



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**EL ARTÍCULO 106 NUMERAL 2 DEL CONA Y SU INCIDENCIA EN EL  
INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

**AUTOR**

**Gallardo Carrasco Martha Cecilia**

**TRABAJO DE TITULACIÓN  
Previo a la obtención del grado académico en  
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**TUTORA**

**Tapia Blacio Ana María**

**Santa Elena, Ecuador**

**Año 2022**



**UPSE**

**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**TRIBUNAL DE GRADO**

---

**Q.F. Calero Mendoza Rolando, PhD.  
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE  
POSTGRADO**

---

**Lic. Paola Cortez Clavijo, MSc.  
COORDINADORA DEL  
PROGRAMA**

---

**Abg. Brenda Reyes Tomalá, Mgt.  
DOCENTE  
ESPECIALISTA**

**ANA MARIA TAPIA BLACIO** Firmado digitalmente  
por ANA MARIA TAPIA  
BLACIO  
Fecha: 2022.06.22  
10:58:47 -05'00'

---

**Abg. Ana María Tapia Blacio  
TUTORA**

---

**Abg. Coronel Ortiz Víctor, MSc.  
SECRETARIO GENERAL  
UPSE**



**UPSE**

**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**CERTIFICACIÓN**

Certifico que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Martha Cecilia Gallardo Carrasco**, como requerimiento para la obtención del título de Magister en Derecho mención derecho constitucional.

**TUTOR**

**ANA MARIA  
TAPIA  
BLACIO** Firmado digitalmente  
por ANA MARIA TAPIA  
BLACIO  
Fecha: 2022.06.22  
10:58:47 -05'00'

---

**Ana María Tapia Blacio**

**26 días del mes de junio de año 2022**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **Martha Cecilia Gallardo Carrasco**

**DECLARO QUE:**

El trabajo de Titulación, El artículo 106 numeral 2 del CONA y su incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, previo a la obtención del título en Magister en Derecho mención derecho constitucional, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Santa Elena, a los 26 días del mes de junio de año 2022

**EL AUTOR**

A handwritten signature in blue ink, which appears to read "Martha Cecilia Gallardo Carrasco".

---

**Martha Cecilia Gallardo Carrasco**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Martha Cecilia Gallardo Carrasco**

Autorizo a la Universidad Estatal Península de Santa Elena a la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, El artículo 106 numeral 2 del CONA y su incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Santa Elena, a los 26 días del mes de junio de año 2022

**EL AUTOR**

A handwritten signature in blue ink, which appears to read "Martha Cecilia Gallardo Carrasco".

---

**Martha Cecilia Gallardo Carrasco**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA  
DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
INSTITUTO DE POSTGRADO**

Certifico que después de revisar el documento final del trabajo de titulación denominado El artículo 106 numeral 2 del CONA y su incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, presentado por el estudiante Martha Cecilia Gallardo Carrasco, fue enviado al Sistema Antiplagio URKUND, presentando un porcentaje de similitud correspondiente al 0%, por lo que se aprueba el trabajo para que continúe con el proceso de titulación Certificación de Antiplagio.



**Document Information**

Analyzed document	ENSAYO MAESTRANTE MARTHA GALLARDO.docx (D140000960)
Submitted	2022-06-10T22:44:00.0000000
Submitted by	
Submitter email	martha_mcgc@hotmail.com
Similarity	0%
Analysis address	atapia.upse@analysis.arkund.com

**Sources included in the report**

**TUTOR**

**ANA MARIA  
TAPIA  
BLACIO** Firmado digitalmente  
por ANA MARIA TAPIA  
BLACIO  
Fecha: 2022.06.22  
10:58:47 -05'00'

**Ana María Tapia Blacio**

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento primero es para Dios, porque me bendice con vida, salud y con lo más importante que poseo mi familia, quienes siempre apoyan mis sueños y me dan ánimos para seguir adelante.

A mi esposo por creer siempre en mí, alentándome y apoyándome para no abandonar mis sueños.

A mi hija Leslie Peralta Gallardo y a mi yerno Guillermo Panchana Zambrano, porque en el transcurso de esta maestría han tenido la paciencia y voluntad para guiarme en mis dudas y falencias informáticas.

Martha Cecilia Gallardo Carrasco

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a mi padre Néstor Gallardo Saravia (+) quien, a pesar de no estar físicamente en este mundo, estaría feliz y orgulloso de saber que uno de sus sueños se hizo realidad. A mi esposo Ulises Peralta Mosquera por ser el apoyo incondicional en todos mis proyectos. A mis hijos y nieta por ser el motivo e inspiración para superarme profesionalmente.

A mi madre Rosa Carrasco, por su apoyo incondicional.

*Martha Cecilia Gallardo Carrasco*

## ÍNDICE DE CONTENIDO

TRIBUNAL DE GRADO .....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD .....	III
AUTORIZACIÓN .....	IV
AGRADECIMIENTO .....	VI
DEDICATORIA.....	VII
ÍNDICE DE CONTENIDO .....	VIII
ÍNDICE DE GRÁFICO.....	VIII
RESUMEN .....	IX
ABSTRACT .....	X
INTRODUCCIÓN.....	1
DESARROLLO.....	3
CONCLUSIÓN .....	15
REFERENCIAS .....	16

## ÍNDICE DE GRÁFICO

Gráfico 1.....	4
Gráfico 2.....	5

## **RESUMEN**

Este ensayo tiene como finalidad analizar si al momento de existir una separación de hecho o un divorcio en un hogar y el juez al aplicar lo establecido en el artículo 106 numeral 2 otorgando la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, sea este el padre o la madre afecta o no al interés superior de los niños niñas o adolescentes. Además, pretende demostrar que es importante y urgente realizar reformas en el Código de la niñez y adolescencia, específicamente en el capítulo referente a la tenencia ya que es muy pobre en su contenido, ocasionando vacíos legales sobre este tema.

También se abordará las posibles consecuencias que causa en los niños, niñas y adolescentes, el hecho de que sus padres están separados y como esta separación ha afectado su comportamiento dentro de su hogar, fuera de él, en su escuela, colegio y entorno social.

**Palabras claves:** Interés superior del niño, Tenencia, Derechos de los niños

## **ABSTRACT**

The purpose of this essay is to analyze if at the moment of a de facto separation or divorce in a family and the Judge applied what is established of section 106 number 2, giving children's custody to one of their parents, whether the father or the mother affects or not to the children's welfare or teenager's. Also, it pretends to demonstrate that is important and urgent to carry out in the Children's and teenager's law, specifically in the section that refers to the custody because is poor in content, causing legal loopholes in this matter.

The possible consequences that it causes in children and teenagers will also be addressed, the fact that their parents are separated and how this separation has affected their behavior within their home, outside it, in their school, college and social environment.

**Key words:** children's welfare, custody, children's rights.

## INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos y entre los principales tenemos: el derecho a tener una familia, a disfrutar de la convivencia familiar, a ser cuidados y protegidos por ambos progenitores, entre otros; lamentablemente ya hace varios años en los hogares de todo el mundo, así como en los hogares ecuatorianos el divorcio o separación de los cónyuges es cada vez más frecuente ocasionando la desintegración de una familia, en donde los hijos son en la gran mayoría de los casos los más afectados al conocer que el matrimonio o la unión de sus padres ha culminado y al verse obligado a un cambio en su rutina.

Según el registro estadístico de matrimonios y divorcios del Instituto Nacional de Estadística y Censos- INEC, se determina que en el Ecuador desde el año 2010 hasta el 2017 existió un porcentaje alto de divorcios; sin embargo, desde el año 2017 hasta el 2020 se ha registrado una disminución de estos casos, considerando que hubo un decrecimiento de 14.568 casos de divorcios lo que representa el 45,7% menos que en el año 2019 cuando se registraron 26.815 divorcios. (Instituto nacional de Estadísticas y Censos-INEC, 2021) Pese a que existe tal disminución, no podemos ignorar que esto ocasiona que el niño, niña o adolescente se sienta vulnerable ante la separación y ausencia en su hogar de uno de sus progenitores, que en la mayoría de los casos suele ser el padre, además de verse obligado a regirse a un horario de visitas.

El impacto que causa la separación de los progenitores puede ocasionar efectos negativos en los niños, niñas y adolescentes; manifestándose con el cambio de conducta, presentando una disminución de notas en el aprovechamiento académico e incluso puede ocasionar que las relaciones con los demás niños resulten tensas, además que en ocasiones se ve afectado su salud física y emocional. (Mireia Orgilés, M.a Dolores Samper, 2011)

La decisión que toman los padres al divorciarse, coloca a los hijos en el centro del problema, ya que empiezan las disputas por obtener la tenencia o custodia de los menores que no han cumplido doce años, pese a que la madre en la mayoría de los casos es quien la ha obtenido de acuerdo a lo estipulado en el artículo 106 numeral 2 del código de la niñez y adolescencia (Codigo de la niñez y adolescencia, 2003) declarado inconstitucional por el pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Sentencia No. 28-15-IN/21; siendo aquí, en donde surgen discrepancia entre el progenitor que obtuvo la tenencia de el o los hijos y el otro progenitor que debe allanarse a un horario de visitas impuesto por un juez; en donde a pesar de existir un dictamen, en muchos casos enfrentan trabas para ejercer dicha disposición judicial, lo cual repercute en el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar.

En Ecuador contamos con leyes que buscan precautelar los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes, como la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y adolescencia, Código Civil, instrumentos legales que velan por el interés superior del niño; sin embargo, este principio pocas veces se cumple a cabalidad, debido a que no se han encontrado los mecanismos adecuados y efectivos, mediante reformas legales, que garanticen el bienestar de este grupo de atención prioritaria.

El presente tema es importante ya que permitirá tomar consciencia que los niños, niñas y adolescentes, tienen derechos a convivir con ambos progenitores aun cuando exista una separación entre los padres y que no necesariamente la tenencia de los hijos se otorgue preferentemente a la madre; sino que, está decisión sea basada en un análisis profundo del comportamiento ambos padres; por lo que, resulta necesario una reforma en el artículo 106 del código de la niñez y adolescencia garantizando y cumpliendo el principio del interés superior del niño.

|

## DESARROLLO

La familia es un grupo conformado por dos o más personas que están relacionados entre sí, puede ser por un parentesco sanguíneo como es el caso de los hijos o por afinidad que es el caso de los padres (matrimonio).

López Santacruz Raúl considera que:

La sociedad y la familia como pilares fundamentales en los que se fundamenta un Estado, por eso se debe tener en cuenta que son de la clase social vulnerable por lo que en él se hace mención al principio de su interés superior, ante cualquier eventualidad que pueda sobrevenir en contra de las niñas, niños y adolescentes, mismos que tienen derecho para su desarrollo pleno tomando en cuenta todas las partes y circunstancias que son importantes para su madurez integral, mismo que garantice el progreso individual de todos las niñas, niños y adolescentes . (López Santacruz, 2017)

La Convención sobre los derechos del niño en su artículo 1, refiere que niño es:

Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Convencion sobre los derechos del niño, Art. 1, 1989)

El código de la niñez y adolescencia define al niño, niña como la persona que no ha cumplido doce años y adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad. (Código de la niñez y adolescencia, Definición de niños, niñas y adolescentes, 2003)

El artículo 21 del código civil expresa que niño es:

Aquel que no ha cumplido siete años; impúber, el varón , que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce;

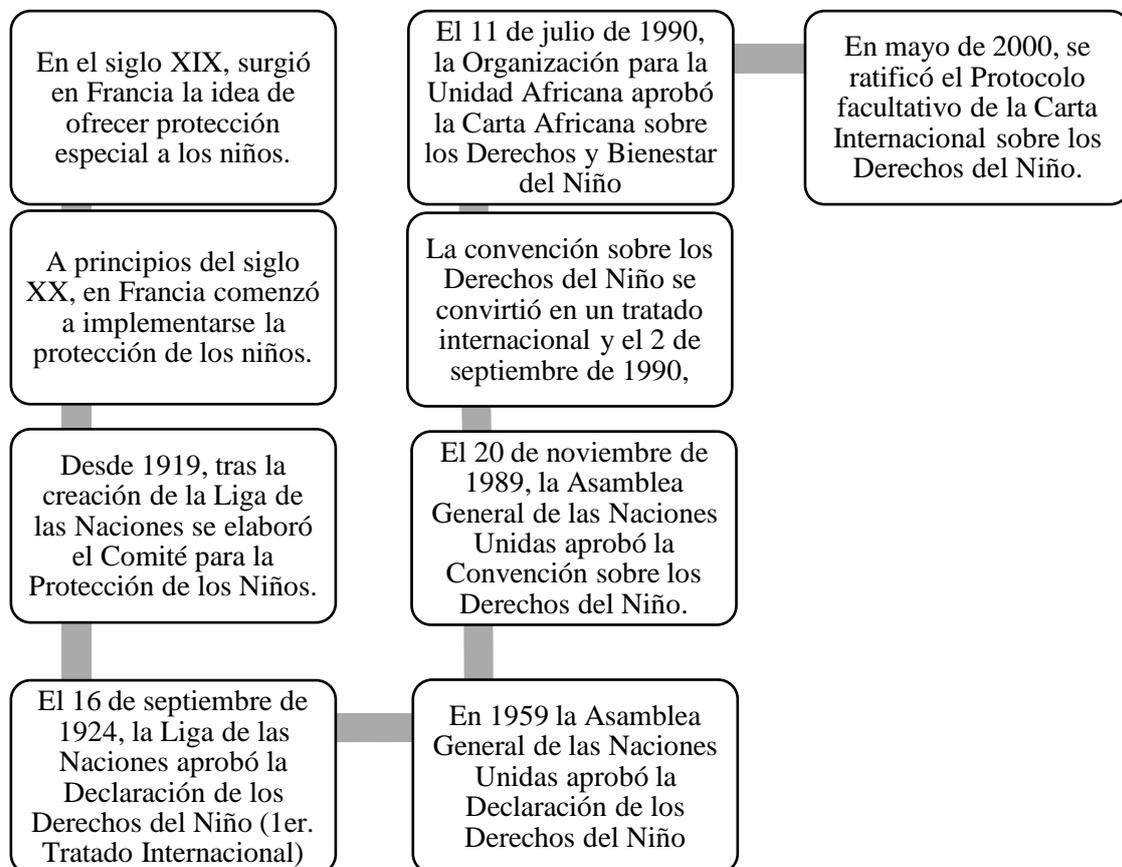
adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha ha llegado a cumplirlos. (Codigo Civil, 2005)

No siempre en el mundo y en el Ecuador se priorizaron los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a pesar de las características particulares que identifican a este grupo y que lo diferencia de un adulto.

La evolución histórica de los derechos de niños según (Cervantes Franco , 2020) es la siguiente:

### **Gráfico 1.**

#### **Historia de los derechos de los niños**

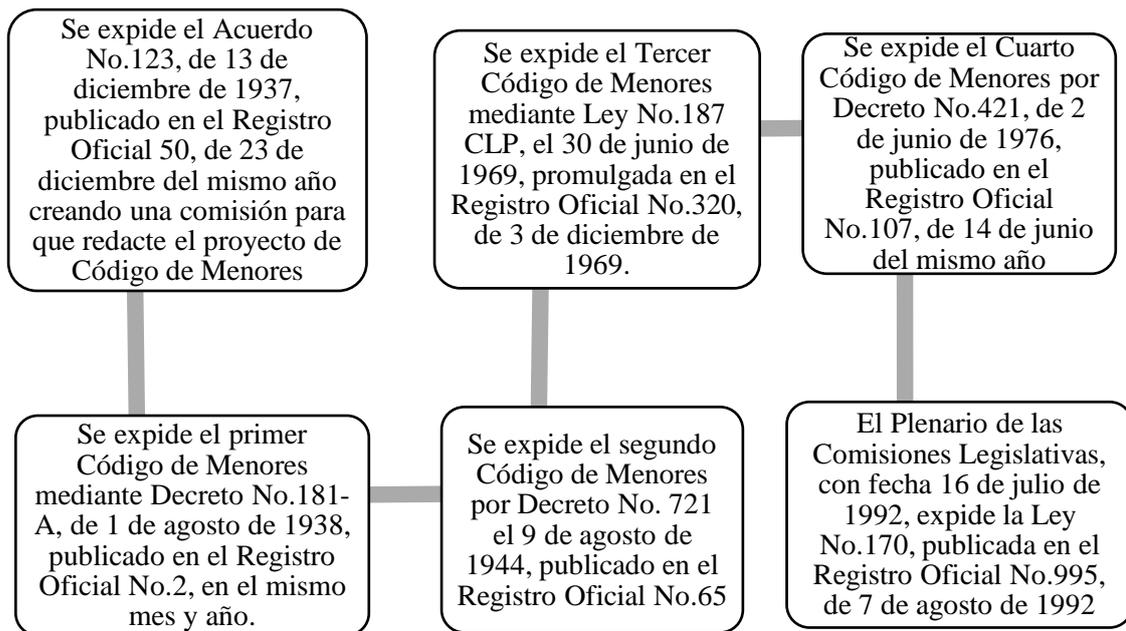


*Nota:* El gráfico es un breve resumen de los acontecimientos que según el análisis realizado fueron los más relevantes en la historia de los derechos de los niños y niñas.

Tanto para el mundo como para nuestro país Ecuador la lucha por precautelar los derechos de los niños y niñas y adolescentes, han sufrido evoluciones a través de los años, entre las más importantes según (Durán Mera & Durán Ponce , 2020) tenemos:

**Gráfico 2.**

***Historia de los derechos de los niños en el Ecuador***



*Nota:* El gráfico es un resumen los diversos códigos que han sido creados y reformados en busca de garantizar los derechos de los niños y niñas en el transcurso de los años en el Ecuador.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son de absoluta prioridad para el Estado, la sociedad y la familia, es por esto que la Constitución de la República del Ecuador promueve y garantiza el cumplimiento de los mismos, al disponer:

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 las demás personas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La Convención Sobre Los Derechos del Niño enfatiza que, en un hogar en donde existe una separación de los progenitores, se deben instaurar decisiones que garanticen y hagan prevalecer sus derechos en cuanto a la crianza y desarrollo integral del hijo o hija, para no afectar el interés superior del niño, así como también reconoce la coparentalidad de los padres, es por esto que los artículos 3 numeral 1, 9 y 18 de esta convención señalan:

Art. 3.- 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. (Convención sobre los derechos del niño, Artículo 3, 1989)

Art. 9.- Los Estados Partes velarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (Convención sobre los derechos del niño, 1989)

Art. 18.- Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de 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. (Convención sobre los derechos del niño, 1989)

La familia es la base de la sociedad, además es el pilar fundamental que permite el desarrollo de las personas; es por el papel tan importante que cumple que se ha determinado la función básica de la familia la cual según el artículo 9 del código de la niñez y adolescencia señala

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.

(Codigo de la niñez y adolescencia, 2003)

La familia está conformada generalmente por el padre, la madre y el hijo o hija, todas ellos tienen derechos; sin embargo, siendo los niños los integrantes más vulnerables de la sociedad, existen normas y leyes que permiten priorizar y precautelar sus derechos es por esto que el interés superior del niño se lo conceptualiza en el artículo 11 en donde se lo define como:

Un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes e impone a las autoridades judiciales y administrativas el deber de

ajustar sus decisiones para su cumplimiento. (Código de la niñez y adolescencia, El interés superior del niño, 2003)

Los autores Paz Flores Ana, Maldonado Erazo Ximena & Guevara Ruiz

Santiago definen el interés superior del niño como:

El interés superior del niño es un principio que protege a los niños y los coloca en situación de prioridad sobre cualquier decisión, enfatiza en todos los derechos de los niños y niñas en todo momento sin hacer distinción alguna debido a la necesidad de protección que se necesita por ser personas vulnerables. (Paz Flores , Maldonado Erazo, & Guevara Ruiz, 2022)

Cuando una pareja deciden separarse, surgen dos figuras que se deben considerar las cuales garantizan el bienestar del niño, niña y/o adolescente, estas siendo diferente se pueden considerar que se relacionan, la primera es la Patria Potestad y la segunda es la Tenencia. Referente a la Patria Potestad esta se encuentra definida en el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia en cual manifiesta:

La patria potestad, no solamente es el conjunto de derechos, sino también de obligaciones de los padres relativos a su hijos e hijas, no emancipados, referente al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Codigo de la niñez y adolescencia, 2003)

Así mismo, el artículo 283 del Código Civil se encuentra la definición de la Patria Potestad como:

“El conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.”  
(Código Civil, 2013)

Según (Henriquez, 2018) la patria potestad no es otra cosa que:

El derecho que tiene el menor de edad de tener representación legal, en el momento de que los padres lo representan hablan e incluso toman decisiones por el menor con la finalidad de lograr un crecimiento adecuado, en donde se espera que el niño tenga un mejor vínculo afectivo y estabilidad emocional proporcionada por las relaciones parentales de protección y amor por parte de los progenitores.

A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija. (Codigo de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Del análisis de las definiciones antes mencionadas se concluye que la patria potestad, es la obligación que tienen ambos padres de representar, cuidar, proteger y garantizar el bienestar y desarrollo integral de sus hijos menores de edad.

Una vez comprendido que la patria potestad son todos los derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos indistintamente de si existe o no algún vínculo conyugal entre ellos; es necesario entender que cuando existe una separación se debe decidir cuál de los dos progenitores tendrá la tenencia del niño, niña o adolescente. Es por eso que debemos tener claro lo que comprende la Tenencia, definición que la encontramos en el Art. 118 del Código de la niñez y adolescencia la cual expresa:

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. (Código de la niñez y adolescencia, De la Tenencia, 2003)

Dentro del estudio realizado por Zaruma Carrión Marieta, este define la concesión de la tenencia como:

La tenencia en este estudio se refiere a la crianza, el cuidado, la custodia, la protección, amor de padres para los hijos, que el Juez confiere a uno de los progenitores y al otro progenitor el derecho de visitas, sin que esto afecte el ejercicio de la patria potestad.  
(Zaruma Carrión, 2017)

Existen ciertas condiciones para ejercer la patria potestad las cuales están establecidas en el artículo 106 numerales 1 al 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, de estos los numerales 2 y 4 declarados inconstitucionales, señalando que:

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 son inconvenientes 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 11 y 3; y,
6. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestas, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. . (Codigo de la niñez y adolescencia, 2003)

Ante los posibles conflictos que puedan acarrear tras la disolución de una familia, el objetivo de las diversas resoluciones legales emitidas por un juez competente a favor de los niños, niñas y adolescentes, siempre buscarán priorizar el cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño, garantizando con ello el bienestar de los mismos sobre cualquier situación o interés particular.

A pesar de que existen ciertas condiciones en la que la autoridad competente considera antes de emitir un dictamen respecto a la situación legal de los niños y de determinar si es a la madre o al padre a quien se le otorgará la tenencia del hijo o hijos, también son muchos los factores que no se analizan al momento de tomar esta decisión debido a que la normativa legal establecía que la madre era la persona más confiable para ejercer el cuidado y protección de los hijos pero, a partir del 24 de noviembre de 2021 nos enfrentamos a otro sistema en donde no es que padre tenga a los niños, sino que aquel que no los tiene consigo cumple o no cumple con sus deberes y obligaciones, tal como lo establece el Art. 102 del Código de la Niñez y Adolescencia el cual manifiesta que son deberes específicos de los progenitores:

1. Proveer a sus hijos e hijas lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.
2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio.
3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social, democrática, tolerante, solidaria y participativa.
4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso.
5. Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales;
6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo.
7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica;
8. Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente; y,
9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalan en este Código y más leyes. (Codigo de la niñez y adolescencia, 2003)

Una vez definido que progenitor ejercerá la tenencia de los hijos, el siguiente paso es que el que no obtuvo la tenencia o custodia de los niños, demande ante el juez la regulación de visitas, al que se tendrá que someter y cumplirlo.

Razón por la cual el Código de la niñez y adolescencia en el Artículo 122 respecto al derecho a visitas señala:

En todos los casos en el que el Juez confié la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá

regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

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

(Codigo de la niñez y adolescencia, 2003)

Partiendo de estas premisas, se concluye que la tenencia a diferencia de la patria potestad, es otorgada mediante una decisión judicial a uno de los padres, sea este la madre o padre, siempre y cuando no exista algún factor o condición que impida a las partes el ejercicio de este derecho.

Como se enuncia en los precitados artículos, los hijos en su gran mayoría permanecen junto a la madre después del divorcio, lo que ocasiona en algunos casos la relación que existe con el padre sea poca o casi nula, además el conflicto que se origina por la separación puede causar disminución del rendimiento escolar del niño, niña y adolescente. (Valdés Cuervo, Martínez Ernesto , Urías Murrieta, & Ibarra Vázquez, 2011)

En el Ecuador se puede determinar que en la gran mayoría de los casos la tenencia es otorgada a la madre considerando la investigación y análisis realizado por Ramos Zavala Héctor en donde señala:

El divorcio o separación solo debe ocurrir entre madre y padre, y no con los hijos; como respuesta a este proceso y con el afán de contrarrestar este tipo de circunstancias nocivas, tanto para el padre ausente, como para los hijos mediante un estudio

prodigioso se llega a determinar que la mejor opción es la Tenencia Compartida de los hijos menores no emancipados, situación legal mediante la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen la tenencia legal de sus vástagos, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos, no debiendo confundir la tenencia con la patria potestad, ya que los progenitores luego de su separación o divorcio siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos, mas no la tenencia que por lo general en un (98%) es entregada a las madres por medio de resolución emanada por un Juez competente y de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico. (Ramos Zavala , 2014)

Según el análisis realizado por (Ortiz Elizalde, 2016) para los niños o niñas el divorcio de sus progenitores representa un desequilibrio en su vida, ocasionando alteraciones en los roles que cada miembro de la familia cumplía; además, de que al existir un cambio tan radical este se ve inmiscuido en las diversas discusiones a la que los son sometidos de forma indirecta por sus padres, quienes pretenden decidir el futuro del hijo, sin considerar que ellos tienen derecho a convivir con ambos progenitores.

De acuerdo a la investigación realizada por (Franco Monserrate , 2020) afirma que los hijos en el proceso de separación de los padres sufren una afectación emocional por parte de los progenitores al querer influir en la percepción de que es lo que desean causando el deterioro de los lazos familiares.

Se han realizado estudios respecto a los efectos que provoca la separación de los progenitores en los hijos, en donde se ha determinado que en la gran mayoría de los casos los niños, niñas y adolescentes presentan una inadaptación personal que puede desencadenar trastornos emocionales afectando su desarrollo en el ámbito personal, social, familiar. (Bengoechea Garín, 1992)

Considerando los resultados de los estudios realizados a los niños, niñas y/o adolescentes se puede resaltar que todos coinciden en que, los hijos de padres en proceso de divorcio se muestran más vulnerables ante la situación que atraviesa lo que antes fue su hogar, dejando secuelas negativas e imborrables en sus vidas.

Se entiende por corresponsabilidad parental la garantía que tienen los hijos a ser cuidados, protegidos y a mantener relaciones afectivas y permanentes con ambos padres así exista una separación o divorcio por medio, y el artículo 69 numeral 5 lo garantiza al expresar que, el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres e hijos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

### **CONCLUSIÓN**

Luego de haber recopilado y analizado la información sobre este tema de investigación he llegado a las siguientes conclusiones:

1. Con la figura jurídica de la Tenencia establecida en el Código de la Niñez y Adolescencia, el resultado final es que surge la separación de los hijos de uno de sus padres, ocasionándoles afectaciones emocionales y psicológicas por ende se está incumpliendo con la garantía de hacer prevalecer el principio del interés superior del niño.
2. Pese a que, en la Constitución de la República del Ecuador, protege los derechos de las personas integrantes de la familia, incluyendo a niños y adolescentes al reconocer que existen obligaciones compartidas de los progenitores e hijos, estos derechos aun no han sido regulados por las normas infra constitucionales ni existe una propuesta de reforma en el tema de la tenencia de los menores.
3. Las normas que actualmente regulan la tenencia de los menores son insuficientes para garantizar la protección y ejercicio de sus derechos y que éstos prevalezcan sobre los

demás tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador, La Convención sobre los derechos del niños y el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 11, ya que únicamente se reconoce la custodia monoparental, por lo que es necesario implementar nuevos mecanismos legales para que en casos de separación o divorcio de los padres no afecten a los hijos.

4. El otorgamiento de la tenencia no debería ser unipersonal, ya que el efecto de aquello es la afectación del bienestar del menor.
5. Si bien es cierto que en la mayoría de casos se da preferencia a la madre para que ejerza la tenencia de sus hijos, también se debe analizar que, al momento de cuidar a los niños, se la limita en muchas actividades personales como es a trabajar, a estudiar en conclusión a superarse personalmente por el hecho de que debe estar pendiente de todo lo que sus hijos necesitan.

## **REFERENCIAS**

- Badaraco Delgado, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador. *Espirales revista multidisciplinaria de investigación*, 2. doi:<https://doi.org/10.31876/re.v2i19.330>
- Bengoechea Garín, P. (1992). *Un análisis exploratorio de los posibles efectos del divorcio en los hijos* (Vol. 4). Oviedo, España: Psicothema. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/727/72704213.pdf>
- Cervantes Franco , G. (2020). *LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN EL TRABAJO*. Guayaquil.
- Codigo Civil. (2005). *Articulo 21*. Quito. Obtenido de [https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion\\_del\\_Codigo\\_Civil.pdf](https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf)
- Código Civil. (2013). *De la patria potestad*. Quito.

- Código de la niñez y adolescencia. (2003). Quito. Obtenido de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Código de la niñez y adolescencia. (2003). *De la Tenencia*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales. Obtenido de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Código de la niñez y adolescencia. (2003). *Definición de niños, niñas y adolescentes*. Quito: Ediciones legales. Obtenido de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Código de la niñez y adolescencia. (2003). *El interés superior del niño*. Quito.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad*. Quito.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Niñas, niños y adolescentes*. Quito.
- Convención sobre los derechos del niño. (1989). New York, Estados Unidos. Obtenido de [https://www.google.com/search?q=convencion+sobre+los+derechos+del+ni%C3%B1o&rlz=1C1CHBF\\_esEC921EC921&oq=convencion+sobre+&aqs=chrome.l.69i57j69i59j0i512l8.7255j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=convencion+sobre+los+derechos+del+ni%C3%B1o&rlz=1C1CHBF_esEC921EC921&oq=convencion+sobre+&aqs=chrome.l.69i57j69i59j0i512l8.7255j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)
- Convención sobre los derechos del niño. (1989). *Art. 1*. New York. Obtenido de [https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/convencion\\_derechos\\_nino.pdf](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/convencion_derechos_nino.pdf)

Convencion sobre los derechos del niño. (1989). *Articulo 3*. New York, Estados Unidos.

Obtenido de [https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/convencion\\_derechos\\_nino.pdf](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/convencion_derechos_nino.pdf)

Durán Mera, M., & Durán Ponce , A. (2020). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <https://derechoecuador.com/derecho-de-menores-analisis-juridico-de-sus-codificaciones-/>

Franco Monserrate , C. M. (2020). *La Patria Potestad en el Ecuador*. Guayaquil.

Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/50515/1/Claudia%20Franco%20BDER-TPrG%20064-2020.pdf>

Henriquez. (2018). *La tenencia y la presunta transgresión al principio de igualdad*. Guayaquil: Ecuador.

Instituto nacional de Estadísticas y Censos-INEC. (Abril de 2021). Registro estadístico de matrimonios y divorcios. Quito. Obtenido de [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion\\_y\\_Demografia/Matrimonios\\_Divorcios/2020/Boletin\\_tecnico\\_myd\\_2020.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2020/Boletin_tecnico_myd_2020.pdf)

López Santacruz, R. (2017). Estrategias metodológicas para la investigación de la privación de la patria potestad como sanción penal. *IV Encuentro Latinoamericano de Metodología*.

Mireia Orgilés, M.a Dolores Samper. (2011). El impacto del divorcio en la calidad de vida de los niños de 8 a 12 años de edad. *a Departamento de Psicología de la Salud, Universidad Miguel Hernández, Elche, Alicante, España*, 5. Obtenido de

[https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/asset/g/v25n6/original7.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/asset/g/v25n6/original7.pdf)

Ortiz Elizalde, C. (2016). *ACTITUDES A TRAVÉS DE LA NARRATIVA EN HIJOS DE PADRES*. Cuenca, Ecuador. Obtenido de

<https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/26720/1/tesis%20final.pdf>

Paz Flores , A. C., Maldonado Erazo, X. E., & Guevara Ruiz, S. D. (2022). Análisis de la tenencia monoparental y el derecho constitucional a la familia en Ecuador.

*Revista Científica Mundo Recursivo*, 5((1: Edición Especial “El derecho en Ecuador”)). Obtenido de

<https://www.atlantic.edu.ec/ojs/index.php/mundor/article/view/135>

Ramos Zavala , H. R. (2014). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Quito.

Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4143/1/T-UCE-0013-Ab-275.pdf>

Valdés Cuervo, Á., Martínez Ernesto , A., Urías Murrieta, M., & Ibarra Vázquez, B.

(2011). *EFECTOS DEL DIVORCIO DE LOS PADRES EN EL DESEMPEÑO ACADÉMICO Y LA CONDUCTA* (Vol. 16). Xalapa, México: Consejo Nacional para la Enseñanza en Investigación en Psicología A.C. Obtenido de

<https://www.redalyc.org/pdf/292/29222521006.pdf>

Zaruma Carrión, M. D. (2017). *Análisis: Factibilidad de la Tenencia compartida en el Ecuador*. Cuenca. Obtenido de

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/28108>