que el interés superior del niño o adolescente se estaría garantizando con el cambio; a la ausencia en la vida de sus hijos menores por razones laborales o por decisión de la madre en algunos casos, aunque también se han dado casos en los que los padres aspiran la tenencia de sus hijos menores por factores como la venganza o evitar el pago de pensiones alimenticias; esto último de acuerdo con la opinión del Dr. Cristian Vallejos, profesional entrevistado en el presente estudio.

No son pocos los casos en los que el progenitor que no tiene la custodia de sus hijos menores simplemente decide deslindarse de toda responsabilidad relacionada con su cuidado y protección. Al respecto, Viteri (2022) complementa la idea y dice: “Los actos de manipulación psicológica o emocional de uno de los progenitores sobre sus hijos como medio para obstruir, obstaculizar o romper su vínculo filial con el otro progenitor, generan irrespeto de las obligaciones de los progenitores entre sí, y con ello vulneran derechos fundamentales de sus hijos”. (p. 134)

Es importante analizar el fenómeno del abandono de las causas que representan en el caso de los procesos de tenencia, el 25% del total, lo que se interpretaría como el desistimiento del demandante, como se señala el Dr. Aldair Proaño en la entrevista que forma parte de este estudio: “Es poco común en la práctica que se ingresen causas con el fin de reclamar la tenencia por parte del padre, ya que desde la audiencia de divorcio se les priva dicho ejercicio aduciendo que los hijos se deben quedar con la madre porque se encuentran más seguros y protegidos, vulnerando con esto el derecho a la corresponsabilidad parental”. Esta opinión, así como los resultados del conteo que registra un escaso número de procesos de tenencia ingresados en la Unidad Judicial, permitiría reconocer que existe desconfianza en el sistema de justicia ya que el padre considera no tener oportunidades para obtener la tenencia de sus hijos menores por la tendencia a preferir a la madre como responsable; pero también hay un hecho que se demuestra en el análisis de los procesos seleccionados para el estudio con las causas archivadas, en las que no existe la comparecencia de la parte demandada tanto en los procesos de tenencia como en los de divorcio; y, por lo tanto, el administrador de justicia no tiene otra opción que conceder la tenencia a la parte actora que generalmente es la madre en los casos de divorcio, y al padre en los casos de tenencia.

La sentencia de la Corte Constitucional, que declara inconstitucional por el fondo, dos frases del artículo 106 del CONA, establece un sano equilibrio entre los deberes y derechos de corresponsabilidad e igualdad ante la ley, de los padres separados respecto al cuidado y protección de los hijos menores de edad, otorga a los jueces la capacidad de evaluar todos los factores que le permitan adoptar la mejor decisión atendiendo fundamentalmente el interés superior de los niños y adolescentes. De esta forma se adecuan las disposiciones del CONA a los postulados constitucionales. Sin embargo, no existen mecanismos que permitan al progenitor que no tiene la custodia, ejercer su derecho/deber de corresponsabilidad y su participación en la crianza y formación de sus hijos. Al respecto, el Dr. Cristian Vallejos, en la entrevista que forma parte de este estudio, al preguntársele si cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores, se está garantizado el interés superior del niño; y, los derechos del progenitor que no la tiene, ¿para ejercer sus derechos parentales?, responde: “No, desde mi opinión no lo está ya que generalmente se priorizan los intereses particulares o solo buscan realizar un daño emocional en contra de la expareja, producto de algún sentimiento de rencor guardado. Otra situación que he detectado durante mi experiencia es que existe un pensamiento, principalmente en los padres, de que en caso de impulsar alguna acción por tema de sus hijos van a terminar perdiendo ya que existe “preferencia hacia las mujeres”. En este aspecto tanto los resultados de la investigación como la opinión del profesional entrevistado, coinciden con los resultados obtenidos por Acuña (2018), cuando en su estudio titulado “El principio de responsabilidad parental”, cuando señala que: “La mayor parte de los conflictos posteriores al divorcio o a la crisis de pareja entre los progenitores se refieren al ejercicio de los roles parentales y, por ende, a las responsabilidades frente a la crianza de los hijos comunes”. (p. 67)

Los conflictos previos o supervivientes a la separación de los padres indudablemente repercuten en la calidad de vida de los hijos menores independientemente del progenitor que ostente su tenencia. Existen casos detectados y abordados por la Lcda. Paola Miño, Psicóloga de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, quien manifiesta en la entrevista que forma parte de este estudio que, los niños y adolescentes presentan cambios emocionales muy fuertes, así como problemas del comportamiento, en el ámbito educativo, social, individual y familiar, señalando además que: “El hogar funciona como un sistema en el cual lo que le sucede a uno de los miembros evidentemente afectará de algún modo a los demás integrantes, en especial a los niños. En estos casos podrían sufrir de ansiedad, depresión, hiperactividad, agresividad, entre otros”; de ahí la necesidad de que

el Estado a través de las instituciones responsables, como las Oficinas Técnicas de las Unidades Judiciales especializadas, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, realicen el seguimiento de las sentencias y verifiquen la situación de los menores en cuanto a la garantía de sus derechos y el cumplimiento de la corresponsabilidad de los padres separados en su cuidado y protección.

Las resoluciones judiciales que determinan el progenitor responsable de la tenencia generalmente buscan garantizar y proteger los derechos del niño o adolescente, aunque se mantiene la tendencia a preferir a la madre, sin mayores argumentos. En este sentido la corresponsabilidad parental busca garantizar la participación y presencia del padre y la madre en la crianza y protección de sus hijos menores, atendiendo al interés superior de los niños y adolescentes, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos. Al respecto, Gómez y Jiménez (2017), en su estudio titulado “Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo - familia: medios para mejorar la equidad de género” complementa este resultado concluyendo que: “La corresponsabilidad familiar es un elemento clave para la adquisición de mayores grados de autonomía y sentido de eficacia de los padres, y por ello un factor de importancia para la mejora de las relaciones entre los padres y entre éstos y sus hijos”. (p. 39)

Sin embargo, del análisis de los procesos de divorcio y tenencia seleccionados para la investigación, hay que resaltar un hecho relevante y casi recurrente; la parte demandada no responde la demanda ni concurre por lo tanto a ninguna de las etapas del proceso, dejando que el administrador de justicia confirme la tenencia para el progenitor que demanda ya sea en el caso de divorcio o en los casos de tenencia. Es evidente que existe un comportamiento social, por lo menos en los casos de persistencia del conflicto de parejas, en los que uno de los progenitores, generalmente la madre conserva la tenencia de sus hijos menores, mientras que el demandado, generalmente el padre no muestra interés por el divorcio y tampoco por la situación de sobrevivencia, cuidado y protección de sus hijos menores. En estos casos, la posibilidad de hacer efectivo el derecho/deber de corresponsabilidad parental, es inexistente. Corroborando este resultado, Viteri (2022), autora de la tesis titulada: “La garantía del principio de protección integral y el interés superior del niño frente a la alienación parental en el divorcio o separación de hecho en el Ecuador”, presenta como resultado lo siguiente: “Un divorcio conflictivo o separación no conciliada en el Ecuador, genera escenarios de disputa que son perjudiciales para los hijos menores de edad, obstruyendo vínculos y

obstaculizando el derecho del niño, niña y adolescente de crecer en un hogar sano, seguro y estable con ambos progenitores sin importar que estos hayan terminado con su relación de pareja” (Viteri, 2022, p. 120).

La tenencia compartida, una figura jurídica que no está prevista en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; y, que eventualmente se aplica en el sistema judicial nacional, específicamente en la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, cuando por acuerdo entre los progenitores, solicitan la aprobación del juez de primera instancia, sería, sin lugar a dudas, en la opinión de los profesionales entrevistados, la mejor opción para hacer efectivo el derecho/deber de corresponsabilidad parental de los padres separados, siempre que existan las condiciones favorables para hacerla efectiva. Respecto a la tenencia compartida, Fariña, Seijó, Arce y Vásquez (2017), en el artículo científico titulado: “Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma”, concluye señalando que: “La patria potestad conjunta se traduce en la participación habitual del progenitor no custodio en la toma de decisiones importantes y en la posibilidad de participar permanentemente y de forma activa en la vida de sus hijos. Si bien la custodia compartida no significa necesariamente dividir al 50% los tiempos de estancias y permanencias de los menores con los progenitores, en ella ambos progenitores van a responsabilizarse de igual modo de sus hijos, asumiendo implícita o explícitamente que ambos son importantes para ellos” (p. 113).

Las experiencias de países europeos como Alemania que incorpora en su Código Civil la figura de “custodia parental en común”, si declaran que quieren hacerse cargo ambos padres, lo que se denomina en Alemania “las declaraciones de cuidado”. Italia, en el 2006, en la Comisión de Justicia del Senado modificó el Código Civil e introdujo la figura de la custodia compartida de los hijos. Estados Unidos de América, en el estado de Luisiana, “el tribunal puede ordenar a los padres asistir a un seminario para padres divorciados para que aprendan a ser padres divorciados y buscar mejores soluciones a sus conflictos, es lo que se denomina Las Escuelas de Divorcio; y, en esas escuelas generalmente terminan con una decisión que la custodia sea para ambos padres”. En el Estado de Washington, se introdujo una nueva figura que es el “plan de crianza o plan parental”, requisito indispensable para presentar una demanda de divorcio. (Gil, Bartolomé, 2023)

La incorporación de estas figuras jurídicas que desde su concepto se definirían como la tenencia compartida, buscan garantizar el bienestar y óptimo desarrollo de los niños y adolescentes contando con la presencia tanto del padre como de la madre a lo largo de su crecimiento hasta su vida adulta.

5. CONCLUSIONES

- a) El análisis documental facilitó la comprensión del tema de investigación y el conocimiento del nivel de profundidad de estudios relacionados con el derecho/deber de corresponsabilidad parental de padres separados respecto de sus hijos menores de edad, así como también el análisis de la normativa constitucional y legal en el ordenamiento jurídico del Ecuador vinculado al presente estudio. Se rescata fundamentalmente el pensamiento transformador de la legislación vigente, que busca garantizar el interés superior del niño, niña y adolescente en el disfrute de sus derechos ante la ruptura del vínculo matrimonial o la separación de sus progenitores, que deberían comprometerse con el cuidado y protección de sus hijos menores para el pleno desarrollo de sus potencialidades humanas a lo largo de su vida; así como los derechos de igualdad y no discriminación de los padres.

- b) La sentencia de la Corte Constitucional (2021), que declaró la inconstitucionalidad de fondo, de dos frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, de acuerdo con la opinión de los profesionales entrevistados, devolvió a los padres separados el derecho de acceder en igualdad de condiciones respecto a la madre, para obtener la tenencia de sus hijos menores de edad, haciendo efectivo el derecho/deber de corresponsabilidad parental y el de igualdad y no discriminación de todos los ciudadanos ante la ley; sin embargo, en las decisiones judiciales, todavía prevalece la tendencia a asignar la tenencia de los hijos menores a las madres, perennizando el concepto de buen padre proveedor, buena madre cuidadora de los hijos. La tenencia compartida no forma parte de la legislación ecuatoriana en el Código de la Niñez y Adolescencia, pero se aplica por acuerdo entre los progenitores, sometido a consideración y aprobación del juez de primera instancia, a criterio de los entrevistados constituye la mejor opción, en los casos en los que las circunstancias sean favorables, para garantizar el derecho/deber de corresponsabilidad parental de los padres separados, el de igualdad y no discriminación; y, el interés superior del niño, niña y adolescente.

- c) En la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo, se verificó a través del conteo de procesos de divorcio y tenencia, así como también del análisis de cinco procesos obtenidos del sistema, que en el primer caso persiste la

tendencia a conceder la tenencia de los hijos menores a la madre, también por el hecho de que frecuentemente al demandado no contesta la demanda y el proceso se resuelve por ausencia, en rebeldía. La situación cambia cuando el padre demanda la tenencia de sus hijos, en cuyo caso la decisión judicial se inclina por el cambio a favor del padre. Desafortunadamente, los procesos de tenencia son muy escasos y evidencian un alto porcentaje de abandono.

- d) La sentencia de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de fondo de dos frases del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia buscando hacer efectivos los derechos constitucionales de igualdad ante la ley, no discriminación y corresponsabilidad parental del padre, no muestra efectos visibles en las decisiones judiciales de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Otavalo, y por lo tanto, no se demuestra efectivamente que todas esas decisiones que asignan a la madre la tenencia de sus hijos menores, garantizan el derecho/deber de corresponsabilidad parental, el de igualdad ante la ley del padre y sobre todo el interés superior del niño, niña y adolescente.

6. RECOMENDACIONES

Realizar en el ámbito académico y con mayor dedicación, estudios sobre la corresponsabilidad parental como derecho/deber constitucional y legal de los padres separados, en la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores de edad, desde diferentes puntos de vista y distintos factores que afectan a las familias y a los hijos menores de edad; incorporando en la carrera de Derecho, en la asignatura de familia, temas relacionados con la corresponsabilidad parental, con especial atención en la figura de la tenencia compartida como alternativa válida a ser aplicada mediante un diálogo y comunicación asertiva, que permita superar el conflicto que dificulta a los progenitores llegar a acuerdos y sobre todo, ocasiona el incumplimiento por acción o por omisión del derecho/deber de corresponsabilidad parental y el interés superior del niño, niña y adolescente.

Fortalecer los procesos de capacitación y formación continua dedicados a jueces de primera instancia de las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, sobre temas relacionados con igualdad de género, reconstrucción de paradigmas relacionados con los roles paterno y materno respecto a la familia; conflictos psicológicos, evolutivos y emocionales de los hijos menores de padres separados; familias disfuncionales, obligaciones parentales, entre otros aspectos, generando conciencia de la importancia de estimular y fomentar acuerdos entre los progenitores para que decidan, ojalá en la mayoría de los procesos, coparticipar en la crianza, amparo y protección de sus hijos, a través de la figura de la tenencia compartida.

Buscar consensos en las decisiones judiciales sobre tenencia de padres separados, que deben adoptarse bajo criterios jurídicos con estricta aplicación de las disposiciones constitucionales y legales pero también procurando mediar entre las partes para alcanzar acuerdos, sobre la base de la reflexión y argumentación científica vinculada a las necesidades físicas, psicológicas, evolutivas y emocionales de los hijos menores, es decir considerando todos los factores que hagan efectivo el interés superior del niño en el disfrute pleno de todos sus derechos, a fin de garantizar el efectivo cumplimiento del derecho/deber de corresponsabilidad parental de padres separados de hijos menores, los derechos de igualdad y no discriminación y sobre todo, el interés superior del niño, niña y adolescente.

Sugerir, a las Oficinas Técnicas de las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, niñez y Adolescencia, a través de la intervención del profesional psicólogo, que en el abordaje de los casos de divorcio y tenencia, con lenguaje sencillo y prudente, apropiado para el nivel del desarrollo psico evolutivo de los niños, niñas y adolescentes que requieren intervención, se socialicen sus derechos, sobre todo su capacidad de elegir el progenitor con quien aspira vivir ante el hecho consumado del divorcio o separación de cuerpos de sus padres. El abordaje requiere especial cuidado para evitar influir en las decisiones que puedan adoptar los menores con absoluta libertad, sopesando los distintos factores que inciden en la toma de decisiones, alejada de cualquier tipo de manipulación.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cedeño, J. (Abril de 2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 7(4), 930-954. doi:DOI: 10.23857/pc.v7i4.3867
- Secretaría Nacional de Planificación. (2021). *Plan de Creación de Oportunidades*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación.
- PUCE. (2022). *Dominios Académicos y Líneas de Investigación*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Zanzzì, K. (2021). *La corresponsabilidad parental y su indebida aplicación sobre el principio de interés superior del menor*. Universidad Laica Vicente Rocafuerte, Guayaquil.
- Cáceres, M. C. (2018). *La corresponsabilidad parental y custodia compartida de los hijos, en la vulneración del principio de interés superior del menor en la provincia de Tungurahua parroquia Huachi Chico período 2015*. Universidad Central del Ecuador, Quito.
- Montesdeoca, V. (2016). *El principio de igualdad de derechos y la tenencia de los impúberes en el juzgado "h" la Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia con sede en el cantón Ambato*. Universidad Técnica de Ambato, Ambato.
- Zaidán, S. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Acuña, M. (2018). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(2). Recuperado el 10 de junio de 2022, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002
- Gómez, V., & Jiménez, A. (2017). Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo - familia: medios para mejorar la equidad de género. *Journals Revista Latinoamericana*(40). Recuperado el 11 de junio de 2022, de <http://journals.openedition.org/polis/10784>

- Fariña, F., Seijó, D., Arce, R., & Vásquez, M. (1 de enero de 2017). Custodia compartida, correspondabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 107 - 113. Recuperado el 12 de junio de 2022, de <https://www.elsevier.es/es-revista-anuario-psicologia-juridica-369-articulo-custodia-compartida-corresponsabilidad-parental-justicia-S1133074017300016>
- Moreno, A. (Junio - Diciembre de 2017). La ambivalencia ante la corresponsabilidad parental en España: Una cuestión de género. *La Ventana. Estudios de Género*(42), 46-98. Recuperado el 12 de Junio de 2022, de Dialnet-[LaAmbivalenciaAnteLaCorresponsabilidadParentalEnEs-5560483.pdf](https://www.dialnet.es/DocumentosPDF/LaAmbivalenciaAnteLaCorresponsabilidadParentalEnEs-5560483.pdf)
- Ureña, B. (2017). Hacia una corresponsabilidad parental: La superación de la distinción entre Patria Potestad y Guarda y Custodia. *Derecho de Familia. Lex Nova*, 48-69. Recuperado el 12 de junio de 2022, de https://www.academia.edu/24592076/Hacia_una_corresponsabilidad_parental_la_superación_de_la_distinción_entre_patria_potestad_y_guarda_y_custodia
- Sentencia N° 28-15-IN/21, 28-15-IN (Corte Constitucional del Ecuador 8 de Diciembre de 2021). Recuperado el 12 de junio de 2022, de [SENTENCIA%20DE%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf](https://www.corteconstitucional.gub.ek/sentencias/SENTENCIA%20DE%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf)
- Lathrop, F. (junio de 2018). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. (F. Fueyo Laneri, Ed.) *Revista Chilena de Derecho Privado*(10).
- Cajamarca, A. (2018). *La tenencia compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del interés superior del niño, niña y adolescente en el Ecuador*. Cuenca: Universidad Católica de Cuenca. Recuperado el 18 de noviembre de 2022, de <https://dspace.ucacue.edu.ec/bitstream/ucacue/4666/1/tesis%20Andrea%20Cajamarca%20PDF.pdf>
- Ortiz, E. (2019). *La incidencia del Código de la Niñez y Adolescencia en la práctica efectiva de la corresponsabilidad parental*. Quito: Universidad Central del Ecuador. Recuperado el 17 de noviembre de 2022, de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/18178/1/T-UCE-0013-JUR-164.pdf>

- Miño, J. (2017). *La corresponsabilidad parental frente a la obligación alimentaria tramitados en la Oficina Técnica de la Unidad Judicial Tercera Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito de enero a mayo 2016*. Quito: Universidad Central del Ecuador. Recuperado el 16 de noviembre de 2022, de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/9950/1/T-UCE-0013-Ab-63.pdf>
- Consejo de la Judicatura de Imbabura. (23 de Noviembre de 2022). Foro de Abogados de la provincia de Imbabura. Ibarra, Imbabura, Ecuador: Documento del archivo interno institucional.
- Naula, Y. (2022). *La tenencia compartida y la corresponsabilidad parental*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.
- Viteri, M. (2022). *La garantía del principio de protección integral y el interés superior del niño frente a la alienación parental en el divorcio o separación de hecho en el Ecuador*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Zamur, M. (2021). *Principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad y su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno*. Escuela de Postgrado. Santiago: Universidad de Chile.
- Acuña, M. (2017). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*(2), 39.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.
- OEA. (18 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 12 de diciembre de 2022, de [unicef.org Web site: https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion](https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Ley 00 Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial Suplemento 643 de 28 de julio 2009. Última reforma: 7 de julio 2014.
- Gil, Bartolomé. (10 de enero de 2023). Entrevista. *Corresponsabilidad de los padres separados y los derechos de sus hijos menores en el cantón Otavalo*. Ibarra, Imbabura, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ibarra.

Consejo de la Judicatura. (2023). *eSATJE - Consulta de Procesos*. Recuperado el 14 de enero de 2023, de consultas.funcionjudicial.gob.ec Web site: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Asamblea Nacional del Ecuador. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Registro Oficial 737 de 3 de enero 2003.

8. ANEXOS

Anexo 1. Entrevista

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE – IBARRA
ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

GUIA DE ENTREVISTA APLICADA A UN DOCENTE DE LA PUCE SEDE IBARRA.

Objetivos:

Diagnosticar la corresponsabilidad de los padres separados en la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores, mediante la aplicación de técnicas de investigación a las sentencias dictadas por los jueces de primer nivel de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo.

CUESTIONARIO:

1. ¿Cuál es su opinión acerca del derecho/deber constitucional de corresponsabilidad parental de los hijos menores de padres separados y su aplicación a través de las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia en las decisiones de los jueces de familia de primera instancia?
2. ¿Cuáles son las medidas que debería adoptar el administrador de justicia para garantizar el derecho/deber de corresponsabilidad parental en el cuidado y protección de los hijos menores de edad en los casos de divorcio?
3. ¿Considera que cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores, está garantizado el interés superior del niño; y, los derechos del progenitor que no la tiene, ¿para ejercer sus derechos parentales, fundamentalmente el de corresponsabilidad?
4. ¿A partir de la sentencia No 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, que declaró inconstitucional de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a

la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”, conoce usted si se han dictado sentencias de tenencia a favor del padre de los hijos menores?

5. ¿Qué opinión tiene usted de la figura de tenencia compartida de los hijos menores de padres separados que, a pesar de no formar parte de la legislación del Ecuador, es posible aprobarla mediante decisión judicial por acuerdo de los padres para garantizar la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE – IBARRA
ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

GUIA DE ENTREVISTA APLICADA A UN/A PSICOLOGO/A DE LA UNIDAD JUDICIAL
DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN OTAVALO.

Objetivos:

Diagnosticar la corresponsabilidad de los padres separados en la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores, mediante la aplicación de técnicas de investigación a las sentencias dictadas por los jueces de primer nivel de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo.

CUESTIONARIO:

1. ¿Cuál es su opinión acerca del derecho/deber constitucional de corresponsabilidad parental de los hijos menores de padres separados y su aplicación a través de las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia en las decisiones de los jueces de familia de primera instancia?
2. ¿Desde su experiencia profesional ha abordado casos de afectación psicológica y emocional en los menores de padres separados cuando por alguna razón disminuye el contacto frecuente con el progenitor que no obtiene su tenencia legal?
3. ¿Considera que cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores, está garantizado el interés superior del niño; y, los derechos del progenitor que no la tiene, ¿para ejercer sus derechos parentales fundamentalmente el de corresponsabilidad?
4. ¿A partir de la sentencia No 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, que declaró inconstitucional de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”, conoce usted si ¿Cuál es su opinión respecto a que cualquiera de los progenitores el padre o la madre puedan obtener la tenencia de sus hijos menores para proteger su interés superior?

5. ¿Qué opinión tiene usted de la figura de tenencia compartida de los hijos menores de padres separados que, a pesar de no formar parte de la legislación del Ecuador, es posible aprobarla mediante decisión judicial por acuerdo de los padres para garantizar la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE – IBARRA
ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

GUIA DE ENTREVISTA APLICADA A CUATRO ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO
PROFESIONAL

Objetivos:

Diagnosticar la corresponsabilidad de los padres separados en la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores, mediante la aplicación de técnicas de investigación a las sentencias dictadas por los jueces de primer nivel de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo.

CUESTIONARIO:

1. ¿Cuál es su opinión acerca del derecho/deber constitucional de corresponsabilidad parental de los hijos menores de padres separados y su aplicación a través de las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia en las decisiones de los jueces de familia de primera instancia?
2. ¿Con qué frecuencia ejerce la defensa técnica en procesos de tenencia reclamada por el padre con posterioridad al divorcio o en el caso de familias no integradas, atendiendo al interés superior del niño/a o adolescente?
3. ¿Considera que cuando se entrega la tenencia de los hijos menores a uno de los progenitores, está garantizado el interés superior del niño; y, los derechos del progenitor que no la tiene, ¿para ejercer sus derechos parentales, fundamentalmente el de corresponsabilidad?
4. ¿A partir de la sentencia No 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, que declaró inconstitucional de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia “La patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre siempre que no afecte el interés superior del hijo/a”, conoce usted si ¿se han dictado sentencias de tenencia a favor del padre de los hijos menores?

5. ¿Qué opinión tiene usted de la figura de tenencia compartida de los hijos menores de padres separados que, a pesar de no formar parte de la legislación del Ecuador, es posible aprobarla mediante decisión judicial por acuerdo de los padres para garantizar la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo 2 Ficha de Observación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE IBARRA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Ficha de Observación aplicada a los procesos de tenencia, divorcios y/o acuerdos entre las partes de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo

Objetivo: Diagnosticar la corresponsabilidad de los padres separados en la garantía y protección de los derechos de sus hijos menores, mediante la aplicación de técnicas de investigación a las sentencias dictadas por los jueces de primer nivel de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Otavalo.

UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN OTAVALO

PROCESOS DE DIVORCIO, TENENCIA Y APROBACIÓN DE ACUERDOS DE TENENCIA DE HIJOS MENORES DE PADRES SEPARADOS

| Número de procesos | TIPO | SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA | | |
|--------------------|---------------------------|--------------------------------|-------|------------|
| | | MADRE | PADRE | COMPARTIDA |
| | Divorcio | | | |
| | Tenencia | | | |
| | Acuerdos | | | |
| TOTAL | ESTADO DE PROCESOS | | | |
| | Concluidos | | | |
| | En desarrollo | | | |

Nota: Conteo de procesos de divorcios y tenencia; acuerdos de mediación de la Unidad Judicial de Familia, mujer, niñez y adolescencia.