



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL EJERCICIO
DE LA COPARENTALIDAD EN EL ECUADOR**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**AUTORES: Ab. Yojanna Estefania Contreras Bolaños
Ab. Edison Marcelo Castro Torres**

**TUTOR DE CONTENIDOS: Mgs. Santiago Machuca
TUTOR DE METODOLOGÍA: Phd. Frank Mila**

Otavalo, agosto de 2020

DECLARACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Nosotros, Yojanna Estefanía Contreras Bolaños y Edison Marcelo Castro Torres, autores declaramos bajo juramento que el presente trabajo de titulación “LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL EJERCICIO DE LA COPARENTALIDAD EN EL ECUADOR.”, es de nuestra exclusiva autoría y producción, que la hemos elaborado para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo.

Cedemos a la Universidad de Otavalo los derechos exclusivos de reproducción, comunicación, distribución y divulgación total o parcial de esta obra, siempre y cuando no se lo haga con fines de beneficio económico.

Declaramos que, en caso de presentarse algún reclamo de terceros sobre derechos de autoría de esta obra, nosotros asumiremos toda responsabilidad legal frente a la universidad y terceros.



Ab. Edison Marcelo Castro Torres

C.C. 1003468988



Ab. Yojanna Estefania Contreras Bolaños

C.C. 1002916235

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a Dios por otorgarnos las familias que nos han acompañado durante nuestro camino al aprendizaje, a nuestros padres Apolonia Bolaños, Patricio Contreras, Luis Castro, Yolanda Torres; quienes han sido un pilar fundamental para nuestras aspiraciones y metas; a la Universidad de Otavalo por permitirnos ampliar nuestros conocimientos y continuar con mayor destreza a ejercer la noble profesión de Abogados de la República del Ecuador.

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedicamos al compromiso de compartir nuestras vidas, acompañada de la bendición de Dios, nuestras familias y amigos.

ÍNDICE

CAPÍTULO I.- MARCO TEÓRICO.....	5
1.1.- Antecedentes y situación problemática.....	5
1.1.1.- Antecedentes.....	5
1.1.2.- Bases teóricas.....	6
1.1.2.1.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	6
1.1.2.2.- La coparentalidad.....	7
1.1.2.3.- La Tenencia.....	8
1.1.2.3.1.- La Tenencia compartida.....	9
1.1.2.4.- La Patria potestad.....	10
1.1.2.5.- Régimen de visitas.....	10
1.1.2.6.- Control de constitucionalidad.....	10
1.1.2.7.- Control de convencionalidad.....	11
1.1.3.- Situación problemática.....	12
1.1.4.- Formulación y justificación del problema científico.....	13
1.2.- Objetivos de la investigación.....	13
1.2.1.- Objetivo general.....	13
1.2.2.- Objetivos específicos.....	14
CAPÍTULO II.- MARCO METODOLÓGICO.....	14
2.1.- Enfoque de la investigación.....	14
2.2.- Tipo de investigación.....	14
2.3.- Técnicas e instrumentos de recolección de información.....	15
CAPÍTULO III.- RESULTADOS.....	15
3.1.- Presentación de resultados.....	15
3.2.- Análisis e interpretación de resultados.....	17
3.2.1.- EL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	18
3.2.1.1.- Evolución de los derechos de niñas, niños y adolescentes.....	18
3.2.1.2.- Principios constitucionales de aplicación de los derechos.....	19
3.2.1.3.- Principios rectores de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	24
3.2.1.4.- Los derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes.....	29
3.2.1.5.- Prevalencia de derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	35
3.2.1.6.- Marco constitucional de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	37
3.2.2.- LA REGULACIÓN DE INSTITUCIONES FAMILIARES Y LA COPARENTALIDAD COMO MECANISMO PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	40

3.2.2.1.- Instituciones familiares	40
3.2.2.1.1.- La patria potestad.....	40
3.2.2.1.1.1.- Sujetos de la patria potestad	44
3.2.2.1.2.- El régimen de visitas	45
3.2.2.1.2.1.- Límites del régimen de visitas	47
3.2.2.1.3.- La tenencia	48
3.2.2.1.3.1.- Clases de tenencia.....	50
3.2.2.1.3.1.1.- La tenencia monoparental	50
3.2.2.1.3.1.2.- La tenencia compartida.....	51
3.2.2.2.- Definición de coparentalidad	51
3.2.2.2.1.- Clases de coparentalidad	52
3.2.2.2.2.- El reconocimiento de la coparentalidad.....	57
3.2.2.3.- La coparentalidad y tenencia compartida	60
3.2.2.4.- La coparentalidad y la custodia compartida.....	63
3.2.2.5.- El ejercicio compartido de función parental de crianza y cuidados de los hijos	66
3.2.3.- DESARROLLO Y POSTURAS DE LA COPARENTALIDAD EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL Y SU EFICACIA A TRAVÉS DEL MECANISMO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	69
3.2.3.1.- Derecho de cuidado de los hijos: ausencia de interpretación jurisprudencial	69
3.2.3.2.- Posturas a favor de la coparentalidad.....	70
3.2.3.3.- Contraposiciones de la coparentalidad	71
3.2.3.4.- Propuestas a la coparentalidad consensuada	72
3.2.3.5.- Debates de propuestas por parte de la Asamblea Nacional	74
3.2.3.6.- La coparentalidad en el derecho comparado.	76
3.2.3.6.1.- La coparentalidad en el derecho Europeo	76
3.2.3.6.2.- La coparentalidad en el derecho Estadounidense	77
3.2.3.6.3.- La coparentalidad en el derecho Francés.....	78
3.2.3.6.4.- La coparentalidad en el derecho Español	79
3.2.3.6.5.- La coparentalidad en el derecho Suizo.....	80
3.2.3.7.- Análisis del ejercicio de la coparentalidad	81
3.2.3.8.- Mecanismos de Control Constitucional y Convencional	83
3.2.3.9.- El alcance del control de convencionalidad en el Ecuador	88
CONCLUSIONES	90
RECOMENDACIONES	92
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

RESUMEN

La presente investigación se centra en el estudio de la corresponsabilidad parental, en el ejercicio de la coparentalidad a través de mecanismos de directa e inmediata aplicación reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, proponiendo a la tenencia compartida, como una alternativa jurídica eficaz para precautelar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en el Ecuador, posterior a una separación sentimental, terminación conyugal o a su vez de unión de hecho de los padres. Actualmente, la corresponsabilidad parental se encuentra consagrada en la Constitución de la República del 2008, teniendo como representante al Estado, donde se demuestra la responsabilidad que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad, sin embargo no existe una normativa o mucho menos una figura jurídica que contemple el procedimiento a seguirse cuando los padres están en desacuerdo; determinándose únicamente la tenencia monoparental como un medio para el desarrollo integral de los menores de edad, dejando de lado al progenitor que no se le concede el cuidado y protección por una autoridad competente, para que pueda gozar de los mismos derechos y a la vez adquirir las mismas obligaciones con sus hijos, con relación al tiempo que pueden compartir con ellos, bajo criterios de enseñanza y crianza distintos. El objetivo general es analizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de la coparentalidad en el Ecuador, estableciendo como mecanismo de directa e inmediata aplicación el control de convencionalidad reconocido en la Constitución de la República, para garantizar el principio de corresponsabilidad parental a través de la tenencia compartida. Además, tiene un enfoque metodológico cualitativo, para estudiar la normativa constitucional y doctrina sobre el ejercicio de la coparentalidad; adicionalmente se aborda a la coparentalidad como una institución jurídica muy bien estructurada y reconocida en base al derecho comparado, así como el estudio del mecanismo de control, siendo este el control de convencionalidad, a fin de demostrar la importancia y la eficacia que tiene en el derecho internacional dentro del bloque de constitucionalidad, con el fin de que sea considerada y acogida en la legislación ecuatoriana para cumplir con el principio de la corresponsabilidad parental de una manera permanente donde se involucre la voluntariedad de las partes y a falta de aquello una orden de autoridad competente, dejando de lado los mecanismos tradicionales que acarrear inconvenientes a los titulares del derecho como son las niñas, niños y adolescentes.

Palabras Clave: Coparentalidad, tenencia compartida, tenencia monoparental, corresponsabilidad, control de convencionalidad.

ABSTRACT

This research focuses on the study of parental co-responsibility, in the exercise of co-parenting through the mechanisms of direct and immediate application recognized in the Constitution of the Republic of Ecuador, proposing shared tenure, as a mechanism and alternative effective legal to protect the best interests of girls, boys and adolescents in Ecuador, after a sentimental separation, marital termination or in turn the de facto union of the parents. Currently, parental co-responsibility is enshrined in the Constitution of the Republic of 2008, having as representative the State, where the responsibility that parents have with respect to their minor children is demonstrated, however there is no regulation or much less a legal figure that contemplates the procedure to be followed when the parents disagree; determining single parenting only as a means for the integral development of minors, leaving aside the parent who is not granted care and protection by a competent authority, so that they can enjoy the same rights and at the same time acquire the Same obligations with their children, in relation to the time they can share with them, under different teaching and parenting criteria. The general objective is to analyze the rights of children and adolescents in the exercise of co-parenting in Ecuador, establishing the mechanisms for direct and immediate application recognized in the Constitution of the Republic, to guarantee the principle of parental co-responsibility through shared tenure. In addition, it has a qualitative methodological approach, to study the constitutional regulations and doctrine on the exercise of co-parenting; Additionally, co-parenting is approached as a very well-structured and recognized legal institution based on comparative law, as well as the study of control mechanisms, the same being constitutional control and conventionality control, in order to demonstrate the importance and effectiveness it has in international law within the constitutional block, in order to be considered and accepted in Ecuadorian legislation to comply with the principle of parental co-responsibility in a permanent way where the voluntariness of the parties is involved and in the absence of That is an order of competent authority, leaving aside the traditional mechanisms that cause inconvenience to the holders of the right such as girls, boys and adolescents.

Key Words: Coparentality, shared tenure, single parent tenure, co-responsibility, control of conventionality.

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, se recoge razonamientos respecto a la transformación de las organizaciones que involucran el análisis de las instituciones jurídicas vigentes, a fin de realizar un enfoque histórico y comparado hasta la actualidad, demostrando que dichas instituciones jurídicas que constituyen parte del ordenamiento jurídico del Ecuador, fueron creadas bajo un mismo fin enmarcadas en niveles de eficacia; las cuales, en argumentos generales han conllevado a su incumplimiento y su ineficacia en el día a día. A través del reconocimiento procesal se permite identificar las reglas y principios que definen el procedimiento de la tenencia compartida para dar paso al ejercicio de la coparentalidad, por parte de los operadores de la administración de justicia.

¿La coparentalidad, como una institución jurídica, permite establecer el procedimiento a seguirse en los casos de desacuerdo de los progenitores en el cuidado y crianza de las niñas, niños y adolescentes? ¿La corresponsabilidad parental busca proteger los derechos de las personas integrantes de la familia?, ¿Con el control de convencionalidad, se garantiza el derecho de las niñas, niños y adolescentes?, esta investigación busca dar respuesta a estas interrogantes a través de un estudio para demostrar la falencia que se presenta en la tenencia exclusiva reconocida y que se ejerce en el Ecuador, pese a existir los mecanismos constitucionales para ejercer un control en cuanto a la eficacia de la tenencia compartida, que no son aplicados por los operadores de justicia de manera idónea; y, donde existen vacíos en cuanto a la coparentalidad como derecho de los menores de edad, mediante posturas a favor y en contra, así como análisis de debates de proyectos de ley de la Asamblea Nacional. De igual manera, conforme así lo determina la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 69, es una responsabilidad estatal el cumplimiento de la corresponsabilidad de los padres con sus hijos, a través de proyectos a desarrollarse e implantarse en nuevas figuras jurídicas que vayan acorde a la realidad de la sociedad para precautelar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

Dentro del capítulo I, se tratará acerca de la importancia de los principios y derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes, en virtud que los derechos han ido evolucionando históricamente desde la legislación más primitiva hasta la actualidad, como viene a ser la Declaración de los derechos del niño concertada en Ginebra por la liga de las naciones, la que constituye el primer instrumento internacional de relevancia, así como varios tratados y convenios internacionales, dejando como el de mayor realce la convención sobre

los derechos del niño, que reconoce el papel de los niños como agentes sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, la cual es considerada como un logro histórico para los derechos humanos, en virtud que esta convención garantiza y establece normas mínimas para proteger los derechos de los niños en todas las circunstancias.

A través de la historia, la evolución del derecho de menores ha llevado inclusive a la necesidad de separación de responsabilidades civiles y penales para establecer los compromisos que éstos tienen con sus padres y la sociedad, demostrando de esta manera la insuficiencia que se presenta en el ámbito del cuidado y crianza de las niñas, niños y adolescentes, lo cual a través del ejercicio de la coparentalidad permitiría un mayor desarrollo integral de sus derechos. Tanto es así que inicialmente se señalan los derechos que tienen los menores en la legislación internacional mediante la Convención de derechos del niños (1989), así como en el ámbito constitucional mediante los principios de directa e inmediata aplicación; e infraconstitucional acorde al Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003, como son derechos de supervivencia, derechos relacionados con el desarrollo, derechos de protección y derechos de participación; mismos que se sujetan a los principios bajo los cuales se desarrollan los derechos señalados, siendo estos el principal, de interés superior del niño, el principio de “no discriminación”, principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, principio de participación y ser escuchado; principios reconocidos en la legislación interna y a través del derecho comparado.

Así mismo se debe hablar de la prevalencia que tienen los derechos de las niñas, niños y adolescentes, donde se encuentran los reconocidos en el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, al ponerlos en la misma jerarquía que cualquier otro derecho, lo que coincide con el reconocimiento distinguido que se les da en el Art. 44 del mismo cuerpo legal, al referirse de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, otorgando la responsabilidad directa al estado para garantizar y precautelar las insuficiencias de los menores de edad por intermedio de la creación de políticas públicas. De igual forma la Corte Interamericana al ser el máximo organismo judicial, brinda un reconocimiento especial a los derechos que tienen los menores de edad, con la especificación de los deberes que tienen ante la familia, la sociedad y el estado.

Paralelamente se encuentra inmerso en el capítulo II de la investigación, el estudio de instituciones familiares para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes, haciendo una breve mención de lo que es la patria potestad dentro del ordenamiento jurídico

nacional. En consecuencia, se expone a la tenencia como la institución jurídica por la cual el legislador permite garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes con sus padres, otorgándole a través de una decisión judicial de autoridad competente el cuidado y protección de sus hijos a uno de los progenitores, cuando no existe la voluntad de llegar a acuerdos o en su defecto existiendo la voluntad de los padres, no existe la normativa legal para otorgar un cuidado compartido.

Dentro de la tenencia, se abordó las clases que existen en otras legislaciones, tomando como base el que se ejerce en el derecho anglosajón y el derecho europeo, las cuales coinciden que la mejor forma de mantener un cuidado y una crianza con mayor estabilidad de sus hijos es por medio de la tenencia compartida, en el ejercicio de la coparentalidad, donde prevalece como punto de partida la voluntad de los padres y en muchos de los casos la voluntad y consentimiento de los hijos.

Así mismo, se analizó sobre la coparentalidad, tenencia y custodia compartidas como mecanismos para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes, dejando constancia que este es un derecho que tienen ambos progenitores hacia sus hijos, para poder pasar tiempo con sus hijos y contribuir al desarrollo físico, intelectual y emocional de los niños, niñas y adolescentes.

Al hablar del ejercicio de la coparentalidad a través de la tenencia compartida como alternativa a la regulación tradicional de la tenencia y del régimen de visitas, se establecen las obligaciones y responsabilidades que tienen los padres y los hijos dentro de una convivencia diaria, así como posterior a una separación de los progenitores, donde se considera al padre como el encargado del aporte económico y a la madre quien cumple el rol del cuidado y protección de los hijos, con la finalidad de precautelar el cumplimiento del principio rector como es el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, bajo la concepción de la familia como el núcleo de la sociedad para evitar una vulneración de derechos; pero de ser el caso de una inestabilidad por parte de los progenitores, le corresponde al llamado tenedor de los menores de edad, el precautelar por el cumplimiento de los derechos que tienen sus hijos, ya que el otro progenitor se convierte en un extraño, a quien por intermedio del régimen de visitas se le responsabiliza por una inestabilidad de la cotidianidad.

Dentro de la legislación ecuatoriana existe la ausencia de interpretación jurisprudencial, lo que ha impedido una adecuada distribución de funciones, lo cual queda demostrado en la falta de normativa legal, siendo de esta manera unas de las falencias que se intenta identificar para que se proceda a revisar y se instaure a la tenencia compartida, como alternativa para garantizar los derechos de los menores de edad.

La parte transcendental de la investigación se encuentra en el capítulo III, donde se trata de las diversas posturas acerca de la coparentalidad, instaurándole en una definición conjunta, como el vínculo en el que acuerdan los progenitores para repartir roles y funciones respecto a los hijos comunes, en la presente investigación se desarrolla un esquema de debates de la Asamblea Nacional acerca de una propuesta de ley la cual regula la coparentalidad en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

De igual manera se enfatiza a la coparentalidad en el derecho comparado, ante lo cual se toma como principales fuentes al derecho europeo, considerando que no debe prevalecer la voluntad de los padres sino el interés superior de los hijos; en el derecho anglosajón se da la custodia legal conjunta y la custodia física conjunta, es decir mantienen un sistema mixto con respecto al cuidado de los menores de edad, donde los padres adquieren mismos derechos y obligaciones, sea por voluntad o por imposición judicial, siendo la más utilizada la segunda. En el derecho francés, se da mayor realce a la coparentalidad, dejando a salvo el derecho de los padres de acordar la situación de sus hijos, con las salvedades que el caso amerite. Dentro de la legislación española, es distinto, puesto que ha sido la jurisprudencia la antesala de reconocimiento de la coparentalidad; y, por último, el derecho suizo, donde se considera como la opción para garantizar los derechos de los menores de edad a la coparentalidad, la cual debe ser aplicada de manera obligatoria, salvo los que determine la ley.

Finalmente dentro de la línea de investigación se amplía con el estudio del mecanismo de directa e inmediata aplicación que se considera aplicable dentro de la investigación realizada y que está reconocido en la Constitución de la República, como es el control de convencionalidad, el cual ejercen los jueces a nivel nacional, a quienes se les ha otorgado la potestad de inaplicar cualquier norma que vaya en contra de los derechos, dando de esta manera una herramienta al juez nacional de hacer cumplir los derechos de las niñas, niños y adolescentes consagrados en los convenios y tratados internacionales, dentro del bloque constitucional.

CAPÍTULO I.- MARCO TEÓRICO

1.1.- Antecedentes y situación problemática

1.1.1.- Antecedentes

Entre los antecedentes de la investigación se ubicó el trabajo de Zaidán (2016), titulado “El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa”, elaborado en la Universidad Andina Simón Bolívar, en la Maestría Profesional en Derecho Constitucional, en el cual el autor concluyó, indicando que:

La preasignación de roles para madres y padres aún es muy marcada. En el Derecho legislado de Familia se reproducen muchos estereotipos y prejuicios. Al padre se lo asocia con la responsabilidad de manutención y a la madre con la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos. La práctica judicial en el Ecuador reafirma los prejuicios, acentúa el desequilibrio en la distribución de responsabilidades parentales. Nuestra legislación y práctica judicial no guardan armonía con la Constitución de la República. Es necesario cambiar la normativa, pero complementar estos cambios con políticas públicas a nivel familiar, social y laboral para que el régimen de custodia compartida de un hijo sea la primera opción cuando se registra una separación o divorcio de sus padres y sea de beneficio para todos los actores, hijo, madre y padre. (p.3).

Conforme a lo citado, se entiende claramente cuál es la posición del legislador frente a la coparentalidad, la misma que no es considerada ni garantizada como un derecho constitucional, a falta de su ejercicio; que viene a ser la responsabilidad que deben guardar tanto el padre y la madre con sus hijos, a fin de garantizar los derechos de los titulares, enfocados desde una realidad social más que legalista, en virtud que no se puede considerar una responsabilidad establecida a raíz de quien tenga el cuidado del menor de edad y por otro lado la manutención del mismo.

Siguiendo la misma línea de investigación se ubicó el trabajo de Manchego (2019), titulado “Análisis de la aplicación de la tenencia compartida en la legislación Peruana, Arequipa”, elaborado en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, en la tesis presentada para optar el grado académico de Maestro en ciencias: Derecho, con mención en Derecho civil, en el cual el autor señaló que:

Luego de realizar la investigación y tomando en cuenta lo antes mencionado, pudimos concluir que, para la aplicación de la tenencia compartida en el Perú, se requiere de una norma específica que regule el procedimiento y las implicancias de esta, ya que con la actual disposición

del artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes se crea un vacío en la normatividad peruana que impide la adecuada ejecución de esta figura que, traería beneficios para los menores quienes podrían desarrollarse adecuadamente al tener ambas figuras, paterna y materna, siendo responsabilidad del Estado a través del derecho regular esta situación jurídica (p.7).

De lo manifestado por el autor, se observa el vacío legal en que incurre la legislación peruana con respecto a la tenencia compartida, en la que se hace notar la importancia que tendría el establecer dentro del ordenamiento jurídico peruano los parámetros en los cuales se debe ejercitar el derecho que tienen de manera equitativa tanto el padre y madre con relación a sus hijos.

En la investigación realizada por la autora Acuña (2013), en el artículo científico del Principio de corresponsabilidad paternal por la Revista de Derecho Coquimbo, establece que:

La corresponsabilidad parental es en lo terminológico un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina, sin embargo, lleva algún tiempo mostrando interés en ella principalmente como parte de los argumentos para que fuera modificado el artículo 225 del Código Civil en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental cobra relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. (párr.8).

Al hablar del principio de corresponsabilidad, se busca abarcar el precautelar el derecho que tienen los padres en las situaciones en las que el legislador impida el pleno ejercicio de la coparentalidad con sus hijos, en el cual se debe determinar que los dos progenitores están en las mismas condiciones para cumplir con sus obligaciones emanadas del derecho que se exige a través del ordenamiento jurídico.

1.1.2.- Bases teóricas

1.1.2.1.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes

Se puede encontrar el derecho de menores, como lo define Puchaicela y Torres (2019), “El derecho de menores se encuentra conformado por el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, por las convenciones internacionales que emanan del

derecho internacional de los derechos humanos y por las normas que en el plano del derecho interno apuntan a la protección de los menores.” (p.147), es así que los derechos de los menores se encuentran reconocidos y garantizados la normativa nacional e internacional, de igual manera encontramos que en la Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce en su 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.”

Es oportuno dejar por sentado que respecto a los derechos y principios que se encuentran consagrados en la constitución, así como normativa infraconstitucional, son plenamente garantizados por el estado, para dar cumplimiento y seguridad de que los derechos no serán vulnerados en ninguna circunstancia.

Para ampliar el significado y lo que conlleva a ello según Albán (2010) manifiesta que:

Los principios fundamentales del niño, niña y adolescente o simplemente del niño (también denominado menor de edad) constituyen el conjunto de concepciones jurídicas, de los Menores, cuyo objetivo es el bienestar integral de los mismos. Los principios fundamentales son consustanciales o intrínsecos de todo niño, niña y adolescente, tales como de la igualdad y no discriminación, de corresponsabilidad, de interés superior del menor, de prioridad absoluta, de prevalencia de ejercicio progresivo, in dubio pro infante. Precisamente de estos se derivan principios específicos, en virtud de los cuales, el Estado reconoce, tutela y aplica los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes (p.18).

Es así como se puede definir a los razonamientos fundamentales, como los reflejos de una evolución dentro de un entorno social y familiar en el que tiene como base el respeto de los derechos del niño, niña y adolescente a través de una formación cultural. Dicho esto, se puede identificar que el estado es el responsable de crear políticas públicas que permitan que los derechos de las niñas, niños y adolescentes sean garantizados de manera progresiva y efectiva en concordancia con su entorno social y familiar.

1.1.2.2.- La coparentalidad

Entendiendo que la coparentalidad, es una responsabilidad y deber, no únicamente de los padres sino también del Estado, abordamos el trabajo de Albán (2010), titulado “Derecho de la niñez y adolescencia”, afirma que:

El postulado de responsabilidad tripartita se halla establecido en el inciso primero del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”

En virtud del principio de corresponsabilidad, el Estado, la sociedad y la Familia responden por el bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Es una responsabilidad tripartida compartida. Esta forma diferente de repartir responsabilidades cada uno de ellos tiene que cumplir en el campo específico que le permite y faculta la Constitución, los Convenios Internacionales y la Ley. Así, el Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia determina que "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 niñas, niños y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán y aplicarán políticas públicas sociales y en forma estable permanente y oportuna” (p.22).

Si bien es cierto, se busca una actividad compartida con respecto a los derechos del niño, niña y adolescente a través de una organización detallada como el estado, la sociedad y la familia; esta no debe ser considerada como una responsabilidad equilibrada, en virtud que el estado al tener mayores posibilidades con recursos económicos, financieros, humanos entre otros, es quien debe velar por el pleno cumplimiento del ejercicio de los derechos establecidos en la carta magna. Puesto que la sociedad se convierte en un aliado a través de ciertos grupos sociales que buscan dar apoyo a dicha responsabilidad del estado. Finalmente tenemos a la familia, quien se convierte prácticamente en la fuente natural de la educación de los beneficiarios, en la cual marca un doble compromiso para el estado, que tiene como finalidad el mantenimiento de sus integrantes.

Dentro de la coparentalidad encontramos algunas figuras jurídicas tales como:

1.1.2.3.- La Tenencia

Conforme al autor Cabrera (2010), indica que:

Trata de situar en un lugar adecuado al menor; este lugar se encuentra que presente los mejores rasgos de conducta y que tenga el tiempo necesario de hacerse cargo del niño. El efecto de la tenencia podría resumirse en encontrar una solución adecuada para precisar la situación de un menor que posee un interés superior, ejercido a través de los órganos de justicia, los cuales tienen la obligación jurídica y moral de encontrar la verdad y propender a que el menor se desarrolle en un ambiente adecuado.” (p.97)

De igual manera la institución jurídica de la tenencia se la entiende como la decisión judicial emitida por el juez competente, a través de la cual se encarga del cuidado y crianza del niño, niña y adolescente a uno de los padres sin perjudicar el ejercicio conjunto de la patria potestad, debe ser entendida como un acto de confianza que ofrece el juzgador a uno de los progenitores para que sin perjudicar el ejercicio de la referida patria potestad la ejerzan los padres.

1.1.2.3.1.-La Tenencia compartida

Dentro de la tenencia, nos encontramos ante una derivación, la misma que según Pérez (2007), quien señala que:

Por otro lado, hemos importado de los sistemas jurídicos de Estados Unidos, Canadá y Francia el concepto de “guarda y custodia compartida”, pero lo hemos extrapolado ya que lo incorporamos sin consideración que en aquellos sistemas jurídicos jointcustody y gardeconjointe tiene la facultad de tomar decisiones sobre el desarrollo de los hijos e hijas. En aquellos países cuando se habla de custodia compartida, se hace referencia precisamente a que ambos progenitores deberán ser consultados para los asuntos referentes a sus hijos e hijas: escuelas, hospitalizaciones, viajes, etcétera, es decir, lo que a nuestro país equivale a conservar la patria potestad.

Sin embargo, los impulsores de la introducción de esta guardia compartida en México, la están visualizando como la obligación que tienen los hijos e hijas de vivir con ambos progenitores, a pesar de que estos vivan separados. Algo que, físicamente, es muy difícil de concebir, sobre todo cuando no existe armonía entre el padre y la madre. Y todavía más difícil, si esta guarda compartida esta combinada con un supuesto derecho de convivencia de las personas adultas que se pretende extender hasta los parientes colaterales en el cuarto grado.

De tal manera podemos comprobar que no solo en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, existen vacíos en cuanto a la coparentalidad como derecho de las niñas, niños y adolescentes, mas es un proyecto en la mira, para desarrollar e implantar nuevas figuras jurídicas que van acorde a la realidad de la sociedad.

1.1.2.4.- La Patria potestad

Para el desarrollo de la presente investigación es menester estudiar a Albán (2010), quien señala que:

Es el conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados. (...) esa noción preliminar de patria potestad, que refleja la situación actual de la institución, dista considerablemente de Derecho Romano, de donde procede en espíritu y casi totalmente en la letra: patria potestas. En este ordenamiento, la condición de padre de familia implicaba una auténtica potestad o autoridad, compendio de derechos sin deberes, por estimarse los hijos propiedad absoluta del padre.” (pp.137, 138).

El derecho de la patria potestad se prescribe bajo los parámetros de darle mayor intervención al progenitor quien a través de la historia ha sido considerado como el pilar fundamental de la familia; se puede expresar que esta figura jurídica trata estrictamente del conjunto de derechos, facultades y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos no emancipados.

1.1.2.5.- Régimen de visitas

Para puntualizar brevemente nos encontramos frente a otra figura jurídica que en opinión de Albán (2010) “...es la facultad de todo progenitor con el fin de visitar periódicamente al niño, niña o adolescente por efecto de una resolución judicial de tenencia o ejercicio de patria potestad.” (p.161), Si bien es cierto, el régimen de visitas se comprende como el derecho que tienen los padres hacia con sus hijos, no es menos cierto que le deja la facultad al juez el determinar los días y el horario para que este derecho sea ejercido por quien lo reclama, considerado como punto primordial el interés superior del niño, niña o adolescente, con lo que busca no romper los lazos de afecto entre los hijos y los beneficiarios en esta institución jurídica que no tiene un límite establecido, sino aquel que la persona que reclama lo permita como bien se dijo velando por el bienestar de los menores de edad.

1.1.2.6.- Control de constitucionalidad

Dentro del control de constitucionalidad, se ubicó el trabajo de Intriago (2016), titulado “El control constitucional en el Ecuador”, elaborado en la Universidad Andina Simón Bolívar, en la Maestría en Derecho Procesal, en el cual la autora, indicó que:

Con la evolución de los sistemas de control, la Constitución Política del Ecuador (1998), estableció el sistema de control difuso para que el órgano que debe resolver, que puede ser el jurisdiccional, inaplique la ley inconstitucional al caso concreto del que está conociendo, pero la norma queda vigente y a raíz de la Constitución del 2008, tenemos un sistema de control con atribución exclusiva y privativa de ejercer el control constitucional a través del organismo denominado Corte Constitucional del Ecuador que es la expresión material y formal del sistema de control constitucional concentrado, cuyo efecto es que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley deroga la ley inconstitucional. (p.18)

Es así que en Ecuador se instauró el control de constitucionalidad, mismo que permite identificar si la norma infraconstitucional se encuentra acorde a la constitución, acorde al principio de supremacía constitucional, con la finalidad de declarar inconstitucional y por ende nula a dicha norma que va en contra de los derechos establecidos en la constitución, mismo que es ejercido por la Corte Constitucional.

1.1.2.7.- Control de convencionalidad

Acorde al tratadista Ovalle (2012), manifiesta acerca del control de convencionalidad que:

Es la función que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos para verificar si los actos de los poderes internos de los Estados partes respetan los derechos, las libertades y las garantías previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; es decir, si tales actos son compatibles con la Convención. Así como los tribunales constitucionales de cada Estado parte ejercen el control de la constitucionalidad de los actos de sus autoridades internas, la Corte Interamericana tiene a su cargo el control de la convencionalidad de tales actos, cuando son sometidos a su competencia. (p. 605)

Dentro de los mecanismos de control, también existe el control de convencionalidad, el mismo que lo ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes regulan las actuaciones de los Estados partes en cuanto al cumplimiento de derechos que ratificaron.

Acorde a la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en el preámbulo expresa lo siguiente:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o

complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. (párr. 2)

Dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, se establece como facultad la protección a nivel internacional de los derechos de los seres humanos.

1.1.3.- Situación problemática

Al hablar de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se debe partir del principio de corresponsabilidad, mismo que trata de los derechos y obligaciones que tienen los padres hacia con sus hijos, entendiéndose a los menores de edad como el sector al cual se debe dar mayor atención por parte del estado, a través de la participación de instituciones sean estas públicas y privadas que busquen un desarrollo integral y progresivo de la tutela de derechos y garantías preestablecidas.

Dentro de este enfoque, se va a estudiar el contacto efectivo que las niñas, niños y adolescentes deben mantener con sus progenitores, siendo este uno de los derechos humanos fundamentales de este grupo prioritario; y además se busca determinar la limitación que han atravesado por cuestiones sean estas culturales, políticas, religiosas entre las más relevantes, destacándose aquellas por la creencia patriarcal que ha existido en la legislación ecuatoriana, lo que ha conllevado a limitar el alcance y ejercicio efectivo de la paternidad y maternidad según corresponda; y, por otro lado el notar la aceptación a decisiones que se toman con respecto a los menores de edad a través de sus padres, madres, principalmente; tutores en otros casos y las que conllevan una mayor responsabilidad como son las decisiones judiciales, lo cual para el argumento del derecho al contacto efectivo que se busca analizar hace que su ejercicio se limite a una disputa judicial entre adultos, desconociendo la opinión de los reales titulares del derecho.

A través de la coparentalidad, se intenta suponer a los padres e hijos como fines de un derecho y no como medios para alcanzar un derecho; así mismo se trata de rivalizar por medio de principios y derechos que pueden ser admitidos por todas las personas que componen la sociedad, mismos que permiten la organización de un modo justo y beneficioso para todos y todas sin excepción. La coparentalidad indudablemente no se debe considerar como una imposición legal y mucho menos una salida aplicable a todos los casos, razón por la cual la normativa constitucional y la orgánica en el caso de la

coparentalidad mantiene un marco jurídico limitado, que debe ser revisado a fin de garantizar de una manera adecuada el ejercicio pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; pese a que se reconoce que han existido mejoras en muchos casos concretos en los cuales pueden disfrutar de al menos condiciones materiales mínimas, que pasan por las pensiones de alimentos, por ejemplo.

Otro de los aspectos que se debe explicar para la falta del ejercicio de la coparentalidad, es sin dudas las condiciones sociales y políticas que rodean a quienes buscan el que se garanticen sus derechos establecidos en la Constitución, a través del ente rector para su ejecución como es el estado central. Finalmente, con la presente investigación se va a analizar las contraposiciones en debates de la Asamblea Nacional acerca del proyecto de ley de la tenencia compartida dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de igual manera se establecen los mecanismos de control tanto constitucional, acorde a los principios y derechos plasmados en la Constitución, así como convencional, acotando el control de convencional difuso como alternativa para el cumplimiento efectivo de derechos vulnerados, consagrados en la convención de derechos del niño.

1.1.4.- Formulación y justificación del problema científico

¿De qué manera incide la tenencia compartida en los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de la coparentalidad en el Ecuador?

Debido a la escasa normativa en cuanto a la coparentalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano nos vemos ante la necesidad de ampliar y revalorizar los derechos de cuidado y necesidad de las niñas, niños y adolescentes, creando avances en materia de tenencia compartida, alimentos, patria potestad y régimen de visitas; en si brindando armonía dentro de la convivencia familiar. Para que la responsabilidad en el cuidado y demás derechos que se encuentran establecidos en la constitución e instrumentos internacionales, sea un deber para ambos progenitores, así como del estado, en garantizar el cumplimiento de los derechos que le corresponden a las niñas, niños y adolescentes.

1.2.- Objetivos de la investigación

1.2.1.- Objetivo general

Analizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de la coparentalidad en el Ecuador, estableciendo como mecanismo de directa de inmediata aplicación el control de convencionalidad reconocido en la Constitución de la República, para garantizar el principio de corresponsabilidad parental a través de la tenencia compartida.

1.2.2.- Objetivos específicos

- Precisar el alcance de los principios y derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes.
- Determinar la regulación de instituciones familiares y la coparentalidad como mecanismos para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Examinar el desarrollo y posturas de la coparentalidad en el ámbito nacional e internacional y su eficacia a través del mecanismo de control de convencionalidad.

CAPÍTULO II.- MARCO METODOLÓGICO

2.1.- Enfoque de la investigación

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, acorde a lo manifestado por el autor Sampieri (2014), al determinar que “este enfoque utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación.” (p.7), es decir permite recoger información basada en la observación y estudio en la realidad de su contexto natural.

2.2.- Tipo de investigación

La presente investigación tiene un nivel Descriptivo de acuerdo con el autor Sampieri (2014), al manifestar que “el alcance descriptivo busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población.” (p.92). En virtud de lo indicado, dentro de la presente investigación se busca describir los fenómenos jurídicos que conlleva el ejercicio de la coparentalidad en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, con respecto a las niñas, niños y adolescentes, con la finalidad de plasmar bases que permitan una adecuada aplicación de la normativa constitucional, a fin de que el padre y la madre adecuen su comportamiento a las necesidades de sus representados.

De igual manera la presente investigación se basa en la metodología dogmática – jurídica, misma que acorde al escritor Tantaleán (2016), establece que:

Se estudia a las estructuras del derecho objetivo o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico, por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo. (...) En los estudios de dogmática jurídica se investiga lo que los humanos dicen que hacen con el derecho, y se los conoce como dogmáticos porque en nuestra disciplina la norma jurídica es considerada un dogma. (...) La dogmática jurídica es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas, pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad. (p.5)

Es decir, de acuerdo con el mencionado autor explica que la metodología dogmática – jurídica, se encarga del estudio y análisis de la norma jurídica como tal, de cada legislación correspondiente, acorde al tema de estudio.

Y en relación con lo antes expuesto, la investigación se encuentra enmarcada en el tipo Documental, que conforme al autor Ñaupas, Mejía, Novoa, Villagómez (2014) “Toda persona que inicia una investigación empieza tomando contacto con la información que percibe de la realidad o con los conocimientos previos que tiene sobre el objeto que se propone estudiar.” (p.386), es decir se realiza el estudio en base a textos y demás documentos para obtener el conocimiento o información necesaria que ayudara en el desarrollo de la investigación.

2.3.- Técnicas e instrumentos de recolección de información

El instrumento principal con la que se llevó a efecto esta investigación fue el análisis documental, la misma que se encuentra al revisar la jurisprudencia, normativa nacional e internacional, así mismo se encuentra plasmada en la doctrina de diversos autores, de tal forma es la más adecuada para obtener información directa y precisa.

CAPÍTULO III.- RESULTADOS

3.1.- Presentación de resultados

La presente investigación realizará un análisis sobre el reconocimiento y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de atención prioritaria a partir del ejercicio de la figura de la tenencia compartida o ejercicio de la coparentalidad cuya denominación se encuentra desarrolla en reciente doctrina.

En este sentido, en un primer momento, se analizará el reconocimiento de los principios y derechos de las niñas, niños y adolescentes desde un análisis histórico como antecedente, detallando de manera sucinta los hechos relevantes para el reconocimiento de los mismo, analizando el contenido esencial de estos derechos, sus características y los principales derechos que se han reconocidos a través de instrumentos internacionales y en el bloque constitucional.

En lo que se refiere al reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ordenamiento jurídico nacional, se tendrá como sustento la Constitución de la República del Ecuador (2008), donde se reconoce y garantiza estos derechos, como derecho de grupos de atención prioritaria, otorgándoles prácticamente un capítulo para tratar de los deberes y obligaciones que tienen los sujetos activos frente a la sociedad, así mismo se hablará de los principios de directa e inmediata aplicación, de igual manera los cuerpos normativos especializados en los que se refiere a los derechos de las niñas, niños y adolescentes como el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el que se determina claramente los derechos que protegen y tutelan a los miembros del grupo de atención prioritaria que se considera en la Constitución como norma superior.

En lo que se refiere al reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ordenamiento jurídico internacional, se establecerá como punto de partida la Declaración de Ginebra de 1924, en la cual se considera al niño como el eje de la humanidad, debiendo para el efecto brindarle lo mejor a él para su desarrollo, además se hará hincapié en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se determinan principios de libertad, no discriminación, igualdad o distinción de cualquier índole para los seres humanos, abarcando así a las niñas, niños y adolescentes, que es materia de la presente investigación. Finalmente se hablará de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, donde se aprobó la Declaración de los derechos del niño, misma que contiene los principios sobre los cuales se rigen los derechos reconocidos internacionalmente y que deben ser acogidos por quienes ratifiquen dichos tratados.

Posteriormente, dentro de la línea investigativa, y previo a analizar la figura de la tenencia compartida o ejercicio de la coparentalidad, se realizará una exposición de las instituciones familiares como mecanismos para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La tenencia como objeto de estudio dentro de la presente investigación, se podrá definir como la decisión judicial emitida por un juez competente, por intermedio de la cual se confía el cuidado y crianza de las niñas, niños y adolescentes a uno de sus padres sin perjudicar el ejercicio conjunto de la patria potestad. Con respecto al régimen de visitas, se puede indicar que es el derecho de los progenitores para visitar a los beneficiarios del derecho cuando estos estén separados, es decir, una familia en la que se ha roto el vínculo matrimonial o según el caso no haya una relación estable; razón por la cual dentro de la presente investigación se va a hablar sobre la corresponsabilidad de sus progenitores a través de las instituciones jurídicas de la tenencia y régimen de visitas principalmente como una forma de cumplimiento que tienen los padres con sus hijos.

En consecuencia, de este trabajo se analizará la figura de la tenencia compartida o el ejercicio de la coparentalidad como una alternativa a la regulación tradicional de la tenencia y del régimen de visitas. En tal virtud, la investigación busca demostrar que una figura jurídica valedera para satisfacer los derechos de las niñas, niños y adolescentes es la tenencia compartida a través del ejercicio del principio de la coparentalidad, con la cual los progenitores deberán ser consultados para los asuntos en que se involucran los derechos que tienen los menores; con la finalidad de evitar rupturas emocionales en un futuro.

En este sentido, se explicará que la coparentalidad es un mecanismo para distribuir adecuadamente las responsabilidades, analizando las posturas y contraposiciones de colectivos doctrinarios y ciudadanos, así como los debates por parte de la Asamblea Nacional, en cuanto al proyecto de ley presentada con anterioridad, misma que se encuentra aún en discusión.

Para finalizar, se estudiará los mecanismos de control, mismos que se los detallará dentro de la presente investigación dando una breve connotación a la importancia de ejercer dichos controles para el efectivo goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, evitando de tal manera la vulneración de los mismos.

3.2.- Análisis e interpretación de resultados

3.2.1.- EL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

3.2.1.1.- Evolución de los derechos de niñas, niños y adolescentes

Antes de exponer algunas de las apreciaciones de los derechos fundamentales en materia de niñez y adolescencia, es menester hacer una breve reseña sobre la evolución del reconocimiento de los antes mencionados derechos, United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), en español Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (1946), siendo un organismo de la Organización de las Naciones Unidas, que establece la Cronología de los derechos del niño:

En 1924 la Sociedad de Naciones aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, elaborada por Eglantyne Jebb. La Declaración expresa que todas las personas deben reconocer el derecho de los niños a contar con los medios necesarios para su desarrollo, a recibir ayuda especial en épocas de necesidad, a tener prioridad en las actividades de socorro, a gozar de libertad económica y protección contra la explotación, y a acceder a una educación que infunda conciencia social y sentido del deber.

En 1946 La Asamblea General de las Naciones Unidas crea el Fondo Internacional de Emergencia para la Infancia, UNICEF. En 1948 La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 25 da derecho a las madres y los niños a “cuidados y asistencia especiales”, así como también a “protección social”. En 1959 La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, que reconoce, entre otros, el derecho del niño a la educación, el juego, la atención de la salud, y a un entorno que lo apoye. (párr.15)

Así mismo, durante el trayecto de la historia, se ha evidenciado cada vez más el reconocimiento de los derechos de la niñez y adolescencia en diversos tratados y acuerdos internacionales, garantizando la protección de los mismos derechos dentro de cada legislación nacional de los países suscritos, de igual manera se estable que:

En 1966 con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometen a defender la igualdad de derechos, incluyendo la educación y la protección para todos los niños. (...) En el año de 1973 la Organización Internacional del Trabajo aprueba la Convención 138, que fija en 18 años la edad mínima para desempeñar trabajos que podrían ser peligrosos para la salud, la seguridad o la moral de las personas. (...) Consecuentemente para el año

1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el papel de los niños como agentes sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, y es elogiada ampliamente como un logro histórico para los derechos humanos. La Convención garantiza y establece normas mínimas para proteger los derechos de los niños en todas las circunstancias. (párr.16)

Como se puede observar a través de la historia, han sido las luchas sociales las que han permitido que se reconozcan los derechos de las niñas, niños y adolescentes como un derecho exclusivo, donde se ha considerado principalmente la igualdad de derechos como el medio idóneo para garantizar el pleno ejercicio de los mismos; así se tiene como una herramienta la división de los derechos sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, donde se ha instaurado un reconocimiento internacional sobre la edad que debe tomarse en cuenta para considerar a un menor de edad exceptuándole de obligaciones laborales, dejando claro que hasta los 18 años ningún ciudadano está obligado a desempeñar trabajos que podrían ser peligrosos para su salud, su seguridad o inclusive se habla sobre la moral que deben mantener ante la sociedad, dándoseles varios privilegios para su desarrollo social e intelectual.

3.2.1.2.- Principios constitucionales de aplicación de los derechos

Al analizar los principios de aplicación de los derechos, se debe empezar por el significado de principio, mismo que el tratadista Alexy (1993), sostiene que:

Los principios son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de optimización quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad. (p.23)

Tal como manifiesta el mencionado autor Robert Alexy para dar un significado a los principios, mismo que indica que los principios tienen fuerza coercitiva, tal y como lo es una norma jurídica las cuales son debidamente acatadas, de igual manera son de optimización debido a que son interpretadas acorde a la realidad social y practicada a través del ordenamiento jurídico.

De igual manera se encuentra para mayor entendimiento al autor constitucionalista Ávila (2012), mismo que manifiesta:

Los principios, por otro lado, sirven de parámetros de interpretación ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los

principios podemos identificar normas contradictorias, antinomias y también las lagunas del sistema jurídico, anomias (...) Los principios se refieren a los derechos y a la organización del estado, los encontramos tanto en la Constitución como en el resto del sistema jurídico, ya normas internacionales ya normas infraconstitucionales. (p. 65)

Acorde al autor Ramiro Ávila Santamaría, manifiesta que los principios son fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, debido a que son la solución en casos de ponderación de normas y a falta de las mismas debido a que su interpretación es muy amplia.

Dentro del análisis de los principios de aplicación de los derechos se encuentran otros principios, mismos que conforman y son el detonante para la aplicación en mención, es así como se pretende hacer uso de una de las obras del antes mencionado constitucionalista Ávila (2012), para mayor entendimiento será desglosado en los siguientes:

Los principios de aplicación de los derechos. - Las constituciones, en su parte dogmática, pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación los cuales son principios de aplicación, se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos que son los principios sustantivos. (p.66)

Uno de los principios constitucionales, es el de aplicación el cual señala que los derechos y garantías constitucionales están interconectadas bajo el principio de aplicación general, de igual manera como su nombre lo indica son de directa e inmediata aplicación, el cual se encuentra orientado al ejercicio de los mismos de tal modo que rige en todo el ordenamiento jurídico constituyéndose en uno de los fundamentos sobre el que descansa el ordenamiento jurídico.

La titularidad de los derechos. - En la Constitución de 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denominarán doctrinariamente como derechos fundamentales. La enumeración del artículo comienza con las personas que pueden intervenir de forma individual o como parte de un colectivo. Siguen las comunidades, que pueden abarcar a grupos humanos que no cuadran con el término pueblo ni nacionalidad. Las comunidades son conformadas por individuos que tienen el interés común de que se les reconozca sus derechos por razones o fundamentos jurídicos comunes, como la comunidad LGBTI; Las nacionalidades son colectividades formadas a lo largo de la historia y que comparten la misma identidad étnica, cultural, lingüística, entre otras, como la nación Quichua o Shuar; los pueblos son

subdivisiones de la nacionalidad Quichua que se identifican por algunos rasgos específicos que no comparten los otros pueblos, como el pueblo Cayambi. La Constitución del 2008, al constituir como titulares a todos estos sujetos, expresa que todos y cada uno de los derechos que se enumerarán tienen dimensiones individuales y colectivas. En la Constitución del 2008, cualquier persona, indiferente de si es víctima o no, podría demandar una acción de protección de derechos y la solución beneficiaria colectivamente a todos los niños y niñas discriminadas. (pp.68, 69)

Tal como se indica la titularidad de los derechos, dentro de la constitución de 2008, se aplicó la titularidad decada uno de los derechos no solo en forma individual, sino también en colectividad, ya sea por grupos que buscan exigir derechos o por nacionalidades como en Ecuador es multicultural y étnico, otorga los derechos siendo el titular un conjunto de personas.

La legitimación activa para la exigibilidad. - Los derechos se materializan, cuando son violados, con la exigibilidad. El artículo 11 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), determina que: “los derechos se podrán promover y exigir de forma individual y colectiva (...) Este enunciado se complementa con la acción popular reconocida en las disposiciones generales de las garantías constitucionales dentro del artículo 86, numeral 1 de la Constitución: “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.

La legitimación activa para la exigibilidad de los derechos dio apertura a la acción popular misma que faculta a cualquier personal, colectivos, comunidad, pueblo o nacionalidad a interponer acciones jurisdiccionales de protección de derechos, mismas que se encuentran contempladas en la constitución.

La igualdad y la prohibición de discriminación

El principio de igualdad, en la Constitución de 2008, tiene algunas interesantes variaciones. Se reconoce (1) la igualdad formal, (2) la igualdad material y (3) la prohibición de discriminación.

La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la igualdad material, en cambio, se introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona; en este sentido, la fórmula de Santos contribuye a aclarar las consecuencias del trato igualitario en relación a la constatación de la diferencia: todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza. (p.72)

La prohibición de discriminación, garantiza la igualdad, define lo que significa la discriminación que queda prohibida y cierra con las acciones afirmativas. En la definición, la Constitución recoge todos los elementos reconocidos a nivel internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio: enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto, menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. (p.73)

El principio de igualdad, así como el de prohibición de discriminación se encuentran relacionadas la una con la otra, así se encuentra establecido la igualdad formal, la cual se basa en que todas las personas son iguales ante la ley, evitando cualquier forma de privilegios, mientras que la igualdad material, se trata de que frente a la desigualdad crear la igualdad mediante acciones afirmativas. Y por otro lado se tiene a la prohibición de discriminación misma que restringe cualquier tipo de prejuicio para cualquier persona.

Los derechos y las garantías son directamente aplicables. - Acorde al artículo 11, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), citado por Ávila (2003), establece que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. Cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de su producción y que no se contradiga con los principios constitucionales, tiene que ser aplicada (...). En el neo constitucionalismo toda norma constitucional es aplicable, aun cuando tenga la estructura de un principio (...) Si los derechos son aplicables directamente, las garantías, que son las herramientas para su efectividad, también deben de serlo. Los argumentos sobre el derecho son los mismos para sostener la directa aplicabilidad de las garantías. (pp. 75-77)

De igual manera se establece que los derechos y garantías establecidos en la constitución e instrumentos internacionales son de directa e inmediata aplicación ante cualquier servidor público, sea administrativo o judicial, y de igual manera se incorporan garantías jurisdiccionales como un mecanismo de protección en la vulneración de los derechos.

Todo derecho es justiciable. - En la teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables porque no significaban erogación alguna de parte del estado, es decir, los derechos civiles y sociales, que se consideraban prestacionales, requerían de recursos económicos y humanos para su realización y, por tanto, su consecución era progresiva. La doctrina y la jurisprudencia confirma que todo derecho es justiciable y así lo recoge el artículo 11, numeral 3 de la Constitución de 2008: “Los derechos serán plenamente justiciables”. (pp. 77-78)

Prohibición de restricción normativa. - acorde al artículo 11, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), manifiesta que: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. La prohibición de restricción normativa infraconstitucional tiene relación directa con (1) la supremacía de la Constitución, con (2) el principio pro homine y con (3) el principio de progresividad.

- 1) La Constitución establece, al reconocer expresamente un derecho y una garantía, un mínimo que no puede ser disminuido. Irrespetar el mínimo, mediante una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo

irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida (...) Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, restringir un derecho o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable (...) puede presentarse el caso que una norma de carácter internacional tenga regulaciones o protecciones inferiores a las establecidas en la Constitución; en este caso, la norma internacional no se aplicaría por restrictiva. En otras palabras, el principio comentado permite la regulación más favorable y prohíbe la regulación restrictiva. (p.79)

Como se establece en la constitución, la prohibición de restricción normativa, tiene como finalidad el respeto de derechos y garantías en toda su plenitud, es decir si una norma jurídica está en contra o disminuye algún derecho, la norma sería inválida.

- 2) El principio pro homine. - De existir duda en el alcance de una norma, y si quien debe interpretarla no está seguro si la regulación es restrictiva o no, por el principio pro homine deberá entenderse que la norma sospechosa de restringir derechos, no deberá ser aplicada. (p.80)

El principio pro homine tiene una relación directa con respecto a la restricción normativa, debido a que en el caso de duda del alcance de una norma se aplicara el derecho que sea más favorable a la persona.

- 3) El principio de progresividad. - Derechos y las garantías deben ir de menos a más. La Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido: alcance, ámbito de protección, personas que las disfrutan, autoridades que aplican (...) Acorde al artículo 84 CRE establece que: “El mandato de no restricción en la regulación de derechos está íntimamente vinculado con la garantía normativa.” (p.80)

Dentro del principio de progresividad, establece que tanto derechos como garantías tienen que avanzar acorde a la realidad social, y por ninguna circunstancia retroceder derechos constitucionalmente reconocidos.

Aplicación más favorable. - Acorde al artículo 11, número 5 de la Constitución (2008), establece que: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. El principio supone (1) que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y (2) que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de los dos casos, hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos, Este fenómeno se produce porque las normas se expresan a través del lenguaje y las palabras tienen múltiples sentidos en sí mismas, y estos se multiplican en el contexto histórico, social y cultural. El derecho es por esta razón interpretable (...) se debe preferirse la que más favorezca la vigencia de los derechos; beneficiando a la persona que está exigiendo un derecho y que busca la tutela efectiva de parte del estado. (pp.81,82)

El presente principio indica que existen dos circunstancias, la primera es cuando existen dos normas aplicables para un determinado caso, y la segunda es que existen dos interpretaciones para una misma norma, por cuando el derecho de por si es interpretable mismo que deberá aplicarse el que más beneficie al derecho de una persona.

3.2.1.3.- Principios rectores de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Principio de interés superior del niño.- En primer orden se enmarca dentro de los principios fundamentales de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, al principio interés superior del niño, de tal forma que el Artículo 3 inciso 1° consagra el principio del interés superior del niño de la Convención sobre los derechos del niño (1989) “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (p.10)

El principio del interés superior del niño, señala expresamente el reconocimiento y la obligación de los estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, donde no se puede negar que el niño es un sujeto de derechos, pese que anteriormente no fue reconocido de esta manera, en virtud que históricamente su situación fue lastimosamente inferior que la de los adultos, donde existió ausencia de derechos y más aún de reconocimiento individual, puesto que en la época romana, los niños eran parte de la familia y propiedad del padre, que podía hacer con ellos cuanto quería, llegando inclusive a tratos crueles e inhumanos, o simplemente a su desaparición. En consecuencia, se debe comprender el interés superior como un principio constitucionalmente regulado, que se refiere al estado, la sociedad y la familia y su responsabilidad de promover el desarrollo integral y asegurar el ejercicio de los derechos.

Baeza (2001), en un intento de definición, señala que el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (p.356).

En atención a lo señalado, para hablar del interés superior del niño, se debe partir del criterio del bienestar común del menor de edad, a fin de precautelar su desarrollo conforme al medio en el que se desenvuelve, dirigido a la creación de políticas públicas por parte del estado que permitan una protección adecuada y que garantice la vigencia de los derechos consagrados en la normativa tanto interna como internacional, para lograr un mejor progreso de derechos.

Acotando a la misma idea se encuentra el autor Cabrera (2010), quien establece que el principio del interés superior del niño ostenta reconocimiento universal adquiriendo el carácter de norma de Derecho Internacional General. Acogiendo similares denominaciones, en el ámbito anglosajón acoge el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”; en el modelo Francés se lo llama “l’intérêt supérieur de l’enfant”, y en los países de habla hispana se le nombra como el “interés superior del niño”. De tal manera existen tres palabras que precisan el principio:

- a.) Interés. - Para el motivo de esta investigación, se ha buscado una enunciación que coteje a la palabra “interés” con el mundo jurídico y específicamente con el derecho de menores; enunciación que ha sido encontrada en la Enciclopedia Encarta, y se desglosa de la siguiente manera: “interés. (Del lat. Interésse, importar). Conveniencia o beneficio en el orden moral o material.” Se puede apreciar tres factores dentro de la definición citada: Primero, interés deviene del latín interesse, palabra que en su esencia significa “importar”, lo cual refleja la intrínseca categoría que atañe la invocación del principio; ya que el importe obedece a la idea de llevar un valor dentro de sí mismo. Segundo, el beneficio por su parte, es un bien que se recibe; para el caso, es la prevalencia de un derecho otorgado. Tercero, se deduce que es dentro de la órbita del orden moral en donde debe actuar esta categoría. (p.19)

Al enunciar lo que es el interés, se colige la importancia que debe darse para poder ejercer un derecho frente a otros de igual o mayor jerarquía, dándole mayor énfasis al que considera al interés como la importancia que se da para proteger algo, esto viene la muestra clara de la idea de donde nace el principio del interés, teniendo como principales protagonistas a las niñas, niños y adolescentes.

- b.) Superior. - Consultados que fueron varios diccionarios, se habrá de emitir un aserto propio, que mantenga simetría con la lingüística del principio. Como “superior”, se precisa al derecho que despliega un fin más precioso en cuanto a su utilidad, sobre otros de menor bondad. En tanto se hable de un interés superior, se estará frente a un derecho de primera generación, derecho prócer, que sostiene un

finalismo necesario para la sociedad, sobre el cual no puede pesar desmedro alguno. (p.19)

El solo hecho de referirse de un interés superior, se puede determinar que se trata de un derecho esencial y privilegiado, donde tiene como principal garantía, el cumplimiento inmediato por quien deba realizarlo, sin presentar alegación alguna para su ejecución. Es decir, el interés superior, se encuentra dentro de los derechos de primera generación reconocidos dentro del derecho internacional, mismo que sirve de base para la satisfacción de otros derechos.

- c.) Niño. - Palabra con que se limita al ser humano, que se halla en un período comprendido entre la natalidad y la adolescencia; entendiéndose universalmente que la edad para ser considerado adulto es la de 18 años. Planteamiento aceptado para el estudio, en las veces que esta noción se establece en la C.S.N., artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad...” Bajo la premisa de esta norma, se puede entrever que los adolescentes se suman a la directriz, pese a ser un grupo diferenciado en base a su edad y necesidades. En tal sentido, usar esta palabra es un evidente error lingüístico, ya que niño y adolescente son dos palabras disímiles, con las que se identifica a humanos de diferente edad. Por lo que se recomienda utilizar la calificación de “menor” en lugar de “niño”. (p.21)

La terminología de niño y adolescente muchas veces confunde y únicamente distingue la edad de los titulares de un derecho; sin embargo mientras estos no lleguen a cumplir los 18 años de edad conforme lo ha determinado la Convención sobre el niño en su primer artículo, se los seguirá considerando con los mismos derechos y gozarán de las mismas garantías establecidas en la normativa interna de un determinado estado y de los convenios y tratados internacionales que se hallen inmersos dichos estados, para el cumplimiento pleno del principio de interés superior del niño.

De igual manera el escritor Cabrera (2010), afirma que:

La concepción del interés superior del niño, inviste una compleja circunscripción, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que además, posee orden de prevalencia frente a cualquier otro derecho que se le coteje. Haciendo mención a la creación del principio, se puede apuntar en términos generales, que con su institución, se ha buscado fundar en el contexto mundial el verdadero poder del menor para reclamar la satisfacción de sus derechos y necesidades esenciales. (p.23)

La creación del principio del “interés superior del niño”, a través del tiempo y la creación de normativas a través de los convenios y tratados internacionales, ha llegado a tener un alcance total y a mantener un enfoque de superioridad frente a derechos de los demás. Tanto es así que los derechos de los menores de edad se encuentran por encima de normativas internas, a través de otros principios como el pro ser humano, donde con solo enunciarlo se conoce de la magnitud que tiene el derecho del “interés superior del niño”.

Conforme el autor Cabrera (2010), citando al tratadista Bonnard (1991) manifiesta que:

El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo. (p.26)

Se debe enmarcar al interés superior del niño en dos ejes, el primero como una concepción de cuidado y el segundo como una titularidad de derechos; es decir la niña, niño o adolescente deber ser protegido por sus padres hasta que lleguen a la mayoría de edad, quienes se encargarán del cuidado, garantizando se vayan cumpliendo con todos los derechos que se le reconocen por la edad, sin que esto afecte a su normal desarrollo integral.

Acorde al escritor Cabrera (2010), citando a los tratadistas Gatica y Chaimovic (2002), dogmatiza que:

El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña. (p.26)

Hablar del interés superior del niño, es ceñirse a la obligatoriedad que tiene el estado a través de sus instituciones y sus políticas para la satisfacción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes sobre otros derechos de igual jerarquía de otras personas o

el propio estado, alcanzado inclusive el de sus propios padres, donde no podrán ser considerados cuando vayan en contra de los derechos de sus hijos.

Así mismo encontramos que la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se rige por cuatro principios que son las guías supremas que rigen cada uno de los artículos de la Convención y son la base para que nuestros derechos se conviertan en realidad. Son los siguientes:

- a) Principio de “No discriminación” (Artículo 2) La Convención es aplicable a todos los niños cualquiera que sea nuestra raza, religión o habilidades; sin importar lo que digamos o pensemos; cualquiera que sea el tipo de familia de la que vengamos. Sin importar dónde vivimos, qué idioma hablamos, qué es lo que hacen nuestros papás, si somos niños o niñas, la cultura de la que provenimos, si tenemos alguna discapacidad o si somos ricos o pobres. No hay causa que justifique el trato desigual a los niños. (p.10)

Para hablar de la discriminación, se identifica claramente los parámetros en los cuales se enmarca la Convención sobre los derechos del niño, dándole vital importancia al hecho de no cumplir la mayoría de edad para ser considerado como niña, niño o adolescente, protegiéndole de tal manera que no incumbe el lugar o las circunstancias en que se encuentre dicho menor; ante la mirada de los tratados internacionales todos son niños mientras la norma constitucional no diga lo contrario y deben ser tratados como tales en las mismas condiciones y sobre todo bajo los mismos derechos.

- b) Principio de observar siempre el interés superior del niño (Artículo 3) Cuando se va a tomar una decisión que puede afectarnos lo primero en lo que debe de pensar quien tomará la decisión es nuestro beneficio. Los adultos deben de hacer aquello que es mejor para nosotros. Cuando los adultos toman decisiones deben de pensar la forma en que éstas nos pueden afectar. Este principio lo podemos observar, por ejemplo, en la creación de nuevas leyes, políticas del gobierno y presupuestos destinados a la niñez. (p.10)

El interés superior del niño desde el ámbito de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), está enfocado principalmente en la toma de decisiones por parte de quienes deben emitir criterios, sentencias o resoluciones, en las que se encuentran involucrados los derechos de las niñas, niños y adolescentes. De igual manera otro de los puntos clave para el desarrollo del principio del interés superior del niño es la iniciativa que tienen los gobernantes y sus representantes para la creación de normativas

y políticas públicas que permitan una mayor participación de los menores de edad en asuntos de su interés y sus derechos.

- c) Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (Artículo 6) ¡Tenemos derecho a vivir! Los gobiernos deben asegurar que crezcamos y nos desarrollemos saludablemente (p.11).

Para hablar del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo del niño, se debe considerar como principal representante, la obligación que tiene el estado para proteger al niño desde su concepción, así como las políticas públicas generadas para salvaguardar la integridad mediante su vida de niño, infante y adolescente, a fin de lograr de esta manera un desarrollo emocional y social donde el niño pueda desenvolverse conociendo cuáles son sus alcances y la posibilidad que tienen para ejercer sus derechos cuando se vean susceptibles o vulnerados, sea por una persona natural y/o jurídica o a su vez por una autoridad competente.

- d) Principio de participación y ser escuchado (Artículo 12) Cuando los adultos toman decisiones que nos pueden afectar, nosotros tenemos derecho a decir lo que pensamos y nuestra opinión debe ser tomada en cuenta. Esto no significa que podemos decirles a nuestros padres qué hacer y qué no hacer. La Convención busca que los padres escuchen las opiniones de los hijos y que los involucren en la toma de decisiones, la Convención no nos da a los niños autoridad sobre los adultos, al contrario, la Convención reconoce que el nivel de participación en las decisiones debe de ser apropiado para nuestro nivel de madurez. (pp.12-14).

La participación de las niñas, niños y adolescentes dentro de una legislación determinada es indispensable para un futuro venidero de nuevas generaciones, en virtud que no solo es el hecho de permitir la participación de los menores de edad o la facultad que tienen para ser escuchados por sus padres o una autoridad competente; este principio va mucho más allá, es decir se intenta lograr una participación activa de los menores de edad donde sean ellos quienes se den cuenta la responsabilidad que acarrea el ejercicio de sus derechos y la toma de decisiones, así como identifiquen cuáles son las obligaciones que contraen al momento de adquirir estos derechos, con la finalidad acrecentar una madurez hacia su paso a ser adultos.

3.2.1.4.- Los derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes

Dentro de la Constitución de la República del Ecuador (2008), clasifica a los derechos en siete categorías, siendo los mismos: derechos del buen vivir, derechos de las

personas y grupos de atención prioritaria, derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza, y derechos de protección. Por lo que se desarrollará los derechos reconocidos en la constitución antes mencionados, acorde al tema de investigación, por lo tanto, acorde al tratadista Ávila (2012) se refiere a:

Las personas y grupos de atención prioritaria. - En las personas y grupos de atención prioritaria encontramos enumerados los derechos de las personas adultas, migrantes, embarazadas, menores de dieciocho años, jóvenes, con discapacidad, privadas de libertad, usuarias y consumidoras. Estas personas gozan de los mismos derechos que las demás, más ciertos derechos que tienen por su particular situación. Así, por ejemplo, los niños y niñas son vulnerables por factores particulares, en especial en sociedades adulto-céntricas y patriarcales como las nuestras. (p. 101)

Dentro de los derechos establecidos en la constitución se hace un reconocimiento especial a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, y entre las cuales se encuentran en los artículos 44, 45, y; 46 de la Constitución, las niñas, niños y adolescentes.

Los derechos de libertad. - Los derechos de libertad corresponden a los derechos civiles, que son típicamente los derechos conquistados por el constitucionalismo clásico (...) los derechos de la familia se encuentran se encuentran en la libertad y no en los derechos sociales, bajo la premisa que las libertades de los miembros de la familia son importantes y que esas son las que merecen protección. (p.106)

Los derechos de libertad establecidos en el artículo 66 de la constitución dentro de la que se reconoce y garantiza que el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos en el cuidado de crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de derechos.

Los derechos de protección. - Los derechos de protección, finalmente, se inspiran en la clasificación ya ensayada para expresar un grupo de derechos de los niños y niñas. Los derechos de protección son un buen puente para luego tratar el tema de las garantías constitucionales. Los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a protección especial de las víctimas de violaciones a derechos, la imprescriptibilidad de los delitos considerados a nivel internacional como graves e imperdonables tales como lo son la agresión, lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, la protección especial a personas víctimas

de violencia familiar, crímenes de odio, delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, adultas mayores; finalmente, el derecho a la seguridad jurídica (...) Los derechos, como toda la Constitución en general, deben leerse de forma sistemática y a la luz de los principios que iluminan la interpretación, la aplicación y el ejercicio de derechos. La clasificación simplemente es una forma útil para poder comprender y ubicar los derechos. (p. 108)

Acorde a la convención de los derechos de los niños, así como el código de la niñez, divide a los derechos en cuatro grupos, entre ellos se encuentran los derechos de protección.

La función legislativa tiene la obligación de adecuar el sistema jurídico a las normas constitucionales y han de tener especial cuidado que se adecue a la parte dogmática de la Constitución (garantías normativas); la función ejecutiva tiene la obligación de emitir políticas públicas inspiradas en los derechos (garantías de políticas públicas), organizar y mantener los servicios públicos que sean necesarios para que todos gocen de los derechos garantizados en la Constitución; la función de participación social protege el ejercicio y cumplimiento de los derechos; la función judicial y Corte Constitucional garantizan, en última instancia, que todo el estado respete, garantice y proteja los derechos humanos y así todas las otras instituciones estatales y paraestatales (...) Los derechos, de esta forma, podrán ser efectivamente respetados, garantizados y protegidos y que, en caso de que no suceda así, sean exigidos por las personas y colectividades y esperamos que, de esta forma, dejen de ser simples declaraciones escritas de buenas intenciones, y que, a la vez limiten el poder político y legitimen las instituciones del estado. (p.109)

Por lo antes mencionado, se refleja que se debe crear, modificar o eliminar normas que estén acorde a las normas constitucionales adecuando con la parte dogmática de la constitución, siendo garantías normativas, garantías de políticas públicas o garantías jurisdiccionales.

El reconocimiento del niño como sujeto de derechos, conlleva a establecer reglas sui generis para reflejar la situación en la que aquellos se encuentran inmersos. Su difícil situación de derechos y deberes no puede resolverse con la aplicación de normas generales tradicionales ni tampoco con las mismas instituciones que tienen por finalidad resolver los conflictos y problemas de las personas adultas. Debido a que por sus particulares condiciones demandan de una normativa particularizada e instituciones propias de la misma, para conllevar a la solución de conflictos de intereses en el ámbito de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En este sentido es preciso entender cuáles son los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que se encuentran dentro de la nacional e internacional, misma que es garantizada por la Convención de los Derechos de los Niños, y también el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en el libro primero, título tercero, hace referencia de una manera más detallada sobre los derechos, garantías y deberes; dividiéndolos en cuatro grandes grupos así:

- Derechos de supervivencia
- Derechos relacionados con el desarrollo
- Derechos de protección
- Derechos de participación

a) Derechos de supervivencia: Al hablar de los derechos de supervivencia, se puntualiza que los menores de edad están protegidos desde su concepción, lo cual conlleva una progresión de derechos encaminados a su integridad, mismos que deben ser garantizados por sus padres o representantes que tengan a cargo a un menor de edad, brindándoles de esta manera una protección ampliada por parte del estado, que tiene como finalidad hacer de las niñas, niños y adolescentes un ciudadano ejemplar que cumpla con los propósitos establecidos en la Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia respectivamente.

En este grupo tenemos los siguientes derechos:

- A la vida
- A conocer a sus progenitores y mantener relaciones afectivas personales, regulares, permanentes con ellos y sus parientes.
- A tener una familia y a la convivencia familiar, niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse con su familia biológica excepto cuando esto sea imposible o vaya en contra de su interés superior.
- Protección prenatal

- A la lactancia materna, para asegurar el vínculo afectivo con su madre y un adecuado desarrollo y nutrición.

- Atención en el embarazo y parto, en condiciones adecuadas, tanto para el niño o niña como para la madre, especialmente en caso de madres adolescentes.

- A una vida digna, en condiciones socioeconómicas que permitan su desarrollo integral, una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; recreación y juegos, a educación de calidad, vestuario y vivienda con todos los servicios básicos.

- A la salud, acceso permanente a servicios de salud públicos y medicinas gratuitas.

- A la seguridad social, a sus prestaciones y servicios.

- A un medio ambiente sano.

b) Derechos relacionados con el desarrollo: Los derechos relacionados con el desarrollo no son más sino el apoyo legal que le brinda el estado a través de varias normativas para su desarrollo frente a la sociedad, donde el eje principal es el reconocimiento posterior a su nacimiento, con lo cual se considera como ciudadano. De igual manera el desarrollo de los derechos se enfoca a las necesidades que se presentan a través de la edad de la niña, niño y adolescente, como es la educación y vinculación; e inclusive se reconoce al ocio como uno de los derechos de desarrollo que están reconocidos a favor de los menores de edad, con lo que se busca que a partir de la mayoría de edad, sea el beneficiario quien devuelva al estado una inversión a través de su conocimiento y desenvolvimiento de lo otorgado en su infancia.

- A la identidad, a un nombre, nacionalidad, relaciones de familia.

- A conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar la identidad cultural, así como los valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales.

- A la identificación, deberán ser inscritos de manera inmediata y con los correspondientes apellidos paterno y materno.

- A la educación que sea de calidad, respete la cultura del lugar, convicciones éticas, morales, religiosas. La educación pública es gratuita y laica. Las instituciones educativas deberán brindar este servicio con equidad, calidad y oportunidad. Los padres y madres tienen la obligación de matricular a sus hijos e hijas en planteles educativos y elegir la educación que más les convenga. Queda prohibido la aplicación de sanciones corporales, psicológicas que atenten a la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, la exclusión o discriminación por una condición personal o de sus progenitores.

- A la vida cultural, a participar libremente en expresiones de carácter cultural.

- A la información, a buscar y escoger información, que sea adecuada, veraz, pluralista y que brinde orientación y educación crítica.

- A la recreación y al descanso, al deporte, a la práctica de juegos en espacios apropiados, seguros y accesibles, y en especial de juegos tradicionales.

c) Derechos de protección: Para mencionar los derechos de protección que tienen los menores de edad, se debe comprender que éstos van más allá de la normativa interna, sino se enfocan directamente a la normativa internacional, donde las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derechos y protección por parte del estado, en especial, cuando se cometan faltas o se menoscabe los derechos reconocidos por circunstancias en las que se involucre la integridad de los menores de edad, cualquiera que sea esta; considerando de esta manera como un grupo vulnerable ante la sociedad que deben tener mayor atención para garantizar sus derechos.

- A la integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. Se prohíben los tratos crueles, degradantes o tortura.

- A la libertad personal, dignidad, autoestima, reputación, honor, e imagen.

- Derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del hogar y las formas de comunicación.
- Derecho a la reserva de la información sobre antecedentes penales.
- Derecho de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades o necesidades especiales
- Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad.
- Derecho a protección especial en casos de desastres y conflictos armados.
- Derecho de los niños, niñas y adolescentes refugiados, es decir otorga el derecho a recibir protección humanitaria y la asistencia necesaria para el pleno disfrute de sus derechos.

d) Derechos de participación: Finalmente los derechos de participación a los que tienen acceso los menores de edad dentro de la legislación ecuatoriana se determinan puntualmente en su intervención en aspectos que afecten directamente a sus intereses como ciudadanos, donde se brindan ciertas herramientas a través de las cuales se garantiza su participación en aspectos sean políticos, económicos, sociales y culturales, con la finalidad que ejerzan los derechos consagrados en la carta magna, cumpliendo de esta manera con la contribución que tienen con el estado.

- Derecho a la libertad de expresión
- Derecho a ser consultados
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión
- Derecho a la libertad de reunión
- Derecho de libre asociación (pp. 9-36).

3.2.1.5.- Prevalencia de derechos de las niñas, niños y adolescentes

Si bien la Constitución de la República reconoce en su Artículo 11, la igual jerarquía de todos los derechos, hace un reconocimiento especial respecto a los niños en su 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.”

Al referirse de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se debe identificar la responsabilidad que tiene el estado para garantizar y precautelar las insuficiencias de los menores de edad por intermedio de la creación de políticas públicas, para satisfacer las necesidades que se presentan con relación a quien se protege; es así, que al tratarse de derechos basados en un interés superior, se lo adecua en un enfoque donde a mayores necesidades mayor participación estatal.

En el mismo sentido, en el caso *Gonzales vs México* de la Corte Interamericana ha establecido que:

Los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable. (párr.408)

Dentro del marco jurídico internacional, se puede observar la importancia que brinda el máximo organismo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tomando en consideración su vulnerabilidad y las condiciones en las que se pueden desarrollar. Además hace un alcance a la protección que se debe proponer a las niñas, por el solo hecho de ser mujeres, a fin que tengan una mayor atención por los estados partes para evitar cualquier menoscabo en sus derechos al ser considerado un grupo más vulnerable aún que los propios menores de edad., basados siempre bajo el principio de interés superior.

Así mismo en el caso *Forneron e hija vs. Argentina* de la Corte Interamericana de derechos humanos (2004), en sentencia dispone que:

Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su Artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquel pertenece. (párr.45)

Otra de las formas de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes son las medidas de protección reconocidas de manera nacional e internacional que se brindan por intermedio de los organismos especializados para tal efecto, donde se toma en cuenta de manera integral y personalizada cada caso como un eje principal; ante lo cual una de las figuras jurídicas en las que se ha respaldado el legislador es la adopción como la medida de protección más relevante para asegurar el cumplimiento de los derechos de sus titulares.

3.2.1.6.- Marco constitucional de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Señalado que el interés superior del niño se origina con la aparición de la Declaración de los derechos del niño y consecutivamente con la Convención sobre los derechos del niño, debe acreditarla inserción dentro de la legislación ecuatoriana, misma que parte de la Constitución de la República del Ecuador (2008), a través de su reconocimiento a los tratados internacionales en los artículos: 416, 424, 425, con mención del Art. 417, que redacta: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.” La legislación ecuatoriana tiene la obligación constitucional de actuar y proceder bajo los principios pro ser humano, cuando se encuentren involucrados derechos humanos que restrinjan derechos legalmente reconocidos dentro de la legislación interna o de ser el caso, aplicar la cláusula abierta reconocida en la Constitución de la República del 2008, en el Art. 417, para aplicar los convenios y tratados internacionales que hablen sobre el interés superior de niñas, niños y adolescentes; especialmente por estar considerados como grupo de atención prioritaria.

Es así que el autor Cabrera (2010), establece que:

Para el caso del interés superior del niño –figura proveniente de un tratado internacional ratificado por el Ecuador– no se aplica la enunciación con que inicia el Art. 417, debido a que esta directriz ya fue concebida con fecha muy anterior a lo que reseña la Constitución ecuatoriana –2008–, es por este motivo que la Constitución debió tomar este concepto e implantarlo dentro de su ordenamiento. Agregándose que al tratarse de un principio pro ser humano –que en doctrina se conoce como *In Dubio Pro Homine*– el interés superior del niño guarda plena concordancia con la aplicación constitucional. (p.64)

Hablar del *In Dubio Pro Homine*, se está prácticamente induciendo a la obligatoriedad que tuvo la legislación ecuatoriana para implementar dentro de la Constitución actual de 2008, la concepción del interés superior del niño, en virtud que al encontrarse reconocida mediante un tratado internacional, se implementa con la intencionalidad de hacer cumplir los derechos de los menores de edad de manera progresiva por parte de todos los representantes estatales.

De igual manera en la Constitución de la República del Ecuador (2008), el Art. 44, establece que:

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.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), hace una distinción especial la mencionar cual es el deber del estado y el alcance frente a los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes; y, no es más sino que de dar a conocer a toda autoridad competente, entidad pública o privada y cualquier otro organismo, la obligación de hacer valer los derechos de los menores de edad por sobre los de los demás, ejerciendo de esta manera el principio superior que se reconoce en la carta magna, de una manera progresiva a través de políticas públicas que permitan un desarrollo integral de los titulares del derecho.

Conforme al autor Cabrera (2010), quien citando al tratadista Ferrajoli (2004), manifiesta que:

Por medio del artículo 44, la Constitución ha incluido el principio dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta norma se traduce como una garantía constitucional de los derechos de los niños; se trata de una premisa que intenta conceptualizar al “interés superior del niño” como rector– guía del derecho de menores. Es fácil avizorar que la Constitución ha procurado identificar al principio como una caución, lo que nos introduce a la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli: “...«garantismo» designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación extrema conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.” (pp.66, 67)

Al manifestar que el interés superior del niño se encuentra instaurado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano como mecanismo para garantizar los derechos de los menores de edad, se lo considera conforme así lo determina Ferrajoli, un garantismo que impone un derecho, a fin de que sea el estado el encargado de dirigir el cumplimiento de los principios establecidos y tutelarlos con la aplicabilidad de la norma.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), tiene a la igualdad como eje transversal del ejercicio de todos los derechos reconocidos. Así, en su artículo 69 numerales 1, 4 y 5, al proteger derechos de las personas integrantes de la familia, precisa que:

- a) 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.
- b) El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
- c) El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

La carta magna en el Ecuador ha reunido ciertos preceptos a fin de constituir un bloque de constitucionalidad para sustentar las responsabilidades tanto del padre y la madre

con respecto a los hijos, con la finalidad que dichos preceptos a través de las instituciones reconocidas sean las que inspiren su desarrollo progresivo conforme se da la evolución social, el incremento y aparición de nuevas ventajas. Dentro de esta manifestación, los conceptos de paternidad y maternidad han experimentado una notable evolución, haciendo que sea el interés superior del hijo el que debe prevalecer; esto es el derecho que le brinda la Constitución a los menores de edad, donde los padres deben acatar con lo que prevé la norma señalada de acuerdo en el medio familiar libremente escogido.

Para una mayor comprensión se encuentra el autor Cabrera (2010), quien menciona que:

Una palabra clave utilizada en la norma expuesta es “desarrollo integral”, haciendo mención al desenvolvimiento del menor en el plano físico y emocional, desarrollo que se encuentra circundado por múltiples aspectos sociales; esta expresión ha sido utilizada por la Constitución para estructurar una norma primaria, que ha tratado de contener todos estos factores en las políticas nacionales del Estado, por tanto, la norma se consolida como una estrategia garantista, en favor del desenvolvimiento de los menores en los varios aspectos de su vida diaria. (p.66)

El estado para garantizar el principio superior de la niña, niño y adolescente ha adoptado ciertos mecanismos para su cumplimiento, siendo uno de ellos el desarrollo integral, el cual debe ser entendido como la necesidad que tiene el menor de edad para satisfacer sus derechos de una manera progresiva y continua, es decir sin un tener un tiempo establecido, sino que pueda ejercerlo a su disposición de manera libre y diaria donde pueda gozar de los derechos propios de su edad y sus necesidades.

3.2.2.- LA REGULACIÓN DE INSTITUCIONES FAMILIARES Y LA COPARENTALIDAD COMO MECANISMO PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

3.2.2.1.- Instituciones familiares

3.2.2.1.1.- La patria potestad

En el Código Civil ecuatoriano vigente, artículo 283, dice que la Patria Potestad “...es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.”

En el Código de la Niñez y Adolescencia también se encuentra un concepto de patria potestad en el 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.”

Al hablar de la patria potestad, en la legislación ecuatoriana se considera dentro de dos parámetros; el primero, la facultad que tienen los padres con relación a sus hijos menores de 18 años conforme así se considera a los menores de edad, a través de la cual se encargan de garantizar los derechos inherentes a sus hijos; y el segundo, las obligaciones que tienen los padres para satisfacer las necesidades de sus hijos para que estos puedan desenvolverse en su vida diaria hasta que se cumpla el único requisito que se solicita en ambos casos como es la emancipación.

Para Cabanellas (1979), en su diccionario enciclopédico, coincide en que la Patria Potestad es “Conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su conjunto a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados...”(p.323), al referirse a la Patria Potestad, no es más sino el cumplimiento de derechos y obligaciones que tienen los padres con relación a sus hijos, en cuanto a su vida diaria les corresponde, logrando satisfacer sus necesidades más esenciales; así como se considera a los bienes que pudieren llegar a mantener los menores de edad, con la finalidad que sean bien administrados por sus representantes hasta el momento en que se emancipen conforme lo determine la ley.

Acorde al autor García (2012), “La patria potestad es una función tuitiva. Dicha expresión es la que emplea (...) para referirse a esta institución. En efecto, el hijo será el protagonista y se ha de hacer hincapié en el principio del beneficio del hijo” (p.13), se considera a la Patria Potestad como la institución jurídica que tiene como función principal la tutela de los derechos; en el presente caso se da mayor protagonismo al beneficio que tiene el hijo frente a los demás miembros del grupo familiar.

Acorde al escritor García (2012) en la obra “La patria potestad” citando a Bercovitz (2007) establece que “La patria potestad se puede definir como el poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia integral.” (p.14), al referirse de la Patria Potestad, se entiende el poder que

ejercen los padres con relación a sus hijos menores de edad, a fin de que a través de su niñez y adolescencia puedan desarrollarse de manera integral hasta que se cumpla la mayoría de edad.

De igual manera al tratar sobre la patria potestad el escritor García (2012) instituye que:

El menor de edad no tiene capacidad de obrar y será el titular o los titulares de la patria potestad quienes actuarán en el mundo jurídico en su nombre — como sus representantes legales—. Si dicho menor está emancipado tiene capacidad de obrar limitada o restringida y necesita un complemento de capacidad para ciertos negocios jurídicos, que se lo otorgarán los anteriores titulares de la patria potestad. (p.15)

Los titulares del derecho dentro de la institución jurídica de la patria potestad son los hijos, quienes se encuentran protegidos por intermedio de principios para ejercer sus derechos, los cuales son valeros en distintas normativas legales, dando la facultad a sus padres. De igual manera, en el caso de llegar a una eventual emancipación, los menores de edad se encuentran sujetos a la autorización de sus progenitores, en calidad de representantes legales para la toma de sus decisiones hasta que cumplan la mayoría de edad.

De igual manera se ubica el tratadista Cabrera (2010) en su libro titulado “Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores”, citando a Mazzinghi (1999), quien establece que:

El concepto originario ha sido enriquecido con la indicación de que el objeto de la relación es la “protección y formación” integral de los hijos. Así mismo es valiosa la referencia al tiempo de su iniciación, ubicando como punto de partida el momento de la concepción, que es cuando se inicia la existencia de la vida humana y aparece un sujeto de derecho distinto de sus progenitores. La patria potestad no es, en efecto, ni un poder conferido a los padres para que ellos se solacen en su ejercicio, ni una función asignada por la sociedad para que unas personas cuiden a otras. Es...un conjunto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales participa de las características que hemos atribuido a los derechos subjetivos familiares. Y ese conjunto de derechos y obligaciones tiene su origen y su raíz en el orden natural. (p.95)

Para comprender lo que es la patria potestad, es necesario verificar el inicio de la institución jurídica para quienes la ejercen, es así como se determina que dicha figura jurídica se da paso por el hecho de la concepción entre dos sujetos, dándoles de esta manera una obligación para un tercero que vienen a ser sus hijos. Dicho esto, se puede

identificar que no se trata de un poder que tienen los padres sobre los hijos, sino más bien se trata de un conjunto de obligaciones y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados.

Acorde al tratadista Vela (2007), define que “La patria potestad no es un derecho subjetivo, sino una potestad o función, porque el derecho que se concede no es para la autosatisfacción de intereses, sino para cumplir unos deberes” (p.104), al adquirir la Patria Potestad, no es un mecanismo de satisfacción, sino más bien un medio de cumplimiento de obligaciones con relación a quienes buscan se cumplan sus derechos por el mismo hecho de no estar en la facultad de reclamarlos por sí mismos.

Refiriendo la trayectoria de la figura se cita al autor Cabrera (2010), quien a su vez hace alusión al tratadista Belluscio (2003), quien explica esta evolución:

En el derecho romano la patria potestad...era el poder ejercido por el jefe de familia (paterfamilias), sobre todas las personas libres que formaban el núcleo familiar...el pater tenía el derecho de vida y muerte (Ius vitae et necis) sobre las personas sometidas a la potestad...Podía enajenarlos (Iusvendi), abandonarlos o exponerlos (Iusexponendi) y entregarlos en noxa a la víctima del delito por ellos cometido (Iusnoxae dandi). En el derecho germánico la relación paterno – filial difería sustancialmente del sistema romano, pues la potestad paterna se ejercía fundamentalmente bajo el predominio de la idea de la protección del incapaz y cesaba a determinada edad. El Código Napoleónico trató de conciliar el derecho romano y el consuetudinario. Ya la Asamblea Legislativa la había limitado a los menores en 1792. El Código confirmó ese criterio, y conservando la denominación romana la organizó con predominio neto de las reglas consuetudinarias expuestas por Pothier. (p.96)

La patria potestad es una institución jurídica reconocida desde el derecho romano, donde se consideraba como el poder ejercido por el jefe de familia sobre los demás integrantes, es decir que el pater (jefe de familia) era el encargado de proteger a los miembros de la familia y a su vez tenía el poder para disponer inclusive de su propia vida, donde podía enajenarlos, abandonarlos o exponerlos de acuerdo con sus necesidades o comportamientos. Esta idea es contraria en el derecho germánico, donde se consideraba a la patria potestad como la facultad que tenía una persona sobre otra, con la idea de proteger al más vulnerable que en este caso son las niñas, niños y adolescentes, dejando la aclaración que dicha protección se culmina con el

cumplimiento de una edad determinada, que vendría a ser la mayoría de edad que actualmente se considera.

3.2.2.1.1.1.- Sujetos de la patria potestad

Para establecer con mayor precisión a los sujetos que conforman dentro de la patria potestad, se encuentra el autor García (2012), quien realiza la siguiente alineación:

- a) Padres. -La patria potestad corresponde a los progenitores, sean padre y madre biológicos o adoptivos o por inseminación artificial; o bien sean dos padres, adoptivos; o dos madres, adoptivas o por inseminación artificial. (p.22)

Al referirse de patria potestad, no se está hablando nada más que la obligación que adquieren los padres sobre sus hijos por el mero hecho de ser sus padres sin importar o distinguir la forma en que se hayan convertido en sus padres, correspondiéndoles única y exclusivamente a ellos.

- b) Los hijos:

- Los menores de edad no emancipados. - Los hijos menores de edad son sujetos pasivos de la patria potestad ya sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos, (...) En efecto, la emancipación extingue la patria potestad, sin perjuicio de que los padres sigan complementando la capacidad restringida del menor emancipado, cuando para determinados actos sea preciso dicho complemento. (p.22)

Dentro de la legislación española, se distingue las causas y los momentos en que se ejerce y se termina la patria potestad, es así como, al darse los casos de emancipación legal, se reconoce los parámetros en los cuales los padres deben continuar auxiliando a sus hijos hasta que lleguen a cumplirse determinados requisitos de acuerdo el caso que amerite.

- Los hijos incapacitados durante su minoría de edad sobre los cuales, y al llegar la mayoría de edad, quedará prorrogada la patria potestad de quienes la ejercían (p.22).

Una de las formas exclusivas que distingue el derecho español, es la patria potestad con respecto a los hijos menores y mayores de edad que tengan una incapacidad; en estos casos, no excluye a los padres la responsabilidad que tienen para ejercer la función de la patria potestad, dejando de esta manera establecido una prórroga de estas obligaciones.

- Los mayores de edad, solteros, que vivieren en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, y fueren incapacitados Excepcionalmente, la patria potestad puede extenderse al hijo mayor de edad incapacitado (...) Los hijos mayores de edad, solteros, que vivieren en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, y fueren incapacitados. (p.23)

Otro de los mecanismos que presenta la legislación española para ejercer la patria potestad, es extender esta responsabilidad a los mayores de edad que se encuentren solteros y viviendo con sus padres o con uno de ellos, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos establecidos en la normativa respectiva, mismos que pueden quedar rehabilitados conforme a la ley.

3.2.2.1.2.- El régimen de visitas

El régimen de visitas constituye el derecho que posee tanto el padre como la madre que están separados o divorciados y que no tiene la tenencia o el ejercicio de la patria potestad de sus hijos a pasar tiempo con ellos y contribuir al desarrollo físico, intelectual y emocional de los niños, niñas y adolescentes.

Para Albán (2010) el régimen de visitas es “La facultad de todo progenitor con el fin de visitar periódicamente al niño, niña o adolescente por efecto de una resolución judicial de tenencia o ejercicio de patria potestad” (p.161), para hablar del derecho de visitas, se lo considera como el derecho de los progenitores que no se les ha concedido la Tenencia de sus hijos no que no cuentan con las visitas regulares, esta garantía es la facultad que tiene el juez para otorgar a favor de uno o ambos progenitores; y, se lo estipula como el lapso de tiempo determinado y exclusivo, para que los progenitores compartan sus hijos, a fin de contribuir a un mejor desarrollo del niño, niña y adolescente y además, para que asuma su rol de padre o madre según el caso. Sin embargo, hay que considerar que el derecho de visitas se encuentra enlazado con el derecho de la alimentación, pues si el padre, madre o progenitor que no vive con los hijos no cumple con sus obligaciones tampoco puede hacer valer sus derechos y menos pretender la tenencia de los hijos.

Es así que el autor Cabrera (2009) manifiesta que “El régimen de visitas es el cúmulo de deberes-derechos destinados a facilitar la interrelación paterno filial, de manera tal que se actualice, en el caso concreto la garantía que tiene todo menor de crecer y formarse manteniendo un constructivo contacto con sus progenitores” (p.24), el derecho

de visitas es, a más de un derecho de los padres un derecho que también tienen los hijos, donde se establece un continuo deber entre ambos, donde serán los progenitores quienes deben velar paritariamente por una adecuada inter relación con el menor de edad que no ejerce la tenencia, con la finalidad de fortalecer los lazos afectivos de los unos con el otro, y con ello evitar la total desintegración de la familia; haciendo que el régimen de visitas no se concrete únicamente en una mera facultad que arbitrariamente pretende ejercer el padre o madre y judicialmente se deba reconocer; se complementa con el conjunto de deberes emergentes de la patria potestad, entre los cuales se encuentra los de mantener adecuada comunicación con los hijos y controlar su educación.

De igual manera se encuentra el autor Cabrera (2010), citando al escritor Gustavino (1976), quien denomina al derecho de visitas como:

El estrecho vínculo que la ley procura entre el hijo y el progenitor no guardador se fundamenta en que el contacto de ambos padres con el niño es de medular importancia para la estructuración psíquica y moral de éste. (p.103)

Al definirse al régimen de visitas, se debe comprender como el lazo que tienen los padres con sus hijos menores de edad, donde la principal función es el contacto con los dos, pese a las diferencias que puedan existir entre los progenitores, brindando de esta manera una seguridad y tranquilidad emocional a sus hijos para su desarrollo general.

Continuando con la definición del régimen de visitas se encuentra el escritor Cabrera (2010), quien manifiesta que:

El régimen de visitas soluciona la incomunicación de un menor de edad que se encuentra privado de la relación filial; debe recordarse que el derecho de visitas como cualquier otro minoril, tiene por finalidad precautelar los derechos del menor y así su interés superior, pero como se dijo anteriormente, su concepto es más profundo, ya que el padre que busca obtener una fijación de visitas, obtendrá además directa o indirectamente la facultad de contribuir y supervisar el desarrollo de su hijo. Ultimando que dentro del finalismo, el régimen de visitas sostiene la relación paterno filial, garantizando así tanto al menor como a sus padres un adecuado proceso de formación; esto a través de la comunicación permanente entre el grupo familiar. (pp.28, 29)

El régimen de visitas puede ser utilizado como un medio para evitar la falta de comunicación entre el progenitor solicitante y el hijo o hija que tiene derecho a ser

visitado y compartir con su progenitor momentos que por decisión de un tercero no se le permite. A través de esta institución se puede garantizar y precautelar el interés superior que tiene el menor de edad para desarrollarse de una manera más adecuada e integral, en virtud que a través de la conexión parento filial se logra una permanente interconexión entre el beneficiario y sus progenitores.

3.2.2.1.2.1.- Límites del régimen de visitas

Para entender acerca de los límites del régimen de visitas, el tratadista Cabrera (2009), manifiesta que:

Se enuncia desde ya que la figura jurídica posee varias limitaciones que dificultan su existencia; siendo este un medio que propone mantener la comunicación paterno –filial, su alcance es bastante limitado en relación a las funciones que otorga, en especial si se reflexiona sobre la poca normativa que existe sobre la materia (p.36).

Se debe determinar al régimen de visitas como la figura jurídica que se ha diseñado para no romper el lazo filial existente entre los padres o sus guardadores con respecto a sus hijos, cuando uno de ellos no tenga la tenencia legalmente conferida, sea de manera voluntaria o judicial; tiene la única finalidad que el que no esté bajo el cuidado del niño, niña o adolescente no emancipado, tenga la oportunidad de visitarlo y compartir momentos que por el mismo hecho de no estar a su cargo no puede hacerlo a diario.

Dentro del presente capítulo se especifica la distinción de las diversas instituciones familiares, tales como la patria potestad misma que no es únicamente el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres hacía sus hijas e hijos no emancipados, relativos al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos acorde con la Constitución y la ley, debiendo poner énfasis en que no se trata de un poder que tienen los padres sobre los hijos, sino más bien se trata de un conjunto de obligaciones y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad.

Acto seguido se ha tratado sobre otra institución familiar, como lo es la tenencia, la cual cabe dilucidar que no es un derecho de los padres, sino un derecho de los hijos, debido a que son ellos quienes necesitan del cuidado de sus progenitores, dentro de la cual consecuentemente se deberá señalar un régimen de visitas con la finalidad de no

desvincular al otro progenitor del cuidado del niño, con la finalidad de evitar la desintegración familiar y que se contribuya con el desarrollo físico, intelectual y emocional de los niños, niñas y adolescentes.

3.2.2.1.3.- La tenencia

Al ser la presente investigación materia de niñez y adolescencia misma que se encuentra inmersa en el tema de la coparentalidad de las niñas, niños y adolescentes Varsi (2011), establece que:

La tenencia es la institución por lo que se legitima la posesión que tiene un padre respecto de sus hijos cuando hay una separación de hecho. Este no vendría a ser un derecho del padre sino un derecho del hijo de contar con un protector adecuado que cumpla los requisitos. En todo proceso de tenencia debe fallarse el régimen de visitas que tendrá la otra parte restringida de la tenencia (p.274).

Para analizar la figura jurídica de la tenencia, se debe enmarcar que se refiere directamente al hecho de la separación de sus padres en una relación de hecho, señalando al padre como será quien asuma la obligación de reclamar la tenencia y por ende a la madre como beneficiaria de la tenencia de sus hijos. Así mismo se aclara que la tenencia no es un derecho del padre, sino un derecho exclusivamente de los hijos, por cuanto son quienes necesitan del cuidado de su progenitor, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de ciertos requisitos para el otorgamiento de la tenencia de los hijos a su padre, donde de forma obligatoria se deberá señalar un régimen de visitas con la finalidad de no desvincular al otro progenitor del cuidado del niño.

Por su parte Chávez (2012) hace referencia, en cuanto el tema en mención a que:

La tenencia es una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar. Se trata de un cuidado directo e inmediato que ejerce uno de los padres respecto de su hijo menor de edad, niño o adolescente. (p.125)

Para hablar de la tenencia, se debe entender como la institución jurídica que tiene como finalidad la protección del beneficiario menor de edad con respecto a uno de sus padres posterior a una separación emocional, quien se encargará del cuidado y protección, considerando para tal hecho a quien demuestre mayor estabilidad sea esta emocional

económica y muchas veces afectiva; es así que el niño o adolescente no puede elegir con quien irse sino esperar a una decisión de una autoridad competente

Chunga (2000), considera que “Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de los padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía (p.350), se debe considerar a la tenencia, como la facultad que se le brinda a uno de los progenitores o quien se encuentre a cargo de los niños, niñas y adolescentes para que estos permanezcan bajo su cuidado y protección, con la finalidad que sean quienes se encarguen de satisfacer los derechos que se les otorga a través de la legislación en la que se encuentren, considerando como principal derecho de quien se encuentre con los menores de edad el de la convivencia.

Acorde al autor Cabrera (2010), haciendo referencia a los escritores Wallerstein y Blakeslee, definen a la tenencia como:

Decimos por supuesto, que cuando evocamos la palabra tenencia es porque entre padre e hijo se verifica efectivamente una convivencia total o parcial. Sin embargo, vía de una extensión terminológica, cierta doctrina clasifica así la tenencia: a) en sentido amplio o legal (que sería poseer los atributos emergentes del ejercicio de la patria potestad), y b) en sentido estricto o tenencia “física” (que importaría tener al hijo consigo, ser titular de su guarda). De este modo la tenencia en sentido amplio quedaría compatibilizada para regir como “compartida”, no obstante que la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre. (p.97)

Hablar de tenencia, no solo es remitirse a la convivencia total o parcial de los padres con los hijos, sino se debe distinguir dos puntos, la una legal, donde se debe cumplir ciertos requisitos para poder obtenerla y posteriormente ejercerla y la segunda la física, que se considera la que tiene uno de los progenitores o en el mejor de los casos los dos padres, con la especificación que uno de los padres es quien tiene la decisión de establecer el tiempo de convivencia del menor de edad con el otro progenitor, salvo los casos determinados por la ley.

Siguiendo la misma línea de investigación se posesiona el autor Cabrera (2010), quien establece que:

Mientras existe la convivencia de los padres en el hogar, el niño puede gozar de su tiempo con ambos, pero, cuando las parejas se separan inician los problemas. La tenencia ha buscado mediar la permanencia

habitual del niño, otorgándole al padre más idóneo su cuidado y reservándole al otro padre un régimen de visitas, que le permita llevar una relación adecuada. Frente a esta realidad, se vuelve necesario establecer métodos que controlen la desfragmentación familiar y aún más importante, es instituir medios que garanticen la estabilidad de lo que queda de la familia después de su separación, haciendo una especial mención al niño, quién posee un interés superior al de sus padres y precisa de garantías que le ayuden a desplegarse en un ambiente brioso. Esta es la fuerza social que ha obligado al letrado a prever la tenencia, como instrumento jurídico para la protección de menores, y al mismo tiempo, es la fuerza social que obligó a las naciones a crear el rector guía para la protección de este derecho. (pp.97, 98)

La tenencia se ha considerado a través de los tiempos como la herramienta jurídica más importante para evitar la desintegración familiar, tomando como base la falta de comunicación de los padres por cualquier situación que se presente en una relación sentimental matrimonial. Es así que esta institución busca más allá de una reintegración familiar, el bienestar del menor de edad, fijando términos y requisitos para que sea el progenitor más idóneo quien se encargue del cuidado y protección permanente, donde el régimen de visitas ha servido de soporte principal para que se vaya cumpliendo de acuerdo a lo establecido por una autoridad competente.

3.2.2.1.3.1.- Clases de tenencia

Dentro del desarrollo doctrinario tenemos diversas clases de tenencias. Sin embargo, es imprescindible y propio tratar sobre aquellas que se adapten a la presente investigación.

3.2.2.1.3.1.1.- La tenencia monoparental

Es así como el tratadista Steffen, quien explica la clase de tenencia monoparental, considera que:

La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor, como efecto de la separación matrimonial o conyugal e inclusive de la unión de hecho, se da la posibilidad de que surjan determinados factores que pongan en riesgo la estabilidad emocional o psicológica del menor respecto al otro progenitor, privándolo de la figura materna o en su mayoría paterna, así mismo dificultando las relaciones paterno-filial, ello debido a que el progenitor que tenga la tenencia del menor se sienta con el derecho de

“tenerlo en su posesión” limitando al otro, titular también de la patria potestad, sin habersele suspendido de la misma. (p.32)

Donde sea la madre en la mayoría de los casos quien se queda a cargo del cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes hasta su emancipación, se puede considerar que se está hablando de una custodia monoparental materna positivizada, lo cual denota una incompatibilidad con respecto al derecho de igualdad, el deber de corresponsabilidad parental y el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, en virtud que al no garantizarse los derechos se estaría hablando de una medida desproporcionada, y por ende, injusta.

3.2.2.1.3.1.2.- La tenencia compartida

Al hablar acerca de la tenencia compartida se distingue Pérez (2006), al manifestar que:

Se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño. (p.15).

Por intermedio de la tenencia compartida se evidencia que se garantiza los derechos de las niñas, niños y adolescentes, independientemente de con quien se encuentre (padre, madre o guardadores), en virtud que se trata de una institución justa, congruente y principalmente constitucional, a través de la cual se da el cumplimiento de la corresponsabilidad parental en igual proporción con relación a sus hijos, permitiendo de esta manera un mayor desarrollo integral de sus hijos, y a la vez el pleno ejercicio del derecho que desembocan con aquello.

3.2.2.2.- Definición de coparentalidad

Conforme al autor Bolaños (2015), manifiesta que:

La coparentalidad supone un vínculo relacional que requiere un proceso interaccional constante, es decir, se negocia, se define y redefine en cada momento, en cada encuentro o intercambio de información, constituyendo un contrato no escrito en el que se acuerdan las maneras de relacionarse o de tratarse, así como el reparto de roles y funciones respecto a los hijos comunes. Ello exige en algunos momentos hablar de la propia relación aunque no siempre es preciso hacerlo para seguir negociando. (p.57)

Se puede considerar a la coparentalidad como el mecanismo de comunicación que tienen las partes sin que se haga constar una constancia escrita; sino más bien un elemento prevaleciente por la voluntad de los intervinientes, donde se busca definir los derechos y las obligaciones que se adquieren respecto a los hijos menores de edad como sujetos de atención, con la responsabilidad de cumplir con los compromisos que conlleva un contrato entre las partes.

Según Gallego (2018), en la tesis para obtención de maestría titulada “La guarda y custodia compartida” indica que:

La coparentalidad comprende a su vez dos sistemas: la guarda y custodia conjunta, la cual es el equivalente al ejercicio conjunto de la patria potestad; y la guarda y custodia alternada, que consiste en que el hijo conviva con cada progenitor por períodos alternos o sucesivos, de manera que el guardador será el padre o la madre dependiendo del período que se trate (...) Coparentalidad es un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de parejas que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados. (p.19)

Se debe razonar a la coparentalidad desde dos aspectos: el primero como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad, tomando como respaldo el ejercicio de la patria potestad, medida por medio de la cual se puede acordar entre progenitores el cuidado o guarda de sus hijos; y el otro aspecto considerar a la coparentalidad como una salida jurídica que tienen los padres posterior a una ruptura sea o no matrimonial, donde el principal objetivo es la interrelación de los padres con sus hijos, quienes se encargaran del cuidado y bienestar mientras se encuentren con sus hijos.

3.2.2.2.1.- Clases de coparentalidad

La coparentalidad también se encuentra diversificada, en lo que puede llamarse la relación entre los padres y la manera en como conllevan la relación con los hijos, siendo la misma encaminada al paternalismo, así se encuentra al escritor Bolaños (2015), quien clasifica a la coparentalidad según:

- a) Coparentalidad rechazante. - A puede hacer lo posible para que B entienda que no quiere hablar, lo que puede dar lugar a tensiones e

incomodidades diversas, pero no puede evitar una relación con B. Una cierta comunicación coparental es inevitable, aunque sea a través del silencio o del Juzgado. Es de esperar que una pareja con este sistema de comunicación no haya acordado una custodia compartida y que sea más probable encontrarlos litigando alrededor de ella. Si la medida es acordada judicialmente, sin acuerdo, ésta podría convertirse en un marco contextual que supusiese la necesidad de establecer una relación diferente. En este caso, aunque la coparentalidad no se defina como una realidad pactada, supone la irremediable necesidad de construir una identidad coparental a partir de la definición legal. Y un contexto de mediación puede ayudar a conseguirlo. Se trata de pasar del rechazo al ineludible reconocimiento de la comunicación parental. (p.57)

Hablar de esta clase de coparentalidad, no es más sino la falta de acuerdo de voluntades de los padres para que compartan con sus hijos momentos de manera indistinta, donde entregan la responsabilidad a una autoridad judicial, para que sea quien regule la forma en que deba cumplirse con la responsabilidad de custodia de sus hijos. Este tipo de custodia se lo puede considerar como el rechazo de uno de los padres al otro, y como consecuencia se obtiene el desapego con el progenitor que no está a cargo del cuidado diario.

- b) Coparentalidad resignada. - El compromiso de una aceptación no deseada inicialmente es en este caso el punto de partida. Si A acepta la comunicación con B, ésta tendrá cada vez más posibilidades de continuidad. Una buena manera de poner en marcha una nueva relación de coparentalidad tras la ruptura es reconociendo la oportunidad de una oferta. De nuevo la mediación favorece estas posibilidades (...) no siempre se accede a ella por petición conjunta de las personas participantes. Es muy habitual que la solicitud se lleve a cabo por una de ellas sin tener claro el interés de participar de la otra o con la expectativa de que, ante el desinterés, será el sistema mediador quien establezca el contacto y facilite el inicio de un diálogo. Aceptar el inicio de una comunicación a través de intermediarios es muchas veces más fácil que de forma directa y puede sentar las bases para una interacción más constructiva. (p.57)

Esta clase de coparentalidad, es la consecuencia de desacuerdos entre los progenitores, donde uno de ellos opta por la resignación de la custodia de su hijo con su ex pareja u el otro progenitor según sea el caso para que comparta momentos con sus hijos, siempre y cuando prevalezca la voluntad de quien está a cargo del niño, niña y adolescente para que el otro progenitor acceda a pasar tiempo con su hijo. Dentro de este tipo de custodia es normal que a través del tiempo se vaya dando una comunicación entre progenitores con lo cual se van beneficiando los menores de edad, razón por la que muchas veces

uno de los progenitores busca llegar a un acuerdo a través de la mediación sea dentro de un proceso judicial o de manera extrajudicial, intentando llegar a una conciliación que le permita una mejor relación con sus hijos.

- c) Coparentalidad embrollada. - El rasgo característico es la descalificación de la comunicación. En este caso, A hace algo que invalide su propia comunicación o la de B. Los autores de la teoría de la comunicación plantean que esta estrategia es utilizada por personas que se ven atrapadas en situaciones en las que se sienten obligadas a comunicarse al mismo tiempo que desean evitar el compromiso que conlleva dicha comunicación. “No decir nada diciendo algo” a través de contradicciones, incongruencias, cambios de tema, malentendidos y otros fenómenos comunicacionales. Es un patrón observable en algunas interacciones características de procesos de “alienación familiar”. Las conversaciones entre padres que se acusan mutuamente de las actitudes de rechazo filial hacia uno de ellos pueden convertirse en un diálogo imposible de comprender para un tercero, especialmente cuando los argumentos de quien apoya implícitamente la posición de los hijos carecen de toda lógica en relación con lo que plantea el progenitor que se siente rechazado. Conviene advertir cómo este mismo planteamiento comunicacional se traslada también a los hijos. Esta coparentalidad enredada puede transformarse a través de procesos de mediación terapéutica donde la clarificación emocional es un paso previo para la recuperación de las funciones parentales efectivas. (p.58)

Este tipo de coparentalidad, se la encuentra cuando existe una total falta de comunicación entre los progenitores y con esto además con respecto a sus hijos; ante esta situación se hace imposible una custodia adecuada para los menores de edad, en virtud que los rechazos y malos entendidos que se presentan en discusiones entre los padres hace imposible una comunicación adecuada con sus hijos y por ende una inadecuada convivencia para ejercer la custodia que le corresponde a cada uno. Otro de los inconvenientes dentro de esta clase de coparentalidad, es el influenciar en la decisión de los hijos a través de estereotipos creados hacia cualquiera de los padres con el fin que no tengan una correcta interrelación, haciendo que se cree en los hijos una idea de rechazo.

- d) Coparentalidad consensuada. - Acuerdo con respecto al contenido de las comunicaciones y la definición de la relación. Es una situación ideal que muchas veces se intenta asimilar como el modelo estable de comunicación necesario para una buena custodia compartida. Los progenitores están de acuerdo en todo y se reconocen mutuamente como padres. Es obvio que, cuando se habla de que la custodia compartida requiere buenos niveles de comunicación, no se puede

pretender que esta situación esté presente en todas las interacciones y lo deseable es que cuando surgen los desacuerdos se pase a la siguiente opción. (p.58)

A través de este tipo de coparentalidad se obtiene mayores resultados en la custodia compartida de los hijos por parte de sus progenitores, puesto que prevalece la comunicación entre padres y por ende se brinda un estímulo de confianza hacia sus hijos, donde no se busca una convivencia familiar, sino más bien su intención es establecer acuerdos propios del cariño a los hijos y de esta manera se pueda recrear dentro de una custodia compartida adecuada para los menores de edad; y, en caso que haya inestabilidad o falta de acuerdos entre las partes puedan presentar opciones que permitan continuar con una eficiente custodia.

- e) Coparentalidad preservada. - Puede haber desacuerdos en el nivel del contenido que no perturban la relación. Se trata de situaciones cotidianas en las que los padres pueden disentir respecto a cuestiones relacionadas con sus hijos, pero ello no afecta a su relación coparental. Los padres pueden resolver o no las diferencias y los desacuerdos pueden ser duraderos, pero en ningún momento se pierde la identidad coparental. Ésta no precisa estar en todo de acuerdo para seguir existiendo. (p.58)

Dentro de este tipo de coparentalidad, los padres se encargan que dentro del ambiente en el que se encuentran sus hijos no esté involucrados asuntos de desconfianza, discordialidad y mucho menos se desenvuelvan en un contexto de violencia; de esta manera se obtiene por parte de los menores de edad el respeto y consideración que debe darse a los padres en los momentos del ejercicio de la custodia compartida. Es decir, depende de los padres solucionar sus conflictos de manera apartada de sus representados para que no se sientan afectados en sus actividades diarias.

- f) Coparentalidad contingente. - Acuerdo en el nivel de contenido, pero no en el relacional. Situaciones en las que el acuerdo solo se produce cuando es necesario pero la definición de la relación no es sólida. Encontramos este tipo de comunicación en interacciones conflictivas en las que la coparentalidad se encuentra dañada, pero existe la posibilidad de acordar determinadas cuestiones no cotidianas en los momentos en que estas son precisas. Así, los cambios de centro escolar, las decisiones alrededor de la salud de los hijos o sobre eventos importantes pueden tomarse desde el consenso y a pesar del conflicto relacional. (p.59)

Para esta clase de coparentalidad, lo que importa es las decisiones que se tomen con respecto al bienestar de sus hijos y no se encamina a las preocupaciones que se presentan dentro de la relación de los padres; es decir la voluntad de los padres puede estar enmarcada en ceder su opinión para beneficiar a su hijo y no por cumplir con la custodia que legalmente tiene derecho el otro progenitor o visto de otra manera, se puede determinar la custodia donde la comunicación de los padres aparece cuando sus hijos lo necesitan en el desenvolvimiento de sus actividades.

- g) Coparentalidad caótica. - Hay confusión entre contenido y relación. Las diferencias y los desacuerdos se discuten en el plano que no corresponde y resulta difícil para ellos mismos clarificar cual es el motivo de la disputa. En estos casos, una discusión aparentemente sencilla sobre un determinado tema puede generar altas dosis de conflicto irresoluble. Así, una pareja de padres puede, aparentemente, estar discutiendo de forma interminable sobre la decisión que uno de los dos ha tomado en relación a un aspecto concreto de la vida de los hijos (por ejemplo, su asistencia a una actividad extraescolar puntual) mientras que en realidad el problema se centra en el cuestionamiento de la coparentalidad que ello significa, en el reparto de poder o en el reconocimiento del otro. (p.60)

En esta clase de coparentalidad, se puede señalar aquella relación de padres en las que se ha terminado por completo el afecto emocional del uno hacia el otro, por cualesquiera que sean las circunstancias, donde se tiene como una excusa para confrontarse el momento que uno de ellos comparta a través de la custodia con sus hijos; es así que una decisión que puede ser bien acotada por ambos progenitores se vuelve caótica en el sentido que uno tenga que aceptar el criterio del otro, y con aquello se desprenda una responsabilidad u obligación en el desarrollo integral y emocional del menor de edad.

- h) Coparentalidad incongruente. - Por último, hay interacciones donde la pauta de comunicación es paradójica o existe desacuerdo con respecto al nivel de contenido y al de relación. En estos casos puede ocurrir que alguno de los dos dude de sus propias percepciones en el nivel de contenido para no poner en peligro la relación y entre en situaciones en las que siente que debe elegir entre opciones que son contradictorias en sí mismas y ante las cuales cualquier alternativa puede ser perjudicial. La comunicación paradójica es un estilo fácilmente transmisible a los hijos, quienes pueden verse involucrados en interacciones de doble vínculo en las cuales sienten que uno de sus progenitores emite mensajes (instrucciones) mutuamente excluyentes sobre la relación con el otro ante los cuales

el hijo tiene la sensación de que haga lo que haga estará incumpliendo las expectativas, pues no puede dejar de reaccionar a lo que le piden al mismo tiempo que no puede hacerlo de forma apropiada. (p.61)

Al hablar de esta coparentalidad, el progenitor que comparte con su hijo el tiempo que le corresponde sea por acuerdo con el otro progenitor o por una decisión de autoridad competente, se encuentra frente a opciones en las cuales debe saber tomar la mejor decisión, en virtud que muchas de ellas pueden ser mal entendidas por su hijo o algunas veces por el progenitor que permite que se cumpla con el ejercicio de la coparentalidad mediante la custodia compartida. Dicho esto, se concluye que el progenitor que se encuentra compartiendo con el menor de edad debe actuar con prolijidad para que su convivencia sea la adecuada y sus decisiones sean receptadas de manera positiva por su hijo.

3.2.2.2.- El reconocimiento de la coparentalidad

Acorde al autor Zarraluqui (2006), establece que:

El reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del hijo con ambos progenitores, no obstante, la crisis familiar, en este sentido, es evidente la ventaja comparativa que el cuidado personal compartido presenta frente a la custodia unilateral. Sin entrar a valorar la conveniencia o inconveniencia de esta figura jurídica en el caso concreto, nos parece que sus postulados se basan, a diferencia de la modalidad exclusiva, en la continuación de los lazos filiales afectivos tras la ruptura conyugal o de pareja (...) la gran mayoría de las críticas dirigidas al cuidado personal unilateral se basan en la defensa del derecho a la coparentalidad. A grandes rasgos, diversos sectores sociales representados en su gran mayoría por las agrupaciones de padres separados o divorciados han señalado que, bajo este último sistema, a menudo se observan relaciones inadecuadas, irregulares o inexistentes entre padre o madre no custodio y los hijos. El cuidado personal compartido, en cambio, tiene por objetivo preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno-materno-filiales de manera que se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres. (pp.58, 59)

La coparentalidad aparece a través de la falta de cuidado de los padres a sus hijos de manera conjunta posterior a una separación conyugal, es decir la falta de acuerdos entre los padres hace que los niños se vean afectados; y, la solución para frenar una vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren con uno de los progenitores es el ejercicio de la coparentalidad, donde se brindará

responsabilidades y obligaciones compartidas, haciendo de la convivencia con sus hijos más adecuada y beneficiando a la relación familiar.

De igual manera el tratadista Sparpaglione (2005), explica que “Por ello se viene observando cierta tendencia en la doctrina y jurisprudencia extranjera que considera positivo otorgar el cuidado personal al progenitor que ofrezca las mayores y más adecuadas garantías de acceso al hijo al otro cónyuge.” (p.81), se reconoce a la Coparentalidad como una figura que ha trascendido el tiempo, donde la finalidad es la custodia compartida bien organizada y definida para los padres, para que puedan ejercer la misma con sus hijos en un ambiente adecuado y fuera de desventajas por cuestiones de igualdad de género y discriminación principalmente, haciendo de la coparentalidad un mecanismo valedero para el desarrollo integral de los menores de edad independientemente de la situación que se haya presentado para llegar a la custodia compartida.

Entendida de esta forma la custodia compartida, ciertos autores como Godoy (2003) han precisado que:

El cuidado personal siempre es compartido por ambos padres, tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en las de ruptura conyugal. En los dos casos hay pluralidad de sujetos que ejercen este derecho-función: en el primero, de forma simultánea, porque el cuidado cotidiano que se desarrolla es conjunto y, en el segundo, el cuidado es propiamente alternado o sucesivo, razón por la cual se prefiere la denominación custodia alternada o sucesiva para designar la figura en estudio. En realidad, a mi juicio, en esta aseveración se confunde la custodia compartida propiamente dicha con uno de sus principios informadores: la corresponsabilidad parental, a la que nos referiremos más adelante. La custodia propiamente alternada o sucesiva, no es sino un modelo de organización de la custodia compartida que descansa, precisamente, en la alternancia más o menos frecuente de la residencia del hijo.

No se debe confundir a la custodia compartida con la corresponsabilidad parental, por cuanto en el primero lo que se busca es una igualdad de condiciones en cuanto se refiere a derechos y obligaciones mientras el menor de edad se encuentre bajo el cuidado de cualquiera de los padres sea dentro de una relación familiar estable o posterior a una separación conyugal, mientras que la segunda vienen a ser las obligaciones que tiene los padres sobre sus hijos por el mero hecho de serlo y más no por una cuestión de adquirir derechos.

Así mismo Murillo (2005), establece que:

El cuidado compartido puede ejercerse estableciendo un progenitor “residente principal”, con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo; en segundo lugar, determinando lapsos de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres y, por último, indicando la residencia en que el hijo vivirá de manera permanente y a la cual los padres deberán trasladarse durante los períodos que se convengan, es decir, existen tres casas: una para el hijo y una para cada uno de los progenitores, conocido como “modelo de anidación”. (p.47)

Para señalar lo que comprende el cuidado compartido, se debe indicar la potestad que tiene uno de los progenitores sobre el menor de edad, es decir dentro de este cuidado se debe definir cuál va a ser el progenitor principal, entendiéndose a dicho progenitor como el eje en el que se va a desenvolver el menor, a fin que en lo posterior se encuentre con una mayor amplitud hacia el otro progenitor y conozca un nuevo hogar para continuar con la convivencia. En consecuencia, dentro de este cuidado debe existir necesariamente la voluntad de las partes para que el niño, niña o adolescente comparta con sus padres el tiempo que sea necesario para una convivencia adecuada sea en el mismo hogar o en el de cada uno de acuerdo sea el caso.

Por otra parte, Fosar (1982) dice que:

La custodia compartida no debe confundirse con la denominada custodia distributiva. Ésta corresponde al reparto de los hijos entre padre y madre, de manera que cada uno de éstos convive con uno o más de sus niños, separándoles de sus hermanos, quienes viven con el otro padre o madre; es decir, tiene lugar cuando se rompe la unidad familiar, razón por la cual sólo motivos poderosos que miren al interés del hijo pueden aconsejar su implementación.

En suma, podríamos señalar que la custodia compartida es aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.

La custodia compartida, debe ser considerada como el mecanismo por el cual los padres posterior a una separación, tienen a bien definir por acuerdo o por orden judicial, la forma en que compartirán tiempo con sus hijos, basados bajo el principio de corresponsabilidad parental, que viene ser aquella en que las partes conviven en

distintos domicilios, considerando el interés superior de sus hijos para la aplicación de cualquier medida, lo cual no se debe confundir con una custodia distributiva donde cualquiera de los progenitores queda a cargo de uno o más hijos.

3.2.2.3.- La coparentalidad y tenencia compartida

Para el autor Beltrán (2009), como para la mayoría de tratadistas:

La coparentabilidad es considerada el día de hoy, como una necesidad más que una “moda” en cuanto a la fecha, la mayoría de padres y madres, trabajan fuera de la casa familiar, por lo que es esencial para el desarrollo de los hijos que ambos alternen el cumplimiento de las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad; por ejemplo, si la madre tiene una reunión de trabajo, sea el padre quien acuda a las reuniones del colegio, o si el padre tiene un curso de capacitación sea la madre quien lleve los niños al dentista. (p.12)

Se debe considerar a la coparentalidad como una forma de distribución de responsabilidades de los padres que deben cumplir para satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes a su cargo, a fin de que se practique de forma activa el ejercicio de la patria potestad; y, no solamente se la utilice para compartir tiempo de distracción con sus hijos y esto cohíba a las relaciones inherentes al vínculo familiar con uno de los progenitores.

Acorde al tratadista Aguilar (2005), establece que:

La tenencia compartida, en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paternal, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales (p. 23)

Se debe considerar a la tenencia compartida como la institución jurídica que permite a los progenitores el vigilar y garantizar el cumplimiento de los derechos que tienen sus hijos menores de edad no emancipados, donde debe prevalecer la voluntad de las partes y de ser el caso una orden judicial, a través de la cual se considere una igualdad de responsabilidades y beneficios de los progenitores para que los hijos convivan en un ambiente más adecuado, pese a la separación de sus padres.

La tenencia compartida tiene dos aspectos en opinión de Beltrán (2009):

- La tenencia legal conjunta. Los padres compartirán las decisiones, responsabilidades y autoridad de las cuestiones relacionadas con el hijo.
- La tenencia física conjunta. Los padres han de compartir el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional. (pp.53- 65)

La tenencia compartida, se da inicio con la idea de igualdad de derechos y obligaciones que tienen los padres con sus hijos, independientemente que vivan o no con ellos, intentando obtener que en los casos de la disolución conyugal no afecte con la estabilidad emocional del menor y por ende en su diario vivir; esto tiene relación directa con el régimen de visitas que tiene derecho uno de los progenitores para garantizar el reconocimiento del principio del interés superior de los menores de edad y el derecho que tienen los padres para compartir con sus hijos, tomando en consideración que no se pierden las obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos no emancipados.

En este tipo de tenencia, según Poussin y Lammy (2005), se deben tomar en cuenta no sólo los aspectos antes mencionados, también se deben tener en cuenta las siguientes realidades:

- La edad del niño: En el caso de los bebés se plantea que es necesario el vínculo con ambos progenitores, lo cual debe darse con cierta regularidad, ya que ello les brinda seguridad y ayuda a desarrollarse. Sin embargo, se plantea que es mejor dejar que él bebé viva en único y mismo lugar y que se vaya introduciendo la alternancia en pequeñas dosis, que ello se vaya haciendo por etapas, lo cual podrá ir variando cuando el niño crezca.
- La adaptación a dos hogares: Esto toma tiempo y suele ser más difícil cuando uno de los progenitores tiene una nueva pareja. Asimismo, cuando las relaciones entre los padres no son amistosas, es preferible evitar el “cara a cara” y buscar un lugar neutral como la escuela o la guardería para evitar situaciones incómodas delante de los hijos, aunque lo mejor sería que exista una relación armoniosa y comunicativa entre los padres. También es importante que los padres cuenten con una vivienda adecuada, vivan cerca para que no genere inconvenientes para ir a la escuela, talleres, actividades deportivas, visita de amistades, etc.
- La capacidad económica: La tenencia compartida exige esfuerzos económicos, se requieren dos hogares, el del padre y el de la madre, en donde se debe tener un espacio apropiado para que el hijo o hija pueda vivir allí, implica costos de traslado, de alimentación, incluso juguetes por partida doble, salidas, paseos, entre otros.

- El empleo de los padres: Tener en cuenta que el trabajo de los padres no implique viajes continuos u horarios difíciles de conciliar con los tiempos de los hijos.

- La evaluación psicológica: Ambos padres deben tener una estabilidad emocional que garantice el normal desarrollo de los hijos, es por ello por lo que en este tipo de casos es importante que se cuente con un informe psicológico tanto de los padres como de los niños. Por ejemplo, la ley francesa establece que se debe escuchar a los hijos en función al grado de madurez a diferencia de nuestra legislación que dice se debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. (pp.61, 77)

Para considerar los parámetros para darse una tenencia compartida de los hijos a favor de los progenitores, se debe previamente analizar varios factores que inciden en la satisfacción de bienestar y sobre todo la garantía de derechos de los menores de edad no emancipados; así se toma en cuenta la edad de los niños, donde lo más recomendable es la convivencia familiar de todos sus integrantes, para mantener un mayor desarrollo integral, otro de los aspectos importantes es la adaptación del menor de edad a un nuevo círculo familiar, que puede darse por una separación de los padres, siendo obligación de los progenitores tomar las mejores decisiones para la armonía dentro de un nuevo hogar.

De igual forma se encuentra la capacidad económica que tengan los progenitores para satisfacer las necesidades básicas de sus hijos, mientras estén a su cargo. Uno de los factores que se considera inciden en el desarrollo diario de los hijos, es el empleo de los padres, donde lo que se busca es que dicha actividad laboral no obstaculice el tiempo que tienen con los menores de edad. Finalmente se debe indicar, si se habla de estabilidad social y económica, indudablemente se debe culminar hablando de una estabilidad emocional, donde los padres demuestren no solo el hecho de compartir momento con sus hijos, sino de igual se brinde una estabilidad a sus hijos para que ellos confíen y se desarrollen de una manera adecuada.

En la legislación ecuatoriana, existe una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia enviada el 18 de mayo de 2017 a la Asamblea Nacional por parte del ex presidente de la República del Ecuador Rafael Correa, que transcribo textualmente. “Capítulo II, DE LA TENENCIA COMPARTIDA, Artículo 126.- De la Tenencia Compartida. - En caso de la tenencia compartida, la resolución judicial dispondrá los

términos en los que está se llevará a cabo, contemplando al menos los siguientes elementos:

- a) Periodos de convivencia
- b) Periodos de vacaciones y fechas importantes de los hijos o hijas
- c) Lugar de residencia de los hijos o hijas en cada periodo, y lugar de domicilio para fines legales correspondientes, según lo determine la o el juez;
- d) Mecanismos para garantizar la satisfacción del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial el derecho de alimentos;
- e) Régimen de visitas y comunicación cuando los periodos de convivencia sean prologados.

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

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

Dentro de la legislación ecuatoriana se plantea reformas con respecto a la tenencia compartida, donde se toma en cuenta los parámetros en los cuales el progenitor que no está a cargo del niño, niña o adolescente no emancipado pueda compartir momentos adicionales de los que se ordenan judicialmente, garantizando y precautelando los derechos bajo el principio de interés superior, así como el cumplimiento de obligaciones que acarrea el compartir más tiempo con sus hijos. Es así que la propuesta se enfoca para que los padres se preocupen y encaminen por el bienestar de sus hijos, sin dejar de lado sus responsabilidades independientemente de quien se encuentre con el menor de edad, en virtud que le corresponde a los dos progenitores el cuidado, protección y bienestar de sus hijos, y de igual forma tienen la potestad de la toma de decisiones respecto a la crianza de los menores de edad.

3.2.2.4.- La coparentalidad y la custodia compartida

Precisando la necesidad de generar distinción entre la custodia compartida y la coparentalidad, se encuentra el escritor Bolaños (2015), quien establece que:

La custodia compartida es un concepto legal que hace referencia a un concepto relacional: la parentalidad compartida o la coparentalidad. Ninguno de los dos conceptos es absoluto, ni supone un criterio exactamente igualitario. La custodia compartida puede ser regulada, asignada o incluso impuesta. La coparentalidad implica una definición de la relación entre los padres que, como todas las relaciones, es de alguna manera negociada, pero no siempre acordada. (...) Una visión generalmente asumida es que la relación de coparentalidad puede ser definida como aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en las vidas de sus hijos.

Para hablar de la custodia compartida y coparentalidad, se debe comprender que son mecanismos de búsqueda de bienestar de los niños, niñas y adolescentes no emancipados, con las cuales pueden relacionarse con sus padres y de esta manera no se desintegre el lazo emocional ni familiar que debe existir entre padres e hijos, sea que los padres vivan o no con los menores de edad. Dicho esto, se debe identificar que la custodia compartida es una manera impositiva para adquirir derechos y cumplir obligaciones, mientras que a través la coparentalidad se logra un acuerdo de voluntades centrado con el criterio de apoyo conjunto de los padres a sus hijos.

Para comprender más acerca de la coparentalidad el tratadista White side (1998) habla de “alianza parental” o “asociación coparental” como:

Una tarea interpersonal compleja en la que los padres comparten una parte de sus responsabilidades parentales. Esta tarea se lleva a cabo de diferentes formas, con variaciones de cantidad y calidad propias de cada familia. Aunque muchas veces se pretende asimilar las etiquetas legales a dicha alianza, señala esta autora que la riqueza y versatilidad de las formas familiares es imposible que pueda ser recogida en categorías cerradas como custodia o custodia compartida. La realidad no puede corresponderse exactamente con una etiqueta legal. (p.24)

Siguiendo la misma línea de investigación establece el autor Ortuño (2006), acerca de la coparentalidad que:

Es la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación conyugal, en la que ambos progenitores acuerdan establecer una relación factible entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y

proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro. (p.60)

La coparentalidad debe ser apreciada como la oportunidad que tienen los progenitores para convivir con sus hijos menores de edad no emancipados, donde prevalece la voluntad entre las partes con la visión del bienestar de sus hijos, facilitando de esta manera una mejor adaptación de los niños, niñas y adolescentes cuando sus padres no convivan con ellos y limitando una pérdida emocional, en virtud que serán quienes pongan las pautas para no acudir al sistema judicial para el cumplimiento de derechos y obligaciones en los que se encuentren involucrados sus hijos.

De igual manera para más discernimiento acerca del concepto de coparentalidad se localiza la autora LEHMANN (2008) citando a LATHROP, define la responsabilidad parental como:

La repartición equitativa de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos, tomando en cuenta la igualdad entre hombre y mujer en su calidad de padre y madre y que el niño o niña tenga el derecho de compartir y ser criado por su mamá y papá aun si estos dos no viven en un mismo hogar. (p.462)

Al mencionar la responsabilidad parental se habla de las responsabilidades y obligaciones que tienen el padre y la madre, enfocados en el cuidado y la crianza de sus hijos menores de edad, pese a que no estén conviviendo con ellos. Es decir, se reconoce las tareas encomendadas a los padres de acuerdo con el rol y funciones que desempeñan sin que exista una discriminación.

Al encontrar la tesis de ECHEVERRÍA (2011), titulada “La guarda y custodia compartida de los hijos”, citando a la tratadista TAMAYO, acerca del tema de investigación en mención establece que:

La coparentalidad es un concepto dual que engloba el derecho del niño a ser educado por ambos progenitores, y a mantener la relación con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual ambos deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura. (p.78)

Como se indica, la coparentalidad es un derecho reciproco que tienen tanto los niños, niñas y adolescentes no emancipados, así como sus progenitores, donde se busca como

finalidad el desarrollo integral y progresivo de los derechos que gozan los menores de edad por la vulneración a la que se encuentran sometidos posterior a una ruptura matrimonial o emocional conforme corresponda de los padres; en tal virtud la coparentalidad se considera la responsabilidad filial para el bien común de los hijos.

3.2.2.5.- El ejercicio compartido de función parental de crianza y cuidados de los hijos

Para tener un referente acerca del ejercicio compartido en la crianza hacia las niñas, niños y adolescentes, al autor Huaita (1999), manifiesta que:

En la familia intacta ambos progenitores cuidan de los hijos, pero suele ocurrir que cuando los padres se separan, uno es el tenedor de los hijos y tiene una familia incompleta y es doblemente responsable, y el otro, visitante, sin familia, se convierte en un extraño pagador. El régimen de visitas desestabiliza la dinámica interaccional entre padres e hijos, desarticulando la cotidianeidad. (p.62)

Al formarse la familia se adquiere ciertas obligaciones y responsabilidades tanto de los padres como de los hijos, así como entre ellos; ante esta situación una separación de los padres conlleva a que se rompa la tranquilidad y estabilidad familiar, en el sentido que quien se queda con los hijos se vuelve a más de padre un responsable en todas sus actividades, mientras el que sale del hogar se deslinda de cierto modo de compromisos, convirtiéndose en un visitador de los hijos, donde su función se considera como un aporte económico más que emocional, por cuanto no tiene la misma potestad que el progenitor que convive con los menores de edad.

Así la autora Ferreyra (2002), establece al respecto que:

Lamentablemente no se reconoce que, en un escenario de separación o divorcio, el otorgamiento de la custodia a favor de uno de los padres "no implica el cese para el otro del derecho-deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos.

Después de una separación de los padres, sea por divorcio o por cualquier otra índole personal, no se determina las responsabilidades que tiene el progenitor que se aleja de cuidado y protección de los hijos, ante lo cual se considera que debe existir mayor preocupación por parte de quien sale del hogar para vigilar y precautelar por la

integridad de los menores de edad, puesto que la separación es del cónyuge más no de sus hijos, por lo que se convierte en su obligación.

Respecto al tema en mención en la tesis del autor Zaidán establece que:

Si existe un ámbito del Derecho que reproduce, con frecuencia, estereotipos y prejuicios es el Derecho de Familia. La preasignación de roles en la familia aún es marcada. Al padre se lo asocia con la responsabilidad de manutención y a la madre con la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos. El marco normativo y el habitual régimen de visitas que fijan los jueces en el Ecuador están orientados por prejuicios y estereotipos.

En la legislación ecuatoriana, se considera a la familia como el núcleo de la sociedad, donde el padre es quien se encarga de aportar económicamente para el sustento diario de la familia y la madre es quien cumple el rol del cuidado y protección de los hijos; así mismos los hijos se encargan de acatar y cumplir con las obligaciones que les imponen sus padres y con ello garantizan y precautelan sus derechos como educación, alimentación, vestimenta, salud entre los más importantes, por parte de sus padres. Así mismo se habla del régimen de visitas a través de estereotipos donde prevalece la voluntad de los padres más que de los hijos.

Para lograr la eliminación del prejuicio, el Artículo 5 letra a) de la (CEDAW) Convención sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer(2005), establece la obligación de los estados partes de adoptar medidas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las practicas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres."

Para hablar de la eliminación de discriminación contra la mujer, es necesario considerar la igualdad que debe existir entre los sexos para lograr que los derechos humanos sean en igualdad de condiciones para todos; por cuanto la realidad, es que las leyes que discriminan a la mujer prevalecen en todas las legislaciones y varias de esas leyes atribuyen a las mujeres y a las niñas como inferiores en el reconocimiento de sus derechos. Es decir, las leyes discriminatorias vigentes guardan relación con la vida en familia.

La realidad en el Ecuador es muy similar a la de otros países de América del Sur. Wainerman (1998), a partir de encuestas, realizó una investigación sobre los roles de mujeres y varones en la familia en Argentina y estos fueron los resultados:

Para la mayoría de las mujeres y de los varones el rol del esposo en la familia apareció íntimamente ligado al de agente productor y proveedor económico, en primer lugar, y a quien da seguridad y brinda protección y contención a la familia. En el discurso de las y los entrevistados el término "económico" fue utilizado cuatro veces más frecuentemente en relación con el esposo que con la esposa. Una porción significativa de otras respuestas, más frecuentes entre ellas que entre ellos, subraya la necesidad de que los esposos compartan responsabilidad con sus esposas. La referencia predominante son los hijos, pero mientras los varones entienden por responsabilidades de los padres su educación, las mujeres entienden, además, compartir sus cuidados cotidianos.

Una de las formas de eliminar la discriminación de las mujeres, es empezar por dejar los estereotipos donde se le atribuye a la mujer las responsabilidades del hogar y por ende el cuidado y crianza de los hijos no emancipados o inclusive hasta que los hijos vivan en el hogar, mientras tanto al hombre se le otorga la responsabilidad y obligación a la vez de llevar el sustento económico al hogar para que tanto la mujer y sus hijos puedan tener una vida digna acorde a sus necesidades; es aquí donde desde el ius natural prevalece ante la normativa legal.

Según el tratadista Villagrasa (2010) establece que:

Una eventual incorporación del régimen de custodia compartida a nuestro Derecho de niñez, si se lo acuerda en mediación o se lo dispone en un proceso judicial, tendría inevitable incidencia en la regulación de pensiones alimenticias y régimen de visitas. Podría ser la oportunidad para eliminar la figura de la pensión para sustituirla por una distribución equitativa de responsabilidades que determine con claridad qué responsabilidad de manutención asume cada progenitor y también para eliminar el régimen de visitas y reemplazarlo por un régimen de convivencia familiar que establezca los días que compartirá el hijo con cada uno de los progenitores, no solo en el ámbito recreacional sino en aspectos relacionados con la crianza, educación y salud.

Siguiendo la misma línea se deriva cierta redistribución de responsabilidades en cuanto a manutención y crianza, se traduce en los siguientes beneficios:

- a) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores.

- b) La ruptura resulta menos traumática al evitar sentimientos negativos de culpa o de abandono en los menores.
- c) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos respecto de la separación de sus progenitores, aceptando mejor el nuevo contexto.
- d) Se evitan situaciones de manipulación de los progenitores a los hijos.
- e) Se garantiza la potestad o responsabilidad parental, así como la participación en igualdad de condiciones por ambos progenitores, en el desarrollo y crecimiento de los hijos.
- f) Se evita el sentimiento de pérdida que se produce en el progenitor no custodio.
- g) Se consigue una mayor concienciación de ambos progenitores en cuanto a la contribución a los gastos de los hijos, de manera equitativa o proporcional a su capacidad económica.
- h) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- i) Hay una equiparación entre los progenitores respecto de su tiempo libre.
- j) Se facilita la adopción de acuerdos al tener que cooperar ambos progenitores necesariamente.

Al hablar de una custodia compartida, se puede abordar como una posibilidad legalmente instaurada, la eliminación de una pensión alimenticia que debe sufragar el progenitor que no está a cargo de la crianza, cuidado y protección del niño, niña o adolescente para la satisfacción de necesidad y garantía de derechos que debe hacer cumplir el progenitor que está a cargo de los menores de edad. Así mismo con la eventualidad de una eliminación de un valor alimenticio, se garantizaría que sean los dos padres quienes se encarguen de cumplir con sus obligaciones durante se encuentran a su cargo, limitando de esta manera un abuso a las circunstancias que se pueden presentar por parte de cualquiera de los padres.

3.2.3.- DESARROLLO Y POSTURAS DE LA COPARENTALIDAD EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL Y SU EFICACIA A TRAVÉS DEL MECANISMO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

3.2.3.1.- Derecho de cuidado de los hijos: ausencia de interpretación jurisprudencial

En la Constitución vigente del Ecuador existen disposiciones que determinan al cuidado de los hijos, pero no son suficientes. La necesidad de reconocimiento del derecho surge de una realidad. Hay muchos conflictos entre padres que no pueden ser procesados, que no permiten llegar a acuerdos sobre cuidados y manutención de los hijos, que son judicializados y que deben ser resueltos desde la tutela de derechos de los hijos.

Una de las principales falencias en la legislación ecuatoriana, es la falta de normativa con respecto a la corresponsabilidad que tienen los padres con relación a sus hijos, en virtud que si bien es cierto se encuentran las instituciones jurídicas como la tenencia, régimen de visitas y los alimentos, no es menos cierto que la principal figura como es la patria potestad que la mantienen ambos padres hasta la emancipación de sus hijos, se ve desamparada por la falta de compromiso o cumplimiento de quienes deben tutelar los derechos de los menores de edad.

Para la autora Rodríguez (2009), lo describe de la siguiente manera:

Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos (por separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores. El interés de niños, niñas y adolescentes exige también que se garantice la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación. Sin embargo, estos deberes deben continuar cumpliéndose en un contexto de crisis familiar, fracaso y, frecuentemente, graves desavenencias que han llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos. El Derecho debe, entonces, arbitrar técnicas que, en la medida de lo posible, garanticen a los niños, niñas y adolescentes involucrados involuntariamente en estas crisis la continuidad de su crianza y educación y la estabilidad de vida que requieren para el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez. (p.10)

Uno de los análisis más valederos, es comprender que cuando los padres se separan sea por divorcio, unión de hecho o simplemente por la falta de convivencia de progenitores, lo hacen de su pareja, más no de sus hijos; es así, que una justificación jurídica debe ser el ejercicio pleno de la coparentalidad a través de la decisión del legislador, y de esta manera cumplir con el interés superior de los beneficiarios, quienes deben continuar en el desarrollo integral de su vida diaria y deben seguir gozando de los derechos propios de su edad.

3.2.3.2.- Posturas a favor de la coparentalidad

Para considerar a la coparentalidad como una alternativa eficaz para la tenencia compartida se encuentra la autora Ferreyra (2002), quien indica que:

No implica el cese para el otro del derecho - deber de supervisar la educación y demás condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, tal situación supone el deber de vigilancia de las relaciones personales de los hijos y también el de comunicar al otro las situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos. (p.126)

Conforme a lo expuesto anteriormente, se puede considerar que la legislación ecuatoriana defiende tanto legal como constitucionalmente los derechos que tiene la madre hacía con sus hijos e hijas menores de edad y viceversa, especialmente desde el ámbito doctrinario, más aun tomando en cuenta la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuando exista la separación de sus progenitores cualquiera fuese el motivo.

3.2.3.3.- Contraposiciones de la coparentalidad

Dentro de las contraposiciones se encuentra la autora Romo (2018), citando a la acción extraordinaria de protección de la Corte Constitucional en el año 2015, la cual manifiesta que:

La Corte concluyó que, sin perjuicio de conocer que la tenencia encierra problemas humanos que no son sencillos de resolver, todos los operadores de justicia, en calidad de primeros garantes del ordenamiento jurídico, tendrán que considerar la “garantía del derecho para favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, y las acciones del Estado como garante para efectivizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, como criterios relevantes al momento de analizar el principio del interés superior del niño, en asuntos en que sus derechos se hallen en contraposición con lo de sus padres u otros familiares que de alguna forma estén implicados en su desarrollo integral. De acuerdo con estos parámetros, según la Corte, esto implica que no necesariamente se tendrá preferencia a la madre, por su condición natural y por considerar que es la persona idónea, apta y capaz de proveer del cuidado y atención que requieren los hijos. (p.75)

No es algo nuevo dentro de la legislación ecuatoriana que se quiera precautelar el bienestar de las niñas, niños y adolescentes en el Ecuador, enfocados a garantizar el interés superior del niño, por cuanto la Corte Constitucional ha resuelto en varias ocasiones, bajo un criterio muy discutido; en el sentido que no es necesario ser padre o madre, sino lo indispensable es el desarrollo integral de sus hijos, pese a las contradicciones que puedan existir entre progenitores; por lo que el hecho de ser madre viene a ser irrelevante en casos concretos, en los que prevalece es el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes.

De igual manera en la Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas con el tema de la tenencia compartida, alcances y su aplicación en el Ecuador, del autor Vásquez, et al. (2018), manifiesta que:

Hay que recalcar que, en la reforma del Código de la Niñez y Adolescencia dado el 31 de mayo del año 2017, se trató de implementar una figura de tenencia compartida, la cual se veía reflejada en los artículos 120, 121, y 126 de dicha ley, sin embargo, estos artículos no fueron incluidos en la normativa, debido a que no se alcanzó su aprobación en debates de la Asamblea. (p.476)

Como se puede comprobar, al tratarse de derechos de un grupo vulnerable como son las niñas, niños y adolescentes, estos derechos se encuentran supeditados a una decisión legislativa, donde el primer requisito para viabilizar, es el acuerdo que exista desde el ámbito político para posterior analizar el ámbito constitucional, incurriendo de esta manera en un menoscabo de garantías y derechos establecidos y reconocidos en la Constitución; donde lo correcto sería que dicho órgano legislativo busque y establezca la armonía que debe alcanzar con la Carta Magna.

Para la tratadista Ferreyra (2002), establece que:

Dentro de los casos para resolver sobre el cuidado y crianza de las niñas, niños y adolescentes, los jueces de familia especializados al momento de resolver casos concretos en los que otorguen la tenencia al padre, deberán de forma obligatoria, sustentar y motivar su decisión en la que se estimó no encargar la tenencia a la madre conforme lo establece la legislación ecuatoriana, a fin de no causar un perjuicio a los derechos de los beneficiarios directos y su entorno familiar y afectivo. Bajo esta primicia, se puede determinar que, es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre (...) este criterio se fundamenta bajo la tendencia que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, cuidado y salud de los hijos. (p.125)

Con dicha argumentación, se deduce que el otorgar la tenencia del cuidado y crianza de las niñas, niños y adolescentes al padre sin fundamento debidamente comprobado que afecte al desarrollo integral de los menores de edad, es una clara violación de sus derechos; por cuanto, a través de la corresponsabilidad de los progenitores, estos deberán velar cumplir y garantizar el ejercicio pleno de los mismos, de acuerdo con lo que prevé el numeral 1 del artículo 69 de la Constitución de la República.

3.2.3.4.- Propuestas a la coparentalidad consensuada

Se encuentra una alternativa siendo la misma un mecanismo de solución de conflictos, más que una imposición, es así como la autora Romo (2018), quien manifiesta que:

En lo positivo, destaca la iniciativa para legislar sobre corresponsabilidad parental, y el debate de tenencia compartida; ambos asuntos en el marco del debate público sobre nuevos roles de género en la familia, y cuidando que no se conviertan en mecanismos de violencia en las relaciones entre ex esposos (...) Por otro lado ha manifestado la tenencia compartida se enfoca desde el conflicto y no desde el acuerdo. La tenencia compartida no debería ser impuesta por el juez. Por último, se priorizan los derechos del progenitor que no tiene a cargo el cuidado del niño y no el interés superior del niño, niña y adolescente. (p. 45)

Es necesario considerar los aspectos recogidos en lo que respecta a la corresponsabilidad parental y la tenencia compartida como mecanismos encaminados a la protección por un lado de la familia; pero, con la discrecionalidad de precautelar el derecho que tienen los progenitores por sobre el interés superior del niño, niña y adolescente, lo cual es incongruente al hablar de una imposición judicial.

En el Ecuador el tema de la tenencia compartida se encuentra en discusión por parte de madres y padres, debiendo indicar que existen dos agrupaciones con puntos de vista opuestos en torno al tema han surgido en el país. Coparentalidad Ecuador es un colectivo de padres que impulsa este planteamiento, mientras que las madres que integran la Plataforma de Derechos por un Amor Responsable señalan que “la tenencia compartida no debe ser impuesta sino consensuada y escuchando la opinión de los niños.” (párr. 8)

Se debe destacar que existen dos gremios o grupos ciudadanos, el tema de la corresponsabilidad parental se basa es un tema que involucra directamente a los progenitores, donde se estaría dejando de lado el interés superior del niño, que conforme lo determina la Constitución de la República, debe prevalecer por encima de los derechos de las demás personas, así como que se debe consultar a las niñas, niños y adolescentes en asuntos en los que se encuentran directamente involucrados.

Para la dirigente de Derechos por un amor responsable Guerrero (2017), mencionó que:

La tenencia compartida no sea impuesta como una forma de protección para todos los niños. Lo que queremos es que se tome en cuenta el proyecto piloto que planteamos para que voluntariamente las parejas tomen una decisión. En los casos en que no haya acuerdos y en que una de las partes pida custodia compartida, lo ideal es que se vaya a una negociación, además que se garantice un tratamiento psicológico para subsanar heridas y problemas familiares. Luego que se analice caso por

caso se debe estudiar qué tan factible es esta figura. También que se escuche la opinión de los hijos. (párr.11)

En contraste el dirigente Villarreal (2017), manifestó que:

Se debe analizar cada caso. No pedimos una custodia compartida impuesta, pero esta debe ser una base para que los jueces puedan tomar decisiones. Tiene que darse a través de un proceso ¿Cómo hacerlo? La primera instancia debe ser una mediación efectiva con un nivel de concienciación para que los progenitores asuman las responsabilidades conjuntas, que es lo que trata la corresponsabilidad parental en la Constitución. Una vez que se evalúe la realidad de los padres, ellos tendrán que responsabilizarse de forma proporcional en los temas de cuidados, crianza y manutención para llegar a acuerdos. (párr. 12)

De la opinión vertida por los representantes que se han presentado durante el proceso de proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia como miembros civiles, se puede colegir que ambos grupos sociales están de acuerdo que la tenencia compartida debe existir; por el lado de las mujeres se indica inclusive que se debe aplicar un plan piloto para determinar la efectividad o no de la tenencia compartida, mientras que para el representante de los padres, la tenencia compartida debe tener una base jurídica para partir de aquello para viabilizar la distribución de obligaciones y responsabilidades, mediante un sistema de conciencia más que de comunicación con sus hijos, a fin de garantizar los derechos consagrados en la Carta Magna.

3.2.3.5.- Debates de propuestas por parte de la Asamblea Nacional

En la sesión No. 673, se analizó el informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, acogidos por la Comisión Ocasional de la Niñez y Adolescencia de la Asamblea Nacional (2020), presentada por el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), quienes solicitan la instauración de la tenencia compartida como institución jurídica legalmente reconocida. Esta propuesta, no fue considerada para la presentación del primer debate de reforma del Código referido, en virtud que “se señala que la única forma en la que se pueda distribuir obligaciones y responsabilidades a los progenitores, es a través del acuerdo, más de una imposición legal, de acuerdo al criterio legislativo.” (párr. 6)

Ante dicha propuesta de parte del MIES, la Comisión Ocasional no acoge la misma, a pesar que se hace constar en el proyecto para primer debate, al referirse sobre la

tenencia, que debe existir acuerdo entre los progenitores, siempre que ello no perjudique los derechos de la hija o hijo, considerando la edad, la opinión, la estabilidad emocional, madurez psicológica de la hija o hijo; y, la estabilidad emocional y madurez psicológica de los progenitores.

En cuanto a la reforma del Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (2020), en la cual se expuso el criterio de la asambleísta Arias, manifestó que:

Las reformas no deben ser elaboradas desde la mirada de los padres o de los adultos, sino pensando en tutelar los derechos de la niñez y su interés superior. Cree que no debe existir la tenencia compartida, porque considera que es tener niños mochila o valijas. En todo caso, propone que podría aplicarse esta figura siempre que haya acuerdo entre los progenitores. No por imposición judicial. Para la parlamentaria, sería grave, para la estabilidad emocional de un niño, que un juez decida sobre su vida, cuántos días vive en una casa y cuantos en otra. Insiste en que la norma establezca que la tenencia compartida procede solamente por acuerdo entre los padres y de no ser el caso, se reconozca siempre el orden de prelación y prevalencia materna. (párr.6)

En atención al criterio presentado por la asambleísta Verónica Arias Fernández, se puede deducir la importancia que debe darse a la comunicación entre los progenitores al momento de decidir sobre la situación legal y la estabilidad emocional y afectiva de las niñas, niños y adolescentes; no se debe plantear un mecanismo que favorezca a los padres con sus hijos, sino un escenario en el cual prime el interés superior de los más desprotegidos como son lo menores de edad. Es así como no desconoce a la tenencia compartida, pero si es enfática en que dicha institución no puede ser institucionalizada, sino cuando haya un acuerdo entre los padres, caso contrario se prevalezca el cuidado y crianza a su madre, salvo los casos que determine la ley.

Para la asambleísta Cristina Almeida (2019), presidenta del colectivo Nina Warmi, sostuvo que “la decisión de una paternidad compartida solo debe ser el resultado de una decisión de la pareja”. (párr. 3)

La representante del colectivo Nina Warmi, acudió al pleno de la Asamblea Nacional, para manifestar su oposición de la tenencia compartida en la reforma del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, quien sostiene que una decisión de una paternidad compartida no debe ser impuesta, sino que debe respetarse la decisión que se genere entre la pareja.

Dentro del Proyecto de código orgánico para la protección integral de niñas, niños y adolescentes (2020), establece una normativa misma que dispone que:

Art. 177.- Tenencia. - La tenencia es el encargo de la o el juez a uno de los progenitores para que asuma el cuidado y crianza de su hija o hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad.

Art. 178.- Procedencia. - En todo proceso en el que se trate sobre tenencia de las hijas e hijos, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Acuerdo entre los progenitores, siempre que ello no perjudique los derechos de la hija o hijo, considerando la edad, la opinión, la estabilidad emocional, madurez psicológica de la hija o hijo; y, la estabilidad emocional y madurez psicológica de los progenitores. (p.165)

Después de haberse recogido varios criterios desde organismos estatales, gremios sociales, participación civil, y recomendaciones de expertos en la materia, se llegó a la aprobación del proyecto de Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, en primer debate, donde se ha determinado en el cuerpo normativo respectivo, a la tenencia como el cuidado y crianza que le va a brindar uno de los progenitores a sus hijos, a través de una decisión judicial; reconociendo además dentro del procedimiento que podrá aplicarse como regla el acuerdo de los padres, siempre dicho acuerdo no contravenga con el interés superior de la niña, niño y adolescente.

3.2.3.6.- La coparentalidad en el derecho comparado

3.2.3.6.1.- La coparentalidad en el derecho Europeo

Recientemente, el Consejo de Europa (2015), en la Resolución 2079 sobre igualdad y corresponsabilidad, se posiciona a favor de la Coparentalidad, como se puede apreciar claramente en el punto 5.5, cuando señala que hay que introducir en la “legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación”. Obviamente, establece excepciones cuando existe abuso o negligencia en la atención a los hijos o violencia doméstica y señala que hay que ajustar el tiempo de estancia de los menores con los progenitores de acuerdo con sus necesidades e intereses.

Cuando se hace referencia a la forma de organizar la vida de los hijos tras la ruptura de pareja no se debería colocar el foco en principios de igualdad de género sino, como exige la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ONU (1989), en buscar lo que es más conveniente para los menores. Tal y como afirma Nielsen (2013), “los padres divorciados, responsables políticos y profesionales que trabajan en el ámbito

legal o de la salud mental en el sistema judicial de familia comparten un objetivo común: elegir y promover el plan de crianza más beneficioso para los niños cuyos padres se están separando” (p. 586), la coparentalidad, para ser reconocida a nivel internacional debió pasar por estrictas revisiones normativas, donde el principal eje ha sido la seguridad familiar posterior a una ruptura sentimental o conyugal según corresponda, en virtud que, al romperse el vínculo familiar entre los padres, los hijos quedan en estado de vulnerabilidad ante situaciones ajenas a su voluntad y sin quienes quedan desprotegidos. A través de la coparentalidad se busca se elimine la consideración de género que se ha mantenido a través de la historia y se reflexione sobre la igualdad de condiciones de ambos progenitores, no sin antes verificar las circunstancias en las que los niños menores de edad se desarrollan y la vulnerabilidad que se encuentren para la toma de decisiones en los que se encuentren involucradas sus opiniones.

3.2.3.6.2.- La coparentalidad en el derecho Estadounidense

Acorde a la autora Lathrop (2008), al tratar acerca de algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos en cuanto al derecho comparado establece que:

En Estados Unidos, la custodia conjunta (joint custody) comprende dos conceptos. En primer lugar, la custodia legal conjunta (joint legal custody), adoptada por la gran mayoría de los Estados, de acuerdo con la cual los padres comparten el derecho de decisión sobre las cuestiones de importancia que afecten al hijo, existiendo un régimen amplio de convivencia que varía en cada estado. La segunda, en cambio, se denomina custodia física conjunta (joint physical custody) y se caracteriza por el hecho de que el hijo reside con ambos padres, conviviendo durante lapsos más o menos iguales en la vivienda de cada uno de ellos (...) Este último tipo de cuidado personal es considerado como el más apropiado para el interés del hijo por la gran mayoría de los estados. Diversas legislaciones establecen que si uno o ambos padres solicitan que el juez se pronuncie sobre el régimen de cuidado alternado de los hijos y el tribunal no lo concede, éste deberá exponer en su decisión las razones por las que considera que dicha modalidad no coincide con el interés del hijo. Se presume que la custodia alternada es el régimen de cuidado de los hijos que resguarda de mejor forma su interés superior. (p. 37)

Dentro de la legislación estadounidense, se deja a salvo el derecho de dos formas de ejercicio de la coparentalidad a través de la custodia compartida conjunta y separada por así definirla para un mejor entendimiento; donde las dos son legalmente reconocidas, haciendo que la primera sea adoptada por la mayoría de estados sin restricciones que

afecten a los derechos de los niños, mientras que la segunda custodia conjunta física llamada así en dicho país, es aquella con la cual se encuentran relacionados las parejas que se han separado y hacen de la convivencia con sus hijos de un estilo de relación más adecuada con respecto al que tenían cuando estaban con su pareja, puesto que así se lo solicita en caso de haber una negativa por parte de una autoridad competente, quien deberá fundamentar su decisión de no permitir la convivencia en el hogar de cada uno de los padres.

3.2.3.6.3.- La coparentalidad en el derecho Francés

La Ley francesa número 2002-35 del cuatro de marzo de dos mil dos, relativa a la patria potestad fue promovida por la que fuera Ministra Delegada de la Familia y la Infancia, Ségelone Royal, bajo la guía de cuatro principios:

1. Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido;
2. Ejercer en común la autoridad parental en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (Coparentalidad);
3. Definir un derecho común para todos los hijos menores con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados y sean no casados, a fin de estabilizar la filiación;
4. Ayudar a las familias más necesitadas. (p.2)

Como se observa la legislación francesa no es tan antigua en relación con la potestad que les brinda a los padres, para que sean quienes estén a cargo de manera conjunta sobre las decisiones de sus hijos menores de edad, tanto así que la definen como autoridad parental. Lo que conlleva más que únicamente el derecho que tienen los padres para ejercer la custodia compartida, son las obligaciones que acarrea esta potestad legalmente reconocida, en virtud que como se ha señalado se dispone que exista igualdad de condiciones para el ejercicio de la coparentalidad.

La citada ley establece como disposiciones más innovadoras las siguientes:

- a) La desaparición del concepto de custodia y consagración del ejercicio en común de la patria potestad;
- b) La prioridad concedida al convenio regulador presentado por los padres y, en caso de desacuerdo de estos, se ha de acudir a las formulas de la mediación a instancias del propio juez;

- c) La posibilidad de fijar la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o con domicilio de uno de ellos;
- d) En caso de desacuerdo entre los padres respecto a la forma de la residencia del niño, el establecimiento de la residencia alterna del mismo durante un plazo determinado o con carácter definitivo. (p.3)

La legislación francesa, se ha preocupado por las consecuencias legales que pueden darse a través del ejercicio de la coparentalidad. Además, tienen como referente el interés superior del niño, niña o adolescente, cuando este se sienta afectado por las decisiones o actuación es de sus padres con respecto al tiempo en que se encuentren juntos o de manera separada, con el propósito de hacer de la custodia de padres con sus hijos, un modelo de relación afectiva y recreativa, donde prevalezca el interés superior del niño, basada en la igualdad de derechos y obligaciones en lo que tiene que ver con sus padres.

3.2.3.6.4.- La coparentalidad en el derecho Español

Acorde al autor Guilarte (2008), al referirse en su obra “Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales”, en la cual entabla a la coparentalidad dentro de la legislación española dice:

Hasta la reforma operada en el Código Civil por la Ley 15/2005 del ocho de julio, no existía en España una ley que consagrara y ordenara la Coparentalidad. A pesar del vacío legal que existía, la jurisprudencia al respecto comenzó a abrir caminos. La ley No. 15/2015, llegó a respaldar la jurisprudencia iniciada con dos sentencias del Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco (Familia) de las Palmas de Gran Canaria, una en fecha veintiocho de octubre de dos mil dos y la otra del treinta y uno de marzo de dos mil tres. La reforma sufrida en la ley española es considerada como un avance en el tratamiento jurídico respecto a las funciones parentales en contextos de separaciones o divorcios, que tendrán sus efectos beneficiosos en los aspectos pedagógicos - familiares. (p.75)

En España, el ejercicio de la coparentalidad se reconoció a través de hechos jurisprudenciales más que legislativos, es así que a través de su historia en España se ha ido fomentando el desarrollo del derecho que tienen los padres con sus hijos sea que se encuentren viviendo, residiendo o en algunos casos separados de sus primogénitos, en las mismas condiciones y sin discriminaciones.

De igual manera la autora Calero (2009), en el tema de investigación El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial: Análisis jurisprudencial y propuesta de reforma del Código civil, establece que:

Una de las peculiaridades de este régimen de Coparentalidad es que no establece pensión de alimentos a cargo de ninguno de los padres, por lo que cada uno de ellos hará frente a los gastos ordinarios que el menor ocasione cuando se encuentre en su compañía. En cuanto al gasto de escolaridad, así como de uniforme y material escolar, se obliga también a los padres a abrir una cuenta en común donde depositen una cuantía determinada por mitad, siempre que las economías sean similares, para hacer frente a dichos gastos fijos ordinarios. (p.34)

Quizá la mayor novedad que se presenta sobre el ejercicio de la coparentalidad en la legislación española, es el hecho de reconocer dicho régimen bajo la modalidad del cuidado integro de sus hijos mientras que estos se encuentren con su progenitor, es decir dentro de esta legislación el hecho de la custodia compartida, le permite al legislador evitar la fijación de una pensión alimenticia que deba sufragar cualquiera de los padres al otro por el cuidado de su hijo, en virtud que es obligación de quien se encuentre con el menor de edad de velar por su bienestar mientras dure dicha convivencia. Otra de las novedades es la igualdad que se brinda a los padres en los gastos que conlleve la crianza y sus derivados como puede ser la educación, por ejemplo.

3.2.3.6.5.- La coparentalidad en el derecho Suizo

En cuanto se refiere a la coparentalidad en la legislación suiza, encontramos a la escritora Solórzano (2017), quien instaura que:

En el Derecho Suizo se pasó de la custodia exclusiva a la implementación de la Coparentalidad como norma general en el divorcio con niños, en donde al declararse el divorcio a través de sentencia judicial, automáticamente ambos padres deben compartir la custodia de sus hijos sin necesidad de un acuerdo previo o la aprobación de un juez, ya que el niño tiene derecho a construir una relación autónoma con padre y madre, excepto en los casos de la protección específica de los niños (...) Además también existe un servicio municipal gratuito (los comités de bienestar social) que funcionan como órgano de primera instancia y mediación al que han de acudir los padres en desacuerdo para preparar sus planes de Coparentalidad y demás documentos, que después serán ratificados en los tribunales. (p.64)

Una de las legislaciones más comprometidas con el ejercicio de la coparentalidad, es el derecho suizo. En esta legislación es común por así estar consagrado en sus leyes, que posterior a una separación de los padres o en un divorcio donde se tenga que decidir por intermedio de un juez o por acuerdo de los padres, sobre el futuro y estabilidad de los hijos, que los menores de edad estén protegidos por la figura de la coparentalidad, que viene hacer la custodia compartida para ambos padres sin discriminaciones ni limitaciones, salvo los que por ley o por el intereses superior del niño sea necesario, en virtud que se considera que es un derecho de los niños el compartir con su padres pese a las decisiones que ellos hayan tomado con respecto a sus relaciones afectivas. De igual forma se da cuando los padres no están de acuerdo; el legislador prevé conceder un tiempo y lugares específicos para que los padres logren acordar sobre la custodia compartida de sus hijos independientemente de sus razones de separación.

3.2.3.7.- Análisis del ejercicio de la coparentalidad

En la presente investigación se analiza el propósito que tiene el ejercicio de la coparentalidad como eje fundamental para precautelar y desarrollar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, basados en el principio de interés superior que tienen los menores de edad legalmente reconocido en la legislación nacional como en la legislación internacional. Para ello se manifiesta las circunstancias que conllevan se presente la custodia compartida como elemento esencial del cuidado de los hijos con los dos padres en igualdad de condiciones y sin discriminaciones de ninguna naturaleza.

Esta institución jurídica tiene un mayor alcance y acogida dentro de la legislación del continente europeo y americano, posterior a una separación conyugal o de una falta de convivencia de los padres con sus hijos menores de edad o de quienes se encuentren a su cargo conforme corresponda el caso. Por tanto, se puede determinar que el ejercicio de la coparentalidad sirve como mecanismo eficaz y adecuado para un mayor desenvolvimiento de los hijos hacía con sus padres, logrando de esta manera una salida al legislador para que se precautelen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como grupo vulnerable de atención prioritaria y preferencial.

A través de la coparentalidad, se determina no solo derechos, sino también obligaciones que deben compartir de igual manera los padres mientras se encuentren bajo el cuidado de sus hijos menores de edad, donde en caso de incumplimiento de cualquier derecho u

obligación puede generarse acciones familiares y por ende responsabilidades civiles y penales. El incumplimiento de cada una de ellas se enmarca de acuerdo con la gravedad del caso y conforme las tipologías de cada hecho.

La coparentalidad debe ser vista como el medio más eficaz para alcanzar un derecho que conlleva obligaciones para ambos padres, con la finalidad de evitar ciertas consecuencias jurídicas que se dan de manera obligatoria posteriormente a la separación familiar; como la fijación de una pensión alimenticia y un régimen de visitas para el progenitor que se le cohíbe la custodia por el hecho de no estar consagrado en una normativa que tutela de manera efectiva el ejercicio adecuado de la custodia compartida. No obstante, en todos los casos debe privilegiarse, las medidas correctoras por intermedio de una persona imparcial cuando la custodia compartida se vuelva perjudicial tanto para los menores de edad, a través del interés superior de la niñez y adolescencia, como para quienes están encargados de la tutela efectiva de los derechos de sus padres.

De igual manera se puede certificar a la coparentalidad, como un derecho que tienen los progenitores sobre el cuidado compartido, donde se requiere la distribución de responsabilidades a través de una corresponsabilidad parental que permita que ambos padres atiendan y acompañen a sus hijos de manera permanentemente, desde los actos afectivos, recreativos y formativos hasta su mayoría de edad, haciendo de esto un régimen comunicacional entre los progenitores, sobre el contexto del interés superior del niño, la niña y el adolescente, materializado a través del derecho a la coparentalidad.

Así mismo, a través del trabajo realizado, se puede evidenciar que la coparentalidad debe ser considerado como una institución jurídica que, a través de la custodia compartida, prevé derechos más allá de los económicos y sociales, que permite tanto al padre como a la madre principalmente o según sea el caso a quien esté a cargo de cuidado y crianza del menor de edad posterior a una terminación de vínculo matrimonial o lazo sentimental de sus padres, no se desvinculen de sus hijos e hijas y de esta manera continúen ejerciendo de manera equitativa sus deberes y derechos parentales.

Otro de los aspectos que hacen del ejercicio de la coparentalidad un mecanismo eficaz para el desarrollo integral de los menores de edad, es permitir a los padres el derecho y

el deber de interrelacionar a los hijos e hijas en la relación filial y en la familia ampliada, puesto que la convivencia del menor de edad en un ambiente adecuado y sin conflictos ajenos a su voluntad, convierte al cuidado compartido en una fortaleza que la doctrina lo ha considerado como un derecho resistente que debe ser acogido por los encargados de emitir leyes acordes a la realidad social de la familia, así como por parte de los administradores de justicia quienes deben precautelar el principio de la corresponsabilidad parental, favoreciendo siempre a los más desprotegidos.

3.2.3.8.- Mecanismos de Control Constitucional y Convencional

Dentro de la doctrina establece una analogía entre dos sistemas de control normativo, como son el constitucional y el convencional, según Ovalle (2012), establece que:

Así como los tribunales constitucionales de cada Estado parte ejercen el control de la constitucionalidad de los actos de sus autoridades internas, la Corte Interamericana tiene a su cargo el control de la convencionalidad, al mismo tiempo se debe tener en cuenta que, el control de convencionalidad cuenta con dos niveles de operadores. (p.21)

De lo señalado se puede evidenciar la similitud existente en el control normativo, donde se faculta a la Corte Interamericana el control de convencionalidad y a los tribunales constitucionales de un referido Estado el control constitucional, conforme así lo manifiesta el tratadista Ovalle Favela. De igual manera se puede hablar de los niveles del control de convencionalidad desde el ámbito de competencia por así decirlo, y se tiene que le corresponde en primer nivel a la Corte Interamericana, mientras que en segundo nivel están las decisiones que están a cargo de los jueces y tribunales de determinado Estado parte.

Para el autor Sagüés (2012), acorde a la doctrina del control de convencionalidad manifiesta que:

El control de convencionalidad tiene dos grandes niveles en los cuales se ejerce; los mismos que tienen como diferencia, al sujeto o autoridad que realiza dicho control. Hablamos de un control de convencionalidad concentrado, que lo realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos puestos a su consideración; y, un control de convencionalidad difuso, que lo ejerce los agentes estatales a nivel nacional. De esta forma podemos hablar de un control de convencionalidad en sede internacional y otro en sede interna. (p.21)

De lo manifestado se puede determinar que el control de convencionalidad se lo debe comprender desde dos aéreas, sede internacional y sede interna; en virtud que la

diferencia desde la mira de la doctrina, es el responsable de quien la ejecuta, con la aclaración que el control de convencionalidad concentrado le corresponde a la Corte Interamericana, mientras que se considera un control de convencionalidad difuso, aquel control realizado por los jueces de primer y segundo nivel.

De igual manera se encuentra el control de convencionalidad concentrado, mismo que se ejerce según el tratadista Ovalle (2012), manifiesta que:

El control de convencionalidad en sede internacional. Es aquel que realiza la Corte IDH, desde que se instaló el 3 de septiembre de 1979 con sede permanente en San José de Costa Rica que se traduce en dos competencias fundamentales: la jurisdiccional y la consultiva. La primera se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la CADH, y la segunda por las del artículo 64 de la misma Convención. (p.598)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la institución jurídica que asumió la competencia para ejercer el control de convencionalidad a partir del 3 de septiembre de 1979, donde se faculta la jurisdiccional y la consultiva, teniendo como normativa legal la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre del 1969.

Para profundizar acerca del control de convencionalidad y la entidad que la ejerce en sede internacional y nacional, se encuentra el tratadista Rey (2006), establece que:

La competencia jurisdiccional, entendida como el control convencional en sede internacional, comprende un mecanismo de control por el cual la Corte IDH determina si el derecho interno de un Estado es incompatible con la Convención Americana u otros tratados aplicables, con la finalidad de aplicar la Convención u otro tratado mediante un examen de confrontación entre los dos sistemas, asegurando de esta forma la efectividad de la supremacía de la Convención Americana a través de un control jurídico y judicial, ya que la Corte IDH realiza un ejercicio de interpretación y aplicación de la Convención teniendo en frente a la normativa nacional. De lo indicado se puede establecer que el control de convencionalidad jurisdiccional, se refiere netamente al control concentrado de convencionalidad que lo ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como único organismo que puede modificar, derogar, anular o reformar normas o prácticas internas, con la finalidad de proteger la dignidad y derechos de la persona humana. (p.22)

En consecuencia se puede manifestar que el control de convencionalidad en sede internacional, es aquel que lo ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una

vez que llegue a su conocimiento sobre una violación por acción u omisión del Estado parte; es decir, visto desde este criterio se lo relaciona cuando el momento de expedir una ley, reformarla o dictar un acto administrativo, se puede violar derechos reconocidos en la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está facultado para declarar su discrepancia y de esta manera emplear cualquiera de las medidas antes señaladas. El mismo procedimiento se debe considerar en los casos que no se adopte medidas de derecho interno para proteger los derechos reconocidos por la Convención, lo cual se conoce como una violación por omisión.

Paralelamente al control de convencionalidad en sede internacional, encontramos el denominado control de convencionalidad en sede nacional. El cual, como mencionamos anteriormente, nace y es desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del caso *Almonacid Arellano vs Chile*, en el cual se establece la obligación de inaplicar cualquier normativa contraria a la Convención Americana. Es así, que en la resolución de un caso en concreto, el juez interno inaplica el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo. (p.22)

Como se ha explicado anteriormente, al referirse del control de convencionalidad en sede nacional, al remitirse al precedente legal a partir del caso *Almonacid Arellano vs Chile*, donde se determinó que no se puede aplicar cualquier normativa contraria a la establecida en la Convención Americana, inclusive en la resolución, el juez competente no aplico una normativa donde se confiere un derecho interno por así manifestarlo, dejando claro que se debe aplicar la Convención u otro tratado a través del control correspondiente.

Como lo expresa Nash (2012), al referirse a la Corte IDH, “no sólo ha precisado el sentido y alcance del control a nivel internacional, sino que también ha descrito la forma en que los operadores nacionales deben realizar el control de manera que puedan cumplir con las obligaciones internacionales del Estado.” (p.22)

Como se ha dejado explicado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de hablar del control de convencionalidad, hace un alcance no solo del ámbito internacional, sino se refiere también al procedimiento a darse en el ámbito nacional, determinando quienes están facultados para realizar el control de convencionalidad

nacional al momento de resolver los casos que lleguen a su conocimiento dentro de sus competencias.

De igual manera se debe entender que el control de convencionalidad se encuentra aplicado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es así que el autor Nash (2012), manifiesta que:

En el caso ecuatoriano existiría de conformidad con los precedentes de la CCE un control de convencionalidad a cargo de la Corte Constitucional que operaría ante la duda razonable y motivada, que la realicen los jueces, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, lo cual nos llevaría a solventar de alguna manera la “paradoja insuperable” respecto al control de convencionalidad de funcionarios jurisdiccionales; mas, en el caso de las autoridades estatales no jurisdiccionales el tema no está claro. (p.38)

Como se ha manifestado en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la doctrina se ha visto la necesidad de hablar del control de convencionalidad dentro de la sede interna, para ejercer dicho control, dentro del ámbito de sus competencias y de los procedimientos internos de cada Estado. Entendido esto, se puede decir, que el control de convencionalidad en sede interna “es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional”, la cual debe armonizarse por intermedio de mecanismos que permitan su efectivo cumplimiento por parte de los Estados.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en cuanto se refiere al control de convencionalidad en sede interna, no se ha pronunciado de forma expresa ni tácita, sobre él, lo cual concuerda con el criterio del tratadista Sagüés, al referirse sobre el papel de las altas Cortes Latinoamericanas, para quien: “La actitud de silencio subsiste en la nueva Corte Constitucional de Ecuador, erigida por la Constitución de 2008 sin embargo no cabe descartar alguna forma de recepción tácita, de modo tangencial, en términos relativos y en ciertos aspectos, del control de convencionalidad” (p.396)

La Constitución de 2008, reúne a más de varios artículos, varios elementos que se vinculan y que tienen relación estrecha con el derecho internacional- incluido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho nacional. Es así que, el artículo 3 numeral 1 de la Constitución ecuatoriana, establece los deberes primordiales del Estado, dentro de los cuales consta el deber de garantizar sin discriminación alguna,

el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. De igual forma, la normativa de la Constitución, expresada en el principio de aplicación directa, se encuentra en el artículo 11 numeral 3, al señalarse que tanto los derechos establecidos en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, deben ser aplicados de forma directa por y ante cualquier agente estatal.

Para la doctrina existen diferentes grados de alcance al momento de ejercitar el control de convencionalidad, mismos que varían de acuerdo al tipo de control constitucional del ordenamiento jurídico de cada Estado. De tal forma que, el control de convencionalidad en sede interna puede ser practicado en distintos niveles, que se expresan en un denominado control represivo de convencionalidad y por otra, en un control constructivo de convencionalidad. Es así que el mencionado tratadista Sagüés (2010), manifiesta que:

En el primero nivel, el juez nacional inaplica y hasta expulsa una norma interna por considerarla incompatible con la Convención Americana o la interpretación dada a ésta por la Corte Interamericana. En la segunda, el juez local no inaplica el derecho interno sino que lo reinterpreta, adapta o lo viabiliza en consonancia con el Pacto y la referida jurisprudencia interamericana. (p. 43)

Para establecer el alcance con la que un juez debe ejercer el control de convencionalidad, ya sea represivo o constructivo, se debe considerar la analogía que existe entre el tipo de control de constitucional interno de cada Estado y el control de convencionalidad; a fin de cumplir con la exigencia convencional de realizar el control de convencionalidad, a partir del Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú (2006), donde se establece que “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondiente”. (párr.128)

Para entender de mejor manera a lo que se refiere esta analogía, se debe razonar de la siguiente manera: el control de convencionalidad en sede internacional es al control concentrado de constitucional el cual es ejercido por un solo órgano, mientras que el control de convencionalidad en sede interna es al control difuso de constitucionalidad es ejercido por todo juez o tribunal.

Siguiendo la misma línea de investigación, se encuentra Ferrer (2010), quien manifiesta que:

Lo cual implica como ha dicho la Corte IDH, que todo juez o tribunal debe ejercer un control de convencionalidad al momento de resolver un caso concreto (control difuso de convencionalidad). Esto no quiere decir, que todos los jueces, al momento de ejercer un control difuso de convencionalidad, deban inaplicar o expulsar una norma por considerarla incompatible con la Convención Americana, sino que apliquen ese tipo de control de convencionalidad en cualquiera de los sistemas existentes concentrado, difuso o mixto. (p. 535)

Considerando la explicación sobre el control de convencionalidad con sede interna o nacional, se puede definir, como la obligación ineludible que tienen los jueces y tribunales de justicia nacional para realizar el control de convencionalidad, donde únicamente lo que varía vendría a ser el alcance con la que es empleada.

3.2.3.9.- El alcance del control de convencionalidad en el Ecuador

Para determinar el grado de intensidad con el que los jueces y tribunales deben ejercer el control de convencionalidad en apego a sus competencias y procedimientos internos según la legislación ecuatoriana debemos partir, como mencionamos anteriormente, desde el tipo de control constitucional que rige en el Ecuador el cual determinará, como lo menciona la Corte IDH, el grado de aplicación del control de convencionalidad, hasta el procedimiento por el cual, los jueces realizan el examen de compatibilidad entre las normas de carácter internacional y nacional.

Así pues, debemos mencionar que existen posiciones disímiles sobre el modelo de control constitucional que rige en el estado ecuatoriano, las mismas que provienen de la academia, de la legislatura, y de los propios jueces.

La existencia de diferentes lecturas que se hacen al texto constitucional, originadas por contradicciones normativas, y en muchos casos por vacíos y en su propia redacción, han provocado que el modelo de control constitucional, se modificara en varios momentos. A continuación nos permitimos presentar, cómo se ha ido matizando el tipo de control constitucional.

Una parte de la doctrina sostiene que, el constituyente ecuatoriano se ha decantado por el tipo de control constitucional concentrado, en el cual le está vedado al juez, dentro de un caso concreto, inaplicar o expulsar una norma que considera contraria a la constitución.

Como sostiene la autora Escobar (2013), al referirse al modelo de control constitucional ecuatoriano:

La Constitución optó por el modelo español, al disponer que cuando el juez encuentre evidencias de inconstitucionalidad de una disposición jurídica que deba aplicar durante un proceso judicial, debe suspender el respectivo proceso y remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional para que resuelva de manera general dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. (p.19)

De esta forma, la consulta elevada a la Corte Constitucional, puede ser realizada de oficio o a petición de parte y, respecto a la compatibilidad de la norma con la constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución.

Luego, cuando se promulgó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), el legislador incorporó una hipótesis que graduó, en cierta medida, el control concreto de constitucionalidad. Dicha hipótesis se traducía en el hecho de que la obligación de elevar su consulta a la Corte Constitucional se debía realizar únicamente cuando el juez tuviese una duda razonable y motivada acorde el artículo 142 de la LOGJCC, sobre la constitucionalidad de la disposición jurídica que debía aplicar, por tanto, permitía que en los casos certeza de inconstitucionalidad de una norma, los jueces aplicarían directamente la norma por considerarla inconstitucional. La incorporación legal de la duda razonable y motivada por parte del legislador, tuvo repercusiones materiales en la práctica diaria de los juzgadores. Permitió a los jueces inaplicar, dentro de un caso concreto, normas que considerarán claramente inconstitucionales. Ahora bien, esta incorporación efectuada por el legislador podría entenderse, desde una lectura sistemática de la Constitución, como una graduación del sistema de control concentrado de constitucionalidad, resaltando la aplicación inmediata de la Constitución y acentuando la supremacía y fuerza normativa de la misma, en base a los dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el artículo 11 numerales 3,9, 424, 425,426.

CONCLUSIONES

- En la Constitución de la República del Ecuador se garantiza la corresponsabilidad materna y paterna, sin embargo dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano no se encuentra desarrollado la corresponsabilidad, y tampoco el principio de coparentalidad, lo cual no permite se instaure la tenencia compartida como una institución jurídica legalmente reconocida para los casos en que exista desacuerdo de los progenitores, manteniéndose únicamente la tenencia exclusiva, donde es la autoridad judicial quien decide la situación del menor de edad y sus padres. Es así que se encuentra presentado un proyecto de ley reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ante la Asamblea Nacional con fecha 18 de mayo del 2017, donde se establecen varias gestiones que garantizarán la aplicación de la corresponsabilidad parental reconocida en la carta magna vigente, con aspectos económicos y sociales.
- Partiendo de los principios constitucionales reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en base a la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, se acierta con el deber de realizar obligatoriamente un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y supranacionales, lo cual involucra realizar un examen respecto a la compatibilidad o incompatibilidad de normas y/o actos emanados por el poder público y las diferentes disposiciones de los tratados internacionales en materia de derecho humanos que guarden relación directa con derechos de niñas, niños y adolescentes, con el objetivo de asegurar y garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- De las posturas y debates legislativos, se ha acordado que los derechos de las niñas, niños y adolescentes deben ser tutelados a través de normas jurídicas previas, claras y publicas garantizando el derecho a la seguridad jurídica que tiene todas las personas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde como consecuencia se ha definido un proyecto de ley integral del Código de la Niñez y Adolescencia.
- Se ha logrado verificar que dentro del ordenamiento jurídico nacional, el control de convencionalidad es indiferente y se excluye como un mecanismo de control idóneo, en virtud de existir insuficientes precedentes que imposibilitan un

desarrollo adecuado del control de convencionalidad por parte de jueces y tribunales nacionales.

- El análisis de los principios constitucionales relacionados con los derechos de las niñas, niños y adolescentes, hace comprender el alcance a la potestad que tienen los operadores de justicia para aplicar directamente las normas constitucionales y convencionales, otorgándoles las herramientas necesarias para realizar dicho mandato, conforme así lo determina el Art. 11 de la Carta Magna, donde señala varios principios de aplicación de los derechos, que pueden ser aplicados en un caso concreto, a través del control de convencionalidad.
- En la legislación ecuatoriana, no se utilizan de manera adecuada los mecanismos de directa e inmediata aplicación reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, en virtud de desconocimiento de los diferentes instrumentos de derechos humanos que forman parte de la normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano; desconocimientos de los profesionales del derecho al no invocar dentro de sus demandas, alegatos y otros instrumentos, las diferentes instituciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que garantizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

RECOMENDACIONES

- Valorizar los principios constitucionales reconocidos a favor de las niñas, niños y adolescentes, para ejercer de manera idónea los derechos consagrados en la Constitución de la República, que tienen relación directa con la corresponsabilidad parental, a fin de evitar vulneración de derechos de quienes conforman el núcleo familiar.
- Se debe fomentar el ejercicio de la coparentalidad a través de decisiones debidamente fundamentadas y motivadas, teniendo como pilar a la Constitución de la República en concordancia con el derecho comparado, con la necesidad de evitar la discriminación de derechos entre los progenitores y promover en la legislación ecuatoriana la tenencia compartida, de acuerdo con el contexto constitucional, garantizando los derechos de los menores de edad y eliminando la discriminación por razones de género.
- Impulsar el ejercicio de la coparentalidad, a fin que la tenencia compartida de las niñas, niños y adolescentes, sea de los dos padres sobre los cuidadores de los hijos, es decir ambos tienen que velar activamente las estrategias para no estar mucho tiempo separado de sus hijos y así mantener una custodia compartida coherente a la realidad de la convivencia con sus hijos.
- Considerar las posturas sostenidas sobre la tenencia compartida, realizadas en el órgano legislativo y demás sectores sociales involucrados, a fin de establecer las ventajas y desventajas de la tenencia compartida, así como establecer los procedimientos y mecanismos más adecuados para garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Es menester se considere y se adecue de mejor manera el alcance del rol constitucional que tienen los jueces y demás servidores públicos en la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en virtud que el presente trabajo contribuye modestamente al debate y análisis sobre cómo se inserta el control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Promover capacitaciones a los operadores de justicia sobre la obligación de acatar y aplicar el control de convencionalidad de manera interna, considerando la ratificación del estado ecuatoriano con respecto a los instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter interamericano y de varios a

nivel mundial; así como la supremacía constitucional de los instrumentos de derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña (2013), en el artículo científico del Principio de corresponsabilidad paternal por la Revista de Derecho Coquimbo, disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002
- Aguilar, J. (2005), S.A.P. Síndrome de alienación parental: Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro, Madrid, Editorial Almuzara.
- Albán, F. (2010), Derecho de la niñez y adolescencia, Quito: 3ra ed.
- Alexy, R. (1993), Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ávila, R. (2012), Los derechos y sus garantías, ensayos críticos, Quito, centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional.
- Baeza, G (2001), El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia, Revista Chilena de Derecho.
- Beltrán, J. (2009), El mejor padre son ambos padres. Boletín de la Familia.
- Bolaños, I. (2015), Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional, Madrid.
- Cabanellas, G. (1979), Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, 20 Edición ed., Vol. Tomo IV, Editorial Heliasta.
- Cabrera, J. (2009), Visitas; Legislación, Doctrina y Practica. Ecuador, editorial jurídica Cevallos.
- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos.

- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos; citando a Belluscio, A. Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos; citando a Bonnard, J. (1991), La garde du mineur et son sentiment personnel, Revue Trimestrielle de Droit Civil, París.
- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos; citando a Ferrajoli, L. (2004), Derecho y Razón, Madrid, Ed. Trotta S.A.
- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos; citando a Gatica, N. y Chaimovic, C. (2002), La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos; citando a Gustavino, E. (1976), Régimen de visitas en el derecho de familia.
- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos; citando a Mazzinghi, J. (1999), Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Ábaco.
- Cabrera, J. (2010), Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores, Quito, editorial jurídica Cevallos; citando a Wallerstein y Blakeslee, Padres e hijos después del divorcio. Cataldi, M. (2015), La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/La-noci%C3%B3n-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-Myriam-M.-Cataldi.pdf>.

Calero, C. (2009), El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial: Análisis jurisprudencial y propuesta de reforma del Código civil.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C N° 158.

Chávez, A. (2012), Un reparto equitativo de la autoridad paternal. La viabilidad de la tenencia compartida a la luz de la Ley 29269, Diálogo con la Jurisprudencia.

Chunga, F. (2000), Derecho de Menores, Lima, Editorial Jurídica Grjley.

Código Civil ecuatoriano (2009), publicado en el Registro Oficial N° 104, Suplemento 46, de 24 de Junio de 2009.

Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), publicado en el Registro Oficial N°737, de 3 de enero de 2003.

Constitución de la República del Ecuador (2008), publicado en el Registro Oficial N° 449, de 20 de Octubre de 2008.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (1969), San José de Costa Rica.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989), adoptada y ratificada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en la resolución N° 44/25, de 20 de Noviembre de 1989.

Convención sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer, publicada en el Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005.

Corte IDH, caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, caso González y Otras “Campo Algodonero” vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Echeverría, K. (2011), La guarda y custodia compartida de los hijos, Tesis para optar al grado de doctorado, citando a TAMAYO, S. Igualdad parental y principio de corresponsabilidad tras la separación o el divorcio.

Entrevista vía ZOOM a Encarnación Duchi, Presidenta de la Comisión Ocasional para atender temas y normas sobre Niñez y Adolescencia de la Asamblea Nacional, sobre aprobación en primer debate del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, disponible en: <https://www.elcomercio.com/tendencias/polemica-corresponsabilidad-parental-debate-ecuador.html>

Escobar, C. (2013), Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador, Quito.

Ferrer, E. (2011), Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, Chile, Revista Estudios Constitucionales.

Ferreira, A (2002), Aspectos Procesales de la Tenencia y del Régimen de Visitas, Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, Editores Rubinzal-Culzon.

Folberg, J. (1991), “Custody overview” Joint Custody and Shared Parenting, Londres, 2da ed.

Fosar B. (1982), Estudios de derecho de familia, Barcelona.

Gallego, A. (2008), La guarda y custodia compartida, Madrid.

García, I. (2012), La patria potestad, Madrid, Dykinson S.A.

García, I. (2012), La patria potestad, Madrid, Dykinson S.A. citando a Bercovitz. (2007), Madrid.

Godoy, A. (2003), “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, Madrid.

Guilarte, M. (2008), Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales, Lex Nova.

Huaita, A. (1999), “Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de

la mujer e interés superior del niño o niña”, en Género y Derecho, Santiago de Chile, LOM Ediciones.

Informe para Primer Debate del “Proyecto De Código Orgánico Para La Protección Integral De Niñas, Niños Y Adolescentes” , Sesión Ordinaria Virtual No. 062 de la Comisión Especializada Ocasional para Atender Temas y Normas sobre Niñez y Adolescencia, celebrada el día 05 de junio de 2020, Quito.

Intriago, A. (2016), El control constitucional en el Ecuador, elaborado en la Universidad Andina Simón Bolívar, en la Maestría en Derecho Procesal, Quito.

Lathrop, G. (2008), Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos, revista chilena de derecho privado.

La mesa de trabajo llevada a cabo en Quito, el 26 de febrero del 2017, donde se escuchó a representantes de grupos sociales como Coparentalidad Ecuador y Plataforma de Derechos por un Amor Responsable, sobre la tenencia compartida como nueva institución familiar en el proyecto de reforma del Código de la Niñez y Adolescencia, disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/madre-padre-custodia-compartida-polemica.html>

La mesa de trabajo se realizó en Quito, en Sesión Ordinaria No. 018-COENA-2019, de fecha martes 05 de febrero de 2019, Reforma del Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, en la cual se expuso el criterio Cristina Almeida, presidenta del colectivo Nina Warmi, disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/tenenciacompartida-ninos-debate-asamblea>

La mesa de trabajo se realizó en Quito, el 21 de febrero de 2020, Asistieron a la reunión de trabajo: miembros de la Comisión Ocasional para atender temas y normas sobre Niñez y Adolescencia de la Asamblea Nacional, para tratar sobre reforma del Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, en la cual se expuso el criterio de la asambleísta Verónica Arias Fernández, disponible en: <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/en-marzo-se-presentaria-informe-para-primer-debate-del-proyecto-de-reformas-al-codigo-de-la-ninez/>

La mesa de trabajo se realizó mediante vía virtual ZOOM, el 23 de junio de 2020, representantes del Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), propuestas para reformas del Código Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, disponible en: <https://informateypunto.com/2020/06/24/propuestas-del-mies-forman-parte-del-informe-para-debate-en-la-asamblea-del-proyecto-de-codigo-organico-para-la-proteccion-integral-de-ninas-ninos-y-adolescentes/>

Lehmann, B. (2012), Revista Ius et Praxis, citando a Lathrop, F. (2008), Custodia compartida de los hijos.

Ley Francesa N 2002-35 (2002), promovida por la Ministra delegada de la familia y la infancia Ségelone Royal, 4 de marzo de 2002.

Manchego, L. (2019), titulado “Análisis de la aplicación de la tenencia compartida en la legislación Peruana, Arequipa, 2017”, elaborado en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, disponible en <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/8703/DEMmacajc.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Murillo, B. (2005), “La reforma matrimonial (II): la nueva regulación de la separación y el divorcio en Repertorio de Jurisprudencia, editorial Aranzadi, S.A.

Nielsen, L. (2013), Crianza compartida después del divorcio: una revisión de la investigación de crianza residencial, revista de Divorcio y Nuevo Matrimonio.

Nash, C. (2012), Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno, Santiago de Chile.

Ñaupas, Mejía, Novoa, Villagómez. (2014), Metodología de la Investigación, Bogotá: ediciones de la U, 4ta ed.

Ortuño, P. (2006), El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial, Ed Civitas.

Ovalle, J. (2012), La influencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno de los estados latinoamericanos, México.

- Peréz, A. (2007), Derecho de Familia, México: editorial Fondo de cultura económica, 2da ed.
- Pérez, M. (2006), Padres que asumen la custodia de sus hijos en ausencia de la figura materna, disponible en: www.dialogosproductivos.net/img.
- Poussin y Lamy (2005), Affidociungunto e condivisiunedellagenitorialità. Un contributoalladiscussione in ambitopsicogiuridico.
- Puchaicela, C y Torres, X. (2019), Derecho de Familia: evolución y actualidad en Ecuador, Quito: Departamento jurídico editorial – CEP.
- Resolución N° 2079, Consejo de Europa (2015), en favor de la custodia compartida, Parliamentary Assembly.
- Propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia (2017), Asamblea Nacional por parte del ex presidente de la República del Ecuador Rafael Correa.
- Rey, E. (2006), El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, revista del centro de estudios constitucionales.
- Rodríguez, M. (2009), 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, en Revista Chilena de Derecho, Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n3/art05.pdf>.
- Romo, M. (2018), Código de la Niñez y Adolescencia, un ficticio debate sobre su reforma, Quito, Defensoría Pública del Ecuador Serie, Justicia y Defensa N 6.
- Sagüés, N. (2010), Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Chile.
- Sagüés, N. (2012), Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano, Uruguay.

- Sagüés, N. (2013), El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, Santiago de Chile.
- Sampieri, R. (2014), Metodología de la investigación, México: Mac Graw – Hill Interamericana S.A. 6ta ed.
- Solórzano, M. (2017), La responsabilidad parental y la coparentalidad, monografía para optar al título de Licenciatura en Derecho.
- Sparpaglione A. (2005), “Analisi critica relativa a studi e ricerchesull’affidamentocongiunto”.
- Steffen, M. (2002), Coparentalidad post-separación conyugal en un paradigma familiar de tuición compartida chileno, Santiago de Chile.
- Tantaleán, M. (2016), Tipología de las investigaciones jurídicas, disponible en: <https://www.google.com/search?client=firefox-b>
- United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), en español Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (1946).
- Varsi, E. (2011), Tratado de Derecho de Familia: La teoría jurídica e institucional de la familia. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- Vásquez, C. et al (2018), La tenencia compartida, alcances y su aplicación en el Ecuador, Quito, Iustitia Socialis - Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas.
- Vela, A. (2007), Derecho Civil para el grado IV: derecho de familia, Dykinson S.A.
- Villagrasa, C. (2010), “La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades”, en: Teresa Picontó Novales, edit. La custodia compartida a debate, Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas”.
- Wainerman, C. (1998), División del trabajo en familias de dos proveedores, relato desde ambos géneros y dos generaciones, ponencia presentada en el congreso de

la Latin American Studies Association. (Chicago, Latin American Studies Association, disponible en: <http://www.catalinawainerman.com.ar/pdf/La-division-del-trabajo-en-familias-de-dobles-proveedores.pdf>

Whiteside, M. (1998), The parental alliance following divorce: An overview. *Journal of Marital and Family Therapy*, disponible en: <https://masterforense.com/pdf/2015/2015art4.pdf>

Zaidán, S. (2016), “El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa”, elaborado en la Universidad Andina Simón Bolívar, en la Maestría Profesional en Derecho Constitucional, disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5048/1/T1942-MPDC-Zaidán-El%20derecho.pdf>

Zarraluqui, L. (2006), Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos, Madrid, Dykinson S.A.