

Quito, 16 de diciembre del 2019

Señor Doctor  
Mario Melo Cevallos  
**DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE**  
Ciudad. -

Señor Decano,

Por medio de la presente, me permito informar que he dirigido el trabajo de preparación de la disertación del alumno **PERALTA ARMAS SERGIO XAVIER**, intitulado "ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA A LA LUZ DE LOS ENFOQUES INTERDISCIPLINARIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LEY AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA" que, por su contenido y estructura, corresponde al plan propuesto por el señor Peralta que fue aprobado por la facultad.

El alumno, Sergio Peralta Armas ha concluido su trabajo con la dedicación propia que requiere esta clase de investigación, la que se ajusta tanto a las normas reglamentarias como metodológicas de la Facultad.

El contenido de la disertación reviste gran interés jurídico y ha sido desarrollada en base a una bibliografía actualizada, adecuada.

Los ejemplares de la disertación que se remiten son la última versión revisada y corregida bajo mi dirección.

En tal consideración, me permito poner en su conocimiento para los fines reglamentarios pertinentes:

- El estudiante ha cumplido las 400 horas de investigación requeridas para la presentación de la disertación.
- Me permito indicar que he evaluado el presente trabajo académico, con la nota de **10/10**.

Aprovecho la oportunidad para reiterar al señor Decano los sentimientos de mi distinguida consideración y estima.

Atentamente,

  
Abg. Olivia Cortéz Bonilla. Mstr.

Quito, 28 de enero del 2020

Señor doctor  
**FREDDY PROAÑO.**  
Secretario Facultad de Jurisprudencia PUCE  
Ciudad.-

Señor Doctor:

Por medio del presente, me dirijo a Usted y por su digno intermedio, al señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, con el fin de informar sobre la elaboración de la disertación de Abogacía intitulada: "ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA A LA LUZ DE LOS ENFOQUES INTERDISCIPLINARIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LEY AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA", redactada por el estudiante SERGIO XAVIER PERALTA ARMAS, trabajo que se encuentra completo y que constituye el antecedente para la obtención del título de Abogado.

Al respecto, me permito realizar las siguientes puntualizaciones:

1. El tema que el estudiante ha elegido, es complejo y de gran actualidad, pues a nuestro entender genera vacíos normativos, con lo que la Elaboración de la tesis ha quedado plenamente justificada.
2. Los problemas planteados se ajustan plenamente a la realidad ecuatoriana, aunque en otros países ya hayan sido resueltos, por lo que resulta interesante observar las soluciones que plantea el estudiante.
3. En general, la redacción utilizada al igual que la ortografía del estudiante es correcta; sin embargo, en la página 35 del trabajo, no se entiende la redacción del penúltimo párrafo, o tal vez el concepto no está claro. Además, usa como muletilla en varias páginas la frase "siguiendo al autor", cuando no se corresponde con el texto.
4. El primer capítulo constituye un resumen suficiente para contextualizar el tema del paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, al igual que el segundo capítulo dedicado al tema de la tenencia.
5. Sin embargo, aunque el trabajo se intitula ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA A LA LUZ DE LOS ENFOQUES INTERDISCIPLINARIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LEY AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, dedica menos de la mitad del trabajo a tratarlo.
6. Algunas de las afirmaciones que realiza el estudiante son demasiado categóricas (ejemplo págs 40 /41) o sin fundamento jurídico (pag. 44 diferencia entre suspensión y privación de patria potestad)
7. Las conclusiones y recomendaciones en tan solo una página cada una, dejan mucho que desear y pudieron ser más completas. Así, en la página 97, comenta el Código de Menores y se salta directamente al proyecto de reforma al CONA, sin siquiera mencionar en una línea el Código cuya reforma indica debe realizarse y el porque sería recomendable o no la misma.
8. En general la bibliografía consultada es pertinente y actual.
9. El estudiante pudo realizar una mejor investigación de campo, ya que por ejemplo, su universo entrevistado de progenitores son 5 personas, lo que evidentemente, arroja serias dudas sobre la eficacia de la muestra que pretende proponer como resultados en todo un capítulo de su trabajo ( el quinto).
10. Esto no desmerece el gran esfuerzo realizado por el Estudiante para entregar un trabajo adecuado para el fin referido.

28 ENE 2020

Por lo indicado, procedo a calificar el trabajo con la nota de OCHO SOBRE DIEZ (8/10)

Agradeciéndole la atención al presente, me suscribo de Usted.

Atentamente,



Sonia Merlyn Sacoto  
PROFESORA AGREGADA

Quito, 13 de enero de 2020

Doctor  
Mario Melo  
**DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**  
Ciudad.-

Señor Decano:

En atención a la tesis entregada el penúltimo día laborable del año pasado, mediante oficio No. 796-SJ-2019, de 18 de diciembre de 2019, al retornar hoy de mi período de vacaciones, cumplo con presentar mi informe respecto al trabajo de disertación titulado **"Análisis de la tenencia compartida a la luz de los enfoques interdisciplinarios en el proyecto de reforma de ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia"** del estudiante **Sergio Xavier Peralta Armas**.

A continuación desarrollo los cinco parámetros para la evaluación del trabajo. En cada uno de ellos se consignará una calificación sobre dos puntos.

<b>ASPECTOS FORMALES Y ESTRUCTURA</b>	<b>METODOLOGÍA E INVESTIGACIÓN</b>	<b>ANÁLISIS</b>	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA Y NOVEDAD CIENTÍFICA</b>
1	1,50	1,50	1,50	1,50
<p>La estructura del trabajo no es lógica ni ordenada.</p> <p>Tiene muchas faltas ortográficas, de ello es corresponsable la directora que es el filtro previo antes de presentarse.</p> <p>En el trabajo se señala que "En 1979, las Naciones Unidas en conjunto con UNICEF (...)" Cuando el estudiante debe conocer que UNICEF es el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.</p>	<p>Ausencia de proceso metodológico.</p> <p>Insuficientes fuentes, escasa jurisprudencia comparada.</p> <p>Universo muy pequeño de entrevistas.</p> <p>Se anuncia el análisis del proyecto de reforma presentado por la plataforma "Unión por nuestros hijos." No encuentro el análisis.</p> <p>Se anuncia explicación de definiciones de tenencia en Colombia, Chile, Perú y Ecuador. Chile en el desarrollo no se analiza.</p> <p>No se ha recurrido a fuentes confiables y actuales sobre tenencia compartida, lo cual habría evitado la errada definición que ofrece el estudiante en la pág. 40.</p>	<p>En el trabajo se afirma que "el artículo 118 del CONA define a la tenencia." No es cierto. El Código registra ese vacío. Únicamente define la patria potestad.</p> <p>El estudiante confunde la institución de la patria potestad con la tenencia. Reproduce la confusión constante en el artículo 106 del CONA.</p> <p>Destaco el desarrollo de la investigación y análisis de la teoría de los años maternos y los efectos del desapego materno en los primeros años.</p> <p>No se explica adecuadamente la "tenencia de anidamiento."</p>	<p>No existe una relación adecuada entre las conclusiones y los objetivos propuestos</p> <p>No reflejan evidencias ni resultados concretos.</p> <p>Están redactadas sin precisión ni claridad.</p> <p>No guardan relación adecuada con las conclusiones.</p>	<p>La identificación con esta importante problemática social y el interés demostrado por el estudiante lo podían llevar a desarrollar un mejor aporte.</p> <p>Habría sido interesante profundice el análisis de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos a los niños y adolescentes, que van más allá del artículo 35 de la Constitución, que es el único artículo que invoca el estudiante. Esa disposición se limita a incluir a los niños como grupo de atención prioritaria.</p>

Por lo expuesto, esta disertación merece una calificación de **siete sobre diez puntos (7/10)**.

Atentamente,

  
Salim Zaidán  
DOCENTE

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**“ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA A LA LUZ DE LOS ENFOQUES  
INTERDISCIPLINARIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LEY AL  
CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**

**PERALTA ARMAS SERGIO XAVIER**

**DIRECTORA: AB. OLIVIA CORTÉZ BONILLA, Mstr.**

**QUITO, 2019**

**DEDICATORIA:**

*A la Lcda. Susana del Carmen Armas Padilla, quien siempre fue mi amiga, mi confidente, mi apoyo moral y económico, pero sobretodo fue la mejor mamá del mundo y ahora es mi ángel de la guarda.*

*A Valentina e Isabella Armas Erazo y Susana Victoria Peralta, mis sobrinas, quienes son el retrato de lo más lindo que tuve en la vida.*

*A Guido Armas y Sandra Corella, quienes me llenaron de aliento y permitieron que siga en la lucha por conseguir mi título profesional.*

*Homenaje Póstumo a Susana Armas Padilla, Trabajadora Social por la Universidad Central del Ecuador (febrero, 1984), por su entrega diaria a los pacientes del Hospital “Eugenio Espejo”, por más de 30 años de servicio a la comunidad y a la salud del pueblo ecuatoriano.*

**AGRADECIMIENTO:**

*A Dios, Jesús y la Virgen Santísima, esos seres sublimes que me regalaron la vida, salud y perseverancia para culminar mi carrera.*

*A mi madre, Susana Armas Padilla, Trabajadora Social del Hospital de Especialidades “Eugenio Espejo”, quien me dio la vida, fue ejemplo de lucha, trabajo y honradez, por su apoyo moral y económico que supo brindarme para moldear mi espíritu y mi alma por el camino del bien, por enseñarme a vivir con Cristo y cumplirme siempre mis deseos.*

*A mis abuelitos Sergio Octaviano Vinicio Armas (+) y Lidia Leonor Padilla Paspuel (+) siempre vivirán en mi corazón.*

*A mis amigos, quienes fueron la alegría en medio de la tristeza e hicieron más llevadera la vida universitaria.*

*A la familia Armas Corella, por acogerme como un hijo más dentro de su familia.*

*A Vanessa Armas P, por llegar justo cuando más necesitaba de alguien.*

*A Celia Armas B, Yessenia Armas C, Fernney Armas R, Karina Jiménez L., quienes más que mis primos, son mis cómplices y amigos.*

*A la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a su cuerpo docente y administrativo por enseñarme a ser un buen abogado, pero sobretodo un gran ser humano.*

*A mi directora de Tesis, la Abg. Olivia Cortez Bonilla, Mstr.; por su aporte intelectual y ayuda desinteresada que me brindó al momento de realizar ésta disertación.*

## RESUMEN

La presente disertación es un análisis del Proyecto de Reforma de Ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, presentado al por el colectivo “Por amor a nuestros hijos”, a la Asamblea Nacional en el año 2017, que propone varias reformas legales y entre ellas se encuentra la *tenencia compartida*, figura jurídica que en la actualidad no está incorporada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el primer capítulo, de esta investigación se ha revisado la evolución de los derechos esenciales de niños, niñas y adolescentes, destacando los hitos más importantes de este proceso, como la Declaración de Ginebra, la Declaración de los Derechos Humanos, la Convención sobre los derechos de los niños, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Doctrina de Protección Irregular, la Doctrina de Protección Integral, el principio del Interés Superior del Niño, en instrumentos internacionales los mismos que fueron incorporados a la legislación ecuatoriana, con el objetivo de garantizar el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.

En el segundo capítulo se ha analizado la tenencia, la patria potestad, la custodia y la guarda en el derecho comparado y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como el marco jurídico vigente que garantiza el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes en el país.

En el tercer capítulo se ha estudiado el tema de interés de investigación que es la tenencia compartida en la doctrina y en los ordenamientos jurídicos, así como sus ventajas y desventajas en su aplicación, así como también, la importancia de los enfoques interdisciplinarios para el otorgamiento de la tenencia, los elementos a considerar en el otorgamiento de la misma.

En el cuarto capítulo se ha realizado el análisis del proyecto de reforma de ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, contenidos que han facilitado el análisis de los resultados

obtenidos en las entrevistas realizadas, también se ha estudiado el análisis de la tenencia vigente y la tenencia compartida en el proyecto de reforma.

En el quinto capítulo se ha procesado la información obtenida en las encuestas realizadas a padres de familia y entrevistas realizadas a informantes calificados como abogados, mediadores y trabajadores sociales.

El resultado de los indicadores ha permitido evaluar la pertinencia o no de la tenencia compartida en el contexto de la ciudad de Quito, para efectos de verificar si se cumplen los objetivos planteados en esta disertación, siendo el objetivo general: Determinar si la tenencia compartida, a través del análisis del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia es la mejor forma de la crianza de los niños niña y adolescente con la incorporación de estudios y enfoques interdisciplinarios y los objetivos específicos fueron:

Verificar si la tenencia compartida precautela interés superior del niño para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente; Considerar los mecanismos idóneos para precautelar el derecho a partir del reconocimiento del interés superior del niño y como este puede ser precautelado por la administración de justicia; Determinar el impacto físico emocional que produce la tenencia compartida en el desarrollo integral de los niños, niñas o adolescentes; y, Determinar los aportes de los enfoques interdisciplinarios al analizar la tenencia compartida , para tomar decisiones jurídicas dentro del proceso.

Y como parte final de este estudio, se encuentran conclusiones y recomendaciones.

**Palabras Claves:**

Tenencia, Tenencia Compartida, Custodia, Patria Potestad, Interés Superior del Niño, Apoyo Interdisciplinario.

**ABSTRACT:**

This dissertation is an analysis of the draft law on the reform of the Childhood and Adolescence Organic Code, presented to the National Assembly in 2017 by the collective "Por amor a nuestros hijos". This draft law proposes several reforms, among them *shared custody* is found a term which is not currently incorporated into the Ecuadorian legal system.

The first chapter of this research reviewed the evolution of the essential rights of children and adolescents, highlighting the most important milestones of this process such as: the Geneva Declaration, the Declaration of Human Rights, the Convention on the Rights of the Child, "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" as the doctrine of irregular protection, the doctrine of integral protection, the principle of the best interest of the child. All these international instruments were incorporated into Ecuadorian legislation with the objective of guaranteeing the integral development of children and adolescents.

In the second chapter, custody, parental authority, custody have been analyzed in comparative law and in the Ecuadorian legal system, as well as the current legal framework that guarantees the exercise of the rights of children and adolescents in the country.

In the third chapter we have studied the topic of interest of this dissertation, which is the shared custody in the doctrine and legal systems, as well as its advantages and disadvantages in its application, likewise, the importance of interdisciplinary approaches to *gratín* shared custody and the elements to be considered in *gratín* it, were studied.

In the fourth chapter, an analysis of the draft law on the reform of the Childhood and Adolescence Organic Code was carried out, contents that have facilitated the analysis of the

results obtained in the interviews carried out, the analysis of current custody has also been studied and shared custody in the reform project.

In the fifth chapter the information obtained in the surveys carried out with parents and interviews with qualified informants such as lawyers, mediators and social workers has been processed.

The result of the indicators has made it possible to assess the relevance or not of shared tenure in the context of the city of Quito, in order to verify whether the objectives set out in this dissertation are met, being the general objective: To determine whether the shared tenure, through the analysis of the Draft Organic Law Restraining the Code of Children and Adolescents is the best way of raising children and adolescents with the incorporation of interdisciplinary studies and approaches and objectives specific: Check whether the child's precautionary shared tenure is the best interests of the child for the integral development of the child and adolescent; Consider the appropriate mechanisms to precaution the right based on the recognition of the best interests of the child and how it can be precautioned by the administration of justice; Determine the physical emotional impact of shared tenure on the integral development of children or adolescents; and, Determine the contributions of interdisciplinary approaches when analyzing shared tenure, to make legal decisions within the process.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>DEDICATORIA:</b> .....	ii
<b>AGRADECIMIENTO:</b> .....	iii
<b>RESUMEN</b> .....	iv
<b>ABSTRACT:</b> .....	vi
<b>Capítulo I: Derechos esenciales de todos los niños, niñas y adolescentes y también de los progenitores</b> .....	12
<b>1.1. Hitos históricos de la evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes</b> .....	12
<b>1.2. Doctrinas: De Situación Irregular y Protección Integral</b> .....	21
<b>1.3. Principio del Interés Superior del Niño</b> .....	23
<b>Capítulo II: Tenencia, Patria Potestad y Custodia en el Derecho Comparado y en el Ordenamiento Nacional</b> .....	27
<b>2.1. Definiciones de tenencia en el derecho comparado</b> .....	31
<b>Colombia</b> .....	31
<b>Ecuador</b> .....	32
<b>Tipos de tenencia en la doctrina</b> .....	38
<b>a. Tenencia Dividida</b> .....	39
<b>b. Tenencia de Anidamiento</b> .....	40
<b>c. Tenencia Compartida</b> .....	40
<b>2.3. Formas de obtener la tenencia de niños y adolescentes en el contexto ecuatoriano</b> .....	41
<b>Procedimiento para que el juez otorgue la tenencia a uno de los progenitores</b> .....	42
<b>2.4. Suspensión y privación judicial de la tenencia: diferencias</b> .....	43
<b>Tendencias Jurídicas para otorgar la tenencia</b> .....	45
<b>a. Teoría de los Años Maternos</b> .....	45
<b>b. Efectos del desapego materno en los primeros años</b> .....	47
<b>CAPÍTULO III</b> .....	50
<b>3. De la Tenencia Compartida en el Derecho Comparado</b> .....	50
<b>3.1. Definiciones</b> .....	50
<b>3.1.1. Perú</b> .....	51
<b>3.1.2. Bolivia</b> .....	52
<b>3.1.3. Chile</b> .....	52
<b>3.1.4. Argentina</b> .....	53
<b>3.1.5. Puerto Rico</b> .....	54
<b>3.1.6. España</b> .....	55

3.2. Intervención de los enfoques interdisciplinarios en el proceso de otorgamiento de la tenencia .....	56
3.3. Elementos que se deben analizar en el tema de tenencia compartida desde los enfoques interdisciplinarios .....	59
Aptitud de los padres .....	60
<b>CAPÍTULO IV: Análisis del Proyecto de Reforma de Ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia presentado por el colectivo “Por nuestros hijos” .....</b>	<b>69</b>
4.1. Debate jurídico-social de la tenencia compartida del proyecto de ley .....	69
4.2. Análisis entre la tenencia vigente en nuestro ordenamiento jurídico y la tenencia compartida en el proyecto de reforma al CONA .....	73
4.3. Aspectos a considerar en una tenencia compartida .....	80
4.4. Ventajas y desventajas de la tenencia compartida .....	82
<b>CAPÍTULO V: Resultados .....</b>	<b>85</b>
5. Análisis de los resultados obtenidos en las encuestas y entrevistas .....	85
Entrevista a Padres de Familia .....	85
Entrevista a Trabajadores Sociales, Psicólogos y Docentes .....	92
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>98</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>99</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>100</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>102</b>

## **INTRODUCCIÓN:**

La presente disertación, tiene como principal objetivo, realizar el análisis respecto a la tenencia compartida, figura jurídica que, desde el año 2017 se ha discutido en la Asamblea Nacional y fuera de ella por los diferentes actores sociales, con el objetivo de introducir una reforma en la legislación de niños, niñas y adolescentes, con el discurso de precautelar derechos de los niños y adolescentes y también de los progenitores, sin embargo en nuestro país no existe investigaciones profesionales al respecto, no obstante que, en países de la región y otros continentes, esta figura jurídica es parte de esas legislaciones.

Al no contar con estudios a nivel nacional con relación al tema, es necesario que, previo al desarrollo de estas reformas legislativas, se debe realizar una investigación social, que dé cuenta del contexto en donde se desarrolla la vida de las familias ecuatorianas; para lo cual se debe recoger opiniones especializadas en psicología, trabajo social, en pedagogía y medicina; y estas opiniones den cuenta de los impactos favorables o desfavorables que se puede tener para los niños, niñas y adolescentes que pueden afectar su desarrollo integral y el ejercicio de los derechos.

La intervención interdisciplinaria en el otorgamiento de la tenencia en cualquier modalidad a través del trabajo social y la psicología son importantes puesto que, detectarán aspectos esenciales del entorno natural y social de los progenitores, en los cuales se va a desarrollar la tenencia compartida.

El régimen de la tenencia compartida permite desarrollar una coparentalidad responsable para los progenitores pues en diferentes espacios, cada uno de ellos va a desarrollar la custodia, el cuidado y todas las responsabilidades que implican el ser padre o madre considerando que, no cabe duda que en el proceso de formación educativa, cultural y social, como derecho consagrado en el actual Código de Niñez y Adolescencia, se les ha otorgado a los progenitores

no obstante que, la separación de los mismos de sus hijos no significa que el progenitor al cual no se le ha otorgado la tenencia, deba apartarse de ellos.

La petición de que intervengan los enfoques interdisciplinarios en estas instituciones, debe ser a petición de parte o de oficio, ya que lo que se desea precautelar es el interés superior del niño más que los intereses personales de los progenitores, el mismo que, jerárquicamente es superior a cualquier derecho consagrado en la legislación ecuatoriana referente a temas de familia, mujer, niñez y adolescencia.

El tema propuesto a desarrollar involucra una investigación que va más allá de términos jurídicos, que son necesarios para el entendimiento sobre la tenencia compartida, de este modo, términos médicos-psicológicos, y de trabajo social los cuales nos inducirá a tener un panorama claro acerca del tema a investigar.

Como hijo de un hogar reestructurado, miembro de una familia monoparental y a partir de la realidad social que he vivido durante más de veinte años, hijo de una trabajadora social, la Licenciada Susana Armas Padilla, he tenido la oportunidad de presenciar situaciones en donde la tenencia de los niños, niñas y adolescentes no se la ha tratado con todos los elementos que esta involucra.

El desarrollo de la presente investigación en donde se analiza la tenencia compartida desde un enfoque interdisciplinario, siguiendo el enfoque del Centro de Mediación de la PUCE-CEMASC PUCE, se encuadra en la primera línea de investigación denominada: Salud integral, determinación social de la salud y desarrollo humano.

## **Capítulo I: Derechos esenciales de todos los niños, niñas y adolescentes y también de los progenitores**

### **1.1.Hitos históricos de la evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes**

Los derechos de la niñez y adolescencia en materia de tenencia, son el resultado de un proceso que ha evolucionado históricamente en las diferentes sociedades antiguas y contemporáneas, por lo que, es importante recuperar los hitos más importantes, con la finalidad de comprender acerca del derecho de niños y adolescentes que se aplica en la actualidad en los diferentes ordenamientos jurídicos, puesto que estos, han ido en constante avance desde hace más de cien años; empezando desde la antigüedad cuando los niños no eran considerados como sujetos de derechos y hoy en día, conforme los aportes de diferentes instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, estos son considerados como sujetos de derechos progresivos al igual que los adultos, conforme el principio de igualdad y no discriminación de las personas.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño, que manifiesta:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (Convención sobre los Derechos del Niño, Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005, art. 2)

Es a partir de la Convención de 1989 que, cada país suscriptor del mismo, vincula a su normativa estos principios, por ejemplo, en Ecuador, este principio se lo encuentra en el CONA<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> **Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 6:** Art. 6.- Igualdad y no discriminación.- Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación

Es así que, en el siglo IV en la antigua Roma tanto las mujeres, los niños y los esclavos, no tenían la categoría de sujetos o personas, y estos pertenecían al *pater familias*<sup>2</sup> por ende, no tenían derechos; Escobar (2010), comenta que, tradicionalmente la partera colocaba al recién nacido a sus pies y si solo el padre lo recogía, el bebé se convertiría en una parte formal del núcleo familiar; este tenía la autoridad de rechazar y vender a sus hijos como esclavos si le disgustaba, todo esto ratificado en el estatus de los niños y niñas en esos contextos sociales históricos. Además, el reconocimiento como miembro de la familia dependía de las perspectivas de vida del nacido vivo, como lo explica la doctrina de la viabilidad en Roma, que determinaba una expectativa de vida en varones de nueve días y en mujeres, ocho días, para ser considerados viables y con posibilidad de que crezcan, caso contrario, no eran reconocidos como hijos o hijas y esperaban su muerte.

Lo anteriormente expuesto, nos ayuda a entender la teoría o sistema de la viabilidad, como lo manifiesta Valdivieso, (2008) “el sistema de la viabilidad exige que nazca una criatura “viable”, es decir, con aptitud para continuar viviendo” (p. 66).

En el Imperio Inca, los niños se los dividía en dos grupos, los que no producían y los que debían o podrían producir, el primer grupo eran niños de 0 a 2 años de edad, los cuales debían pasar con sus progenitores pero no en brazos de ellos, puesto que, se creía que debían ser fuertes para el futuro, por tal motivo, se hacía un corral en el piso para el niño, por lo que mientras los hombres estaban en la pesca y las mujeres en el hogar, el niño forzosamente iba adquiriendo la dependencia de sus padres, a tal corta edad (Portal Educativo, 2014).

Siguiendo al autor, este Imperio, reconocía que los niños recién nacidos necesitaban estar con sus progenitores, sin embargo, los cuidados post-partos no eran minuciosos, se considera de cierto modo que, hacían un proceso de maduración a muy temprana edad, se pensaba que

---

sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares. El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación.  
<sup>2</sup> Traducido del latín al castellano, significa padre de familia, en el Derecho Romano era quien tenía el cuidado, responsabilidad y administración sobre los hijos de familia y sus bienes

de esa manera se los constituía más fuertes, para el futuro, obviando responsabilidades post-parto.

En el Imperio Azteca (1325-1521) el cuidado de los niños era responsabilidad únicamente de la familia, por lo que eran criados de acuerdo con sus creencias, costumbres y tradiciones; por otro lado, el sexo de los hijos era determinante para las actividades que estos tenían que realizar, por ejemplo, los niños se dedicaban a la agricultura y pesca, mientras que las niñas su obligación era realizar actividades de la casa como por ejemplo, la costura y la cocina; además, en el ámbito de educación, los niños asistían a la escuela Calmecac, donde eran educados para ser sacerdotes, gobernadores o militares (Cultura Azteca, 2017).

Esta cultura, en lo que respecta al tratamiento de los hijos, evidenciaba diferencias de roles de género, según su biología, debido que, los niños y las niñas tenían actividades diferenciadas; en cuanto a la teoría crítica de género existen diferencias de trato según el sexo; es así que, al femenino, se lo cataloga como “debilidad” por otro lado, al masculino, se lo consideraba como el “jefe y responsable del cuidado y manutención del hogar”.

En el contexto de occidente, es a partir del siglo XX, específicamente en el año 1924, cuando los derechos de los niños empiezan a ser visibilizados a partir de normas que comienzan a protegerlos como seres humanos.

UNICEF, (s.f.) establece también que, como hito importante de estos derechos contamos con la Declaración de Ginebra del año 1924 que, en sus únicos cinco artículos<sup>3</sup>, aborda derechos de los niños respecto a su desarrollo integral, atención en derechos de alimentos, salud, asistencia social, protección en caso de calamidad y protección frente a la explotación

---

<sup>3</sup> **Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, 1924: artículos**

**Primero:** El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

**Segundo:** El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

**Tercero:** El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

**Cuarto:** El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

**Quinto:** El niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

laboral; esta convención, tiene como antecedentes la catástrofe de la Primera Guerra Mundial, por lo que, Eglantyne Jebb<sup>4</sup> al ser testigo del descuido y la falta de protección decide presentar con ayuda de su fundación, la Declaración de Ginebra.

En el siglo XX, la condición de los niños y niñas era precaria, es así que, en Europa realizaban trabajos forzosos con mano de obra barata y explotación laboral, de tal manera que, la Convención de Ginebra, es el hito histórico más importante en progreso a favor de la niñez a nivel mundial, y este es el antecedente más importante para el desarrollo de otros instrumentos jurídicos que consagran sus derechos.

Otro hito importante, es la creación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el 11 de diciembre de 1946, con la finalidad de atender las emergencias de los niños y niñas originadas por la Segunda Guerra Mundial (1939-1945); su misión fue erradicar problemas sociales que se contraponen a los derechos que deben ser reconocidos tanto a los niños, niñas y adolescentes, como a su familia, tales como, derecho a la educación, a la alimentación, siendo de esta última, la desnutrición una de las mayores causas de muerte en niños y niñas en todo el mundo. Según el informe de ONG HUMANIUM<sup>5</sup>, presentado en el año 2010, *“mueren cerca de 9 millones de niños antes de los cinco años cada año”* (HUMANIUM, s.f.); es por tal razón que la UNICEF, es la encargada, en conjunto con los Estados, en ayudar a precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y hacer cumplir sus derechos.

Siguiendo al autor, En el año de 1948, acontece un nuevo hito con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que tiene como antecedente para su creación la Segunda Guerra Mundial, enfrentamiento bélico en el cual fallecieron más de cincuenta millones de personas; este instrumento ha sido suscrito por al menos el 80% de países miembros, siendo su objetivo

---

<sup>4</sup> Autora de la Declaración de Ginebra, en 1919 con la ayuda de su hermana Dorothy Buxton funda “Save the Children” para dar protección a los niños afectados en la Primera Guerra Mundial.

<sup>5</sup> ONG HUMANIUM es una Organización no Gubernamental en donde su principal objetivo es la erradicación de la violación de derechos infantiles y el apadrinamiento de niños y niñas.

central, el reconocer los derechos básicos inherentes a todas las personas; estos derechos involucra a todas las personas por su condición por ser seres humanos, como lo especifica en su artículo 2 (HUMANIUM, s.f.).

### **Artículo 2**

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

El texto de este artículo proclama la igualdad y no discriminación sin distinción de ninguna clase de las personas, aunque no se menciona de manera específica a los niños y adolescentes. No obstante que, de manera específica es el artículo 25 de esta declaración hace referencia a los derechos de los niños la cual indica:

### **Artículo 25**

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. (DUDDHH, 1948, art. 25)

Tenemos un avance en este segundo inciso, cuando norma la igualdad de derechos todos los hijos, dentro o fuera del matrimonio, condición que en el pasado, no era relevante; en la normativa legal, se hacía distinción entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, puesto que, los hijos nacidos fuera de matrimonio eran considerados como “pecado” y por ende, no tenían los mismos derechos que los nacidos dentro del vínculo matrimonial; a partir de esta declaración, se avanza en el derecho de igualdad y no discriminación, de los hijos.

No obstante que, la Declaración Universal, no es un documento vinculante para los Estados partes, sin embargo, tiene un alto valor ético-jurídico para garantizar derechos a los seres humanos siendo el antecedente para la creación de otros instrumentos internacionales que son vinculantes para los Estados que se adhieren a ellos.

Avanzando en los hitos históricos de la evolución de los derechos de los niños y niñas, en 1959, entra en vigencia la Declaración del Niño, instrumento que en su considerando final invoca que “... la necesidad de esa protección especial para los niños enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros convenios” (Declaración de los Derechos del Niño, 1959), que en su núcleo central proclama:

Que el niño pueda tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959)

A partir de esta declaración, encontramos que, la corresponsabilidad de la familia y el Estado, frente al ejercicio de los derechos de los niños, tienen la obligación de garantizar el cumplimiento de los mismos.

En el año 1966, aparecen dos nuevos instrumentos destinados a la protección de los niños, niñas y adolescentes, que nacen del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos cuyo objetivo puntual fue dar fuerza jurídica a la Declaración de Derechos Humanos, la misma que solo era declaratoria y para convertirla en exigible, debía conformarse dichos Pactos Internacionales.

En relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por las Naciones Unidas en 1966 y entró en vigor a inicios de 1976, este pacto instó a los países miembros a precautelar algunos derechos de personas adultas y de niñez y adolescencia, además visibiliza el derecho del niño vinculado a la madre y a la familia; a partir del artículo 10 en su inciso uno y dos, vincula los derechos de los niños en relación a la familia y la mujer embarazada y solamente en el inciso tercero del mencionado artículo, visibiliza los derechos de protección de los niños, cuando expresa: “Se deben adoptar medidas especiales de

protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” (PIDESC, 1976, art, 10).

Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley.

Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (PIDESC, 1976, art, 10).

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el mismo que, entró en vigencia en marzo de 1976, a partir del artículo 24 insta a los Estados parte a precautelar los derechos de igualdad y no discriminación, el de identidad y a una nacionalidad, de niños y adolescentes.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, art. 24)

A partir del Convenio 138, aprobado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se produce un cambio sustancial dentro de las Instituciones del Derecho Laboral, en el que, en sus artículos dos, tres y seis establecen la edad mínima para trabajar, la que se fija en 14 años de edad, además, de especificar acerca del trabajo juvenil, que son incorporadas en Ecuador, en las reformas de 1978 al Código del Trabajo ecuatoriano podemos observar que el derecho al trabajo juvenil lo teníamos reglamentado. En el Código del Trabajo de 1978

Art. 135.- Autorización para el trabajo de Menores.- Prohíbese toda clase de trabajo, por cuenta ajena, a los menores de catorce años, con excepción de lo dispuesto en los capítulos "Del servicio doméstico" y "De los aprendices". (CT, 1978, art. 35)

En este código, los adolescentes mayores de catorce años podían trabajar, siempre y cuando no se vea afectada su salud, su integridad física y moral, ni su derecho a la educación, por lo que, este cuerpo normativo ha establecido reglas especiales para este tipo de trabajo, además, tienen que ser asegurados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, además, el Código indicaba que, el tribunal podía autorizar el trabajo para jóvenes de doce a catorce años siempre y cuando cumplan condiciones establecidas.

Si bien en el Código del Trabajo de 1978, establecía modalidades de trabajo, como el nocturno y fines de semana con una carga salarial mayor, se debía considerar que, los adolescentes tenían una prohibición expresa, debido que, prima su derecho al descanso y ocio.

Asimismo, se debía considerar que hay trabajos que los adolescentes no podían hacerlos por prohibiciones en el artículo 139 del Código del Trabajo, entre ellos están cualquier forma de esclavitud sexual, destilación de bebidas alcohólicas, la pesca a bordo, la expansión de bebidas alcohólicas, las mismas que, según el código, afectan la moral y la buena costumbre además de afectar el desarrollo integral de los niños.

Para Simon (2014)<sup>6</sup>, en su análisis al sistema de justicia de niños, niñas y adolescentes indica que:

A partir del año 1938 se dieron sucesivas reformas al "sistema de justicia de menores", casi todas ellas dirigidas a introducir nuevas competencias, por ejemplo, alimentos legales, asistencia a mujeres embarazadas, conflictos sobre tenencia, visitas, autorizaciones de trabajo a menores de edad, etc., y a perfeccionar el mecanismo de apelación. (Simon, 2014, 182)

Siguiendo al autor, dentro del sistema de justicia de niños, niñas y adolescentes, en 1944 se les dio a los jueces la potestad de resolver causas de pensiones alimenticias, pero no es hasta la promulgación del Código de Menores, que está fundamentado en la doctrina de situación

---

<sup>6</sup> Abogado por la PUCE-Q, actualmente Decano de la Facultad de Jurisprudencia USFQ, investigador y educador.

irregular, en que se pueden resolver causas que derivan en la tenencia, de carácter laboral en el sentido de trabajo infantil o juvenil, patria potestad y adopción; sin embargo, el código prescribe que los que resolvían no eran los jueces sino los Tribunales de Menores y el responsable de emitir la resolución es el Presidente del Tribunal. En este mismo año, se establece el elemento multidisciplinar de la justicia de menores y nacen los jueces de menores, pero en 1978, se retorna al tribunal de menores con competencia para resolver sobre la ayuda prenatal y autorizaciones de salida del país.

En 1979, las Naciones Unidas a través de su programa UNICEF, para conmemorar los veinte años de la lucha por los derechos de los niños y niñas, decidieron declarar como el “Año Internacional del Niño” con el objetivo de recordar su compromiso con la erradicación de la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Otro importante hecho se da en 1989, con la creación y aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, y se los reconoce como, agentes sociales, civiles, políticos y culturales, logrando así un hecho histórico dentro de los Derechos Humanos, al ya no ser considerados como sujetos invisibles para el Estado ni para el mundo, es como lo define el artículo 1 de la Convención.

La Convención sobre los derechos del niño en su Artículo 1 menciona que: “ Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”(CSDN, 1989, art. 1).

A partir del año 2003, en Ecuador, entra en vigencia el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,<sup>7</sup> que se encuentra inspirado en la doctrina de protección integral, en este existe un cambio de terminología de “menores” a “niños, niñas y adolescentes” y además, son sujetos

---

<sup>7</sup>Aprobado el 03 de enero de 2003, publicado en el Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003

de derechos progresivos en nuestra constitución; por otro lado se crean las Unidades Judiciales de la Niñez y Adolescencia conjuntamente con las figuras de los jueces de niñez y adolescencia, quienes son los responsables de emitir las resoluciones.

### **1.2.Doctrinas: De Situación Irregular y Protección Integral**

A partir de los postulados de la Doctrina de Situación Irregular, se consideraba a los niños y adolescentes como objetos de derecho, paradigma que a partir del año 2003, con la vigencia del actual Código de la Niñez y Adolescencia, es contrapuesta por la doctrina de la protección integral; la situación del niño, con respecto al desarrollo integral, se ve beneficiada al tener un sistema de protección, el mismo que, años atrás, se vio vulnerado por la situación irregular, la cual, afectaba a los niños al ser tratados como adultos dentro del sistema procesal y procesal penal.

La doctrina de protección integral, tiene su origen hace no menos de treinta años, la cual, fue resultado de la lucha por los derechos de los niños, la misma que entra en vigencia en conjunto con la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989; en el Ecuador con el nacimiento del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del 2003, se puede asegurar que manejamos la doctrina de protección integral, la cual protege a los niños y adolescentes y el tratamiento frente a la ley, es de carácter especial.

#### **Doctrina de Situación Irregular**

La doctrina de situación irregular determinaba que, no existía distinción en el tratamiento de casos en los que participaban menores infractores, actualmente conocidos como adolescentes en conflicto con la ley penal, y adultos infractores ya que, la acción sancionatoria del Estado era la misma para todas las personas sin observar las condiciones biológicas. Calderón (2008), en su estudio sobre la situación irregular, detalla que, la edad de inimputabilidad era desde los cero a los nueve años de edad, y, a partir de esta última, se sancionaban con pena privativa de libertad el cometimiento de delitos.

Siguiendo al autor, este manifiesta que:

La UNICEF detalló de forma clara esta evolución señalando que pasamos del binomio compasión-represión al binomio protección-vigilancia; dejamos de considerar en situación idéntica al abandono y a la criminalidad, separándolas y estableciendo la responsabilidad juvenil para aquellos menores que infrinjan la ley penal, esto acredita plenamente la condición de sujeto de derecho que hoy ostentan niños y adolescentes. (Calderón, 2008)

A finales del siglo XIX, colectivos en favor de los derechos de la niñez, exigen la reforma al Código Penal ecuatoriano, por lo que, estos grupos reformistas propugnan ideas de protección y cuidado en favor de la niñez y adolescencia (Calderón, 2008).

Este principio, contemplaba únicamente a los niños, que, por sus actos eran considerados como vulnerables, por ejemplo, niños infractores, niños en estado de abandono, y niños con enfermedades mentales; por consiguiente, judicialmente se les asigna un tutor para su cuidado, además que no había una ley especial para el tratamiento de adolescentes y niños, sin perjuicio que, estos también sean considerados infractores.

### **Doctrina de Protección Integral**

La doctrina de protección integral está inspirada en la Convención Internacional del Niño de 1989, donde se pasó de un esquema de situación irregular contemplada en el Código de Menores de 1992 a aplicar la Doctrina de Protección Integral, manifestada en el Código de la Niñez y Adolescencia en el año 2003.

El principio de protección integral, representa un gran avance en materia de familia, niñez y adolescencia con la cual, se deja atrás al Principio de Situación Irregular, la misma que fue, la base para la creación de los primeros Códigos de Niños o código de menores; con el nacimiento de este principio se reforman en su totalidad los códigos de menores a nivel internacional y en Ecuador con fecha 3 de enero de 2003, entra en vigencia el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, dejando atrás la doctrina de Situación Irregular.

Los enfoques del Principio de Protección Integral, están encaminados al reconocimiento de los niños y adolescentes como sujeto de derechos y, además, concebir la idea de que los niños, niñas y adolescentes están en proceso de desarrollo y por tal motivo, se los considera como,

grupo de atención prioritaria, debido a que, el Estado es el principal responsable en el desarrollo de la niñez y adolescencia.

En el artículo 8 del Código de Menores de 1992, derogado, indicaba que, el desarrollo integral del niño debía ser dentro de la familia, conjuntamente con su padre, madre y hermanos con la finalidad de crecer en un ambiente sano, tal como lo dispone la Constitución, y el Estado no se visibilizaba como responsable de este cuidado, como lo hace actualmente.

Art. 8.- Todo menor tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia natural, en un ambiente de afecto y respeto a sus derechos. (Código de Menores, 1992, art. 8)

Esta perspectiva a más de ser el antecedente para la creación de los nuevos códigos de niños, es la propulsora de las nuevas formas de convivencia y trato con los niños, niñas y adolescentes, puesto que, en su estructura general plantea que los niños deben tener un trato diferente al ser considerados como vulnerables; además de poseer normas procesales específicas para los procesos a los cuales los niños podrían verse involucrados.

Como característica principal de esta, la inimputabilidad del niño, es decir, que no puede ser procesado penalmente por su condición, sin perjuicio de acciones que conlleven a convertirlo en un adolescente infractor como lo determina el artículo 305 del CONA<sup>8</sup>.

En el año 2003, en Ecuador entra en vigencia el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, siendo el Ecuador el tercer país a nivel mundial que ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, dentro de este código identificamos a los nuevos sujetos del derecho y la corresponsabilidad parental.

### **1.3.Principio del Interés Superior del Niño**

La importancia del interés superior del niño, según García (2016), en su estudio sobre el interés superior del niño nos aporta lo siguiente:

Desde una perspectiva internacional, la evolución del principio ha sido doble: por una parte, del mismo modo que en los derechos internos, se incorporó en tratados internacionales relativos al

---

<sup>8</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003 Art. 305.- Inimputabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales.

derecho de familia, en el que nació y se desarrolló hasta la entrada en vigor de la Convención; por otra, algunos textos de naturaleza recomendatoria se referían al interés del niño de forma más amplia. (García, 2016, 2)

En relación a la definición del principio del interés superior del niño, es difícil definirlo, debido que, no hay un concepto desarrollado, el cual, da lugar a varios cuestionamientos como, por ejemplo, ¿Qué es el interés superior del niño? ¿Cómo aplicar correctamente el interés superior del niño o cuando aplicarlo?, son planteamientos que no se han desarrollado completamente, López (2015), afirma que:

El Interés Superior del Niño, se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada una de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. (López, 2015, 55)

En la práctica, el interés superior del niño es el derecho más protegido, debido que las decisiones que se tomen, afectan directamente a los niños y, la persona quien esté en el sistema de justicia será el encargado de hacerlo y buscar método idóneo de aplicarlo, salvaguardando la integridad de los niños.

Es así que, Sillero (s.f.) plantea distintas formas de comprender y entender al interés superior del niño, la primera es que, independientemente de la edad del niño o niña, se entenderá como los derechos que ellos poseen; la segunda, es entender el interés como el derecho a una vida digna que tiene el niño; y la tercera, es entenderlo como el interés de la crianza de los niños cuando ya se conviertan en adultos, separando el futuro de los niños con el de la sociedad.

El interés superior del niño, tiene como último fin, el precautelar los derechos de los niños a través de mecanismos y procesos adecuados, los cuales, ayudan a que el niño se desarrolle en un ambiente propicio para su desarrollo integral, social, cultural, político, y económico.

La preferencia de este derecho de los niños y niñas, se evidencia cuando los jueces sustancian las causas día a día y las resoluciones son basadas en la ley, sin embargo, el principal

problema al momento de sustanciar las causas es que los jueces pocas veces analizan cada caso para dictar sus resoluciones.

Es a partir del nuevo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del 2003, que por primera vez genera un acercamiento a la protección integral de los derechos del niño en la Convención de los Derechos del Niño.

El espíritu del legislador al momento de desarrollar la norma, ha concentrado en este derecho-principio, un interés especial al precautelar con mayor eficacia y seguridad jurídica los derechos de los niños y adolescentes otorgados en la Convención, es por tal razón que:

En el artículo 3 numeral 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño se señala que:

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. (Convención sobre los derechos del niño, 1989, art.3)

Esta Convención sustenta el Principio del Interés Superior del niño, que debe ser precautelado por el Estado, este es un criterio, sin embargo, el Estado solo es el responsable de garantizar sin perjuicio que se cumpla, es por eso que el la responsabilidad de cuidado del niño, niña o adolescente también la tiene la familia y la sociedad.

### **Deber del Estado frente a la familia**

Si bien el derecho de familia nace como un derecho privado, este ha ido evolucionando por la participación del Estado al punto que es un derecho público, que regula derechos y obligaciones de las familias y sus miembros, por lo que, en el Código de la Niñez y Adolescencia, en su Título II, de los Principios Fundamentales, artículo 10, en concordancia con el artículo 363, numeral 1, de la Constitución del Ecuador del 2008, manifiesta que, el deber prioritario del Estado es formular políticas públicas con el fin de precautelar los Derechos de la Familia, con el objetivo de garantizar el desarrollo integral del niño.

## **Responsabilidades del Estado frente a los niños y la familia**

En la Constitución del Ecuador del año 1998, en su artículo 40 y en la Constitución del 2008 vigente, en su artículo 69, numeral 5, se reconoce la corresponsabilidad de los progenitores y además el Estado, será el responsable de velar por el cumplimiento de los derechos y obligaciones entre padres e hijos, de manera puntual, en la Constitución del año 1998, se considera de forma expresa que, no existirá ningún tipo de discriminación entre hijos legítimos e hijos adoptivos.

En este capítulo hemos sintetizado según la historiografía como los derechos de los niños fueron tratados en la antigüedad como objetos de derecho y también como los derechos los derechos de los niños a partir de sustentos normativos internacionales que han incidido en las legislaciones internas para transformar el trato a los niños, como la Declaración de Ginebra, la Convención de los Derechos sobre los derechos del y las resoluciones de OIT, instrumentos que han promovido los cambios de paradigmas en su trato como lo desarrolla la Doctrina de Protección Integral, paradigma imperante en las legislaciones como la nuestra.

En el siguiente capítulo analizaremos los conceptos de tenencia, patria potestad y custodia y guarda en el ordenamiento jurídico de países de la región incluyendo la nuestra, además de establecer semejanzas y diferencias entre estas figuras jurídicas, conceptualizar todos los tipos de tenencia y las formas de obtener la tenencia, así como la pérdida judicial de la tenencia.

## **Capítulo II: Tenencia, Patria Potestad y Custodia en el Derecho Comparado y en el Ordenamiento Nacional**

En América Latina y el Caribe la legislación de niños y adolescentes se originó a partir del Código Civil de Don Andrés Bello promulgado en Chile en el año 1855, este instrumento fue adoptado en los distintos ordenamientos jurídicos de países de América Latina, y desde ese entonces se han institucionalizado figuras jurídicas para la protección de la familia, niñez y adolescencia; cada país, ha introducido normas diferentes de acuerdo a su contexto cultural y social en el que se desenvuelven.

Respecto a las definiciones de estas instituciones que algunos la confunden la doctrina nos presenta los siguientes conceptos

### **Tenencia**

Según Aguilar (s.f.), En el derecho de familia, el término de tenencia, referido a los hijos, alude a “tener consigo algo, como una suerte de pertenencia, y quizás el término tenencia pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas”, como se encuentran en algunos diccionarios que hacen referencia a la posesión o pertenencia de cosas, no obstante, que en materia de niños y adolescentes, se aplica como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que los padres tienen a sus hijos consigo.

Siguiendo el autor, Aguilar (s.f.), la tenencia es la convivencia de padres e hijos, que sirve para el ejercicio de otros derechos y el cumplimiento de deberes y sintetizando significaría que padres e hijos vivan en el mismo techo manteniendo relaciones personales lo que, sirve para la construcción de los atributos de la patria potestad.

Este autor sugiere que, el término tenencia podría ser equiparado al derecho de mantener una relación personal con los hijos, pues, este último es más amplio y abarca además de la convivencia, la corresponsabilidad que deben tener los progenitores con los hijos.

Siguiendo con el análisis entre tenencia, patria potestad y guarda, se debe tomar en cuenta que, mientras la tenencia es un derecho que se les otorga a los progenitores para que convivan con sus hijos y permitan un desarrollo integral, la guarda o patria potestad, se configura como una obligación, que los progenitores deben darles a los hijos en común.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que los términos “Guarda” y “Custodia” se los podría tomar como figuras jurídicas semejantes, las cuales están orientadas al cuidado y es una obligación que los padres de familia deben cumplir con el hijo, no obstante, también se lo concibe como un derecho de los progenitores para ejercer su rol de paternidad apegado al interés superior del niño.

La tenencia es un derecho exclusivamente de los progenitores, es intransferible, al igual que la patria potestad, es de los padres, sin embargo, cuando se le encarga el cuidado de los niños y adolescentes a un tercero estamos hablando de una guarda, emanada por la voluntad de los progenitores y en otras ocasiones son impuestas por el juez, de ser necesario.

### **Patria Potestad**

En el Derecho Romano, lo que en la actualidad se conoce como Patria Potestad, se lo conocía como “*Patria Potestas*” y la ejercía el Pater Familia, teniendo así la disposición de los bienes de los hijos de familia, era una condición que duraba hasta la muerte del Pater, esta condición permitía, inclusive, matar a su hijo siempre y cuando sea justificada dicha acción. Saldaña (2002).

La patria potestad varios juristas la han definido, al respecto, Saldaña indica:

La patria potestad es una institución jurídica de alto contenido social, tiene su origen en la procreación, surge por imperio de la ley y no por voluntad de las partes, es de orden público y tiene por objeto la protección de la persona y bienes de los hijos durante su minoridad (Saldaña, p. 251-269)

Eduardo Zannoni señala que la patria potestad “implica un conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función” (Zannoni, 1981, p. 693).

Partiendo de la patria potestad, podemos indicar que la preferencia es igual, tanto padre como madre, gozan de esta en favor de los niños y adolescentes de edad hasta el día en que cumplan 18 años de edad, donde ya no necesitan de la patria potestad, puesto se lo considera mayor de edad; el juzgador tiene claro como el Código de Niñez y Adolescencia vigente prescribe que la patria potestad es de ambos.

Los intereses primigenios del padre o de la madre quedan relegados a un segundo momento, cuando se ha empezado a discutir sobre los derechos de los niños y niñas, puesto que siempre se busca el interés superior del niño y su desarrollo integral dentro de la sociedad; pero existen situaciones en las cuales se desconoce su ejercicio por parte de terceros, es ese instante cuando los progenitores hacen válidos sus derechos de padres de familia de los niños, imponiendo su titularidad. (Chong, 2015)

Por otro lado, Pérez Contreras (2010) señala lo siguiente:

La patria potestad consiste en la regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil y/o familiar sobre sus hijos y sus bienes. Implica el reconocimiento con el fin de proveer a la protección integral de los hijos menores. (Pérez Contreras, 2010, 151)

La patria potestad, solamente la pueden gozar ambos progenitores, mientras que, el régimen de tenencia, solamente uno de ellos podrá gozarla, por otro lado, el progenitor que no goce de esta última, tendrá el régimen de visitas, que será otorgado por el juez o por el espacio de la mediación, concediéndola por medio de una modalidad en el que se vaya a aplicar en el caso concreto, como actualmente se maneja en nuestro sistema.

De la Fuente (2019), establece una diferenciación entre patria potestad, custodia, y tenencia:

La Patria Potestad es el conjunto de derechos que la Ley les reconoce a ambos padres sobre sus hijos menores de edad, estos derechos se reducen a administrar sus bienes y representarlos legalmente. Por el contrario, la custodia es el cuidado permanente del niño y para ejercer la tenencia se necesita la presencia física del niño o niña. (De la Fuente, 2019)

En base a lo manifestado por esta autora, se debe tomar en cuenta que, la patria potestad es una institución propia de los progenitores, y nadie más la puede gozar, mientras que, la tenencia se la otorga tanto a progenitores o familiares que estén en la capacidad de ejercer el cuidado y

la protección al niño, en el caso en el que, los dos progenitores no cumplan los requisitos establecidos en la ley para ejercerla.

El investigador Rodríguez, 2009, postula respecto a los deberes de los padres frente a los derechos de los hijos, lo siguiente:

Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos (por separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores. El interés de niños, niñas y adolescentes exige también que se garantice la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación. Sin embargo, estos deberes deben continuar cumpliéndose en un contexto de crisis familiar, fracaso y, frecuentemente, graves desavenencias que han llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos. (Rodríguez, 2009 p. 546)

Dentro de esta definición, se enfatiza en los factores como, la estabilidad y continuidad en su crianza y educación, factores económicos, sociales y psicológicos, que serán analizados por la interdisciplina.

En el CONA, encontramos que la patria potestad y la tenencia son dos figuras jurídicas distintas, sin embargo, están orientadas a garantizar el bienestar del niño y precautelar el interés superior del mismo.

### **Patria Potestad:**

En materia de tenencia, el Código Civil chileno no presenta una definición de tenencia, sin embargo, en el artículo 240 del mismo código, contempla la definición de patria potestad de la siguiente manera:

Art. 240 La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre. Los hijos de cualquiera edad, no emancipados, se llaman hijos de familia, y el padre con relación a ellos, padre de familia. (Código Civil Chileno, 1855)

En los ordenamientos jurídicos de América Latina, los temas de niños, niñas y adolescentes, estuvieron regulados en los códigos civiles hasta finales de los años 80s, donde varios países latinoamericanos, tal es el caso como, Chile, que reformó su código civil e implementó leyes especiales dentro del Derecho de Familia con la Ley 14-908 que trataba del abandono y pago

de pensiones alimenticias; sin embargo, los temas de tenencia, seguían siendo regulados por el Código Civil chileno; por otro lado, en Perú, en 1984 se dio un debate crear el código especializado que verse sobre derechos de familia o implementar las nuevas normas al nuevo Código Civil Peruano (Castañeda, s.f.), prevaleciendo, esta última idea, por lo que decidieron adaptar las nuevas normas de familia en el Código Civil Peruano; mientras que en Ecuador en el año 1992, entra en vigencia el Código de Menores, que regulaba derechos y deberes de los niños.

### **2.1. Definiciones de tenencia en el Derecho comparado.**

En países como Colombia, Chile, Perú y Ecuador, en sus ordenamientos jurídicos encontramos definiciones acerca de tenencia y que los contextualiza así:

#### **Colombia**

En el tema de régimen de tenencia, no se hace mención de manera expresa ni en su Código Civil ni en el Código de la Infancia y Adolescencia del 2006, mientras que, en este último cuerpo jurídico, hace mención a la custodia y cuidado en el artículo 23<sup>9</sup> basados en el modelo de corresponsabilidad para garantizar los derechos de los hijos en común (Marín Mora, 2010)

En el Código Civil colombiano, que data de 1887, basado en el Código Civil de Don Andrés Bello, vigente en la actualidad, define a la patria potestad, en su artículo 288 de la siguiente manera:

Art 288.- La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. (Código Civil Colombiano, 1887, art. 288)

#### **Perú**

---

<sup>9</sup> **Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.** Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Dentro de su ordenamiento jurídico, Perú, cuentan con el Código de la Niñez y Adolescencia expedido en el año 2001, en el cual, haciendo referencia a la tenencia que es definido en su artículo 81 manifestando lo siguiente:

Artículo 81° Tenencia (\*) Cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la Tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente. (\*) En concordancia con la modificación dispuesta por la Ley N° 29269 publicada el 17-10-2008. (Código de la Niñez y Adolescencia Peruano, 2001, art. 81)

Además de las disposiciones relativas a la tenencia que hace este código, también se encuentran otras normas de derecho familiar, consagrando así, en el artículo 418 esta norma, que entró en vigencia en el año 1984 que reformó al Código Civil de 1965, el cual menciona lo siguiente:

Noción de Patria Potestad Artículo 418°.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. (Código Civil Peruano, 2015, art. 418)

En este país, podemos deducir que, a partir del 2008 se cuenta con una tenencia compartida consagrada en las reformas al Código de la Niñez y Adolescencia del año 2001, no obstante, se evidencia que existen normas de familia aún consagradas en los códigos civiles, como es el caso de la patria potestad; dichas normas fueron creadas amparadas en la doctrina de protección integral, reconociendo a los niños como sujetos de derechos y garantizando sus deberes y derechos (Gonzales Barbadillo, 2013).

## **Ecuador**

Al igual que en los demás países de la región, en nuestro país, existen normas relevantes en el derecho de familia, como, por ejemplo, la tenencia y la patria potestad, es así que, el Código Civil, define a la patria potestad, institución consagrada en el Título XII “de la Patria Potestad” en su artículo Art. 283, de la siguiente manera:

Artículo 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia (Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005, art. 283)

En 1992, con la vigencia del Código de Menores publicado en el Registro Oficial Suplemento 995 de 07-ago.-1992, existía una definición de la tenencia, la misma que se la encontraba en la Sección III, artículo 52, que en su contexto postula:

Art. 52.- Respecto de la tenencia de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando estos no vivan juntos, de sus ascendientes, hermanos o tíos, en orden de prelación, siempre que el acuerdo beneficie al menor y se establezcan las medidas necesarias para su cumplimiento. (Código de menores, 1992, art. 52)

Además de su definición, se puede observar que, en los artículos subsiguientes se encontraban las reglas para otorgar la misma, tomando en cuenta los períodos de vivencia con los progenitores y la preferencia de la tenencia a la madre, y se tomará en cuenta la opinión de los adolescentes<sup>10</sup>. En los casos de cambio de tenencia, se daba apoyo a los hijos de familia y a los progenitores.

Mediante una resolución, se plasman las decisiones judiciales, las cuales serán de cumplimiento inmediato, y en caso de alterar derechos de los niños, podrá ser modificada por el Tribunal que dictó la resolución; por otro lado, se podrá solicitar a petición de parte u oficio, la suspensión o pérdida de la patria potestad.

#### **Código de Menores (1992) y la tenencia**

La intervención del equipo de Trabajo Social es primordial, puesto el mismo código prescribía que:

Art. 60.- El Tribunal requerirá, en caso de abrirse el período de prueba, la participación del Equipo de Trabajo Social y de otros técnicos del equipo de asesoría para el estudio de la situación de las partes y el menor. (Código de menores, 1992, art. 60)

Art. 61.- La resolución del Tribunal respecto a la tenencia será motivada. Entre los considerandos constará necesariamente la posición que la menor ha mantenido en la audiencia. Además,

---

<sup>10</sup> En el Código de Menores, los adolescentes se los llamaba impúberes y púberes, el Código de Menores fue derogado el 03 de enero de 2003 cuando entró en vigencia el CONA.

dispondrá el seguimiento de la resolución a través de visitas periódicas del equipo de Trabajo Social. (Código de menores, 1992, art. 61)

Analizando los artículos anteriormente citados, se puede concluir que, en el Código de Menores del año 1992, actualmente derogado, la intervención del equipo interdisciplinario (equipo de trabajo social)<sup>11</sup> era de forma expresa, y tenían deberes y obligaciones emanadas por la ley.

La intervención del equipo interdisciplinario a través de la oficina técnica de acuerdo con el CONA, también son importantes sus informes, en una entrevista realizada a la abogada Tello (2019)<sup>12</sup> acerca de las funciones de la actual Oficina Técnica de la Función Judicial menciona que, la Oficina Técnica es una unidad de apoyo para que el juzgador tenga juicios de convicción para resolver sobre los factores preponderantes en favor de los niños, niñas y adolescentes (interés superior del niño); la intervención de la oficina técnica puede ser a petición de parte o por decisión del juez.

En el actual Código de la Niñez y de la Adolescencia, se puede encontrar una sección de normas especiales, aplicadas a juicio de tenencia compartida, que prescribe:

Art. 290.- Seguimiento de la tenencia.- En la resolución sobre la tenencia, el Juez dispondrá que la Oficina Técnica haga un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 290)

Art. 291.- Motivación del auto resolutorio.- El auto que resuelve sobre la tenencia, debe considerar obligatoriamente la posición del niño, niña o adolescente durante la audiencia, cuidando de no revelar lo que declaró en ejercicio de su derecho a ser oído. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 291)

Al analizar los artículos expuestos, podemos concluir que, existe una semejanza de normas tanto en el Código de Menores de 1992, y en el actual CONA del 2003, puesto en este último, también emana de la ley los deberes que, los miembros de la oficina técnica deben realizar dentro de un proceso judicial en temas tenencia.

---

<sup>11</sup> Los equipos interdisciplinarios estaban compuestos por Trabajadores Sociales, Médicos y Psicólogos.

<sup>12</sup> Abogada por la Universidad Central del Ecuador, Diplomado superior en Mediación por la Universidad Central, Abogada litigante Consultorios Jurídicos de la Universidad Central del Ecuador.

Y en lo que respecta, a la figura de la patria potestad, este cuerpo normativo, lo define en su artículo 46, de la siguiente manera:

Art. 46.- En este o cualquier otro cuerpo legal la patria potestad comprende los derechos y obligaciones de los padres en relación con la representación legal del menor no emancipado y la administración y usufructo de sus bienes. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 46)

Por otro lado, el CONA, define a la Patria Potestad, de la siguiente manera:

Art. 105.- Concepto y contenidos.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 105)

Y, por último, este cuerpo normativo, define a la tenencia en su artículo 118 de la siguiente manera:

Art 118.- Procedencia (en tenencia).- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 118)

Analizando los artículos mencionados, se evidencia que, la tenencia es una obligación que su cumplimiento favorece al niño, mientras que, la patria potestad es un derecho de los padres para convivir con sus hijos y de este modo tener lazos filiales construidos, estas dos figuras tienen como objetivo el velar por la integridad y el desarrollo adecuado de los niños, niñas y adolescentes; por lo que, siempre ha estado en constante evolución de acuerdo al desarrollo sociocultural y político de cada país. El objetivo primordial, es velar por el interés superior del niño y también que los padres tengan la oportunidad de involucrarse en el cuidado y toma de decisiones de sus hijos.

## **2.2.Marco jurídico de los derechos de los niños en el Ecuador**

Esta investigación tiene como objeto el análisis de los derechos de los niños, niñas o adolescentes en relación al cuidado que debe recibir los niños y niñas y si la tenencia compartida, figura que se pretendía introducir en las reformas son beneficiosas o no para ellos.

En este punto se establecen varias normas jurídicas y se considera que la normativa aplicable es la que a continuación se detalla.

#### **a. Constitución de la República**

En el marco constitucional, se precisa que, se reconocen todos los tipos de familia, además de reconocer a los niños y adolescentes como grupo de atención prioritaria, por lo que, en temas de familia, todo será en favor del desarrollo integral del niño, niña y adolescente, según lo explica el artículo 35 de la Constitución:

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

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

En el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia conceptualiza al Interés Superior del Niño, indicando que nada se puede contraponer a los derechos o necesidades de los niños, al ser grupos de atención prioritaria, consagrados en el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador. Por otro lado, promueve la maternidad y paternidad responsable conjuntamente con la corresponsabilidad que los niños necesitan, cubriendo necesidades de alimentación, crianza y cuidado con la finalidad de incentivar el desarrollo integral de los niños y adolescentes.

#### **c. Código Civil**

En el Código Civil, aún tenemos normas que regulan temas del derecho de familia, es así que en el artículo 283, conceptualiza a la figura de la patria potestad y en base a este existen normas que la regulan, como por ejemplo el alcance de la patria potestad, y los momentos en el que los niños pueden, dentro del proceso, intervenir con la presencia de quien este ejerciendo,

en ese momento la patria potestad; no obstante, en el Código de la Niñez y Adolescencia también regulan temas de la patria potestad como son la suspensión y la privación de la misma.

Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia. (Código Civil, 2005, art. 283)

#### **d. Convención sobre los derechos de los niños**

En 1989 entra en vigencia la Convención de los derechos de los niños, los cuales en esta recogen los derechos civiles, sociales, culturales, económicos, etc., que todo niño posee, el Ecuador fue el tercer país en firmar el tratado y a nivel mundial ha sido uno de los instrumentos más acogidos por los Estados Partes, por lo que el 20 de noviembre se lo bautizó como el Día Universal del Niño, haciendo alusión a esta convención.

#### **e. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

##### Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (PIDESC, 1976, art.10)

En el artículo 10 de este Pacto, los Estados partes se comprometen a cuidar el desarrollo integral del niño, reconociendo a la familia y brindando asistencia a la misma, indicando que es la parte fundamental para el desarrollo de los niños, además, de otorgar protección a las mujeres embarazadas, precisando que, en concordancia con la Constitución del Ecuador, también son consideradas como grupo de atención prioritarias.

## **f. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

### Artículo 24

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art.24)

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se desarrolla el principio de igualdad y no discriminación, estableciendo que los derechos son para todos los niños sin portar su etnia, color, sexo, género, idioma, entre otros aspectos; por otro lado, desarrolla el derecho a la identidad, puesto los Estados Partes se ven en la necesidad de prestar todo lo necesario para que el niño recién nacido sea inscrito y tenga un nombre y por ende para que reconozcan su nacionalidad.

### **Tipos de tenencia en la doctrina**

La tenencia se la puede considerar como, una figura jurídica con la cual, los Estados garantizan el bienestar del hijo o hija de familia una vez que los padres han decidido disolver su vínculo matrimonial o la unión que formaron, en armonía con el tiempo y el espacio; y la responsabilidad del cuidado de los niños o adolescentes será dividido entre los progenitores.

Según Armas (2017) cuando un vínculo matrimonial se quebranta, indudablemente, los cónyuges así como los hijos empiezan una etapa de duelo familiar, porque uno de ellos ha salido del hogar; para lograr superar esta etapa, es necesario la intervención del trabajador social, con el objetivo que pueda realizar una inserción social, en la cual, tanto los niños y adolescentes, puedan aceptar la nueva realidad que han de vivir a partir de que el vínculo de unión matrimonial se ha disuelto por completo.

Según la revisión doctrinaria, encontramos tres tipos de tenencia: la tenencia Dividida; la de Anidamiento y la tenencia Compartida, los cuales se desarrollarán a continuación.

Dentro de los tipos de tenencia encontramos:

**a. Tenencia Dividida**

La doctrina ha establecido que la tenencia que se concede en la mayoría de países es la tenencia uniparental, por lo que, Quezada (2017) enfatiza que:

Hay que señalar, además, que en la actual legislación ecuatoriana el único régimen vigente que puede ser impuesto por vía legal es la tenencia unipersonal, es decir, se le asigna la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, siendo el otro quien deba ajustarse a un régimen de visitas y al pago de una pensión de alimentos. (p.13)

Esta modalidad es la única y la más utilizada dentro del sistema judicial ecuatoriano, la misma que consiste en que los progenitores, una vez divorciados o separados, la tenencia del niño o adolescente la tiene un progenitor, mientras que, al otro, se le regula régimen de visitas para no perder el vínculo filial y debe aportar económicamente para el desarrollo social del hijo relación que implica construir una buena comunicación como parte de sus responsabilidades en la crianza del hijo en común.

En nuestro sistema judicial ecuatoriano, es muy común que el juez siempre otorgue la tenencia a la madre si el hijo es menor de doce años, sin previo informe de trabajo social, siempre y cuando no existan impedimentos que pongan en riesgo la integridad física y emocional del niño o niña, por lo que, atendiendo esta norma, se toma en cuenta que, para aplicar la Tenencia, se deben seguir las reglas específicas que norman a la patria potestad del artículo 106 del CONA.

En este artículo cuando hace mención al “*perjuicio de los derechos del hijo o hija*”, se refiere a los derechos elementales de cualquier ser humano, por ejemplo, a desarrollarse en un ambiente sano, derecho a la recreación del niño, a la cultura física, los mismos que al otorgar la tenencia a los padres pueden caer en el error de limitar derechos y perjudicar su desarrollo (Pérez, 2017).

## **b. Tenencia de Anidamiento**

La tenencia de anidamiento, no es parte de nuestro ordenamiento jurídico y por esta razón es muy poco conocida y consiste en que:

... los hijos tienen solo un domicilio y son los padres quienes deben compartir con los hijos en este hogar por períodos de tiempo que pueden ir desde días, semanas, meses y trasladarse a este domicilio para encargarse del cuidado de los menores y cada padre cubrirá los gastos de educación, alimentación, salud; lo que necesiten durante el período que este conviviendo con los hijos. (Barrera, 2015, 52)

Este tipo de tenencia, no es recomendable en nuestro medio, por cuanto, el hijo, necesita el cuidado de los progenitores todos los días a todas horas y, que los padres se movilicen hacia el domicilio del niño ya que mantener un tipo de hogar así es costoso y en la situación actual mantener dos tipos de hogares es bastante difícil.

Esta figura es parecida a la de la tenencia compartida, que presenta la doctrina en la cual los progenitores comparten su domicilio con el niño, la particularidad es que el niño o adolescente no sea trasladado a los hogares de los progenitores mientras esta modalidad los progenitores sean quienes se trasladen al hogar de los niños para compartir los tiempos que indique el juez o ellos por un acuerdo de voluntades lo han estipulado ante el juez, asumiendo las responsabilidades para cubrir sus necesidades físico mentales (Pérez, 2017).

## **c. Tenencia Compartida.**

La tenencia compartida como se ha venido explicando, es cuando el padre y la madre se comprometen al cuidado del hijo o hija de forma separada, con la misma responsabilidad de cuidado con el hijo o hija, en esencia, este régimen permite a los progenitores imponer sus reglas y su cultura dependiendo del hogar en donde se vaya a desarrollar el hijo o hija.

Estos tres regímenes de tenencia, son los más conocidos dentro del Derecho de Familia, sin embargo, en el Ecuador solo aplicamos el primer régimen hasta la actualidad (Quimbita, 2017).

Doctrinariamente, para Pérez (2017) en lo que respecta a la tenencia compartida, indica que pueden ser de dos tipos de carácter:

**De carácter físico:** El niño o niña vive un período con el padre y un período de vivencia con la madre, aquí existe un traslado del niño o niña a la casa de los padres.

**De carácter legal:** esta opción se asimila a un régimen de visitas abierto, en el cual los padres comparten en la toma de decisiones y la convivencia será con los dos padres sin que se traslade el niño o adolescente a la casa de uno de ellos (Pérez, 2017).

### **2.3. Formas de obtener la tenencia de niños y adolescentes en el contexto ecuatoriano**

Revisado el CONA, 2003, en el tema de tenencia, encontramos que, el artículo 118, nos contextualiza todo lo referente a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, es así que manifiesta que:

En relación a los derechos y obligaciones comprendidos en el artículo 105 del CONA, respecto a la patria potestad, tenemos el derecho de cuidado, la educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos en materia de tenencia, se remite, el juez, al cumplimiento de los mismos para efectos de otorgar la tenencia.

Siguiendo con el contenido del mismo título de la tenencia, indica que, las resoluciones sobre este tema no causan ejecutoría, por lo tanto, a solicitud de las partes, el juez podrá modificarlas “si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia” (CONA, 2003, art. 118).

De igual manera, el cambio de tenencia, esta resolución se modificará cuando se compruebe que existen daños a nivel psicológico para lo que el juez pedirá ayuda profesional; esta resolución es de ejecución inmediata, “*debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento de domicilio en donde se presume, se encuentre el niño o niña*” (CONA, 2003, art. 118).

En relación a la recuperación de un hijo, cuya tenencia tiene un determinado progenitor, y ha sido llevado al extranjero sin autorización del otro progenitor, “los organismos componentes

del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país”.  
(CONA, 2003, art. 118).

Armas Padilla (2019) nos menciona que:

Se debe apoyar en los informes técnicos emitidos por los profesionales de distintas áreas interdisciplinarias, ya que los expertos pueden emitir criterios que el juez obvia o no toma en cuenta al parecerle irrelevante, por lo que estos informes pueden revelar información primordial para el precautelar el interés superior del niño.

### **Procedimiento para que el juez otorgue la tenencia a uno de los progenitores**

En el actual Código de Niñez y Adolescencia no define a la tenencia únicamente se define a la Patria Potestad, sin embargo, en el artículo 118 del CONA prescribe al procedimiento de la tenencia y en su primer inciso hace referencia al artículo 106 cuando indica: “sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106” las mismas que son las siguientes:

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

En este artículo, el código presenta múltiples opciones para el otorgamiento de la tenencia, todas ellas encaminadas a la protección de los niños; por lo que, para hacerlo en primer lugar tomará en cuenta el acuerdo de los progenitores sin que se vulneren dichos derechos, caso contrario, se confiará a la madre en caso de menores de doce años, en el caso de mayores de doce años se analizará la estabilidad emocional de los progenitores y si están en las mismas condiciones se le confiara a la madre; y si los dos progenitores no cumplen los requisitos se designará un tutor.

En el caso de existir una separación o divorcio el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece normas concretas para el otorgamiento de la tenencia, poniéndoles en una posición de ventaja frente a cualquier tipo de riesgo, proponiéndoles alternativas para su cuidado dando lugar a un desarrollo idóneo y acorde a sus necesidades.

#### **2.4.Suspensión y privación judicial de la tenencia: diferencias**

Respecto a la suspensión de la tenencia, esta se rige por las mismas reglas de la patria potestad, dentro de la tenencia, como lo regula el Código de la Niñez y Adolescencia, existen dos escenarios para dar por terminada la patria potestad, es por esta razón que, es indispensable precisar la diferencia entre la suspensión de la patria potestad con la privación de la misma; en este sentido, nuestro ordenamiento jurídico de manera puntual y expresa manifiesta en sus artículo 112 y 113 respectivamente, del CONA, una definición de cada una de ellas.

En el artículo 112 que corresponde a la suspensión de la patria potestad, expone lo siguiente:

Art. 112.- Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,

6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectada podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad.

Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor.

Por su lado, en el artículo 113 de la mencionada norma, hace referencia a la privación de la patria potestad en la que menciona lo siguiente:

Art. 113.- Privación o pérdida judicial de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso penal.

Al analizar estos dos artículos las diferencias que podemos encontrar al revisar estos dos artículos es que, en la suspensión legal, se emite a través de una resolución, pero una vez extinta la causa que originó la suspensión de la patria potestad, el progenitor afectado, la puede volver a recuperar, por lo tanto, si gozaba de la tenencia, el progenitor puede volver a solicitarla, mientras que, en la privación judicial de la patria potestad, esta no se la puede recuperar, por todas las causas del artículo 113 ya que estos son sumamente peligrosos, puesto ponen en riesgo los derechos de los niños y adolescentes; y al tener un caso en el que los dos progenitores son inhabilitados, al hijo en común se le asigna un tutor o en el último de los casos, se declara la adaptabilidad del mismo.

## **Tendencias Jurídicas para otorgar la tenencia**

Dentro de la práctica judicial ecuatoriana, según el artículo 106 del CONA “*la preferencia de la tenencia de los niños y niñas tiene la madre*”, y a su vez el padre se le otorga el derecho a visitas como lo consagra el artículo 122 del Código de la Niñez y Adolescencia

Art. 122.- Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión. (CONA, 2003, art. 122)

En relación a la tendencia jurídica de otorgar la tenencia a favor de la madre de los niños, en la doctrina encontramos algunas teorías que podrían justificar estas resoluciones judiciales, al respecto, se va a contextualizar algunos de estos enfoques.

### **a. Teoría de los Años Maternos**

Dentro de esta investigación y, para entender la importancia de que la tenencia debe estar siempre ligada al vínculo materno, se debe tomar en cuenta varios considerandos, dentro del desarrollo infantil, donde estrictamente los vínculos fuertes se empiezan a construir desde la primera lactancia del recién nacido en el cual, inicia a explorar el cuerpo de su madre.

El Ministerio de Salud de Colombia manifiesta que:

La lactancia materna dentro de la primera hora de nacido el bebé estimula la liberación de la oxitocina, hormona que ayuda a contraer el útero, expulsar la placenta, reducir el sangrado post parto y genera sentimientos de amor capaces de estrechar el vínculo afectivo madre hijo. La lactancia materna exclusiva puede retrasar un nuevo embarazo y a largo plazo las madres que amamantan tienen menos riesgo de sufrir cáncer de mama y de ovario. (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, s.f.)

Gracias a esta unión primordial del niño con su madre es importante mencionar que más adelante los niños (varones) tendrán un sentimiento de pertenencia con su madre, el cual, es normal y común en la edad de los tres, cuatro y cinco años de edad.

Para los profesionales Garelli y Montuori, (1997) dicen que: “ Entendemos por attachment el vínculo afectivo que une a una persona o a otra específica, claramente diferenciada y

preferida, vivida como más fuerte y protectora, y que las mantiene unidas a lo largo del tiempo. Un individuo puede estar vinculado (attached) a más de una persona, pero siempre se trata de un número pequeño de personas, nunca a muchas” (p. 122).

El recién nacido al momento de ir creciendo, desarrolla el instinto de supervivencia que, al igual que una esponja, asimilan el proceso de convivencia con otros seres, de igual forma el desarrollo de sus habilidades dependerá de sus compañeros de vida, por otro punto el lado materno es el que hace trabajar emociones y sentimientos debido que, durante nueve meses han estado conectados mediante el cordón umbilical, el cual, ha ayudado a la alimentación pero después de la separación del claustro materno ayuda a las emociones.

Siguiendo a estos autores, las circunstancias varían dependiendo del parto, ya que, si tenemos un parto exitoso podemos definir que no existirá un desapego, mientras que si, durante el parto el hijo o la madre debe ausentarse por varios días, el recién nacido presentará síntomas de desapego materno, en el cual, la alimentación se verá afectada, pues en su inconsciente por más pequeño que sea, se está desarrollando, la sintomatología que varía de cinco a siete días; este proceso se conoce como la vuelta a casa; como todo procedimiento pueden existir varios casos, el primero, el de no verse afectado, algunos solamente se alejan y otros se muestran atemorizados por el cambio de ambientes.

Para Garelli & Montuori, (1997) “ La separación física de los padres significa un importante estrés psicológico para los niños pequeños, muchas veces con consecuencias para el desarrollo de su futura personalidad. Pero no solo la separación física, sino también la falta de contacto emocional y afectivo profundo puede dejar severas huellas en el niño. Una madre emocionalmente ausente debido a la causa que fuere: depresión, preocupación por otras cuestiones ya sea económicas, de enfermedad, afectivas, también es un factor de estrés en la crianza de ese niño” (p. 125).

Este proceso se desarrolla, desde el primer día de nacido hasta los 5 años de edad, por lo que podría ser contextualizando cuando se produce la separación de los progenitores y, estos no se ponen de acuerdo respecto a la tenencia de los hijos en común, podemos concluir que, la pelea por la tenencia del niño o niña va más allá de la protección y abrigo del mismo, por el contrario, ponen en manifiesto intereses adulto-céntricos frente a los intereses y necesidades de sus hijos.

En el caso del padre tenemos una perspectiva distinta, puesto que, biológicamente el padre no ha intervenido en el período de gestación, por este motivo el reconocimiento al padre dura mucho más que en el reconocimiento de la madre, en este caso, la tenencia compartida no es la mejor opción porque puede afectar el desarrollo de los niños.

#### **b. Efectos del desapego materno en los primeros años**

La separación materna en los primeros años de vida de los niños y niñas, tiene un efecto en la salud mental de los niños y va más allá de la crianza física del niño, o adolescente; tanto el desenvolvimiento, como la psicología y la inteligencia, son los principales instintos que están inmersos en el primer desarrollo del niño y estos lo hacen gracias a la lactancia materna.

El nombre científico que recibe la separación del vínculo materno-filial, se llama privación maternal, pero no siempre es privación maternal cuando la madre es alejada o se ha alejado de su hijo, existen casos que la privación maternal se puede producir en cualquier tipo de ambiente familiar, y puede evidenciarse estas patologías familiares; el niño acoge la calidad de privado materno-filial a raíz de la separación de la madre, en este caso, este sería un primer resultado si entra en vigencia la tenencia compartida, considerando que, el niño de cinco años sería privado de su madre; inicialmente no se percibirían daño o afectación alguna, sino los resultados sobre estas decisiones serán visibles a mediano y largo plazo.

Existen efectos contraproducentes<sup>13</sup> que se derivan de la privación materno-filial, los cuales pueden variar dependiendo de cada circunstancia, por ejemplo, el tiempo, la edad, y las situaciones esto se conoce como una variación en la intensidad del caso a tratar. La primera privación que podemos diagnosticar o identificar es la Privación Parcial, en que, como sintomatología tenemos una depresión tanto para la madre como para el hijo, incluso el sentimiento de venganza contra el padre se vería elevado, debido que como principal culpable están las actuaciones del progenitor varón.

Dentro del Derecho de Familia acerca de los conceptos de hogares desechos el especialista Bowlby (1954) “En lugar del concepto de hogar deshecho necesitamos poner el de la anomalía de las relaciones entre los padres y el niño que aparece con frecuencia, aunque no siempre, ligada a aquel concepto” (p.15).

En 1952, ya se desarrollaban los estudios sobre la sintomatología de la separación materna, sesenta y siete años más tarde, existen varios estudios sobre lo mismo, sin embargo, los síntomas no ha cambiado pero lo más preocupante es que los casos han aumentado en gran cantidad, sin embargo las teorías o tendencias doctrinarias de otorgar la tenencia a la madre; si se presenta el caso de violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes no se pueden adherir a estas doctrinas, por cuanto el deber y la obligación de los jueces es velar por el interés superior del niño.

En este capítulo se ha analizado las tendencias en las que se basan para la decisión del otorgamiento de la tenencia compartida, así como precisar los efectos que producirían el

---

<sup>13</sup> El Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia dice: Las enfermedades crónicas no transmisibles atribuidas a la ausencia de lactancia materna son, las alergias, obesidad, diabetes, hipertensión y algunos tipos de cáncer. Las tasas de diarrea, las infecciones de las vías respiratorias, la otitis media y otras infecciones, así como las defunciones causadas por estas enfermedades, son menores en los lactantes que son amamantados durante los primeros seis meses de vida en forma exclusiva, que entre los amamantados en forma parcial, o no amamantados. El desarrollo intelectual y motor de los niños amamantados sobresalen en pruebas de desarrollo intelectual y motor, en comparación con los que no son amamantados, estos beneficios son significativamente mayores en los bebés nacidos con bajo peso y los amamantados por más tiempo. (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, s.f.)

desapego materno, por otro lado se analizó el procedimiento que la ley establece para el otorgamiento de la tenencia, también las causas y consecuencias para que proceda la pérdida judicial de la tenencia así como la suspensión de la misma, estableciendo diferencias emanadas por la ley.

En el siguiente capítulo se analizará acerca de la tenencia compartida desde la visión del Derecho Comparado, además de precisar los factores que inciden en las mismas y también especificar la intervención de los enfoques interdisciplinarios.

## CAPÍTULO III

### 3. De la Tenencia Compartida en el Derecho Comparado

#### 3.1. Definiciones

En la doctrina encontramos la definición de la tenencia compartida y también de la custodia legal compartida como una homologación de tenencia compartida la misma que es analizada por doctrinarios que han estudiado este tema como, Badaraco (2018), que, define así:

...la tenencia compartida es la situación legal por medio de la cual en caso de divorcio o separación matrimonial ambos padres ejercen simultáneamente la custodia legal de sus hijos menores de edad de acuerdo a las mismas condiciones y derechos sobre ellos. Por lo que la tenencia compartida debe ser entendida como el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos. Por lo tanto, la tenencia compartida debe propiciar los espacios adecuados para que el papá y la mamá que se divorcian, ejerzan la tenencia en forma conjunta. Esto implica que, ambos compartan los días de la semana en forma alternativa con sus hijos, para velar por su cuidado, protección y cuidado del niño o adolescente de padres separados.

Por otro lado, también encontramos en su aplicación, en términos de, “Bauseman (2002) quien menciona que en la custodia legal compartida los menores tienen una residencia principal, que suele conservar uno de los progenitores. Este tipo de custodia a los menores no les asegura una comunicación fluida y constante con el progenitor no residente, pero sí se garantiza que ambos progenitores sigan participando de manera permanente y activa en su vida y se tengan que poner de acuerdo cuando haya que tomar decisiones sobre ellos.” (Citado por Fariña, Seijo, Arce, & Vásquez, 2017)

Por lo que, para su aplicación tanto de la “tenencia compartida” y “custodia compartida” son conceptos similares.

Al respecto Pérez (2017) nos dice que:

En derecho familiar la custodia compartida constituye una de las modalidades que los padres, en caso de divorcio o separación, tienen el derecho y la obligación de ejercer en igualdad de condiciones y en beneficio de los hijos menores de edad. Esta modalidad es oponible a la custodia monoparental, donde sólo uno de los padres ejerce la custodia de los hijos, confiriéndose al otro el derecho a visitar a sus vástagos, indistintamente de la obligación del pago de alimentos, vestimenta, comida, estudios, etcétera. (Pérez, 2017, pág. sp)

Si bien es cierto que, existe diferencias entre la ley española y la ley ecuatoriana, debemos tomar en cuenta que varias de las figuras jurídicas en su tratamiento y aplicación son similares,

una de ellas es acerca de la tenencia; al respecto, De Torres Perea (2011) afirma que: “Es un tópico en nuestra jurisprudencia considerar que solo la madre puede aportar el afecto, cariño y cuidados necesarios para el hijo, considerar que la maternidad es buena y no tanto la paternidad” (p.11).

En los últimos años en América, así como en otros continentes, incluyen en sus legislaciones la tenencia compartida los países como: Perú, Argentina, Chile, Puerto Rico, España han incorporado la Tenencia Compartida dentro de sus ordenamientos jurídicos, que, ha sido comentada por juristas y padres de familia, por otro lado, han permitido el desarrollo de jurisprudencia sobre la tenencia; no obstante que, se debe considerar las diferencias de carácter cultural y social; y han incorporado la tenencia compartida a través de reformas de ley y proyectos de ley.

### **3.1.1. Perú**

En Perú, la figura de la tenencia compartida es promulgada en la Ley 29269 del año 2008, que reforma al Código de los Niños y Adolescentes, teniendo más de una década de aplicación;

La tenencia compartida en este país se desarrolla de la siguiente manera:

Artículo 81°.- Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente. (Ley 29269 de Perú, 2008, art. 81)

A continuación, el mismo código, expone que cuando existe un caso de variación de tenencia, el juez deberá resolver apoyado en el informe técnico del equipo multidisciplinario, por otro lado, la otorgará con derechos progresivos, sin que afecte el desarrollo y la integridad del niño o adolescente.

Para el otorgamiento de la tenencia el juez debe analizar dos criterios que son: el primer criterio que observa el tiempo de convivencia con sus progenitores durante el proceso de separación; el segundo criterio es que, si el hijo es menor de tres años de edad la tenencia es

exclusivamente de la madre, y por último quien no goce de la tenencia del hijo en común, se le asignará régimen de visitas.

### **3.1.2. Bolivia**

En Bolivia, la “tenencia compartida” es denominada como la “guarda compartida” fue promulgada el 19 de noviembre de 2014 en la Ley 603 denominada “Código de las Familias y del Proceso Familiar”, en su artículo 217; identifica la guarda compartida, y lo primero que indica es que la tenencia compartida es un tipo de régimen de vida en la cual están inmersos los padres de familia en la que ambos progenitores participarán del crecimiento del niño o niña.

Según la Ley 603 denominado Código de las Familias y del Proceso Familiar del 19 de noviembre de 2014, en el artículo 217 establece que:

La guarda compartida es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de las y los hijos comunes, mediante un acuerdo voluntario que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

El acuerdo establecerá la frecuencia con la que cada progenitor mantendrá una relación directa y regular con los hijos o hijas y el sistema de asistencia familiar, bajo la supervisión del equipo interdisciplinario de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

Según La Defensoría de la Niñez y Adolescencia de oficio, la madre, el padre o ambos podrán solicitar el cese de la guarda compartida cuando la situación no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad de las hijas o hijos, en cuyo caso la autoridad judicial tomará las medidas necesarias para la protección de las hijas e hijos. (Ley 603, 2014, art. 217)

En este sentido, se debe puntualizar que el que la situación no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad física y emocional de los hijos, la autoridad judicial tomará las medidas necesarias, una vez más se entrega al juez la potestad de analizar circunstancias del entorno natural y social en donde posiblemente el hijo o hija se desarrollará.

### **3.1.3. Chile**

En Chile, hasta la actualidad los temas de familia y niñez se los trata a través del Código Civil chileno, considerando así que este país no tiene un Código de Familia o un Código de Niñez y Adolescencia; por lo que en el Código Civil el tratamiento de “tenencia compartida” es igual que la “custodia compartida”.

El 21 de junio de 2013, mediante Ley 20680, se incorpora la custodia compartida, hito importante dentro del Derecho Civil con el objetivo de brindar mayor protección integral a los niños, niñas y adolescentes.

En artículo 225 del Código Civil Chileno, se indica lo siguiente:

Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

(...)En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Analizando este artículo se afirma que, la custodia compartida, no es otorgado por juez sino que es un trámite administrativo ante el Notario, este otorga una escritura pública donde el acuerdo de los padres priman y, si se realiza ante el juez, esta no podrá fundar su decisión exclusivamente en la capacidad económica de los padres, sin embargo, no hace mención acerca de las cuestiones sociales o culturales de los hogares a los cuales el menor de edad se va a ver sometido.

Como una observación a esta normativa no cuenta con una autoridad que monitoree el resultado hasta llegar a la sentencia; considerando que el notario no cumple esta función por lo que podría ser que la decisión de los progenitores solamente responda a sus intereses particulares y no a la de los niños y adolescentes, estos son intereses adulto-céntricos.

#### **3.1.4. Argentina**

En Argentina, se promulga la Ley 26/994, el 7 de octubre de 2014, denominada “Código Civil y Comercial de la Nación”, que, es el que regula los temas relacionados con la tenencia y patria potestad de los niños y adolescentes.

El artículo 648 del Código Civil y Mercantil de Argentina, establece y regula el cuidado personal del hijo o hija, indicando lo siguiente: “Cuidado personal: Se denomina cuidado

personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” (Ley 26/994, art. 648).

A continuación, se establecen los tipos de cuidado personal compartido, que están obligados los progenitores a cumplir; el cual está regulado en el artículo 650 que manifiesta:

Art. 650. **Modalidades del cuidado personal compartido.** El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto.

**En el cuidado alternado**, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. **En el cuidado indistinto**, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Dentro de esta normativa, se deben tomar en cuenta las reglas generales que dispone para el cuidado personal de los hijos, ya que dicha *coparentalidad*, puede ser solicitada por uno o los dos progenitores y es otorgada por el juez, de oficio o a voluntad de las partes. Como primera opción el juez debe conceder el cuidado indistinto, excepto que sea perjudicial o no sea posible en beneficio del interés superior del niño.

### 3.1.5. Puerto Rico

En Puerto Rico, la unión familiar, está considerada dentro de las políticas públicas, siendo el Estado el responsable de ayudar a la convivencia entre cónyuges e hijos, es por esto que en el año 2011 se expide la Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el proceso de adjudicación de custodia, la cual en su parte introductoria indica lo siguiente:

Los efectos negativos del divorcio en la conducta de los/las niños(as) han sido ampliamente documentados en diversos estudios realizados, tanto en Puerto Rico como a nivel mundial. Estos estudios sugieren que al compararse los niños que sólo cuentan con la presencia de uno de los progenitores, con aquéllos que gozan de la presencia de ambos, los primeros exhiben más agresividad, impulsividad y comportamiento antisocial; tienen mayor dificultad en sus relaciones con personas de su edad; son menos obedientes con las figuras de autoridad; exhiben más problemas de comportamiento en la escuela; y a largo plazo presentan más posibilidades de involucrarse en el crimen o la droga, cometer suicidio, abandonar la escuela, huir del hogar y/o presentar un serio problema de inestabilidad emocional. (Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el proceso de adjudicación de custodia, 2011)

Dentro de un proceso de divorcio o separación de los progenitores, esta ley determina que el juez tiene el deber de plantear como primera opción la tenencia compartida, debido a que se han visto resultados favorables tanto en temas de comunicación, así como en pensiones

alimenticias, régimen de visitas, coparentalidad y buenas relaciones entre los progenitores con la finalidad de precautelar el bienestar del niño.

La mencionada ley, conceptualiza a la tenencia compartida en los siguientes términos:

Artículo 3.- Definición de Custodia Compartida.- Para los propósitos de esta Ley, custodia compartida significa la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos, relacionándose con éstos el mayor tiempo posible y brindándoles la compañía y atención que se espera de un progenitor responsable. (Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el proceso de adjudicación de custodia, 2011, art. 3)

Este tipo de tenencia compartida es impuesta por el juez porque él como administrador de justicia, no analiza si los progenitores están o no de acuerdo con dicho régimen, o si han solicitado la tenencia monoparental, solo la impone si cree que es lo mejor para el menor.

### **3.1.6. España**

En España se introduce a la tenencia compartida en la ley 15-2005, como figura jurídica en el año 2005, la misma que es ley reformatoria a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 92 numeral 5 y 8, que menciona:

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

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. (Ley 15/2005, 2005, art. 92)

Se debe precisar que, el uso de la terminología de “custodia compartida” “guarda conjunta” y “tenencia compartida” es similares en su aplicación; dentro de la realidad española, a partir de que se promulgó ésta ley la investigadora profesional Gomez (2016) indica:

Aunque a partir de la reforma del Código Civil y los pronunciamientos del TS, los Jueces y Tribunales son más proclives a su implantación, en la práctica no se ha producido un incremento significativo de las resoluciones acordando esta modalidad de guarda y custodia: en 2013, la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 76,2% de los casos; en el 5,5% de los procesos la custodia la obtuvo el padre, y en el 17,9% de los supuestos de separación de ese año la custodia fue compartida. (s.p)

En el año 2005, en España tras aprobarse la ley 15/2005 del 8 de julio, que contiene algunas reformas al Código Civil sobre divorcio y separación, incluyeron la figura jurídica de la Custodia Compartida, la misma que, en la actualidad, está en vigencia y su regulación va más allá de otorgar la tenencia compartida puesto que, indica que, en caso de no llegar a un mutuo acuerdo uno de los progenitores podrá pedir la custodia compartida siempre y cuando tenga un aval favorable del Ministerio Fiscal. Como se menciona en el artículo 92 de la mencionada ley.

En una entrevista realizada a Muisín (2019), nos menciona que la tenencia compartida es

Considero que es un avance entorno al derecho del niño o niña que está en juego dentro del proceso de separación de sus progenitores, esta tenencia compartida que asigna el cuidado del hijo a ambos progenitores de una u otra manera es un avance entorno a darle una concepción de vida adecuada a ese niño que está siendo parte de un proceso el cual su padre y madre se separan y además es clara la tenencia compartida en base a los periodos de convivencia, vacaciones, fechas importantes, el lugar de la residencia, los hijos en cada periodo y como se va a satisfacer las necesidades en conjunto de los derechos de los hijos. Se debe garantizar el derecho de un proceso de crianza adecuada, proceso de acompañamiento de su vida durante todo el ciclo de desarrollo integral, porque eso va a permitir que el niño, niña o adolescente esté en condiciones de formarse con un juicio propio tomando en cuenta su edad y grado de madurez cuando se ven sometidos a un proceso de separación.

### **3.2. Intervención de los enfoques interdisciplinarios en el proceso de otorgamiento de la tenencia**

En el proceso jurídico vigente en Ecuador, cuando la tenencia es disputada, sería indispensable la intervención de los enfoques interdisciplinarios a través de la Oficina Técnica, los mismos que aportarían elementos y circunstancias que se deberían tomar en cuenta al momento de otorgarla; todos estos elementos encontrados por los profesionales tanto de psicología, trabajo social, pedagogía y medicina deben ser insertados dentro de un informe el mismo que, el juez podría considerarlo.

Según Volkheimer (2011), en el enfoque interdisciplinario aplica el conocimiento de varios campos científicos, quienes emiten criterios de otras disciplinas para resolver varios problemas; es decir interactúan las ciencias generales. Con esto se aprecia la importancia de la intervención interdisciplinaria, con la finalidad de precautelar el interés superior del niño.

## **Trabajo Social**

En términos generales Ander-Egg (1992)<sup>14</sup> indica que el trabajo social, como profesión, está orientada a realizar un trabajo metódico, que vaya más allá de la pura visualización del problema; está encaminado a buscar una solución al problema planteado desde tres perspectivas, por ejemplo, trabajo social de caso, trabajo social de grupo y trabajo social de comunidad.

También se deben considerar varios elementos para las conclusiones finales, donde el trabajador social, en base a una indagación correcta de antecedentes, puede obtener medios que pueden ayudar al juez a la toma de decisiones; dentro del informe técnico se debe considerar a todo el grupo familiar con el que el niño, niña y adolescente convive, con el objetivo de observar su entorno social, costumbres, tradiciones y demás elementos.

Dentro del informe de trabajo social, se debe identificar al niño o adolescente, a sus padres, hermanos y a toda la familia ampliada que son los abuelos, los tíos y los primos; puesto que, la realidad social identificable comprende a todo ser humano que conviva con el niño; además de hacer constar los ingresos mensuales de sus representantes, en este punto si bien es cierto la calidad económica de los progenitores no influiría en la tenencia compartida, es más es un factor importante pero no vinculante, porque la ley no señala el aspecto económico para decidir sobre la tenencia.

Además de estos factores, se deben analizar enfermedades del círculo familiar, debido a que, uno de estos padecimientos imposibilite el ejercicio de la tenencia compartida, ya sea por, visitas al médico o un tratamiento para aliviar o curar la enfermedad que sobrelleva algún miembro de la familia; tratamientos como una quimioterapia, diálisis, entre otras se deberían considerar al momento de practicar la tenencia compartida.

En una entrevista realizada a Muisin (2019) menciona que:

---

<sup>14</sup> Investigador, y consultor; ha publicado investigaciones sobre trabajo social, pedagogía e investigación social.

Es fundamental sobretodo tener el apoyo y respaldo de los profesionales que trabajan alrededor del asesoramiento, de la orientación y de la guía en estos proceso, porque la decisión del juez desde el plano del derecho limita esa condición de entender ¿Qué es lo que pasa alrededor del niño? Y cuando no existe un proceso de investigación adecuada lo que se termina a veces es perjudicando el desarrollo emocional, psicológico y social del niño o adolescente; entonces, eso sí debe entenderse que es idóneo en los juzgados sobre todo cuando hablamos de casos de divorcio en donde nos jugamos la suerte de un tercero al momento de trabajar desde el aspecto social o desde el trabajo social en donde hacemos una investigación exhaustiva pericial de lo social alrededor de éste tercero que se encuentra dentro del proceso de la disolución conyugal porque se debe plantear alternativas y se debe reconstruir a esta pareja que está disolviéndose a como ellos van a apoyar o manejar la crianza compartida de este niño, niña o adolescente que va a ser sujeto del proceso de tenencia compartida, a veces la falta de un adecuado proceso de investigación limita y condiciona la circunstancia de vida de los niños y niñas.

Otro elemento vital que se debe tomar en cuenta es, la carga laboral de los progenitores, debido a las características que este tiene, se podría dar paso a una tenencia compartida o a un régimen de visitas, dependiendo de la apreciación que tanto el juez como de los trabajadores sociales la tenga.

Armas (2017) manifiesta al respecto que: El informe social debe ser obligatoriamente realizado por un profesional en Trabajo Social, puesto está capacitado para emitir criterios, y elaborar un método de trabajo selectivo analizando el caso por caso, para ayudar al desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

### **Psicología**

En este sentido, como parte de los aportes interdisciplinarios estudios psicológicos complementan los informes psicosociales; (Heredia, Santaella, & Somarriba (2011) mencionan que, el estudio psicológico se lo hace para verificar la respuesta del ser humano a varias situaciones que se le presentan a lo largo de su vida. Se lo hace de forma personal a partir del planteamiento de un problema, a este se lo llama estudio de caso; en primer lugar, se realiza la evaluación psicológica donde al paciente se lo valora y se trata de comprender sus problemas y buscar una solución, así, el paciente entrara en confianza y se identificar de mejor forma los problemas.

Dentro del informe psicológico tratamos de identificar al niño o adolescente, al padre, a la madre y a los demás familiares en informes distintos, con la finalidad de tener un esquema de

trabajo metódico en donde se diagnostique por separado todos los elementos que se deben considerar.

Se debe indicar el motivo de la intervención además del procedimiento a usar dentro de cada caso, a continuación, se debe detallar la historia personal y la historia familiar la cual es el primer momento donde el psicólogo debe abarcar todos los elementos con los que se va a trabajar a continuación, debido a que, movimientos, palabras y actuaciones, por más normales que parezcan, se puede extraer varios elementos que se considerarían para emitir un criterio o diagnóstico.

El otorgamiento de la tenencia a cualquiera de los progenitores, cuenta con un análisis interdisciplinario que proviene de otros profesionales que desde otras dimensiones analizan el concepto social, cultural, económico, donde se desarrolla la vida del niño, niña que incluye el interés superior del niño con el objetivo de precautelar su desarrollo integral. De ser necesario, psicología debería hacer realizar una transferencia del niño a psiquiatría, para un tratamiento integral, si se observare que existe un diagnóstico, que, por ley, debe ser tratado por un médico.

Dentro de la práctica judicial, en el ámbito actual de la justicia de niños y adolescentes en el país, contamos con la oficina técnica, que asume estos procesos a favor los niños, niñas y adolescentes; si bien es cierto, los informes emitidos por los profesionales, no son vinculantes, el juez debe tomar en cuenta los criterios emitidos por los mismos, con la finalidad de tener una decisión acertada en cuanto a la decisión para emitir la resolución sobre tenencia compartida, la cual al tener un soporte especializado de forma sistémica, interdisciplinaria y metodológica hace evidente, su interés por cautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

### **3.3.Elementos que se deben analizar en el tema de tenencia compartida desde los enfoques interdisciplinarios**

Se observarán los siguientes criterios: Aptitud de los padres, relación afecto-filial entre padres e hijos, estado de relación entre progenitores, distancia entre los domicilios del padre y

la madre, la presencia del progenitor en la vida del niño o adolescente, la carga laboral, ayuda externa de familiares, la opinión de los niños y adolescentes frente al régimen de tenencia compartida, informe psico-socio-económico desde el apoyo interdisciplinario para el otorgamiento de la tenencia compartida.

Como lo hemos expresado en este Capítulo, la tenencia compartida debería, en el caso de ser aprobado el proyecto de ley reformativo al CONA, incluir algunas disposiciones respecto a los aportes interdisciplinarios previos a su otorgamiento, analizando parámetros como la aptitud de los padres, la relación afecto-filial entre padres e hijos, estado de relación entre progenitores, la distancia de los domicilios de los progenitores, la carga laboral de los padres, la ayuda externa de demás familiares y el criterio de los profesionales plasmados en el informe final.

### **Aptitud de los padres**

La tenencia compartida de manera general se fija en el marco del principio de corresponsabilidad de los progenitores el cuidado y desarrollo del niño, niña o adolescente, algo no muy lejano a lo que actualmente se prescribe en el CONA, pero no se lo aplica en todos los casos, mientras que, por otro lado, la tenencia compartida, se la ha venido practicando mucho antes del proyecto de reforma de ley al CONA.

En una entrevista realizada a una madre de familia, Armas (2019), manifiesta que,

“el derecho de visitas que mantengo con mi ex cónyuge con nuestro hijo, es de modalidad abierta, debido a que, hay días que el padre convive con nuestro hijo y después lo retorna a mi hogar; la relación entre nosotros, como progenitores está en buenos términos. La responsabilidad en el cuidado de nuestro hijo mutua y la practicamos todos los días, sin tener inconveniente alguno para la crianza nuestro hijo, incluso, ha habido veces que mi hijo me pide que lo deje más días con su padre, a lo cual la yo no me opongo porque siento que mi hijo se desarrollará de manera integral estando con papá y mamá”.

A diferencia de lo expresado anteriormente por la entrevistada, existen casos en los cuales no se respeta el derecho de visitas ya sea por decisión errónea de la madre, la falta de interés del padre o por la negativa del hijo, para lo cual estamos frente a un desacato a la resolución

donde se trata acerca del régimen de visitas, pero lamentablemente, la ley no prescribe una sanción por el no cumplimiento del derecho de visitas. Para una aplicación correcta de la tenencia compartida, es necesario tener claro que, los dos progenitores están dispuestos a cumplir con los parámetros que esta exige para una convivencia armoniosa, tanto progenitores como con el niño.

### **Relación afecto-filial entre padres e hijos**

Este segundo factor, es uno de los más importantes, se debe observar que la estabilidad emocional del niño o niña es la que se podría ver afectada; no por el hecho de tener una relación paterno-filial entre padre e hijos, quiere decir que, la relación filial-emocional está del todo estable, por lo que, puede existir una negativa del niño o adolescente, a pasar tiempo con alguno de sus progenitores, en lo cual, los llamados a intervenir y diagnosticar estos hechos, son los psicólogos, trabajadores sociales o psiquiatras, quienes pueden advertir de estos detalles que son de gran importancia para el desarrollo integral del niño, o adolescente en convivencia con sus progenitores.

Para Hudson (2014), especialista en psicología, dice:

Los padres y las madres desempeñan un papel sustancial en el modelamiento de la salud emocional de los(as) niños(as), particularmente en la primera infancia. Para comprender mejor el impacto de la relación padre/madre-hijo(a) en el desarrollo de la ansiedad y la depresión en niños(as), la investigación se ha centrado en tres constructos principales: 1) el grado en el cual un(a) padre/madre puede ser sobreprotector y/o crítico, 2) el modelado paterno/materno de ansiedad y, 3) la seguridad del vínculo de apego del(a) niño(a) con quienes les cuidan. (Hudson, 2014, 1)

Es importante mencionar que, la salud mental de los niños, niñas o adolescentes, es la que se verá afectada si aplicamos una tenencia compartida con la falta de un informa técnico que detecte deficiencias en el factor afecto-filial. Cabe recalcar que, el rechazo de los hijos a uno de los progenitores por influencia negativa realizada por el otro, fue determinado como síndrome de la alienación parental en 1985 por el psiquiatra Gardner, sin embargo, dentro de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y problemas relacionados con la

Salud CIE-10, no especifica un código para identificarla como una enfermedad, como por ejemplo, en el Carcinoma Maligno de Mama es diagnosticado bajo el código C50.9 o C50.

Este síndrome, es resultado de sobreponer los intereses adulto-céntricos y rencores no resueltos dentro del conflicto familiar, para Ceberio (2005) en un reportaje manifiesta que “En un 35% de las separaciones y divorcios se producen situaciones traumáticas, según el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. Cuando hay niños de por medio es frecuente que sean utilizados por los cónyuges como arma arrojadiza” (s.p). Al respecto, siguiendo el autor, Ceberio (2005) afirma lo siguiente:

"Mamá, no queremos verte". "Papá, déjanos en paz y desaparece de nuestras vidas". Son frases que escuchan algunos padres de boca de sus hijos después de un divorcio o separación conflictivos. Sin saber la razón, muchos padres y madres ven cómo el fuerte vínculo que les unía a sus hijos va desapareciendo hasta llegar, en los casos más graves, a la ruptura total. (Ceberio, 2005, s.p)

Este aspecto, a criterio personal, es uno de los más importantes para el desarrollo del hijo, puesto que, para lograr los objetivos que la tenencia compartida se plantea, se debe observar el comportamiento del hijo con sus progenitores, para que no existe ningún tipo de controversia entre ellos.

### **Estado de relación entre progenitores**

Como un tercer factor la relación de calidad entre los padres es de vital importancia puesto que, con una buena comunicación se hace más fácil el cumplimiento de la tenencia compartida, debido a que entre los progenitores velan por el debido desarrollo de sus hijos de forma conjunta.

Al respecto, De la Parra (2008) manifiesta que existen diversos comportamientos después del divorcio o separación de los progenitores, debido que, las cargas emocionales también afectan a los hijos, generando en estos sentimientos de miedo que pueden verse reflejados en su vida adulta.

Siguiendo al mismo autor, analiza la situación de los progenitores, a raíz de su superación o divorcio, aludiendo que, existen varias causales que dan lugar a ellos, como son el

alcoholismo, drogadicción, maltrato a cualquier miembro del núcleo familiar, entre otras y estas mismas, pueden afectar la psiquis del niño o adolescente.

### **Distancia entre los domicilios del padre y la madre**

Para Meco-Tobar (2015) en un comentario titulado “La Alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la Custodia Compartida” indica que:

La cercanía de los domicilios de ambos progenitores y la alternancia de los menores en el domicilio del progenitor no custodio en régimen de visitas amplio son parámetros imprescindibles a considerar para determinar el régimen de custodia compartida, por asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del menor; así como por favorecer un modelo de convivencia similar al anterior a la ruptura matrimonial garantizando a los progenitores la corresponsabilidad en términos de igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos. (Meco, 2015, p.585)

La cercanía de domicilios, es un factor que ayuda de manera directa al niño o niña, puesto que, tiene una respuesta inmediata de los progenitores ante cualquier situación de emergencia, por lo que, la seguridad de cuidado empieza a desarrollarse o no y este último, producto de la ausencia continua de uno de los progenitores y trae problemas más adelante.

### **Presencia de la o el progenitor en la vida del niño, niña o adolescente**

La presencia de los progenitores en la vida del niño, niña o adolescente es de vital importancia para la aplicación de la tenencia compartida, debido a que, en este régimen de tenencia, se establece que los niños y adolescentes deben convivir con su padre y su madre el mismo tiempo, pero, ¿Qué pasa si la o el progenitor no se ha involucrado en la vida del niño, y este no tiene ese grado de pertenencia con sus propios padres?, por tal razón, para aplicar la tenencia compartida se debe analizar los antecedentes de convivencia entre padres e hijos.

Es por esta razón, que la convivencia previa con los progenitores que solicitan la tenencia compartida, es un elemento que debe analizarse en el proceso judicial o en mediación, por parte del equipo técnico para determinar la tenencia compartida, seguido de tomar en consideración, la edad de los niños, puesto que, no es lo mismo compartir una tenencia de niños de 0 a los 3 años de edad, que hacerla con niños mayores de 7 años de edad.

En este sentido Quaglia (1996) (citado por Quaglia & Castro, 2007) manifiesta que, el padre siempre se lo ha mirado como un sujeto secundario en la crianza del niño, niña y adolescente, sin embargo, para estos autores a partir del segundo año de vida es cuando la figura paterna comienza a imponerse para el niño y, pasa de ser un punto en movimiento a uno fijo, donde se va materializando las actuaciones del mismo; sin embargo, no es hasta los 2 años de edad en adelante, cuando el niño experimenta una mini-adolescencia, en el cual existen cambios en el encuentro con el progenitor que salió del hogar.

De esta forma, se afirma que, las configuraciones paterno-filiales con los hijos empiezan en cualquier momento y con el transcurso de tiempo, se fortalecerán; y, en caso de aplicar una tenencia compartida, estos lazos afectivos seguirían su curso, sin afectar el desarrollo integral del niño o adolescente.

### **Carga laboral**

La carga laboral es otro factor a considerar en el otorgamiento de la tenencia compartida, el cuidado del niño o niña, es una corresponsabilidad entre los dos progenitores, dentro de esta, debemos tomar en cuenta algunos criterios para poder otorgar la tenencia compartida.

En primer lugar, es evidente que los ingresos económicos en favor del niño o adolescente, aumentarían considerablemente cuando los dos progenitores trabajan, sin embargo, no es el primordial para poder otorgar la tenencia compartida; ya que, más allá de la economía, el tiempo compartido, la estabilidad emocional y la experiencia compartida son más importantes, porque ayudan al desarrollo integral del niño.

Otro factor que se debe tomar en cuenta poder acceder a una tenencia compartida es la distancia entre los lugares de trabajo y el domicilio, para poder definir exactamente en qué momento convivirá con el padre y con la madre, debido que, si tenemos una carga horaria extendida no se podrá aplicar una tenencia compartida, sino un régimen de visitas como actualmente se lo viene aplicando.

### **Ayuda externa de familiares**

En relación a la tenencia compartida, muchas veces es conveniente, contar con un apoyo externo de otros familiares como abuelos, tíos con los que ha desarrollado un vínculo fuerte; es de vital importancia, para el cuidado de los niños y niñas, ya que, por factores externos ya sea de carácter laboral, social o personal, no se puede cuidar de los niños por atender otro tipo de obligaciones, no más importantes que sus hijos, pero si con una consecuencia al no hacerlo. Es por eso que, los más buscados a la hora del cuidado de los niños y niñas, son los abuelos, ya sean paternos o maternos, siempre serán los más solicitados para esta ayuda externa.

En una entrevista realizada a la señora Corella <sup>15</sup>(2019), menciona en la entrevista que, desde que nació su primera nieta en el año 2010, siempre ha sido ella quien ha estado al cuidado de la misma, ahora ya con tres nietos de nueve, ocho, y tres años de edad, sus hijos, quienes trabajan, le encargan los niños para que les ayude en el cuidado de los mismos.

Antes de pedir una ayuda, a otros familiares, los progenitores deben analizar por ejemplo, el tiempo disponible de los familiares, su edad, su carga de trabajo en el hogar, la empatía de los ayudantes con los progenitores, y el afecto de los familiares para con los niños, niñas y adolescentes; puesto que, este es un factor importante puesto que esta ayuda debe estar inmersa en el cuidado integral.

La ayuda de otros familiares, se la conoce como colaboración efectiva, que coadyuva al cuidado de los niños cuando los progenitores no lo pueden hacer; esto no significaría el descuido de sus responsabilidades con los niños.

### **Opinión de los niños, niñas y adolescentes frente a la tenencia compartida**

Si bien es cierto, el CONA prevé que, a partir de los 12 años de edad, el testimonio u opinión del adolescente será escuchada por el juez, la cual, se la valorará para la toma de decisiones del mismo, mas no será vinculante, sin embargo, no se indica en el caso de los hijos

---

<sup>15</sup> Usuaría de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Montúfar, ciudad San Gabriel

menores de 12 años de edad, puesto que, se supondría que no son escuchados sino a través de sus padres.

El CONA, expresa la diferencia de edades de la siguiente manera: los niños van desde los 0 a los 12 años de edad, la adolescencia se establece desde los 12 años de edad a los 17 años de edad; y la adultez empieza a partir de los 18 años de edad. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 4)

Son varios los instrumentos jurídicos como la Convención de los Derechos del Niño y el, Código de la Niñez y Adolescencia que incluyen como derecho la participación de niños y adolescentes en el proceso judicial

En la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12, manifiesta que:

Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Convención de los Derechos del Niño, Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005, art. 12)

Mientras que en el Código de la Niñez y Adolescencia, expone:

Art. 60.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión. (CONA, 2003, art. 60)

Tanto el Código de la Niñez y Adolescencia, en relación con la Convención de los Derechos del Niño consagran el derecho a ser escuchado a los niños, niñas y adolescentes, dentro de los procesos judiciales, administrativos y de mediación en donde se traten derechos de los mismos.

Al respecto, Muisin (2019)<sup>16</sup>, quien indica que, una de las reglas para otorgar la tenencia, debería ser la opinión del niño o adolescente, sobre todo porque a cierta edad ya se configura un juicio propio tomando en cuenta el proceso de madurez, entonces, es obvio que, la opinión

---

<sup>16</sup> Trabajador Social por la Universidad Central del Ecuador, experiencia en Trabajo Social Médico, Trabajo Social de Vinculación, actualmente docente de planta de la Universidad Central del Ecuador.

del adolescente cuenta y debe ser vinculante al pedido de la tenencia compartida. El niño o adolescente, puede ser el canal o vínculo que nos permita argumentar de forma adecuada con el equipo interdisciplinario, sobre todo, como trabajar alrededor de la relación de cómo se va superando el proceso de ruptura de relación de padre y madre y, de cómo se va fortaleciendo el proceso de relación padre e hijo y madre e hijo a través de la tenencia compartida en sus diferentes etapas.

Al momento de contar con la opinión del hijo, podemos tener una visión más general de un entorno al cual no se tiene un acceso fácilmente, por lo que la opinión debe ser tomada en cuenta en base a su madurez, edad y condiciones físicas y sociales; es decir

### **Informe psico-socio-económico desde el apoyo disciplinario para el otorgamiento de la Tenencia compartida**

La conveniencia de la tenencia compartida depende de varios factores que los hemos mencionado en líneas anteriores, sin embargo, en el proceso judicial o en el proceso de mediación, jueces y mediadores se apoyan en otros profesionales como psicólogos y trabajadores sociales para que hagan un estudio y seguimiento de estos factores que van a permitir contar con una resolución.

En este sentido, Pérez (2000)<sup>17</sup>, manifiesta lo siguiente:

En lo que se refiere a los documentos específicos de Trabajo Social, se vio que los dos documentos que sirven de relación entre los distintos servicios y profesionales son la Ficha y el Informe Social. Son además los documentos que contienen la información más cuantificable y, por tanto, susceptible de tratamiento posterior a efectos estadísticos o de investigación. (Pérez L. , 2000, 75)

Dentro de un informe social, encontramos información relevante, donde quien es el responsable sobre el levantamiento de la misma es el trabajador social, en el cual se identifica un diagnóstico social, evaluar los ingresos de los progenitores y en caso de convivir con la familia ampliada también se lo agrega, nos da la posibilidad de identificar si dentro del núcleo familiar existe algún tipo de adicción como alcoholismo, tabaquismo, drogadicción, etc.

---

<sup>17</sup> Trabajadora social especialista en temas de familia, niñez y adolescencia,

Además, un informe de trabajo social se puede hacer un informe de rasgo psicológico que, nos permite identificar deficiencias dentro del sistema de crianza ya que la información levantada podría mostrar resultados alarmantes sobre violencia contra algún miembro del núcleo familiar, además, nos puede indicar si existe algún tipo de trastorno en alguno de los miembros de la familia los cuales impidan criar a sus hijos. Incluso hacer un estudio más a profundidad, podría ayudar al juez a la toma de decisiones si la tenencia compartida es la mejor opción, para que en un futuro no se vulnere el interés superior del niño.

## **CAPÍTULO IV: Análisis del Proyecto de Reforma de Ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia presentado por el colectivo “Por nuestros hijos”**

El colectivo “Por amor a nuestros hijos” presentó a la Asamblea en el año 2017 el Proyecto de reforma de ley al Código de la niñez y adolescencia, introduciendo la figura jurídica de la tenencia compartida, estableciéndola de la siguiente manera

### *Capítulo ii*

#### *De la tenencia compartida*

**Artículo 126.- De la tenencia compartida.-** *En caso de tenencia compartida, la resolución judicial dispondrá los términos en los que esta se llevará a cabo, contemplando al menos los siguientes elementos:*

- 1. Periodos de convivencia;*
  - 2. Periodos de vacaciones y fechas importantes de los hijos o hijas;*
  - 3. Lugar de residencia de los hijos o hijas en cada periodo, y lugar de domicilio para fines legales correspondientes, según lo determine la o el juez;*
  - 4. Mecanismos para garantizar la satisfacción del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial el derecho de alimentos;*
  - 5. Régimen de visitas y comunicación cuando los periodos de convivencia sean prolongados.*
- Los progenitores, en el acuerdo inicial, podrán formular una propuesta sobre la organización de este régimen, detallando los aspectos previamente señalados.*

*La o el juez tiene la responsabilidad de hacer el seguimiento de la tenencia compartida, revisar su aplicación y evaluar su efectividad a través de una investigación biopsicosocial realizada por el equipo técnico de la Unidad Judicial, seis meses después de la resolución de la o el juez. En caso de identificar una situación de riesgo, la o el juez podrá modificar de oficio el régimen de tenencia.*

**Artículo 127.- Consecuencias en caso de incumplimiento del régimen de tenencia compartida.**  
*- En caso de incumplimiento del régimen de tenencia compartida, la o el juez podrá disponer las medidas de protección pertinentes, y/o disponer el cambio del régimen de tenencia.*

#### **4.1. Debate jurídico-social de la tenencia compartida del proyecto de ley**

En el año 2017, la tenencia compartida fue un tema que abarcaba varios titulares dentro de la prensa nacional, el 27 de abril de 2017 en el diario “El Comercio”, un titular decía “*Grupo de madres se opone a que se imponga la tenencia compartida*” donde se explicaba que un colectivo se oponía a la tenencia compartida, por el mismo hecho de que su consecuencia afectaría directamente al niño, por otro lado, en el Diario “El Universo” el día 02 de mayo del 2017 publicaba “*Alistan reformas a custodia y pensiones alimenticias*” en el cual, su parte central versaba sobre las modificaciones que se harían respecto al régimen de tenencia y de corresponsabilidad parental propuestas por el entonces presidente, Rafael Correa; asimismo el 01 de junio de 2017, el diario “El Universo” exponía “*El cuidado y manutención compartidos*

*de los hijos, entra a debate*” que mencionaba que la Comisión Legislativa de Justicia, abrió el debate sobre la corresponsabilidad parental compartida en la crianza y manutención de los hijos.

Quienes proponían algunas reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia vigente, en relación a los derechos esenciales de los niños, niñas y adolescentes; cada uno desde una perspectiva más equitativa; algunos de los que abarcó mayor atención fue la introducción y reformas de figuras jurídicas como la tenencia compartida, adopciones, derecho de alimentos, entre otros.

Un grupo de juristas y padres de familia apoyaban estas iniciativas sobre todo la de tenencia compartida, puesto que, muchos de ellos, argumentaban, la dificultad de poder compartir momentos cotidianos con sus hijos, sin embargo, a la fecha de esta investigación todavía no se encuentra regulada como una norma de aplicación, por lo que, es necesario analizar los aspectos generales y específicos sobre esta nueva figura jurídica que está siendo tratada dentro de las Comisiones de la Asamblea Nacional.

En octubre de 2018, en la Asamblea Nacional, fue creada la Comisión Legislativa Ocasional, para atender temas y normas sobre la niñez, para efectos de crear un nuevo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, siendo su período de trabajo, de seis meses, sin embargo, según el plan de trabajo presentado por la Comisión a la Presidente de la Asamblea, el trabajo designado duraría nueve meses (hasta julio de 2019). En una entrevista realizada por Diario “El Telégrafo” Jurídica (2019) mencionaba que, como Presidenta de la Comisión Ocasional fue nombrada la Asambleísta Encarnación Duchi, quien manifestó que, los miembros que conforman dicha Comisión, aprobaron un proyecto de resolución para la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes; sin embargo, dentro de dicho tiempo establecido, se debía analizar todo el Código de la Niñez y Adolescencia vigente para incorporar las reformas que el Consejo de Administración Legislativa (CAL) calificó, pero, hasta la fecha de la presente

investigación, solamente han revisado el primer libro y parte del segundo, por lo que el trabajo continua en pro de la niñez y adolescencia.

Según Jurídica (2019), en enero de 2019, alrededor de treinta propuestas de reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, mientras que, las restantes fueron sistematizadas de las cuales solamente trece fueron consideradas como proyectos de ley, y, las restantes fueron calificadas como observaciones; el objetivo era dar tratamiento a estas reformas.

Otros asambleístas como, María Gabriela Larreátegui, Frankiln Samaniego y Wendy Vera, también presentaron proyectos de ley para reformar al Código de la Niñez y Adolescencia vigente, los cuales, el CAL ya ha calificado y están en trámite, según el informe presentado por la Asamblea Nacional.

Existen dos visiones para el tema de tenencia compartida, los que están a favor y los que se oponen a esta; para Santiago Villarreal, coordinador del grupo Coparentalidad Ecuador, mismo que impulso el plan de reformas junto al ejecutivo en el 2017, explicó que “en la actualidad se ha interpretado la ley desde dos estereotipos el hombre exclusivamente proveedor y la mujer exclusivamente criadora de los hijos”; por otro lado, la postura de Janeth Guerrero, vocera del colectivo “No a la tenencia compartida”, es que no se debe reformar el artículo 106 del CONA en el cual, la madre es favorecida con la tenencia, debido a que, los jueces deben analizar caso por caso. (El Universo, 2017).

El día 13 de noviembre de 2019, día que se celebraba 30 años de la firma de la Convención de los Derechos del Niño, recalando que el Ecuador fue el tercer país en suscribirlo, el colectivo coparentalidad Ecuador, a través de sus medios oficiales, expresaba su malestar, debido a que la Demanda de Inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional en el 2015 signada con número 0028-15-IN, en la que, se expone la inconstitucionalidad del CONA, puesto que, vulnera los principios de igualdad y de corresponsabilidad parental, discriminando al perpetuarse estereotipos en los roles de las mujeres y señalando que en el artículo 106

numerales 2 y 4 se contraponen, al Interés Superior del Niño en cuanto al derecho a ser consultado, a la identidad del niño y a la preservación del entorno familiar, ha sido admitida a trámite, sin embargo, hasta la fecha de la presente investigación, no existe una resolución sobre la misma.

Al respecto de la tenencia compartida en los últimos años, se evidencia que en legislaciones latinoamericanas como Argentina, Puerto Rico, Perú y algunos ordenamientos europeos como España; ya se ha investigado y desarrollado acerca de la Tenencia Compartida, y esta es una realidad jurídica vigente en este contexto, mucho antes del debate propuesto en el Ecuador. Por ejemplo en el año 2008, Clavijo-Suntura (2008)<sup>18</sup>, escribe su obra llamada “El interés del menor en la custodia compartida”, en la cual se analiza varios elementos que están inmersos al momento de estudiar y desarrollar la tenencia compartida, el ejercicio de la patria potestad como síntoma de la crisis matrimonial; además se examinan las situaciones de la custodia y guarda para los menores que no tienen la oportunidad de gozar de una tenencia con la finalidad de precautelar el interés superior del niño.

Otra investigación importante sobre la tenencia compartida es la investigación desarrollada por De Torres Perea (2011), en España, conocida por el nombre “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, en el cual se estudia el comportamiento de los niños y niñas y el efecto que se produce tras la ruptura del vínculo matrimonial entre los progenitores y cuáles son las consecuencias de la tenencia compartida.

Para efectos de iniciar el análisis de la Tenencia Compartida, se realizó un estudio comparativo entre la tenencia vigente y la tenencia compartida que consta en el proyecto de Reforma de Ley al Código de la Niñez y Adolescencia.

---

<sup>18</sup> Autor de varias obras relacionadas a la tenencia compartida y el interés superior del niño; destacándose así la obra denominada “El interés del menor en la Custodia Compartida, que fue publicada en el año 2008.

La definición de tenencia compartida en el proyecto, es general y ambigua, la cual necesita un mayor desarrollo conceptual doctrinario, si se toma en consideración el término “tenencia y compartir” acudimos a Wallerstein y Blakeslee (citado por Cabrera Vélez, 2010)

La tenencia se la analiza de la siguiente manera: Decimos por supuesto, que cuando evocamos la palabra tenencia es porque entre padres e hijo se verifica efectivamente una convivencia total o parcial. Sin embargo, vía de una extensión terminológica, cierta doctrina clasifica así la tenencia: a) en sentido amplio o legal (que sería poseer los atributos emergentes del ejercicio de la patria potestad), y b) en sentido estricto o tenencia “física” (que importaría tener al hijo consigo, ser titular de su guarda). De este modo la tenencia en sentido amplio quedaría compatibilizada para regir como “compartida”, no obstante que la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre. (pág. 96)

En cuanto lo manifestado por Cabrera Vélez, se analiza que, siempre la tenencia va a ser compartida, puesto el cuidado de los niños está a cargo de quien lo tenga físicamente, y siguiendo al autor, si bien el cuidado es de 24 horas y 7 días a la semana, realmente el cuidado lo hace el progenitor con quien esté en ese momento.

#### **4.2. Análisis entre la tenencia vigente en nuestro ordenamiento jurídico y la tenencia compartida en el proyecto de reforma al CONA**

Dentro del CONA, 2003, vigente en materia de niñez y adolescencia, no encontramos la figura jurídica de la tenencia compartida, puesto que el proyecto de reforma de ley aún se encuentra en debate dentro de la Comisión en la Asamblea Nacional, en el mencionado proyecto de reforma de ley se indica lo siguiente:

Artículo 119.- Regímenes de tenencia.- Precautelando el interés superior del niño, niña o adolescente, la o el juez podrá fijar uno de los siguientes regímenes de tenencia  
Tenencia compartida: Es aquella en la que se asigna el cuidado y convivencia del hijo o hija a ambos progenitores según las reglas previstas en este Título. La o el juez fijará los mecanismos necesarios para llevar a cabo este tipo de régimen según lo dispuesto en este Código. (Proyecto de reforma de ley al CONA, 2017, art. 119).

Analizando tanto el régimen de tenencia vigente en nuestro país más conocida en la doctrina como tenencia uniparental, y tomando en cuenta el régimen de tenencia compartida del proyecto en mención, se analiza que, mientras que el régimen de visitas se aplica una vez que se ha otorgado la tenencia a los progenitores, la tenencia compartida, el niño o adolescente

comparte los tiempos de convivencia con sus progenitores en igualdad de condiciones, es decir ambos asumen responsabilidades para el ejercicio de los derechos del niño.

En una entrevista a Cortez<sup>19</sup> (2019), en relación a la tenencia vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano dijo que:

Una vez determinado este régimen puede ser concedido por horas o días de la semana, e inclusive por meses, según lo acordado por los progenitores, considerando la edad, el nivel de relación del niño con los progenitores, y también las recomendaciones de trabajo social, cuando se otorga el régimen de visitas bajo cualquiera de los factores mencionados y de manera especial en periodos de vacaciones escolares en las que involucre la salida del país de los hijos en común, implícitamente el progenitor que salió del hogar, tiene igualdad de condiciones respecto a la protección, cuidados en el cuidado y custodia, responsabilidades y subvención de los derechos de los niños, tales como son, alimentos, vestimenta, salud vivienda, recreación; aquí estamos frente a una tenencia compartida que va a depender de los factores de confianza de un progenitor a otro progenitor que goza de la tenencia temporalmente.

Analizando el proyecto de reforma al CONA, observamos que se introducen artículo como el 126, 126 y siguientes basados en la doctrina a lo que respecta la Tenencia Otorgada a un Familiar, que consiste en dar la tenencia a algún familiar que está dentro del grupo de alimentantes subsidiarios; esto solo es en casos especiales, cuando el padre como la madre no puedan tener la tenencia del niño, niña o adolescente; esta modalidad no se encuentra normado en el CONA, por cuanto la tenencia solamente es para uno de los progenitores, pero existe una figura jurídica similar llamadas “tutela o curatela” la que está regulada en el artículo 367 del Código Civil<sup>20</sup> según la cual por decisión judicial se impone el cuidado de los niños para darles la protección debida.

---

<sup>19</sup> Abogada, especialista en Derecho de Familia y Mediación, actual Directora Mediadora del Centro de Métodos Alternativos para la solución de conflictos, Dra. Rocío Bermeo Sevilla, de los Consultorios Jurídicos Gratuitos de la PUCE-Q. Docente de la Facultad de Jurisprudencia, directora de tesis de esta disertación.

<sup>20</sup> **Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005 Art. 367.-** Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.

Los objetivos planteados por la tenencia compartida del Proyecto Reformatorio al CONA y la tenencia vigente, son figuras diferentes tanto en el procedimiento como en la aplicación.

Y, en relación a la tenencia compartida, encontramos el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que en su parte final determina que: "... salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre" (Declaración de los Derechos del Niño, 1959), que constituye un fuerte argumento en contra de la tenencia compartida en edades tempranas.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959)

Este principio hace énfasis en que el niño tiene derecho a convivir con sus dos progenitores, con la finalidad de su desarrollo integral, siendo fundamental la presencia de la madre para un correcto desarrollo, por lo que, su ausencia provocarían algunos problemas de salud físico y emocionales con el niño, según la teoría de los años maternos.

### **Análisis del Proyecto de ley**

En el título III, capítulo I, denominado "de la tenencia" del proyecto de reforma de ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, encontramos en sus primeros siete artículos reformativos, que corresponde desde el artículo 118 al 124, una reforma a la institución de la tenencia vigente en el Código de la Niñez y Adolescencia, no obstante que, en el artículo 119 de este capítulo I introduce los Regímenes de Tenencia clasificándolos de la siguiente manera: Tenencia Compartida, Tenencia Uniparental y Tenencia otorgada a un familiar; de los cuales el tema de interés en esta investigación, es la primera de la mencionada clasificación, por lo que, en el capítulo II se desarrolla con mayor amplitud el tema de la tenencia compartida, siendo, este último, el más relevante para el desarrollo de la presente disertación.

En el capítulo II denominado “De la Tenencia Compartida” está conformado por dos únicos artículos, en lo que corresponden el primero, el artículo 126<sup>21</sup>, hace referencia al contenido de la resolución que regula sobre la tenencia compartida, por otro lado, en el segundo artículo, que es el artículo 127<sup>22</sup> de la reforma, encontramos consecuencias o sanciones que se aplicarían al no acatar el régimen de tenencia compartida otorgada mediante resolución por autoridad competente.

Según este capítulo II, del mismo proyecto, este régimen, se sustenta en el principio del interés superior del niño y en el desarrollo integral del menor; éste último se lo trata de forma transversal, es decir que, todos los derechos consagrados en el Código de la Niñez y Adolescencia velan y protegen al niño para que se desarrolle en un ambiente sano, libre de violencia, igualdad y equidad.

En el artículo 11<sup>23</sup> del Código de Niñez y Adolescencia hace referencia al interés superior del niño, que, se lo trata como un enfoque transversal, debido a que, al igual que el desarrollo

---

<sup>21</sup> **Reforma al Proyecto de Ley al CONA, 2017. Artículo 126.- De la tenencia compartida.**- En caso de tenencia compartida, la resolución judicial dispondrá los términos en los que esta se llevará a cabo, contemplando al menos los siguientes elementos:

1. Periodos de convivencia;
2. Periodos de vacaciones y fechas importantes de los hijos o hijas;
3. Lugar de residencia de los hijos o hijas en cada periodo, y lugar de domicilio para fines legales correspondientes, según lo determine la o el juez;
4. Mecanismos para garantizar la satisfacción del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial el derecho de alimentos;
5. Régimen de visitas y comunicación cuando los periodos de convivencia sean prolongados.

Los progenitores, en el acuerdo inicial, podrán formular una propuesta sobre la organización de este régimen, detallando los aspectos previamente señalados.

La o el juez tiene la responsabilidad de hacer el seguimiento de la tenencia compartida, revisar su aplicación y evaluar su efectividad a través de una investigación biopsicosocial realizada por el equipo técnico de la Unidad Judicial, seis meses después de la resolución de la o el juez. En caso de identificar una situación de riesgo, la o el juez podrá modificar de oficio el régimen de tenencia.

<sup>22</sup> **Proyecto de Reforma de ley al CONA, 2017, art. 127. Artículo 127.- Consecuencias en caso de incumplimiento del régimen de tenencia.** - En caso de incumplimiento del régimen de tenencia compartida, la o el juez podrá disponer las medidas de protección pertinentes, y/o disponer el cambio del régimen de tenencia.

<sup>23</sup> **Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 11 Art. 11.-** El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de

integral, todos los derechos protegen el interés superior del niño, además de también, tratarlo como un principio, es decir ningún derecho puede atentar contra dicho principio; si se precautela el interés superior del niño, tendremos excelentes resultados en lo que respecta al desarrollo integral. El proyecto de reforma se centra en seguir precautelando el interés superior del niño, y de cierta forma trata de conseguir un mejor desarrollo integral para los niños, niñas y adolescentes, al momento de aplicar la tenencia compartida.

En el artículo 119 del mismo proyecto de reforma de ley, define que:

Tenencia compartida: Es aquella en la que se asigna el cuidado y convivencia del hijo o hija a ambos progenitores según las reglas previstas en este Título. La o el juez fijará los mecanismos necesarios para llevar a cabo este tipo de régimen según lo dispuesto en este Código. (Proyecto de Reforma de Ley al CONA, 2017, art. 119)

Por otro lado, en su artículo 126, contempla los elementos que debe considerar el juez, al momento de otorgar la tenencia compartida, no obstante en la normativa vigente, también el mediador puede hacerlo; como, los períodos de convivencia, las vacaciones y fechas de importancia para los niños y adolescentes, la residencia de los hijos en cada período; siendo estos elementos importantes, los cuales los padres pueden y deben respetar, para evitar situaciones de confusión que puedan afectar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

El numeral 4 del mismo artículo hace referencia a: *“Mecanismos para garantizar la satisfacción del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes en especial el derecho de los alimentos”* (Proyecto de reforma de ley al CONA, 2017, art. 126<sup>24</sup>); sin embargo, el mencionado artículo es general y ambiguo porque no determina cada uno de los mecanismos y, solamente hace referencia al derecho de alimentos, desconociendo a los demás derechos, de esta manera, dando paso, a la discrecionalidad del juez y arbitrio de los progenitores, situaciones que pueden ser fuente de otros conflictos.

---

<sup>24</sup> interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

En el inciso 3, un aspecto importante a determinar que, los progenitores podrán formular una propuesta sobre la aplicación de este régimen, y también en lo que respecta el inciso 4 menciona que es fundamental que: *“la responsabilidad de hacer seguimiento por parte de la autoridad”* y es importante para dar cumplimiento de los derechos de los niños en todas sus dimensiones, las cuales son, físicas, social y biopsicosocial, a través de la intervención del equipo técnico desde una mirada interdisciplinaria que se debe presentar al juez.

En el artículo 127 del proyecto de reforma de ley, enfatiza la calidad de Resolución, la cual, en el artículo 119<sup>25</sup> del Código de la niñez y adolescencia, hace alusión a la resolución que emite el juez en temas de tenencia; sin embargo, en el mismo proyecto de reforma de ley, se mantiene la emisión de resolución al momento de aplicar el régimen de tenencia compartida que, en el caso de no dar cumplimiento a los parámetros de protección integral del niño y adolescente, pueda ser revisado por el mismo juez.

Respecto a la propuesta que versa sobre la tenencia compartida, los legisladores, al introducir la reforma tienen que observar elementos coadyuvantes para que esta figura garantice efectivamente el interés superior del niño y no se convierta en fuente de violación del mismo, posiblemente se tratarían al aprobar dicha institución del derecho de familia, es decir, el interés superior del niño se debe ponderar sobre los intereses de sus progenitores con la finalidad de salvaguardar su desarrollo íntegro, físico, biológico, emocional, etc. Además, de analizar factores económicos, sociales y culturales los cuales se verán afectados puesto que, en cada hogar se mantienen costumbres diferentes, los cuales, no aportan a un buen desarrollo integral, y por lo que, se debe mantener previo a la aplicación de este régimen, un informe

---

<sup>25</sup>**Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.-** Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores

técnico emitido por profesionales que a través de su experiencia, puedan proponer algún otro tipo de cuidado idóneo para los hijos en común.

En el artículo 120<sup>26</sup> del proyecto reformativo de ley al CONA, contempla reglas para otorgar la tenencia, y en relación al artículo 60 del mismo menciona que, la opinión de los adolescentes y la edad es determinante para que sea escuchado dentro del proceso judicial; la cual no es vinculante en el caso de infantes, por su grado de madurez.

Dentro de mi experiencia, en mi observación como participante en el CEMASC PUCE, mientras realizaba la materia Consultorios Jurídicos, en las audiencias de mediación, el progenitor varón solicitaba a la madre que le permita convivir con el recién nacido de un mes de edad, en el horario de 18:00 hasta las 23:00, hora en la cual el recién nacido retornaría a su hogar; esta rutina sería diaria, de lunes a viernes, puesto el horario de trabajo del padre, le imposibilitaba el hecho de que pudiera convivir con su hijo en las horas del día, por tal motivo, solicitaba este tipo de régimen de visitas; sin embargo, poniendo en práctica el modelo del

---

<sup>26</sup> **Proyecto de Reforma de Ley al CONA, 2017, art. 120 Artículo 120.- Reglas para otorgar la tenencia.** - En todos los casos, la o juez deberá resolver garantizando el interés superior del niño, niña o adolescente y el desarrollo, cuidado y ejercicio efectivo del conjunto de derechos que los asiste. Si existiere un acuerdo entre el padre y la madre, la o el juez lo aprobará; si no existiere, la o el juez podrá derivar la causa a mediación de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, sin perjuicio de la conciliación a la que puedan llegar en la primera fase de la audiencia única.

En caso de no lograrse un acuerdo según lo dispuesto en el inciso anterior o si el acuerdo no protegiera integralmente los derechos del niño, niña y adolescente, la o el juez deberá resolver considerando lo siguiente:

1. La opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio, tomando en cuenta su edad y grado de madurez;
2. La edad, necesidades y cuidados específicos del niño, niña o adolescente;
3. Los informes de la oficina técnica y otros medios probatorios;
4. Las condiciones biopsicosociales del padre y la madre y, en los casos que corresponda, de los familiares hasta cuarto grado de consanguinidad.

De considerarlo necesario, la o el juez podrá ordenar las medidas de protección que sean adecuadas para el ejercicio de la tenencia.

Si existieran varios hijos o hijas, se preferirá que estén juntos. En caso de que esto no fuese posible y que la tenencia sea otorgada a distintas personas, la o el juez ordenará medidas que garanticen el mantenimiento de las relaciones entre ellos.

CEMASC-PUCE, con enfoque interdisciplinario, se determinó que no era imposible que se otorgue el régimen de visitas de esta forma, ya que se debe entender que un recién nacido, en primer lugar, no puede salir de su casa porque sus defensas están débiles hasta la primera vacuna, hecho que baja incluso aún más sus defensas; después se debe considerar que los primeros meses de vida se deben acostumbrar a un horario de lactancia para mayor facilidad; por este motivo, Olivia Cortez, Directora-Mediadora del CEMASC-PUCE, solicitó una profunda reflexión a los progenitores consideren aspectos como la edad del infante respecto a este pedido, que podría poner en riesgo la salud de los mismos contribuyendo que si bien el régimen de visitas contribuye a mantener los vínculos paternos filiales, las modalidades de la misma deben ser analizadas considerando la edad y entre otros factores.

En los numerales tres y cuatro del mencionado artículo, se hace mención a los enfoques interdisciplinarios, al mencionar “informes de oficina técnica”, los mismos que deben ser presentados ante el juez, dentro del proceso cuando así las partes lo hayan solicitado, o el juez de oficio lo haya hecho; por otro lado se indica que se debe examinar las “condiciones biopsicosociales de los progenitores”, las cuales resaltan al intervenir los enfoques interdisciplinarios, donde los profesionales desde cada profesión emite un informe el cual ayuda a diagnosticar varios elementos, entre ellos las condiciones Biológicas, psicológicas, y sociales, esto hace referencia a una condición biopsicosocial.

Actualmente, como se ha mencionado, no existe un régimen de tenencia compartida, no obstante que los progenitores pueden presentar un acuerdo que se asemeje a una tenencia compartida, considerado todas las necesidades del niño en función de la de los padres.

#### **4.3. Aspectos a considerar en una tenencia compartida**

Al entrar en vigencia la tenencia compartida, también se deben analizar las posibles consecuencias para los niños, niñas y adolescentes, debido a que van a ser trasladados a un contexto social, cultural y geográfico diferente al cual se han desarrollado desde que nacieron,

es decir, pasan a otro tipo de familia, por ejemplo: una familia integrada por las nuevas parejas de sus progenitores, los hijos de estos, los familiares de estos, o también a una convivencia monoparental con el padre o la madre y un familiar que los apoye.

Este acompañamiento de la familia extendida o de los miembros de la nueva familia de los progenitores con quien va a convivir el niño o adolescente, a partir de la tenencia compartida, e implica procesos nuevos de vida en que necesita tiempo para irse ajustando, de tal manera que el impacto del cambio, para que su afectación sea mínima, requiere la intervención del equipo interdisciplinario que va dando apoyo a los progenitores, al niño y a los miembros de la familia con quien va a convivir Cortez (2019).

El desarrollo integral del niño se vería beneficiado por la aplicación de este régimen de tenencia, puesto el niño al estar acompañado de ambos progenitores, sin embargo, al tener un mal manejo de las relaciones entre los progenitores, lo que se creería que es beneficioso, resultaría incompatible con el desarrollo integral, puesto desarrollarían conductas negativas que afectarían su psiquis o su desarrollo Cortez (2019).

Siguiendo al autor, en el marco de la comunicación entre progenitores-hijos y progenitor-progenitora, la tenencia compartida ayuda mucho a que se abran canales de comunicación entre los progenitores, que producto de la ruptura de pareja, este también se vio quebrantado, por lo que, los progenitores, deberían superar esta situación para favorecer a los niños; este punto es muy importante, en consecuencia, la toma de decisiones en favor del niño o adolescente se la debe hacer de forma conjunta, no obstante que, es muy común que muchas de las decisiones no relevantes se las toma en cuenta sin considerar al otro progenitor.

Los aportes de la psicología como apoyo interdisciplinario nos manifiestan que, en algunos casos va resaltar un conflicto de lealtades del niño en relación a sus progenitores al respecto Garrido (2019) define que el problema de lealtad es el dilema de los niños y adolescentes para dar su criterio al momento de tener la tenencia, por el hecho de ser compartida hacia un

progenitor, mientras que, al otro progenitor, le demuestra lealtad absoluta. Esto es producto de que el progenitor que se gana la lealtad, aprovecha dicho estatus, para poder hacer presión y lograr el rechazo del hijo en común al otro progenitor, el progenitor que se fue del hogar es muchas veces quien siente este rechazo o esta falta de lealtad. En este caso, el niño se encuentra en medio de una discusión, puesto que, piensan que demostrar la lealtad a los dos, significaría la deslealtad a uno de ellos.

Los domicilios o el cambio de casa han sido los puntos débiles sobre la tenencia compartida, puesto que, el convivir con dos realidades distintas puede producir en los niños, la no pertenencia con un hogar puesto que, en las dos casas no van a tener siempre lo mismo, lo cual podría poder llegar a producir estrés, o el trastorno negativo desafiante.

En este capítulo se ha analizado la tenencia compartida desde los ordenamientos jurídicos de países de la nación y los aportes doctrinarios de los especialistas en el tema, los cuales, han inspirado el Proyecto de Reforma de Ley al CONA, por lo que, si entrase en vigencia dichas normas, su objetivo principal es el compartir el cuidado y desarrollo del niño o adolescente considerando factores como la consulta, el grado de vínculo afectivo entre los progenitores, el informe psicosocial del aporte interdisciplinario que emiten los profesionales, de tal manera que todos los elementos se integran a los contenidos del interés superior del niño. Se deben observar los elementos para una buena práctica de tenencia compartida, buscando así que el Estado se responsabilice conjuntamente con los progenitores para garantizar derechos y obligaciones en favor de la niñez ecuatoriana.

#### **4.4. Ventajas y desventajas de la tenencia compartida**

Al entrar en vigencia la tenencia compartida, también se deben analizar las posibles consecuencias a las que, los niños, niñas y adolescentes se ven comprometidos, debido a que ocuparían un lugar en la sociedad distinto al que ya habían ocupado, es decir de miembros de una familia estructurada, pasan a un tipo de familia dispersa, que aunque al inicio no incluya

más miembros familiares, puede que, con el tiempo se vayan integrando, es por ejemplo en el caso de nuevas nupcias o nuevos miembros en el hogar como es el caso del nacimiento de un nuevo niño o niña.

El desarrollo integral del niño se vería beneficiado por la aplicación de este régimen de tenencia, puesto el niño al estar acompañado de ambos progenitores, sin embargo, al tener un mal manejo de las relaciones entre los progenitores, lo que se creería que es beneficioso, resultaría incompatible con el desarrollo integral, puesto desarrollarían conductas negativas que afectarían su psiquis o su desarrollo.

En el marco de la comunicación entre progenitores-hijos y progenitor-progenitora, la tenencia compartida ayuda mucho a que se abran canales de comunicación entre los progenitores, que producto de la ruptura amorosa, este también se vio quebrantado, por lo que, permite un buen manejo de comunicación entre ellos; este punto es muy importante, debido a que, la toma de decisiones en favor del niño o adolescente se la debe hacer de forma conjunta, no obstante que, es muy común que muchas de las decisiones no relevantes se las toma en cuenta sin considerar al otro progenitor.

Dentro de la psicología, la ventaja que se ve reflejada es en el conflicto de lealtades, ya que, producto de la ruptura amorosa, en la mayoría de casos es evidente, en ese aspecto a este conflicto de lealtades Garrido (2019) indica que es un problema de lealtad hacia un progenitor, mientras que, al otro progenitor, le demuestra lealtad absoluta. Esto es producto de que el progenitor que se gana la lealtad, aprovecha dicho estatus, para poder hacer presión y lograr el rechazo del hijo en común al otro progenitor, el progenitor que se fue del hogar es muchas veces quien siente este rechazo o esta falta de lealtad. En este caso, el niño se encuentra en medio de una discusión, puesto que, piensan que demostrar la lealtad a los dos, significaría la deslealtad a uno de ellos.

La tenencia compartida ayuda a eliminar el rol del progenitor como el “jefe de hogar” puesto que, al compartir experiencias, vivencias y convivencia con los dos progenitores se mantendría el concepto de obediencia hacia sus dos progenitores, sin sobreponer al uno sobre el otro; por lo que, los padres se verían beneficiados y también el desarrollo integral del niño.

Los domicilios o el cambio de casa han sido los puntos débiles sobre la tenencia compartida, puesto que, el convivir con dos realidades distintas puede producir en los niños, la no pertenencia con un hogar puesto que, en las dos casas no van a tener siempre lo mismo, lo cual podría poder llegar a producir estrés, o el trastorno negativo desafiante.

Permitiría fortalecer los vínculos relacionales entre madre e hijo y padre e hijo brindándole la oportunidad de disfrutar del derecho ser cuidado, protegido y tener referentes de padre y madre.

Ciertamente la tenencia compartida no es para todos, si esta no es analizada previamente, podría ponerse al niño en un estado aún más grande de vulnerabilidad al ser enviado a un espacio que no cumple con las condiciones necesarias para su normal desarrollo. Por otra parte, una tenencia compartida mal llevada podría generar aún más conflicto familiar en los espacios en los que el niño crece, lo cual conllevaría a situaciones aún más desfavorables.

Para Jaramillo (2019) un punto desfavorable es que:

Aplicar la tenencia compartida se puede asemejar que al niño se lo corta por la mitad, y esto genera desestabilidad emocional de los niños, no pertenecen a un solo lugar, se encuentra con dos realidades sociales diferentes, reglas y normas distintas. Como ejemplo, cuando los progenitores trabajan y por motivo de su trabajo viaja mucho, esto produce un agotamiento físico y emocional, algo parecido sucede con los niños; sobre todo cuando hay conflictos sin resolver de los adultos. Muchas veces los niños hacen actividades para complacer a sus padres, no necesariamente el acuerdo de los padres favorecen a los niños.

## **CAPÍTULO V: Resultados**

### **5. Análisis de los resultados obtenidos en las encuestas y entrevistas**

En el desarrollo de esta investigación hemos utilizado las siguientes herramientas como, entrevistas, información periodística, para lo cual se ha realizado diez entrevistas a padres de familia, 5 entrevistas a abogados, 5 entrevistas entre trabajadores sociales y psicólogos y a mediadores familiares.

#### **Entrevista a Padres de Familia**

Las siguientes entrevistas se desarrollaron a cinco padres de familia y a cinco madres de familia, su identidad no es revelada, respetando así, su derecho a la intimidad.

### Pregunta N. 1

¿Usted es padre o madre de familia?



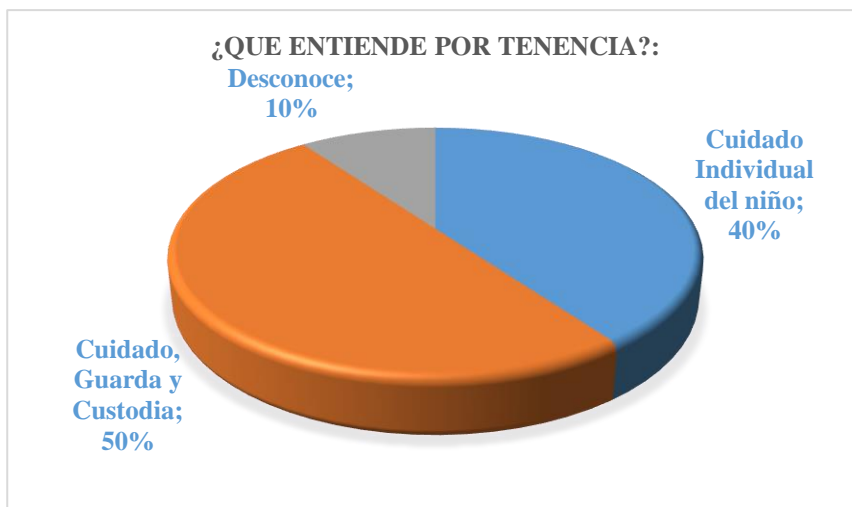
#### Interpretación de resultados:

En esta primera pregunta determinamos que del universo que todos son padres de familia, el 50% corresponde a varones y 50% a mujeres.

Fuente: Elaborado por: Peralta Armas Sergio Xavier (2019).

## Pregunta N. 2

¿Qué entiende usted por tenencia? Respuestas entre padres y madres



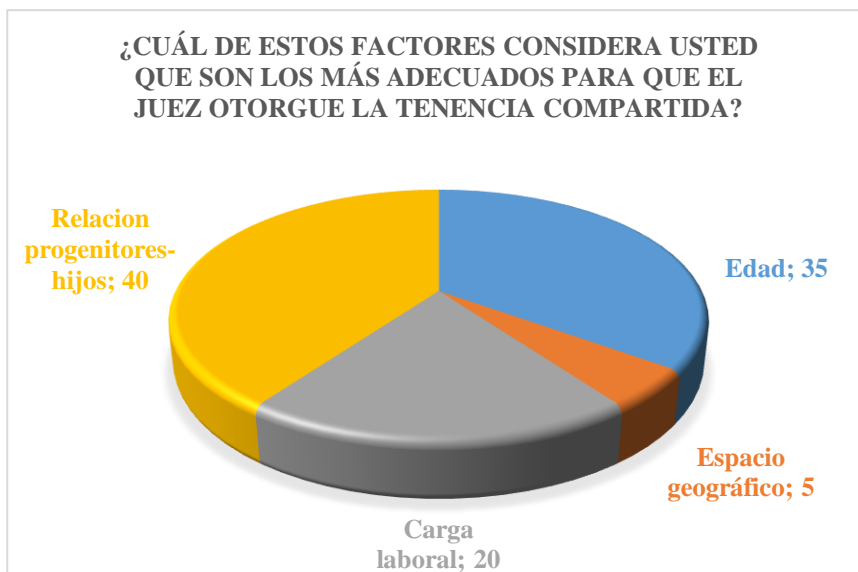
### Interpretación de resultados:

Del total de entrevistas a los padres de familia, el 50% coincide en que la tenencia es el cuidado, guarda y custodia que hace un progenitor a sus hijos cuando el otro sale del hogar por cualquier causa; por otro lado, el 40% menciona que el cuidado del niño o adolescente es responsabilidad de uno solo de los progenitores, y un 10% de personas no conocen el término de tenencia, aunque si lo aplican porque el 100% es padre o madre de familia.

Fuentes: Elaborado por: Peralta Armas Sergio Xavier (2019).

### Pregunta N. 3

**¿Cuál de estos factores considera usted que son los más adecuados para que el juez otorgue la tenencia compartida?**



#### **Interpretación de resultados:**

Del total de entrevistas realizadas a los padres y madres de familia, el 40% manifiesta que lo más importante es el factor de relación de calidad entre sí, para que el juez tome en cuenta al momento de otorgar la tenencia compartida, seguido el factor de edad con el 35%; el 20% correspondiente al factor carga laboral de los progenitores y por último con un porcentaje 5% es el factor espacio geográfico.

Fuente: Elaborado por: Peralta Armas Sergio Xavier (2019).

#### Pregunta N. 4

**¿Cuál es su criterio en el caso de que existiera una ley que le obligue a compartir la tenencia de sus hijos con otro el progenitor?**

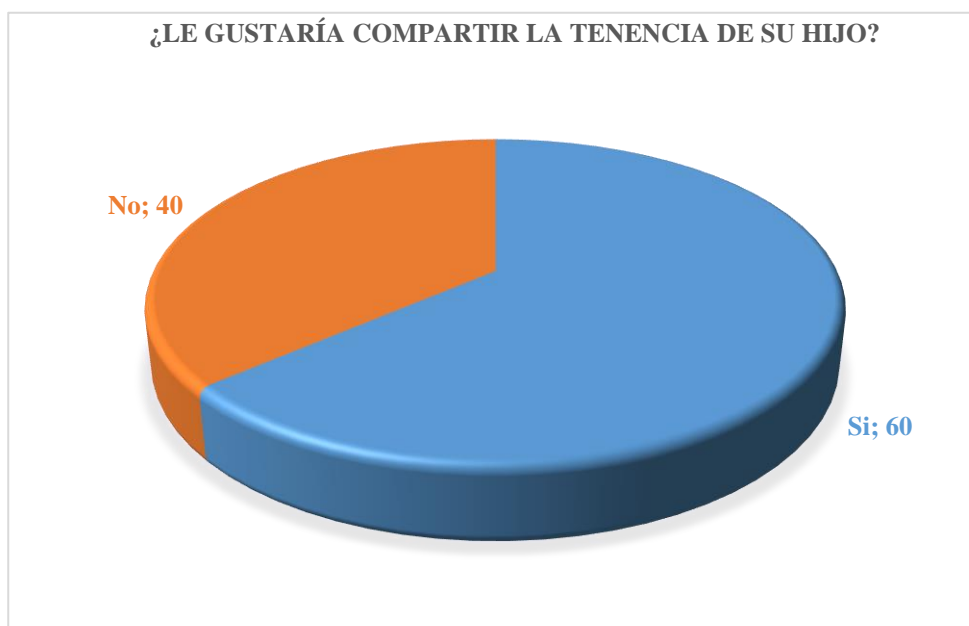


#### **Interpretación de resultados:**

Del total de los encuestados, el 40% no comparten con la idea de una tenencia compartida con el otro progenitor, mientras que el 60% si esta de acuerdo con la misma.

**Pregunta N. 6****¿Ha escuchado casos de tenencia compartida?****Interpretación de resultados:**

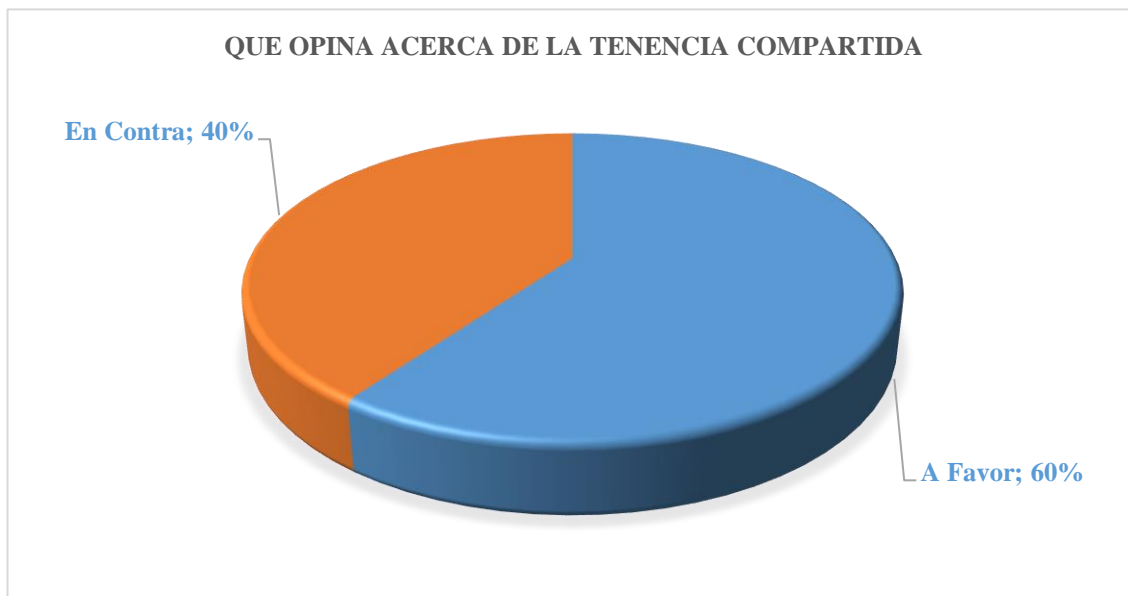
El 50% de los encuestados ha escuchado sobre la tenencia compartida y su modo de aplicación, mientras que, el otro 50% desconoce la idea de una tenencia compartida tanto en la parte procedimental como en su forma de aplicación.

**Pregunta N. 7****¿Le gustaría compartir la tenencia de su hijo?****Interpretación de resultados:**

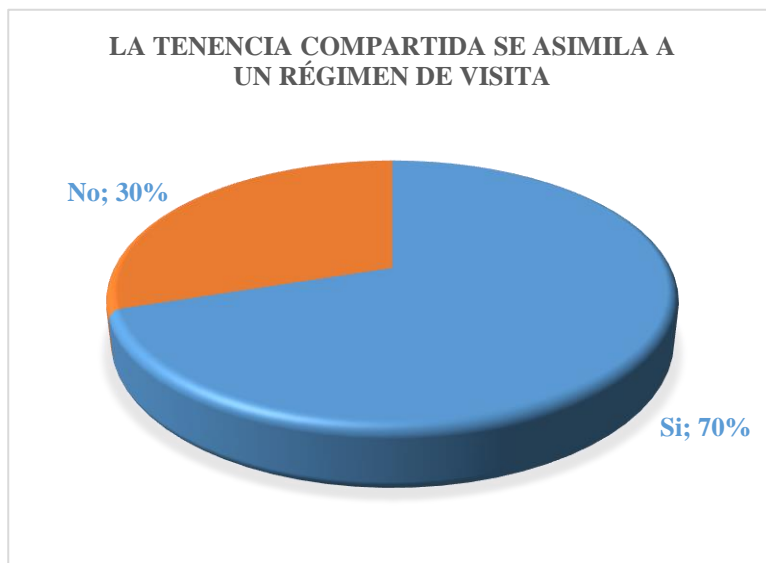
El 60% de los padres de familia comparte la idea de implementar la tenencia compartida con la finalidad de contribuir al desarrollo integral del niño; mientras que, el 40% no está de acuerdo con compartir la tenencia de su hijo con el progenitor.

### **Entrevista a Trabajadores Sociales, Psicólogos y Docentes**

Para el desarrollo de esta disertación se tomó en cuenta a varios profesionales dentro del área de Trabajo Social, Psicología, Docencia, entre otras, con la finalidad de tener un acercamiento a la realidad judicial ecuatoriana desde otras perspectivas, entre ellos son profesionales de la salud, es decir, el investigador ha decidido darle un enfoque de trabajo social médico con el objetivo de tener mejores elementos.

**Pregunta N. 1****¿Qué opina acerca de la tenencia compartida?****Interpretación de resultados:**

El 60% de los profesionales comparte la idea de implementar la tenencia compartida con la finalidad de contribuir al desarrollo integral del niño; mientras que, el 40% no está de acuerdo la implementación del régimen de tenencia compartida.

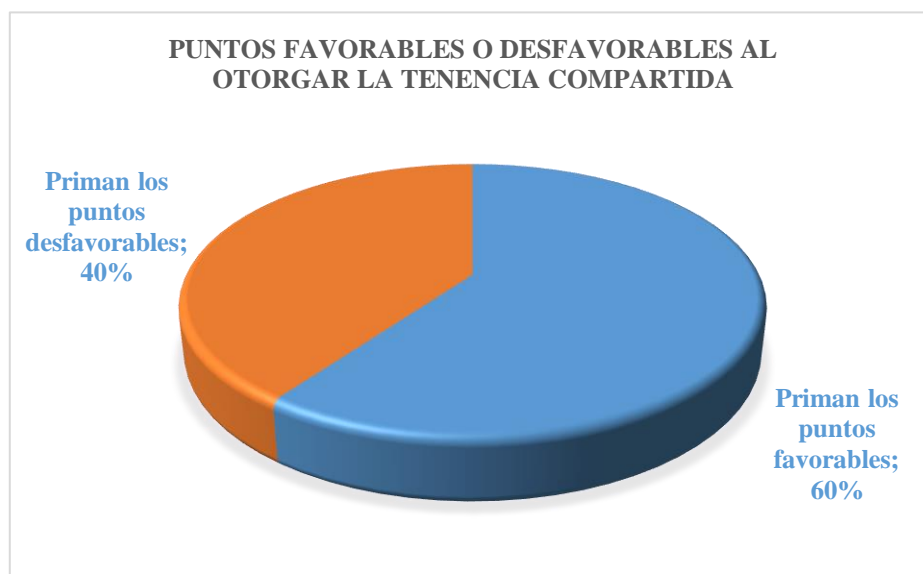
**Pregunta N. 2****¿La Tenencia compartida se asimila a un Régimen de visita?****Interpretación de resultados:**

El 70% de los profesionales comparte la idea de que un Régimen de Tenencia Compartida es similar a un Régimen de visitas abierto, debido a que, los horarios son extensos; mientras que el 30% de los profesionales indican que existen diferencias sustanciales entre tenencia compartida y un régimen de visitas, debido a que la tenencia es un derecho de los padres a los hijos y el régimen de visitas es un derecho exclusivo de los padres para afianzar lazos paterno filiales.

Fuente: Elaborado por: Peralta Armas Sergio Xavier (2019).

### Pregunta N. 3

#### Puntos Favorables o desfavorables al otorgar la tenencia compartida

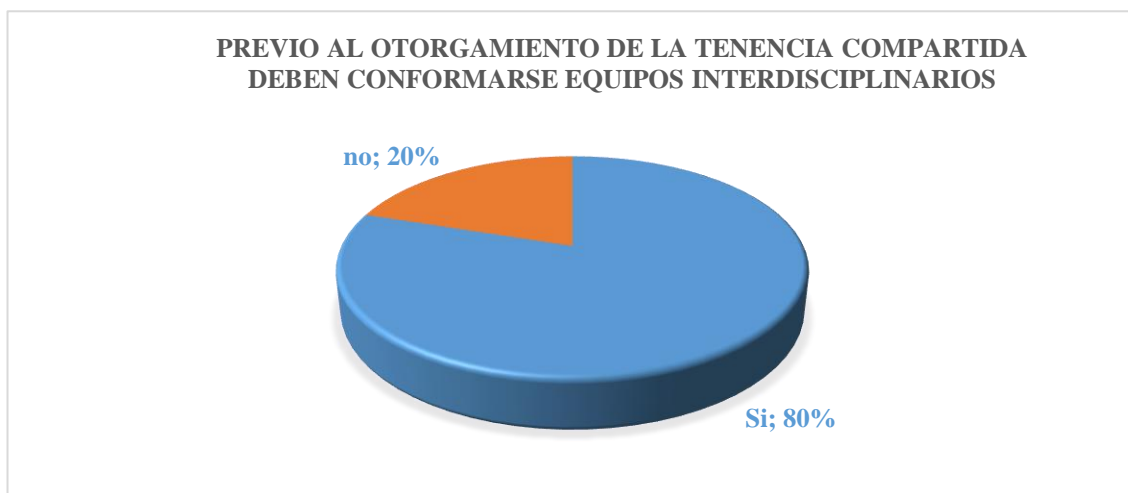


#### Interpretación de resultados:

El 60% de los profesionales encuestados coinciden en que la tenencia compartida es favorable en todos sus aspectos, en pro de la niñez y adolescencia, mientras que el 40% de los especialistas comparten la idea que la tenencia compartida afectará el desarrollo de los niños y adolescentes por diferentes patologías.

**Pregunta N. 4**

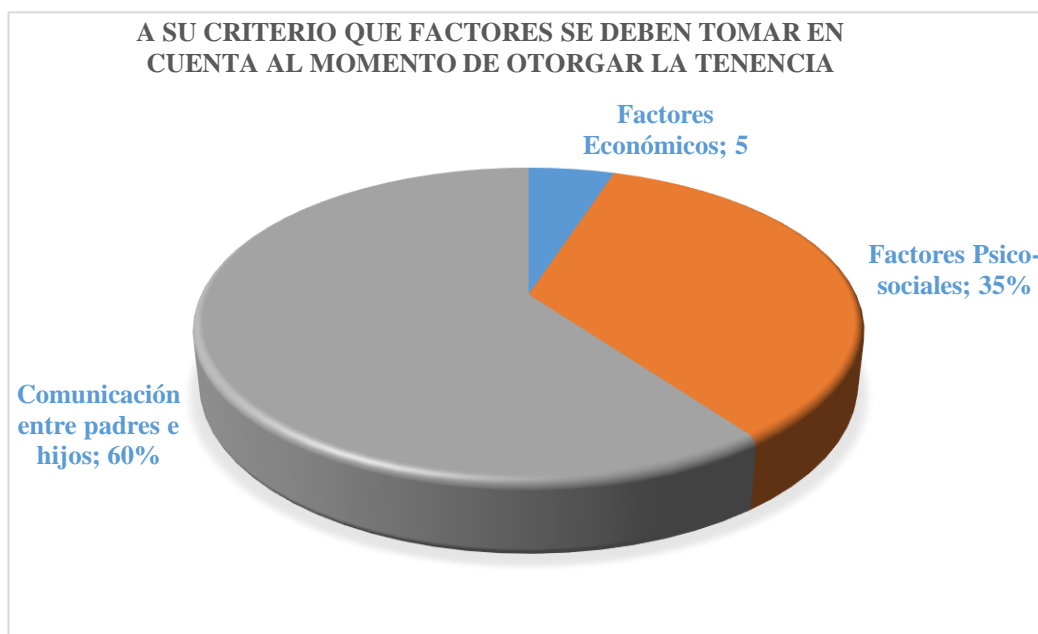
**Previo al Otorgamiento de la tenencia compartida deben conformarse equipos interdisciplinarios**

**Interpretación de resultados:**

El 80% de los profesionales indican que la presencia de los equipos interdisciplinarios es esenciales para precautelar los derechos de los niños y adolescentes a través de los informes socio-económicos; por otro lado el 20% indica que con la sana crítica del juez bastaría para proteger los derechos de los niños y adolescentes.

**Pregunta N. 5**

**A su criterio ¿qué factores se deben tomar en cuenta al momento de otorgar la tenencia?**

**Interpretación de resultados:**

El 60% coincide en que la comunicación fluida y positiva es indispensable para aplicar un régimen de tenencia compartida; mientras que, el 35% coincide en que los factores psico-sociales son indispensables para el otorgamiento de la tenencia compartida puesto los niños y adolescentes se ven sometidos a dos nuevos hogares, el de papá y mamá, y no desarrollarían un sentido de pertenencia hacia un solo hogar; por otro lado el 5% de los entrevistados indican que el factor económico incide en el otorgamiento de la tenencia compartida, puesto a los niños y adolescentes se les debe dar la misma calidad de vida que tenían con sus padres juntos.

## CONCLUSIONES

Al finalizar esta disertación se concluye lo siguiente:

1. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes, han tenido una evolución significativa a lo largo de la historia, cada etapa con una visión acorde a su identidad cultural y social; logrando hoy en día, que los niños cuenten con un desarrollo integral, siendo los niños y adolescentes, los actores principales de la evolución de estos derechos.
2. El interés superior del niño ha tenido una gran importancia para la creación de varias normativas a nivel mundial en favor de la niñez y adolescencia; pretendiendo proteger a estos grupos sociales y apoyando en su desarrollo integral, por ejemplo, pasando de una doctrina de situación irregular a una doctrina de protección integral, cuando entró en vigencia la Convención sobre los Derechos del niño en el año de 1989.
3. En algunos países de América Latina, el otorgamiento de la tenencia compartida ha sido analizada e implementada en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, con la ideología de precautelar el interés superior del niño en todas sus etapas de crecimiento y desarrollo, buscando de esta manera, el reconocimiento de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes.
4. En Ecuador, desde 1992, con la vigencia del Código de Menores, los enfoques interdisciplinarios han tomado fuerza para tratar asuntos referentes a la protección integral de los derechos de los niños dentro de espacios administrativos, judiciales y extrajudiciales como la mediación, siendo estos, en muchos, vinculantes a la resolución de las autoridades competentes.
5. El proyecto de reforma de ley al CONA, establece esta nueva figura jurídica llamada tenencia compartida, con el objetivo primordial de velar por el interés superior del niño, estableciendo visiones que garanticen lazos filiales sólidos entre los progenitores y los niños y adolescentes, al tener un cuidado compartido, acorde y conjunto en las necesidades de los hijos en común.
6. La importancia de la intervención de los enfoques interdisciplinarios en el campo judicial y extrajudicial como la mediación, ha dado un aporte significativo en la protección de los derechos de los niños y adolescentes, puesto que, se analiza todo el círculo social de los niños y adolescentes para el otorgamiento de la tenencia, y siendo el caso, de la tenencia compartida, la decisión judicial estaría motivada tanto en Derecho y aspectos psicosociales con el apoyo de dichos enfoques.

## RECOMENDACIONES

Al finalizar esta disertación, se recomienda:

1. Que, de aprobarse el proyecto de reforma de ley al CONA, al momento de otorgar la tenencia compartida, los informes técnicos de las diferentes áreas interdisciplinarias, sean de carácter vinculante y estos sean la base para las resoluciones de autoridad competente.
2. Que, de aprobarse el proyecto de reforma de ley al CONA, para el otorgamiento de la tenencia compartida, se debe hacer un estudio de cada caso, puesto que, la realidad social y cultural de las familias en el Ecuador son distintas, por lo que, la aplicación de este régimen de tenencia compartida, también sería diferente.
3. Que la difusión de la figura de la tenencia compartida, por parte del Estado, sea de forma invasiva, que en el caso de llegarse a aprobar, la mayoría de padres de familia opten por este régimen entendiendo que la finalidad es el desarrollo y bienestar del niño o adolescente.
4. Que, una vez otorgada la tenencia compartida en sede judicial o en mediación, se realice un seguimiento de estos casos por parte de oficinas técnicas o los equipos interdisciplinarios, por un lapso no menor a seis meses.
5. Las resoluciones emanadas por autoridad competente, de oficio, sean revisadas considerablemente en el tiempo, con la finalidad, de ir ajustando el régimen de tenencia compartida a las necesidades de los niños y adolescentes.
6. En el caso de otorgar la tenencia de forma extrajudicial como la mediación, es indispensable que el mediador tenga un título de tercer nivel en Derecho y tenga apoyo interdisciplinario que materialice la realidad social de las familias, de los niños y de los adolescentes.

## ANEXOS

### Entrevista a Padres de Familia

¿Usted es padre o madre de familia?

¿Qué entiende usted por tenencia? Respuestas entre padres y madres

¿Cuál de estos factores considera usted que son los más adecuados para que el juez otorgue la tenencia compartida?

¿Cuál es su criterio en el caso de que existiera una ley que le obligue a compartir la tenencia de sus hijos con otro el progenitor?

¿Ha escuchado casos de tenencia compartida?

¿Le gustaría compartir la tenencia de su hijo?

**Entrevista a informantes calificados: Abogados, Trabajadores Sociales y Psicólogos**

¿Qué opina usted acerca de la tenencia compartida?

¿Cree usted que la tenencia compartida se asimila a un régimen de visitas que se encuentra en el Código de Niñez y Adolescencia? porque sí, porque no

¿Cuáles serían los puntos favorables de la tenencia compartida a favor de los hijos?

¿Cuáles serían los puntos desfavorables de la tenencia compartida que afectarían a los hijos?

¿Cree usted que, previo al otorgamiento de una tenencia controvertida se requiere un apoyo interdisciplinario de otros profesionales?

¿Cree usted que el apoyo interdisciplinario también operaría en beneficio de los derechos de los niños y adolescentes?

¿Cuál debe ser el fundamento jurídico del juez para otorgar la tenencia compartida?

A su criterio, ¿Qué factores se deben tomar en cuenta al momento de otorgar la tenencia compartida?

¿Cree usted que la opinión de los adolescentes (mayores de 12 años) debe ser vinculante a la petición de la tenencia compartida?

## BIBLIOGRAFIA

### Textos y disertaciones

- Ander-Egg, E. (1992). *Introducción al Trabajo Social*. España: Siglo Veintiuno de España, Editorial S.A.
- Arredondo, V., Knaak, M., Lira, G., Silva, A., & Zamora, I. (1998). *Maltrato Infantil. Elementos básicos para su comprensión*. Viña del Mar.
- Barrera, V. (2015). *Los Derechos de los niños, niñas y adolescentes y los juicios de tenencia*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.
- Bowlby, J. (1954). *Publicación científica: Los cuidados maternos y la salud mental*. Washington: Organización Mundial de la Salud.
- Castañeda, J. (s.f.). Código Civil. Tomo I. *Código Civil. Tomo I*. Lima, Perú: Talleres Gráficos.
- Escobar, F. (2010). *Práctica de Derecho Romano: Personas y Bienes*. Colombia: Universidad ICESI.
- García, M. (2012). La agresión física y verbal como síntoma de creencias en una familia monoparental. *Retos y Avances de la Investigación Conductual Memorias 1er Congreso*, 299.
- Gonzales Barbadillo, M. A. (2013). La Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño y Adolescente y a aplicación de la Remisión en los casos de adolescentes en conflicto con la Ley Penal en el distrito judicial de Lima Norte 2010 – 2011. *Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos*. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado el 27 de Noviembre de 2019
- Heredía, C., Santaella, G., & Somarriba, L. (2011). *Informe Psicológico*. México: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Psicología de la UNAM.
- Hudson, J. (2014). Relaciones entre padres/madres e hijos(as) en la primera infancia y el desarrollo de la ansiedad y depresión. *Enciclopedia sobre el desarrollo de la primera infancia*, 1.
- Marín Mora, J. M. (2010). Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia. *Temas Socio-Jurídicos*, 51-141.
- Mejía, I. (17 de octubre de 2017). La tenencia compartida como un derecho a un buen vivir de los menores en la legislación ecuatoriana. *Disertación previa a la obtención del título de Abogada*. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Pérez Contreras, M. d. (2010). Patria Potestad. En M. Pérez, *Derecho de Familia y Sucesiones* (pág. 151). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Pérez, N. (enero de 2017). Custodia Compartida: Un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en la Legislación Ecuatoriana. *Proyecto de Investigación como requisito previo a la obtención del Título de: Abogada*. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

Pérez, L. (2000). La documentación específica en trabajo social la historia, la ficha y el informe social. *Cuadernos de Trabajo Social*, 75-90.

Quezada, P. (2017). *Análisis Del Alcance Del Derecho de Cuidado de los Hijos en el Sistema Ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Publicaciones.

Quimbita, J. (Marzo de 2017). Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres en el Distrito Metropolitano de Quito, primer semestre 2016. *Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de: Abogado*. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

Rodríguez, M. (2009). *El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterio de Resolución de conflicto de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho Chileno de Familia*. Chile.

Saldaña, J. (s.f.). La patria potestad en la actualidad. En U. N. México, *Homenaje al Maestro José Barroso Figueroa* (págs. 251-269). México: UNAM.

### **Artículo de Revistas o Periódicos**

Badaraco Delgado, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Espirales: Revista multidisciplinaria de investigación*, SSN: 2550-6862, 5.

Bauserman, R. (2002). Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: a meta-analytic review. *Journal of Family Psychology*, 92-102.

Ceberio, M. (22 de Agosto de 2005). Padres Rechazados por sus hijos. *El País*, pág. sp.

De la Parra, J. (2008). Experiencia Emocional y Ruptura de Pareja. *FAMILIA* 36, 25-40.

Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., & Vázquez, M. J. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo. *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, 107-113.

Garelli, J., & Montuori, E. (1997). Vínculo afectivo materno-filial en la primera infancia y teoría del attachment. *Sociedad Argentina de Pediatría*, 122-125.

Gomez, A. (05 de abril de 2016). La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave. *Diario La Ley*.

Jurídica, R. (3 de junio de 2019). El Telégrafo. *Los niños aún no tienen un Código que los defienda*, pág. s.p.

Meco, F. (2015). La alternancia y Cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la Custodia Compartida. *Revista Bolivariana de Derecho*, 584-595.

Pérez, R. (2017). *La Custodia Compartida en el Derecho Familiar*. México: Revistas del III.

Simon, F. (2014). La nueva administración de justicia en el Código de la Niñez y Adolescencia. *Iuris Dictio*, 12, 191-193.

Valdivieso, G. (2008). La protección jurídica del Non Nato en el Ecuador. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 51-81.

## Normativa Ecuatoriana

Congreso Nacional la Comisión de legislación y codificación. (12 de abril de 2017). Código Civil. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (3 de enero de 2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Régimen de visitas. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial N° 737.

Asamblea Constituyente de Montecristi. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Sección Quinta.- Niños, niñas y adolescentes. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial N° 449.

Asamblea Nacional Constituyente. (11 de Agosto de 1998). Constitución de 1998. Constitución política de la República del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador: (Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1.

Congreso Nacional. (7 de Agosto de 1992). Código de Menores, 1992. Congreso Nacional el plenario de las comisiones legislativas. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 995.

Congreso Nacional. (29 de Septiembre de 1997). *Código del Trabajo 1978*. Quito, Pichinch, Ecuador: Registro Oficial 650 de 16-ago.-1978.

Congreso Nacional del Ecuador. (16 de Diciembre de 2005). *Código del Trabajo*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic.-2005.

## Normativa Internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1959). Declaración de los Derechos del Niño. *Declaración de los Derechos del Niño, 1959*. Resolución 1386 (XIV) en la Resolución 1386 (XIV)

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris, Francia: Resolución 217 A (III).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). Convención sobre los derechos del niño. *Convención sobre los derechos del niño-Doctrina Integral*. UNICEF comité español.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de [http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/Convencion\\_sobre\\_los\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/Convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf)

Convención sobre los derechos de los niños. (2 de noviembre de 2005). Registro Oficial Suplemento 153.

Sociedad de Naciones. (26 de Diciembre de 1924). Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924*. Francia: V Asamblea.

- Ministerio de Justicia. (2014). *Sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias*. Santiago de Chile, Chile.
- Asamblea Legislativa Plurinacional. (19 de Noviembre de 2014). *Código de las familias y del proceso familiar*. La Paz, Bolivia: Ley 603 del 2014.
- Bello, A. (22 de Noviembre de 1855). *Código Civil Chileno*. Santiago de Chile, Chile.
- Congreso Colombiano. (1887). *Código Civil colombiano*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República colombiana. (08 de Noviembre de 2006). *Código de la infancia y adolescencia*. Bogotá, Colombia: Ley 1098 del 2006.
- Congreso Peruano. (05 de Diciembre de 2001). *Código de la niñez y adolescencia*. Lima, Perú: Ley 27571-2001.
- Cortes Generales y Juan Carlos I Rey de España. (08 de Julio de 2005). *Ley 15-2005*. España: Ley 15-2005.
- Ministerio de Justicia. (24 de Septiembre de 2009). *Código Civil Chileno*. Santiago de Chile, Chile: Ley 20383.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (07 de octubre de 2004). *Código civil y mercantil de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: Ley 26/994 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (24 de Febrero de 2015). *Código Civil peruano*. Lima, Perú: Decreto Legislativo 295.

## Sitios Web

- Calderón, J. (28 de Noviembre de 2008). *Escribiendo Derecho*. Obtenido de <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>
- Cultura Azteca. (17 de Octubre de 2017). *Cultura Azteca: Información sobre la Civilización Azteca, el Imperio Azteca y su Cultura*. Obtenido de Los Niños en la Cultura Azteca: Educación, Disciplina y Sacrificios: <https://cultura-azteca.com/educacion-ninos-jovenes/>
- De la Fuente, C. (18 de Noviembre de 2019). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Obtenido de ¿Cuál es la diferencia entre Custodia y Patria Potestad?: <https://www.icbf.gov.co/cual-es-la-diferencia-entre-custodia-y-patria-potestad#:~:targetText=Por%20el%20contrario%2C%20la%20custodia,que%20la%20suspenda%20o%20prive.>
- Garrido, M. (2019). *Psicólogos Málaga Psicoabreu*. Obtenido de <https://www.psicologos-malaga.com/conflicto-lealtades/>
- Humanium, O. (s.f.). *ONG HUMANIUM*. Obtenido de <https://www.humanium.org/es/mortalidad-infantil/>
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (s.f.). *Ministerio de Salud*. Recuperado el 26 de Noviembre de 2019, de ¿Por qué amamantar?: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Ventajas-lactancia-materna-situacion-en-el->

[pais.aspx#:~:targetText=Las%20enfermedades%20cr%C3%B3nicas%20no%20transmisibles, forma%20parcial%2C%20o%20no%20amamantados.](#)

Portal Educativo. (05 de 09 de 2014). *Portal Educativo*. Obtenido de Incas: Rol del Hombre y la Mujer: [www.portaleducativo.net/cuarto-basico/782/Incas-rol-del-hombre-y-la-mujer](http://www.portaleducativo.net/cuarto-basico/782/Incas-rol-del-hombre-y-la-mujer)

UNICEF. (s.f.). *UNICEF*. Obtenido de <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

Volkheimer, W. (2011). *Centro Científico Tecnológico Mendoza*. Obtenido de CCT CONICET Mendoza:

<https://www.mendoza.conicet.gov.ar/portal/enciclopedia/terminos/EnfoInt.htm#:~:targetText=En%20el%20enfoque%20interdisciplinario%2C%20el,naturales%2C%20sociales%20y%20la%20tecnolog%C3%ADa>.

## Entrevistas

Armas, S. (11 de Abril de 2017). El Trabajo Social de familia en menores. (S. P. Armas, Entrevistador)

Armas, Y. (27 de Julio de 2019). El cuidado de los niños. (S. Peralta, Entrevistador)

Corella Ortega, S. (02 de Agosto de 2019). Cuidado de los nietos. (S. Peralta, Entrevistador)

Cortez, O. (15 de septiembre de 2019). Tenencia vigente en el Ecuador. (S. Peralta Armas, Entrevistador)

Cortéz, O. (12 de noviembre de 2019). Tenencia Compartida y Régimen de visitas. (S. Peralta, Entrevistador)

Jaramillo, M. (8 de Noviembre de 2019). Puntos desfavorables para la tenencia compartida. (S. Peralta Armas, Entrevistador)

Lasso, P. (20 de Julio de 2019). Ruptura amorosa. (S. Peralta, Entrevistador)

Muisin, L. (26 de julio de 2019). Análisis de la Tenencia compartida . (S. Peralta, Entrevistador)

Muisin, L. (26 de Julio de 2019). ¿Qué opina usted acerca de la tenencia compartida? (S. Peralta Armas, Entrevistador)

Muisin, L. (5 de Agosto de 2019). EL trabajo social y la tenencia compartida. (S. Peralta Armas, Entrevistador)

Muisin, L. (15 de Agosto de 2019). La presencia del trabajo social en el otorgamiento de la tenencia compartida. (S. Peralta, Entrevistador)

Sarabia-Armas, M. (19 de Noviembre de 2019). Retención indebida del hijo dentro del Régimen de Visitas. (S. Peralta, Entrevistador)

Tello, I. (28 de Noviembre de 2019). Función de la Oficina Técnica en los procesos judiciales. (S. Peralta, Entrevistador)

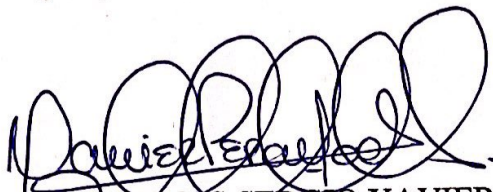
PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

### DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **PERALTA ARMAS SERGIO XAVIER** C.I. **171904701-9** autor del trabajo de graduación intitulado: “ANÁLISIS DE LA TENENCIA COMPARTIDA A LA LUZ DE LOS ENFOQUES INTERDISCIPLINARIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LEY AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 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 a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.



Quito, 20 de febrero de 2020

  
PERALTA ARMAS SERGIO XAVIER  
C.I. 171904701-9

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE  
**CIUDADANÍA**  
APELLIDOS Y NOMBRES  
**PERALTA ARMAS  
SERGIO XAVIER**  
LUGAR DE NACIMIENTO  
**PICHINCHA**  
**QUITO**  
**LA VICENTINA**  
FECHA DE NACIMIENTO **1996-07-02**  
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**  
SEXO **HOMBRE**  
ESTADO CIVIL **SOLTERO**

Nº. **171904701-9**

INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** **I2343V3222**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE  
**PERALTA SEGURA ANDRES JAVIER**

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE  
**ARMAS P SUSANA DEL CARMEN**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
**QUITO**  
**2017-10-18**  
FECHA DE EXPIRACIÓN  
**2027-10-18**

001418921





DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO



REPÚBLICA DEL ECUADOR  
CERTIFICADO DE VOTACIÓN, DUPLICADO,  
EXENCIÓN O PAGO DE MULTA

Elec. Sec. 2019 y Desig. de Autoridades del CPCCS  
171904701-9 005 - 0273

**PERALTA ARMAS SERGIO XAVIER**  
**PICHINCHA QUITO**  
**KENNEDY LA LUZ**

USD 0  
**6546685**

DELEGACIÓN PROVINCIAL DE PICHINCHA - 0077