

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA DE DERECHO

SEDE QUITO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

TEMA:

LA PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES
EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA

AUTOR:

WASHINGTON SEGUNDO ULLOA MENESES

ASESORA:

DRA. AURA VIOLETA DÍAZ DE PERALES (PHD)

QUITO - 2024

CERTIFICACIÓN DE LA ASESORA

Dra. **AURA VIOLETA DÍAZ DE PERALES** (PhD), en calidad de Asesora del Trabajo de Investigación designado por la Dirección de la carrera de Derecho, sede Quito, certifico que el estudiante: **WASHINGTON SEGUNDO ULLOA MENESES**, titular de la CC N°**1716430812**, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: **“LA PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA”**, quién ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma. Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando a la interesada hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.



Dra. **AURA VIOLETA DÍAZ DE PERALES**

C.I: 1757825920

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **WASHINGTON SEGUNDO ULLOA MENESES**, titular de la CC N°**1716430812**, estudiante de la Universidad Metropolitana “UMET”, carrera de Derecho sede Quito, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: “**LA PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA**”, y las expresiones vertidas en el misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de esta y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

Washington Segundo Ulloa Meneses

CC N°1716430812

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **WASHINGTON SEGUNDO ULLOA MENESES**, titular de la CC N°**1716430812**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **“LA PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA ECUATORIANA”**, modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el artículo 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana, una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

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

Washington Segundo Ulloa Meneses

CC N°171643081

AUTOR

DEDICATORIA

A mis padres, Julio Ulloa y María Lourdes Meneses, quienes no sólo me dieron la vida, sino que se sacrificaron para que yo fuera un hombre de bien. Aunque les diera la vida no podría pagarles el amor, atención y cuidado que ellos me han dado siempre, ellos son mi refugio en los momentos en los que creía que la vida ya no tenía nada para mí. A través de este esfuerzo académico quiero demostrarles que no sembraron en tierra estéril. Yo soy y seré su fruto.

AGRADECIMIENTO

Arthur Schnitzler sostenía que “estar preparado es importante, saber esperar lo es aún más, pero aprovechar el momento adecuado es la clave de la vida”. Este es mi momento esperado, y aquí estoy, de pie, saboreando la miel del triunfo, el que logré con gran sacrificio y con la ayuda de mucha gente e instituciones, sin lo cual me habría sido demasiada pesada la carga y quizás, me hubiera quedado en el camino, pero mi constancia y la ayuda de mis semejantes hoy se ve cristalizada en este triunfo, por eso, quiero en este momento agradecer con todo mi corazón a:

Dios, quien envió su aliento divino convertido en el espíritu santo para que yo tuviera la vida y la energía y voluntad para desenvolverme con su bendición.

La Dra. Aura Díaz de Perales, quien no sólo fue mi tutora, sino mi orientadora, mi guía, mi fuerza cuando creía que no podía.

La Universidad Metropolitana, quien me abrió la puerta y me brindó sus espacios académicos para convertirme en profesional. Los ojos de todos verán que valió la pena apoyarme en mi intento. Hay muchas historias de los que no fueron los mejores estudiantes, pero si fueron los mejores vencedores en la vida profesional y de logros libertarios.

Mis maestros universitarios, quienes, tuvieron la paciencia y la tenacidad para verme convertido en profesional del derecho. No se preocupen nunca les quedaré mal.

Mis compañeros de estudios muchos de los cuáles me comprendieron y acompañaron en mi empeño de ser profesional, algunos estarán para siempre en mis recuerdos, para otros, mis triunfos los hará reflexionar, porque la vida es redonda y da vueltas.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DE LA ASESORA	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN.....	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I	6
MARCO TEÓRICO.....	6
1.1 Antecedentes de la investigación	6
1.1.1 Nacionales	6
1.1.2 Internacionales	11
1.2 Bases teóricas	14
1.2.1 La familia	14
1.2.2 La herencia romana: la filiación	16
1.2.3 La patria potestad	31
1.2.5 La práctica ecuatoriana en cuanto a la tenencia monoparental.....	34
1.2.6. La tenencia compartida de los hijos.....	41
CAPÍTULO II	48
MARCO METODOLÓGICO	48
2.1 Generalidades.....	48
2.2 Diseño de la Investigación	51
2.3 . Enfoque de la investigación	52
2.4. Tipo Investigación	53
2.5. Métodos	54
2.5.1. El método de análisis.....	55
2.5.2. El método de síntesis	56
2.6 Población y muestra	57
2.6.1 Población.....	57

2.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	59
2.8 Validez del instrumento	60
CAPÍTULO III	62
ANÁLISIS DE RESULTADOS Y PROPUESTA	62
3.1 Resultados del trabajo de campo.....	62
3.2. Propuesta.....	81
CONCLUSIONES.....	86
RECOMENDACIONES	88
BIBLIOGRAFÍA	89

Índice de Tablas

Tabla 1. Comparación de la institución de la patria potestad y la tenencia de los hijos en Chile, Colombia, Perú, Argentina y Ecuador.	43
Tabla 2. Categorías y subcategorías para el análisis cuantitativo	59
Tabla 3. Validación de Expertos.....	60
Tabla 4. ¿Sabe ud. con quien normalmente se quedan los hijos cuando los padres se divorcian?	62
Tabla 5. ¿Sabe ud. con quien normalmente se quedan los hijos cuando los padres convivientes se separan?	63
Tabla 6. ¿Conoce ud. la Sentencia de la Corte Constitucional sobre tenencia compartida?	64
Tabla 7. ¿Se están presentando problemas con la tenencia compartida de los hijos después de la separación de la pareja?	65
Tabla 8. ¿Cuáles son los problemas que se presentan normalmente con la tenencia compartida?	66
Tabla 9. ¿Es una obligación la tenencia compartida?	67
Tabla 10. Según su opinión ¿Con quién deben quedarse los hijos menores de 12 años cuando la pareja se separa por divorcio?	68
Tabla 11. Según su opinión ¿Con quién deben quedarse los hijos mayores de 12 años cuando la pareja conviviente se separa?	69

Índice de Gráficos

Gráfico 1. Conocimiento sobre con quien se quedan los hijos después del divorcio	62
Gráfico 2. Conocimiento sobre con quien se quedan los hijos después de la separación de convivientes	63
Gráfico 3. Conocimiento sobre Sentencia de la Corte Constitucional sobre tenencia compartida	64
Gráfico 4. Problemas que se presentan después de la separación de la pareja con tenencia compartida.	65
Gráfico 5. Problemas que se presentan normalmente con la tenencia compartida.	67
Gráfico 6. Obligación de la tenencia compartida	68
Gráfico 7. Persona con la que deben quedarse los hijos al divorciarse la pareja.	69
Gráfico 8. Opinión de la muestra sobre la tenencia de los hijos después de la disolución de la convivencia de la pareja.....	70

RESUMEN

La filiación es la relación que surge del parentesco entre padres e hijos, la cual va a generar como efecto sustancial, la patria potestad, entendida ésta como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres sobre los hijos que son menores de 18 años y que, por lo tanto, no se han emancipado. Visto de esta manera, pareciera que la patria potestad fuera una situación natural, donde los padres tienen plena conciencia de los deberes que deben cumplir, sin embargo no es así, porque hay un momento de la vida donde los padres no se responsabilizan por sus hijos, les dan mal ejemplo, los tratan mal, los niños y adolescentes ven permanentemente los grandes pleitos entre sus padres y la violencia física y psicológica que se produce, otras veces, los niños y adolescentes se ven obligados a ejercer el oficio de mendigos o trabajadores a corta edad, incluso, de sustancias prohibidas, por imposición de los padres, otras veces son objeto de abuso sexual por sus propios padres, entre otros males. Sobre este tema trató la presente investigación, la cual tuvo como objetivo general, analizar la situación de la patria potestad y la tenencia de niños y adolescentes en la práctica jurídica ecuatoriana, lo que conllevó al análisis de otras investigaciones previas sobre esta temática y a la revisión y análisis de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema en Ecuador y en otros países, todo ello con el fin de aportar nuevos elementos que contribuyan a mejorar sensiblemente el comportamiento de los padres en cuanto al ejercicio de la patria potestad de los hijos y dentro de ella, la tenencia de los mismos.

Palabras clave: patria potestad, tenencia, responsabilidad, deberes, derechos.

ABSTRACT

Filiation is the relationship that arises from the relationship between parents and children, which will generate as a substantial effect, parental authority, understood as the set of duties and rights that parents have over children who are under 18 years of age and that therefore, they have not been emancipated. Seen in this way, it seems that parental authority is a natural situation, where parents are fully aware of the duties they must fulfill, however it is not so, because there is a moment in life where parents do not take responsibility for their children. , they give them a bad example, they treat them badly, children and adolescents constantly see the big fights between their parents and the physical and psychological violence that occurs, other times, children and adolescents are forced to exercise the trade of beggars or workers at a young age, even prohibited substances, imposed by parents, other times they are subjected to sexual abuse by their own parents, among other ills. The present investigation dealt with this topic, which had the general objective of analyzing the situation of parental authority and the custody of children and adolescents in Ecuadorian legal practice, which led to the analysis of other previous investigations on this subject and to the review and analysis of the doctrine and jurisprudence on the subject in Ecuador and in other countries, all in order to provide new elements that contribute to significantly improve the behavior of parents in terms of the exercise of parental authority of the children and within of her, the possession thereof.

Keywords: parental authority, tenure, responsibility, duties, rights.

INTRODUCCIÓN

La familia, es la base de la sociedad, ella es una organización social básica para el ser humano en cualquier etapa de su vida, por eso no es extraño que se estipule, que poseer una familia es un derecho humano fundamental, y es que, en el seno familiar, la persona establece sus contactos iniciales tanto en el ámbito social como cultural. Es allí donde el individuo empieza a desarrollar su vida tanto física como mental. En lo físico, es en la familia donde el niño comienza a caminar, a hablar, a relacionarse con sus padres, hermanos y los demás miembros de la familia extendida, que conviven con él o sencillamente, lo visitan, y en el aspecto mental, empieza a recibir los influjos psicológicos de las personas que le rodean en su hogar, especialmente sus padres y hermanos. Según Louro Ortiz y otros (1999), la familia es entendida como:

La unidad social intermedia entre individuo y comunidad. Es una de las protagonistas en nuestra organización cultural. Su función se ha entendido tradicionalmente en términos de satisfacción de necesidades económicas, educativas, filiales y culturales; a través de las que se crean valores, creencias, conocimientos, criterios y roles (Ortiz Gómez, Louro Bernal, Jiménez Cangas, & Silva Ayzaguer, 1999).

Como se observa en la cita muy atinadamente se expresa la íntima relación entre individuo de una familia y la sociedad y el papel rector que la familia

El ser humano puede iniciar su vida en una casa o en un hogar. Cuando la empieza en un hogar, su vida se desenvuelve en la dulzura del amor, la atención esmerada, donde su alimentación, vestuario, protección, cuidado, y todos sus derechos humanos fundamentales están garantizados, incluyendo aquello que él más ama: las caricias, la preocupación por él, su cuidado, la comprensión, el compartir.

Pero cuando el niño empieza su vida en una casa, donde lo que menos existe es amor, comprensión, paz, preocupación y atención de unos para los otros, lamentablemente, los influjos psicológicos que recibe de la gente que habita la casa, sean sus padres, hermanos y otros familiares, a veces no son los más gratificantes, porque ese refugio donde el niño está despertando a la vida, es un espacio de violencia, falta de compromiso con su atención y respeto, en vez de ser un remanso de paz, amor

y atención, todo eso lo recibe ese ser humano en desarrollo, lo digiere y forma su conducta para el futuro.

En este caso, el niño como un verdadero recipiente, lo que va generando son rencores, odios, desprecio por el otro y mucha, pero mucha tristeza y dolor, que él va a llevar para toda la vida, con las consecuencias que esto conlleva, especialmente, en la reproducción de conductas hostiles. Esta situación se hace más grave cuando él ha presenciado y sentido la ruptura familiar, los pleitos, las amenazas, los golpes entre sus padres, las palabras soeces y a veces hasta la muerte de uno de ellos o de ambos.

La ruptura familiar proviene muchas veces del divorcio por una o varias de sus causales, o del simple abandono de la casa por uno de los progenitores, o por la migración o por la muerte de uno o de ambos padres. Allí viene una situación especial para el niño, niña o adolescente y es, la discusión de los padres sobre quién se va a quedar con la tenencia de ellos, como van a afrontar la situación de la alimentación y de las visitas del padre o la madre que no tiene la tenencia, pues no solo la alimentación del cuerpo es necesaria para los niños, sino también, la alimentación de su psiquis.

Pero, sobre todo, la situación de la patria potestad entra en debate en estos casos. Sobre este tema de la tenencia y la patria potestad, trata esta investigación, la cual parte de la siguiente interrogante ¿Cuál es la práctica jurídica en Ecuador sobre la patria potestad y la tenencia de niños y adolescentes? De esta formulación científico-jurídica, emergen los siguientes objetivos de la investigación:

Objetivo General

Analizar a través de la doctrina, la jurisprudencia y la ley, la práctica jurídica en Ecuador sobre la patria potestad y la tenencia de niños y adolescentes.

Objetivos específicos

1. Desarrollar un contexto teórico sobre las instituciones de la patria potestad y la tenencia de niños, niñas y adolescentes.
2. Diagnosticar la situación de la patria potestad y la tenencia de niños, niñas y adolescentes a través de las acciones intentadas en los tribunales de Familia del Cantón Quito y las opiniones de los abogados de familia del cantón.

3. Comparar la institución de la patria potestad y la tenencia de los hijos en Chile, Colombia, Perú, Argentina y Ecuador.

Esta investigación se justifica, por cuanto se propone clarificar la situación práctica que se vive en Ecuador en cuanto a la tenencia y patria potestad de los hijos que aun son niños, niñas o adolescentes, los cuales están en una etapa de vida muy especial, donde los cuidados y atención de los padres es fundamental para su desarrollo integral, que es una exigencia tanto de la Constitución de la República del Ecuador (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008), como del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Metodológicamente, esta es una investigación de tipo mixta, donde se complementan el trabajo documental con el de campo, para obtener unas conclusiones y recomendaciones. La investigación documental obedece a la aplicación de técnicas como el subrayado, el resumen, lectura rápida y lectura sostenido e interpretative, elaboración de folder y esquemas comparativos. Los documentos que se utilizaron fueron libros y artículos científicos, reportes de investigaciones y otros documentos de internet que recogen la doctrina sobre el tema investigado. Así mismo se utilizaron sentencias y otros documentos de los tribunales de familia y como es lógico, la Constitución, el Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otros.

Para el trabajo de campo se utilizó una encuesta tipo cuestionario, con quince (15) preguntas. La población para esta investigación fue de 230 abogados y la muestra fue del 30% de la población, o sea, 69 abogados del foro de Quito, que trabajan en el área del Derecho de Familia. Los métodos utilizados en la investigación fueron: análisis, síntesis, interpretativo y crítico, así como el inductivo y el deductivo.

El informe de investigación quedó estructurado en páginas iniciales, introducción, bibliografía y tres capítulos. En el capítulo I que se denominó marco Teórico se incluyeron dos apartados: los antecedentes de la investigación y las bases teóricas. En estas bases teóricas se trataron aspectos tales como: la filiación, los hijos reconocidos y los no reconocidos, la patria potestad, incluyendo la de los hijos adoptivos, la tenencia de los hijos y sus problemas, entre otros. En el capítulo II se trabajó con todo lo relacionado con

el marco metodológico y en el capítulo III con el análisis de resultados, las conclusiones y las recomendaciones.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

Los antecedentes de la investigación son los reportes que se han hecho previos a la que en la actualidad se está realizando y que tienen una fuerte conexión con ella, lo que permite que le sirva para estimar el alcance de la actual investigación, así como la elaboración de los objetivos y la selección de la metodología a utilizar. De aquí que, toda investigación, y ésta no es la excepción, tiene obligatoriamente que tomar en cuenta las investigaciones previas. En el caso de este estudio, se tomaron como antecedentes los siguientes:

1.1.1 Nacionales

Andrea Estefanía Cajamarca Torres en el año 2018, realizó una investigación en la Universidad Católica de Cuenca que denominó “La Tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente en Ecuador” (Cajamarca Torres, 2018). Esta investigación parte del problema de la tradición familiar, donde hay una división de roles donde es a la madre a la que corresponde el cuidado de la prole y al padre el papel de productor-proveedor, pero esta concepción según la investigadora ha cambiado a partir del reconocimiento de los derechos humanos, donde uno de los principios orientadores claros es e de la igualdad, que se extiende hasta el ambiente familiar. Padre y madre son iguales en sus responsabilidades y derechos.

Por lo demás, desde hace varias décadas, la familia ha venido presentando el grave problema de las separaciones de los progenitores, lo que ha hecho que se plantee la situación de a quien le corresponde quedarse con la tenencia de los hijos, pues la patria potestad, si parece estar bien definida en cuanto a que aun cuando los padres no convivan, ambos siguen teniendo la patria potestad de sus menores hijos. En este sentido, aún están chocando la concepción tradicional de roles separados, con la concepción actual de la corresponsabilidad compartida y éste es el problema central.

La investigación se desarrolló con base documental, constituida tanto por doctrina como por jurisprudencia y legislación. Los métodos que se utilizaron fueron fundamentalmente el de análisis, analógico, y el histórico lógico, concluyéndose que las sentencias revisadas en Cuenca, que fue una muestra de 120 tenencias en un total de 14 unidades judiciales de familia mujer, niñez y adolescencia se obtuvo como resultado, que 109 tenencias se otorgaron a la madre, 5 al padre, 2 a los abuelos y solo 4 tenencias se dieron de manera compartida a padre y madre, lo que demuestra, que para el año en que se hizo la investigación prevalecía el enfoque tradicional de la tenencia de los hijos y que no se tomaba en cuenta el concepto de corresponsabilidad parental, sino el enfoque sexista.

Frente a la situación encontrada, se recomendó el cumplimiento constitucional de la corresponsabilidad parental para lograr el bienestar de los hijos y también de los padres, porque se ha demostrado que, al quitarle al padre o a la madre la corresponsabilidad paterno filial, se borra la identidad de los hijos, en su cerebro en formación y ello a su vez trae graves problemas sociales. Por eso, los jueces deben respetar este principio de corresponsabilidad y motivar a que se lleguen a acuerdos de tenencia compartida.

Esta investigación hizo aportes metodológicos al presente, así mismo, le aportó importantes insumos teóricos, especialmente, en cuanto a las definiciones del principio de corresponsabilidad y de tenencia compartida.

Ángel de Jesús Sigüencia en el año 2019, realizó una investigación en la Universidad del Estado de Ecuador (IAEN), titulado “La tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador”. La investigación plantea como problema el hecho de que el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en relación con las reglas del artículo 106 del mismo instrumento legal, violenta el principio de igualdad al discriminar al hombre en cuanto a la tenencia de los hijos, lo cual se sustenta en estereotipos, atentando evidentemente contra el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuyos padres se han separado. (Sigüencia, 2019)

Metodológicamente, la investigación fue mixta, con el uso de la investigación documental para el desarrollo teórico y un trabajo de campo a través del uso de la técnica de la entrevista y se apoyó en los métodos empírico, dogmático y jurídico formal.

La investigación teórica confrontó la institución de la tenencia regulada en la normativa jurídica ecuatoriana y las demás formas que aporta la doctrina; orientado todo esto a analizar la figura más acertada para evitar la discriminación del padre y la consecuente afectación contra los hijos de padres separados. Luego se analiza la tenencia compartida, haciendo hincapié en las ventajas de su implementación en la legislación ecuatoriana para lograr el cumplimiento de los principios de igualdad y el del interés superior del niño. Todo ello se complementa con la recomendación de reformar el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Altamente interesante resultó el análisis del aspecto relacionado con las masculinidades y el nuevo enfoque que le están dando los hombres a la familia y la concientización de la corresponsabilidad en el cuidado y protección de los niños. Todos estos análisis se lograron hacer a través de los criterios de resolución que adoptan los juzgadores en la provincia de Pastaza, Ecuador, y así mismo, los criterios emitidos por las madres, los padres, niños y adolescentes, todo ello con el objeto de proponer reformas a la normativa jurídica que regula la tenencia de los hijos en Ecuador. Todo el estudio termina proponiendo la tenencia compartida de los hijos (Sigüencia, 2019).

En el año 2020, Tenorio Merlín Erick Xavier, realizó una investigación de tipo mixta que se tituló Estudio comparado de los derechos parentales entre el padre y la madre “patria potestad y tenencia”. En esta investigación se hizo a nivel teórico una comparación entre las legislaciones de España, Colombia, Argentina y Chile, enfatizando en la forma de ejercer tanto la patria potestad como la tenencia de los hijos, determinándose, que estas dos instituciones han venido sufriendo cambios a medida que se evoluciona en el tiempo. (Tenorio Merlín, 2020)

En este sentido, en el Código Civil español, la patria potestad se ejerce ya sea de manera conjunta por ambos padres o también, por uno solo de ellos, pero con el consentimiento del otro. Asimismo, la patria potestad no se puede renunciar, pero si tiene limitaciones en cuanto a que puede ser suspendida o privada dependiendo de las circunstancias, pero ello está sujeta a una resolución judicial. Y en cuanto a la tenencia,

se denomina así a la guarda y custodia de los hijos de menor edad, como elemento derivado de la patria potestad y está referido al progenitor al cuidado de quien están esos menores de edad.

En cuanto a la tenencia, el Código Civil establece el denominado “régimen de custodia compartida”, el cual se solicita cuando se produce el proceso de separación o divorcio y ello lo hacen de mutuo acuerdo o sólo uno de ellos. Si no hay acuerdo mutuo, es el juez quien después de analizar la situación de cada uno de los padres, elige al que más obedezca al interés superior del niño o adolescente, determinando, además, si se prefiere la custodia compartida o la exclusiva llamada también monoparental.

En el caso de Colombia, el artículo 92 del Código Civil, prescribe que al momento de determinar el régimen de custodia de los menores: se deben tomar en cuenta dos aspectos fundamentales: el principio *favor filii*. O sea, el régimen que más favorezca el interés superior del niño o adolescente y el principio de audición de los niños y adolescentes siempre que sea posible, es decir, si ellos ya están en situación de madurez suficiente para decidir. Pero debe destacarse, que en Colombia priva la custodia exclusiva o monoparental, mientras que la custodia compartida es la menos frecuente o excepcional, a pesar de que se ha determinado que es la que más favorece el interés superior del menor de edad.

En Argentina, existe la igualdad de derechos entre progenitores para el caso de la tenencia de los hijos, pero se contempla la posibilidad de la tenencia monoparental, y para ello se requiere que uno de los padres presente la respectiva petición al juez, demostrando por qué el otro progenitor no debe obtener dicha tenencia. Pero, si el niño o niña es menor de cinco años, la madre tiene ciertas ventajas en la toma de decisiones en torno a su vida, lo que no significa exclusividad para la madre en este caso, pues si el padre quiere obtener esta custodia legal hace la solicitud al juez bien fundamentada. Pero así mismo, se reconoce en la legislación Argentina, que la custodia compartida es una opción beneficiosa para el niño y para los padres.

Finalmente, en Chile, desde la reforma del Código Civil del año 2013, se establece que es el acuerdo de los padres lo que define quien tendrá la tenencia de los hijos en caso de separación, divorcio o muerte de uno de los progenitores. En este sentido, el citado Código expresa "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". (Chile, Congreso Nacional, 2013). Por supuesto, que, si ambos progenitores no se ponen de acuerdo, es el tribunal quien decide sobre la tenencia de los hijos.

Observa el investigador, que no hay una posición única en torno a la tenencia de los hijos en los diferentes países de habla hispana, pero, sin embargo, en todos se reconoce que la tenencia o custodia compartida es la que más beneficia al menor. Esta conclusión es de alta importancia para este estudio, debido a que Ecuador apenas en el año 2021 adoptó la custodia compartida después de muchos años de haber favorecido a la madre en esta responsabilidad.

La investigación concluye que se debe finalizar con las ideas ya arraigadas como son el machismo, el sexismo y el feminismo, que prescriben roles sociales de acuerdo con estas ideas, por ejemplo, que la madre es la cuidadora obligado de los hijos y el padre el productor y proveedor del hogar. En este sentido, el investigador indica que es necesario establecer los factores que le dan preeminencia a alguno de los progenitores para obtener la tenencia de los hijos, pero sin distinción de género, entre esos factores podrían estar la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales, el mal ejemplo de los progenitores, entre otros. También señala el autor, que los países desarrollados ya han reconocido la custodia compartida que es la mejor opción para a defensa del interés superior del niño, niña y adolescente (Tenorio Merlín, 2020)

Esta investigación hizo aportes fundamentales, en la evolución de la patria potestad y la tenencia de los hijos, pero fundamentalmente, en el ámbito del derecho comparado, y también en el marco metodológico, con lo cual se enriqueció este trabajo.

En el año 2022, Rafael Arturo Yépez Zambrano y Arias Donato, Xiomara Alejandra hicieron una investigación en la Universidad Nacional de Chimborazo titulada "La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del

niño, en Derecho Comparado “. Esta investigación fue del tipo mixta, tuvo como objetivo general “Determinar a través de un análisis jurídico, doctrinario y comparado si la no preferencia materna en las reglas para otorgar la patria potestad incide en el interés superior del niño” (Yépez Zambrano & Arias Donato, 2022).

En esta investigación se define la patria potestad como “una institución del Derecho de Familia que regula los derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres para ejercerlo sobre sus hijos y sus bienes” (Yépez Zambrano & Arias Donato, 2022). Plantea esta investigación, lo que es de suma importancia para este trabajo, que es el hecho de que desde la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia en el año 2003, siempre hubo en la legislación ecuatoriana una preferencia total en favor de la madre para a tenencia de los hijos, es decir, se propiciaba la desigualdad de los padres en este rubro, cuestión que llevó a muchas investigaciones y debates por parte de la Corte Constitucional, la cual decidió en el año 2021, que esta postura era inconstitucional y con efectos negativos para la protección del interés superior del niño, niña y adolescente. (Yépez Zambrano & Arias Donato, 2022).

Esta investigación proporcionó aportes doctrinarios y jurídicos a la presente, lo que enriqueció el planteamiento del problema y el marco teórico.

1.1.2 Internacionales

Alicia Pilar, Mujica Valencia, en el año 2018, realizó en Lima, Perú una investigación titulada “La Patria Potestad y la capacidad de discernimiento en madres menores en la defensoría municipal del niño, niña y adolescente, Lima 2017”. El propósito planteado en esta investigación fue determinar la relación que existe entre la patria potestad y la capacidad de discernimiento en madres menores en la Defensoría Municipal del Niño, Niña y Adolescente de Lima durante el año 2017.

El enfoque de la investigación fue cuantitativo, con diseño no experimental, transversal, correlacional; y los métodos empleados fueron el deductivo y el de análisis, la población estuvo integrada por 250 Trabajadores de la Defensoría Municipal del Niño, Niña y Adolescente de Lima y la muestra, estuvo constituida por 32 trabajadores, o sea, el 13%. La técnica empleada para recoger la información fue la encuesta y el procesamiento de datos, se hizo mediante la estadística descriptiva. Los resultados

indicaron que hay relación altamente significativa entre la patria potestad y la capacidad de discernimiento en madres menores protegidas por la Defensoría Municipal del Niño, Niña y Adolescente de Lima durante el año 2017.

Frente a esta situación se recomendó a las autoridades competentes capacitar de manera continua y con alta calidad a los funcionarios de las Defensorías Municipales del Niño, para que sean más efectivos en la protección de los niños que son concebidos por niñas menores de edad (Mujica Valencia, 2018).

Esta investigación aportó insumos en el ámbito metodológico y de las conclusiones y recomendaciones al presente trabajo.

Jésica Delgado Sáez (2019), realizó una investigación en la Universidad de Salamanca, España, titulada “La guarda y custodia compartida (desde la perspectiva del derecho común, autonómico y países de nuestro entorno)”. Esta investigación de diseño documental tuvo como objetivo estudiar la guarda y custodia compartida desde sus orígenes hasta la actualidad. Es importante señalar en este caso, que en el estudio se hizo referencia a la patria potestad, por considerar que la guarda y custodia compartida se encuentra dentro de la patria potestad.

Pero, además, trata aspectos importantes tales como: el origen histórico- legal de la guarda y custodia de los hijos menores, los principios rectores de la guarda y custodia compartida, la guarda y custodia compartida en España y la custodia compartida en los países del entorno español (Delgado Sáez, 2019).

En esta investigación se reporta que en el ordenamiento jurídico español existen varios modelos de guarda, entre ellos: la guarda individual o exclusiva o monoparental; la guarda distribuida de los hijos, donde unos hijos están a cargo del padre y otros de la madre, lo que violenta uno de los principios de la guarda compartida que es que no se separen los hermanos; la guarda excepcional atribuida a un tercero excepcional para el caso en que ninguno de los padres pueda por diversas circunstancias asumir la guarda del menor y la guarda conjunta de los progenitores o guarda compartida. También llamada guarda conjunta, alternativa o alternada.

Pero el mayor aporte de esta investigación está en haber analizado la tenencia compartida en otros entornos europeos fuera de España, tales como Francia, Italia, Bélgica, Portugal y Reino Unido. En este sentido, se encontró que en todas:

Las legislaciones estudiadas la custodia de los hijos se engloba bajo la responsabilidad parental pero el término custodia compartida no es utilizado en ninguna de ellas, así Bélgica utiliza para designar esta realidad hébergement égalitaire, Francia, résidence alternée, Inglaterra y Gales, shared residence, Italia, affidamento condiviso y, Portugal, residencia alternada. En cuanto a su modo de atribución se ha observado que...todas ellas admiten que se establezca la guarda y custodia compartida por acuerdo de los progenitores y después ese acuerdo es homologado por el Juez y en él se protege el interés superior del menor, adoptándose siempre en su beneficio...En el caso que no exista el acuerdo de los progenitores, el Juez sólo la concederá si es la forma que mejor protege el interés superior del menor, dando lugar a que existan algunas diferencias entre las legislaciones objeto de estudio. Para ello, el Juez, tendrá que analizar una serie de presupuestos y valorar si esta forma protege adecuadamente al menor (Delgado Sáez, 2019).

Entre las principales conclusiones estuvieron entre otras 1. Que en España la guarda y custodia de los menores hijos comenzó a diferenciarse de la patria potestad con la Ley 11/1981, en la que se modificó el Código Civil en las materia de filiación, reforma de la patria potestad y régimen económico del matrimonio; 2. La solicitud de la guarda y custodia compartida por parte de los padres se justifica legalmente en la esencia de la patria potestad, presuponiendo que esta tenencia posibilita la capacidad real de los dos progenitores de compartir sus responsabilidades parentales. Se aclara en estas conclusiones, que la tenencia se define como la atención diaria de los hijos mediante la convivencia habitual, la cual se diferencia de los demás derechos y deberes integrantes de la patria potestad.

Otra conclusión es que la tenencia compartida se asienta sobre cuatro principios esenciales: el del interés superior del menor; el de coparentalidad; el de corresponsabilidad parental y finalmente, el de igualdad entre ambos padres. Todos ellos, interconectados entre sí, ya que lo que se pretende es proteger de la mejor manera al niño, niña o adolescente.

Esta significativa investigación hace aportes teóricos relevantes a este trabajo, tanto en el orden histórico como en el de los enfoques que le han dado los diferentes países europeos a la tenencia compartida, incluso, da luces sobre otras maneras de concebir dicha tenencia, lo que enriquece el acervo teórico de esta investigación.

1.2 Bases teóricas

1.2.1 La familia

Es reconocida desde siempre a necesidad del ser humano de vivir en grupo, de allí nacen las emociones más genuinas, que persiguen entre otras cosas, la prolongación de la especie humana y junto con ello nacen vínculos fuertes, que son el origen de la familia.

Precisamente, el tema que trata esta investigación se relaciona con la institución familiar, por lo que obliga a referirse a ella, aunque de manera somera, y es que la familia es un elemento esencial para el desarrollo del individuo, es allí donde comienza su desarrollo individual y social. Existen diferentes concepciones sobre la familia, pero en cuanto a su definición, hasta el momento la más ajustada indica que es la célula fundamental de la sociedad constituida por un grupo de personas unidas ya sea por lazos de consanguinidad, afinidad o legal como la adopción o la surgida como consecuencia del uso de la ciencia y la tecnología, incluso, hay en la actualidad quienes dicen que la afectividad puede ser uno de esos lazos que conforman familia y dan como ejemplo, la afectividad nacida de la inmigración.

Lo cierto es que la familia determina el surgimiento de deberes, derechos y obligaciones tanto de carácter social como patrimonial, lo cual está regulado en diferentes instrumentos legales tales como la Constitución, el Código Civil, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, la Ley Orgánica de Discapacidades, la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, el Código del Trabajo, la Ley Orgánica de Movilidad Humana y su Reglamento, el Código Orgánico Integral Penal, El Código Orgánico General de Procesos, entre otros, a lo que se agregan los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José, todos ellos, encaminados a regular las relaciones intrafamiliares, estableciendo

los deberes, derechos y obligaciones de los miembros que conforman el grupo familiar, todo ello con el fin de lograr entre ellos el buen vivir.

Todos estos instrumentos legales son los que conforman el derecho de familia y permiten una definición jurídica de ella, siendo sus elementos institucionales básicos: el matrimonio o la unión de hecho y la filiación, por eso precisamente, tanto el estado civil como los derechos y deberes de familia, son de carácter público. Por eso es que María Elena Benítez Pérez (2017), sostiene que:

“La familia es una institución social que se encuentra visible en toda sociedad y se le reconoce como el aspecto más relevante de la vida de las personas, ella constituye un elemento natural y fundamental por lo que en todas las legislaciones se contempla su protección por parte de los Estados” (Benitez Pérez, 2017)

En efecto, los niños al nacer, de manera automática se ponen en contacto con los padres o por lo menos con la madre y con el personal de atención de la salud, los cuales son representativos de la posición económica y la cultura de los padres. A partir de allí vienen sus relaciones con sus hermanos y demás familiares que están en su entorno y por supuesto, las amistades que sus padres tienen y que de alguna manera condicionan su comportamiento, todo lo cual llega hasta la edad escolar, época en la que es el propio niño quien selecciona sus amigos y compañeros de juego, de acuerdo a sus actitudes. Es de esta manera, como el niño va obteniendo su propio perfil social o identidad propia, proveniente de la familia y la escuela, perfil este, que es protegido por la Constitución de la República del Ecuador (2008), al expresar en el artículo 66 numeral 28:

Se reconoce y garantizará a las personas: el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

En este contexto hay que decir que, aunque en Ecuador no existe aún un conjunto normativo único que regule la familia, sin embargo, si existe un cuerpo de leyes que bajo la égida constitucional, conforman el derecho de familia, entre ellas: la Constitución, el Código Civil, el Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otros.

1.2.2 La herencia romana: la filiación

La palabra filiación proviene del latín tardío cristiano del alto imperio y de la alta edad media: *filiatio*, *filiationis*, que significó y significa aun, la relación natural o jurídica nacida de la conjunción biológica de los padres o de una decisión legal como la adopción. Empezó este término en los siglos IV al VI con un sentido estrictamente cristiano que significaba en ese momento la relación entre Jesucristo y su padre, el Dios Omnipotente y es en la edad media cuando este término empieza a tener sentido jurídico.

En el Derecho Romano antiguo o clásico, utilizaba el derecho de filiación, pero con el nombre de “*cognatio*”, que significaba derechos de sangre, adquiridos por vía de la madre y “*agnatio*”, como los derechos de sangre nacidos del padre. En este momento histórico, estos términos eran fundamentales para la adquisición de la ciudadanía y de los derechos que hoy corresponden a la patria potestad. De todas maneras, hay autores que dicen que la palabra filiación viene del arameo *Abbá* que significa padre.

Pero sea cual sea el origen etimológico de la palabra filiación, lo cierto es que ella remite a la relación o vínculo sea biológico o legal, que existe entre padres e hijos y que tiene sus efectos de orden estrictamente jurídico.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano (2005), no define taxativamente el término filiación, pero sí deja entrever lo que esta palabra significa cuando indica las maneras de establecer la filiación y las alusiones a la paternidad y la maternidad. En este sentido indica que existen tres maneras de establecer la filiación: 1. Por provenir el hijo de matrimonio legal o putativo (nulo), o de la unión legal de hecho. 2. Por reconocimiento voluntario del padre o de la madre, esto lógicamente, cuando los padres no están casados o mantienen una unión legal de hecho y 3. Por declaración judicial en caso de no haberse dado el reconocimiento voluntario (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

No cita el Código Civil ecuatoriano (2005) en este caso, la filiación legal que se crea con la adopción, ni hace alusión tampoco a la filiación nacida de la maternidad subrogada, aunque en este último caso, la misma se incorpora en la filiación natural o biológica.

Dos tendencias se ven en la actualidad en el Derecho de Familia, que son de vital importancia tenerlas en cuenta en el manejo del tema de esta tesis: la primera, está orientada al reconocimiento de la igualdad en los derechos y la dignidad de los hijos, sin tomar en cuenta las condiciones que dieron origen a su nacimiento, lo que se compagina perfectamente con las disposiciones de los instrumentos internacionales ratificados. De esta manera, en la actualidad se tiende a legislar y regular las complejas relaciones de padres e hijos sin que medien pautas de discriminación de los hijos, pues a todos se les reconoce tanto el mismo estado como los mismos derechos.

Sobre este particular, el artículo 247 del Código Civil ecuatoriano (2005) expresa “Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005), el cual concuerda con el artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), que expresa “Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento... filiación...o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

En segundo lugar, el interés en el fomento de la paternidad responsable, tomando en cuenta, la igualdad en la responsabilidad que tienen los padres en la crianza, educación y desarrollo de sus hijos, lo que ha sido consagrado en instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Pacto de San José.

En este contexto, la filiación no solo le proporciona identidad al niño y adolescente, sino que, también implica las complejas responsabilidades de la guarda, crianza, protección y educación del menor. De aquí, que la filiación no puede estar condicionada al origen del nacimiento del niño. Por otra parte, esta institución crea el estado filial, o sea, la exteriorización, familiar, cultural y social, de definición y permanencia de esta relación jurídica filial. La filiación tiene tres efectos fundamentales:

a. Derecho a la identidad. Antes de explicar este derecho necesario es hacer algunas precisiones, que se logran a través de la opinión de Guadalupe Guisbert Rosado (2016), quien sostiene que:

Desde la psicología la identidad es entendida como autoafirmación y construcción del yo, la conciencia de sí, desde la sociología se entiende como el conjunto de rasgos que dan a un individuo o a un grupo cierta forma de ser, construido en el proceso de socialización, desde la perspectiva del Derecho tiene que ver con un derecho vital y básico de las personas, respecto del reconocimiento de su individualidad, su rol y estatus en la sociedad y el Estado, el ejercicio de sus derechos ciudadanos y la posibilidad de realizar plenamente en todas sus potencialidades. Esto se traduce en registros oficiales y verificables donde figuran: nombre, apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad y filiación con los padres biológicos, adoptivos o a cargo del Estado con nombres y apellidos convencionales. En esa medida, el no reconocimiento de la identidad de las personas que forman parte de una sociedad tiene implicaciones fundamentales en el desconocimiento de los derechos a los servicios y los beneficios que otorga el Estado a los habitantes (Guisbert Rosado, 2016).

La lectura de esta cita hace reflexionar sobre la gran responsabilidad de los padres cuando niegan a sus hijos, pues les están negando su construcción del yo, o sea, le están causando un daño grave al pleno desarrollo de su personalidad, a la conciencia de sí mismo, además de negarle una posición social y de ciudadano. Por lo que estos elementos podrían bien pasar de lo civil a la responsabilidad penal.

En este sentido, en Ecuador, la filiación da origen a los apellidos a los hijos de acuerdo con lo dispuesto en la ley. El Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) al respecto señala en su artículo Art. 99 “Unidad de filiación. Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003). Así mismo, en su artículo 35 el citado Código expresa:

Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con

procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

El artículo 37 del mismo Código, por su parte establece:

Normas para la identificación...Cuando se desconozca la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevará los apellidos del progenitor que lo inscribe, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor. Si se desconoce la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente se inscribirá por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país. Se respetará el nombre con el cual ha sido conocido y se tomará en cuenta su opinión cuando sea posible...Los niños y niñas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país, tienen el derecho a ser inscritos con nombres propios del respectivo idioma. Las autoridades del Registro Civil tienen la obligación de inscribir estos nombres sin ningún tipo de limitación u objeción (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Del texto se desprende, que los niños, niñas y adolescentes, tienen el derecho a la identidad y dentro de éste, tienen derecho a conocer a sus padres verdaderos y a tener los apellidos de éstos. La costumbre en los países latinoamericanos y por ende en Ecuador, es que los hijos lleven en primer lugar el apellidos del padre y luego el de la madre, pero, si es la madre quien lo inscribe puede hacerlo con su apellidos.

Como consecuencia de la filiación, se genera la patria potestad, entendida ésta por el Código Civil ecuatoriano (2005) en su artículo 283 como “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005), definición ésta incompleta porque no hace alusión a los deberes de los padres. El Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), en cambio, al definir la patria potestad en el artículo 105 expresa:

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 (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Es decir, que la patria potestad no sólo incluye los derechos de los padres sobre sus hijos, sino también sus deberes y obligaciones. Entre los deberes de los padres con los hijos están:

- Respetar, proteger y cuidar a los hijos y promover, respetar y exigir los derechos que a ellos les corresponde.

- Obligación de denunciar en un plazo de 48 horas, ante la autoridad competente la violación de un derecho del niño, niña o adolescente, de la cual tenga conocimiento.

- Asegurarles por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo, derecho que tienen desde su concepción. En este sentido, deben respetar su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual y jamás someterlos a torturas, tratos crueles y degradantes.

- Darse a conocer a sus hijos, cuidar de ellos y mantener relaciones afectivas permanentes, personales, regulares con ellos.

- Adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en la familia.

- Proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

- La madre en cuanto le sea posible, debe asegurar al niño o niña el derecho a su lactancia materna.

- Darle a los niños, niñas y adolescentes una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Esto incluye aportarles una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, la educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.

- Procurar a sus hijos, niños, niñas y adolescentes, el disfrute del más alto nivel de salud física, mental, psicológica y sexual.

- Aportarles a los hijos un ambiente de vida estable y afectivo que les permita un adecuado desarrollo emocional.

- Brindar a sus hijos la atención de salud que esté a su alcance y asegurar el cumplimiento de las prescripciones, controles y disposiciones médicas y de salubridad.

- Dar a los hijos una identidad, especialmente un nombre y apellidos, nacionalidad y relación de familia.

- Inscribirlos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan.

- Garantizarles el derecho a la educación que comprende: matricularlos en los planteles educativos; seleccionar una educación acorde a sus principios y creencias; participar activamente en el desarrollo de los procesos educativos; controlar la asistencia de sus hijos, hijas o representados a los planteles educativos; vigilar el respeto de los derechos de sus hijos, hijas o representados en los planteles; y, denunciar las violaciones a esos derechos, de que tengan conocimiento.

- Exigir a los medios de comunicación audiovisual o escrita que aporten una información veraz, con textos, imágenes, mensajes y programas que motive a los niños y adolescentes a una cultura de paz y de legalidad.

- Inculcar a sus hijos la práctica de juegos tradicionales; así como llevarlos a ver programas y espectáculos públicos adecuados y seguros.

- Respetar la libertad de los hijos, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, orientándolos en el ejercicio de este derecho.

- Hacer que todos respeten su dignidad, autoestima, honra, reputación e imagen propia.

- Proporcionarles relaciones de calidez y buen trato fundamentadas en el reconocimiento de su dignidad y el respeto a las diferencias.

- Hacer que todos respeten la dignidad, autoestima, honra, reputación e imagen propia de sus hijos, entre otros.

Así mismo, la filiación determina el nacimiento de derechos sucesorales, es decir, que los hijos tienen derecho a heredar a sus padres. En este sentido, el artículo 1028 del Código Civil (2005) establece “Los hijos excluyen a los demás herederos, sin perjuicio de la porción conyugal” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005), y el artículo 1029 del citado Código indica “Si el difunto hubiere dejado más de un hijo, la herencia se dividirá entre ellos, por partes iguales” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

De esto se desprende que los hijos son preferentes en Ecuador para recibir la herencia de sus padres, pues habiendo hijos, estos excluyen a todos los demás miembros de la familia. Además es claro el Código Civil al indicar taxativamente, que las herencias se dividirán por partes iguales entre los hijos en condiciones de igualdad, pues sólo habla de hijos sin discriminar por ninguna razón.

Finalmente, la filiación le aporta a los hijos la nacionalidad. Como es lógico, se debe empezar por dilucidar algunos términos que sin ellos es prácticamente imposible darle la valoración que este término tiene, en este sentido, la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sostiene que:

La Nacionalidad es el derecho humano fundamental que establece el vínculo jurídico esencial entre el individuo y el Estado, en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que el Estado constituye según el Derecho Interno y el Derecho Internacional. La Nacionalidad constituye un elemento fundamental para la seguridad del Individuo, ya que, además de conferir a la persona un cierto sentido de pertenencia e identidad, le otorga el derecho a disfrutar de la protección del Estado y le aporta un fundamento legal para el ejercicio de diversos derechos civiles y políticos. Sin embargo, la Nacionalidad no deber ser confundida con la ciudadanía; ésta comprende a una parte de los nacionales, es decir, a los calificados legalmente para ejercer los derechos políticos, pero hay nacionales que por razones de edad u otras causas pueden no ser ciudadanos. La nacionalidad es entonces, un lazo jurídico que une al individuo con el Estado determinado a varios fines; es un vínculo establecido por el derecho interno, en otros términos, corresponde a cada Estado legislar sobre la adquisición, la pérdida y la readquisición de la nacionalidad (Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1998).

De la cita expuesta se desprenden aspectos fundamentales, tales como: 1. Que la nacionalidad es un derecho humano fundamental; 2. Que la nacionalidad establece el vínculo jurídico esencial entre el individuo y el Estado, 3. Que constituye un elemento fundamental para la seguridad del Individuo, 4. Le confiere a la persona un cierto sentido de pertenencia e identidad, 5. La nacionalidad le otorga el derecho a disfrutar de la protección del Estado 6. Le aporta un fundamento legal para el ejercicio de diversos derechos civiles y políticos. Es decir, que no es pequeño la importancia de la nacionalidad para el individuo, de manera, que quien no tiene una nacionalidad es porque se le priva de este derecho humano, dejándolo total y absolutamente desprotegido de todo. De aquí que los Estados de manera autónoma puede tener una legislación donde se contemplan aspectos de la nacionalidad, pero debe tener cuidado de que esa legislación no choque con la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia.

En el caso específico de Ecuador, el artículo 7 de la Constitución de la República (2008), expresa “Son ecuatorianas o ecuatorianos por nacimiento: numeral 2. Las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador; y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Así mismo, el artículo 8 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) expresa:

Son ecuatorianas y ecuatorianos por naturalización las siguientes personas: 2. Las extranjeras menores de edad adoptadas por una ecuatoriana o ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria. 3. Las nacidas en el exterior de madre o padre ecuatorianos por naturalización, mientras aquellas sean menores de edad; conservarán la nacionalidad ecuatoriana si no expresan voluntad contraria (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Lo expresado en las citas anteriores demuestran que la filiación sea ésta natural o adoptiva dan origen a la nacionalidad de los hijos. En este caso, la nacionalidad ecuatoriana.

Para finalizar este aspecto de la filiación, se tratará el punto de la prueba de la filiación. En este contexto, la acreditación de la filiación se hace por medio de la inscripción en el Registro Civil, aunque también se puede hacer por sentencia firme, resultante de un procedimiento judicial relacionado con la filiación o por la presunción de paternidad. Pero también existe la denominada posesión de estado, que implica el ejercicio permanente, público y notorio de un determinado estado civil del hijo.

En el caso de la inscripción en el Registro Civil, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 261 numeral 3 establece que el Estado central tendrá competencia exclusiva sobre el registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratoria, en este sentido, el Registro civil es definido como un Servicio destinado a inscribir tanto los nacimientos ordinarios como los extraordinarios de personas que hayan nacido con atención en los centros de salud en el territorio de Ecuador y también inscribir los nacimientos ordinarios o extraordinarios de personas que nacen con atención médica en el exterior, cuando son hijos ya sea de padre o de madre ecuatoriana o de ambos, en las oficinas consulares que tiene Ecuador en el mundo.

Para la inscripción en el Registro Civil son requisitos necesarios, el comprobante de pago y la cédula de identidad física o digital o pasaportes de los padres y como requisito adicional, si el niño ha tenido atención médica en el Ecuador, debe presentarse un informe estadístico de nacido vivo, lo que se presenta de manera física o electrónica y cuando no ha habido atención médica, se debe presentar una declaración de la persona solicitante, el cual debe ir acompañado de dos testigos hábiles, capaces portadores de cédula de identidad física o digital o pasaportes y además, se presenta un documento original en el que el médico certifique que la madre se realizó por lo menos un control prenatal.

En el caso de progenitoras del mismo sexo, ellas deben presentar un certificado médico emitido por el centro de salud o por uno de los facultativos médicos que las atendió, que puede ser el ginecólogo, obstetra, gineco-obstetra, entre otros.

Cuando los progenitores están fuera del país, ellos presentan en las Oficinas Consulares del Ecuador en el exterior, un Certificado de nacimiento o su equivalente que haya sido otorgado por el profesional de la salud que atendió el parto en el extranjero, lo

cual debe estar debidamente apostillado, legalizado y traducido de ser el caso. Además debe presentar la cédula de identidad física o digital o en su defecto, el pasaporte ecuatoriano o extranjero vigente.

Como requisitos alternativos deben presentarse: Pasaporte del padre o la madre extranjero; el Carnét de refugiado del padre o madre extranjero; sus documentos de identidad, y un poder especial en el caso de ser realizado por un tercero y finalmente, un documento otorgado por el padre o la madre ante Autoridad Competente, a través del cual reconoce como hijo suyo al que está por nacer.

El procedimiento que debe seguir la persona que va a inscribir en el Registro Civil, es el siguiente:

1. Solicitud del servicio en la Oficina de información al público
2. Pagar el valor del trámite
3. Acercarse al módulo de atención de acuerdo a su turno.

4. Entregar en la oficina indicada para el caso, la documentación exigida debidamente firmada, así como firmar los documentos de inscripción y en relación con los progenitores unidos por vínculo matrimonial o unión de hecho, se requiere para la inscripción en el Registro Civil, la comparecencia de por lo menos uno de los padres para inscribir al niño, y los padres que no son casados o no viven en unión de hecho, deben comparecer los dos para reconocimiento de la filiación paterna.

En caso de que la inscripción la haga un tercero, el mismo debe un poder otorgado por los padres con excepción de los descritos en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, por supuesto, con su documento de identidad. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016)

En el caso de la reproducción asistida, los progenitores tendrán la obligación de trasladarse a las Oficinas de Registro Civil del Ecuador y deben presentar el certificado médico emitido por el centro médico o facultativo médico relacionado con esta materia, tales como un ginecólogo, obstetra, gineco-obstetra) que realizó la reproducción asistida, y con un documento que debe contener: datos personales de las madres que han optado por este método y especificación del método utilizado, sea con material

genético homólogo o heterólogo o sencillamente de donante voluntario, así como la firma del médico responsable de esta práctica con su respectivo código profesional y su número de cédula, hoja membretada del centro médico o facultativo médico y el sello de la institución de salud.

El certificado médico relacionado con la reproducción asistida; y el Informe Estadístico de nacido vivo, haciendo referencia especial a la madre. Si esta reproducción asistida se ha hecho en el exterior, los padres deben presentar el certificado médico que avale el procedimiento, el cual debe estar apostillado y legalizado, así como traducido si es el caso. Es importante señalar, que no se hace necesaria la presencia del representante legal de los menores que son progenitores, sean estos ecuatorianos como extranjeros en Movilidad Humana para inscribir a sus hijos de conformidad con lo señalado en la Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21 y su alcance con Auto de verificación de sentencia No. 2185-19-JP/22. (Acción de Protección, 2019)

En este caso hay que referir, que todo lo relacionado con la identidad de los individuos menores de 18 años en Ecuador, está previsto en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), la cual estipula en su artículo 11 la obligatoriedad de inscribir o registrar tanto los hechos como los actos relativos al estado civil y la identificación de las personas y la autoridad competente ante la cual debe hacerse la inscripción, por imperativo del artículo 12 de la misma ley antes citada, tanto la inscripción, como la solemnización, autorización y registro de los hechos y actos relativos al estado civil de una persona y sus modificaciones “debe hacerse ante el servidor público de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de la respectiva circunscripción territorial, autorizada para el efecto” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

La citada Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), estipula en su artículo 30 cuáles son los datos que deben suministrarse en el momento de la inscripción de nacimiento, ellos son:

1. Lugar y fecha de inscripción;
2. Número único de identificación asignado.
3. Lugar donde ocurrió el nacimiento;
4. Fecha del nacimiento;
5. Nombres y apellidos de la nacida o nacido vivo;
6. Sexo;
7. Nombres, apellidos, nacionalidad y número de cédula de identidad del padre y de la madre o de solo uno de ellos según el caso;
8. Captura de los

datos biométricos; 9. Apellidos, nombres, nacionalidad y número de cédula de identidad del solicitante; 10. Firma de la autoridad competente; 11. Firma del o los solicitantes de la inscripción; Los datos en mención pueden ser modificados mediante acto administrativo o resolución judicial (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

Así mismo, la citada ley, estipula en el artículo 31 el plazo que da la ley para la inscripción del nacimiento y en este sentido dice, que “Los nacidos vivos en hospitales o centros de salud públicos o privados serán inscritos obligatoriamente con sustento en el Informe Estadístico de Nacido Vivo durante los tres días posteriores al nacimiento, previa notificación del establecimiento de salud” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

Necesario es indicar, que el artículo 27 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), señala con claridad lo que debe entenderse por nacido vivo, indicando que:

Cada ser humano, expulsado o extraído completamente del cuerpo de la madre, independientemente de la duración del embarazo, de un producto de la concepción, que, después de dicha separación, respire o dé cualquier otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria, tantos si se ha cortado o no el cordón umbilical y esté o no desprendido de la placenta, se considera nacido vivo (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

Este artículo 27 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016) concuerda con el artículo 60 del Código Civil (2005) que manifiesta:

El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separado completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separado de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Esta postura tanto del Código Civil como de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, entra en el ámbito doctrinario de quienes sustentan las teorías contrapuestas de que el feto forma parte del organismo de la madre mientras esté en gestación y no se haya desprendido del claustro materno, y los que sustentan, que la

criatura que está en gestación posee vida propia y autonomía. Esta última postura la propugna totalmente la biología desde el momento en que se permite desarrollar embriones humanos de manera artificial en probetas.

Pero en esta postura natural, los científicos están de acuerdo en asegurar, que en la fecundación se inicia una nueva vida humana. Es decir, si existe el derecho humano a la vida, y la vida del ser humano empieza con la concepción, no se le puede vulnerar este derecho al nasciturus por ejemplo, con el aborto. Sobre este particular, Obdulio Velásquez Posada (2006), señala que “Si la vida se inicia desde la concepción, el Estado tiene la obligación de establecer un sistema de protección legal efectivo, dado el carácter fundamental del derecho a la vida” (Velásquez Posada, 2006).

En el caso de Ecuador, el Código Civil (2005), establece en su artículo 60, sobre el tema lo siguiente:

El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere dentro del vientre materna, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

De esta cita se desprende, que Ecuador se manifiesta seguidor de la doctrina de que el nasciturus es parte de la madre, no independiente cuando está en el vientre materna, o sea, la postura romana sobre el nasciturus. Por lo tanto, se protege a la madre para proteger al feto. En este sentido, el artículo 61 del Código Civil (2005) expresa en su artículo 61:

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura, que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Este desafortunado artículo, es todo un mar de imprecisiones, que lleva a la duda y a diversificar posturas que incluso, pueden propiciar el atentado contra la vida del

nasciturus, por ejemplo. Por ejemplo, en su inicio el artículo expone “La ley protege la vida del que está por nacer”. La imprecisión aquí se da porque no se sabe si protege todo el recorrido de la vida desde la concepción hasta los umbrales del nacimiento o sencillamente, se protege al nasciturus solamente en los últimos momentos antes del nacimiento. Por otra parte indica “para proteger la existencia del no nacido”, lo que significa proteger a los que incluso, no se han pensado para su procreación, lo que representa un absurdo. Finalmente, el artículo 63 del Código Civil (2005), expresa:

Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

En definitiva, el Código civil ecuatoriano asume la doctrina de la personalidad jurídica del nacido vivo, para conferirle todos los derechos que como persona debe tener, incluso, los derechos sucesorios. El problema está en que este artículo choca con el artículo 45 de La Constitución de la República que especifica: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Es decir, que existe una evidente contradicción entre el Código Civil y la Constitución en cuanto al nasciturus, cuestión de altísima significación, pues las normas deben ser coherentes y si se defiende la tesis de que el ser humano con sus derechos empieza en el momento de la separación del niño del cuerpo de la madre, entonces, se estaría de acuerdo con el aborto y bien se sabe que en Ecuador está prohibido el aborto.

Sobre este mismo aspecto, se indica, que la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), siguiendo la tesis de que se considera persona al que nace vivo, en su artículo 28 dispone que:

El hecho del nacimiento, para que sea inscrito, se probará con el informe estadístico de nacido vivo o su equivalente, sea físico o electrónico, y legalizado por el profesional de la salud del establecimiento médico que atendió el parto. Excepcionalmente, a falta de dicho profesional, suscribirá el mencionado informe el director del establecimiento de salud respectivo. El profesional de la salud que no llene ni legalice debidamente el certificado estadístico de nacido vivo estará sujeto a las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico pertinente. Para los demás casos, el estadístico de nacido vivo o su equivalente físico o electrónico se llenará con la declaración de dos testigos, cuyos requisitos y procedimiento estarán contemplados en el Reglamento de esta Ley. La falsedad de los datos consignados en el informe estadístico de nacido vivo estará sujeta a las sanciones de la presente Ley, sin perjuicio de la acción penal que tenga lugar (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

Es decir, que el médico que atienden a la mujer en el momento del parto es el que da la información de que nació vivo un niño, lo cual puede hacer de manera física electrónica lo que se completará con la declaración de dos testigos hábiles en derecho, o sea, personas mayores de edad, mentalmente sanos y que acudan a declarar de manera absolutamente voluntaria.

Finalmente, el artículo 29 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), siguiendo con la misma línea doctrinaria indica:

Al nacido vivo se le asignará un Número Unico de Identificación (NUI) relacionado con un elemento biométrico de la persona, de tal manera que permita individualizar a la persona desde su nacimiento garantizando la identidad única, por lo que es obligación del Estado a través del órgano público encargado de la salud, establecimientos de salud públicos y privados, y de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, realizar las inscripciones de nacimientos de forma inmediata dentro del establecimiento de salud y sin que medie la solicitud del interesado. Al Número Unico de Identificación (NUI) se vincularán todos los servicios públicos y privados sin que sea necesaria la expedición de la cédula de identidad y se hará constar en forma obligatoria en los diferentes documentos o registros públicos y privados tales como pasaportes, registro único de contribuyentes, registro único de proveedores, entre otros (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

Queda dicho, en definitiva, que la filiación es una institución jurídica con repercusiones directas en el ejercicio de derechos y obligaciones y que en este contexto es fácil deducir, que las pruebas de la filiación son: la partida de nacimiento o la sentencia de los tribunales en el caso del reconocimiento voluntario u obligado y la adopción.

1.2.3 La patria potestad

La patria potestad es una institución que nace de la filiación. El Código Civil ecuatoriano (2005), la define como “El conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005), y el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), la define en el artículo 105 como:

No solamente 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 (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Como se observa, hay discrepancia entre Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia en cuanto a la definición de patria potestad, pero lógicamente, la definición del Código de la Niñez y la Adolescencia es la definición correcta para el investigador.

En el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) se prevén las reglas para confiar la patria potestad, indicando que el Juez, luego de oír la opinión de los niños o adolescentes, observará las siguientes reglas:

1. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique 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; 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 (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Este artículo 106 sufrió una reforma drástica en el año 2023, cuando la Corte Constitucional mediante la sentencia No. 28-15-IN/21 (R.O. E.C. 262, 17-I-2022), declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del citado artículo que establecían la preferencia de la madre para la tenencia de los hijos en Ecuador. (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2021)

En este sentido, el voto de la mayoría de los Magistrados de la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las frases del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que hacían alusión a la preferencia de la madre para el ejercicio de la patria potestad, alegando que dichas frases eran contrarias al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y vulneraban el derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental.

Para tomar la decisión se aplicaron los test de igualdad y proporcionalidad, encontrándose que efectivamente, dichas normas eran contrarias al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En la sentencia, la Corte aseguró, que “esta sentencia apuesta a la necesidad de combatir estereotipos de género y la desigualdad en el ambiente doméstico, buscando el cumplimiento de la corresponsabilidad parental” (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2021)

1.2.4. Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente

A través de los análisis hechos en esta investigación se vio la necesidad de explicar el principio del interés superior del niño. El Código de la niñez y la Adolescencia ecuatoriano (2003), al tratar el tema del interés superior del niño en su artículo 11 expresa:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés

superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Como se ve a través de la cita, el interés superior del niño se cataloga como un principio de interpretación, que, aunque indica expresamente, que es para la interpretación del Código de la Niñez y la Adolescencia, la realidad es que todo cuanto se refiere al niño y al adolescente, debe verse tras el cristal de este principio. Entendido este, como el soporte estructurante del sistema de normas jurídicas que sustentan todo el entramado normativo de protección de los niños y los adolescentes.

En este sentido, es lógico suponer, que este principio debe ser considerado al determinar la tenencia de los hijos, puesto que esto lo que intenta es que no haya una gran afectación del niño y del adolescente en su desarrollo y que su núcleo familiar no se vea sustancialmente afectado por el proceso de separación de los padres, que el menor no tenga tal afectación, que pueda tomar un rumbo inesperado como es el quitarse la vida, huir de la casa, reunirse con indeseables, consumer sustancias nocivas, etc, porque dentro de todo lo que se busca es no perturbar su normal desarrollo y en este caso, la satisfacción del ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, es fundamental para lograr que el núcleo familiar no se afecte completamente, y los padres puedan hacer uso efectivo de la patria potestad sobre sus hijos y se encarguen de manera conjunta de la crianza, cuidado, protección y desarrollo integral de los hijos, sin diferenciación de ninguna especie.

Sobre este principio señala la Convención sobre los derechos del Niño (1989) " En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (Organización de Naciones Unidas, 1989).

1.2.5 La práctica ecuatoriana en cuanto a la tenencia monoparental

Desde el punto de vista histórico, la familia ha venido evolucionado de acuerdo a los cambios económicos, sociales y políticos, dando respuesta a tales cambios. En este contexto, el siglo XX fue determinante en el inicio de estos cambios, lo que se materializó en el surgimiento de instituciones como el divorcio, el movimiento feminista, el desarrollo de los derechos humanos después de la segunda guerra mundial, la lucha de las mujeres por el acceso a la educación, el trabajo y la política, entre otros, todo lo cual parece que generó el germen del aumento de los hogares monoparentales femeninos.

La Organización de Naciones Unidas (ONU), en un estudio que se denominó “Progreso de las mujeres en el mundo 2018-2019”, reconoce seis tipos de familias: el matrimonio o unión de hecho con hijos, el matrimonio o unión de hecho con hijos, las familias extendidas, las familias monoparentales, unipersonales y sin parentesco. En el mismo informe se indica, que el 38% de las familias son parejas matrimoniales o de hecho con hijos, el 27% son familias ampliadas, conformadas no solo por los padres y los hijos, sino también los abuelos y tios, entre otros, el 13% de familias son parejas solas, otro 13% son familias unipersonales y sólo un 2% son personas sin parentesco que conviven, pero el 8% restante para completar el 100% son familias monoparentales, o sea donde solo uno de los padres convive con sus hijos, y de ese 8%, el 84% está bajo la potestad de la madre únicamente.

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en los años 1990 al 2010 en los países de América Latina el número de hogares monoparentales nucleares aumentó del 9% al 12%, donde la mujer era la protagonista del hogar, demostrando el estudio, el aumento de la jefatura femenina del 10 a 12%; pero a la par, para el mismo período según datos del Instituto Nacional de Estadística y Censo (Ecuador, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos , 2010), existían 339.656 madres solteras o sea, casi el 5% de la totalidad de las mujeres ecuatorianas y la tendencia era a incrementarse la cifra.

El informe de la ONU, interpretando esta realidad indica que muchas de esas se convierten en jefas de sus hogares de sus hogares “porque el hombre no asume las tareas que se deben realizar en la casa”, el problema radica, en que ahora "Las mujeres realizan

tres veces más trabajo en el hogar que los hombres", lo que es cierto, pues la mujer debe trabajar fuera del hogar para ayudar a mantener la familia, pero además, al llegar al hogar debe dedicarse al trabajo que éste conlleva: lavar, cocinar, limpiar, entre otros, y además, debe cuidar de los hijos: revisando sus tareas de la escuela, conversando con ellos, atendiéndoles sus enfermedades si las tienen, entre otros. Esto ha hecho una realidad, que las mujeres tomen las riendas del hogar y prefieran vivir solas con sus hijos, convirtiéndose en el eje de la crianza de los hijos.

En el caso de Ecuador, los datos del INEC del año 2010, demuestran que la provincia del Carchi limitante con Colombia y Brasil, es la que presenta el mayor número de madres solteras, con un 8,4% de ellas. En cuanto a la etnia con mayor número de madres solteras fue de las afrodescendientes con el 6,1% de su población, luego siguen las mestizas con el 4,8%, las blancas con el 4,1%, las mujeres indígenas con el 3,7% y las montubias con el 3,4%. Lo más significativo de ello fue que la mayoría de las madres solteras (51,3%) tienen un solo hijo, el 20,6% dos, y el 7,1% tienen entre dos y seis hijos. Asimismo, de acuerdo a este informe, el 37,2% de esas mujeres tenían edades entre 17 y 20 años y el 46,6% eran jefas de hogar, por lo que el 83,1% debían trabajar fuera del hogar para mantener los hijos. (Ecuador, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos , 2010)

El problema en Ecuador radica en que las cifras de madres solteras van en aumento debido a la libertad con la que se mueven las mujeres hoy en día, la falta de valores en los hogares, la falta de educación sexual, el trabajo de las mujeres fuera del hogar, lo que hace que descuiden los hijos, entre ellos a las niñas, las cuales se convierten en madres en edades muy tempranas.

En este contexto, hay que señalar, que la monoparentalidad constituye uno de los factores incidentes en el descuido de los hijos, porque el padre o la madre que vive solo o sola con sus hijos debe salir a trabajar y deja los hijos solos, a su libre arbitrio, sin poder castigarlos, para no verse envueltos en problemas judiciales, lo que además de exponerlos al peligro de los embarazos precoces, los exponen a un desempeño académico pobre, la deserción escolar, las malas compañías y los vicios tempranos, lo que en definitiva no da marcha atrás y por ello, aumenta la delincuencia, hay más mujeres

solos criando los hijos, hay más deserción escolar, etc. Ello al parecer ocurre porque se pierde el contacto permanente con los hijos “y el control de lo que hacen o dejan de hacer, pues como se ejerce el papel de padre y madre en el proceso de crianza, manutención y educación, no queda tiempo disponible para dialogar con los hijos” (Martínez Núñez, 2028).

Esta situación coloca en situación de vulnerabilidad a los hogares monoparentales, lo que se materializa en muchos casos, donde los hijos sin aun tener la edad permitida por la ley para trabajar, tienen que hacerlo para ayudar a los gastos del hogar, obligando a estos niños a abandonar la escuela, pero mucho más grave, es que también muchas veces, los niños deben mendigar en las calles solicitando un mendrugo de pan para comer. Es un problema no sólo de vulneración de la Constitución y las leyes, sino de dolor ante las situaciones de estos niños, que se someten al desprecio de la gente y le da la oportunidad a los delincuentes para que cometan con ellos todo tipo de atrocidades.

Por lo antes expuesto, las investigadoras Ana Terán García y Paola Montero Méndez (2016) opinan que:

Para las mujeres, los problemas pueden ser mayores ya que en ellas se acumulan diversas transiciones vitales, como el cambio de estado civil y de estatus, los trámites para la pensión que deben recibir del marido y la nueva relación con el ex cónyuge. (Terán García & Montero Méndez, 2016).

En efecto, los hogares donde sólo está la madre al cargo de sus hijos son hogares de alta vulnerabilidad, especialmente para los hijos, quienes sufren de la poca atención que puedan recibir de sus madres, por el sacrificio que deben hacer trabajando fuera de su casa para conseguir la manutención diaria de todos. Sin embargo, la madre se esfuerza hasta más allá de lo que sus fuerzas lo permiten, para lograr ese sustento diario de sus hijos, darles su educación, vestido, casa, y encima de ello, hacer todos los trabajos del hogar. No es una situación fácil para ella, es decir, ella pasa por su situación a ser una persona altamente vulnerable, pues su estrés es permanente y sus fuerzas fallan muchas veces, lo que les produce enfermedades psíquicas y físicas, que terminan muchas veces en su muerte.

Ahora, hay que preguntarse por qué esas madres están solas criando a sus hijos, y las razones parecen ser obvias: han cometido errores en su juventud que las dejó con un hijo, con un padre irresponsable, que no quiere hacerse cargo de la responsabilidad que tiene con el hijo que engendró; también ocurre en los casos de divorcio, donde el hombre se divorcia de la mujer y también de los hijos, la viudez de la mujer; el deseo de tener un hijo o hija sin la perturbación de un hombre a su lado, entre otros. Pero cualquiera que sea el caso, la vulnerabilidad de ese hogar monoparental es notoria y con graves consecuencias la mayoría de las veces.

En el caso del hogar monoparental masculino, se han hecho pocos estudios, pero se destaca el estudio de Manuela Avilés Hernández (2014) de la Universidad de Murcia, quien señala que:

A finales del siglo XX, determinados investigadores estadounidenses empezaron a constatar que las familias monoparentales masculinas de ese país estaban aumentando y, además, lo estaban haciendo a un ritmo superior que el de sus homólogas femeninas. Ese incremento, que se inició a finales de los años setenta, se mantuvo constante durante las siguientes décadas, como así lo han evidenciado diversos estudios y se fue extendiendo a otras zonas geográficas como Inglaterra, Australia o Canadá. Con la llegada de estos cambios, el interés político, social y científico por estas formas familiares comenzó a aumentar, y los estudios sobre Monoparentalidad Masculina o Lone Fatherhood fueron poco a poco emergiendo, principalmente en los países de habla inglesa, que eran las zonas donde se observaban los mayores niveles de incremento (Avilés Hernández, 2014).

O sea, que, según la cita, la situación de hogares monoparentales masculinos existe y los más sobresalientes están en los países desarrollados como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá y Australia, entre otros, siendo este un fenómeno relativamente nuevo, de apenas, el siglo XX hasta hoy. La misma autora de la anterior cita, también explica sobre el mismo tema, las hipótesis sobre las razones de esta nueva situación, indicando que:

En torno a los aspectos que han podido propiciar el aumento registrado por este tipo de estructuras familiares, los investigadores barajan varias hipótesis. La más extendida, y aceptada, es la que sostiene que estas formas familiares tienden a aumentar en la

sociedad posmoderna como consecuencia del incremento que experimenta la probabilidad de que, tras una ruptura conyugal, los hombres reciban la custodia legal o de facto de sus hijos/as. En este sentido, destacan dos cambios legales importantes: por una parte, la generalización que se ha producido de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico de diversos países; y, por otra, el ligero aumento de custodias paternas que se observa desde hace unos años en la mayoría de las estadísticas oficiales de los países occidentales. Junto a estos cambios legales, los investigadores destacan otros, a nivel sociocultural, que, de hecho, se constituyen como los verdaderos responsables del incremento que han experimentado tanto las familias monoparentales encabezadas por un hombre, como las propias custodias compartidas y paternas. Éstos son: Los cambios que han experimentado los hombres en su forma de vivir la paternidad, lo que ha hecho que muchos quieran estar presentes en la vida de sus hijos tras una ruptura conyugal y desempeñar un papel activo en su cuidado; y la presión de diversos movimientos sociales, quienes reivindican el derecho a que, tras una ruptura conyugal, los padres sean tratados igual que las madres y finalmente, las evidencias que empezaron a surgir a finales del siglo XX, y que afirmaban que tras un divorcio o una separación la presencia del padre en la vida de sus hijos, con igualdad de derechos y obligaciones que la madre, resultaba positivo para éstos últimos y, a su vez, conllevaba un cierto alivio para la estructura familiar, pues las cargas se podían repartir entre ambos progenitores (Avilés Hernández, 2014).

En efecto, si alguna situación ha mejorado en la sociedad es la conciencia de los hombres de que, al formar parte de un hogar, deben compartir los deberes del hogar. Es común ver hoy situaciones que en el pasado eran inverosímiles como ver a los hombres que llegan del trabajo y son capaces de ayudar a cocinar, lavar las vajillas, lavar la ropa, ayudar a los hijos en sus tareas, jugar con sus hijos, es decir, ya lejos quedaron los tiempos en que los hombres se sentaban a pedir que la pareja le fuera a buscar el agua en la nevera, que le quitara los zapatos y que le pusiera mansamente la comida en la mesa y se quedara allí esperando que más quería el señor. Por supuesto, esto no ocurre en todos los hogares, pues aún hay rasgos machistas que están lejos de terminarse definitivamente, pero si se ha logrado bastante amansar al macho.

Esto que se ha logrado con el tiempo, ha preparado al hombre para que cuide a sus hijos y le prodigue todo el caudal de atenciones que hasta ahora solo se le atribuía

a la madre, por lo que, el camino está listo, para que el hombre también se haga cargo de sus hijos y de allí, la necesidad de que exista la tenencia compartida, pues los hijos no sólo necesitan a la madre, sino también al padre. Lo que si debe tenerse en cuenta en este tema es que, si bien es cierto que los hijos requieren de la presencia y del cuidado de ambos padres, la calidad de la relación existente entre los esposos influye de manera determinante en los hijos impactando positiva o negativamente en su desarrollo. Los hijos no solo necesitan el afecto y cuidado de sus padres, sino también ver cada día el amor, respeto y comprensión que se prodigan su padre y su madre.

Y es que el padre desarrolla una tarea imprescindible en la formación que debe obtenerse en el hogar, en su ambiente armónico y en la educación de los hijos, tanto de hembras como de varones, en el caso de los varones, el comportamiento y enseñanzas de su padre los ayuda de manera decisiva en el reconocimiento de su identidad, y en el caso de las hijas, la presencia del padre las ayuda a madurar de manera armónica, confirmando su feminidad.

La madre por su parte, con su amor y ternura acerca al niño a ella de una manera irresistible sobre todo en sus primeros años de vida, pues ella le ofrece seguridad y confianza, ayudándolo con ello a desarrollar su propia identidad y a relacionarse de manera sana con los demás. La madre siempre va a considerar a su hijo como un niño al que hay que cuidar y proteger, y ese se adentra de tal manera en el hijo, que para él, no hay ser más perfecto que su madre. Así que, la mejor situación para un niño es crecer al lado de ambos padres, lo que no siempre es posible.

Ante este análisis, no se puede dejar de decir, que el comportamiento de la madre y del padre, siempre se van a diferenciar. Un ejemplo de esto es que, el padre tiende a tener en mayor grado de movimientos físicos para jugar pelota con sus hijos, allí se dan puntapiés, se golpean, se ejercitan on juegos rudos incluso, cuerpo a cuerpo con los hijos y eso llena el corazón de alegría en los hijos, en este sentido, el juego del niño o el adolescente con su padre favorece su desarrollo muscular y la estimulación temprana.

La madre por su parte, enseña al niño/a la hermosura de la caricia, el abrazo, los besos, las frases bonitas, es decir, les prepara el camino para la vida en armonía, buen trato y comportamiento responsable y feliz. Por supuesto, no siempre es así, existen como

en todas las cosas del mundo, las excepciones. Hay padres aun con los resabios de tiempos pasados, que se consideran dueños de las vidas de sus parejas y sus hijos y su característica básica es el maltrato a las personas con quienes convive.

También hay mujeres que no cumplen con sus deberes del hogar ni con su pareja ni con sus hijos, son personas frias, incapaces de demostrar afecto, son materialistas, maltratan a la pareja y a los hijos, no cumplen su rol de mujer ni de madre. Por supuesto, estos no son hogares, sino simplemente casas frias donde vive gente violenta, lo que hace que la infelicidad y el cansancio sea el diario acontecer. Es en esas casas donde se producen los divorcios o las separaciones, los hijos sin valores desde temprana edad se convierten en delincuentes. Bajo estos parámetros familiares, debe moverse el juez de familia, cuando va a decidir sobre la custodia de los niños y adolescentes. Es decir, no es una situación fácil de resolver, pues las complejidades del grupo familiar pueden llevar incluso, a darle a este funcionario un ejercicio facultativo a la hora de decidir sobre la tenencia de los después de una separación.

No debe soslayarse en este caso, que el juez debe oír a los niños y a los adolescentes para tomar las decisiones en torno a la tenencia de los hijos, pero esta también es una situación compleja ya que, en la mayoría de los casos, los miembros de la pareja manipulan al hijo tomando en cuenta que aun por su edad y escasa solidez formativa, es fácil manipularlos por sus gustos, los ofrecimientos que se les hace, entre otros. De aquí que la tenencia compartida pareciera la mejor medida a tomar, sin embargo, hay que tomar en cuenta, que los padres a separarse buscan otras parejas que la mayoría de las veces consideran como un estorbo a los hijos que trae la pareja y en este caso son los niños y los adolescentes los que pagan esos disgustos. En este caso es claro, que quienes pierden también son los hijos.

Los problemas con las nuevas parejas, muchas veces incluso, terminan con la vida del menor. Por otra parte, muchas veces también, especialmente en el caso de los hombres, ante la obligación de la tenencia de sus hijos se los llevan a sus padres, quienes son personas mayores, a veces cansadas, que lo que menos quieren es seguir criando muchachos, representando ello, una carga para los padres y un problema para los niños y adolescentes que se les encargan. Muchos de esos niños crecen con traumas

difíciles de borrar de su psiquis. Por supuesto que no siempre es así, hay abuelos que más bien desean tener a sus nietos con ellos y criarlos con sus valores y actitudes. Pero los padres de esos hijos no deben abusar de la bondad y el amor de esos abuelos, porque ya no serían los padres y los hijos los que se han problematizado, sino que ellos han arrastrado en sus problemas a sus abuelos.

De aquí que el investigador asuma que, en la familia, debe existir equilibrio entre la estabilidad y el deseo de ser y crecer como familia. Por eso hay que evitar las distorsiones y que las presiones limiten las aspiraciones de sus miembros para su crecimiento y desarrollo dentro del seno familiar, por cuanto esas presiones provocan crisis irreconciliables dentro del hogar.

1.2.6. La tenencia compartida de los hijos

Luís Fernando Espín Sandoval y Mónica Alejandra Ramírez Muñoz (2018), en una investigación que realizaron titulada “Tenencia compartida y el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes”, concluyeron que:

La historia ha demostrado que muchos padres después de un divorcio han sido separados de sus hijos y han tenido que someterse a leyes que vulneran el interés superior de los niños niñas y adolescentes y su desarrollo integral, por lo que en varios países Americanos y europeos se empezó a proponer la tenencia física conjunta como un medio de solución para esta problemática. Países como Suecia y México comprendieron que la tenencia compartida no es un derecho de los padres sino que es un derecho que tienen los hijos, el mismo que debe ser garantizado y protegido por el Estado, fomentado un ambiente adecuado donde estos niños y adolescentes puedan seguir disfrutando de una familia, solo que ahora desde otra concepción (Espín Sandoval & Ramírez Muñoz, 2018).

Es decir, que el principio básico en que se debe fundamentar la tenencia compartida, es en el complementariedad, lo que significa que padre y madre en forma armónica puedan criar juntos a sus hijos, aunque ellos estén separados, incluso, que tengan otra pareja, porque la separación es de los padres, no con los hijos. Además, los niños tienen derecho a tener una familia y vivir en ella, aunque sea diferente a la familia inicial, pero que si le provea de lo necesario para crecer en armonía, evitando con ello el síndrome de alienación parental. Así que el único fin que debe perseguir la tenencia

compartida es que los niños y adolescentes se puedan desarrollar en un ambiente que les sea totalmente favorable, donde no vean rencillas, ni amenazas, ni agresiones físicas, sino por el contrario que sus padres compartan con ellos de manera armónica.

Por supuesto que esto no es fácil y especialmente, cuando las rupturas de los padres han obedecido a graves ofensas como la infidelidad, o la violencia intrafamiliar, pero los adultos están en la obligación de buscar los mejores mecanismos, para que los hijos no sientan el rechazo y el desencuentro entre ellos. Pero es aquí donde los padres deben demostrar el gran amor que sienten por sus hijos, sacrificando el orgullo y los sentimientos oscuros de uno contra el otro para proteger la psiquis de sus hijos, lo que es un aporte invaluable en su crianza.

Por eso, a pesar de que esta materia de la tenencia compartida ha experimentado progreso en diferentes países, incluyendo al Ecuador, lo real en la práctica es que su aplicación como es lo deseable, solo se da en los casos en los que existe mutuo acuerdo entre la ex pareja. De allí que la mediación podría ser el método más recomendado para la aplicación de esta figura jurídica, cuando los padres entran en conflicto por la tenencia de los hijos. En este caso, hay que difundir y persuadir a los padres que lean comprendan y practiquen el lema que señala el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia de fecha 30 de septiembre de 1990 "No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana" (Organización de Naciones Unidas, 1990).

En este contexto a continuación se exponen los instrumentos jurídicos que fundamentan y obligan a la tenencia compartida, debido a la protección que ofrecen al menor. El artículo 3 en su numeral 2 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) se estipula 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 (Organización de Naciones Unidas, 1989).

La Constitución de la República del Ecuador (2008) por su parte estipula en el artículo 44 sobre el tema en estudio:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Como se observa en este artículo, el Estado ecuatoriano a través de su Constitución protege el interés superior del niño y del adolescente, estando el mismo por encima de cualquier otra situación, lo que significa, que bajo ningún respecto, ni individuos, ni instituciones, ni leyes estarán por encima del principio transversal del interés superior de los menores de edad y toda decisión que se tome con respecto a ellos debe estar fundamentada en este importante principio, todo ello con el fin de reservar su integridad física y mental y propender a la conservación de la especie humana.

Tabla 1. Comparación de la institución de la patria potestad y la tenencia de los hijos en Chile, Colombia, Perú, Argentina y Ecuador.

País	Patria Potestad	Tenencia
Chile	El artículo 243 del CC la define como «el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos e hijas no emancipados». Es decir, se ejerce sobre aquellos hijos que aún dependen de sus padres. También se actúa sobre los	De acuerdo al artículo 245 del Código Civil chileno, si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga asignado el cuidado personal del hijo. Aunque, en estos casos también podría darse de forma compartida. Sin embargo, las condiciones pueden

	<p>derechos eventuales del hijo o hija que está por nacer.</p> <p>En la legislación chilena, la patria potestad es una obligación de orden patrimonial que se trata en el Título X del Libro Primero del Código Civil.</p>	<p>cambiar con el tiempo, ya que la legislación chilena señala que “cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente”.</p> <p>Independientemente de cuál de los padres tenga el cuidado personal y la patria potestad del hijo, será obligación de ambos progenitores velar por su bienestar y cuidado. Ambos deben contribuir económica mente para cubrir las necesidades básicas del niño, garantizarle alimentación, educación, salud, vestimenta, entre otras cosas.</p>
<p>Colombia</p>	<p>Artículo 288CC. 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. Corresponde a los padres, conjuntamente, el</p>	<p>La custodia de hijos está reglamentada en la Ley 1098 de 2006 del Código de Infancia y la Adolescencia.</p> <p>La custodia total o definitiva solamente se aplica en casos específicos y no siempre se logra obtener ya que a pesar que la custodia la pueda tener un padre,</p>

	<p>ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.</p> <p>Artículo 253 CC. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.</p>	<p>ambos tienen el derecho de la patria potestad. Solo en casos extremos donde se vulneran los derechos a los menores de edad como los penales, de irresponsabilidades considerables y otras situaciones el juez de familia decidirá si dar la custodia total definitiva a uno de los padres.</p>
<p>Perú</p>	<p>El Código Civil de 1984, señala que, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores y también señala los deberes y derechos.</p> <p>El Código de los Niños y Adolescentes, no define la patria potestad, simplemente señala los deberes y derechos que corresponden a los padres respecto de los hijos que están bajo su cuidado, lo mismo que el juez puede suspender o extinguir a pedido de parte Los padres, ascendientes hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés; e inclusive, restituirla en caso de</p>	<p>La ley 31590 del Perú del año 2022 regula la tenencia compartida, la cual elimina prácticamente las otras formas tradicionales de tenencia. Esta ley indica: 1. Los hijos, sin importar edad deben estar por tiempos iguales con los dos padres. Anteriormente se disponía que hasta los 3 años de edad con la madre y luego se veía lo más conveniente al menor y se escuchaba su opinión. 2. Padres en el extranjero pueden compartir la tenencia y de manera inmediata se contactará con sus hijos por whatsapp, google meet, las que podrá ser grabadas y así evitar obstrucciones. 3. La tenencia provisional permite una tenencia durante la tramitación del juicio.</p>

	suspensión, conforme a las causales señaladas por la ley.	Con la anterior ley solo era posible para el padre que no tenía al hijo.
Argentina	Art. 264 CC. La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Si tiene vínculo: con un solo progenitor, la ejerce ese progenitor; con ambos progenitores, la ejerce el progenitor que lo o la reconoció. En interés del hijo o hija, los progenitores pueden de común acuerdo o por decisión del juez establecer que la responsabilidad parental sea de ambos.	La tenencia es llamada cuidado compartido. Es aquel que ejercen los progenitores sobre los hijos cuando no conviven. Puede ser: Alternado: el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores. Indistinto: el hijo reside en el domicilio de uno de los progenitores pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen las labores. Por ejemplo, el hijo vive con uno de ellos, pero el otro se ocupa de llevarlo al colegio. Ambos deciden sobre las cuestiones relativas al colegio –actos, reuniones de padres-, vacaciones, etc.
Ecuador	En el artículo 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia se define como: 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,	La tenencia es compartida de acuerdo con la sentencia N° 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional.

	desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.	
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

De acuerdo con las legislaciones de los países comparados, donde se observa mayor solidez en cuanto a las instituciones de patria potestad y tenencia de los hijos es en Perú, aunque se observa, que la tendencia de estos países en general es la adopción de a tenencia compartida.

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1 Generalidades

En la actualidad resulta muy difícil aportar una definición precisa de lo que es ciencia, dispersándose esta definición en los autores, lo que, si es cierto, es que el término ciencia podría ser polisemántico; pues su definición va a depender de la óptica desde la cual se mire, así como de la época histórica que se vive, y del pensamiento del investigador o autor. Es por eso precisamente que, en la actualidad, la definición de ciencia puede adquirir diferentes sentidos. En este contexto, Ander Egg (1974), sostiene que la ciencia, es “un conjunto de conocimientos racionales, ciertos o probables, obtenidos metódicamente, sistematizados y verificables, que hacen referencia a objetos de una misma naturaleza” (Ander-Egg, 1974). Frank J. McGuigan (1996) por su parte al respecto indica:

La ciencia se puede entender como el contenido o como el proceso. Como contenido la ciencia se define como una simple acumulación de conocimientos, lo cual refleja un estado estático del conocimiento científico y como el proceso se define como la forma de descubrir conocimientos, es decir, es una actividad enfocada a descubrir variables relacionadas que explican una parte de la realidad y se caracteriza por ser dinámica porque refleja el constante avance científico (McGuigan, 1996).

Mafer Ochoa Bernal (2012) opina que “La Ciencia es el resultado de la práctica, que posibilita que los sujetos vayan construyendo, elaborando y reelaborando sus saberes, hasta ascender a los más altos niveles de elaboración que encontramos en el conocimiento científico” (Ochoa Bernal, 2012). Finalmente, José Ángel Maldonado (2015), sostiene que:

La ciencia es un tipo particular y específico de conocimiento. Para lograr un conocimiento de tal naturaleza, o sea, para hacer ciencia, es preciso seguir determinados procedimientos que nos permitan alcanzar el fin que procuramos: no es posible obtener un conocimiento racional, sistemático y organizado actuando de cualquier modo; es necesario seguir un método, un camino que nos aproxime a esa determinada meta (Maldonado, 2015).

De las definiciones anteriores se concluye que la ciencia para diversos autores puede entenderse como contenido o como proceso, si se dice como lo sostiene Ander-Egg que es un conjunto de conocimientos racionales, ciertos o probables, se le está entendiendo como contenido, y en la misma definición si se dice que esos conocimientos obtenidos metódicamente, sistematizados y verificables, que hacen referencia a objetos de una misma naturaleza, se le está definiendo como proceso. En el caso de Ochoa Bernal, ella tiene una definición de ciencia como proceso, al sostener que la Ciencia es práctica, dinámica, pues va siendo construida por personas que construyen elaboran y reelaboran sus saberes, hasta llegar al máximo conocimiento sobre un área en particular.

De lo anterior se desprende, que para hacer ciencia es necesario buscar el conocimiento y esto no se hace sino con investigación organizada y sistematizada, de allí que las investigaciones como la que se realiza aquí, debe utilizar de manera muy seria la metodología de la investigación científica, para que ella pueda cumplir los objetivos trazados con anterioridad.

En este sentido, la metodología de la investigación es definida por Génesis Núñez (2019) como “La ciencia que provee al investigador de una serie de conceptos, principios y leyes que le permiten encauzar de un modo eficiente y tendiente a la excelencia el proceso de la investigación científica” (Nuñez, 2019), lo que se complementa con los autores que indican que esta es simplemente, una herramienta que aborda los elementos básicos de una investigación de una manera dinámica y organizada para obtener un conocimiento lo más cercano a la realidad de una manera organizada y sistemática. Así que si se quiere lograr con seriedad el conocimiento hay que utilizar la metodología de la investigación, sea cual sea la ciencia donde se está investigando.

Para efectos de esta investigación, se considera, que la definición más adecuada sobre metodología es la que aporta Fidas Arias, quien la define como “conjunto de pasos, técnicas y procedimientos que se emplean para formular y resolver problemas” (Arias, 2016).

Bajo estos parámetros de Fidas Arias, se concibe a la metodología de la investigación como el eje direccional alrededor del cual gira todo el proceso investigativo debido a que es ella quien aporta las pautas a seguir dentro del proceso para lograr los

objetivos previstos en la investigación, de manera ordenada y sistemática y que los conocimientos generados puedan enriquecer la rama del Derecho de Familia, como ciencia social que es.

Y es que dentro de las muchas clasificaciones que se le han dado a la ciencia, están las denominadas ciencias formales o ideales, que son las que su objeto está referido a los sistemas de relaciones presentados en principio, como carentes de contenido propio, pero, que en la realidad ellas se aplican a situaciones reales. Dentro de ellas están la lógica y la matemática.

También están las ciencias naturales, que son las que estudian la naturaleza, a través del uso del pensamiento lógico para explicar la repetición de los fenómenos naturales en sus causas y efectos, apartando de ello todas las subjetividades. Es por ello que se han denominado ciencias básicas, por ejemplo, la Química y la biología. Esta clasificación de las ciencias no es nueva, pues surgió entre los siglos XVI y XVII.

Finalmente, se encuentran para efectos de este estudio, las ciencias sociales, que son aquellas que estudian los fenómenos relacionados con la vida del ser humano, entre ellas están la sociología, la economía, la Antropología, la Ciencia Política, la Geografía, la Historia, y por supuesto, el Derecho, ciencias éstas que centran su atención en el estudio de las dimensiones individual y colectiva del ser humano.

Hay quienes clasifican las ciencias en puras y aplicadas. Las puras son las que solo buscan la comprensión del universo, sin aplicación a nada en particular. Las ciencias aplicadas, por el contrario, son en principio propositivas, pues lo que buscan es la solución de problemas concretos de la vida real, que están presentes en la sociedad humana. En este contexto precisamente está el derecho, cuyo conjunto de normas va a servir para controlar la conducta de los seres humanos en sociedad y en este sentido, en esta investigación el derecho se comporta como una ciencia aplicada pues su propósito es buscar a través del análisis profundo, el comportamiento de los padres en ejercicio de la patria potestad de los hijos refiriéndose especialmente, a la tenencia de niños y adolescentes en la práctica jurídica ecuatoriana. Así que, bajo los parámetros de

la metodología, a continuación, se exponen la forma en que se desarrolló la presente investigación.

2.2 Diseño de la Investigación

Palella y Martins (2006), se refiere al diseño de investigación como las “estrategias que adopta el investigador para responder al problema, dificultad o inconveniente planteado en el estudio” (Palella Stracuzzi & Martins Pestana, 2006). En función tanto de los objetivos de investigación, como la forma de recoger los datos y por su profundidad, esta investigación se desarrolló como mixta, entre documental y de campo, pero no experimental y de corte transversal, por eso, Palella y Martins (2006) señala al respecto:

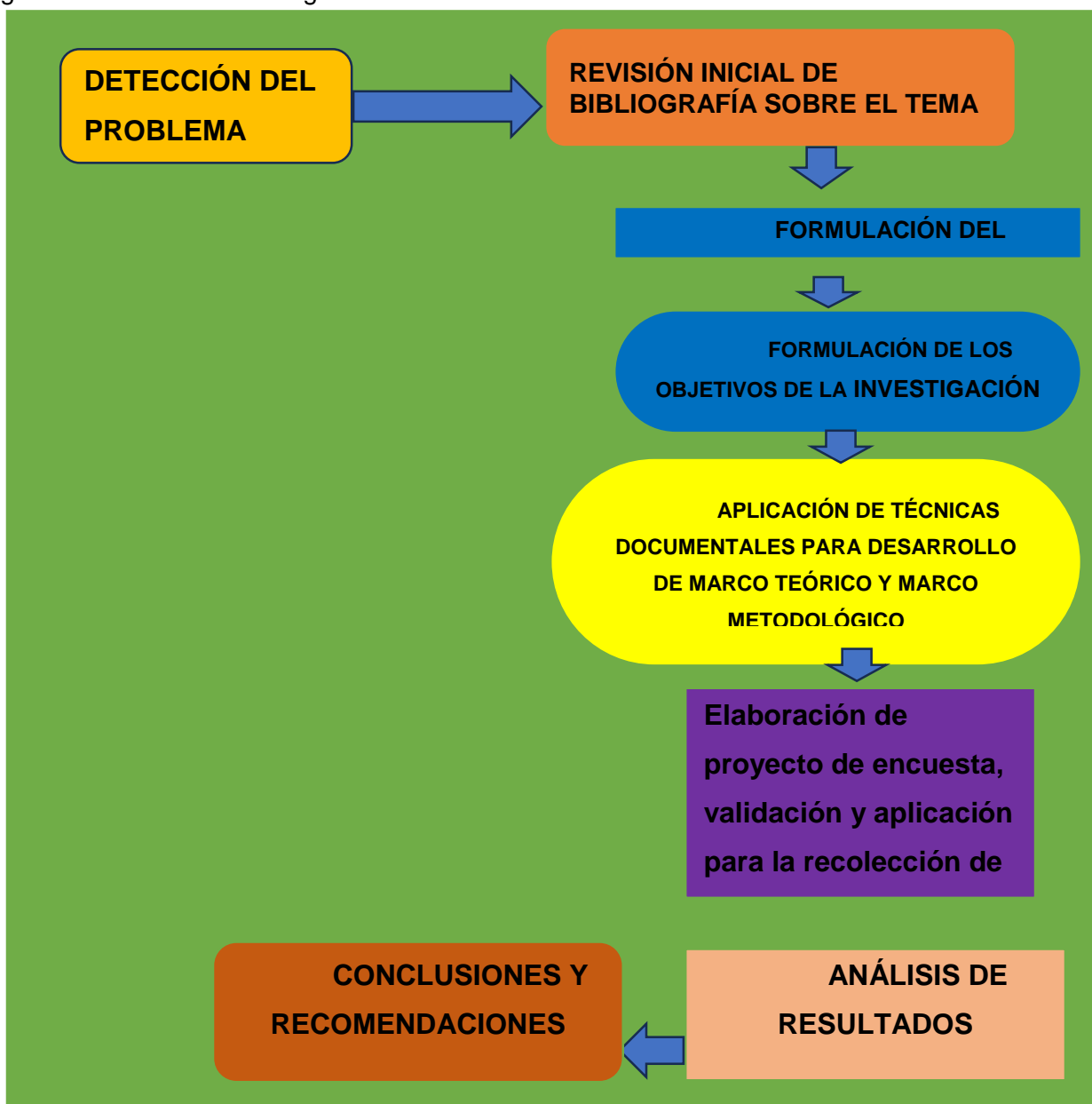
El diseño no experimental es el que se realiza sin manipular en forma deliberada ninguna variable. El investigador no sustituye intencionalmente las variables independientes. Se observan los hechos tal y como se presentan en su contexto real y en un tiempo determinado o no, para luego analizarlos. Por lo tanto, en este diseño no se construye una situación específica si no que se observa las que existen (Palella Stracuzzi & Martins Pestana, 2006)

Es decir, este diseño por ser no experimental, no se manipulan variables, sino que lo que se hace es analizar y describir situaciones sin alterar los procesos, dando respuesta a la formulación del problema, el investigador en este caso, va relacionando los métodos con los objetivos planteados, para dar una respuesta al problema, con lo que surge un conocimiento nuevo.

En este mismo sentido, la investigación se define como transeccional o transversal, ya que el mismo se centró en recoger datos ya existentes y de allí su denominación de estudio *ex post facto*, pues se partió de situaciones ya realizadas o que se están realizando en la actualidad, por lo tanto, los datos que se recogieron a través de la encuesta, se fundamentaron en experiencias propias o ajenas ya realizadas o en curso, pero que es de tal importancia, que debe ser explicada, lógicamente, después de estudiar la realidad, tal cual como se muestra ante los ojos de los encuestados sin manipular intencionalmente variables, permitiendo la

recolección de los datos en un periodo de tiempo delimitado (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014). En este contexto del diseño de la investigación, a continuación, se presenta una figura que representa los pasos que se dieron en el proceso de investigar el tema de la patria potestad y la tenencia de niños y adolescentes en la práctica jurídica ecuatoriana.

Figura 1: Proceso de Investigación



2.3. Enfoque de la investigación

Los estudios de la realidad social son evidentemente complejos, debido a la complejidad que presenta el ser humano en su actuar cotidiano, ello hace que cuando se investiga en el ámbito de las ciencias sociales, se utilicen diferentes enfoques “para ubicar la diversidad que la compone, y lograr así su estudio tomando en cuenta las diferencias encontradas en ese momento, de acuerdo con las condiciones de la realidad” (Garduño Román, 2002).

El enfoque de esta investigación es cuantitativo, pues para la descripción de los indicadores de las subcategorías, se utilizó el trabajo de campo con una encuesta que arrojó datos medibles sobre las mismas. La información recogida fue tabulada, presentada en cuadros estadísticos y gráficos y luego se analizó para obtener conclusiones. Es decir, la descripción de los datos aportó una información nueva, pues tanto el cuestionario como los análisis son originales.

2.4. Tipo Investigación

Carlos Manuel Villabella Armengol (2020) indica al opinar sobre el tipo de investigación:

Quando en la literatura especializada se habla de tipos de investigación se hace referencia a la forma que pueden adoptar ésta en relación con diferentes variables. Se produce así una diversa taxonomía: documental o de campo; cuantitativa o cualitativa; exploratoria, descriptiva o explicativa; histórica, descriptiva-actual o experimental; transversal, longitudinal o transaccional; de laboratorio, de campo o bibliográfica; experimental, no experimental o cuasiexperimental; pura o aplicada (Villabella Armengol, 2020).

Tomando en cuenta el criterio del autor Villabella Armengol para efectos de esta investigación se tomó la decisión de utilizar la investigación de tipo mixto, combinando la investigación documental con la de campo. La primera, obedece a la busca sistemática y muy técnica del conocimiento existente a través de documentos contentivos de leyes, doctrina y jurisprudencia, así como las opiniones y enfoques que le dan diferentes autores a los elementos que aquí se investigan y que sirvió para construir el marco teórico fundamentalmente.

En el caso de la segunda, o sea, la investigación de campo con el apoyo de encuestas y otros instrumentos de investigación, la misma sirve para recoger información directa de las personas que han vivido o viven la situación planteada en el estudio, nadie mejor que ellos para opinar y aportar información valiosa al investigador, lo que permite posteriormente hacer un análisis profundo de los hechos en comparación con la investigación teórica, a objeto de llegar a conclusiones significativas.

Para Palella y Martins sobre el diseño de campo opina que es “la recolección de datos directamente de la realidad donde ocurren los hechos. Estudia los fenómenos sociales en su ambiente natural sin manipular variables debido a que esto hace perder la naturalidad en el cual se manifiesta”. (Palella Stracuzzi & Martins Pestana, 2006).

Para finalizar, vale la pena citar a Villabella Armengol (2020), quien señala que “Se reconoce como investigación mixta aquella que en un mismo proceso trabaja sobre teoremas, conceptos, principios o leyes y a la par estudia empíricamente el objeto” (Villabella Armengol, 2020).

También en este estudio se hizo uso de la investigación descriptiva, la cual según Arias (2016) “consiste en la caracterización de un hecho fenómeno o grupo, con el fin de establecer su estructura o comportamiento” (Arias, 2016).

2.5. Métodos

El término “método” proviene de dos voces griegas que son “meta”, que significa hacía, más allá, punto de llegada, y “hodos”, que significa camino. Así que, cuando se habla de métodos se está indicando, que es el camino que se escoge para llegar a un fin específico. Estos métodos se clasifican en empíricos y lógicos. Los lógicos, facilitan la interpretación de la información cuantitativa de la investigación, para lograr un conocimiento nuevo, al encontrar los nudos de las redes entre elementos de la investigación. En este orden de ideas, estos métodos implican usar el razonamiento lógico para ejecutar los análisis de los hechos y la síntesis. Estos métodos son fundamentales en cualquier investigación.

Con los métodos empíricos se llega al conocimiento a través de las experiencias con los mismos sujetos de la investigación al aplicarles el instrumento seleccionado, lógicamente, esto es en las ciencias sociales, porque en los estudios experimentales, estos métodos se aplican en laboratorio y de análisis de correlación.

El derecho como ciencia social que es, tiene sus propios métodos, entre ellos Villabella Armengol están “Los métodos teóricos generalmente reconocidos por los autores y que son aplicables a la investigación jurídica que son los siguientes: histórico-lógico, análisis-síntesis, abstracción-concreción, inductivo-deductivo, sistémico-estructural-funcional, modelación y el comparativo” (Villabella Armengol, 2020).

A continuación, se exponen los métodos seleccionados para este estudio: el análisis, la síntesis, la inducción, la deducción, y el crítico.

2.5.1. El método de análisis

Este método se utiliza para descomponer un problema en sus partes constitutivos, a fin de poder estudiarlas en su individualidad y poder relacionar las partes para encontrar la interconexión entre ellas. Es necesario destacar en este caso, que es el empirismo el que está en el sustento del método analítico, por eso, después de aplicar los instrumentos, se analizan los resultados y se comparan con la teoría para determinar finalmente, si ambas concuerdan, es así entonces, como se valida el razonamiento teórico, con la información verificable.

Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo al tratar sobre el método de análisis opina que:

La Teoría analítica del Derecho surge como una variante del positivismo jurídico y parte de la premisa de considerar el Derecho como un hecho social, si bien el elemento fáctico fundamental no será la obediencia de las normas o las sentencias de los jueces (realismo jurídico escandinavo y norteamericano); sino el entramado conceptual y lingüístico de significados en que se traducen las normas. En este sentido, si el Derecho es un conjunto de enunciados lingüísticos conceptuales y normativos, en consecuencia, debe ser estudiado de acuerdo con el método propio de la Filosofía del lenguaje señalado por Wittgenstein en sus Investigaciones Filosóficas, esto es, el análisis funcional o pragmático acerca de las condiciones de su uso y utilidad o describir cómo es su uso en el lenguaje ordinario, sin entrar en otro tipo de valoraciones (Sánchez Hidalgo, 2018)

En esta investigación el método analítico conllevó el desglose del problema central en aspectos tales como la familia, la filiación, la patria potestad y la tenencia de los hijos, para lo que se hizo necesario realizar estudio por separado de estos elementos, con los cuales se hizo el cuestionario tipo encuesta que sirvió para recoger la información de la muestra, para luego compararlos.

2.5.2. El método de síntesis

El método de síntesis permite llegar a conclusiones sobre las conexiones entre las partes de un todo, por eso se dice que es un método reconstructivo, que contribuye definitivamente en la comprensión de toda la problemática investigado. Este método es fundamental para unir las relaciones descubiertas a través de la aplicación del método de análisis y se permite reconstruir con todas esas relaciones, un nuevo conocimiento. Para Newton, citado por Quesada Somano, Alina Karla y Medina León, Alberto; Medina León, Alberto (2020) la síntesis “Consiste en suponer las causas descubiertas y establecidas como principios, y en explicar con ellos los fenómenos, procediendo a partir de ellas y demostrando las explicaciones” (Quesada Somano & Medina León, 2020).

Por lo antes dicho, en esta investigación se unieron las relaciones encontrados entre familia, filiación, patria potestad y tenencia de los niños, lo que permitió llegar a nuevos conocimientos que enriquecen el derecho de familia.

2.5.3. Método lógico inductivo

Este método se utilizan las premisas particulares, para inferir conclusiones generales, lo que significa utilizar la lógica de ir directamente de premisas particulares a una conclusión general. Por eso, en este estudio se parte de la premisa de que existen elementos particulares como es la familia, la filiación, la patria potestad y la tenencia, para llegar a una conclusión general, de si en realidad cada uno de estos elementos concuerdan para el cumplimiento transversal del derecho superior del niño.

2.5.4. Método lógico-deductivo

Es un método contrario al lógico inductivo, y es que a partir de una premisa general se logra llegar a premisas particulares, partiendo de enlaces de juicios lógicos. Pero esto

no se hace de manera caprichosa, sino que hay que tomar en cuenta, lineamientos prefijados tales como: 1. Encontrar principios desconocidos partiendo de los ya conocidos; 2. Hallar consecuencias desconocidas a partir de principios conocidos.

La presente investigación utiliza este método a partir de la formulación concreta del problema para luego de manera sistemática y organizada, ir detallando las distintas subcategorías que van a dar origen a las conclusiones.

2.5.6. Método crítico

Este es un método que incita a la creatividad y a buscar de diversas respuestas para el problema investigado, y lógicamente respetando en alto grado las ideas contrarias; asimismo, es un método que exige coherencia entre el pensamiento y la acción. Este es un método cuestionador, del conocimiento existente bajo el razonamiento lógico, lo que origina que sobre el conocimiento ya existente se erijan nuevas ideas para mejorar el conocimiento existente.

En este estudio se parte del cuestionamiento de las decisiones judiciales en los casos de tenencia tanto materna como paterna y las consideraciones de la tenencia compartida y todo ello, para ver cómo está operando en la práctica jurídica ecuatoriana.

2.6 Población y muestra

2.6.1 Población

Elia Beatriz Pineda; Eva Luz de Alvarado y Francisca Hernández de Canales (1994), tratan de manera sinónima el universo y la población, definiéndola como “El conjunto de individuos u objetos de los que se desea conocer algo en una investigación...El universo es el grupo de elementos al que se generalizaran los hallazgos.” (Pineda, de Alvarado, & Hernández de Canales, 1994). En el caso de esta investigación, la población estuvo conformada por 230 abogados que abiertamente se autodenominaron civilistas, especialistas en Derecho de Familia y con amplia experiencia en esta rama del Derecho.

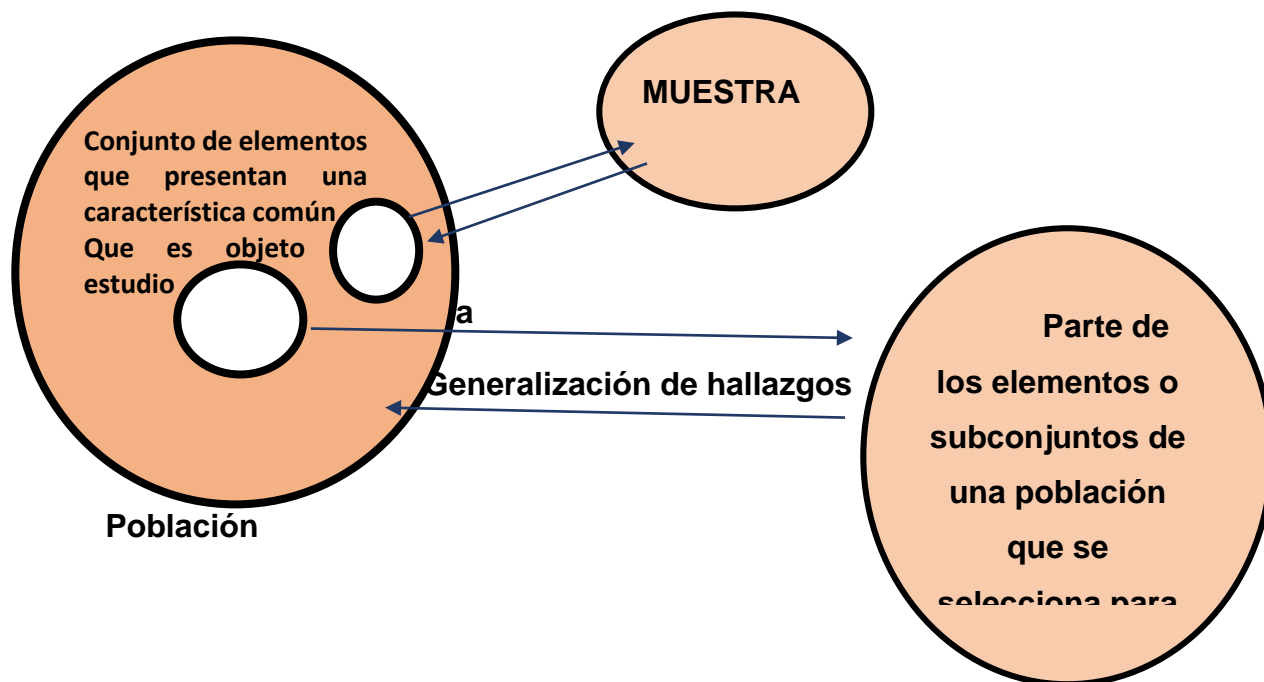
2.6.2. La muestra

Según las mismas autoras: Elia Beatriz Pineda; Eva Luz de Alvarado y Francisca Hernández de Canales (1994), la muestra es “Un subconjunto o parte del universo o población en que se llevará a cabo la investigación” (Pineda, de Alvarado, & Hernández de Canales, 1994). Esta definición concuerda con la de Miriam Balestrini (2006), quien indica que la muestra es:

Una parte de la Población, o sea, un número de individuos u objetos seleccionados científicamente, cada uno de los cuales es un elemento de la población. La muestra es obtenida con el fin de investigar, a partir del conocimiento de sus características particulares, las propiedades de una población. El problema que se puede presentar consiste en garantizar que la muestra sea representativa de toda la población, donde se obtuvo, sujeto de estudio; que sea lo más precisa y al mismo tiempo, contenga el mínimo de sesgos posibles, lo cual implica, que contenga todos los elementos en la misma proporción que existen en éste; de tal manera, que sea posible generalizar los resultados obtenidos a partir de la muestra, a toda la población (Balestrini, 2006)

Para el caso de la presente investigación, la muestra quedó integrada por el 30% de la población que está representada en 69 abogados del foro de Quito. El muestreo en este caso fue del tipo intencional, es decir, se escogieron los abogados que quisieron responder la encuesta estando en la sede los tribunales.

Figura 2. Conceptos población y muestra



Fuente: (Pineda, de Alvarado, & Hernández de Canales, 1994)

2.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para recoger la información se utilizó la encuesta la cual es definida por Fideas Arias como aquella que “pretende obtener información que suministra un grupo o muestra de sujetos, acerca de si mismos o en relación con un tema en particular” (Arias, 2016). En este estudio se formularon 15 preguntas de diversas alternativas. La tabla que se presenta a continuación es para visualizar las categorías del estudio, las subcategorías y las preguntas formuladas.

Tabla 2. Categorías y subcategorías para el análisis cuantitativo

Objetivos	Categoría	Subcategorías	Indicadores	Preguntas
Diagnosticar la situación de la patria potestad y la tenencia de niños, niñas y adolescentes a través de las acciones intentadas en los tribunales de Familia del Cantón Quito y las opiniones de los abogados de familia del cantón	Patria Potestad	Tenencia de niños, niñas y adolescentes	Por qué debe tenerla En qué casos debe tenerla	1 - 2 3, 4 y 5 6 7 8 9 10

2.8 Validez del instrumento

Lo que se busca con la validez del instrumento, es saber hasta qué punto el instrumento que se aplica, que en el caso de esta investigación es la encuesta, mide lo que pretende medir, por eso, Hernández, Fernández y Baptista, define la validez del instrumento como “el grado en el que el instrumento es capaz de medir la variable relacionada con el fenómeno objeto de la investigación” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014). En el presente estudio sirvieron como validadores: dos abogados con experiencia en litigios de tenencia y un docente con amplio conocimiento en metodología y específicamente en elaboración de instrumentos de investigación. Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

Tabla 3. Validación de Expertos

Item N°	EXPERTO 1			EXPERTO 2			EXPERTO 3		
	Pertinencia con los objetivos	Adecuación del vocabulario	Redacción y Ortografía	Pertinencia con los objetivos	Adecuación del vocabulario	Redacción y Ortografía	Pertinencia con los objetivos	Adecuación del vocabulario	Redacción y ortografía
1	Regular	Regular	Regular	Bueno	Regular	Regular	Bueno	Regular	bueno
2	Mal	Mal	Regular	Mal	Mal	Regular	Mal	Regular	Regular
3	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular
4	Regular	Bueno	Regular	Regular	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Regular
5	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Regular
6	Regular	Regular	Bueno	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Bueno
7	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Bueno	Regular
8	Bueno	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno

9	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular
10	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Bueno
11	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Regular	Regular	Bueno
12	Regular	regular	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Regular
13	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno
14	Bueno	Bueno	Bueno	Bueno	Bueno	Bueno	Bueno	Bueno	Bueno
15	Regular	Bueno	Regular	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno
16	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Regular
17	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno	Bueno	Regular	Bueno	Bueno

La opinión de los expertos sirvió para corregir las preguntas que no estaban buenas y volverlas a someter a los expertos, quienes opinaron que se podían ya aplicar.

2.9. Recursos tecnológicos empleados

Para el desarrollo del estudio entre los recursos tecnológicos utilizados estuvieron: computadoras, internet, teléfonos celulares. Se utilizó también el Excel para la elaboración de los gráficos y el Word para el informe. Se utilizó el Google académico de la internet y Google Chrome, etc.

2.10. Aspectos axiológicos de la investigación

El desarrollo de todo el proceso investigativo estuvo signado por los valores que se exigen en estos casos, especialmente, la honradez, el reconocimiento del otro, el respeto, la humildad, desarrollo de ideas propias, entre otros.

CAPÍTULO III

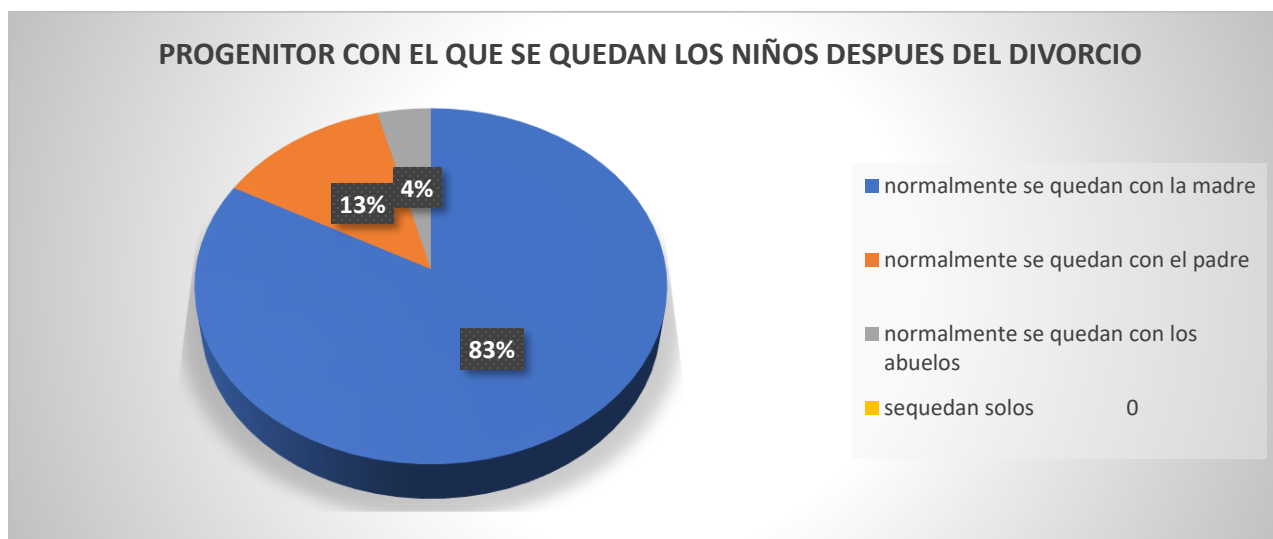
ANÁLISIS DE RESULTADOS Y PROPUESTA

3.1 Resultados del trabajo de campo

Tabla 4. ¿Sabe ud. con quien normalmente se quedan los hijos cuando los padres se divorcian?

Alternativa	f	%
Normalmente se quedan con la madre	57	83
Normalmente se quedan con el padre	9	13
Normalmente se quedan con los abuelos.	3	4
Normalmente se quedan solos	0	0
TOTAL...	69	100

Gráfico 1. Conocimiento sobre con quien se quedan los hijos después del divorcio



La tabla y gráfico indican que el 83% de los hijos se quedan con la madre después de los divorcios y sólo un 13% se queda con los padres y un 4% se queda con los abuelos. Las respuestas indicaron, que ninguno de los niños se queda solos. Estas respuestas obedecen a que de acuerdo con el artículo 106 del Código de la Niñez, le daba preferencia siempre a la madre.

Tabla 5. ¿Sabe ud. con quien normalmente se quedan los hijos cuando los padres convivientes se separan?

Alternativa	f	%
Normalmente se quedan con la madre	55	80
Normalmente se quedan con el padre	11	16
Normalmente se quedan con los abuelos.	3	4
Normalmente se quedan solos	0	0
TOTAL	69	100

Gráfico 2. Conocimiento sobre con quien se quedan los hijos después de la separación de convivientes

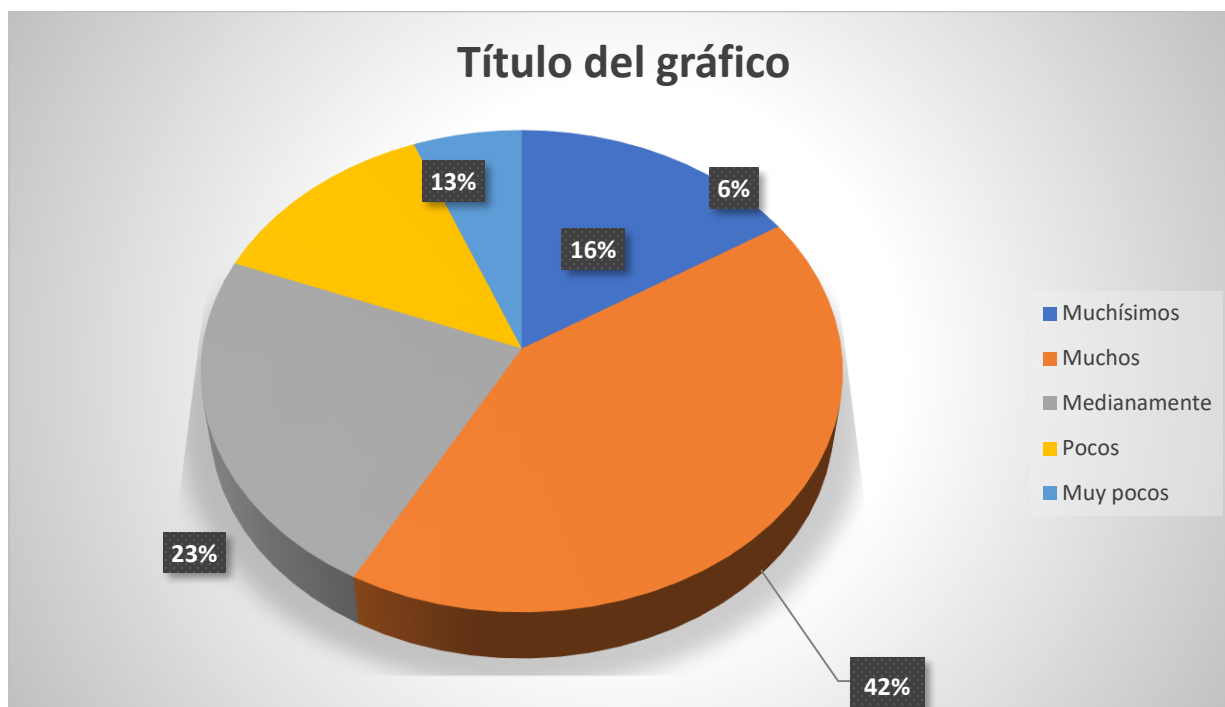


Los datos de la tabla y el gráfico indicaron que el 80% de los niños se quedan con sus madres cuando los convivientes se separan, 16% se quedan con el padre y sólo un 4% con los abuelos. Sin embargo, hay que destacar, que en el caso de la separación de los convivientes un porcentaje mayor de padres se quedan con sus hijos, lo que representa una novedad en la actualidad, quizás por la mayor libertad que ha adquirido la mujer.

Tabla 6. ¿Conoce ud. la Sentencia de la Corte Constitucional sobre tenencia compartida?

Alternativa	F	%
Muchísimo	62	90
Mucho	5	7,2
Medianamente	2	2,8
Poco	0	0
Muy poco	0	0
TOTAL...	69	100

Gráfico 3. Conocimiento sobre Sentencia de la Corte Constitucional sobre tenencia compartida

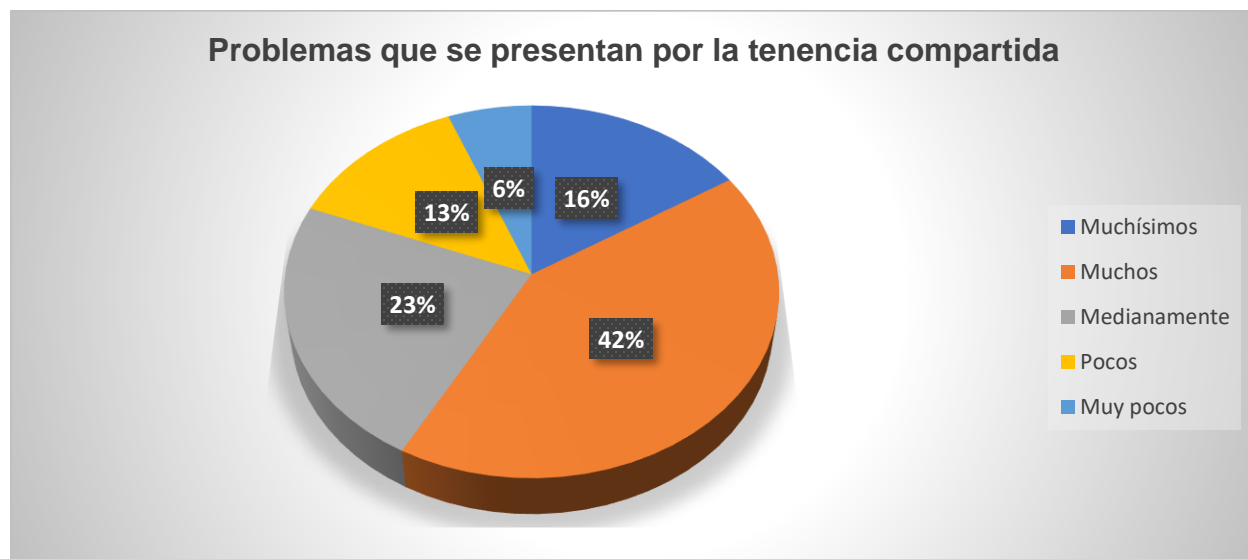


La tabla y gráfico indican, que el 90% de la muestra de abogados conocen muchísimo sobre la sentencia 28-15-IN/21 y un 7% la conocen mucho y sólo un 3% la conoce medianamente, lo que significa, que se puede tener confianza sobre las respuestas dadas por la muestra.

Tabla 7. ¿Se están presentando problemas con la tenencia compartida de los hijos después de la separación de la pareja?

Alternativa	F	%
Muchísimos	11	16
Muchos	29	42
Medianamente	16	23
Pocos	9	13
Muy pocos	4	6
TOTAL...	69	100

Gráfico 4. Problemas que se presentan después de la separación de la pareja con tenencia compartida.



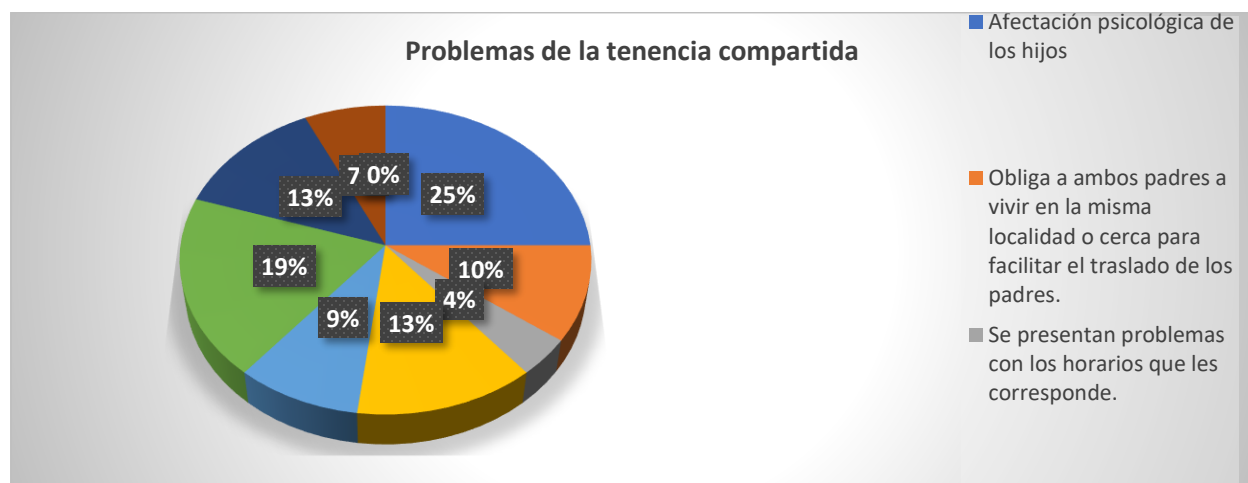
Los datos de la tabla y el cuadro indican que un 42% de muestra asegura que se producen muchos 'problemas después de la separación de la pareja y la tenencia

compartida de los hijos, le sigue un 23% que opina que medianamente se producen esos problemas, pero hay un 16% que dicen que se suscitan muchísimos problemas; un 13% opina que se producen pocos problemas y un 6% que son muy pocos los problemas presentados. Sin embargo, llama la atención que siempre se presentan problemas, cuando en la realidad no debería ser así.

Tabla 8. ¿Cuáles son los problemas que se presentan normalmente con la tenencia compartida?

Alternativa	f	%
Afectación psicológica de los hijos	17	25
Obliga a ambos padres a vivir en la misma localidad o cerca para facilitar el traslado de los padres.	7	10
Se presentan problemas con los horarios que les corresponde.	3	4
Exige una comunicación mayor y a veces esa comunicación no existe.	8	13
Puede dificultar que los progenitores rehagan su vida sentimental si la nueva pareja no acepta la situación.	6	9
Las nuevas parejas rechazan a los niños o adolescentes y los maltratan.	13	19
Los niños y adolescentes se sienten inestables y molestan a los padres amenazándolos con su deseo de irse con el otro progenitor.	9	13
Los niños y adolescentes sufren rechazo de los hermanos del nuevo hogar.	5	7
Otros...	69	100

Gráfico 5. Problemas que se presentan normalmente con la tenencia compartida.

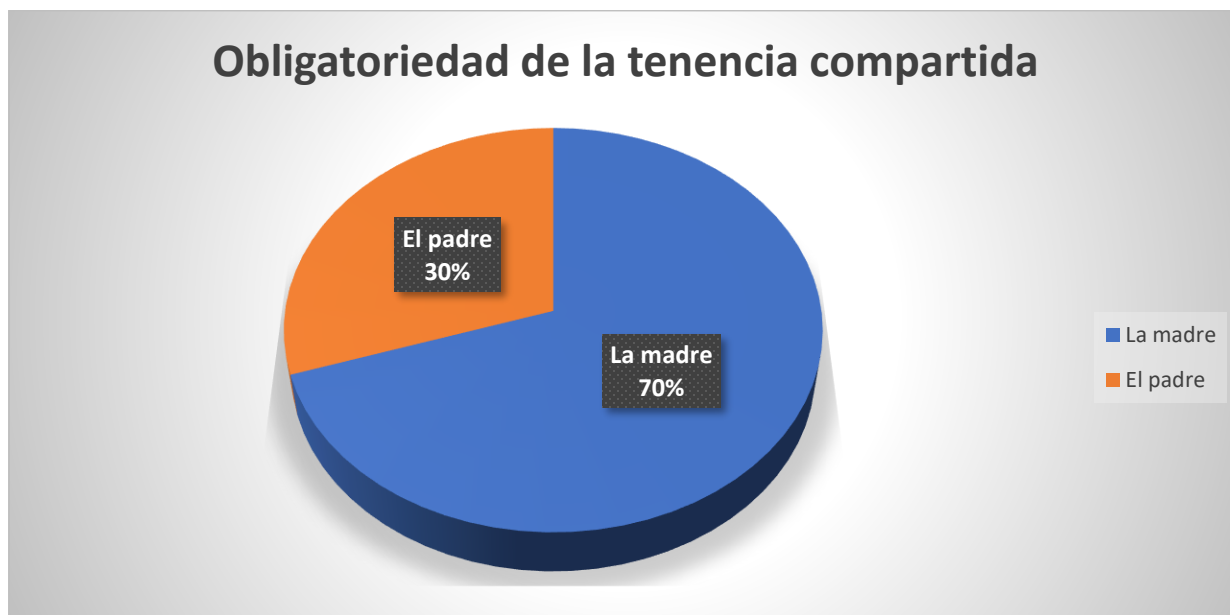


La tabla y el gráfico reflejan que los mayores problemas que se presentan son la afectación psicológica de los hijos (25%) Las nuevas parejas rechazan a los niños o adolescentes y los maltratan (19%) y en tercer lugar están la exigencia de una comunicación mayor y a veces esa comunicación no existe (13%) junto con que los niños y adolescentes se sienten inestables y molestan a los padres amenazándolos con su deseo de irse con el otro progenitor (13%).

Tabla 9. ¿Es una obligación la tenencia compartida?

Alternativa	F	%
Si	69	100
NO	0	0
TOTAL...	69	100

Gráfico 6. Obligación de la tenencia compartida

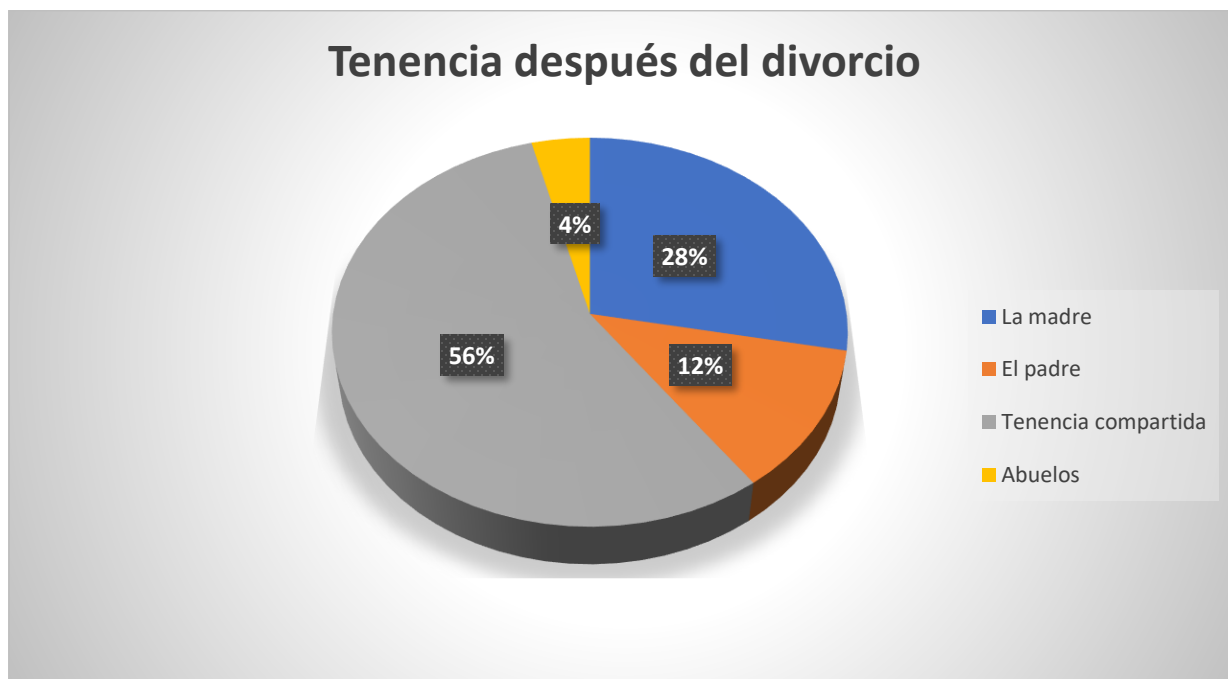


Como se observa, la tenencia compartida es obligatoria para los padres del menor, lógicamente, en protección del interés superior del niño, pero existen diversas circunstancias, donde los padres no pueden cumplir con esta tenencia compartida y además, se está vulnerando el derecho de los padres al uso de su voluntad. Un ejemplo de ello es cuando alguno de los progenitores vive en el exterior.

Tabla 10. Según su opinión ¿Con quién deben quedarse los hijos menores de 12 años cuando la pareja se separa por divorcio?

Alternativa	f	%
La madre	19	28
El padre	8	12
Tenencia compartida	39	56
Los abuelos	3	4
TOTAL...	69	100

Gráfico 7. Persona con la que deben quedarse los hijos al divorciarse la pareja.

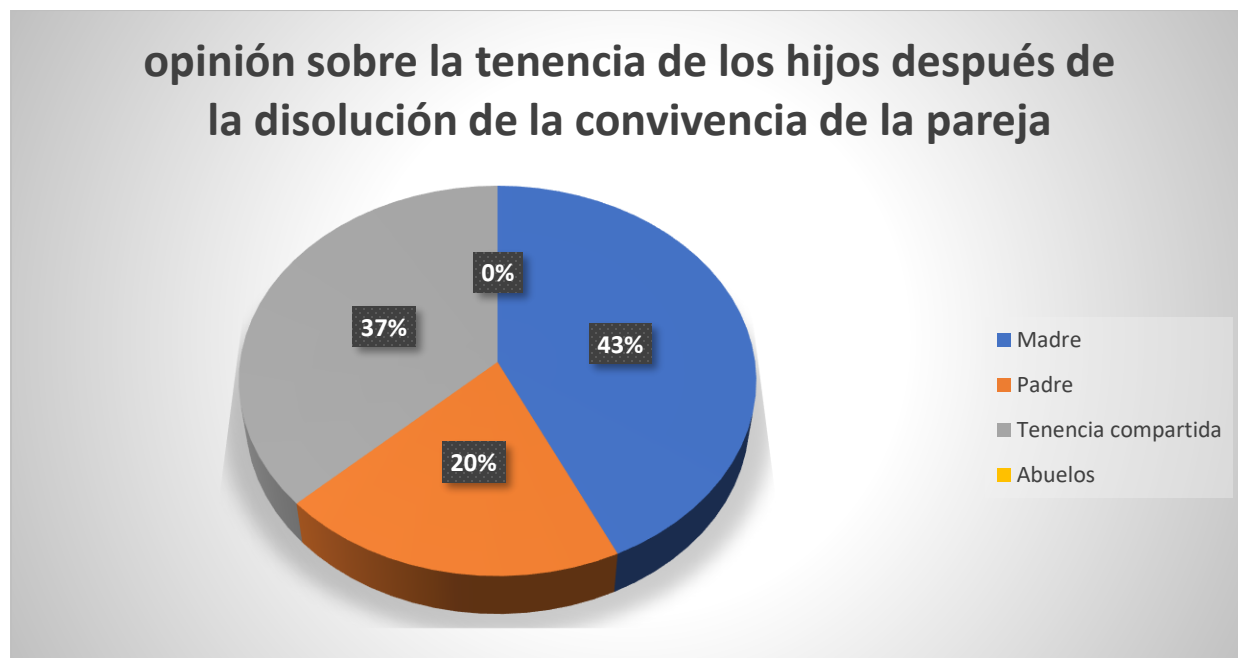


La tabla y gráfico indican en sus datos, que más de la mitad de la muestra dicen que después del divorcio los hijos deben quedarse en tenencia compartida (56%), siguiéndole en importancia un 28% de la muestra que dice que deben quedarse con la madre. De esto se deduce, que aún sigue vigente aunque en menor grado, la tendencia a que los hijos están mejor con la madre, que pareciera que es una tendencia ya superada.

Tabla 11. Según su opinión ¿Con quién deben quedarse los hijos mayores de 12 años cuando la pareja conviviente se separa?

Alternativa	f	%
Madre	30	43
Padre	14	20
Tenencia compartida	25	37
Abuelos	0	0
TOTAL...	69	100

Gráfico 8. Opinión de la muestra sobre la tenencia de los hijos después de la disolución de la convivencia de la pareja.



Los datos de la tabla y del gráfico indican que aquí hay una ligera diferencia con la tenencia de los hijos por parte de padres divorciados. En este sentido, la muestra en un 43% dice que es la madre la que debe tener a sus hijos, un 20% dice que debe ser el padre y el 37% que debe tener la tenencia compartida. De estos datos se extrae, que hay que estudiar más la tenencia de los hijos porque hay diferencias significativas, entre ellos.

Sentencias que han estado relacionadas con la tenencia de los hijos, con el objeto de caracterizar en el espacio ecuatoriano la práctica jurídica de las familias en relación con la patria potestad y la tenencia de niños y adolescentes.

Primer Caso: Juicio no. 158-2013 Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

Jueza Ponente: R.S.C.Q.,

A 28 de febrero de 2014.- Las 11h05 Vistos: Sorteada la causa e integrado legalmente este Tribunal, por las doctoras: R.S.C., M. del C.E.V. y M.R.M.L., avocamos conocimiento

del presente proceso en calidad de Juezas de la Sala Especializada de la Familia, N., Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.

Antecedentes: conoce la Sala este proceso, en mérito del recurso de hecho, por haber sido negado el recurso de casación interpuesto por el Ab. J.T.C., J.E.M.B. y G.I.T.M., contra el auto definitivo dictado por la Primera Sala Especializada de lo Laboral, N. y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 26 de febrero de 2013, las 11h09, que confirma en todas sus partes la resolución de primer nivel, concediendo la petición de restitución internacional de la niña A.N.U.T., propuesta por S.O.F., Secretaria Ejecutivo del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, representando al solicitante R.P.U.S..

Fundamentos del recurso: Al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, los recurrentes acusan de falta de aplicación de los artículos: 1, literal a) de la Convención de la Haya; artículos 44 y 45 de la Constitución de Republica; artículos 1, 2, 8, 9, 10, 11, 14 y 50 del Código de la Niñez y Adolescencia; artículo 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Los casacionistas sostienen que, el Tribunal de Alzada no ha efectuado una correcta valoración de las pruebas, pues, no existe el traslado ni retención ilegal de la niña A.N.U.T., en acuerdo con artículo 1 literal a) de la Convención de la Haya, dado que, “obra en autos pruebas suficientes que el padre le otorgó Autorización de salida del país en la que teníamos nuestra habitual residencia; esto es España...(que) el hogar que teníamos formado...en Murcia España, fue destruido a causa de los contantes maltratos físicos y psicológicos de los que sufrió incluso de manera directa la menor quien nunca tuvo una adecuada convivencia con su padre...”; agrega que el Tribunal ad quem, no considera “los principios fundamentales de protección que establece la Constitución...y el Código de la Niñez y Adolescencia, normas antes transcritas (art. 44 y CRE y art. 1 CNA) y que disponen el interés superior de la menor...”(sic). Por fín, sostiene: “falsa aplicación de los artículos de la Convención de la Haya”, debido a que “para tramitar y dictar sentencia, era indispensable que el hecho materia del proceso hubiese ocurrido en Alemania, pero la menor llegó directamente desde España, con conocimiento y autorización del padre...”.

Consideraciones del tribunal:

Este Tribunal advierte que, la sentencia recurrida, ni en su parte considerativa, ni en la dispositiva, hacen mención a norma sustantiva o adjetiva alguna, que ligue los hechos que están en análisis, ni justifican la decisión tomada en forma razonada, limitándose a la

enumeración de las pruebas, sin someterlas a una valoración crítica... De las investigaciones realizadas por la DINAPEN se desprende que la actora tuvo conocimiento del paradero de su hija por una llamada telefónica por lo que se trasladó de Alemania a Ecuador, habiendo presentado el trámite de restitución internacional a la autoridad respectiva (Departamento Federal de Justicia) el 30 de junio del 2011, puesto que el último domicilio, como residencia habitual de la niña era Pulverwen AnjaYhlerdof, en 21682 Stade...”, y confirmar la resolución del a-quo. En esta virtud, el juez plural incumple su obligación de motivación, y, por ello, en atención al artículo 76.7.I) de la Constitución de la República y el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, este Tribunal de Casación de la Sala de la Familia, N., Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, declara la nulidad por falta de motivación, del auto dictado por la Primera Sala Especializada de lo Laboral, N. y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 26 de febrero de 2013, auto que es indebido, pues los efectos que produce, son definitivos, teniendo fuerza de sentencia, a costa de los jueces que lo pronunciaron, sin honorarios que regular por no haberlos reclamado. En su lugar dicta una sentencia de mérito en los siguientes términos:

Primero

3.1- El Derecho de custodia, se identifica plenamente, con el concepto de cuidado, porque su ejercicio comprende las decisiones de las madres y los padres en torno a la formación integral de los y las hijas. La Convención precisa el significado de custodia en el artículo 3: "Para los efectos de esta Convención: a. El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia...". nuestra atención, separados, Si bien una lectura globalizada del expediente, del caso que concita da cuenta que el padre y la madre de la niña se encontraban de la niña A.N.U.T., era compartida la custodia (madre/padre), pues, no consta procesalmente, decisión judicial, administrativa, o acuerdo vigente, según el derecho del estado requirente, que indique lo contrario. El hecho de que la madre resida en España no afecta el ejercicio del derecho de custodia pues este derecho "no está inseparablemente ligado a una relación de estable convivencia con el hijo..."⁸. La jurisprudencia alemana señala: "En ausencia de un fallo de un tribunal en el Estado de residencia habitual del menor, el único enfoque aceptable es concluir libremente que hay 'ejercicio' toda vez que un padre con derechos de custodia de jure mantiene o busca mantener alguna clase de contacto regular con su hija o hijo". En este orden de cosas,

este Tribunal enfatiza que en el Ecuador, existe prohibición expresa, de limitar o privar la patria potestad por causa de la “migración motivada por Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, por E.P., Ob. Cit. F.L.G.: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, 8 en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley, (España) p. 8.

3.2. Sobre la residencia habitual de la niña; el Convenio se aplica a todo niño o niña menor de dieciséis años “que tuviera su residencia habitual en un-Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita”, (el énfasis nos pertenece). Ahora bien, “Una persona puede tener sólo una residencia habitual. La residencia habitual pertenece a la residencia consuetudinaria anterior al traslado. El tribunal debe ir atrás en el tiempo, no hacia el futuro. Se debe determinar la residencia habitual del menor, no la de sus padres...La residencia habitual del menor en Alemania no se basaba en el cuidado o la protección brindados por su padre alemán ni se cambió a los Estados Unidos cuando su madre norteamericana asumió el rol de persona principal a cargo del menor. La residencia habitual sólo se puede modificar mediante un cambio en la geografía y en el paso del tiempo, no por medio de cambios en el afecto y responsabilidad de los padres. En cambio, en la geografía debe tener lugar antes del traslado en cuestión...”(el énfasis nos pertenece), lo que debe considerarse entonces es la residencia de la niña, anterior a su traslado, consolidada por el transcurso del tiempo; espacio geográfico donde la niña cotidianamente echó raíces, en las distintas dimensiones de su vida (afectivo, psicológico, social). Una difundida opinión de la jurisprudencia alemana ha distinguido entre el abandono de una residencia habitual, y el de un traslado por tiempo limitado y específico, aclarando que la aclimatación del niño o niña con su nuevo entorno no es determinante para establecer el abandono de la residencia habitual, así: “Para que la solicitud del padre tuviera éxito se debería haber demostrado que los menores eran residentes habituales en Alemania en la fecha de la supuesta sustracción ilícita...El Tribunal entonces se abocó a la cuestión de si los padres tenían una intención acordada...

El Tribunal de Apelaciones señaló que cuando los tribunales concluían que una familia había dado en forma conjunta todos los pasos asociados con el abandono de una residencia habitual en un país para tomar otra, por lo general no estaban dispuestos a

permitir que las reservas alegadas por uno de los progenitores sobre el traslado impidieran encontrar un objetivo compartido y acordado. Sin embargo, cuando un traslado tenía la clara intención de ser por un tiempo limitado y específico, los tribunales por lo general se habían negado a concluir que el cambio de intención de un progenitor pudiera producir una alteración en la residencia habitual del menor...El Tribunal entonces se abocó a determinar si los menores igualmente habían adquirido una residencia habitual en Alemania mediante la aclimatación. Estableció que debía investigarse si los menores se habían afincado en su nuevo entorno. "Para decirlo en forma sencilla, ¿restituir los menores a Alemania equivaldría a enviarlos a su casa?". El Tribunal concluyó que los escasos ocho meses del hijo mayor en Alemania eran insuficientes para superar la carencia de una intención parental compartida de abandonar los EE.UU. como residencia habitual de los menores. Llegó a una conclusión similar después de examinar separadamente la situación del varón más joven. El Tribunal hizo hincapié en el hecho de que el arraigo cultural no era la condición sine qua non de una determinación de residencia habitual. Sostuvo:"... si los lazos culturales fueran considerados primordiales, entonces innumerables niños expatriados en todo el globo ya habrían cumplido con una cantidad importante de componentes entre los requerimientos para ser considerados residentes habituales de los EE.UU. sobre la base de su afinidad con McDonalds, M.M. y M.J.. Por lo tanto, nuestra conclusión de que los menores H. no eran residentes habituales de Alemania no está guiada por el hecho de que ellos, para citar a J." no "usaban liederhosen"(el énfasis nos pertenece).

QUINTO

DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, N., Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza por improcedente la petición de restitución internacional de la niña A.N.U.T...

RATIO DECIDENCI". Se exige devolver al niño o niña cuando ha existido un traslado o no ha retornado al lugar donde la niña residía, y es calificado como ilícito cuando es condicionada a la existencia del ejercicio del derecho de custodia reconocida por la residencia habitual del menor, antes de su traslado, considerando dos elementos: derecho de custodia y residencia habitual."

SÍNTESIS:

De la sentencia se desprende claramente, que los padres son capaces de defender la custodia de sus hijos, cuando uno de los progenitores lo saca del país, pero que existe todo un cuerpo doctrinario que permite darle o no a razón al solicitante y que dentro de las razones para darle la razón al padre o madre solicitante está el hecho de que se hubiera producido un traslado del niño y que no haya retornado al lugar donde e mismo residía. En este caso, se habla de un traslado ilícito cuando haya habido una custodia previa atribuida a uno de los progenitores antes de ser trasladado y que para ello se toman en cuenta dos aspectos básicos: el derecho de custodia y la residencia habitual.

Segundo caso:

Sentencia de primera instancia

UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ y ADOLESCENCIA CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

No. proceso: 17204202000994

Comparece el señor LEONARDO ALEJANDRO AGUIRRE SERRANO, en representación de su hijo menor de edad Livinton Ariel Aguirre Aguilar (en adelante LAAA), a través de la Defensoría del Pueblo, y manifiesta lo siguiente: Que ostenta la tenencia de su hijo, actualmente de nueve años de edad, quien tiene una discapacidad intelectual moderada del 45 %, y padece hipercinesia y trastornos neurológicos. Que la madre del niño no se ha preocupado por su atención prioritaria necesaria, razón por la cual interpuso una demanda de alimentos; sin embargo, la madre se encuentra atrasada seis meses en el pago de la pensión alimenticia, hecho que, junto con la terminación de su contrato de servicios ocasionales, genera una grave necesidad económica para la atención de las necesidades de su hijo,

Que el 27 de diciembre de 2019, la directora provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura (S) le notifica la terminación del contrato de servicios ocasionales. Y él presentó una petición dirigida al señor director general del Consejo de la Judicatura requiriendo que se deje sin efecto la disposición de terminación del contrato de servicios ocasionales por haber sido calificado como sustituto directo de una persona con discapacidad.

Que, mediante memorando de fecha 29 de enero de 2020, el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, indica: “Por lo expuesto, esta Dirección Nacional considera que, en aras de acoger el espíritu de lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, respecto de las personas con discapacidad y de sus derechos a la no discriminación y a la estabilidad laboral en este caso, el tener a cargo a una persona con discapacidad en calidad de su sustituto directo, es procedente el reintegro del peticionario, señor Leonardo Aguirre Serrano, a su puesto de trabajo, al ser éste la única fuente que le permite solventar las necesidades médicas del menor al que representa”.

Que, mediante memorando circular del 07 de febrero de 2020, el Director General del Consejo de la Judicatura dispone a la Dirección Nacional de Talento Humano y Dirección Provincial de Pichincha, realicen las acciones necesarias para dar cumplimiento a la disposición de reintegro del señor Aguirre, a partir del 01 de enero de 2020, pero que posteriormente, mediante memorando circular de fecha 11 de febrero de 2020, el señor Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, comunica al Director Nacional de Talento Humano, que no es factible el reintegro del señor Aguirre a partir del 01 de enero de 2020, porque constituiría un registro tardío en el Ministerio de Finanzas e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ya que al ejecutar el aviso de entrada desde el 01 de enero de 2020 se estaría incumpliendo norma jurídica expresa y se incurriría en intereses por mora patronal y generación de responsabilidades patronales, y existiría además pago indebido de remuneraciones.

Que, mediante memorando de fecha 02 de marzo de 2020, el Director General autoriza a la Dirección Nacional de Talento Humano la modificación presupuestaria a fin de que el señor Aguirre sea reintegrado, además indica que la responsabilidad legal recae en la Dirección Provincial de Pichincha y con memorando de fecha 11 de marzo de 2020, el Director Nacional de Talento Humano comunica al Director Provincial de Pichincha que se ha solicitado a la Dirección Nacional de Planificación la asignación de los recursos que permitan cubrir la necesidad de la Dirección Provincial, que corresponde al período enero – marzo 2020.

Pero el Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, con memorando de fecha 16 de marzo de 2020, nuevamente señala que no es factible el reintegro del señor Aguirre a partir del 01 de enero de 2020, porque se incurriría en un pago indebido de la remuneración de ese mes, ya que laboró en la institución hasta el 31 de diciembre de

2019, y porque la asignación de recursos fue realizada el 12 de marzo de 2020; y, por lo tanto la Dirección Provincial realizará el reintegro del señor Aguirre como una contratación nueva, bajo el cargo que venía desempeñando como gestor de archivo, a partir del 01 de abril de 2020 hasta el mes de junio de 2020.

Que, luego, mediante memorando de fecha 18 de marzo de 2020, el director general comunica al director provincial que la situación legal del señor Aguirre y las consecuencias que se deriven de las acciones adoptadas o que se adopten, son de exclusiva responsabilidad de la Dirección Provincial de Pichincha. Que, mediante memorando de fecha 19 de marzo de 2020, el Coordinador Provincial de Talento Humano comunica al Coordinador Provincial de Asesoría Jurídica, que la Unidad Provincial de Talento Humano continuará con el trámite correspondiente al ingreso del señor Aguirre, desde el 01 de abril de 2020 en cumplimiento a las directrices dadas por el director provincial.

Que, con memorando de fecha 04 de abril de 2020, el director provincial comunica al director general que la reforma web No. 21515 para ingreso del servidor Leonardo Aguirre al distributivo SPRYN se encuentra aprobada con fecha 03 de abril de 2020, con lo cual el servidor ya forma parte del personal ocupado de la Dirección Provincial de Pichincha, y que ha sido debidamente notificado vía correo electrónico respecto a su ingreso a la institución una vez que se levante la emergencia sanitaria.

Que lo actuado por la Unidad Provincial de Talento Humano, acogiendo las disposiciones del Director Provincial, atenta a la disposición de reintegro desde el 01 de enero de 2020 emitida por el Director General y que ha pasado un semestre desde su desvinculación laboral, teniéndole bajo falsas expectativas de ser reintegrado, y que esa violación a derechos afectó los beneficios transversales de la seguridad social en razón de que su hijo no puede acceder a la atención y tratamiento médico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Que actualmente se encuentra a cargo de dos personas dependientes con enfermedades que generan discapacidad, su hijo y su madre adulta mayor, y que el trabajo que venía realizando en la Dirección Provincial de Pichincha le permitía cubrir los medicamentos que cada uno necesita para subsistir. Que, los problemas económicos por los que atraviesa se agravan debido a la terminación de la relación contractual con el Consejo de la Judicatura, pues, pese a la disposición del señor director general para su reintegro desde el 01 de enero de 2020, hasta el momento no ha recibido ni un solo centavo de su remuneración.

Que todo esto ocasionó un grave daño emocional a su familia, frustrando sus proyectos de vida, especialmente la atención prioritaria y protección reforzada que necesita y se le debe garantizar a su hijo. El accionante hace mención a varias disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Ley Orgánica de Discapacidades y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así también cita sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional del Ecuador, normativa que dice estar relacionada con los derechos que alega han sido vulnerados.

Sostiene también que, ante compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano respecto de los derechos de niñez y adolescencia, es primordial que se observe un debido proceso sustantivo reforzado, lo que no ha sido garantizado, desconociendo los derechos de su hijo, además de su doble condición de vulnerabilidad; por lo tanto, se debe garantizar y ejercer un completo control de convencionalidad por parte de toda autoridad, no solo judicial sino administrativa, en este caso, por parte de la Dirección Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, quienes no lo han hecho, vulnerando los derechos de los accionantes. Por otra parte, afirma que el sustituto directo goza de una estabilidad laboral de inclusión que proviene de la atención prioritaria que beneficia a las personas con discapacidad, situación que impide dar por concluida la relación de naturaleza laboral, esto como una corresponsabilidad entre el Estado y el núcleo familiar.

Síntesis

Esta interesante acción está relacionada con tenencia de niño discapacitado por parte del padre, desinterés total de la madre, destitución del trabajo del padre por parte de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, estando el padre en situación de sustituto directo por estar al cuidado de su hijo discapacitado de 9 años de edad. Se alega la vulneración de derechos constitucionales, derechos humanos protegidos por los instrumentos internacionales e incluso, el Código de la Niñez y la Adolescencia, además, del Código del Trabajo.

Tercer caso:

Juicio No. 06101-2020-02360

UNIDAD JUDICIAL FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL
CANTÓN RIOBAMBA DE CHIMBORAZO

03 de junio de 2021

Causa: **Tenencia de hijo.**

Partes: Paulo Jair Guerrero Balseca y Jennyfer Madaley Peña Morales.

Niño: Bastián Caleb Guerrero Peña.

Hechos: el padre demanda la formalización del cuidado y protección de su hijo ya que la madre se lo entregó voluntariamente desde que nació. La madre en este tiempo se lo ha llevado tres veces, lo tiene un mes y lo devuelve al padre y en esos meses que lo tiene, se lo deja encargado a sus amistades, por cuanto es disoluta en su conducta. Se hace constar, que la madre había entablado un juicio de régimen de visitas y ahora lo acusa de retención indebida del menor, pero el padre lo tiene por una medida de protección.

En las pruebas, asiste a la audiencia un equipo técnico con peritos como la trabajadora social de la Unidad judicial de familia, quien recomienda que el niño siga con el padre por el poco interés de la madre, quien ni siquiera se acerca a la unidad técnica y en la única oportunidad en que fue tuvo muy mal comportamiento. La psicóloga y el médico también personal del equipo técnico también recomendaron que el niño continuara con el padre.

Después de la evacuación de las pruebas, pronunciadas las conclusiones, se produjo la sentencia en la que se aplicó el artículo 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia, aceptándose la demanda de tenencia para el padre, se hace al padre responsable del niño, se le da a la madre un régimen de visitas de los miércoles de 9am a 18pm. Frente a esta decisión la madre apela.

Resumen: en esta acción se transparentan tres situaciones fundamentales:

1. No existe retención indebida del niño porque la madre lo entregó recién nacido y siempre el niño estuvo con su padre y su abuela.
2. La madre tuvo oportunidad de tenerlo y solo duraba un mes con él y lo dejaba solo con sus amistades para que lo atendieran.
3. No se dijo nada durante el juicio, si la madre pasa la pensión alimenticia al niño,
4. La madre por su conducta descuidada y desordenada es rechazada por el equipo técnico y recomiendan la tenencia del niño por parte del padre.

5. A la madre se le otorga un régimen de visita semanal, los días miércoles durante 9 horas en ese día.

Debate de resultados

Los datos expuestos indicaron que el 83% de los hijos se quedan con la madre después de los divorcios y sólo un 13% se queda con los padres y un 4% se queda con los abuelos. Estas respuestas quizás obedecen a que hasta el año 2021, en Ecuador se tomaba en cuenta para las decisiones el Código de la Niñez y la Adolescencia, que propugnaba en su artículo 106 la prevalencia de la madre. Dicho artículo estipulaba: “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003). En este mismo contexto, el 80% de la muestra señaló que los niños se quedan con sus madres cuando los convivientes se separan, y el 16% se quedan con el padre; pero en el caso de la separación de los convivientes un porcentaje mayor de padres se quedan con sus hijos, lo que representa una novedad en la actualidad, quizás por la mayor libertad que ha adquirido la mujer.

El 90% de la muestra de abogados conocen muchísimo sobre la sentencia 28-15-IN/21, lo que significa que hay un gran interés de los abogados en la materia de tenencia de los hijos, pero un 42% dicha muestra asegura que se producen muchos ‘problemas después de la separación de la pareja y la tenencia compartida de los hijos, lo que se ratifica con la cantidad y variedad de situaciones sobre de demandas y sentencias relacionadas con el tema. Pero no sólo se provoca problemas entre los padres, sino especialmente con los niños y adolescentes, tales como la afectación psicológica, los niños sufren rechazos de las nuevas parejas de sus adre y los maltratan; para abundar en la problemática, en estos momentos donde debería haber una mayor comunicación entre los padres, la mayoría de las veces esta no existe, lo que provoca muchas veces la manipulación de los menores. En efecto, Carmen Susana Núñez Mederos, Caridad Pérez Cernuda y Marta Castro Peraza (2017), sobre esta situación señalan:

Es por ello que, la ruptura conyugal se considera como una experiencia muy estresante para ambos cónyuges, pero que llega en mayor medida a los hijos...los cambios en la vida cotidiana y las actitudes psicopatógenas (como el autoritarismo, la permisividad, el

rechazo, la sobreprotección entre otros) que asumen los padres hacia sus hijos, posteriores al divorcio, provocan problemas físicos, emocionales, escolares y sociales a corto, mediano y largo plazo (Núñez Mederos, Pérez Cernuda, & Castro Peraza, 2017).

El legislador, en búsqueda de una solución viable, fundamentado en el principio de igualdad e interés superior del niño, dictaminó que lo mejor en este caso es la tenencia compartida, lo cual quedó plasmado en la sentencia N° 28-15-IN/21, en la que quedó claro, que la tenencia compartida es obligatoria para los padres del menor, sin embargo en este caso, no se tomó en cuenta que existen diversas circunstancias, donde los padres no pueden cumplir con esta tenencia compartida y además, se está vulnerando el derecho de los padres al uso de su voluntad. Un ejemplo de ello es cuando alguno de los progenitores vive en el exterior ¿Cómo podrían compartir la tenencia? ¿Por otra parte, está obligada la nueva pareja del padre o la madre o de ambos a aceptar esa tenencia compartida?

Lo que más llama la atención es que aunque más de la mitad de la muestra dicen que después del divorcio los hijos deben quedarse en tenencia compartida (56%), hubo un 28% de la muestra que dice que deben quedarse con la madre. De esto se deduce, que aún sigue vigente aunque en menor grado, la tendencia a que los hijos están mejor con la madre, que pareciera que es una tendencia ya superada. Pero la mayor sorpresa, es que se encontrara una diferencia sustancial entre lo que indica la muestra en torno a la tenencia de los hijos por parte de los padres divorciados y los convivientes, pues la muestra en un 43% dijo que en las convivencias disueltas, es la madre la que debe tener a sus hijos, un 20% dice que debe ser el padre y el 37% que debe tener la tenencia compartida.

3.2. Propuesta

Proyecto de Reforma del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia

Presentación de la propuesta

A continuación se presenta la propuesta que consiste en un proyecto de Reforma del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, pues bien se sabe, que la Corte Constitucional mediante Sentencia N° 28-15-IN/21, declaró la inconstitucionalidad de los

numerales 4 y 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia, pero según criterio del investigador, las razones que motivaron esta reforma fue privilegiar el principio de igualdad entre padre y madre, proteger el interés superior del niño y evitar la alienación parental, pero dejaron de tomarse en cuenta factores que son fundamentales a la hora de decidir la custodia compartida y por ello se hace la presente propuesta. Esta propuesta conlleva aspectos como su presentación, objetivos, justificación, factibilidad y estructura.

Objetivos de la propuesta

Objetivo General

Elaborar una propuesta de informe integral de condiciones psicológicas, físicas, económicas, antecedentes y situación de vida de los padres para la declaración judicial de tenencia compartida.

Objetivos específicos

1. Justificar la propuesta del informe integral de condiciones psicológicas, físicas, económicas, antecedentes y situación de vida de los padres para la declaración judicial de tenencia compartida.
2. Determinar la factibilidad de la propuesta
3. Estructurar la propuesta

Justificación de la propuesta

La propuesta se justifica debido a que la Corte Constitucional sólo se orientó a declarar la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia ecuatoriano, pero no tomó en cuenta su implementación, producto de los problemas reales que se presentan en la tenencia compartida y sacados a la luz en esta investigación, tales como es el caso de que los padres a separarse buscan otras parejas que la mayoría de las veces consideran como un estorbo a los hijos que trae la pareja y en este caso son los niños y los adolescentes los que pagan esos disgustos. Los problemas con las nuevas parejas, muchas veces incluso, terminan con la vida del menor.

Por otra parte, en el caso de los hombres, ante la obligación de la tenencia de sus hijos se los llevan a sus padres, quienes son personas mayores, a veces cansadas, representando ello, una carga para los padres y un problema para los niños y adolescentes que se les encargan. De allí la necesidad de complementar como se hace en esta investigación la decisión de la Corte Constitucional en cuanto a la tenencia compartida de los hijos.

Factibilidad de la propuesta

Esta propuesta es factible desde el punto de vista económico, legal y social. Desde el punto de vista económico, porque la misma no conlleva sino gastos institucionales que son obligatorios dado que lo que se protege es el interés superior del niño, que según se estipula en el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia:

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. (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Desde el punto de vista legal, también esta propuesta es factible, por cuanto lo que se intenta con ella es respaldar la protección del interés superior del niño y el adolescente, que es un principio protegido tanto por la Constitución como por la ley ecuatoriana e incluso, los instrumentos internacionales, por cuanto como indicara (Espín Sandoval & Ramírez Muñoz, 2018), la tenencia compartida “no es un derecho de los padres, sino un derecho de los hijos”, a quienes se les debe proteger y cuidar con sumo esmero. Pero, además, existe en Ecuador institucionalmente, la Asamblea Nacional, quien es la encargada de hacer y reformar las leyes.

Finalmente, desde el punto de vista social, tanto los ciudadanos en particular, como los organismos que protegen a los niños y adolescentes en Ecuador, incluyendo el propio Estado ecuatoriano, estarían de acuerdo ampliamente, en que la tenencia compartida sea implementada de manera eficaz para que cumpla con los fines sociales que se han previsto para ella.

Estructura de la propuesta

La estructura de la propuesta está constituida por el proyecto. A continuación, se expone el mismo:

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO CONSIDERANDO:

Que el artículo 167 de la Constitución vigente en el Ecuador preceptúa que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”.

Que el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador establece que “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades”.

Que el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador obliga al Estado a promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, asegurándoles el pleno ejercicio de sus derechos y atender su interés superior, previendo, además, el derecho a su desarrollo integral.

Que el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador prevé el derecho que tienen los niños y adolescentes a “tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar”.

Que el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador define el interés superior del niño como un principio 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”.

Que el artículo 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador prevé la prioridad absoluta a los niños y adolescentes en lo que corresponde a la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos.

Que la Corte Constitucional ecuatoriana declaró mediante sentencia N° 28-15-IN/21, la inconstitucionalidad de los numerales 4 y 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia, para privilegiar el principio de igualdad entre padre y madre, proteger el interés superior del niño y evitar la alienación parental, originando de esta manera la tenencia compartida de niños, niñas y adolescentes.

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente reforma al artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, al cual se agregará un numeral 7 que indique textualmente:

7. Es de obligatorio cumplimiento para la asignación de la tenencia de los hijos, la sustanciación de un informe pormenorizado elaborado por personal especializado que tome en cuenta los aspectos de salud física y mental de ambos padres, su situación económica, laboral y de comportamiento social y situación marital, así como el tiempo de dedicación a la atención de los hijos. Sólo el informe favorable, le da a los padres la posibilidad de compartir la tenencia de los hijos.

CONCLUSIONES

Las conclusiones de esta investigación fueron:

1. La familia por su importancia ha sido definida como el núcleo fundamental de la sociedad, y es que ella está unida por vínculos que para el derecho son de una gran responsabilidad social, pues según el artículo 96 del Código de la niñez y la Adolescencia (2003) “sus relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intransmisibles. Salvo los casos expresamente previstos por la ley”, ya que esos vínculos unen a sus miembros, por ejemplo, a los padres y los hijos generando lo que se ha llamado la filiación y esta a su vez, genera la patria potestad, que no es sino el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres para con sus hijos menores.
2. Por eso, en esta investigación se dedicó especial importancia a los artículos 99 y 100 del citado Código, estableciendo el primero que todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad y en el segundo se estipula la corresponsabilidad parental, es decir, que tanto padre como madre, son iguales en responsabilidades en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes, lo que constituye la base de la tenencia compartida.
3. El problema está cuando los padres disuelven el vínculo del matrimonio o la convivencia, pues allí hay que tomar decisiones en torno a con quién se deben quedar los hijos y en Ecuador hasta el año 2021, la preferencia para la tenencia la tenía la madre produciéndose de esta manera la alienación parental, por lo que la Corte Constitucional por sentencia N° 28-15-IN/21 decidió, que esta preferencia era inconstitucional fundamentada en el derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental, y en el interés superior del niño, decidiendo la tenencia compartida.
4. La jurisprudencia y la ley ecuatoriana en efecto pone en evidencia la práctica jurídica en Ecuador sobre la patria potestad y la tenencia de niños y adolescentes, al determinar que existen múltiples demanda sobre tenencia de los niños que quedan después de la separación de la pareja, tales como conflictos por niños que han sido sacados de Ecuador y llevados a otras latitudes del mundo, también litigios por madres que han entregada sus hijos a sus padres y luego quieren rescatarlos sin un

asadero legítimo, madres que dejan a sus hijos discapacitados al padre y no colaboran con nada para la manutención del hijo y es el padre y los abuelos los que deben correr con todos los problemas incluso laborales que se generan alrededor de esta situación.

5. Por otra parte, los datos cuantitativos analizados indicaron que un altísimo porcentaje de aproximadamente el 83%, los hijos se quedan con las madres después de la separación de la pareja, incluso, después de la sentencia de la Corte Constitucional sobre tenencia compartida. En este mismo contexto, hay que señalar, que, en el caso de la separación de los convivientes, un porcentaje mayor de padres se quedan con sus hijos, lo que representa una novedad en la actualidad, quizás por la mayor libertad que ha adquirido la mujer.
6. Al comparar las instituciones de la patria potestad y la tenencia en diferentes países de Latinoamérica, donde se ve mayor solidez en sus definiciones y caracterizaciones es en el Perú.

RECOMENDACIONES

En vista de la investigación se recomienda:

1. A la Asamblea Nacional se le recomienda tomar en cuenta las diversas formas que puede adoptar la tenencia de los hijos a partir de las distintas demandas y sentencias tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Nacional de Justicia para que se haga una reforma absolutamente ajustada a las necesidades de la familia ecuatoriana, por cuanto hasta ahora la reforma es simplista, pues no toma en cuenta esta diversidad de situaciones que se presentan en el ejercicio de esta institución.

2. A las instituciones universitarias que tienen la Escuela de Derecho, se le sugiere incluir en los planes de vinculación, la capacitación de los padres en cuanto a la patria potestad y tenencia de los hijos destacando su responsabilidad frente a esta institución.

3. A los jóvenes, tener una conciencia de mayor responsabilidad en la conformación de la familia, porque su separación luego de tener hijos, conlleva múltiples problemas que repercuten en la salud mental de sus hijos.

3. A las familias ya constituidas y con hijos, recordar que los hijos no pudieron nacer, que fue su voluntad traerlos al mundo, por lo que deben sacrificar sus egoísmos e individualismos en beneficio de una excelente crianza de los hijos, para evitarles traumas que después se convierten en vicios y delitos.

BIBLIOGRAFÍA

Acción de Protección, Sentencia: No. 2185-19-JP/21 (Ecuador, Corte Constitucional 19 de diciembre de 2019). Recuperado el 3 de diciembre de 2023, de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=2185-19-JP/21>

Acción Pública de Inconstitucionalidad, Sentencia: No. 28-15-IN/21 (Ecuador, Corte Constitucional 29 de abril de 2021). Recuperado el 21 de diciembre de 2023, de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDG E6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOiczZTM0NmYwNi01NzRiLTQ4NmQtODM5Mi1mNjlyZWl5M2I1MDIucGRmJ30=

Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1998). *Nacionalidad y Apátrida. Rol de ACNUR: Convención de 1954 sobre el estatuto de los Apátridas, Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia*. Recuperado el 3 de diciembre de 2023, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/0173.pdf?view=1>

Ander-Egg, E. (1974). *Introducción a las técnicas de Investigación social*. Argentina: Universidad Nacional de Cuyo.

Arias, F. (2016). *El proyecto de Investigación*. Caracas: Epísteme.

Avilés Hernández, M. (2014). El núcleo monoparental masculino en los hogares multigeneracionales: una lectura sociológica desde la óptica de la crisis económica. *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*.(3). Recuperado el 19 de 8 de 2023, de Universidad de Murcia: <file:///C:/Users/USER/Downloads/editum,+Capitulo+30.pdf>

Balestrini, M. (2006). *Como se elabora el Proyecto de Investigación*. Maracaibo: Consultores Asociados BL Servicio Editorial.

Benitez Pérez, M. E. (2017). La familia: Desde lo tradicional a lo discutible. *Revista Novedades en Población*, 13(26). Recuperado el 13 de 2 de 2023, de

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1817-40782017000200005

Cajamarca Torres, A. E. (2018). *La Tenencia Compartida en relación a la corresponsabilidad parental como garantía del Interés Superior del niño, niña y adolescente*. Recuperado el 28 de julio de 2023, de Universidad Católica de Cuenca: <https://dspace.ucacue.edu.ec/handle/ucacue/4666>

Chile, Congreso Nacional. (2013). *Código Civil*. Recuperado el 11 de noviembre de 2023, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1803.pdf>

Delgado Sáez, J. (2019). *La guarda y custodia compartida (desde la perspectiva del derecho común, autonómico y países de nuestro entorno)*. Recuperado el 16 de noviembre de 2023, de Universidad de Salamanca: <https://gredos.usal.es/handle/10366/141028>

Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

Ecuador, Asamblea Nacional. (2016). *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Quito: Registro Oficial Suplemento 684 de 04-feb.-2016.

Ecuador, Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial 737 del 03 ene 2003. Última Reforma 29 mar 2023.

Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

Ecuador, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos . (2010). *Base de Datos-Censo de Población y Vivienda 2010*. Obtenido de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/base-de-datos-censo-de-poblacion-y-vivienda-2010/>

Espín Sandoval, L. F., & Ramírez Muñoz, M. A. (2018). *Tenencia compartida y el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes*. Recuperado el 17 de 8 de 2023, de Universidad Técnica de Ambato: <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/28219>

- Garduño Román, S. A. (2002). Enfoques Metodológicos en la Investigación Educativa. *Investigación Administrativa*(91). Recuperado el 23 de 8 de 2023, de <https://www.ipn.mx/assets/files/investigacion-administrativa/docs/revistas/90/ART2.pdf>
- Guisbert Rosado, G. (junio de 2016). Derecho de identidad y filiación de la niña, niño y adolescente. *Revista Jurídica de Derecho*, 3(4). Recuperado el 12 de 6 de 2023, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100008
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.
- Maldonado, J. Á. (2015). *La Metodología de la Investigación (Fundamentos)*. Recuperado el 21 de 8 de 2023, de https://www.academia.edu/15487793/METODOLOG%C3%8DA_DE_LA_INVESTIGACION_Fundamentos_
- Martínez Núñez, R. M. (2028). *Familias monoparentales femeninas y su incidencia en el ciclo de vida familiar de los hijos/hijas en edad escolar, del patronato San José del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha*. Recuperado el 17 de 9 de 2023, de Universidad Técnica de Ambato: <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/27455/1/FJCS-POSG-101.pdf>
- McGuigan, F. J. (1996). *Psicología experimental: métodos de investigación*. México: Prentice Hall.
- Mujica Valencia, A. P. (2018). *La Patria Potestad y la capacidad de discernimiento en madres menores en la defensoría municipal del niño, niña y adolescente, Lima 2017*. Obtenido de Universidad Alas Peruanas: https://repositorio.uap.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/20.500.12990/2212/Tesis_Patria_Potestad_Capacidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Núñez Mederos, C. S., Pérez Cernuda, C., & Castro Peraza, M. (2017). Consecuencias del divorcio-separación en niños de edad escolar y actitudes asumidas por los padres. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 33(3). Recuperado el 3 de diciembre de 2023, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252017000300003

Núñez, G. (2019). *Qué es metodología de la investigación científica?* Recuperado el 23 de 8 de 2023, de Universidad Técnica de Babahoyo: https://www.academia.edu/39050946/QUE_ES_METODOLOG%C3%8DA_DE_LA_INVESTIGACI%C3%93N_CIENT%C3%8DFICA

Ochoa Bernal, M. (2012). *Metodología de la investigación científica*. Recuperado el 21 de 8 de 2023, de Universidad Alas Peruanas: https://www.academia.edu/7351589/Metodologia_de_la_investigacion_cientifica

Organización de Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 19 de 8 de 2023, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Organización de Naciones Unidas. (septiembre de 1990). *Cumbre Mundial en favor de la Infancia*. Recuperado el 19 de 8 de 2023, de <https://www.un.org/es/conferences/children/newyork1990>

Ortiz Gómez, M., Louro Bernal, I., Jiménez Cangas, L., & Silva Ayzaguer, L. (1999). La salud familiar. Caracterización en un área de salud. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 15(3), 303-309. Recuperado el 11 de noviembre de 2023, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21251999000300014

Parella Stracuzzi, S., & Martins Pestana, F. (2006). *Metodología de la Investigación cuantitativa*. Caracas: Feduel.

Pineda, E. B., de Alvarado, E. L., & Hernández de Canales, F. (1994). *Metodología de la Investigación*. Washington, D.C: Organización Panamericana de la Salud.

- Quesada Somano, A. K., & Medina León, A. (diciembre de 2020). *Métodos Teóricos de Investigación: Análisis-Síntesis, Inducción-Deducción, Abstracto – Concreto e Histórico- Lógico*. Recuperado el 22 de 8 de 2023, de Universidad de Matanzas: https://www.researchgate.net/publication/347987929_METODOS_TEORICOS_D_E_INVESTIGACION_ANALISIS-SINTESIS_INDUCCION-DEDUCCION_ABSTRACTO_-CONCRETO_E_HISTORICO-LOGICO
- Sánchez Hidalgo, A. J. (2018). El método jurídico: diferentes líneas metodológicas y una propuesta de síntesis. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho Varona*(21), 251-278. Recuperado el 22 de 8 de 2023, de <http://www.rtfed.es/numero21/08-21.pdf>
- Sigüencia, Á. d. (2019). *La tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el E*. Recuperado el 3 de diciembre de 2023, de Instituto de Altos Estudios Nacionales : <https://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/6157>
- Tenorio Merlín, E. X. (2020). *Estudio comparado de los derechos parentales entre el padre y la madre: patria potestad y tenencia*. Obtenido de Universidad Regional Autónoma de Los Andes: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/12686/1/PIUSDAB085-2020.pdf>
- Terán García, A., & Montero Méndez, P. (2016). *La crianza de los hijos en familias monoparentales femeninas de la ciudad de Maracaibo (Estado Zulia, Venezuela)*. Recuperado el 19 de 8 de 2023, de Universidad del Zulia: <https://www.aacademica.org/programa.cambio.socialcesaluz/17.pdf>
- Velásquez Posada, O. (2006). Constitucional y legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida. *Persona y bioética*, 10(1), 85-103. Recuperado el 14 de 8 de 2023, de <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/930>

Villabella Armengol, C. M. (2020). *Los métodos en la investigación jurídica*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 22 de 8 de 2023, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf>

Yépez Zambrano, R. A., & Arias Donato, X. A. (2022). *La no preferencia a la madre en el otorgamiento de la patria potestad y el interés superior del niño*, en *Der.* Recuperado el 28 de julio de 2023, de Universidad Nacional del Chimborazo : <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/9982/1/Arias%20Donato%2c%20X.%282022%29%20La%20no%20preferencia%20a%20la%20madre%20en%20el%20otorgamiento%20de%20la%20patria%20potestad%20y%20el%20inter%20a9s%20superior%20del%20ni%20c3%b1o%2c%20en%20Derecho%20Com>