



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO**

**PROYECTO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TÍTULO:

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA
TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES
AL AMPARO DE LAS REGLAS DE ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO
ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020.

AUTORES:

VILLARREAL AURIA HELEN ABIGAIL

LINO QUIRUMBAY MANUEL EDUARDO

TUTORA: AB. ISABEL GALLEGOS ROBALINO. Mgt

LA LIBERTAD – ECUADOR

2021

**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO**

**PROYECTO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TÍTULO:

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA
TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES
AL AMPARO DE LAS REGLAS DE ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO
ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020.

Correspondiente a la asignatura:

UNIDAD DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

AUTORES:

VILLARREAL AURIA HELEN ABIGAIL
LINO QUIRUMBAY MANUEL EDUARDO

TUTORA: AB. ISABEL GALLEGOS ROBALINO. Mgt

LA LIBERTAD – ECUADOR

2021

INFORME FINAL DE TUTORÍAS

La Libertad, 10 de septiembre del 2021

CERTIFICACIÓN

En mi calidad de Tutora del Trabajo de Unidad de Integración Curricular de título: **“PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES AL AMPARO DE LAS REGLAS DE ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020”**, correspondiente a los estudiantes **VILLARREAL AURIA HELEN ABIGAIL, LINO QUIRUMBAY MANUEL EDUARDO**, de la Carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena; declaro que luego de haber orientado científica y metodológicamente su desarrollo el referido proyecto de investigación se encuentra concluido en todas sus partes cumpliendo así con el proceso de acompañamiento determinado en la normativa interna, recomendando se inicien los procesos de evaluación que corresponden.

Atentamente,



Abg. Isabel Gallegos Robalino, Mgt.

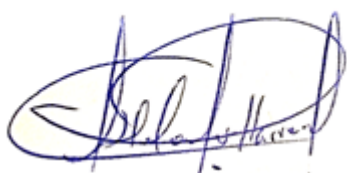
TUTORA

La Libertad, 10 de septiembre del 2021

DECLARATORIA DE AUTORÍA

Nosotros, **VILLAREAL AURIA HELEN ABIGAIL, LINO QUIRUMBAY MANUEL EDUARDO**, estudiantes del octavo semestre de la Carrera de Derecho de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, habiendo cursado la asignatura Unidad de Integración Curricular II, declaramos la autoría del presente trabajo de investigación de título **“PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES AL AMPARO DE LAS REGLAS DE ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020”**, desarrollada en todas sus partes por las suscritas estudiantes con apego a los requerimientos de la ciencia del derecho, la metodología de la investigación y las normas que regulan los procesos de titulación de la UPSE.

Atentamente,



Villarreal Auria Helen A.

CI: 1205150657



Lino Quirumbay Manuel E.

CI: 2400119695

Celular: 099441783 - 0996780931

Correo institucional: helen.villarrealauria@upse.edu.ec

manuel.linoquirumbay@upse.edu.ec













REPORTE URKUND



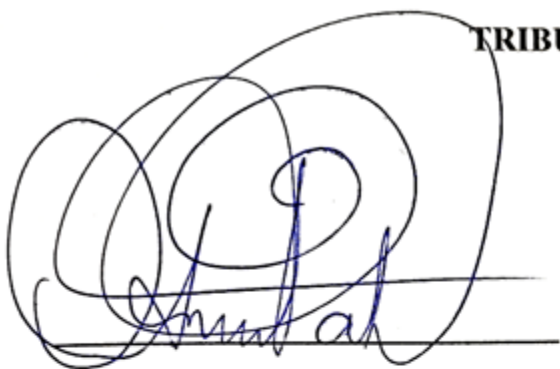
Document Information

Analyzed document	URKUND- VILLARREAL HELEN - LINO MANUEL.docx (D112156960)
Submitted	9/7/2021 7:03:00 AM
Submitted by	
Submitter email	hwillarreal@yahoo.com
Similarity	9%
Analysis address	igallegos.upse@analysis.orkund.com

Sources included in the report

W	URL: http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4143/1/T-UCE-0013-Ab-275.pdf Fetched: 12/5/2020 4:48:36 AM	 6
SA	Informe de Investigación MICHELLE GUERRERO.docx Document Informe de Investigación MICHELLE GUERRERO.docx (D92877256)	 1
W	URL: http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/28219/1/FJCS-DE-1072.pdf Fetched: 9/7/2021 7:03:00 AM	 1
W	URL: https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/25062/1/FJCS-DE-1003.pdf Fetched: 5/26/2020 2:46:14 AM	 2
W	URL: https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1334/1/76016.pdf Fetched: 3/10/2021 11:57:39 PM	 1
W	URL: http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/3657/1/TM-ULVR-0176.pdf Fetched: 12/17/2020 2:38:10 AM	 2
SA	Lemache Manobanda Janneth Alexandra-Examen Complexivo.docx Document Lemache Manobanda Janneth Alexandra-Examen Complexivo.docx (D76323194)	 3
W	URL: http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/15012/1/T-UCSG-POS-MDDP-49.pdf Fetched: 12/12/2020 1:07:33 AM	 5
SA	Tesis finalizada Katherin Lata Capítulos extras corregido.docx Document Tesis finalizada Katherin Lata Capítulos extras corregido.docx (D62555357)	 6
W	URL: http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2099/1/TUSDAB041-2015.pdf Fetched: 2/24/2021 8:22:50 PM	 3
W	URL: http://dspace.unl.edu.ec:9001/jspui/bitstream/123456789/15305/1/TESIS%20JUAN%20ORELLANA.pdf Fetched: 2/27/2021 10:39:05 AM	 3
W	URL: http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7264/1/TUAEXCOMAB034-2017.pdf Fetched: 12/5/2020 4:48:30 AM	 1

TRIBUNAL DE GRADO



**Ab. Ana Tapia Blacio, Mgt.
DIRECTORA
CARRERA DE DERECHO**



**Ab. Monroy Abad Anita Cecilia, Mgt.
PROFESOR ESPECIALISTA**



**Ab. Isabel Gallegos Robalino, Mgt.
TUTORA**



**Ab. Brenda Reyes Tomalá, Mgt.
PROFESORA GUÍA UIC**

DEDICATORIA

“La peor lucha es la que no se hace”

Karl Marx

Luis Cadena Cueva

Drake Cadena Villarreal

Miguel Cadena Villarreal

Helen

Mi familia, pilar fundamental
para alcanzar este gran logro

Manuel

AGRADECIMIENTO

*“Hay una fuerza motriz más poderosa que el vapor,
la electricidad y la energía atómica: La voluntad”
Albert Einstein*

Ab. Isabel Gallegos Robalino, Mgt.

Ab. Brenda Reyes Tomalá, Mgt.

Familia y amigos

Helen y Manuel

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

PORTADA	I
CONTRAPORTADA	I
INFORME FINAL DE TUTORÍAS	II
DECLARATORIA DE AUTORÍA.....	III
REPORTE URKUND	IV
TRIBUNAL DE GRADO	IV
DEDICATORIA.....	VI
AGRADECIMIENTO	VII
RESUMEN EJECUTIVO.....	XII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
1.1 Planteamiento del problema.....	3
1.2 Formulación del Problema	9
1.3 Objetivos	10
1.3.1 Objetivo General	10
1.3.2 Objetivo Especifico.....	10
1.4 Justificación del Problema	10
1.5 Variables de Investigación	11
1.5.1 Variable Dependiente	11
1.5.2 Variable Independiente.....	11
1.6 Idea a Defender	11
CAPITULO II.....	12
MARCO REFERENCIAL	12
2.1 Marco teórico	12
2.1.1 La Familia	12
2.1.1.1 Generalidades de la familia	12
2.1.3.1 La familia en el marco normativo ecuatoriano	14
2.1.2 El Matrimonio	15
2.1.2.1 Principales aspectos del matrimonio	15
2.1.2.2 Antecedentes evolutivos del matrimonio como institución jurídica.....	17
2.1.2.3 El matrimonio en el marco normativo ecuatoriano	19

2.1.2.4	El divorcio	21
2.1.2.5	Generalidades del divorcio	22
2.1.2.6	Efectos jurídicos del divorcio con relación a los hijos	24
2.1.3	Tenencia.....	24
2.1.3.1	Generalidades de la tenencia	24
2.1.3.2	Tenencia y la aplicación del principio de corresponsabilidad parental y coparentalidad	25
2.1.3.3	Igualdad de género para ejercer la tenencia.....	25
2.1.3.4	La tenencia como derecho exclusivo de la patria potestad.....	26
2.1.3.5	El interés superior del niño en el contexto Nacional e Internacional	27
2.1.3.6	Parámetros de la aplicación del interés superior del niño en caso de tenencia.	27
2.1.3.7	Criterios para la aplicación del interés del niño.....	28
2.1.4	La Tenencia y El Derecho De Cuidado Y Crianza De Los Hijos.	28
2.1.4.1	Derecho del cuidado y crianza de los hijos y la tenencia en el Derecho Latinoamericano	29
2.1.4.1.1	Chile	29
2.1.4.1.2	Colombia	29
2.1.4.1.3	España	30
2.1.5	Precedentes Jurisprudenciales	31
2.2	Marco Legal	31
2.2.1	Declaración Universal de los Derechos de los Niños	32
2.2.2	Convención sobre los Derechos de los Niños	32
2.2.3	Constitución de la República del Ecuador	33
2.2.4	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	34
2.2.5	Código Civil	38
2.3	Marco Conceptual.....	38
CAPÍTULO III		41
MARCO METODOLÓGICO		41
3.1	Diseño y tipo de investigación	41
3.1.1	Tipo de investigación	42
3.2	Recolección de la información.....	42

3.3	Tratamiento de la información	45
3.4.	Operacionalización de variables	47
CAPÍTULO IV		49
RESULTADOS Y DISCUSIÓN		49
4.1	Análisis, interpretación y discusión de resultados	49
4.1.1	Entrevista a los jueces de la Unidad Judicial Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia.....	49
4.1.1.1	Análisis e interpretación de resultados	53
4.1.2	Entrevista a los abogados en libre ejercicio	53
4.1.2.1	Análisis e interpretación de resultados	55
4.1.3	Entrevista a Psicólogos educativos de la provincia de Santa Elena.....	56
4.1.3.1	Análisis e interpretación de resultados	60
4.2	Verificación de la idea a defender.....	61
CONCLUSIONES.....		62
RECOMENDACIONES		63
BIBLIOGRAFÍA		64

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1	Matriz causa síntomas efectos.....	9
Tabla N° 2	<i>Muestra de la población</i>	44
Tabla N° 3	Operacionalización de variable dependiente.....	47
Tabla N° 4	Operacionalización de variable independiente	48

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 1	Diferencia del divorcio	30
-------------	-------------------------------	----

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo N° 1	Guía de entrevista para los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia Niñez y Adolescencia.....	68
------------	---	----

Anexo N° 2 Guía de entrevista para Abogados en libre ejercicio	69
Anexo N° 3 Guía de entrevista para Psicólogos Educativos	70

ÍNDICE DE FOTOS

Foto N° 1 Entrevista a la Jueza Abg. Kelly Flores Vera	71
Foto N° 2 Entrevista al Juez Abg. Blasco Álvarez Gómez	71
Foto N° 3 Entrevista a la juez Abg. Bélgica Vizueta	71
Foto N° 4 Entrevista al Abg. Ray Veas	72
Foto N° 5 Entrevista a la Abg. Cindy Suarez	72
Foto N° 6 Entrevista al Abg. Ángel Garcés	72
Foto N° 7 Entrevista a la Psicóloga Nataly Batallas	73
Foto N° 8 Entrevista a la Psicóloga Galud Rivera Cherez	73
Foto N° 9 Entrevista a la Psicóloga Yudie Villao	73

UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO

**PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA
TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES
AL AMPARO DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO
ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020**

Autores: Helen Villarreal A.

Manuel Lino Q.

Tutora: Isabel Gallegos R. Mgt

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de titulación dirige su estudio en torno a la figura legal de la tenencia de los hijos en casos de separación o divorcio de los progenitores en cuanto a quien corresponde el cuidado, crianza y convivencia diaria y que a falta de acuerdo entre ellos esta será otorgada por un juez poniendo por encima la protección y defensa del interés superior del niño que constitucionalmente es el principio fundamental del derecho a la niñez y adolescencia. El objetivo primordial de este estudio es analizar la figura jurídica de la tenencia desde la perspectiva del ejercicio efectivo de los derechos de los niños como núcleo primordial de la familia consagrado en la carta Constitucional de la República del Ecuador, al igual que los derechos y obligaciones que los progenitores deben tener con sus hijos aun cuando se ha disuelto el vínculo matrimonial. Su desarrollo implicó la fundamentación de contenidos teóricos doctrinarios en torno a las relaciones parento filiales que debería existir entre padres e hijos, examinando la normativa legal que está vigente en el Ecuador que garantiza el pleno desarrollo integral que corresponde al interés

superior del niño. Cada uno de los capítulos cumple con la metodología de la investigación exploratoria, en la que se aplicó la técnica de entrevistas a los ciudadanos involucrados en el problema de investigación: jueces especializados en niñez y adolescencia, abogados en libre ejercicio y psicólogos educativos. La técnica aplicada en la investigación con el fin de conocer las opiniones desde el ámbito profesional faculta conocer de forma específica la magnitud de la problemática relativa a factores jurídicos, emocionales y psicológicos de los niños, niñas y adolescentes. Factores que deben ser garantizado por el Estado ecuatoriano, brindando soluciones debidas promoviendo el equilibrio que permitan a los niños el pleno uso y goce de sus derechos.

Palabras claves: Constitución - tenencia – interés superior del niño- derechos- niñez y adolescencia.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se orienta hacia la realidad jurídica que involucra a los niños, niñas y adolescentes con respecto al tratamiento de la figura legal de la tenencia de los hijos en el Ecuador. En el marco jurídico ecuatoriano en materia de niñez y adolescencia, la tenencia determina el estatus de los hijos menores de edad cuando los progenitores se divorcian cuya procedencia es fundamental para su desarrollo y crecimiento, la misma que es otorgada por medio del criterio del juez al amparo de las reglas del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para evitar que se afecten derechos fundamentales de los menores poniendo en primer plano el interés superior del niño, relacionados al cuidado, crianza, alimentación, educación, salud mental, física, costumbres y todo lo que concierne a la satisfacción de una vida digna, desarrollo integral y simultánea de todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, Convención sobre los Derechos del Niño y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en los que se refieren a tenencia de los menores.

La importancia del presente tema radica su investigación en las necesidades básicas de los hijos, enfocados en las circunstancias por la que atraviesan en situaciones de separación o divorcio de los progenitores es por ello que es imprescindible analizar los mecanismos legales, los abordajes teóricos relativos al interés superior del niño que se constituye en un suministro para futuras tomas de decisiones de los administradores de justicia.

El capítulo I de este informe de investigación está estrechamente relacionado con el plan diseñado por los investigadores, que aborda aspectos relacionados con la problemática de estudio, las causas, síntomas y efectos que identifican la realidad del tema planteado y que le brinda a la investigación una visión exacta de la realidad jurídica que impera en el tema relativo a la tenencia de los hijos en casos de separación y divorcio de los progenitores. Así como también se detallan los objetivos que se pretende alcanzar en la investigación, la justificación en la que se exponen las razones y argumentos teóricos, metodológicos y prácticos en cada uno de los principales apartados del proyecto de investigación. Luego se identifican las variables y el planteamiento de la idea a defender basado en la presunción del fenómeno de estudio que se verificará bajo fundamento científico al término de la investigación.

En el capítulo II se precisarán los fundamentos teóricos que le dan relevancia científica a la investigación por la que se determinarán definiciones de temas relacionados a la tenencia como es el caso de las teorías de Murillo y Cabrera, que hace énfasis a asegurar el principio de interés superior del niño, serán motivados bajo el ordenamiento jurídico que regulan la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Además, se enlista sistemáticamente una exposición de conceptos con el fin de brindar al lector mayor comprensión de los términos jurídicos en concordancia con el tema estudiado.

En el capítulo III se describe la metodología diseñada a través de técnicas e instrumentos que los investigadores aplicaron en forma sistemática para validar los resultados obtenidos que respondan a las metas y objetivos propuestos en la investigación.

Los resultados obtenidos responden a un proceso de análisis, interpretación y discusión de resultados, alojados en el capítulo IV, en el que se va a procesar todos los datos e información que se ha compilado para presentarla de manera ordenada y comprensible para de esta manera fijar las conclusiones que esos datos han generado. Posteriormente se procede a la verificación de la idea a defender con el propósito de conocer si la situación propuesta se presenta en realidad con el objeto de conocimiento.

Finalmente, el proceso investigativo se apoya en las conclusiones y recomendaciones que los investigadores plantean a partir de las planeaciones metodológicas aplicadas, cuyos resultados denotan un problema en la que se ve inmerso la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes cuando hay una ruptura matrimonial, donde nacen posibles vulneraciones de derechos que traen consigo consecuencias para los hijos y que al culminar con esta investigación seguirán surgiendo controversias familiares que generen procesos judiciales relacionados a tenencia, lo que denota la trascendencia de la problemática a lo largo del tiempo. Es por tal motivo que a través de las conclusiones y recomendaciones se proponen directrices encaminadas a plasmar un antecedente que sirva para nuevas investigaciones, y de esta forma el derecho de los niños, niñas y adolescentes establecido en el artículo 44, 45, 69 numeral 1, y 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador cumplan con su contenido y que se constituyan en verdaderos espacios de ejercicio efectivo de derechos para mantener un adecuado manejo de las decisiones judiciales en cuanto a la tenencia de los hijos en situaciones de conflicto que ocurren alrededor del divorcio.

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

La familia es la base fundamental de la sociedad, el Estado reconoce a la familia como la célula fundamental de la sociedad, basada en la igualdad de derechos y oportunidades, reconociendo y garantizando los derechos de todos sus integrantes. Así mismo una de las instituciones fundamentales de Derecho de Familia es la patria potestad, aquella institución jurídica que es definida como el conjunto de derechos y deberes de los padres con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de sus hijos que están directamente ligados al desarrollo integral sobre sus hijos no emancipados.

Tomasz Bogdanski, afirma:

La familia es el primer espacio de convivencia humana que ofrece seguridad y permanencia y en donde se articula la relación entre el hombre y la mujer que se han unido en matrimonio y que tienen la disposición de la procreación, de la crianza y de la educación de sus hijos con amor y responsabilidad. (Vida y Familia, 2017, pág. 3)

Según la sociología, el autor expresa que la familia tradicional está plenamente constituida por el padre, la madre y los hijos de tal manera que corresponde al padre y a la madre brindarle todo lo necesario en todas las etapas de su desarrollo en virtud del interés superior del niño.

Enfocándonos en la realidad de hoy en día y tomando en consideración varios escenarios en el ámbito social, en el vínculo familiar surgen dilemas en los que se ve afectada la institución de la familia y por ende la convivencia con los miembros del núcleo familiar, dando paso a la separación o divorcio entre padres.

Por lo tanto, surge la interrogante ¿Qué sucede cuando se produce una separación o divorcio entre los cónyuges? La decisión de con cuál de los progenitores permanecerán los hijos en una separación o divorcio se ha originado un problema en la actualidad. Esto da

lugar a que se origine desavenencia por obtener la tenencia de los hijos, esto es con respecto a la decisión sobre a quién le corresponde el cuidado y la crianza de los hijos y la convivencia diaria. En el artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, refiere sobre la tenencia que consiste en otorgarla a quien el juez estime idóneo, tomando en consideración el desarrollo integral del hijo o hija de familia sin que afecte el interés superior de los niños y adolescentes, de la misma manera es otorgada con la atribución de uno o más derechos y obligaciones cuyas reglas se encuentran comprendidas en la patria potestad. La tenencia de los hijos es concedida a uno de los progenitores siguiendo las reglas del artículo 106 del mismo cuerpo normativo, cabe enfatizar que, en las reglas para confiar la tenencia existe un régimen de preferencia materna referente a la tenencia de los hijos, aunque en casos especiales se respetará el acuerdo de los progenitores siempre que no se vean afectados directamente derechos fundamentales de los miembros más vulnerables del núcleo familiar, es decir; de los niños, niñas y adolescentes, en conjunto con los derechos y deberes del padre para con sus hijos.

Partiendo desde la evolución histórica, la figura jurídica de la tenencia de los hijos menores ha pasado por una enorme transformación histórica, debido a que en épocas remotas los progenitores varones procreaban a sus hijos utilizándolos como su propiedad, esto les daba la autorización de decidir por ellos y hacer lo que creían conveniente siguiendo sus propios beneficios, pudiendo venderlos al mejor postor, matarlos, u ofrecerlos a manera de trueque, abandonarlos cuando ya no le eran necesarios e incluso explotarlos con actividades laborales, de modo que, cuando se generaba una disolución del vínculo matrimonial, la custodia o tenencia de los hijos se otorgaba directamente al padre tomando en cuenta que las mujeres tenían pocos derechos individuales y partiendo desde la hipótesis que el padre se encontraba en mejores condiciones económicas para sostener y cuidar a su descendencia.

A inicios del siglo XX, en Europa, se esperó hasta después de la II Guerra Mundial para que se produzca un cambio de inclinación significativa, al establecerse la búsqueda y defensa del interés superior del niño, siendo así que, este principio empezó a tomar fuerza debido a las innumerables vulneraciones de derechos de los niños que existía. La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada y ratificada por la Asamblea General el 20 de Noviembre (1959) reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, refiere en la parte pertinente lo siguiente: “que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados

especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. De esta manera representó el cambio oficial de modelo, sobre la base de que los niños comienzan a tener sus propios derechos, independientemente a los derechos de sus progenitores. A partir de aquello nace la doctrina de los tender years, que es el principio jurídico que surge a partir del proceso de divorcio en favor de las madres para tener la custodia la cual se asume que durante la tierna edad de los hijos menores deben permanecer bajo el entero cuidado de la madre. Esta concepción llevó a que, luego de varias décadas, después de una separación o divorcios de los progenitores, los hijos viviesen de tiempo completo exclusivamente con su madre.

Así pues, la figura jurídica de la tenencia compartida tuvo sus orígenes en Inglaterra en 1973 a través de una decisión judicial, que se permita compartir la custodia de los hijos cuando los progenitores se separaban, con la figura del (parental responsibility) con la posibilidad de compromiso de responsabilidad compartida. Por su parte Estados Unidos introduce en el Estado de Indiana una ley a favor de la custodia compartida, generando tema de mayor interés para ser estudiada y debatida debido a la cantidad de padres que se encuentran implicados en el cuidado y crianza de sus hijos. Esta figura tuvo gran transcendencia a nivel continental, países como Francia e Italia incorporaron un sistema de responsabilidad, bajo la figura de guarda compartida o custodia conjunta. Igualmente, en países de Europa de acuerdo a la jurisprudencia que este tema fue adquiriendo, a través de ello siguió extendiéndose a los países de América del Norte.

A lo largo de la década de los ochenta y noventa, se adoptaron leyes que permitían compartir la custodia de los hijos cuando existía una ruptura matrimonial, las mismas que comprende los deberes, responsabilidades y facultades de velar sobre los derechos superiores del niño incluidos: seguridad, alimentos, vivienda, transporte, asegurando su desarrollo personal y que solo el juez en casos excepcionales puede interrumpir el derecho del niño a mantener relaciones personales con sus padres. Esto dio como resultado a que organismos competentes como la American Bar Association (ABA) traducida como Colegio de Abogados de los Estados Unidos, creada el 21 de agosto del año 1878, cuyas actividades principales son la de establecer altos estándares académicos para escuelas de derecho. Dicha organización creó un comité para desarrollar estudios que serán de beneficio, bienestar y protección como es la tenencia de los menores. Luego del gran impacto que generó la figura jurídica de la tenencia compartida esto despertó gran interés en los demás países que conforman América,

quienes posteriormente fueron adoptando esta figura jurídica, y considerando que la tenencia compartida sería la más conveniente para afianzar las relaciones personales entre padres e hijos.

Por ejemplo, en países de América del Sur como Chile, en el año 2005 se aprobó la figura legal de custodia compartida. De la misma manera en España, las regulaciones legislativas avanzan en la medida que el Consejo de Ministros aprobó en el año 2013 el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la custodia compartida en casos de separación y divorcios. En Colombia, por el contrario, no existe una ley que dé paso a la tenencia compartida, pero los jueces han dado sus fallos en beneficio a ese régimen de tenencia, eliminando así el sistema uniparental.

Siendo así que, en virtud de la integración de las mujeres al campo laboral y del hombre a las actividades domésticas y cuidado y crianza de los hijos, en Ecuador se presentó una propuesta contemplada en el proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia recibida por el presidente de la Asamblea Nacional, José Serrano, el 18 de mayo del 2017, donde se corrobora que la tenencia compartida, le correspondería la convivencia diaria con los hijos a ambos progenitores, de igual manera se incluirá que el padre y la madre mantendría iguales obligaciones con respecto al cuidado y crianza de los hijos planteando la posibilidad que los hijos puedan establecer vínculos afectivos simultáneos con los padres, cumpliéndose completamente las necesidades de los niños, niñas y adolescentes tener a ambos progenitores presentes en su diario vivir. El proyecto de ley más reciente fue impulsado por la asambleísta Verónica Fernández y recibido por la presidenta de la Asamblea Nacional Elizabeth Cabezas Guerrero, el “Proyecto de ley orgánica interpretativa al artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”, entró a primer debate en la ciudad de Quito el 13 de febrero del 2019.

Anterior a esto, el 1 de abril del 2015 ingresó una causa de acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos a la Corte Constitucional del Ecuador, por la que los actores piden que se declare inconstitucional por razones de fondo los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por las razones que el régimen de preferencia materna adoptado para otorgar la tenencia no sería el adecuado para precautelar el interés superior los niños, argumentando que aparte de ser un principio constitucionalmente válido, este tipo de distinción vulnera varios derechos reconocidos en

los artículos 11 numeral 2, 44, 45, 69 numeral 1 y 5 y 83 numeral 16 de la Constitución del Ecuador, que corresponden al derecho de igualdad, de no discriminación, de corresponsabilidad parental, y de interés superior del niño.

Sin embargo, esta causa no tuvo aceptación al igual que la tenencia compartida. Según integrantes de la Colisión Nacional de Mujeres proporcionan argumentos con el fin de clarificar porque esta demanda de inconstitucionalidad debe ser rechazada, enfatizando que la eliminación de la preferencia materna, lejos de contribuir a la corresponsabilidad, puede convertirse en un arma de control de los hombres sobre las mujeres, considerando que la violencia intrafamiliar sería una de las principales causas de separación y divorcios de las parejas, pues esto está basado en prejuicios socioculturales. Este tipo de situaciones puede perjudicar seriamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la crianza afectiva y la estabilidad emocional y psicológica de los menores.

Por consiguiente, en el Ecuador existen causas que afectan a la sociedad del derecho de familia, según registros estadísticos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), en estudios encaminados a verificar cuantitativamente la información en casos de disolución del vínculo matrimonial, se evidencia un elevado índice de divorcios. En el año 2020 se registraron alrededor de 14.568 divorcios a causa de problemas familiares, entre otras causas, dando como resultado un aumento masivo de procesos de menores en los juzgados de la niñez y adolescencia, dentro de estos procesos de judicialización se encuentran inmersos temas relativos a manutención, regulación de visitas y tenencias, donde se impone a uno de los progenitores el pago de pensiones alimenticias, en consecuencia inician procesos judiciales tal situación afecta la convivencia en el entorno familiar, es decir, que esto perjudica directamente el bienestar psicológico, emocional y jurídico de los hijos.

En la legislación ecuatoriana encontramos la figura jurídica de la tenencia en el art. 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, esta es definida como aquella figura jurídica que es otorgada por el juez a uno de sus progenitores para confiar su cuidado y crianza a quien estime conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, siendo llamada esta figura como tenencia uniparental o monoparental la cual es otorgada siguiendo las reglas del artículo 106 del mismo cuerpo normativo, en el art. 119 del mismo código hace mención que el fallo a favor sobre la tenencia no es permanente, debido que esta puede ser modificada en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre que el cambio sobre la tenencia beneficia al desarrollo integral y efectivo goce de derechos del menor.

En la actualidad es predominante la doctrina de los tender years en los administradores de justicia cuando se referencia a la forma de organizar la vida de los hijos tras la separación o divorcio de los progenitores, ya que no se debe focalizar el principio de igualdad de género de los progenitores sino más bien, debe prevalecer lo que exige la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución de la República del Ecuador en buscar y defender lo que es más conveniente para los menores.

La decisión de los jueces para otorgar la tenencia de los hijos al padre o a la madre se debe basar en un estudio pormenorizado, lo que podría ser fundamental estudiar las diversas posiciones psicológicas, necesidades psico-afectivas y evolutivas ligadas a la edad del niño para tomar las decisiones adecuadas. Es por ello para resolver la crítica situación en las que se ve afectado el interés superior del niño luego de la separación o divorcio de los progenitores, se deben tomar medidas de organización social que trabajen de manera integral para determinar si aquella decisión es favorable para el hijo o hija de familia. Tomando en consideración lo que establece la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 67, determina: “El estado protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”. (2008, pág. 45).

Tras la disolución del vínculo matrimonial, los hijos se encuentran en una situación irregular y se torna en un conflicto en donde se ve afectado los derechos de los niños, es por ello que conviene analizar varios criterios para otorgar la tenencia. En el Ecuador el juez estima un acuerdo entre los progenitores, a falta de acuerdo o existiendo igualdad de condiciones la tenencia será otorgada a la madre por considerar que es quien va a proporcionarle mejores cuidados, atención especializada, motivos por el que el legislador ha utilizado este criterio para brindárselo a los jueces por medio del cual deben sustentar sus fallos apegados al principio constitucional del interés superior del niño, tomando en cuenta que el padre cuenta con los mismos derechos de tener la tenencia de sus hijos como establece la Constitución de la República del Ecuador referente a los Derechos del Niño en el artículo 69 que establece: Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Del mismo modo es imperante que el interés superior del niño que es un principio constitucional base en el derecho de familia y en el derecho internacional la Convención de los Derechos del Niño que consagra: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. (1989)

De esta manera se garantiza el desarrollo integral y el pleno uso y goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a tener una familia, a disfrutar de la convivencia familiar y tiempos prolongados con sus progenitores.

Tabla N° 1 Matriz causa síntomas efectos

CAUSAS	SÍNTOMAS	EFFECTOS
Problemas familiares.	Separación o divorcio de los padres.	Afectación a la convivencia del entorno familiar.
Falta de acuerdo entre los padres por determinar la convivencia diaria con sus hijos.	Judicialización de temas relativos a manutención regulación de visitas y tenencia.	Otorgamiento de tenencia monoparental.
Procedencia de la figura jurídica de la tenencia, al amparo de las reglas del Art.106 del el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.	Vulneración de derechos a los niños, niñas y adolescentes y uno de los progenitores al obtener la tenencia monoparental.	Impedimento de convivencia de los hijos hacia uno de sus progenitores.
Tenencia concedida a uno de los progenitores.	Afectación de los derechos fundamentales tanto a hijos como a progenitores.	Imposibilita a uno de los progenitores desarrollar el grado de afectividad y relación personal con los hijos.

Elaborado por: Villarreal-Lino

1.2 Formulación del Problema

¿La figura jurídica de la tenencia en el marco jurídico ecuatoriano, vulnera el principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de sus progenitores?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

Analizar el contenido del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, referente a las reglas que regulan la tenencia mediante la revisión de sentencias judiciales de procesos de tenencia para la verificación de la procedencia de dicha figura jurídica otorgada por los jueces de familia.

1.3.2 Objetivo Especifico

- Demostrar las causas y consecuencias que genera la separación o divorcio de los padres en los hijos mediante el estudio pormenorizado de casos en materia de familia para la demostración del impacto psicológico, emocional y familiar que produce en los niños, niñas y adolescentes.
- Interpretar el contenido existente entre los artículos 44 y 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador y lo establecido en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, mediante el estudio comparativo con el objetivo de que se garantice el principio del interés superior del niño.
- Levantar información a especialistas en materia de familia, niñez y adolescencia, referente a las ventajas y desventajas acerca de la figura jurídica de la tenencia concedida a uno de los progenitores, mediante la investigación cualitativa para la proporción de resultados de interés general ante esta problemática jurídica.

1.4 Justificación del Problema

La tenencia es objeto de estudio de vital importancia siendo una figura jurídica existente en la legislación ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia, ya que a medida que surgen situaciones en las que se ve afectada la institución jurídica de la familia se generan procesos de judicialización y que en base a lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el articulado 118 en el que determina que la tenencia de los hijos quedará a criterio del juez a quién estime conveniente para el cuidado y la crianza del hijo o hija de familia, es decir a uno de sus progenitores y encargara su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. A partir de aquello se imposibilita a uno de los progenitores desarrollar un grado de afectividad y relación personal con los hijos, se genera inestabilidad emocional y

afectiva, y causa impedimento de convivencia en las relaciones parento filiales formadas por padres e hijos.

La tenencia es la situación legal por medio del cual, en casos de divorcio o separación de los padres, el juez la otorga a uno de los progenitores el mismo que ejerce simultáneamente la custodia legal de los hijos bajo el ejercicio de cuidado, protección, crianza y desarrollo integral de los hijos.

Para la obtención de resultados de esta investigación, esta se llevará a cabo mediante la aplicación de entrevista a través de la opinión general de especialistas en materia de familia, niñez y adolescencia de la provincia de Santa Elena, los mismos que serán llevados a análisis, con el propósito de contribuir a la defensa del interés superior de los niños niñas y adolescentes.

El presente trabajo de investigación se da con el fin de lograr el interés general para la sociedad y servirá de aporte para las futuras decisiones judiciales ya que esta permitirá conocer y demostrar todos los derechos de los niños contemplados en la Constitución y en el marco normativo ecuatoriano en materia de niñez y adolescencia.

1.5 Variables de Investigación

1.5.1 Variable Dependiente

Tenencia

1.5.2 Variable Independiente

Interés superior del niño

1.6 Idea a Defender

La figura jurídica de la tenencia en la legislación ecuatoriana, vulnera lo establecido en la Constitución, sobre el Derecho Superior del Niño con respecto a su desarrollo integral, tener una familia, disfrutar de la convivencia familiar, corresponsabilidad y coparentalidad materna y paterna.

CAPITULO II

MARCO REFERENCIAL

2.1 Marco teórico

2.1.1 La Familia

2.1.1.1 Generalidades de la familia

Para el desarrollo de este proyecto de investigación orientado al estudio de la tenencia compartida y relacionado los efectos de la tenencia compartida es necesario delimitar la definición de familia dado que existen muchas definiciones de la misma por lo que centraremos la definición de familia de acuerdo a lo que manifiesta J Guitron:

Desde el punto de vista social la familia suele definirse como la institución formada de personas unidas por vínculos de sangre y los relacionados con ellos en virtud de intereses económicos, religiosos o de ayuda.

Desde el punto de vista jurídico, en un sentido estricto, como: el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones. (Torres Sánchez, 2019, pág. 11)

El autor nos define de manera general a la familia, como un grupo de individuos que conviven dentro de un mismo hogar, casa, domicilio, establecidos con roles determinados, vínculos sanguíneos y consanguíneos con un modo de existencia económica y social, con sentimientos afectivos que los une, conectadas entre sí. Es la institución social que regula, canaliza, y confiere el significado social y cultural a estas dos necesidades, que forman una unidad plasmada en un hogar integro con principios y valores.

La Familia como tradicionalmente se la reconoce, es la unión de un hombre y una mujer que por voluntad propia sea ésta una unión de hecho; o, por medio de un contrato legal llamado matrimonio deciden convivir, con la finalidad de protegerse, ayudarse mutuamente, procrear, cooperar en la crianza y cuidado de los hijos, avanzar con sus

proyecciones a futuro, compartir sus vidas, siendo los promotores de la creación de una sociedad conyugal, definiendo así un estatus familiar frente a la sociedad.

Para Torres Sánchez la familia es:

Es la institución que mejor cumple con las funciones esenciales para el desarrollo de todo ser humano, a saber: la función biológica (sexual y reproductiva), educativa (socializa a los niños en cuanto a conductas, hábitos y valores), económicas (alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación) y la función protectora (seguridad y cuidados de sus integrantes, principalmente de los más débiles, niños ancianos e incapaces). (2019, pág. 12)

La familia tiene como base la formación del carácter y personalidad que será e reflejo de la familia ante la sociedad, debido que depende de los padres la calidad de hijo que forman, y que tipo de ciudadano van a entregar a la sociedad, el tipo de ciudadano que aporte a la evolución de la misma o de los que causan perjuicio y rompen el molde de lo que significa la familia plenamente integrada.

En el ámbito jurídico se considera familia a todas las personas que existe un vínculo jurídico derivado del parentesco o del matrimonio, se reconoce a la familia como la estructura fundamental de la sociedad, en ella se protege y garantiza las relaciones de padres e hijos, que aparte de estar ligados con un vínculo de sangre también por la solidaridad, ya que jurídicamente existe en un sentido escrito, la cual está formada por la pareja sus ascendientes y descendientes, lazos de consanguinidad pero en la realidad necesita un sentido más amplio ya que se encuentra en constante evolución.

Para abarcar la generalidad de la familia a continuación se definimos las nuevas formas de familias establecidas desde la doctrina y jurisprudencia.

- Familia Nuclear. Grupo unido por vínculos biológicos que definen la pertenencia de sus miembros; es aquella generalmente formada por padre, madre e hijos, unidos por el contrato de matrimonio o de hecho.
- Familia Monoparental. Es aquella que se encuentra formada por una sola persona ya sea el padre o la madre, que tienen a su cargo el cuidado y desarrollo de niños, niñas o adolescentes.
- Familia Ensamblada. Aquella formada por una persona soltera, viuda o divorciada con hijo o hijos que contrae un nuevo matrimonio y establece un parentesco por afinidad con el nuevo cónyuge.

- Familia de Crianza. Cuando un menor de edad ha sido separado de su familia biológica y debe ser integrado a un núcleo distinto, en el cual se crean vínculos afectivos entre el niño y los miembros familiares.
- Familia Desintegrada. Aquellos núcleos familiares en los que sus miembros han sido separados por razones extraordinarias, por ejemplo, cuando le privan de la libertad lícita o ilícita o por la migración de un miembro, pero es este caso la doctrina también lo conocen como transnacional.
- Familia parental. Es el grupo de parientes que no descienden unos de otros, tíos, sobrinos o primos. (Torres Sánchez, 2019, pág. 22)

2.1.3.1 La familia en el marco normativo ecuatoriano

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, como lo señala nuestra Carta Suprema. Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio que, en algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas, mientras que en otras es posible la poligamia; y como segundo tipo tenemos la conformada por vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

La Constitución de la República del Ecuador protege a la familia como célula fundamental de la sociedad y le garantiza las condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines, protegiendo al matrimonio, la maternidad y el haber familiar. La Familia debe estar conformada dentro de un hogar, donde se le pueda ubicar, identificar y enmarcar en un territorio, así mismo señala que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

El Código Civil Ecuatoriano, no define la familia en una forma general, sino que, para los efectos de determinar la extensión del derecho de uso y habitación, en el Art. 829 inciso 3 y 4 establece: “La familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución como los que sobreviven después; y esto, aun cuando el usuario o habitados

no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”. (2021, pág. 193)

Además, en el Código de la Niñez y Adolescencia, Título II, Principios Fundamentales, en los artículos 9 y 10, como función básica de la familia, manifiesta que la ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la protección, respeto y exigibilidad de sus derechos. El Estado debe definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades mencionadas.

2.1.2 El Matrimonio

2.1.2.1 Principales aspectos del matrimonio

A partir de la información que se ha obtenido mediante una amplia investigación, resulta esencial profundizar detenidamente aquellos datos mediante el cual la literatura pone a disposición una serie de información basada en la historia, conceptos y doctrinas acerca del matrimonio y cuál es su finalidad dentro del derecho de familia que permite analizar este tema en todos los aspectos y relaciones entre el matrimonio, la familia y la sociedad.

Etimológicamente el matrimonio proviene del latín mater-tris cuyo significado es madre y minius-nis equivalente a oficio, unificando estas dos palabras da como resultado oficio de madre que significa carga o cuidado de madre. Se le da este significado porque comúnmente la madre es quien está a cargo, sufre y cuida de los hijos; se relaciona con el concepto de patrimonium derivado del latín patris que significa padre y monium cuya participación se centra en el padre en engendrar y de proveer el sustento a la familia.

Partiendo desde los antecedentes históricos, el matrimonio es conocido como una institución antigua, por lo que es muy evidente que en todas las etapas de la historia el matrimonio siempre ha existido. Aunque en la antigüedad el matrimonio se instituía por grupos o también conocido como poligamia, es decir; un matrimonio en el que se permitía que un hombre esté casado con más de una mujer o viceversa, a diferencia del matrimonio monogámico que es el que se conoce actualmente. A continuación, se mencionarán las etapas evolutivas del matrimonio:

- En el derecho romano, el matrimonio se instituía mediante matrimonio por compra, concubinato tolerado y por adopción de la mujer por parte del marido.
- En el derecho germano el matrimonio consistía en que el padre entregaba a la mujer al que iba a ser su marido a cambio de dinero, bienes, ganado, entre otras cosas.
- En el derecho medieval el matrimonio era considerado como un sacramento lo que significaba que no podía disolverse.
- Y por último en el derecho moderno, el matrimonio es considerado meramente civil.

A partir de estas etapas evolutivas del matrimonio Torres Sánchez expresa:

Según parece, el matrimonio civil es de origen holandés y surgió en el siglo XVI para solucionar problemas a los que se separaban de la religión. De ahí pasó a Inglaterra y luego a Francia. España no lo consagraba en las Partidas y por eso en Chile no se contempló por Bello. El Código Civil chileno reconoció los matrimonios celebrados entre personas católicas y el contraído entre las que profesaban una religión diferente a la católica. (2019, pág. 74)

En otros términos, según lo expresado por la autora, el matrimonio ha ido evolucionando con el pasar de los años, esto es en cuanto a su concepción y celebración. Por ejemplo: en la antigüedad el matrimonio se instituía por secuestro y compra de mujeres por parte de los hombres, y es por eso que precisamente aparece el matrimonio civil para evitar todo este tipo de conflictos que surgían en la época de la antigüedad, de tal manera que con estos cambios que han ido dándose, en la actualidad el matrimonio hoy se funda en el libre consentimiento de los contrayentes.

Tomando como antecedente la aparición del matrimonio civil en el siglo XVI, se formaliza legalmente ante las autoridades civiles cumpliendo con una serie de requisitos dando paso a una institución de familia. Siendo el matrimonio y la familia la base fundamental de la sociedad.

Para Torres Sánchez “el matrimonio es una de las instituciones tradicionales del derecho de familia sobre la que se sostiene la familia y la sociedad”. (2019, pág. 73)

En función de la concepción de Torres Sánchez se manifiesta que toda persona tiene derecho a constituir una familia mediante el matrimonio siendo este el fundamento más importante para crear una plena comunidad de vida con la familia y la sociedad.

Por otra parte la autora Ximena Torres Sánchez en su libro Derecho de Familia: evolución y actualidad en Ecuador, hace referencia en palabras de San Agustín de Aquino que el

matrimonio es considerado como un sacramento y que debe estar conformado por: prole que significa hijos; fides, vocación de fidelidad; y, sacramen-tum, que desde el punto de vista cristiano, el matrimonio es instituido por Cristo con la finalidad de la procreación crianza y cuidado de los hijos bajo un juramento que no debe disolverse. (2019, pág. 76)

Lo manifestado por la autora tomando como referencia las palabras del filósofo cristiano desde el punto de vista religioso, el matrimonio debe ser un vínculo indisoluble que debe contar con las bondades de: fidelidad, que garantiza amor entre la pareja y se brindan mutuo consentimiento en cuanto a su vida íntima y cotidiana; el juramento sagrado, consiste en que el hombre y la mujer que unen sus vidas en matrimonio perseveren unidos hasta que la muerte los separe y que no debe ser lícita la separación o divorcio de los cónyuges; y, prole o procreación con la finalidad exclusiva de tener hijos bajo la base fundamental del matrimonio.

Del mismo modo, en el contexto del matrimonio el Doctor Juan Medina Pabón afirma: “el matrimonio es una institución jurídica cuyo origen es un contrato solemne entre un hombre y una mujer que se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. (Pabón, 2018, pág. 72)

Doctrinariamente esta gama de conceptos resalta que el matrimonio es un acto que cumple con las formalidades establecidas por las leyes. Generalmente implica mutuo consentimiento por parte de los contrayentes, dado que lleva consigo un conjunto de derechos y obligaciones, entre ellas incluidas las relaciones personales y relaciones de bienes llamada también sociedad conyugal y sin lugar a dudas el matrimonio es la fuente más importante para la institución de la familia en cuanto a la reproducción y crianza de los hijos como consecuencia natural de la convivencia de los cónyuges.

2.1.2.2 Antecedentes evolutivos del matrimonio como institución jurídica

A través del tiempo el matrimonio ha sido el origen básico para la constitución de la familia, cabe recalcar que el matrimonio y la familia son conceptos que se relacionan entre sí, es por ello que varios autores de derecho de familia en el contexto religioso, sociológico y jurídico, llegan a la conclusión de que el matrimonio es el eje fundamental de la familia. En el mundo de la ciencia histórica los investigadores han contribuido con respecto a las etapas de la evolución del matrimonio no solo desde el punto de vista de los contrayentes, sino que

también desde el punto de vista de su función dentro de la familia debido a como se han ido conformando dentro de la sociedad.

En efecto, en la naturaleza jurídica del matrimonio se debate mucho acerca de que si se trata de un contrato o una institución, de tal manera que se presentan varias teorías para conocer su naturaleza:

- En la teoría contractualista, la misma que tiene sus orígenes en la doctrina canónica y en el contrato social, da como conclusión que el matrimonio es un contrato porque se produce por el acuerdo de dos voluntades, en este caso por acuerdo de los contrayentes.
- Teoría institucionalista, sustenta que el matrimonio es un contrato, siendo así desde la perspectiva formal y lo que se crea en el matrimonio hace de éste una institución lo que significa algo mucho más dificultoso que un contrato.
- Teoría mixta, es aquella que, desde la naturaleza del matrimonio, participa de dos ámbitos, tanto del contrato como de la institución, por ende, es considerado como institución natural ya que se trata de una organización debidamente establecida conforme a la ley y de orden público como derecho a contraer matrimonio como derecho fundamental de las personas.
- Teoría eclética, esta teoría sostiene que entre institución y acto jurídico conformen un todo, puesto que el acto jurídico lo rige la institución.
- Y por último la teoría matrimonio como acto condición, actuando en concreto como la situación legal objetiva; es decir una vez casados es permanente con efectos establecidos por la ley.

Finalmente, en la contemporaneidad en la legislación ecuatoriana explica puntualmente la naturaleza jurídica del matrimonio. En el código civil, el matrimonio es un contrato solemne, mientras que en la Constitución de la República del Ecuador determina: “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”. (2008, pág. 45)

Con estos antecedentes se puede llegar a la conclusión que el matrimonio es una institución natural que empieza por la unión de dos personas, es un acto jurídico, un contrato, una institución jurídica, un estado de familia y un lazo que nace de la ley; es decir, desde la doctrina constitucional es una institución que se regula por las disposiciones del código civil.

2.1.2.3 El matrimonio en el marco normativo ecuatoriano

De acuerdo a Keller (2017), menciono que “El matrimonio comprende de la unión entre un hombre y una mujer, que se enfoca en la libre aprobación de las ambas partes contratantes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad jurídica.” (Pág. 88)

De acuerdo a lo expuesto por el autor quiere decir que el matrimonio es la fusión voluntaria, libre de inmoralidad, entre un hombre y una mujer para realizar la integración de vida, en la que ambos se proyectan brindar un respeto, equidad, asistencia y contribución mutua, pudiendo o no reproducción de hijos.

El matrimonio tiende ser una institución esencial porque suele a determinar una estructura firme en la sociedad, al haber un lazo de parentesco entre individuos generalmente no adyacente en vinculo de sangre al respecto, se menciona que además hay comunidades que tiene como costumbre el matrimonio entre familiares como primos o entre parientes de grados desiguales. Correspondiente a la ceremonia en la que se constituye el matrimonio se la denomina Boda.

Una unión civil es uno de las diversas terminologías que en relación al estado civil pone en uso, teniendo una familiaridad con el termino matrimonio, originados típicamente para dar acceso a las parejas del mismo sexo gozar de los beneficios que comúnmente tienen las parejas heterosexuales casadas. En varios lugares, las uniones civiles también son consideradas para los heterosexuales aceptable los que no tienen el deseo de formalizar su relación en un matrimonio, para estos toman el toman el nombre legal de unión libre.

Según lo determinado por Chamorro (2014), “El matrimonio llevado a cabo por la iglesia se considera como un vínculo cuya estructura primordial proviene desde las doctrinas de la religión a la que conforman los novios, y no por la naturaleza humana común para todo individuo”. (Pág. 126)

Con referente a la iglesia católica, el matrimonio es un acuerdo por la que un varón y una dama crean una íntima comunidad de vida y de sentimientos amorosos. Por su condición natural existe un orden al bien de las parejas y a la generación y educación de los niños. Al estar bautizados, el matrimonio es, además considerado un sacramento. De hecho, la iglesia católica, da a conocer que el principio del matrimonio entre una pareja no es solo cultural,

sino más bien es parte de la misma naturaleza humana en relación a inicios donde Dios, creador del universo creó al hombre y mujer.

Según lo mencionado por Vide & Alba (2010), “Matrimonio es una alianza ceremonial por el cual un hombre y una mujer se vinculan con el propósito de vivir en unión, procrear y contribuirse de manera mutua”. (Pág. 26)

Quienes toman la decisión de casarse, el propósito de tener hijos es brindarles bienestar, primero el don de la vida; luego, la educación que es vital para su desarrollo; implicando la felicidad eterna. Las personas que deciden tener hijos se unen en matrimonio, es la base principal de casarse. El principal fundamento es la concepción y educación de la prole, y las acciones complementarias secundarias el apoyo, la ayuda, el deseo de buscar el bien del otro, el fomento del amor recíproco y la sedación de la concupiscencia.

Quienes tienen la potestad de unirse en matrimonio:

1. La mujer y el varón mayores de 18 años de edad.
2. Por causas justificadas, podrá ser otorgados a los menores de 18 años la autorización para unirse en matrimonio, siempre que la mujer tenga, por lo menos, 14 años cumplidos y el hombre 16 años, también cumplidos.

Esta autorización excepcional pueden otorgarla:

1. El padre y la madre conjuntamente, o uno de ellos si el otro hubiere fallecido o estuviere privado de la patria potestad;
2. El o los adoptantes cuando el infante ha sido adoptado;
3. El tutor, si el menor estuviere sujeto a tutela;
4. Los abuelos maternos o paternos, indistintamente, a falta de los anteriores, prefiriéndose a aquellos que convivan en el mismo domicilio con el menor;
5. Uno solo de los facultados, cuando el otro que deba darla conjuntamente con él se vea impedido de hacerlo;
6. El tribunal, si por razones contrarias a los principios y normas de la sociedad socialista, se negaren a otorgar la autorización las personas facultadas para ello.

2.1.2.4 El divorcio

Según Alcalá & Pérez (2011):

El divorcio es el acto de disolver un matrimonio y permitir que un cónyuge concluya a la otra parte. Es un divorcio voluntario, que puede ser una demanda administrativa o una demanda voluntaria; necesaria o causal, y unilateral por vía judicial. (Pág. 48)

Además del reparto de los bienes, otra función principal del divorcio es instaurar planes de custodia y visitas para los niños. Cualquiera que deba divorciarse, especialmente los niños, se beneficiará del acuerdo de custodia entre las dos partes. La diferencia entre divorcio y separación de hecho es que, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país, puede tener o no ciertos efectos legales.

En cuanto a la separación legal, está legalmente reconocida en varios ordenamientos jurídicos y por tanto tiene más efectos jurídicos que la separación de hecho, aunque a diferencia del divorcio, no acaba con el matrimonio. Por otro lado, no debe haber una confusión con la abolición del matrimonio, no es más que un anuncio de que el matrimonio nunca ha existido, no solo está estipulado en el ordenamiento jurídico de algunos países, sino también en el canónico con larga data.

Con relación a divorcio, Urrutia (2013), manifestó:

Etimológicamente viene del vocablo latino *divortium*, esto deja en evidencia que después del acto seguido de haber recorrido unidos las dos parejas, una parte se alejan por diferentes direcciones, esto es cada uno va por su lugar. Asimismo, se dice que divorcio viene del latín *divertere*, que indica cada uno por su sitio, para no volverse a unir. (Pág. 36)

En el ámbito legal se denomina divorcio al acto o defecto de divorciarse, en otras palabras, el acto o efecto de distanciarse, cuya afirmación hace referencia el juez apto por sentencia; de tal modo que el divorcio es el rompimiento del matrimonio válido; y según el Diccionario Jurídico Blak (2018), divorcio es “La separación legal de un varón y una dama, generada por algún origen legal, por dictamen judicial y que deshace completamente las relaciones conyugales o elimina las causas en lo que se refiere a la cohabitación de las partes”. (Pág. 18)

Las causales que generalmente ocurre el divorcio son las siguientes:

- Falta de comunicación

- No cumplen las expectativas
- Falta de confianza
- Infidelidades
- Violencia y abuso
- Hábitos tóxicos de consumo

2.1.2.5 Generalidades del divorcio

Según lo mencionado por Chávez & Olguín (2015):

Un divorcio es un proceso legal que se deshace el acto matrimonial y pone por terminado la unión marital y a todos sus efectos civiles, sociales y patrimoniales. Permite que ambas partes involucradas puedan mantener sus vidas libres, o incluso volverse a unir. (Pág. 16)

Es una figura jurídica vigente hoy en día en aproximadamente todos los órdenes jurídicos a nivel mundial. Se da unánime a lo determinado en la ley, de manera que sus normativas, procesos y tipos varían mucho de un país a otro.

El divorcio dio inicio como representación legislativa moderna en el Código Civil francés en el año 1804, no obstante, se refiere a un pensamiento muy antiguo, derivado del Derecho Romano de los tiempos antiguos. Los romanos denominaban *divortium* a la disolución civil de ciertas actividades matrimoniales, los creyentes eran, en cambio, indisolubles, atendiendo a una diversidad de hechos que podían evidenciar tanto el hombre como la mujer.

A contrario de lo que sucedía en la comunidad europea en años atrás, las mujeres divorciadas en la antigua Roma no contaban con ninguna señal que indicara que estaban divorciadas, y podían sencillamente volver a casarse. Mientras que, en la sociedad de corte en ámbito religioso, el divorcio estaba abolido o dejaba una deshonra en la mujer divorciada, que le dificultaría retornar a casarse.

El divorcio no debe ser una confusión con la abolición de sacramento matrimonial en la que se declara que el matrimonio no fue aceptable y por ende nunca existió, mucho menos, con la separación de hecho, en la que ambos individuos disuelven su hoguera sin introducir legalmente un divorcio. No obstante, en la mayoría de ordenamientos jurídicos es el inicio hacia la certificación del divorcio.

Los tipos posibles de divorcio dependen mayormente de lo contemplado en las leyes nacionales, de modo que no existe una categorización universal al respecto. Sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos legales en que el divorcio está presente, se distingue entre:

Los posibles ejemplos de divorcio varían principalmente del consentimiento en las leyes nacionales, de carácter que no haya una categorización global al respecto. A pesar de, en la generalidad de los ordenamientos procesales en que el divorcio está presente, se diferencia entre:

- Divorcio voluntario: Comprende de un contexto de mutua voluntad, en el que ambas parejas deciden apostar a la declinación al presente matrimonio.
- Divorcio absoluto: Cuando existen circunstancias que faculta al Estado asentar la finalización del matrimonio, aunque uno de las partes no haya conciliado.
- Divorcio incausado: Se conoce también con el nombre de “divorcio exprés”, quiere decir que es aquel que no busca causas concretas, ni del mutuo acuerdo de las partes, para anular el vínculo conyugal.

La base del efecto del divorcio es, particularmente, que la relación de ambos individuos que unieron sus vidas dejan de estarlo, esto quiere decir, la disipación del vínculo nupcial y de todos sus efectos legales. Esto significa que las pertenencias conyugales, en otros términos, la colectividad de bienes compartida entre las parejas, se culmina, y se debe por lo tanto empezar a una distribución acordada de bienes.

En ciertos motivos, el divorcio también trae consigo algunas responsabilidades para los divorciados, esencialmente en el tema en que contraen hijos concebidos intrínsecamente en la unión matrimonial. Es usual que una de las partes al que se conceda la patria potestad de los hijos, el otro designe una subvención económica hasta que los hijos tengan una edad apropiada, o en acontecimientos de vulnerabilidad socioeconómica generadas en algún cónyuge por la participación del divorcio, medidas semejantes de índole restituido o de amparo pueden ser emitidas por el Estado. Tal concepto es que el uno y la otra parte logren seguir con su vida civil.

2.1.2.6 Efectos jurídicos del divorcio con relación a los hijos

Entre los efectos que produce el divorcio es importante mencionar que “La separación de personas otorgada por el Juez, interrumpe el compromiso de cohabitación física y sexual entre las parejas, dejando subsistentes las restantes responsabilidades enfocadas al vínculo matrimonial.” (Abogados y asociados, 2015, pág. 49)

El divorcio desvincula el matrimonio, con todos sus aspectos, y deja ambas partes tengan la capacidad de concretar otro, con las restricciones constituida en éste. La persona que haya demandado el divorcio puede, previamente que se pronuncie el dictamen y que ponga final al juicio, desistirse de la acción y solicitar al otro para que se reúna con él. En este hecho, no puede solicitar de nuevo el divorcio por los mismos acontecimientos que impulsaron el juicio precedente, pero sí por otros nuevos, no obstante, sean de la misma índole.

La renuncia del acto únicamente procede cuando el contrayente demandado manifieste su consentimiento, para lo cual debe ser comunicado en persona de la abdicación para que lo rechace o acepte en el término de tres días. En cuestión de impedimento deberá seguir el juicio de divorcio. Para que las partes involucradas que se divorcian voluntariamente puedan retornar al vínculo matrimonial entre sí, es preciso que haya avanzado un año a partir que obtuvieron el divorcio.

2.1.3 Tenencia

2.1.3.1 Generalidades de la tenencia

Con relación a Baldassarre (2014), indicó que “Es una condición de la patria potestad, que otorga a los padres, o a uno en particular, el derecho a poseer a sus hijos consigo; en otras palabras, es el acto legal de los padres permanecer con sus hijos” (Pág. 38).

Tenencia y posesión básicamente es "poseer" un objeto; la discrepancia es que, en la primera opción, quien tiene algo realmente sabe, recuerda en otro el bien. El segundo término, la posesión, en cambio, a más de "obtener" el objeto bajo su poder, tiene el ímpetu de ser dueño de ella. Para obtener por costumbre la posesión o la tenencia, el objeto debe estar independiente de toda conexión excluyente, y no debe intervenir oposición alguna.

La tenencia de hijos es la patria potestad es un acto legal del antecesor y de la madre, independientemente de su estado civil, edad, género, entorno económico, profesional o

cualquier otra situación. La tenencia, en tanto, confiere a quien actúa el acuerdo diario con los hijos y, a falta de compromiso entre el padre y la madre, será retribuida por un juez competente.

2.1.3.2 Tenencia y la aplicación del principio de corresponsabilidad parental y coparentalidad

Sáez (2020), expuso que:

Las obligaciones parentales compartidas se acostumbran ir a favor del interés superior del niño. No obstante, en las decisiones concernientes al compromiso parental, el ideal principio debe ser el interés superior del niño respectivamente. Es inverso al interés superior que la ley conceda automáticamente el peso parental a uno de los padres o a ambos. Al valorar el interés superior del niño, el juez debe tener en consideración el derecho del niño a perpetuar el vínculo con ambos progenitores, enlazado con los demás aspectos pertinentes para el proceso. (Pág. 202)

El cuidado de los hijos basará en la apertura de corresponsabilidad, en conformidad del cual ambos progenitores, habiten juntos o separados, serán participes en modo activa, ecuánime e indeleble en la enseñanza y formación de sus hijos.

Independiza el ejercicio de la parentalidad del género.

Independiza el ejercicio de la parentalidad del techo y cuidado personal.

- **En vida conjunta de los padres: cuidado de consuno**
- **En vida separada: cuidado personal individual o compartido**

La coparentalidad es un nuevo proceder de conexión familiar con la única finalidad de poseer un hijo y establecerse como progenitores instaurando pautas para la formación compartida sin necesidad de conservar una conexión ligadas por el sexo y el acto matrimonial o la alianza cohabitacional.

2.1.3.3 Igualdad de género para ejercer la tenencia

Según Unicef (2020), mencionó que “Promueve acuerdos en todo el mundo para apresurar el desarrollo hacia el beneficio de la igualdad de género. En todas las esferas del compromiso se incluyen estrategias que plantean la diferencia y las desventajas referidas con el género”. (Pág. 176)

Son importantes los padres. Cerca del 80% de los hombres será progenitor en alguna oportunidad de su existencia y usualmente todos tienen acercamiento con niños. El nex

padre e hijo tiene considerables y amplias consecuencias en los niños durante toda su etapa de la vida. Por otro lado, la intervención de los hombres como padres y como cuidadores predomina considerablemente en la vida de las mujeres y perjudica positivamente la vida de ellos mismos.

2.1.3.4 La tenencia como derecho exclusivo de la patria potestad

Según Presas (2014), indicó que:

La Patria Potestad: Se puede precisar esencialmente como el compromiso y derecho que poseen ambos progenitores, de atender la persona y bienestar de sus hijos menores de edad. De esta manera, la patria potestad es una entidad de intercesión y protección familiar cuya solución es la salvaguarda de los intereses personales o patrimoniales de los niños, a causa de su inhabilidad para valerse por sí mismos. La patria potestad da efecto de haberse determinado la conexión padre e hijo, por consiguiente, sin procedencia no hay patria potestad. (Pág. 146)

Algo que es considerablemente habitual y confunde la mayoría de los padres divorciados, son los significados de patria potestad y tenencia de los hijos. Generalmente, las consultas relacionadas con la tenencia de sus hijos, los padres dan uso a ambas figuras jurídicas como si se refiriera de lo mismo, no obstante, ambas son diferentes y originan diversos deberes y responsabilidades, que se encuentran emitidos en el Código Civil y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Según lo mencionado por Cúcuta & Hernández (2017):

La Tenencia: La tenencia es la entidad legislativa que le cede a uno de los padres el derecho y legalidad en la convivencia con sus hijos. En tal aspecto, la tenencia está vinculada a la vida habitual que comparten progenitores e hijos, el permanecer en un mismo hogar y bajo el propio techo. Este derecho es además de los hijos a convivir con sus padres, por ende, no es un derecho privilegiado de los padres, sino que además de los hijos. (Pág. 103)

Cuando los padres se encuentran en vínculo matrimonial, convivientes o tienen una conexión y toman la decisión de divorciarse o alejarse, a uno de ellos le corresponderá la tenencia y al otro le corresponderá un reglamento de visitas. La tenencia se puede convenir a través de una Conciliación Extrajudicial y además puede ser gestionada ante un Juez de Familia, si es que los progenitores no llegan a un trato. La tenencia puede de igual forma ser pedida por los parientes del chico hasta el cuarto grado de consanguinidad, en el hecho, por ejemplo, que uno de ellos hubiera muerto.

En conclusión, la patria potestad no es similar que la tenencia, pero sí existe un nexo entre ellas. La patria potestad comprende al derecho de tenencia y la tenencia significa la convivencia con los hijos bajo la misma casa.

2.1.3.5 El interés superior del niño en el contexto Nacional e Internacional

De acuerdo a UNICEF (2019), señalo que:

El estudio histórico jurídico muestra que existe una estrecha relación entre el perfeccionamiento de las herramientas para la protección de los derechos del niño y la garantía de los derechos humanos en general y el desarrollo de la protección. Los estudios han demostrado que los derechos del niño tienen mecanismos de protección más efectivos siempre que estén vinculados a la protección general de los derechos humanos. (Pág. 38)

El desarrollo de las ideas jurídicas actuales se basa en la idea de que detrás del concepto de derechos humanos todas las personas, incluidos los niños, tienen derecho a la protección humana y que es deber del Estado promoverlos y garantizarlos. En este contexto, gracias a los principios de igualdad antes mencionados, se reconoce la existencia de protección jurídica y ciertos derechos de grupos de determinadas personas, incluidos los niños.

2.1.3.6 Parámetros de la aplicación del interés superior del niño en caso de tenencia

Función orientadora: Guiar a los jueces u otras autoridades competentes para la toma de decisiones basadas en la posesión efectiva de los derechos de niñas, niños o menores. Así mismo, sirve de guía para al análisis de las normas concernientes a la infancia y la adolescencia.

Función reguladora: como la palabra indica, regula los derechos de la niñez y la adolescencia sobre la base de la dignidad humana. En este contexto, se entiende como la base de la unión de derechos centrados en el niño (documentos legales internacionales y nacionales).

Función hermenéutica: Es una primicia hermenéutica en los derechos de la niñez y adolescencia para una interpretación sistemática y global de la norma, según el principado de los derechos del niño.

Función de resolución de políticas: La mejor opción sobre la actuación de normas convergentes en determinadas circunstancias, maximizando los derechos de niñas, niños o menores con una mínima limitación y teniendo en cuenta su importancia relativa.

Función Directriz: Orientación en políticas públicas enfocadas con los derechos de la niñez y la adolescencia. (García, 2016, pág. 11)

2.1.3.7 Criterios para la aplicación del interés del niño

Los orígenes de la defensa integral de la niñez y la adolescencia revelan dos teorías opuestas. Una se basa en una relación conciliadora entre un adulto y un menor, y las niñas, los niños y los menores no son considerados sujetos de derecho, sino sujetos de financiación e intervención. Por otro lado, existen principios de protección integral, que los reconocen como sujeto de derecho y obligan al Estado a modificar su marco legal.

Es esencial que el Estado ecuatoriano otorgue ahora gran importancia a este principio, que lo coloca a la vanguardia en la garantía de los derechos de niñas, niños y menores. Por tanto, es una forma legal de proteger y respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de garantizar que se respeten todas las decisiones relacionadas con los intereses de este grupo. No daña su desarrollo y bienestar general. Y siempre beneficioso para ellos.

Murillo & Cabrera (2020), mencionó sobre los criterios de aplicación que son los siguientes:

- La relación entre la primicia del interés superior del niño y la primicia de libertad de expresión y derecho a ser oídos. Se debe considerar las opiniones de los menores y darles la importancia que merecen en función de su edad y desarrollo mental.
- Factores como género, orientación sexual, nacionalidad, creencias, religión, identidad cultural y personalidad. Esta identidad está en constante evolución a lo largo del desarrollo del niño.
- Proteger el medio ambiente y las relaciones familiares, considerando a la familia como unidad esencial de la sociedad, considerando el medio natural como medio natural para el desarrollo y la felicidad de sus miembros, es decir, los niños y adolescentes. (Pág. 59)

2.1.4 La Tenencia y El Derecho De Cuidado Y Crianza De Los Hijos.

En conformidad con el bienestar del niño, los principios de necesidad, excepciones y ámbito temporal deben prevalecer sobre la aplicación de salvaguardias especiales temporales relacionadas con la separación del niño de sus padres de conformidad con la ley y la familia. Tienen como base principal la garantía del interés superior del niño, su bienestar y sus derechos y, consecuentemente, deberán ser conformes a las necesidades explícitas e

individualizadas a la protección y cuidado del niño, tomando en referencia a circunstancias personales y familiares.

2.1.4.1 Derecho del cuidado y crianza de los hijos y la tenencia en el Derecho Latinoamericano

2.1.4.1.1 Chile

La retroalimentación de los padres para los menores se basa en la autoridad parental, la custodia y la tutela, y contribuye al interés superior del niño y al desarrollo inclusivo y saludable de los niños. El derecho de corrección se refiere al establecimiento de una forma de relación entre padres e hijos que esté libre de violencia y con límites claros para el niño. (Pinto, 2018, pág. 36)

Al delegar la tutela y el cuidado personal, la madre prevalece claramente sobre el padre. Sin embargo, si el bienestar del niño es necesario, ya sea por abuso, negligencia o cualquier otra razón justificable, el juez puede asignar al padre la tutela personal.

Cuidado personal legal: La ley determina que, en ausencia de un acuerdo para definir el cuidado personal compartido, los hijos e hijas estarán bajo el cuidado personal de la madre o el padre que vivió con ellos.

Como se ha mencionado, incluso si el hijo menor no puede tomar la decisión con qué padres quiere convivir, se requerirá ser escuchado sus opiniones durante todo el proceso matrimonial. En cualquier caso, si es mayor de 12 años. En otros términos, debido a la coacción por ley, los niños menores de 12 años deben acudir a un juez.

2.1.4.1.2 Colombia

Los padres y tutores deben criar a sus hijos con cuidado. Les proporciona un hogar estable y abundante alimentación, y les proporciona todo lo que necesitan para el normal desarrollo de su personalidad hasta que llegan a la edad adulta. Artículos 206 a 246 del Código de Familia (Bedoya & Maldonado, 2020, pág. 118)

Artículo 44. Los derechos importantes de la niñez son: calidad de vida, integridad física, salud y seguridad social, alimentación proporcionada, nombre y nacionalidad, familia y nunca irse del vínculo familiar, el amor, educación, cultura, entretenimiento y derecho a la expresión libremente tu opinión.

El código civil de Colombia determina que la custodia es un conjunto de derechos que la ley otorga a los padres del hijo para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones. El servicio que les impone su posición. Si no hay un padre, el otro lo hará.

El artículo 310 del Código Civil de Colombia determina que las causas de la suspensión de los padres son la enfermedad mental del progenitor, el mal manejo de la propiedad y la ausencia prolongada del progenitor. (2017)

2.1.4.1.3 España

Fernández (2018), señalo que:

El divorcio es siempre una experiencia diferente para un niño que para un padre. Los miembros de la familia han tenido hijos, han crecido y han vivido sus vidas al máximo, y sienten que la familia es su apoyo sin importar lo que les falte. Los resultados pueden ser de moderados de manera severa, de temporales a permanentes, dependiendo de:

- Del grado del conflicto previo, especialmente que se involucre o no a los hijos.
- Del ejercicio o no de la coparentalidad (crianza conjunta de los hijos).
- De los efectos del deterioro económico y del estilo de vida que, por lo general, trae aparejado.

Figura N° 1 Diferencia del divorcio

Tabla 1. Diferencias entre divorcio colaborativo y destructivo	
<i>Divorcio colaborativo</i>	<i>Divorcio destructivo</i>
Pareja parental	Pareja post-conyugal
Prima el cuidado y protección de los hijos sobre el conflicto conyugal	Prima el conflicto de pareja sobre el cuidado de los hijos
Peleas solo en la primera fase	Peleas permanentes
Dolor por las pérdidas	Proceso de duelo estancado, rabia y necesidad de denigrar
Intermediarios no litigantes (familiares, amigos) o ausencia de intermediarios	Intermediarios litigantes, contexto judicial
Límites claros	Límites difusos
Reconocimiento de la propia responsabilidad. Conciencia de corresponsabilidad	Falta de responsabilidad. Búsqueda de culpables y cómplices
Existe el deseo de llegar a acuerdos en función de las necesidades de los hijos	No tienen intenciones de llegar a ningún tipo de acuerdo

Fuente: Unidad de Familias en Proceso de Separación y Ensamblaje. Instituto Chileno de Terapia Familiar (IChTF).

Fuente: (Fernández, 2018)

La guardia y la custodia compartida necesitan respeto mutuo, armonía y cooperación para que el ex cónyuge pueda resolver los problemas con el niño sin demasiados conflictos. Por tanto, existen varios principios a tener en cuenta a la hora de aplicar un sistema con estas características para una máxima seguridad.

2.1.5 Precedentes Jurisprudenciales

Según Parra & Marcela (2016):

Es elemental conocer que el precedente jurisprudencial es una institución o instrumento originario del common law, que debe ser definido a partir de la doctrina del stare decisis, pues su finalidad es condicionar una decisión futura en casos semejantes que le preceden. (Pág. 143)

Cabe señalar que el precedente jurisprudencial debe basarse en principios de decisión, ya que es un sistema de derecho consuetudinario o de primer recurso y su finalidad es facilitar decisiones futuras. Precedente generalmente tiene como significado una sentencia o un conjunto de sentencias que muestran semejanzas con un caso reciente que se está considerando en términos de patrones de hechos y cuestiones legales, y en el informe las reglas son la resolución de disputas. También ayuda a resolver nuevos casos.

La corte distinguió dos tipos de precedentes, teniendo en consideración las competencias conferidas en el orden previo: horizontal y vertical. El primero se refiere a sentencias dictadas por autoridades de la misma jerarquía o del mismo poder ejecutivo judicial. El segundo se vincula con los lineamientos establecidos por las autoridades superiores que sus funciones es unificar la legislación en las respectivas jurisdicciones o al nivel constitucional.

Por lo tanto, en la mayoría de los casos, el precedente vertical es seguida por un juez de paz establecido por la Corte Suprema o el Consejo de Estado, una institución de cierre bajo su ámbito jurisdiccional. Si el caso de las instituciones mencionadas es complejo, es responsabilidad del juez establecer los criterios de hermenéuticos de las autoridades judiciales inferiores.

2.2 Marco Legal

En particular, comprende los fundamentos teóricos relacionados al ámbito legal que representa el presente proyecto investigativo, enfocado en los derechos y beneficios de los niños sobre la patria potestad y tenencia en los padres en caso de divorcio. Ahora bien, se presenta los siguientes artículos que representan la esencia y protección de la niñez y

adolescencia a través de la constitución, código orgánico de la niñez y adolescencia y código civil.

2.2.1 Declaración Universal de los Derechos de los Niños

Principio IV

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Los niños tienen el derecho de gozar de bienestar, buena salud, protección, educación y el amor de los padres, con el fin de proporcionarles la felicidad que requieren para su formación de crianza. Los niños son la base fundamental en el núcleo familiar.

Principio VI

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Con relación a la siguiente terminología del artículo, los padres tienen la responsabilidad y obligación de otorgar a sus hijos el amor y comprensión, a través del ejemplo que generan dentro del hogar para que ellos observen y se sienta cómodo, a gusto de la buena relación entre sus padres delante de ellos.

2.2.2 Convención sobre los Derechos de los Niños

Artículo 3.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 18.-

1.- Los Estados partes pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

En relación a las instituciones tanto públicas y privadas están sujetas a la contribución de garantía sobre los derechos de los niños, donde debe prevalecer el interés superior del niño. La ley está inmersa a que sea cumplida en relación al cuidado y protección de los niños para su bienestar y que la decisión de sus padres en virtud a una separación genere un malestar para el niño en su formación.

2.2.3 Constitución de la República del Ecuador

Artículo 44.- 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.

Artículo 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

Numeral 5.- El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Artículo 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

Numeral 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.

El estado garantiza la responsabilidad tanto al padre como la madre el cumplimiento de sus obligaciones y tenencia de sus hijos y que les brindará lo correspondiente hacia ellos, velando su protección y bienestar. Donde una de las partes contara con la tutela del niño y la otra parte en contribuir económicamente para los requerimientos que el niño va demandar para su crianza como alimentación, educación, salud, etc.

2.2.4 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Artículo 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. - Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.

Artículo 9.- Función básica de la familia. - La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Artículo 11.- El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Dentro de sus artículos prevalece la base fundamental de derecho, el niño, niña y adolescente. El deber del estado, la familia, la sociedad es brindar a los niños calidad de vida, garantizar su bienestar en todo lo relacionado a su crianza. Dentro del hogar, tiene el derecho los padres de conectarse emocionalmente con sus hijos, creando empatía y comunicación, sobretodo enseñarles con las acciones los valores principales como el respeto, responsabilidad, seguridad y amor.

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

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquél, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos.

Aquí prevalece el derecho que los niños tienen, con relación a la participación de convivencia con sus padres, tanto el padre como la madre, y donde ellos deberán

demostrarles el cariño, el cuidado, manteniendo un lazo de confianza emocional y física. Así mismo, en retribuir en lo que requieren para su educación, alimentación, gastos provenientes para su desarrollo.

Artículo 100.-Corresponsabilidad parental. - El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

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

Artículo 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
2. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, ¡salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
3. Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, ¿la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
4. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, ¿siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
5. En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

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

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

La opinión de un niño es válida para quienes vaya tener la responsabilidad de la patria potestad del niño. Frente al juez, deberá expresarse y que a través de su narración indicará con quien se siente a gusto y por qué se siente cómodo que querer vivir. No obstante, el juez al escuchar su argumento, analizara los acontecimientos y con prueba alguna dictaminara su decisión. A quien será otorgado la convivencia del niño y que a su vez dar el permiso a la otra parte en tener visitar frecuentes de su hijo en horarios establecidos y tiempo previsto para que logre afianzar sus lazos de relación con su hijo.

Artículo 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior.

Artículo 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia. - Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

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

El juez es quien toma la decisión de la tenencia legal del niño, para esto, deberá tener los requisitos pertinentes de ambos, y quien contribuye mejor para el cuidado, protección y bienestar para el niño, ya que, la importancia del estado es prevalecer el interés superior del niño brindando lo mejor de sí.

2.2.5 Código Civil

Artículo 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.

Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia.

Artículo 307.- En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa.

La patria potestad se ejercerá en unión por ambos padres o únicamente uno solo con el permiso expreso o tácito de la otra parte. Por falta o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será desempeñada solamente por la otra parte.

2.3 Marco Conceptual

Acuerdo: Resolución que dicta el Juez. Resolución adoptada por un tribunal u órgano administrativo. Punto de coincidencia en relación con un conflicto de interés de carácter privado. Expresión de la voluntad respecto a la conclusión de un determinado acto jurídico. Convención entre Estados destinada a crear, desenvolver o modificar determinadas normas de derecho internacional.

Acto jurisdiccional: Acto destinado a la aplicación del derecho por la vía del proceso. El acto jurisdiccional no puede ser, de acuerdo con nuestro sistema jurídico, un acto creador de derecho, salvo lo dispuesto en la Ley de Amparo respecto a la obligatoriedad de la jurisprudencia. Dícese de la tarea propia de juzgamiento, que para resolver los conflictos de intereses que tienen efectos jurídicos, realizan los titulares del Poder Judicial, aun cuando con un significado vulgar, se amplía dicha significación a los actos administrativos y hasta los de otra índole.

Adopción: La adopción es un acto de carácter complejo que para su regularidad exige la concurrencia de los siguientes elementos: la emisión de una serie de consentimientos; la tramitación de un expediente judicial.

Coparentalidad: Derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse con sus dos progenitores, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ellos, a pesar de la separación de estos.

Corresponsabilidad: Hace referencia a la responsabilidad compartida de una situación o actuación determinada entre dos o más personas. Las personas corresponsables poseen los mismos deberes y derechos en su capacidad de responder por sus actuaciones en las situaciones a su cargo

Divorcio: Disolución legal del vínculo matrimonial.

Juez: Es la persona nombrada y autorizada por el Estado para administrar justicia, es decir, para dirimir los conflictos que se le presentan, a través de la aplicación de la ley general a casos concretos.

Familia: Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros.

Guarda: El encargado de conservar o custodiar una cosa. Defensa, conservación, cuidado o custodia. Tutela. Curaduría, curatela. Cumplimiento, observancia o acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos obligatorios. Cuidador que no ha de apartarse de la vigilancia directa de una persona.

Hijo: Descendiente en primer grado de una persona; el vínculo familiar entre un ser humano y su padre o madre. Genéricamente, la denominación de hijo comprende también a la hija; y el plural, hijos, no se limita tan sólo a los procreados por uno mismo, sino a todos sus descendientes, de no especificar. Adoptivo.

Igualdad: Conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidentes. Correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un todo. Trato uniforme en situaciones similares. Ausencia de privilegio, favor o preferencia.

Padres: El padre y la madre de un ser. Todos los hombres que tienen hijos. Por extensión, los abuelos (y abuelas). Los antepasados más remotos. Conjunto de religiosos de una orden o congregación; como los padres escolapios.

Parento-filial: La formación de padres e hijos. Representa el poder ejecutivo y ejerce las funciones organizativas básicas. En este subsistema son básicos los principios de autoridad, jerarquía y diferenciación de sus miembros, con la necesidad de compartir sentimientos de unión y apoyo.

Tenencia: La mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. Cargo de teniente. Oficina en que ejerce sus funciones. Antiguamente se empleaba esta voz por caudal, hacienda o haberes.

Tenencia compartida: La situación legal que se genera cuando ambos padres se encuentran al cuidado personal del hijo menor, conviviendo con el mismo y asistiéndole en su desarrollo y crecimiento. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Diseño y tipo de investigación

El presente proyecto de investigación titulado “Principio Constitucional del interés superior del niño: la tenencia en los casos de divorcio de los progenitores al amparo de las reglas de artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, año 2020”, se aplicó el enfoque de tipo cualitativo fundamentado en la realidad, es decir, los problemas a investigar se extraen de las situaciones sociales que junto a una revisión de las características y la naturaleza del problema, desde una posición holística, partiendo desde la base general del problema de investigación hacia lo específico en función de identificar las circunstancias que inciden ante la problemática jurídica planteada. Dichos factores están enfocados en el análisis con respecto al interés superior del niño y su relación relativo las relaciones parento filiales y el grado de corresponsabilidad materna y paterna. Asimismo, se han considerado percepciones jurídicas, sociales y psicológicas que vinculan el estado jurídico del menor en casos de separación y divorcio de los progenitores, mediante el cual se encuentran implicadas las perspectivas en las que se obtuvieron resultados fundamentados en argumentos desde el punto de vista subjetivo desde la captación del investigador conectados con la realidad en el objeto de estudio.

Por lo tanto este proyecto investigativo se llevó a cabo mediante la recopilación de información que se realizó a través de entrevistas e incluso revisión de casos que ayudaron a evidenciar y validar desde la realidad objetiva, aspectos relevantes acorde al estudio de la figura legal de la tenencia en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tomando en consideración estrategias metodológicas y diferentes teorías que de cierta forma surgieron varias interrogantes a responder que fueron factibles para de esa manera obtener resultados favorables ante esta problemática jurídica.

3.1.1 Tipo de investigación

Este proyecto de investigación se desarrolló mediante el estudio de tipo exploratorio, que según el autor Carlos Méndez (2011) expresa:

El primer nivel de conocimiento científico que se quiera obtener sobre un problema de investigación se logra a través de estos estudios de tipo exploratorio o formulario que tienen como objetivo la formulación de un problema para posibilitar una investigación más precisa. (2011, pág. 229)

La utilización de este tipo de estudio investigativo permitió realizar una indagación completa con un nivel mayor de profundidad en el contexto del tema planteado, ya que representa un acercamiento a la problemática jurídica según el nivel de conocimiento científico que sirve para distinguir posibles formas de plantear e identificar los asuntos vinculados al tema que se investiga. Esto permitió analizar y determinar las causas y consecuencias que genera la separación o divorcio de los progenitores en los hijos, y a la vez mediante el levantamiento de información posibilitó conocer a primera vista las percepciones y criterios de expertos de la temática como punto principal de la investigación exploratoria para establecer mediante fuentes fidedignas, de esta manera conocer las ventajas y desventajas que trae consigo la figura jurídica de la tenencia de los hijos tras la separación o divorcios de sus progenitores.

3.2 Recolección de la información

Para la validez y confiabilidad de la presente investigación, es relevante la utilización de la población como elemento primordial, ya que la población es el conjunto de personas y cosas las mismas que están vinculadas al objeto de estudio relativo a la tenencia de los hijos en casos de separación y divorcio de los progenitores para llegar al objetivo principal que es la obtención y recopilación de información.

Carlos Castillo Gallo define:

La población es el conjunto de elementos individuales compuesto por personas y cosas, si en este caso se trata de un proyecto de investigación, la población es todo el conjunto de elementos que tienen relación con el tema de investigación, elementos que sirven para obtener información en el proceso de la investigación”. (Tomalá E. C.-A., 2015, pág. 135)

La población de este proyecto de investigación involucró a todos los ciudadanos del territorio Nacional Ecuatoriano, pero debido a la emergencia sanitaria SARS-COVID-19 que está atravesando el país y el mundo entero y al estar limitados de movilidad, para la recolección

de información necesaria que dio fuerza a este proyecto, este tema de investigación se vio limitado en su alcance idealizado, por lo tanto se desarrolló en la provincia de Santa Elena, puesto que la tenencia de los hijos a pesar de ser un tema generalizado y de estar establecido en el marco jurídico Ecuatoriano en materia de niñez y adolescencia, también afecta a los habitantes de esta división territorial, teniendo como cifra según la última proyección demográfica del año 2020 del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) a 401.178 personas habitantes en la provincia de Santa Elena, cabe señalar que inmersos en la población total de la provincia en cuanto a este tema de investigación relacionado a la tenencia, se encuentran inmiscuidas todas aquellas personas que brindarán aportes al desarrollo de esta investigación y que son detallados a continuación:

Fue necesario conocer la posición de abogados en libre ejercicio para conocer sus aportes relacionados a tenencia. Asimismo, se consideró conveniente el criterio de jueces de la unidad judicial de familia, niñez y adolescencia de la provincia de Santa Elena ya que ellos ejercen sus funciones con el objetivo de resolver conflictos relacionados a asuntos de familia, mujer, niñez y adolescencia.

De la misma manera fue pertinente acudir a especialistas en psicología a manera de entrevista ya que aportaron diferentes perspectivas acerca de la tenencia, ya que de ese modo se examinó si la figura legal otorgada a uno de los progenitores causaría o no impactos psicológicos e inestabilidad emocional y familiar en los niños, niñas y adolescentes.

Ante la aplicación de técnicas y métodos de investigación que permitió llegar a la realidad de la problemática estudiada se planteó una muestra no probabilística por conveniencia que de acuerdo al contenido de la guía metodológica de Carlos Castillo Gallo define lo siguiente: “el muestreo por conveniencia permite que el investigador desarrolle el objeto de estudio en función a la accesibilidad de información y a la conveniencia selecciona las unidades representativas de la población”. (Tomalá C. C.-B., 2015, pág. 144)

La muestra es importante porque es la parte que representa a la población y hay que determinarla de acuerdo a la petición de la investigación, es por ello que, la población que sustentó el presente proyecto de investigación fue tomada de la provincia de Santa Elena en la que los investigadores de este tema consideramos pertinente que nuestra muestra sea:

Muestra de la Población

Tabla N° 2 Muestra de la población

DETALLE	POBLACIÓN
Jueces en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia	3
Abogados en libre ejercicio	10
Psicólogos	3
TOTAL	16

Elaborado por: Villarreal-Lino

Para abarcar el tema de tenencia de los hijos en casos de separación y divorcio de los progenitores al amparo de las reglas del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se aplicaron los siguientes métodos que a su vez aportaron diferentes puntos de vista para alcanzar los objetivos planteados en el análisis jurídico.

El método analítico donde su principal característica mediante el cual Sergio Gómez Bastar en el texto de metodología de la investigación afirma: “es un método de investigación que consiste en descomponer el todo en sus partes, con el único fin de observar la naturaleza y los efectos del fenómeno de estudio”. (Bastar, 2012)

Partiendo desde la naturaleza del tema y de acuerdo a las características principales de la tenencia, posibilitó conocer a profundidad la realidad del tema en materia de niñez y adolescencia, en este caso la realidad recae en el otorgamiento directo de tenencia a uno de los progenitores denominada tenencia monoparental cuyas reglas para otorgarla se encuentran contenidas en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que en el proyecto de investigación se analizaron las ventajas y desventajas que trae consigo otorgarla a uno de los progenitores en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y si ésta figura jurídica afecta directa e indirectamente el principio constitucional de interés superior de los niños.

El método de síntesis es un proceso de unificación de las partes de la investigación, propiedades y relaciones segregadas por medio del análisis. Esto da paso a que en cuanto al tema de tenencia, con la recolección de datos e información obtenida desde diferentes fuentes tanto bibliográficas como las técnicas para recolección de información, permite elevar el grado de facultades de conocimiento para la demostración de que dicha figura jurídica sería idónea, necesaria o conveniente para el bienestar del hijo o hija de familia sin que afecte el interés superior de los menores.

En el método deductivo la investigación abarcó su desarrollo a partir de conclusiones generales para llegar a explicaciones particulares, este método se aplicó ya que se realizó entrevistas para llegar a un razonamiento que puede ser verdadero o falso, es decir para verificar si la idea a defender se cumple o no, de acuerdo a los resultados obtenidos a través de las técnicas de investigación.

3.3 Tratamiento de la información

La finalidad del presente proyecto de investigación basado en el enfoque cualitativo es extraer, compilar, elaborar y analizar los datos que se ha recolectado por medio del instrumento de la guía de entrevistas a través de la formulación de un grupo de preguntas sobre tenencia, que fueron elaboradas guardando coherencia y cohesión de acuerdo a los objetivos planteados, constituyéndose la entrevista una técnica de investigación que se utiliza con el fin de conocer opiniones y criterios de las personas involucradas en el trascurso del proceso investigativo desde la perspectiva de la técnica jurídica. Es así que, los mecanismos de la recolección de datos para el respectivo tratamiento de la información fueron elaborados mediante el siguiente proceso:

El instrumento fue aplicado a 3 jueces especialistas en materia de niñez a adolescencia del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena, quienes ejercen sus funciones con el objetivo de resolver conflictos relacionados a asuntos de familia, mujer, niñez y adolescencia y conocer que aspectos toman en consideración al momento de otorgar la tenencia de los hijos sin que afecte el interés superior del niño. Para ejecutar este paso los investigadores de este tema procedieron a acudir al Consejo de la Judicatura para pedir apertura con el debido consentimiento de los jueces para ingresar a las salas de audiencia para hacer efectivo el instrumento de la entrevista.

De igual modo se acude a obtener el aporte de 10 abogados en libre ejercicio, y se procede de manera presencial realizando entrevistas en cada despacho jurídico a través de la aplicación de 4 interrogantes dirigidas a conocer el mecanismo que utilizan en la práctica profesional o en libre ejercicio para resolver casos concretos relacionados a la tenencia de los hijos en casos de separación o divorcio de los progenitores.

Asimismo los investigadores de este tema acudieron a especialistas en psicología aplicando la técnica de entrevista de manera presencial y por medios virtuales (plataforma zoom) con el objeto de adquirir diferentes perspectivas acerca de la tenencia y así analizar si la figura

legal otorgada a uno de los progenitores causaría o no impactos psicológicos e inestabilidad emocional y familiar en los niños, niñas y adolescentes y que medidas serían las apropiadas para garantizar el interés superior del niño.

En resumen, de las respuestas obtenidas en el transcurso de este proceso tomando como base el criterio jurídico de parte de los profesionales del derecho y especialistas en psicología, dicha información será tratada y analizada con el fin verificar si los objetivos planteados en el capítulo I son los resultados deseados para alcanzar la ejecución de las actividades del presente proyecto de investigación, así como también se comprueba la idea a defender para finalmente sistematizar las conclusiones y recomendaciones que se constituye como el fin de la investigación.

3.4. Operacionalización de variables

Tabla N° 3 Operacionalización de variable dependiente

VARIABLES	CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS	INSTRUMENTOS
<p>DEPENDIENTE</p> <p>TENENCIA</p>	<p>Es la situación legal que en caso de separación o divorcio pudieren ejercer los padres la custodia legal de los hijos menores, acorde a la misma condición de derechos.</p> <p>La tenencia es un mecanismo de convivencia diaria con los hijos que se otorga de manera judicial a los progenitores para que ellos asuman de manera corresponsal: derechos, obligaciones, deberes tanto emocionales como afectivos para con sus hijos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Derecho de familia Derecho de los niños, niñas y adolescentes. Igualdad de derechos a los progenitores. 	<ul style="list-style-type: none"> Institución jurídica Base fundamental de la sociedad. Derechos reconocidos en la constitución e instrumentos internacionales. Interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Satisfacción de necesidades sociales, afectivo-emocionales. Periodos de convivencia prolongados con sus hijos. Corresponsabilidad materna, paterna. 	<ul style="list-style-type: none"> ¿Considera usted que el régimen usual de atribución de la tenencia del hijo a un progenitor con exclusión del otro satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna del niño? ¿Qué aspectos fundamentales se debería tomar en cuenta en una modificación de tenencia de los hijos? ¿Considera usted que es discriminatorio el hecho de que solo a la madre se le otorgue la tenencia de los hijos? ¿Desde su perspectiva profesional, cuáles son los daños que ocasiona que la tenencia de los hijos sea otorgada a solo uno de los progenitores? ¿Cree usted que es importante para el desarrollo emocional del niño o niña la presencia constante de sus progenitores? ¿Considera usted que la tenencia de los hijos en casos de separación o divorcio de los progenitores, solo la debe tener la madre? 	<p>Guía de entrevistas</p>

Elaborado por: Villarreal-Lino

Tabla N° 4 Operacionalización de variable independiente

VARIABLES	CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS	INSTRUMENTOS
<p>INDEPENDIENTE</p> <p>INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</p>	<p>Principio constitucional, principio internacional de derechos humanos que se ha incorporado en la legislación ecuatoriana, con el fin de garantizar el desarrollo integral y una vida digna así como las condiciones materiales y afectivas que permitan que vivir plenamente y alcanzar un pleno bienestar para los niños, niñas y adolescentes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Conjunto de Derechos de menores. • Protección integral • Principio rector orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de los niños y adolescentes 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocidos como sujetos de derecho. • Garantía de cumplimiento y aplicación en favor de los niños y adolescentes. • Desarrollo físico, mental, moral, y social. • Mecanismo de corresponsabilidad parental. • Determinación de las autoridades judiciales 	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Al aplicar la tenencia de los hijos conforme el artículo 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, se debe tomar en consideración la igual de género o el interés superior del menor? • ¿Considera Ud. que para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia resulta fundamental escuchar la opinión del niño o adolescente? • ¿Cree usted que luego de la separación o divorcio de los progenitores, la regulación de visitas otorgada por el juez al progenitor no custodio, sería el más adecuado para garantizar el interés superior del niño? • ¿Considera usted que la tenencia monoparental o única permite el pleno desarrollo de los hijos menores de edad, en los casos de separación o divorcio de sus progenitores? • ¿Considera usted que actualmente el padre y madre tienen las mismas condiciones, responsabilidades y derechos sobre sus hijos para tomar las decisiones respecto de ellos? 	<p>Guía de entrevistas</p>

Elaborado por: Villarreal-Lino

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados

4.1.1 Entrevista a los jueces de la Unidad Judicial Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia

Juez No. 6759-DNTH-2015-SBS

El instrumento aplicado para la recolección de la información es la entrevista, cuyo objetivo es obtener información desde la percepción profesional, como juez de la Unidad de Niñez y Adolescencia de la provincia de Santa Elena, en sus funciones se encarga que prevalezca el principio constitucional de interés superior del niño por medio de sus resoluciones, el instrumento de entrevista está conformado por 4 preguntas, se realizó la entrevista al Abg. Blasco Álvarez Gómez, juez titular de la Unidad Judicial Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Santa Elena, desde el 18 de mayo del 2015. Se realizó la entrevista el 24 de agosto del 2021 siendo las 16:52 minutos, en las instalaciones del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena, en la sala de audiencias N°2 donde obtuvimos el siguiente insumo.

- a. ¿Considera usted que el régimen usual de atribución de la tenencia del hijo a un progenitor con exclusión del otro satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna del niño?
- b. ¿Considera Ud. que para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia resulta fundamental escuchar la opinión del niño o adolescente?
- c. ¿Al aplicar la tenencia de los hijos conforme el artículo 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, se debe tomar en consideración la igualdad de género o el interés superior del menor?

- d. ¿Qué aspectos fundamentales se debería tomar en cuenta en una modificación de tenencia de los hijos?

El entrevistado nos hace mención que el régimen usual de atribución de la tenencia al ser otorgada a un solo progenitor no implica que el menor se le va a negar ver su otro progenitor para ello el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que al momento de otorgarse la tenencia o patria potestad a un progenitor, implica que el juez también debe regular el derecho de visitas, con esto se precautela que se desarrollen las relaciones interpersonales, familiares que se fortalezca el vínculo parento-filial entre los progenitores. Cuando se otorga la tenencia el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico General de Procesos incorporan la obligación de escuchar a los niños y adolescentes, a través de los equipos técnicos se puede determinar el grado de madurez de los menores, por ende, se establece una serie de parámetros que determinan la valoración del criterio del menor, se debe considerar la edad del niño o adolescente y si no existe influencia interna o externa en cuanto a su decisión.

Al otorgar la tenencia del menor se emiten resoluciones donde prevalece el interés superior del menor que obliga que todas las actuaciones administrativas, judiciales busquen satisfacer los derechos del menor, por lo tanto, si el juzgador advierte que para confiar el cuidado del niño sea el padre o la madre la persona más idónea, no necesariamente debe recurrir a un ejercicio de igualdad de género porque el código establece que se tiene que confiar a la persona que esté más capacitada. Al presentarse una modificación de tenencia, es el actor quien deberá probar que la madre o padre que está actualmente con la tenencia y el cuidado del niño no es una persona idónea, deberá justificar con los medios de pruebas válidos que exige el Código Orgánico General de Procesos, que este padre o madre no cumple con los requisitos mínimos para el cuidado y protección del niño o niña o adolescente, bajo este concepto se van a tomar todos los medios de pruebas que se vayan a producir dentro del proceso e indudablemente siempre serán fundamentales, los informes de la oficina técnica, el criterio de la psicóloga, trabajadora social, médico, para que en función de aquello el juez pueda fundamentarse en su decisión. Es necesario que los jueces consideren los informes de los peritos, ya que ellos vienen a ser los ojos del juzgador, en los medios que el juzgador no puede estar presente como lo son: las evaluaciones psicológicas o las condiciones sociales de los padres, pueden ser parte de las pruebas los informes técnicos y el criterio del niño.

Juez N°. 6760-DNTH-2015-SBS

Se utilizó el cuestionario de preguntas ya enunciadas para realizar una nueva entrevista, con el objetivo de tener información desde su perspectiva como autoridad en funciones a la Abg. Bélgica Vizueta Tómalá, juez titular de la Unidad Judicial Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Santa Elena, desde el 18 de mayo del 2015, la entrevista fue realizada el 24 de agosto del 2021 siendo las 16:10 minutos, en las instalaciones del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena, en la sala de audiencias N°1.

La entrevistada hace mención que el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que se refieren de manera específica a interés superior del menor debe de ser tomando en cuenta por los jueces de familia, más que nada en momentos donde se resuelven asuntos relacionados a la situación socioeconómicas dentro del divorcio. En casos de divorcios o separación, los jueces no solo emiten sus resoluciones por asuntos de alimentos, visitas, patria potestad dentro de lo que es situación socioeconómica, también resuelven sobre la tenencia, el momento que se otorga la tenencia a un progenitor, es necesario que al otro progenitor se le conceda las visitas, se debe dejar constancia que el derecho de visitas es un derecho de los niños, que para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia es de transcendental importancia escuchar al menor de conformidad como lo establece el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, siempre y cuando el menor tenga la edad suficiente para que sea escuchado. Al aplicar la tenencia los jueces fundamentan su decisión haciendo prevalecer el interés superior del menor, no se considera el género en ningún momento, si lo más conveniente es que el niño este bajo el cuidado y protección de su madre quedara bajo su cuidado, pero si la madre no cuenta con las condiciones necesarias para mantener la protección, la tenencia se la otorgara al padre, siempre considerando el interés superior del niño que se encuentra establecido en el artículo 44 de la constitución de la República del Ecuador.

Con respecto del momento que se presenta una modificación de tenencia se considera talvez variación de circunstancias, si al niño que se encuentra bajo el cuidado y protección de su madre, ya no vive en las mismas condiciones que fueron consideradas cuando se dictó la resolución, o tal vez la madre ha tenido que dejar a sus hijos al cuidado de sus abuelos, estas circunstancias se toman en consideración para una modificación de tenencia.

Juez N°. 5930-DNTH-2014

Se realizó una nueva entrevista a la Abg. Kelly Flores Vera, juez titular de la Unidad Judicial Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Santa Elena, quien se encuentra en funciones desde el año 2014, la entrevista fue realizada el 31 de agosto del 2021 siendo las 11:23 minutos, en las instalaciones del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena, en la sala de audiencias N°2.

La entrevistada nos manifestó que generalmente la tenencia que se le da a uno de los padres es porque existe algún tipo de vulneración de derechos por parte del otro padre, en el sentido de que existe maltrato, violencia física, psicológica, algún tipo de violencia que se está dando por otra persona, es por eso que existe la restricción del cuidado y protección del niño o niña por parte de ese padre, de acuerdo a las circunstancias que se den, no se puede establecer que la separación con uno de los padres que no tenga a su cargo el cuidado y la protección del niño deba darse de forma total por eso el artículo 122 establece un régimen de visitas, la obligación de establecer un régimen de vistas a favor del padre que no tenga al niño, es por ello que este régimen de visitas es el que va a cuidar y proteger la relación parento-filial al padre que no esté a cargo de cuidado y protección. Por ende es indispensable en todo tipo de tenencia escuchar la opinión del niño o adolescente de acuerdo al artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez Adolescencia dependiendo de la madurez del menor se los debe escuchar porque los niños son el reflejo de todo lo que les sucede, escuchar a la madre o el padre es tener criterios en contra de cada uno que no se asemejan a la realidad del entorno que vive el menor, se debe escuchar al menor para tener presente que es lo que opina y en base a su propio interés superior determinar la tenencia y establecer un régimen de visitas a favor del otro progenitor, no se resuelve una tenencia por razón de género, mujeres y hombres tienen la capacidad de cuidar y proteger. Cuando se presenta una modificación de tenencia se hace un seguimiento a la resolución para verificar si existen variaciones dentro del entorno de convivencia del menor, de acuerdo a los informes técnicos, informes periciales, trabajo social, psicológico, médicos, siempre velando por el bienestar y el interés superior del menor, si no existen las garantías para asegurar el bienestar del menor no se puede modificar la tenencia.

4.1.1.1 Análisis e interpretación de resultados

De acuerdo a la información recabada con la entrevista a los Jueces De La Unidad De Niñez Y Adolescencia de la Provincia de Santa Elena, manifiestan ampliamente que para resolver procesos de tenencia encuentra la sustentación de sus resoluciones en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que se refieren de manera específica a interés superior del menor, este principio universal vela que todas las actuaciones administrativas, judiciales busquen satisfacer los derechos del menor, por lo tanto, si los informes técnicos entregados al juez advierten que para confiar el cuidado del niño es de gran importancia escuchar a niño de conformidad como lo establece el artículo 60 del código orgánico de la niñez y adolescencia, deberá ser escuchado, siempre y cuando cumpla con lo que establece la norma en cuanto a madurez, edad suficiente para que el niño sea escuchado y más aún cuando se da una modificación de tenencia es fundamental a través de los informes técnicos y periciales, se establezcan las variaciones que han surgido dentro del entorno del menor donde se verificará si es el padre o la madre es el progenitor más idóneo haciendo prevalecer el interés superior del niño.

4.1.2 Entrevista a los abogados en libre ejercicio

El instructivo de entrevista utilizado para la recolección de información a abogados está compuesto por 4 interrogantes planteadas, con el objetivo de conocer la perspectiva de los profesionales del derecho y el tecnicismo que utilizan cuando se encuentran, frente a los diversos casos donde los progenitores buscan que prevalezcan los derechos de sus hijos, este instructivo se aplicó a los abogados; Cindy Suarez, Evelyn Macías, Lorena Villón, Ángel Garcés, Venecio Pozo, Jackson Magallanes, Jhon Malavé, José Luis Rivadeneira, Ray Veas y Miguel Amaya. Las entrevistas se realizaron desde el 24 de agosto hasta el 1 de septiembre del 2021 en las inmediaciones del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Santa Elena y en consultorios jurídicos donde obtuvimos los siguientes insumos.

- a. ¿considera usted que actualmente el padre y madre tienen las mismas condiciones, responsabilidades y derechos sobre sus hijos para tomar las decisiones respecto de ellos?

- b. ¿considera usted que la tenencia de los hijos en casos de separación o divorcio de los progenitores, solo la debe tener la madre?
- c. ¿considera usted que la tenencia monoparental o única permite el pleno desarrollo de los hijos menores de edad, en los casos de separación o divorcio de sus progenitores?
- d. ¿cree usted que luego de la separación o divorcio de los progenitores, el régimen de visitas para poder ver a sus hijos otorgada por el juez al progenitor no custodio, sería el más adecuado para garantizar el interés superior del niño?

Los entrevistados consideran que es importante que ambos progenitores tengan los mismos derechos y responsabilidades, de acuerdo a lo que establece la ley, en cuanto que tienen las mismas condiciones pero en el ejercicio diario se reflejan otra, en muchas ocasiones la madre al ser considerada como la primera instancia de tener los derechos de sus hijos no permite al padre tener igualdad de derechos y responsabilidades, existen casos que la madre quita ciertas responsabilidades a los padres, el hecho que no exista una condición igualitaria en el momento de la distribución de estas responsabilidades, antes que los padres reclamen sus derechos es necesario hacer cumplir primero las obligaciones, si un padre reclama un derecho también debe cumplir con una obligación estas deben ser iguales entre los progenitores cada uno asume una parte de responsabilidades, para la crianza de los hijos se necesita que los padres mantengan buenas relaciones esto ayudara a formar el carácter de los menores y a no vulnerar el interés superior del menor. Para otorgar la tenencia de los hijos en casos de separación o divorcio de los progenitores se debe tener en cuenta las circunstancias en la que se suscitó la separación, el juez no solo debe considerar al tenor de la ley, sino también de acuerdo a las circunstancias que encierran esta disposición, no en todos los casos es perjudicial que el padre tenga la tenencia de los hijos, existen ocasiones en donde la madre no cumple su rol, deja el cuidado y responsabilidad a sus hijos a terceros y no permite al padre tener la tenencia de ellos. La tenencia debe otorgarse bajo una investigación sucinta, profunda por parte de la oficina técnica, psicóloga, trabajadora social, si ambos están cumpliendo sus obligaciones es necesario que la tenencia la puedan tener ambos progenitores, no solo la debería tener la madre para otorgar a tenencia es necesario tomar en consideración el entorno de convivencia que rodea al menor para no vulnerar sus derechos.

El otorgamiento de tenencia monoparental no en todos los casos satisface al pleno desarrollo de los hijos existen casos que cuando a la madre se le otorga la tenencia asume que el menor

debe estar todo el tiempo con ella y no permiten al padre ver al menor cuando se da esta situación los padres solicitan regulación de visitas porque no tienen acceso a los hijos, es aquí donde debería prevalecer la igualdad de condiciones, lo que el niño más necesita es estabilidad emocional, psicológica, si en el entorno del menor se encuentra estable no existirá problema de que se encuentre al cuidado de la madre o el padre. El régimen de visitas no siempre es el más adecuado para el progenitor no custodio, porque en ocasiones el padre debe llegar a la instancia judicial, para poder llegar a su hijo menor de edad, sin embargo, esto se ha considerado como una regla general donde los padres se divorcian y la madre se lleva a los menores por motivos personales la madre no deja que el padre comparta con sus hijos, la regulación de visitas siempre se da los fines de semana o mediados cuando el padre puede también bríndale estabilidad al menor puede estar con el menor más tiempo del que le es asignado dentro de la regulación de visitas, la ley se debería reformar porque cuál es el interés superior del niño, el que un juez obliga hacer algo que el menor no está de acuerdo, el régimen de visitas debería ser una última instancia lo que es más adecuado para el desarrollo del menor es la comunicación y buena relación entre los padres.

4.1.2.1 Análisis e interpretación de resultados

Los abogados en libre ejercicio de la provincia de Santa Elena aportaron información muy relevante del objeto de estudio al encontrarse inmersos en la defensa técnica en procesos de niñez y adolescencia en cuanto a tenencia, ellos manifiestan que con régimen de tenencia que se encuentra establecido en el artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, se debería dar seguimiento a la resolución de tenencia para que se cumpla con lo que dictamino el juez, si se cumpliera con dicha resolución el padre no custodio no buscaría llegar a la instancia judicial, para poder llegar a su hijo menor de edad solicitando ante el juez que le asigne un régimen de vistas, cuando la madre vulnera el interés superior del niño evitando que este mantenga relaciones afectivas con su padre. En cuanto al régimen de visitas establecido en el artículo 122 de Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, manifiestan que los jueces deberían escuchar a los menores debido que con la regulación visitas se busca prevalecer el interés superior del menor y es justo que se escuche al menor y ellos decidan de acuerdo a sus derechos cuanto tiempo quieren compartir con el padre no custodio.

4.1.3 Entrevista a Psicólogos educativos de la provincia de Santa Elena Entrevista a Psicóloga de la Unidad Educativa Rafael Morán Valverde “Liceo Naval Salinas”

El instrumento denominado guía de entrevista tendiente a conocer la percepción de los profesionales en materia de psicología educativa, la misma que constaba de 5 preguntas y se realizó a la Psicóloga Nataly Batallas el día 27 de agosto del 2021 a las 18:06 pm en la dependencia de su consultorio particular, del cual se obtuvo los siguientes insumos:

- a) ¿Qué cambios se podrían dar en la personalidad de los hijos menores cuando surgen problemas dentro del vínculo familiar?
- b) Al ocasionarse una disolución del vínculo matrimonial, ¿cuáles serían las medidas apropiadas para que los hijos mantengan acercamientos afectivos hacia sus progenitores?
- c) ¿Considera usted que es discriminatorio el hecho de que solo a la madre se le otorgue la tenencia de los hijos?
- d) ¿Desde su perspectiva profesional, cuáles son los daños que ocasiona que la tenencia de los hijos sea otorgada a solo uno de los progenitores?
- e) ¿Cree usted que es importante para el desarrollo emocional del niño o niña la presencia constante de sus progenitores?

La entrevistada manifestó que los cambios que se dan en los hijos menores cuando surgen problemas dentro del vínculo familiar son cambios en la personalidad drásticos porque no serían cambios si no trastornos de personalidad que son cuestiones ya patológicas, lo que se dan son cambios en la conducta, retraimiento, menor comunicación con los padres de familia. Con estos cambios se puede ir determinada la forma en que le está afectando el problema familiar que están cambiando al niño. Si estas no se corrigen a tiempo y no han sido sanadas hasta su adolescencia, pueden influenciar en las relaciones de confianza con los padres. Menciona que cuando se ocasiona una disolución en el vínculo matrimonial, las medidas apropiadas para que los hijos mantengan acercamientos afectivos con los progenitores lo más importante es la comunicación, no solo entre padre e hijo o madre e hijo sino la comunicación entre padres, en un divorcio lo que se termina es la relación conyugal, la relación padre a hijo nunca va a terminar que exista un acercamiento para que este vínculo con el hijo no se rompa, que se pueda mantener una conversación de acuerdo a la edad del niño para captar su entendiendo para que ellos puedan comprender que ha

sucedido dentro del hogar y puedan sentirse seguros con ambos progenitores. Además considera que es discriminatorio el hecho de que solo a la madre se le otorgue la tenencia de los hijos, no hay que negar que el vínculo materno existe que es mucho ms fuerte que el vínculo paterno, pero esto no quiere decir que el rol paterno no existe, porque cada progenitor cumple su rol y si es discriminatorio porque no se sabe cuáles serán la condiciones en la que va a vivir el niño, puede que en el nuevo hogar del niño influye las relaciones intrafamiliares no son armónicas y estas discusiones entre la familia afecta directamente al niño. No es conveniente que se le otorgue directamente la tenencia a la mama sin tener en cuenta estos factores de las relaciones familiares.

Recalca que el problema no es la separación, el problema es el contexto en el que se da la separación, como los pares han decidido terminar la relación si han terminado en buenos términos o por discusiones y si la tenencia del niño la han decidido ellos o han incurrido en acciones legales, todos estos aspectos afectan de manera directa al niño, porque van a ir adaptándose a la situación que están viviendo. Estos cambios deberían trabajarse de manera periódica para que no afecten bruscamente el entorno del menor. Concluye que lo primordial, para un niño o niña en su etapa de crecimiento todo su mundo es la familia, el problema no es que los padres se separen, el problema radica que no existe una buena relación entre ellos cuando viven con uno de los padres y no ven a otro progenitor. No se debe tener solo la relación económica en donde el padre cumple su responsabilidad, se debe trabajar en que los progenitores se involucren en aspectos, emocionales y de comunicación para que no se corte la relación entre padres e hijos.

Entrevista a Psicóloga de la Fundación Social Melvin Jones

Para conocer una nueva postura referente al tema de tenencia, se realizó una nueva entrevista a la Psicóloga Yudie Villao la que fue llevada a cabo por medio de la plataforma tecnológica zoom el día 27 de agosto del 2021 a las 16:05 pm, del cual se obtuvo la siguiente información:

La entrevistada ampliamente expuso sus opiniones en torno a los aspectos que se podrían dar en la personalidad de los menores cuando surgen problemas familiares que concierne a la separación o divorcio de los progenitores, expresa que estos cambios son emocionales y conductuales, referimos conductuales porque influyen el comportamiento, es decir suelen ser agresivos, suelen desobedecer a rol de la autoridad con la que conviven, también

repercute en el sistema escolar no logran una concentración plena, no logran relaciones sociales saludables por cargan este tipo de emociones dentro del hogar, muchos de ellos suelen generar problemas más fuertes como lo es la depresión, ansiedad problemas de alteraciones de sueño estos son los mayores cambios que se dan según con la edad del niño. Es más cuando un hogar se vuelve disfuncional porque los progenitores lo han decidido, se deja un trato como pareja pero se continúa el trato como padres, por el bien de los niños se debe llegar a un dialogo, acuerdo tener un grado de comunicación asertiva para que esto no perjudique el trato a los hijos, uno de los acuerdos es mantener las rutinas, tener comunicación entre hijos hacia los padres, se debe trabajar para mantener la confianza tanto al rol materno o paterno, es importante que ni uno de los progenitores adopten un posición de discriminación hacia el otro o desautorizarse, se debe mantener claro los limites ya sean dentro como fuera de casa, mantener los acuerdos que ya se han mantenido durante el matrimonio.

Estima discriminatorio el que se otorgue la tenencia solo a la madre porque no se sabe si ambos progenitores cumplen con responsabilidad su rol como padres, muchas veces se desconoce cuál es la personalidad de la madre como del padre en el cuidado de los hijos, si es discriminatorio que solo se le otorgue a la mujer, claro está que es una prioridad, pero también se le puede dar al rol paterno y si existe una normativa de por medio dar seguimiento que se cumpla con el cuidado del menor ya sea que el menor se encuentre con un rol materno o paterno ya que los resultados causarían problemas emocionales como depresión o socializar con otros niños, ningún rol puede estar separado de otro rol, no es saludable para el menor no ver y compartir con mamá o papá momentos especiales que ellos consideran importantes, cuando un matrimonio culmina los padres siguen siendo padres, es necesario que se mantengan las responsabilidades adoptadas dentro del matrimonio.

Hace hincapié que es muy importante la presencia constante de ambos progenitores, no pueden estar ausentes, por lo general cuando se quedan con el rol materno muy poco está el padre de familia en actividades que los menores quieren compartir, cuando los menores son hombres tienden a tener más relación de confianza con el rol paterno en cambio las niñas tienen más comunicación con las madres, sobre todo en temas íntimos dependiendo de la edad de los menores. Cuando no está presente un progenitor, el menor busca confianza en terceras personas y muchas veces esas terceras personas no brindan una buena orientación, no se encuentran apoyados de manera total como lo haría un padre de familia, es fundamental

que los dos roles estén, aunque el matrimonio ya no exista para no perjudicar la parte emocional y social de los menores.

Entrevista a Psicóloga de la Unidad Educativa Eugenio Espejo

Esta entrevista se realizó a la Psicóloga Educativa Galud Rivera Chernes fue llevada a cabo por medio de video llamada en la aplicación comunicativa WhatsApp el día 01 de septiembre del 2021 a las 20:00 pm, del cual se obtuvo la siguiente información:

A partir de las interrogantes planteadas, la entrevistada expone que e deben establecer las causas en relación a los padres por cuestiones de infidelidad, económicas, sociales, psicosocial cuando los padres se separan hay una discrepancia porque muchas veces el niño se interioriza que cuando los padres se separan ellos son los causantes de los problemas que se dan entre la pareja, llegan a enfocar directamente al menor y este deja de ser la atención central y más se dedican al problema interno que tienen, entonces el niño se va a sentir desplazado, muy desgastado por las constantes discusiones de los padres. El niño se va a sentir triste, bajará en su rendimiento académico, tendrá discrepancias con sus compañeros porque es una forma de llamar atención cuando ese niño o niña es agresivo con los compañeros, pero porque adopta una posición agresiva es por los padres que se agredieron de manera física, psicológica y el niño adopta todo este compartimento negativo y o replica ante sus compañeros.

Cuando se dan situaciones de disolución del vínculo entre los progenitores, es fundamental que piensen en los hijos, deben crear un vínculo muy afectivo entre ambos una buena comunicación, ser amigos ya no marido y mujer para que sus hijos crezcan con una actitud positiva ante la sociedad, no crear adolescentes que en el futuro lleguen a ser problema para la sociedad, que sean adolescentes con una actitud positiva es aquí donde los progenitores deben crear una buena relación y permitir una buena relación afectiva para el bienestar de este niño adolescente. Para lograr un sano desarrollo del menor es eficaz que los padres sean amigos que mantengan una buena relación entre ambos por el bienestar de sus hijos. Considera que la tenencia debe ser otorgada a la madre o al padre dependiendo de las circunstancias de la disolución del vínculo matrimonial, en la actualidad existen dentro de los hogares problemas de violación donde un padre puede ser señalado de atentar contra la integridad de uno de sus hijos, es aquí donde el menor debe de ser alejado de inmediato del padre, pero si esta disolución del vínculo matrimonial tiene diferentes circunstancias como

que los padres se dejaron de querer o ya no comparte las mismas actitudes, es saludable para el menor que tanto padre y madre tengan a potestad del niño, niña o adolescente para que tengan ese vínculo de amor, responsabilidad y de unión no solo como padres sino como amigos. Pero de acuerdo a la normativa existente no estoy de acuerdo que solo a la madre se le dé la tenencia de los hijos porque el hombre también tiene las mismas responsabilidades en la crianza de sus hijos la responsabilidad debe ser compartida.

Referente a los daños ocasionados que la tenencia sea otorgada a uno de los progenitores y en el mayor de los casos a la figura materna, genera culpabilidad, cuando se da la disolución del vínculo matrimonial, el niño llega a asumir esa responsabilidad de culpabilidad que él fue el causante de esa separación, va a influir en su rendimiento académico, social y adoptará una actitud agresiva, siendo vulnerable en el sentido que grupos de mayor edad lo acojan mostrando vínculos de amistad porque su autoestima está totalmente baja, sería una causante de las malas relaciones que podría tener este niño o adolescente provocando el abandono de sus estudios y encontrar refugio en las calles. De tal manera es fundamental que el niño, niña y adolescente comparta con sus padres, porque la madre cumple una función muy importante dentro del desarrollo del menor y no puede reemplazar el rol de padre, es muy importante que los padres dejen a un lado sus diferencias, se vuelvan amigos entre ellos y con sus hijos, no es solo pasar una pensión de alimentos, lo importante es que los padres compartan momentos, relaciones afectivas con sus hijos para que los menores se sientan seguros con sus padres.

4.1.3.1 Análisis e interpretación de resultados

De las respuestas vertidas a estas interrogantes por parte de los psicólogos educativos, manifiestan que la problemática se desprende a partir de la separación o divorcio de los padres, en la que surgen problemas de aspectos jurídicos generando procesos de tenencia que por lo general conllevan a consecuencias negativas, estas recaen sobre los hijos menores causando en su gran mayoría obstáculos para establecer relaciones coparentales entre padres e hijos, es aquí donde interviene la psicología a estudiar diversas circunstancias la que se encamina a organizar la situación de la familia en exclusiva el interés de los niños, para reducir las consecuencias e impactos que implica esta problemática. La separación o divorcio de los progenitores conlleva a un desequilibrio emocional, psicológico y social en los hijos, durante un proceso de tenencia se desencadena situaciones que se materializan en aspectos conductuales, psicoemocionales. En cuanto a la situación del progenitor que se le otorga la

tenencia que usualmente es a la madre se produce una sobrecarga de asumir toda la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos dejando al padre no custodio bajo el rol de alimentante, bajo el punto de vista profesional este rol no solo debe tener la relación económica en donde el padre cumple su responsabilidad, sino más bien se debe trabajar en que los progenitores se involucren en aspectos, emocionales, afectivos y de comunicación para que no se corte la relación entre padres e hijos y así se cumpla con garantizar el interés superior del menor.

4.2 Verificación de la idea a defender

“La figura jurídica de la tenencia en la legislación ecuatoriana, vulnera lo establecido en la Constitución sobre el principio de interés superior del niño con respecto a su desarrollo integral, tener una familia, disfrutar de la convivencia familiar, corresponsabilidad y coparentalidad materna y paterna”.

Tras la revisión de varias concepciones teóricas de diversos autores, la Constitución de la República del Ecuador, Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos legales que velan por garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes y de acuerdo al análisis e interpretación de resultados obtenidos a través de las técnicas de la investigación, se entiende que “el interés superior del niño comprende el derecho a su desarrollo integral, proceso de crecimiento, maduración, un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad”. (C.R.E, art 44, 2008), según lo establecido en la carta magna, en particular, el principio de interés superior del niño está enfocado a garantizar y defender los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuya potestad les corresponde a los padres. “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. (C.R.E, art 83.16, 2008), para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (C.R.E, art 69.1, 2008).

A partir de lo citado se establece que el régimen de tenencia vigente en el Ecuador no vulnera lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador porque para otorgar la tenencia, los administradores de justicias durante el proceso que se lleva a cabo trabajan en conjunto con las oficinas técnicas inmersas en el ámbito de niñez y adolescencia, los jueces

sustentan su decisión en base a los informes que emiten los departamentos social, psicológico y médico donde determinan la idoneidad de los padres para el cuidado y crianza de los hijos sin que afecte los derechos de los progenitores ya que al padre no custodio se le otorga un régimen de visitas para que se fortalezca las relaciones parentofiliales y la corresponsabilidad y coparentalidad materna y paterna con sus hijos, prevaleciendo así lo establecido en la Constitución e instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños.

CONCLUSIONES

- Tras el análisis del presente trabajo de investigación se determina que a raíz de la separación o divorcio de los cónyuges se incrementan diariamente procesos de judicialización de temas relativos a tenencia de los hijos constituyéndose como un síntoma principal ya que esto se trata de la notable desigualdad de género en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que contempla la tenencia monoparental o única, dando como preferencia la figura materna, dejando al padre bajo un rol secundario.
- El Código orgánico de la niñez y adolescencia ha sido objeto de varias reformas con el fin de hacer prevalecer el interés superior del niño, es por ello que Asambleístas, y miembros de otras instituciones en defensa del interés superior del niño han hecho un análisis minucioso y presentación de fundamentos tomando en consideración la legislación de otros países como por ejemplo España y Chile que ya han incorporado en sus legislaciones una nueva figura jurídica como es la tenencia compartida, precisamente para eliminar toda forma de discriminación contra los padres, sino más bien que la educación, crianza y cuidado de los menores exija responsabilidad de ambos progenitores.
- Se concluyó que el conflicto que se desprende de esta problemática jurídica no solo depende de la separación o divorcio de los progenitores sino más bien de los prejuicios socioculturales, estereotipos de género, situaciones que crean los cónyuges y dependencias institucionales públicas y privadas que perjudica directamente la estabilidad emocional, jurídica y psicológica de los menores.

RECOMENDACIONES

- Que la función legislativa tome medidas que sean adecuadas para garantizar el interés superior del niño, incluya una comprensión conveniente, que se reconozca la corresponsabilidad y coparentalidad común entre progenitores aspectos relacionados a la educación y al desarrollo integral de sus hijos, constituyéndose estos aspectos primordiales en el pleno desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.
- Que la función legislativa tome medidas tendientes a garantizar las condiciones de igualdad en cuanto a derechos y responsabilidades como progenitores, la no discriminación, y el interés superior del niño cualquiera que sea su estado civil en relación de sus hijos.
- Que los padres empiecen a tomar conciencia sobre el impacto que se transmiten a los hijos al estar involucrados en el círculo del conflicto conyugal, si bien es cierto el derecho de alimentos que están obligados a pasar los padres no custodios son fundamentales que están inmiscuidos la alimentación, educación, transporte, vivienda, vestimenta entre otros, la parte afectiva, las relaciones parento filiales también son fundamentales para garantizar el desarrollo íntegro de los hijos y de esta manera prevalecerán los principios de igualdad de derechos y responsabilidades y de interés superior del niño.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abogabos y asociados. (2015). Los efectos del vínculo matrimonial y el mecanismo legal para su terminación. *Revista Abogados*, 14.
2. Alcalá, R. M., & Pérez, G. M. (2011). *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid: Reus.
3. Baldassarre, P. B. (2014). *Derecho civil*. Michigan: El Ateneo.
4. Bastar, S. G. (2012). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. Ciudad de México: Red Tercer Milenio.
5. Bedoya, M. E., & Maldonado, L. J. (2020). *La organización social del cuidado de niños niñas y adolescentes en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
6. Bogdanski, S. P. (2017). *Vida y Familia*. Estado de México: UNID editorial digital.
7. *C.R.E, art 44*. (2008). Montecristi: Lexis.
8. *C.R.E, art 69.1*. (2008). Montecristi: Lexis.
9. *C.R.E, art 83.16*. (2008). Montecristi: Lexis.
10. Chamorro, M. E. (2014). *Las parejas de hecho y su marco legal*. Madrid: Reus.
11. Chávez, J. P., & Olguín, R. F. (2015). *Sociedad conyugal y divorcio: Tratamiento jurídico fiscal*. Colombia: Tax Editores.
12. *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Guayaquil: Libería Cervantes CIA.LTDA.
13. *Constitución de la República del Ecuador. Art 67*. (2008). Guayaquil: Librería Cervantes CIA. LTDA.
14. Convención de los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1959). *Convención de los Derechos del Niño*. Ginebra: Resolución 24/25.
15. Cúcuta, D. L., & Hernández, C. U. (2017). *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*. México: Juris.

16. Fernández, L. M. (2018). *Reformas de las políticas del bienestar en España*. Madrid: Siglo XXI de España.
17. García, S. T. (2016). El interés superior del niño. *Scielo*, 11.
18. General, A. (1989). *Convención sobre los Derechos de los Niños*.
19. Keller, T. (2017). *El significado del matrimonio: Cómo enfrentar las dificultades del compromiso con la sabiduría de Dios*. México: B&H Publishing Group.
20. Méndez, C. E. (2011). *METODOLOGÍA (diseño y desarrollo del pproceso de investigación con énfasis en ciencias empresariales)*. México: LIMUSA.
21. Murillo, K. P., & Cabrera, J. K. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Scielo*, 28.
22. Pabón, J. E. (2018). *Derecho civil. Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
23. Parra, I., & Marcela, P. (2016). *Precedente judicial en el Contencioso Administrativo: estudio desde las fuentes del derecho*. Colombia: Universidad del Rosario.
24. Pinto, M. S. (2018). EL CUIDADO PERSONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA FAMILIA SEPARADA: CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE PADRES E HIJOS EN EL NUEVO DERECHO CHILENO DE FAMILIA. *Scielo*, 36.
25. Presas, I. G. (2014). *La patria potestad*. Madrid: Dykinson.
26. Sáez, J. D. (2020). *La guarda y custodia compartida: Estudio de la realidad jurídico-práctica española*. Madrid: Reus.
27. Tomalá, C. C.-B. (2015). *Guía Metodológica*. Santa Elena- Ecuador.
28. Tomalá, E. C.-A. (2015). *Guía Metodológica*. Santa Elena - Ecuador.
29. Torres Sánchez, X. P. (2019). *Derecho de familia. Evolución y actualidad en Ecuador*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
30. UNICEF. (2019). *Estado Mundial de la Infancia: Conmemoración de los 20 Años de la Convención Sobre los Derechos del Niño*. México: UNICEF.

31. Unicef. (17 de 06 de 2020). *Igualdad de género*. Obtenido de <https://www.unicef.org/lac/igualdad-de-genero>
32. Urrutia, F. J. (2013). *El divorcio según la ley de matrimonio civil dictada por el Congreso del Ecuador de 1902: Capítulo final del tomo primero de los Estudios de legislación y de derecho civil*. Ecuador: Librería Americana.
33. Vide, C. R., & Alba, I. E. (2010). *Derecho de la familia*. Madrid: Reus.

ANEXOS

Anexo N° 1 Guía de entrevista para los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia Niñez y Adolescencia
Elaborado por: Villarreal - Lino



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO**



ENTREVISTA A JUECES EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

TITULO: PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES AL AMPARO DE LAS REGLAS DE ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020

OBJETIVO: Levantar información desde la percepción profesional acerca del principio constitucional de interés superior del niño y la figura jurídica de la tenencia de los hijos en caso de separación y divorcio de los padres, mediante la técnica de investigación de entrevistas para la proporción de resultados hacia el objeto de estudio.

Estimado entrevistado nos interesa conocer su opinión sírvase contestar los siguientes planteamientos los cuales permitirán alcanzar los objetivos planteados en la parte superior, agradecemos su comprensión.

1. ¿Considera usted que el régimen usual de atribución de la tenencia del hijo a un progenitor con exclusión del otro satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna del niño?
2. ¿Considera Ud. que para hacer efectivo el interés superior del niño en un proceso de tenencia resulta fundamental escuchar la opinión del niño o adolescente?
3. ¿Al aplicar la tenencia de los hijos conforme el artículo 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, se debe tomar en consideración la igualdad de género o el interés superior del menor?
4. ¿Qué aspectos fundamentales se debería tomar en cuenta en una modificación de tenencia de los hijos?



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO**



ENTREVISTA A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

TÍTULO: PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES AL AMPARO DE LAS REGLAS DE ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020

OBJETIVO: Levantar información desde la percepción profesional acerca del principio constitucional de interés superior del niño y la figura jurídica de la tenencia de los hijos en caso de separación y divorcio de los padres, mediante la técnica de investigación de entrevistas para la proporción de resultados hacia el objeto de estudio.

Estimado entrevistado nos interesa conocer su opinión sírvase contestar los siguientes planteamientos los cuales permitirán alcanzar los objetivos planteados en la parte superior, agradecemos su comprensión.

1. ¿considera usted que actualmente el padre y madre tienen las mismas condiciones, responsabilidades y derechos sobre sus hijos para tomar las decisiones respecto de ellos?
2. ¿considera usted que la tenencia de los hijos en casos de separación o divorcio de los progenitores, solo la debe tener la madre?
3. ¿considera usted que la tenencia monoparental o única permite el pleno desarrollo de los hijos menores de edad, en los casos de separación o divorcio de sus progenitores?
4. ¿cree usted que luego de la separación o divorcio de los progenitores, el régimen de visitas para poder ver a sus hijos otorgada por el juez al progenitor no custodio, sería el más adecuado para garantizar el interés superior del niño?



UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO



ENTREVISTA A PSICÓLOGOS

TITULO: PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: LA TENENCIA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE LOS PROGENITORES AL AMPARO DE LAS REGLAS DE ARTICULO 106 DEL CÓDIGO ORGANICO DE LA NINEZ Y ADOLESCENCIA, AÑO 2020

OBJETIVO: Levantar información desde la percepción profesional acerca del principio constitucional de interés superior del niño y la figura jurídica de la tenencia de los hijos en caso de separación y divorcio de los padres, mediante la técnica de investigación de entrevistas para la proporción de resultados hacia el objeto de estudio.

Estimado entrevistado nos interesa conocer su opinión sírvase contestar los siguientes planteamientos los cuales permitirán alcanzar los objetivos planteados en la parte superior, agradecemos su comprensión.

1. ¿Qué cambios se podrían dar en la personalidad de los hijos menores cuando surgen problemas dentro del vínculo familiar?
2. Al ocasionarse una disolución del vínculo matrimonial, ¿cuáles serían las medidas apropiadas para que los hijos mantengan acercamientos afectivos hacia sus progenitores?
3. ¿Considera usted que es discriminatorio el hecho de que solo a la madre se le otorgue la tenencia de los hijos?
4. ¿Desde su perspectiva profesional, cuáles son los daños que ocasiona que la tenencia de los hijos sea otorgada a solo uno de los progenitores?
5. ¿Cree usted que es importante para el desarrollo emocional del niño o niña la presencia constante de sus progenitores?

Elaborado por: Villarreal – Lino

Evidencias del proceso de levantamiento de la información

Foto N° 1 Entrevista a la Jueza Abg. Kelly Flores Vera



Foto N° 2 Entrevista al Juez Abg. Blasco Álvarez Gómez



Foto N° 3 Entrevista a la juez Abg. Bélgica Vizqueta



Foto N° 4 Entrevista al Abg. Ray Veas



Foto N° 5 Entrevista a la Abg. Cindy Suarez



Foto N° 6 Entrevista al Abg. Ángel Garcés



Foto N° 7 Entrevista a la Psicóloga Nataly Batallas



Foto N° 8 Entrevista a la Psicóloga Galud Rivera Cherez



Foto N° 9 Entrevista a la Psicóloga Yudie Villao

