



CARRERA DE DERECHO

MODALIDAD PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

CARRERA DE DERECHO

MODALIDAD PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**ANÁLISIS DE LA TENENCIA MONOPARENTAL Y EL DERECHO A LA
FAMILIA EN ECUADOR**

AUTORA: ANA CAMILA PAZ FLORES

TUTORA: MSC. XIMENA ELIZABETH MALDONADO ERAZO

OTAVALO, ECUADOR 2020

UNIVERSIDAD DE OTAVALO
CARRERA DE DERECHO
APROBACIÓN DE TRABAJO FINAL DE GRADO

Otavaló, 25 de noviembre de 2020.

Se aprueba el empastado de los tres ejemplares más el Cd correspondiente al trabajo de grado con el tema:

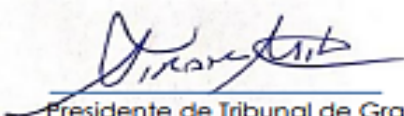
ANÁLISIS DE LA TENENCIA MONOPARENTAL Y EL DERECHO A LA FAMILIA EN ECUADOR

Correspondiente al estudiante:

Nombre: ANA CAMILA PAZ FLORES

C.I: 1004406375

Para constancia firman los integrantes del tribunal evaluador:



Presidente de Tribunal de Grado

Nombre: Mila Maldonado Frank Luis, PhD. en Derecho

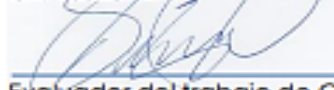
C.I: 1758933210



Tutor del trabajo de Grado

Nombre: Maldonado Erazo Ximena Elizabeth, Magister en Derecho Constitucional

C.I: 103287495



Evaluador del trabajo de Grado

Nombre: Guevara Ruiz Santiago Danilo, Magister en Derecho Civil y Procesal Civil

C.I: 1002504239



Evaluador del trabajo de Grado

Nombre: Hessamzadeh Villamagua Seyedeh Sougand, Máster en Derechos Humanos,

Interculturalidad y Desarrollo

C.I: 1714659446

DECLARACIÓN

Yo, **ANA CAMILA PAZ FLORES**, portador de la cédula de ciudadanía número **1004406375**, DECLARO bajo juramento que el presente **TRABAJO DE TITULACIÓN MODALIDAD ANÁLISIS DE CASO PRÁCTICO “ANÁLISIS SOBRE LA TENENCIA MONOPARENTAL Y EL DERECHO A LA FAMILIA EN ECUADOR”**, es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional. Además, cedo los derechos de propiedad intelectual a la Universidad de Otavalo, según lo establecido por la Ley de propiedad intelectual, por su reglamento, y por la normatividad institucional vigente.



PAZ FLORES ANA CAMILA

C.I. 1004406375

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el proyecto de investigación titulado: **ANÁLISIS SOBRE LA TENENCIA MONOPARENTAL Y EL DERECHO A LA FAMILIA EN ECUADOR** bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirar al título de abogado de los Tribunales de República del Ecuador, a la estudiante **ANA CAMILA PAZ FLORES** y cumple con las condiciones requeridas por el Reglamento de Trabajo de Titulación en su artículo 16 y 17.



Tutor del trabajo de Grado

MSC. XIMENA ELIZABETH MALDONADO ERAZO

C.I. 100328749-5

AGRADECIMIENTO

“Familia significa que nadie se quede atrás, ni se olvida. “David Odgen Stiers”

Agradezco a Dios primero que nada por darme salud y sabiduría para poder llevar a cabo este trabajo investigativo, por sus bendiciones en esta etapa de culminar mi carrera profesional en derecho, a mis padres, abuelitos, mi esposo Edward, mi tío Nelson que es un ejemplo para seguir en mi vida y a mi hija Isabella por su apoyo incondicional en todo momento de mi carrera.

Además, agradezco a mis pocas amigas que me apoyaron y a los docentes por el conocimiento que han impartido en clases y sus experiencias en esta ardua carrera de Derecho, en especial a Elizabeth quien fue indispensable para mí en este tiempo para la elaboración de la presente tesis.

Paz A.

DEDICATORIA

“Yo no me divorcié y los amo a los dos, mami y papi no me alinies.”

Francisco Oneto

El presente trabajo de investigación lo dedico a todos los niños, niñas y adolescentes del Ecuador que se han visto afectados por la separación de sus padres, a las nuevas paternidades que luchan todos los días contra los roles impuestos por la sociedad y que desean estar con sus hijos e hijas para verlos crecer , a mi abuelito Carlos en su memoria por haberme cuidado y enseñado lo importante que es luchar para cumplir mis objetivos, a mi tío Nelson por sus palabras de aliento y a mi adorable hija Isabella, que desde muy pequeña me alentó y motivó para lograr mis metas.

ÍNDICE GENERAL

DECLARACIÓN	3
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR	4
AGRADECIMIENTO	5
DEDICATORIA.....	6
ÍNDICE GENERAL.....	7
RESUMEN	10
ABSTRACT.....	11
INTRODUCCIÓN	12
ANTECEDENTES Y SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	16
IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA CIENTÍFICO.....	20
OBJETIVOS.....	20
OBJETIVO GENERAL	20
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	20
IDEA A DEFENDER.....	20
VARIABLES	20
CAPÍTULO I.....	21
MARCO TEÓRICO	21
1. LA TENENCIA.....	21
1.1 LA TENENCIA MONOPARENTAL.....	24
1.2 LA TENENCIA COMPARTIDA	25
1.3 REGLAS PARA OTORGAR LA TENENCIA.....	28
1.4 DOCTRINA DE LOS AÑOS TIERNOS	29
1.5 IMPROCEDENCIA DE LA TENENCIA	30

1.6 PATRIA POTESTAD.....	31
1.7 CAUSALES PARA LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	34
1.8 CAUSALES PARA LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.....	35
1.9 ANÁLISIS JURISPRUENCIAL.....	37
1.10 ANÁLISIS COMPARADO.....	40
CAPÍTULO II.....	43
2. DERECHO DE FAMILIA.....	43
2.1 ANÁLISIS DE SENTENCIA.....	47
2.3 EL MATRIMONIO.....	48
2.4 EL MATRIMONIO EN OTROS PAÍSES.....	50
2.5 DIVORCIO.....	52
2.6 DERECHO DE ALIMENTOS.....	53
2.7 DERECHO A VISITAS.....	56
2.8 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	59
2.9 ANÁLISIS INTERNACIONAL.....	65
2.10 REGIMEN DE VISITAS.....	69
DESARROLLO METODOLÓGICO.....	71
2.1 TIPOS DE INVESTIGACIÓN.....	71
2.2.1 INVESTIGACIÓN CUALITATIVA.....	71
2.2.2 INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA.....	72
2.2.3 INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA.....	73
2.2.4 INVESTIGACIÓN HERMENÉUTICA.....	74
2.3 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	74
2.3.1. MÉTODO INDUCTIVO.....	74
2.3.2 MÉTODO ANALÍTICO.....	75
CAPÍTULO III.....	76

3.1 INCIDENCIA DE LA TENENCIA MONOPARENTAL EN EL DERECHO A LA FAMILIA	76
3.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	77
3.3 LA TENENCIA COMPARTIDA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 79	
3.4 ANÁLISIS DEL PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	80
3.5 VIABILIDAD DEL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	84
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES	89
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

RESUMEN

En el presente proyecto de investigación se realizó un estudio sobre la tenencia monoparental dentro del derecho a la familia de niños niñas y adolescentes, como consecuencia del divorcio, por lo que fue importante determinar el alcance que tuvo en el derecho a la familia de niños niñas y adolescentes, la incidencia de la tenencia monoparental y compartida frente al derecho de familia y al principio del interés superior del niño. En esta investigación se utilizó el método cualitativo para descomponer las características y cualidades de la tenencia y sus clasificaciones, mediante una ardua revisión de documentación bibliográfica a través de manuales de derecho, artículos científicos y tesis lo cual permitió cumplir con los objetivos señalados en la investigación y se pudo concluir que la tenencia monoparental afectó el derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes como consecuencia externa de la ruptura de vínculo matrimonial entre sus progenitores, obteniendo como resultado disputas entre los progenitores por la tenencia de sus hijos en la cual el interés superior del niño no ha sido el que ha triunfado sino más bien el costumbrismo legal que aleja la anhelada igualdad de género frente a derechos como lo son la paternidad y maternidad, por lo tanto, se revisó el proyecto de Reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia concluyendo con una adecuación de la reforma para efectivizar los derechos de los padres con sus hijos con relación a tenencia.

PALABRAS CLAVE: Tenencia monoparental y compartida, derecho de familia, interés superior del niño.

ABSTRACT

In this research project, a study was carried out on single-parent possession within the right to a family of boys, girls and adolescents, as a result of divorce, so it was important to determine the scope that it had on the right to the family of children. and adolescents, the incidence of single-parent and shared tenure against family law and the principle of the best interests of the child. In this research, the qualitative method was used to decompose the characteristics and qualities of tenure and their classifications, through an arduous review of bibliographic documentation through law manuals, scientific articles and theses, which allowed meeting the objectives indicated in the research and it was concluded that single-parent possession affected the right to the family of children and adolescents as an external consequence of the breakdown of the marriage bond between their parents, resulting in disputes between the parents over the possession of their children in which the best interest of the child has not been the one that has triumphed but rather the legal custom that distances the desired gender equality in the face of rights such as paternity and maternity, therefore, the draft reform of the Code of the Children and Adolescents concluding with an adaptation of the reform to make the rights of children effective. parents with their children in relation to tenure.

KEY WORDS: One-parent and shared tenure, family law, best interests of the child.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo tiene gran trascendencia desde el ámbito internacional y nacional, puesto que la familia se ha constituido como el núcleo de la sociedad que es reconocida y protegida por el Estado, sin embargo, en las relaciones interpersonales dentro del grupo familiar han causado ciertas situaciones sociales donde la familia ya no está integrada desde su forma inició esto es madre, padres e hijos, pero esto no significa que el derecho a la familia se deba ver perjudicado, por lo cual la maternidad, la paternidad, la crianza, la alimentación, la salud, educación, recreación, entre otros derechos deben ser garantizados por los progenitores en igualdad de condiciones y oportunidades. Las decisiones judiciales en casos de divorcios han sido favorables a la madre y sin tomar en cuenta la participación y roles de los hombres frente al cuidado en el hogar, por lo tanto se analiza el derecho a la tenencia compartida con la finalidad de erradicar la discriminación en cuanto a la supuesta equidad de género, para garantizar el derecho a que los niños y niñas del Ecuador compartan con sus padres , razón por la cual las nuevas paternidades tienen derecho alzar su voz para cuidar y proteger a sus hijos cumpliendo la doctrina integral del interés superior del niño.

Es importante analizar que establece la normativa con respecto a la tenencia compartida, la familia, las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, instituciones públicas, organismos no gubernamentales, asociaciones y fundaciones para medir las consecuencias psicológicas que pueden traer consigo a los niños y niñas.

Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art.5).

Los países al formar parte de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se comprometen a velar por el cumplimiento de todos los derechos y garantizar su debida aplicación para que los niños y niñas cuenten con un desarrollo apto tanto físico como psicológico dentro del núcleo familiar.

Conforme lo que determina nuestra Carta Magna sobre la responsabilidad de los padres ha establecido que: “El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará por el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art.69), que fija a la familia como una institución fundamental, por tal virtud la Constitución de la República del Ecuador exige tanto al padre como a la madre la protección, alimentación y estabilidad a sus hijos, sin importar la relación afectiva que mantenga el padre o la madre.

Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores. En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquel, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos (R.O. 237- 2003, Código de la Niñez y Adolescencia, art.21).

Los niños y niñas tienen el derecho a saber quiénes son y conocer a sus padres para compartir y mantener contacto afectivo aun cuando los mismos no se encuentren unidos por un vínculo matrimonial, unión de hecho, o estén atravesando una situación económica desfavorable, no será impedimento ni razón para que los niños y niñas no tengan lasos afectivos con sus progenitores, dada la situación de no conocer el paradero de los padres, el Estado será quién debe tomar acciones para ubicar a los mismos.

Es relevante señalar lo que establece la Convención de los Derechos del Niño:

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

Los Países que integran la Convención no deben permitir que el niño sea desplazado de sus progenitores sin ningún motivo coherente como puede ser el caso de sufrir cierto tipo de maltratos que ocasionen daño al niño vulnerando sus derechos y atenten contra su seguridad y dignidad , ocasionando que los mismos se encuentren en inspección por personal competente judicial .La Convención de los Derechos del Niño al igual que nuestra carta magna están enfocados en el bienestar de los niños y en el goce de los derechos que poseen sus progenitores, para garantizar su aplicación efectiva y proteger a la familia de acuerdo a la situación los niños y de los progenitores. La convención es muy clara al manifestar que:

Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Convención sobre los Derechos del Niño, art.3 numeral2, 1989).

Los padres poseen deberes y obligaciones frente a la responsabilidad de sus hijos los cuales comprende brindar protección, afecto, salud, alimentación, educación para que los niños se desarrollen con plenitud, en vista de la amplitud de deberes, derechos y obligaciones que tienen los padres frente a sus hijos la corresponsabilidad paterna es imprescindible para el cumplimiento de estos.

Por ello nuestra carta magna siguiendo la línea democrática y constitucional de derechos enlista que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a llevar una vida digna entre otros derechos que son los siguientes:

A su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 45).

Como se mencionó la constitución del Ecuador proclama la convivencia familiar como un derecho constitucional de niños, niñas y adolescentes, pero es importante mencionar que el Código de la Niñez y Adolescencia solamente reconoce la tenencia de acuerdo con lo siguiente:

Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior (R.O. 237- 2003, Código de la Niñez y Adolescencia, art. 118).

Con este estudio se busca establecer que los derechos de los niños con relación a sus padres y la tenencia compartida garanticen el goce efectivo de sus derechos mediante la participación en la crianza y educación de sus hijos. Es importante distinguir que el afecto y la obligación de pensión de alimentos son dos temas fundamentales pero distintos, debido a que el cuidado y protección es trascendental para lograr un desarrollo integral de los niños.

ANTECEDENTES Y SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Los antecedentes de la presente investigación se sustentaron en artículos científicos y tesis que han permitido determinar la situación problemática frente a la tenencia monoparental, por lo cual se desarrolla lo siguiente:

La concepción autoritaria de la familia se ha comenzado a dejar de lado, impulsada por una concepción de los derechos fundamentales basada en los principios del interés superior del niño -en una primera etapa de desarrollo- y, posteriormente, por el de la igualdad de los padres, como manifestación de dicho interés. En la actualidad, estos principios han llevado a que, en lugar de establecerse sistemas equilibrados de custodia, más que exclusiva, indistinta. Así, los ordenamientos jurídicos comienzan a preferir el sistema de guarda o cuidado personal compartido, o de la autoridad parental compartida. Producto de esta evolución, se han desarrollado los principios de corresponsabilidad y la coparentalidad. A pesar de que en Europa no existe un modelo estricto a favor de la custodia compartida alterna, como régimen legal y supletorio, muchos países, que tienen modelos de cuidado indistinto o exclusivo, han establecido deberes y facultades para el padre no custodio, dando lugar a sistemas de corresponsabilidad y coparentalidad (Barcia, 2018, p.27).

La forma de dirigir la familia ha cambiado con el pasar de los años por las nuevas necesidades de la sociedad por ello la evolución del derecho es constante e importante para proteger los derechos de los más vulnerables en la sociedad que son los niños razón por la cual son sujetos de derechos y por lo mismo padres, madres, y el Estado debe velar por el principio de interés superior del niño, el cual esta direccionado a proteger la integridad, libertad de expresión y dignidad de los mismos, lo que quiere decir que el bienestar absoluto de los niños es lo más importante y prevalece sobre cualquier otro motivo, razón o circunstancia. Velando por el mismo principio ya mencionado surge la corresponsabilidad en la cual la crianza de los hijos deberá estar en manos de ambos progenitores participando en la educación de sus hijos de manera igualitaria, mientras que la coparentabilidad es la cercanía que tiene el padre y la madre después de divorciados y separados con fines meramente

positivos y enfocados a sus hijos, aportando así a la presente investigación en cuanto menciona los principios de corresponsabilidad y coparentabilidad en beneficio del niño para que exista una dinámica familiar.

En España, la custodia legal podría equipararse a la patria potestad, ya que, como es bien conocido desde la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio (1981), por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, las sentencias de separación y divorcio siempre han venido estableciendo que los hijos menores del matrimonio, salvo que exista causa grave que lo impida, quedarán bajo la patria potestad de ambos progenitores. Sin embargo, contrariamente a lo que Bauserman (2002), establece para la custodia legal, la patria potestad conjunta en muy pocos casos se traduce en la participación habitual del progenitor no custodio en la toma de decisiones importantes y en la posibilidad de participar permanentemente y de forma activa en la vida de sus hijos.

Esta realidad obliga a concretar que, si bien la custodia compartida no significa necesariamente dividir al 50% los tiempos de estancias y permanencias de los menores con sus progenitores, en ella “ambos progenitores van a responsabilizarse de igual modo de sus hijos, asumiendo implícita o explícitamente que ambos son importantes para ellos” (Farina, et.al, 2002, p.115).

Esta situación conlleva que ambos tengan la oportunidad de participar de forma responsable en el proceso de crianza, así como de cuidarlos de una manera proporcionada, en los tiempos de estancia con ellos, y de representarlos legalmente, a lo que añadimos ofrecerles afecto y todo tipo de apoyo psicoemocional y material que permita mantener y fomentar apegos positivos y seguros con ambos progenitores (Farina, 2017, pp. 108-109).

Desde otra visión se menciona que la custodia compartida no significa el mismo tiempo para ambos progenitores sino más bien la participación que van a tener para la crianza de sus hijos y para mantener lazos afectivos entre los

mismos, apoyando al niño en todo lo que él requiera en especial la parte emocional, aportando a la presente investigación la importancia que genera la inclusión de padre y madre en la educación y crianza del niño.

Según Aguilar (2016) en su tesis para magister acerca: “La Tenencia Compartida Y Sus Efectos Jurídicos En La Constitución Del Ecuador” menciona Igual que se ha superado el estereotipo de que el hombre es el que proporcionaba el sustento familiar y la mujer debería ocuparse de las tareas domésticas y los hijos, ahora es ya de superar otro estereotipo que existe cuando las parejas se separan. A saber, que es la madre la que ha de mantener la guarda y tenencia del hijo, por ser madre y el padre tener un régimen de visitas que no va más allá de ver al hijo fines de semana alternos y medias vacaciones (Aguilar, 2016, p.8).

Totalmente de acuerdo con la cita los jueces optan por dar favorabilidad a la madre y al padre solo se le otorga ciertos derechos que no tienen relación e igualdad por lo mismo el presente trabajo investigativo se enfoca en el derecho a la familia que tienen niños y niñas para estar con su padre y madre y que ambos posean las mismas responsabilidades y obligaciones sobre ellos para participar e incluirse en el día a día de sus hijos, sin despojar a ninguno de los dos progenitores de sus derechos y obligaciones, priorizando al niño sobre todas las cosas.

Identificar la afectación de la tenencia monoparental en el derecho a la familia hacia los niños y las nuevas paternidades en base a la Constitución de la República de Ecuador (2008), en la tenencia monoparental, por lo tanto es un problema vigente que ocasiona desigualdad entre los progenitores porque la madre tiene una total ventaja sobre el padre generando un impacto negativo que va en contra de lo que estipula la Constitución del Ecuador (2008) en el cual en su artículo 69 numeral 5, expresa que:

(...) para proteger los derechos de los integrantes de la familia, promoverá la corresponsabilidad paterna y materna, estando obligados los dos padres; 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.

El presente trabajo consiste en analizar la tenencia monoparental y el derecho a la familia en los niños y niñas del Ecuador que está organizado por una introducción en la cual se da conocer el contenido y posee tres capítulos organizados en base a los objetivos específicos que señalan la importancia de la coparentabilidad y corresponsabilidad de los padres frente a la crianza y educación de sus hijos, haciendo énfasis en los derechos que poseen los niños de estar con su padre y madre y de los derechos que poseen los progenitores sobre los mismos, respaldados en los tratados internacionales como son la Declaración de los Derechos Humanos (1948) y Convención de los Derechos del Niño (1989).

La Declaración de Langeac (1999), fundaciones padres por siempre, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y normativa legal nacional que velan por las garantías y cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes para su desarrollo, y sobre todo por el interés superior del niño seguido con una metodología de investigación con enfoque cualitativo, la discusión de los resultados de la investigación, conclusiones y recomendaciones.

IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA CIENTÍFICO

¿Cómo afecta la tenencia monoparental al derecho a la familia de las niñas y niños en el Ecuador?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar la tenencia monoparental y el derecho a la familia de las niñas y niños en el Ecuador.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Estudiar la tenencia monoparental en el Derecho Ecuatoriano.
2. Determinar el alcance del derecho a la familia de las niñas y niños.
3. Analizar la incidencia de la tenencia monoparental en el derecho a la familia conforme al interés superior del niño.

IDEA A DEFENDER

La tenencia monoparental afecta el derecho a la familia y al efectivo goce y ejercicio de los derechos de los padres frente a sus hijos asegurando el interés superior del niño con la tenencia compartida, que evita la favorabilidad extrema a la madre con el fin de lograr una equidad entre ambos progenitores lo cual incide en el desarrollo integral de las niñas y niños.

VARIABLES

INDEPENDIENTE

Derecho a la familia

DEPENDIENTE

La tenencia compartida

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

En este capítulo se va a estudiar la tenencia monoparental a través de la jurisprudencia internacional y nacional, la Constitución de la República del Ecuador, la legislación, la doctrina y tesis, que han servido de sustento para el desarrollo de esta investigación.

1. LA TENENCIA

El término tenencia proviene del latín *possesiónem*, según Llanos (2009), la tenencia es: “el derecho de mantener una relación personal con sus hijos, término amplio en el cual se incluye la convivencia, pero también la corresponsabilidad entre ambos padres sobre todo lo que concierne a los intereses de los hijos” (p.191). Con lo citado se puede entender que la tenencia es el conjunto de responsabilidades y obligaciones que los padres tienen frente a sus hijos partiendo desde la convivencia y la unión de vínculos familiares, hasta la seguridad y protección de derechos para su bienestar y su desarrollo mediante la corresponsabilidad que es compartir la crianza y cuidado de los hijos.

Era una institución del Derecho Civil, que significó el poder del jefe de familia (*pater*) varón vivo más antiguo de la familia, por vía masculina, que comprendía con conjunto de derechos sobre la persona y bienes de los *filii*, con pocas obligaciones. Se entendía por *filii* no sólo los hijos del *pater* sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad (Holguín, 1984, p18).

El tratadista Holguín (1984), da a conocer que la tenencia en Roma cobraba mucha fuerza y que expresaba un poder amplio que solo lo tenía el hombre y recaía no solo en la persona sino también en los bienes de los *filii* que son los hijos, con el pasar del tiempo existió regulaciones porque surgió una serie de vulneraciones a los hijos al tener poder absoluto una sola persona sobre ellos, razón por la cual la tenencia absoluta ocasiona desventajas en la crianza de los niños.

Es indispensable analizar a la figura de la tenencia desde dos puntos, los hijos al tener el derecho de vivir con sus padres y el segundo punto que recae sobre los padres, que tienen derecho de vivir con sus hijos con lo mencionado se puede entender que de manera recíproca es evidente la existencia de derechos y la necesidad de que se cumpla con los mismos para que la responsabilidad tanto de hombres como de mujeres pueda surgir de manera correcta con sus hijos, sin alterar su estabilidad emocional sino al contrario para fortalecer su progreso en las etapas de su vida. Tanto el padre como la madre está en todo su derecho para solicitar la tenencia de su hijo cuando sienta que el mismo se está vulnerando al ser retenido por uno de sus padres y no se le permita comunicarse, ver, o entablar relaciones afectivas personales, por lo mismo Aguirre (2017) quien manifiesta:

La tenencia debe cumplir requisitos indispensables como ser libre y espontánea, no debe ser remunerada, es un derecho que tienen todas las personas, es única ya que puede solicitarlo el otro cónyuge, está dirigida única y exclusivamente para los menores de edad y sólo los familiares pueden solicitar la tenencia, acción para recuperar a su hijo (p.36).

Se puede entender que la tenencia debe surgir por mera y voluntaria intención de los padres que deseen compartir con sus hijos y participar en la crianza de los mismos porque es su obligación y para mantener los vínculos familiares con sus hijos.

Torres (2012) manifiesta lo siguiente: La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como norte el interior superior del niño, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres, ella le corresponderá el otro, aun cuando sea a la demandada, es decir aunque ella no lo haya demandado, como en el caso en que el actor solicita se le reconozca el derecho de tenencia y custodia de su menor hija y el juzgado le deniega y a la vez otorga la custodia a la madre (p.743).

La tenencia es una institución que garantiza el cuidado y protección a los niños menores de edad buscando la favorabilidad al niño sobre todas las cosas.

Llanos (2009) la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad (p.192).

Se considera a la tenencia como un atributo que faculta la patria potestad para que el niño comparta tiempo con sus padres y los mismos cumplan con sus obligaciones como tal y ejerzan sus derechos de padres para estar al frente de todo proceso educativo y emocional del niño, con el fin de que su crianza no se vea perjudicada por la separación de sus progenitores y no surjan efectos negativos para él o la niña en su desarrollo físico, salud y estabilidad emocional como es el caso de la alienación parental que surge cuando uno de los padres coloca a su hijo en situaciones incómodas no aptas para entablar comunicación afectiva y mantención del vínculo familiar ya sea con su madre o con su padre, incentivado por uno de sus padres a tomar posturas negativas y rechazo al otro.

Moyano (2020) El Síndrome de Alienación Parental se considera como el desarrollo de un conjunto de comportamientos, que pueden ser conscientes o inconscientes, a través de los cuales se trata de generar cambios, modificaciones o perturbaciones en la relación que sostienen los niños, niñas y adolescentes con uno de sus progenitores, cuando se presenta un proceso de separación o de divorcio p (1).

Se entendería entonces que el síndrome de alienación parental (SAP) se

desarrolla cuando los niños pasan por circunstancias como son la separación de sus padres y conviven mucho más tiempo solo con uno de ellos, razón por la cual o la madre o el padre influyen en el hijo ocasionando una favorabilidad mucho más notable por uno de los dos.

1.1 LA TENENCIA MONOPARENTAL

Es una modalidad en la cual la madre o el padre poseen la tenencia del niño, originando la Tenencia Monoparental que según:

Noblecillas (2014), 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 (p.29).

Con lo citado se pretende inducir a la aceptación y legitimación de la tenencia compartida por parte de los ordenamientos jurídicos en Ecuador y de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, para la aplicación de la norma por juezas y jueces para que niños y niñas tengan derecho a tener y disfrutar de la familia y no se continúe invisibilizando a los padres frente a sus hijos y discriminándolos por roles ambiguos impuestos por la sociedad, las leyes van modificándose y evolucionando en base a las necesidades de las personas por ello la errónea costumbre de jueces a otorgar la tenencia a la madre por la condición de ser mujer aparta al hombre de sus derechos, descuidando así el interés superior del niño y el derecho a la familia siguiendo esta línea, como lo manifiesta Sánchez (2008), “la pervivencia de la especie ha requerido primero la protección de la maternidad y después la paternidad” (p.1).

Con lo mencionado se entiende que la madre por dar a luz a sus hijos tiene una indudable preferencia en casos de tenencia en virtud de ello la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Pacto de San José (1948) expresa: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art.24).

Queda claro que los jueces y juezas a nivel internacional deben implementar la norma de manera igualitaria, en casos de niñez sobre todo ya que el interés superior del niño puede verse afectado. En relación con la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular” (art.9, 1989).

Aquellos Estados que se encuentran participando en la Convención de los derechos del niño deben aplicar lo suscrito, sin embargo, el Código de Niñez y Adolescencia manifiesta en su artículo 118 que el juez asignará la tenencia a quien estime más conveniente, es decir ya existe una distinción que aleja la anhelada igualdad entre padre y madre.

Dentro de la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme refiere Steffen (2003), “el comportamiento de los progenitores que inducen a la alineación en los casos de divorcios altamente conflictivos se basa en una multifactorialidad de maniobras, que inducen a la campaña de alineación para frustrar el régimen de visitas y las relaciones con el hijo” (p.89).

La tenencia monoparental ocasiona desventajas en la crianza de los hijos puesto que no gozan de disfrutar a su familia y compartir un tiempo justo que le permita participar con sus padres además el otorgarle la tenencia a un solo progenitor como ya se mencionó, ocasiona que surjan una serie de vulneraciones a los menores y a los padres que no conviven con ellos , puesto que se empieza a obstruir vínculos de comunicación afectiva , mediante la creación de perfiles negativos para los niños es decir que el padre o la madre manipulen a su hijo para que no quiera a su padre o madre por motivos falsos.

1.2 LA TENENCIA COMPARTIDA

La tenencia compartida como lo indica su nombre es aquella en la cual el padre y la madre poseen corresponsabilidad en sus hijos, comparten el tiempo de manera equitativa, criando y educándolos mediante el tiempo establecido para cada uno de los padres, hoy en día es un tema importante y aceptado en varios países como España y muy discutida en América del Sur como por ejemplo Perú.

Para Delgado (2018) queda definida: “La tenencia compartida es la situación legal por medio de la cual en caso de divorcio o separación matrimonial ambos padres ejercen simultáneamente la custodia legal de sus hijos menores de edad de acuerdo a las mismas condiciones y derechos sobre ellos” (p. 34).

Con lo mencionado se puede entender que la tenencia compartida surge como una necesidad por parte de los padres para mantener su relación familiar y afectiva con sus hijos después de la separación, el Diccionario de Lengua Español, manifiesta su concepto de compartir y hace mención a los siguientes términos: dividir, distribuir, participar. Por lo tanto, la tenencia compartida es aquella que divide, distribuye y permite la participación mediante la inclusión de derechos correspondientes tanto a los niños como a los padres a convivir con los hijos en tiempos iguales y a tener decisión sobre los mismos.

La Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental en Francia más conocida como La Declaración de Langeac (1999), expresa que dado el caso los progenitores no logran entablar una decisión, los niños deben pasar igual período de tiempo con cada padre, y en los casos donde no surja intenciones para llegar a un acuerdo directamente sucederá por otros medios como es la mediación. Plácido (2011) menciona que: “el disfrute de la compañía de cada uno de los padres con el hijo constituye un elemento fundamental de vida familiar, aun cuando la relación de los padres se haya roto” (p.22). De acuerdo con el autor cabe señalar que las diferencias entre la madre y el padre durante el matrimonio y posterior a su separación no deben influir en la relación con sus hijos.

La tenencia compartida de menores luego del divorcio y separación de los padres es un hecho legal que se presenta en la sociedad, cuando los padres e hijos que forman la familia dejan de vivir juntos, la Tenencia y la Patria Potestad no se comparte entre el padre y la Madre con respecto a la toma de decisiones en su crianza, alimentación, educación, salud mental, y física, costumbres, amistades, entre otros, ya que en nuestro país como lo expresé anteriormente se acuerda un régimen de visitas para el progenitor que no vive con los hijos (Zabala, 2014, p.1).

De acuerdo con Zabala (2014), la tenencia compartida surge posterior a una separación entre los progenitores en la cual ya no van a compartir con sus hijos el mismo hogar y al existir un régimen de visitas para el padre o madre que no vive con sus hijos se limita que se comparta muchas actividades y que se participe de las mismas como son la crianza, educación, ente otras, lo cual no va acorde con el interés superior y el derecho a la familia del niño para su crecimiento y desarrollo intelectual como emocional. “La Tenencia Compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la tenencia legal de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”. (Fúnez, 2008, p. 19).

La tenencia compartida es una situación legal en la cual se encuentran los niños y niñas después de que sus padres se divorcien, surge con el objetivo de que ambos padres puedan compartir y dividir el tiempo para participar de la crianza de sus hijos en base a los derechos que tienen tanto los niños como los padres.

La tenencia compartida o conjunta es uno de los medios de ejercicio de la autoridad, para aquellos padres que desean proseguir con la relación entre padres e hijos, aun cuando la familia se haya fragmentado. Es un llamado a los padres que viven separados, para que ejerzan en conjunto esta responsabilidad (Acosta, 2017, p.22).

La tenencia compartida como manifiesta la autora es un medio para poder seguir en contacto, comunicación, con sus hijos y gozar de la compañía de ellos, haciéndolos sentir en el calor de la familia, razón por la cual la coparentabilidad entre padres es esencial para tener una buena comunicación y coordinación con sus hijos y ser partícipes en igualdad en la educación, salud, alimentación de sus hijos sin importar la separación o motivos de la misma.

Los niños son seres frágiles que necesitan de la protección de padres y madres y van desarrollado sus sentimientos y afecto por ellos al sentir su amor, tacto en los abrazos, caricias y contacto al escuchar su voz y sentir su presencia lo cual les genera seguridad y armonía, razón por la cual la corresponsabilidad es vital , el cual viene hacer uno de los principios que se encuentra establecido en la Constitución del Ecuador (2008) en su artículo 69 numeral 5 el cual básicamente viene hacer la responsabilidad compartida entre el padre y la madre frente al desarrollo y progreso de sus hijos expresando claramente que ambos tienen los mismos derechos y obligaciones sobre sus hijos sin distinción ni discriminación alguna dado que la corresponsabilidad trae beneficios importantes para los niños y niñas datos obtenidos de un estudio en la Universidad de Queensland en Alemania citado por Lozaiga (2011) el cual comparte los siguientes resultados favorables:

Garantiza ambiente seguro en el cual se permita experimentar, explorar y desarrollar habilidades: Origina ambiente positivo de aprendizaje, ante la disponibilidad de uno de los progenitores, cuando los niños necesitan de su atención, ayuda y cuidado, establecimiento de reglas claras, de manera concreta en el caso de que el niño presente comportamientos inadecuados; Involucrarse directamente a los hijos y a su vez estos a su padre o madre; compromiso de los progenitores de satisfacer las necesidades de su hijo. (p.70)

1.3 REGLAS PARA OTORGAR LA TENENCIA

Según el proyecto de Ley Orgánica para reformar el Código de Niñez y Adolescencia que se dio el 18 de mayo del año 2017, establece en su artículo 120 las reglas para otorgar la tenencia las cuales son la opinión del niño o niña, la edad, y las necesidades de acuerdo a la misma, además se analizará las condiciones de los padres, de ser el caso que existieran varios hijos se preferirá que estén juntos, es importante tener en cuenta que la tenencia compartida podrá darse solo si cumplen con las reglas y si las mantienen a cabalidad caso contrario la perderán.

Dentro del proyecto para reformar el Código de Niñez y Adolescencia (2003) cabe mencionar que en sus reglas no especifican cuales vendrían a ser las condiciones biopsicosociales de los padres y de los familiares hasta cuarto grado de consanguinidad, razón por la cual siguen existiendo vacíos al momento de establecer la figura de la tenencia compartida en Ecuador, además sigue haciéndose a un lado a las nuevas paternidades frente al cuidado de los hijos al establecer la edad, quiero decir con esto que el juez podría deducir que un niño pequeño no puede compartir con su padre porque su madre es indispensable y el no a nivel de la madre basándose en la doctrina de los años tiernos que según Lekue (2007) considera que la madre “posiciona en condición superior a la del padre, por cuanto podría cuidar y criar a los hijos e hijas durante los primeros años de vida” (p.53).

Sin embargo, la Convención de los Derechos del Niño (1989) manifiesta que el niño debe tener contacto con ambos padres expresando lo siguiente “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (arts. 9 y 3, 1989).

1.4 DOCTRINA DE LOS AÑOS TIERNOS

Es un conjunto de ideas que surge por los roles impuestos por la sociedad que coloca a la mujer como la única y exclusiva persona que al convertirse en madre está apta para cuidar y sobre todo alimentar a su hijo pequeño por lo mencionado la jurista alemana Leckue (2007) expresa que por lo mismo “la custodia de un niño o una niña se entrega a la madre, a menos que sea declarada incapaz. Esta doctrina asume implícitamente que el interés del niño es permanecer con su madre, por las razones antedichas” (p.53)

Manifiesta en su publicación sobre la incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia al respecto que el Tribunal Supremo de España establece que la corta edad del menor no es determinante para excluir el régimen de custodia compartida, máxime si cuando ya ha concluido el periodo de lactancia. Así mismo, entiende que la posible perturbación de la estabilidad del menor, que hasta ese momento había vivido con su madre, tampoco es obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida. En este sentido, considera que la Sentencia recurrida petrifica la situación del menor, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin especificar cuál sería la edad adecuada para adoptar el régimen de custodia compartida (Calvo, 2019, p.447).

Por lo expuesto conforme lo señalado por el autor Calvo (2019), establece que no es excusa la edad del niño o niña para limitar al padre la tenencia compartida porque los niños al pasar el periodo de lactancia ya no se encuentran sometidos a la doctrina de los años tiernos por lo que se pueden adaptar al entorno materno y paterno.

1.5 IMPROCEDENCIA DE LA TENENCIA

Se ha realizado el análisis de la normativa nacional del Estado ecuatoriano y se ha verificado que no existe los elementos normativos que justifiquen este tema trascendental como lo es la improcedencia de la tenencia, tema que ha sido tratado en el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código de Niñez y Adolescencia que recibió el presidente de la Asamblea el 18 de mayo del año 2017 que señala:

El juez podrá negar la tenencia en aquellos casos que los niños sufran violencia física y psicológica, se presenten indicios de violencia sexual, explotación laboral, exista privación de libertad, evidencias de alcoholismo y dependencia a las sustancias psicotrópicas y cuando se da la suspensión o privación de la patria potestad (Proyecto de Ley Orgánica para reformar el CNA, art. 121).

Por lo mismo es importante legalizar la figura de la tenencia compartida en el código de la niñez y adolescencia porque de esa manera los jueces administraran justicia en base a las condiciones correctas tipificadas para velar por el interés superior del niño sin que existan confusiones ni vacíos legales que vayan en contra del niño y niña y sobre todo del derecho a la familia que es un derecho constitucional, tanto por hijos como por los padres para mantener relaciones afectivas con sus hijos, cumpliendo con las obligaciones de cuidado frente a los mismos por tal motivo el fondo de las Naciones Unidas se pronuncia al respecto: “Es necesario tomar medidas importantes para proteger a los niños de la explotación, el maltrato infantil o cualquier otra causa que afecte su desarrollo El objetivo es proporcionar relaciones seguras, estables y enriquecedoras para los niños, niñas o adolescentes (UNICEF, 2019)”.

1.6 PATRIA POTESTAD

El Código Civil de Ecuador (1857), en su artículo 283 manifiesta que: “la patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados”, el ordenamiento jurídico en el ámbito civil, considera la patria potestad como una de las facultades que tienen los padres con los hijos que no han cumplido la mayoría de edad, y esta facultad está dentro de las consideraciones de la tenencia por lo que, puede ser ejercida de forma individual por uno de los padres. Hernández (2010), manifiesta que la patria potestad: “es el conjunto de facultades que suponen deberes conferidas a quienes lo ejercen destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes” (p.40).

En la generalidad de los ordenamientos jurídicos la patria potestad se concibe como la función tuitiva que corresponde a los padres respecto de sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal y patrimonial. La patria potestad aparece como un efecto legal y propio de la relación paterno-filial; se configura como una función tuitiva general, comprensiva tanto de la esfera patrimonial como de la esfera personal del menor; se la concibe como un sistema de protección, cuidado, asistencia física, moral y educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo no emancipado y de los mayores de edad incapacitados; se habla también de una función social al servicio del hijo y de ejercicio obligatorio para quien la ostenta (Acuña, 2015, parr.3).

La patria potestad es conocida por los ordenamientos jurídicos como conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres frente a sus hijos, y sobre sus bienes siempre y cuando no sean emancipados, funcionando así, como un sistema que brinda protección, alimentación y todo lo necesario para cuidar a sus hijos

El Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en su art.105 se refiere a la patria potestad como un conjunto de derechos y obligaciones de los padres de familia sobre sus hijos e hijas no emancipados, donde el cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de sus derechos están establecidos en la constitución y en la ley (art.105).

Es importante mencionar que la patria potestad es un elemento esencial para la integración de la familia que es una institución muy antigua y constituye el núcleo de la sociedad proporcionando uniones familiares entre padres e hijos mencionando también que el término menor quedó descartado para hacer referencia a hijos no emancipados puesto que hoy en día son sujetos de derecho.

Para complementar Picazo (2006), aporta que: “La patria potestad aparece como un efecto legal y propio de la relación paterno-filial” (p. 270). Entonces la misma tiene peso legal y está vinculada con los hijos no emancipados para decidir y cuidar de ellos como mejor lo consideren sin alterar o impedir su pleno desarrollo, aprendizaje y crianza.

Según Sánchez (1990), el espacio social de la patria potestad es la familia. En la actualidad, este espacio se concibe como un ámbito en el que se producen relaciones de consensos y de disensos, que acaban siempre por conducir a la aparición de diversas formas de dominación y de exclusión (p.368).

La familia es el lugar en el cual padre y madre ejercen las facultades que la ley les otorga como tal para educar en base a las convicciones y creencias más favorables para sus hijos, sin vulnerar sus derechos y garantizando su bienestar, la misma no deberá ser objeto de discriminación por parte de algún miembro de la familia ya que tanto hombres como mujeres gozan de los mismos derechos y oportunidades, las mismas que se encuentran consagradas en nuestra carta magna.

En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa (Código Civil, 1857, art.307).

Cabe aclarar que la patria potestad de un hijo no se pierde o se termina al separarse sus padres la misma sigue vigente y solo se podrá perder cuando el padre o madre infringieran su deber de cuidado ocasionando daño en sus hijos.

Según Ramos (2014), la Patria Potestad carece de valor si no se muestra la Tenencia, puesto que el progenitor que dispone de la Tenencia (98% las madres) decide todo acerca del hijo como si de una propiedad en exclusiva se tratara, y un régimen de visitas no es suficiente para hacer cumplir los derechos de las niñas, niños y adolescentes (p.84).

Apoyando a Ramos (2014), la tenencia monoparental otorga poder a la madre que es quien lleva toda la ventaja en estos casos y dispone en su totalidad de la manera en la cual quiere que su hijo se crie, se eduque, piense y muchos casos que sienta.

1.7 CAUSALES PARA LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad es conjunto de derechos que otorga la ley al ser padre y madre pero si se incumple con los tratados internacionales, normas y disposiciones que los legisladores promueven para el bienestar de la sociedad y de las personas más vulnerables como son los niños, se verificará dichas omisiones de cuidado y se dará la suspensión de la patria potestad, el Código Civil 1857 expresa en su artículo 304 que: “La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez, con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo, el ministerio público”. La suspensión de la patria potestad es de carácter temporal y se podrá recuperar nuevamente a petición de parte al Juez que conoció la causa solo cuando la causal cometida quede eliminada y no sea reiterada, es decir no se cometa por sus progenitores o por uno de ellos nuevamente.

El Código de la Niñez y Adolescencia enlista las siguientes causales por las cuales la patria potestad se suspende: Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses; Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad.

Declaratoria judicial de interdicción del progenitor; privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada; alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 112).

En cuanto a la ausencia injustificada del progenitor procede cuando surge de manera inesperada sin motivos contundentes y sin recibir ninguna noticia de su padre o madre o de ambos progenitores por un periodo de tiempo superior a seis meses , en cuanto al maltrato para que el juez lo considere como una suspensión mas no como pérdida de la patria potestad debe ser leve y no ocasionar daños al niño y sin ser reiterado, la suspensión de la patria potestad sucede también en casos de interdicción en los cuales un juez declara en incapacidad a una persona y por lo mismo no está en sus plenas facultades para cuidar y decidir por el bien de su hijo.

En cuanto a la privación de libertad en virtud de una sentencia el padre o la madre que cometieron un delito se encontraran suspendidos de sus derechos por qué no podrán cuidar a sus hijos como corresponde al encontrarse privados de su libertad, después de cumplir con su sentencia retomaran sus derechos como tal, la quinta causal manifiesta la adicción de uno o ambos de sus progenitores a la necesidad de consumir sustancias que atentan contra la estabilidad emocional y física de quien la consume envolviéndola en un estado de vulnerabilidad no apta para cuidar de sus hijos ya que los puede poner en riesgo y por último la causal final trata sobre aquellos padres que ponen en riesgo la integridad de sus hijos y apoyan a que cometan actos que los ponga en riesgo psicológica , física y moralmente.

1.8 CAUSALES PARA LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija; Abuso sexual del hijo o hija; Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; Interdicción por causa de demencia; Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 113).

Aclarando que dentro de la pérdida de la patria Potestad la actuación reiterada es decir repetitiva es la cual faculta al juez o jueza competente para actuar en virtud de los hechos para favorecer al niño y proteger el interés superior para evitar que sufra y apartarlo del círculo de violencia, por lo mismo la Convención de los derechos del niño del año 1989 manifiesta lo siguiente:

La Convención sobre los derechos del niño (1989), se refiere al maltrato infantil como: "Toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras que el niño se encuentre bajo

la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquiera otra persona que le tenga a su cargo" (art.19).

En cuanto a la explotación sexual de un niño o niña según UNICEF (1994) se define por una de estas dos características: el ánimo de lucro o la explotación de una relación de poder existente entre un menor de edad y un adulto en quien éste confía (p.2).

En cuanto a la interdicción por causa de demencia es una condición jurídica en la cual una persona no es consciente de sus actos y no se encuentra con la suficiente estabilidad emocional y capacidad para ejercer el goce de sus derechos como tal.

En cuanto a que un padre o madre o ambos proenitores induzcan a sus hijos a la mendicidad constituye un acto cruel puesto que como padres tienen la obligación de cubrir las necesidades de sus hijos y darles una vida digna por lo mismo la Constitución de la República de Ecuador (2008) expresa en su artículo 46 numeral 2 lo siguiente :

Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

Las causales para perder la patria potestad son mas fuertes que las anteriores porque pueden ocasionar daños perjudiciales e irreparables demostrando que aquel padre o madre o ambos progenitores que realicen dichos actos ilicitos estan poniendo en riesgo la vida, la salud, la educación, la integridad fisica y sexual de sus hijos y son un motivo fuerte y contundente para que la autoridad competente como lo es un juez de niños y adolescencia tome la decisión a favor del interes superior del niño y establezca la perdida de la patria potestad a uno o a los dos progenitores de ser el caso.

1.9 ANÁLISIS JURISPRUENCIAL

Para el análisis jurisprudencial se ha tomado en cuenta la sentencia N.º 021-11-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional dentro del Caso N.º 0317-09-EP, el Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Edgar Zarate, se presentó una Acción Extraordinaria de Protección.

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado (Asamblea Constituyente, 2008, art. 94).

Con relación a los antecedentes de hecho se puede señalar lo siguiente:

La señora María Fátima Ruiz Carreño madre de la infante María José plantea la acción extraordinaria de protección para recuperar a su hija María José ya que la jueza de Guayaquil de lo civil de primera instancia favoreció la **tenencia al padre de la menor otorgando un régimen de visitas para la madre**, sin tener en cuenta que el padre de la menor se la llevo con engaños a Guayaquil alejándola de su madre para después plantear una demanda por tenencia, la madre en pleno de sus derechos y al sentir que su hija se encontraba retenida por su padre realizo las diligencias pertinentes sin obtener resultados

favorables en primera instancia y en apelación ya que las autoridades competentes descartaron el recurso de apelación por falta de alegación por parte de la madre de la niña (Sentencia N.º 021-11-SEP-CC).

De acuerdo con las pretensiones concretas se solicita:

La accionante expresamente solicita que se declare "que se han violado las garantías del debido proceso y sus fundamentales, declarando la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia y ordenen la entrega de su hija María José González Ruiz a su favor, la restitución de la tenencia de su hija y ordenen la correspondiente reparación integral de los derechos que como madre tiene sobre su hija María José González Ruiz, sin perjuicio de que el padre provea los alimentos necesarios" (Sentencia N.º 021-11-SEP-CC).

Los problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional son los siguientes:

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, deberá establecer si las resoluciones impugnadas, expedidas por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Guayas y por la Primera Sala de lo Laboral y la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, violaron los derechos a la tutela efectiva, imparcial y expedita y al debido proceso de la accionante, señora María Fátima Ruiz Carreño, en el juicio de tenencia instaurado por el señor José Manuel González Rodríguez (Sentencia N.º 021-11-SEP-CC).

Decisión de la Corte Constitucional a través de la sentencia:

Declarar violados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en contra de la señora María Fátima Cruz Carreño, y el derecho a tener una familia, a favor de la niña María José González Ruiz y, en consecuencia, aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por la accionante, dejando sin efecto legal las siguientes resoluciones: 1. Auto expedido por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayaquil, de fecha 23 de enero del 2008, dictado a las 09h13, en el juicio de tenencia N.º 2785-2007, mediante el cual se entregó la custodia provisional de la niña María José González Ruiz al padre, señor José Manuel González Rodríguez; 2. Resolución del 18 de julio del 2008 a las 1h35, expedida por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Guayaquil, mediante el cual concedió la

tenencia de la niña María José González Ruiz al padre, José Manuel González Rodríguez. Atendiendo el interés superior de la niña María José González Ruiz, se otorga la tenencia a su madre, señora María Fátima Ruiz Carreño, disponiendo la inmediata entrega de la niña a su favor y, en consecuencia, su retorno al núcleo familiar materno, hecho para el cual la jueza de instancia deberá utilizar los mecanismos que le franquea la Constitución y la ley. 2. El régimen de visitas a favor del padre y la pensión alimenticia que debe proporcionar a la niña serán determinados por la jueza de instancia, en concordancia con las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia. 3. Remítase copia de esta sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que investigue la actuación de la funcionaría. 4. Notifíquese, publíquese y cúmplase (Sentencia N.º 021-11-SEP-CC).

En total acuerdo con la sentencia establecida existieron varios derechos perjudicados para la niña que se vieron en juego, porque el padre no podía de forma injustificada arrebatarla del núcleo materno de forma brusca y con engaños, la jueza de lo civil de Guayas vulneró el interés superior del niño y el derecho a la familia incumpliendo con lo que manifiesta nuestra Constitución (2008) en el artículo 44 y 45, además que el padre incumplió con el derecho a los alimentos que es una obligación y un derecho para la niña irrenunciable, imprescriptible, intransferible y que no solo lo manifiesta así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la declaración de los Derechos Humanos de (1948 , art 25), la Constitución del Ecuador del año (2008, art. 13) el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, la madre estaba en todo su derecho de reclamar la recuperación de su hija y de reclamar su tenencia como lo expresa el código de niñez.

La madre en todo su derecho acudió a las autoridades pertinentes ya que surgió por parte del padre una retención indebida la cual está normada en el código de la niñez y adolescencia:

Retención indebida del hijo o la hija. - El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños

ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados requerimiento y la restitución (Código de Niñez y Adolescencia, 2003, art 125).

Dentro de esta sentencia si surge una retención porque el padre se lleva con engaños a la niña menor de cinco años y después de tenerla con ella unos días procede a solicitar la tenencia de su hija, y la jueza procede a otorgarle la tenencia al padre sin tomar en cuenta el distanciamiento brusco para la niña de su madre, con motivos suficientes para seguir insistiendo en la legalización de la tenencia compartida en Ecuador con el fin de regular la situación y las disputas entre padres y madres, para estar con sus hijos de manera igualitaria.

En el contexto de la sentencia existen algunas circunstancias que van en contra de la investigación puesto que, la primera y segunda instancia no verifican que la tenencia de la niña está bajo la madre, sin embargo, como se expone en los antecedentes el padre a través, de engaños se lleva a su hija, situación que contraría a la tenencia compartida porque busca la participación y crianza de los padres más no las limitaciones de los deberes, derechos y obligaciones de los padres con sus hijos.

1.10 ANÁLISIS COMPARADO

Para el análisis del derecho comparado se ha utilizado a los países de Argentina, Brasil Arabia saudí para comprender como la tenencia funciona y valorar la importancia de la misma frente al derecho de la familia y el interés superior del niño.

Argentina:

El artículo 206 del Código Civil (1869) dice:

Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el Juez considere

más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

En Argentina se establece que la tenencia de los niños menores la van a tener siempre sus madres y solo cuando el interés del menor se vea perjudicado no, por lo tanto, el padre solo podrá ver a su hijo mediante el régimen de visitas lo cual hace que el interés superior del menor se siga viendo afectado y el derecho a la familia también.

Brasil:

En el código civil de Brasil del (2002) en el Art. 1.583, numerales 1° y 2 do del Código Civil expresa lo siguiente acerca la tenencia unilateral y la tenencia compartida.

Entiéndase por guardia unilateral la atribuida a uno solo de los progenitores o a alguien que los sustituye y por guarda compartida la responsabilizad conjunta del ejercicio de los derechos y deberes del padre y de la madre que no viven bajo el mismo techo concerniente al poder familiar de los hijos comunes. 1583.2 La guarda unilateral será atribuida al progenitor que releve mejores condiciones para ejercerla.

El 22 de mayo del 2008 la cámara de los Diputados aprobó la custodia compartida modificando así el código civil, la diputada Diogo 2008 manifestó que "la custodia compartida va a permitir el poder de decisión de los padres y no sólo de uno de ellos, como es en la guarda unilateral", dijo la diputada. Y añadió: " permite que el niño no necesite más separarse de los padres porque ellos se separaron.

Arabia Saudí:

Según Bonavides (2008) al divorciarse, las mujeres pueden conservar la custodia de los hijos sólo hasta que éstos cumplen siete años (los niños) y nueve (las niñas). El esposo sólo debe mantener a la esposa divorciada durante tres meses, transcurridos los cuales ésta debe acudir a su familia o a la caridad. Cabe mencionar, sin embargo, que, al casarse, el esposo entrega a su esposa una dote que no puede utilizarse para mantener a la familia. Cuando se divorcia, la mujer conserva ese dinero, que

puede darle cierta seguridad económica si no puede mantenerse por sí misma (p.1).

Arabia Saudí está considerado como uno de los países que vulnera de manera estricta todos los derechos de las mujeres y niñas con sus políticas discriminativas desde el primer momento que nacen, se las considera como seres menores las cuales deben estar en guardia por un hombre que es el papá, el hermano, el tío etc., razón por la cual las mujeres prefieren escapar de su reino aun cuando su vida corra peligro para migrar hacia países donde puedan tomar una educación que les prepare para tener una vida adecuada ya que las políticas educativas afirman lo siguiente en su artículo 153 de la política Educativa del Reino de Arabia Saudita “El objetivo de la educación de una niña es darle la adecuada educación islámica que le permita ser en la vida una buena ama de casa, una esposa ejemplar y una buena madre”.

El único fin que tiene la educación es inculcar a las niñas costumbres para ser buenas esposas, obedientes y sumisas ante su marido y buenas madres de familia, mas no prepararlas para el campo profesional con el fin de doblegarlas ante la necesidad de sumisión de su marido y dependencia de él.

El absolutismo de decisión y poder sobre un progenitor ocasiona que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se vean expuestos a una serie de atropellos que no deben tolerarse ni quedarse en la parte privada, sino que son de carácter público, lastimosamente países como Arabia Saudí no están bajo las normas de algunos tratados internacionales que garanticen y velen por el derecho a la familia, a la igualdad de género, y al ejercicio del interés superior del niño.

CAPÍTULO II

En este capítulo se determinó el alcance del derecho a la familia de las niñas y niños desde un contexto internacional y nacional, así como también desde el análisis jurisprudencial y el análisis de la doctrina.

2. DERECHO DE FAMILIA

Según Santo Tomás de Aquino, la familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad, opinión certera e importante que sostiene nuestra carta magna en su artículo 67 el cual expresa lo siguiente:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 67).

Entonces el Estado es el ente que está en todo su deber de proteger a la institución familiar considera como las más antiguas e importantes de la sociedad por lo mismo de acuerdo con Briseño (2018):

La familia como organización social que es, es la encargada de facilitar el desarrollo de los miembros que la componen, siendo un espacio que favorece la socialización y el apoyo mutuo. Un buen clima familiar, hace que las personas que conviven en él, se sientan seguras y no tengan reparos en expresar sus inquietudes, deseos, temores, sentimientos y emociones, repercutiendo directamente en el aprendizaje y desarrollo, desde una perspectiva positiva y adecuada. El niño/a que crezca en un ambiente de estas características, dará lugar a la construcción de una autoestima lo suficientemente estable y sólida, que lo ayudará a enfrentarse favorablemente a los diferentes retos que el día a día le irá mostrando. El Clima familiar, por tanto, será decisivo en cuanto a las relaciones que los niños/as y adolescentes, despliegan a la hora de interaccionar con el contexto que los rodea y por ende, repercutirá directamente en su forma de ser, puesto que en él aprendemos las formas básicas de comunicación y convivencia (pp. 329-330).

La familia para los niños y niñas es fundamental y juega un papel importante en el desarrollo y crianza de los niños para que tengan un adecuado aprendizaje, fortalezcan su autoestima y logren interactuar de una manera correcta en la sociedad uniendo vínculos afectivos de amor y gratitud, por medio del contacto con su padre y madre para que de esa forma se sientan seguros , protegidos más no solos y pueda disfrutar su vida y experiencias con sus padres y con las demás personas que integran el núcleo de la sociedad.

La Convención Nacional de la Familia (1992), otorga el siguiente significado a la familia definiéndola como: "Un grupo social, unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación biológica o adoptiva y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando son estables. Es por ello que se es miembro de una familia en que se es padre o madre, esposa o esposo, hijo o hija, abuelo o abuela, tío o tía etc."

La familia es un conjunto de personas con las cuales se entabla relaciones afectivas que son importantes para mantener unión y comunicación entre los miembros, los países democráticos entre ellos el Ecuador que en su constitución mantiene lineamientos que reconocen las nuevas realidades para garantizar el derecho a la familia y la igualdad de género expresando.

El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art 70).

Indudablemente la familia es una organización de personas que comparten características similares, costumbres, ideologías y todo gira sobre la misma al ser una de las instituciones más antiguas y tan complejas ya que es la que da origen a múltiples eventos solmenes que regula el Derecho como son el matrimonio, unión de hecho, tenencia, custodia, herencia entre otros más.

El PAPA, Juan Pablo II, en su carta a la familia en 1994 menciona en el párrafo 2 de su carta lo siguiente "la familia continúa siendo, por así decirlo, su horizonte existencial como comunidad

fundamental sobre la que se apoya toda la gama de sus relaciones sociales, desde las más inmediatas y cercanas hasta las más lejanas”.

La organización de los Estados Americanos OEA junto con la iglesia proclaman en 1994 el año de la familia, debido a la importancia del derecho a la familia que deben tener los niños para compartir espacios con sus padres y madres para mantener vínculos afectivos que generen positividad y optimismo en su educación y crianza sin dejar de lado a el padre o la madre razón por la cual cito el numeral 5 del artículo 69 de nuestra carta magna que manifiesta lo siguiente:El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 69 núm. 5).

Sin importar el tipo de familia que sea entre las cuales existen los siguientes tipos de familia:

La Familia monoparental, es aquella que está conformada por una sola persona responsable de sus hijos no emancipados y que es el único sustento económico como psicológico para sus hijos lo cual genera una ardua responsabilidad sobre el hombre o la mujer frente al cuidado de sus hijos. “Es decir, entendemos por familia monoparental aquella que está dirigida por un hombre o mujer con al menos un hijo o una hija dependiente a su cargo” (Sumaza, 2003, p73).

La familia monoparental genera gran responsabilidad en el progenitor que puede ser tanto la madre como el padre, dicha situación se desenlaza por varias razones como, por ejemplo, en padres solteros que deciden sacar a sus hijos por su propia cuenta y su propio solvento y casos de fuerza mayor en los cuales quedan viudos, cualquiera de los casos quien se encuentre frente a la crianza de sus hijos enfrenta una gran responsabilidad y obligación frente a los intereses superior de los mismos.

Por tal motivo es pertinente mencionar la clasificación propuesta por Ussel (1988) que es concisa y organiza las principales circunstancias que dan lugar a la monoparentalidad mencionando cuatro categorías siendo la primera la monoparentalidad vinculada a la natalidad, circunstancia que origina los núcleos monoparentales de las madres solteras. Monoparentalidad vinculada a la relación matrimonial, categoría que acoge situaciones de ruptura voluntaria e involuntaria de la pareja. Monoparentalidad vinculada al ordenamiento jurídico, tipología que acoge la maternidad y paternidad social a través de los procesos de adopción. Y la última vinculada a situaciones sociales y cuya naturaleza se fundamenta en la ausencia de uno de los cónyuges por motivos de trabajo, privación de libertad, enfermedades prolongadas y emigración (p. 219).

Ussel (1988), realiza un análisis muy importante sobre la monoparentabilidad, la cual se puede entender que es un resultado de múltiples causas en la primera menciona que la misma se produce por ser madre soltera es decir asumir el rol de responsabilidad en su totalidad para su hijo sin una figura paterna, el segundo punto el divorcio que origina la separación de padre y madre el tercero que trata sobre la institución jurídica de la adopción y el cuarto que se produce por situaciones de fuerza mayor y varias ocasiones sociales desafortunadas para el niño por ejemplo la privación de libertad de uno de sus padres, quedar viudo o viuda, trabajar en otro país etc.

La familia nuclear básica, al padre se le reconoce como progenitor, soporte económico de la prole y en alguna medida figura de autoridad; a la madre se le asignan las tareas relacionadas con la crianza y socialización de los hijos y se considera que ella es el soporte afectivo y nucleador de la familia (Jiménez, 2014, pp. 11-12).

La familia nuclear básica es pequeña y está conformada por un padre quién se encarga de llevar el sustento al hogar y una madre que es ama de casa y cría a sus hijos, mientras que la familia homoparental es una versión totalmente diferente que apareció en las décadas de 1960 y 1970.

La familia ensamblada es la que dos adultos previamente separados o divorciados se hacen cónyuges, y por lo menos uno de ellos tiene hijo(s) de su compromiso anterior que lleva a vivir al hogar común, pudiendo tener o no nueva descendencia. La integrada por el soltero, viudo o divorciado con hijos que contrae un nuevo matrimonio, el cual establece parentesco con afinidad del nuevo cónyuge con aquéllos (Belluscio, A. C., p. 8).

Este tipo de familia está reorganizada por decirlo así porque surge de dos personas separadas que deciden nuevamente retomar sus relaciones afectivas y forman su familia con los hijos que ya tuvieron en sus relaciones pasadas, por lo cual se suele opcional pensar en tener hijos.

2.1 ANÁLISIS DE SENTENCIA

Para el análisis jurisprudencial se ha tomado en cuenta una sentencia de la República de Colombia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de lo Civil No. STC12085-2018, Aroldo Wilson Quiroz magistrado ponente 18 de septiembre del 2018

Con relación a los antecedentes y hechos relevantes se señala:

La accionante en representación de su hijo menor de edad reclamó la protección de sus derechos al debido proceso y el derecho a tener una familia, solicitando dejar sin efecto alguno la sentencia del 9 de mayo del 2018.

Diana Rivero siguió un juicio de custodia y cuidado personal de su hijo acción que dirigió contra Rubén vega padre del niño , el juzgado de familia al tomar conocimiento de la causa inició con la investigación visitando el hogar de las partes a través de la trabajador social y entrevistado al menor, el 9 de mayo se le concede la tenencia compartida al padre y a la madre, lo cual no fue de agrado para la madre porque manifestó que siente que se le está vulnerando la tutela efectiva ya que su hijo a manifestando que quiere estar con ella y que al aplicar la custodia compartida se le está privando al menor de tener un conocimiento sano (Sentencia STC12085-2018).

Decisión en la presente sentencia: Ambos padres se encuentran en las condiciones óptimas para tener la custodia compartida de su hijo y al realizar la entrevista por la trabajadora social al niño el manifestó que le gustaba estar con su padre y que no corre ningún riesgo psicológico al aplicar la custodia compartida. En tal virtud el a-quo constitucional denegó el amparo a la accionante resaltando que no se ha vulnerado ningún derecho puesto que el niño es quien tiene el derecho a gozar de una familia a pesar de que sus padres se encuentren separados y al no existir (Sentencia STC12085-2018).

Esta sentencia contribuye en su totalidad a la investigación, visto que el interés superior del niño ha sido respetado por las autoridades competentes de Colombia sin poner en duda alguna los principios de corresponsabilidad que tiene el padre y la madre sobre su hijo y el derecho del niño a tener una familia y hacer escuchado, medio por el cual a petición del niño se comprobó su deseo de estar con su padre y madre y tener una familia como tal a pesar de que su madre no estaba de acuerdo, sin fundamento de sus peticiones los jueces optaron a favor del niño.

2.3 EL MATRIMONIO

Es importante mencionar al matrimonio para establecer la importancia que tiene dentro de la sociedad como punto de partida de varios actos jurídicos posteriores y su dimensión en cuanto a la tenencia y patria potestad de los hijos. El matrimonio es la unión voluntaria legal celebrada entre dos personas, con plenitud e igualdad de derechos, que se comprometen a ayudarse mutuamente, por lo mismo viene hacer un acto solemne que tiene varios objetivos como son procrear y auxiliarse. “El matrimonio unitario e indisoluble crea el clima más propio para el equilibrio moral de los individuos, fomenta la paz entre las personas y las familias, asegura la buena educación de los hijos...” (Larrea, 2008, pag.4).

Para Holguín (2008), el matrimonio no puede ser deshecho y constituye una base para la sociedad con el fin de cuidarse y auxiliarse en familia por un bien común, que son los hijos.

Una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana, surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave a la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y en su evolución de los colosales o abrumadores (Cabanellas, 1993, p. 201).

Entendiéndose así por matrimonio como una relación entre dos personas siendo un punto de partida para crear una familia, integrando sus creencias, costumbres para continuar con la especie humana teniendo sus orígenes primitivos y evolucionados constantemente.

Según Rives (2001), el matrimonio tiene tres modalidades civiles, canónica y religiosa católica. De acuerdo con el Código Civil, 1857, art.8 el matrimonio “Según nuestro código civil el matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Entendiéndose por matrimonio a un contrato solemne en presencia de representantes jurídicas que requiere de validez y que por lo mismo debe ajustarse a todos los parámetros legales que el contrato lo requiere, y que se da de manera voluntaria es decir por qué las partes que van a contraer matrimonio así lo desean y es su libre decisión sin estar obligados y bajo su consentimiento con el objetivo de construir un hogar en beneficio de ambas partes.

El derecho canónico hace mención al matrimonio considerándolo como la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole (Canon 1055 Código de Derecho Canónico).

Por lo tanto para casarse un hombre y una mujer en Ecuador lo realizaran bajo un máximo representante del Registro Civil cumpliendo los requisitos por ley como son ser mayor de edad y que su decisión sea libre y voluntaria, encontrándose en sus plenas capacidades y facultades para contraer matrimonio. Por lo que es necesario establecer lo que establece la Carta Magna “El matrimonio es la unión entre dos personas se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 67).

El matrimonio, en cuanto vinculación de la pareja humana, es un hecho común a todas las culturas, pero en cuanto realidad social está sometido a la influencia de aquellos factores que configuran la vida de todos los pueblos. Teóricamente, la unión entre el hombre y la mujer (Flórez, 1995, p. 32).

El matrimonio es un acto normal y común en todas las culturas y en todas las naciones y puede ir cambiando su condición con el pasar del tiempo en base a pensamientos y convicciones de los individuos y darse por efecto en base a la normativa vigente de los diversos Estados que conforman los territorios.

2.4 EL MATRIMONIO EN OTROS PAÍSES

Reino Unido Inglaterra.

Como ya se mencionó el matrimonio es la unión de dos personas que desean compartir su vida junta para auxiliarse mutuamente las condiciones o requisitos para celebrar un matrimonio no son las mismas en todos los países ni continentes por ejemplo en Inglaterra perteneciente a Reino Unido el 18 de noviembre se aprobó la ley de unión civil que permite a las parejas homosexuales gozar de los beneficios del matrimonio sin estar casados en el año 2014 se aprueba en todo Reino Unido el matrimonio entre personas del mismo sexo y a partir del año 2014 empiezan a celebrarse las bodas homosexuales en todo Reino Unido (te interesa, 2019, 27 de marzo).

México:

El 21 de diciembre de 2009 la Asamblea Legislativa (ALDF), aprobó una enmienda al artículo 146 del código civil para el Distrito Federal (denominación de la Ciudad de México en ese entonces), misma que dejó de calificar el sexo de los contrayentes como anteriormente lo hacía ("El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer [...]"). La reforma fue publicada en la Gaceta del Distrito Federal por instrucción del jefe de gobierno capitalino el 29 de diciembre de 2009 y entró en vigor en marzo de 2010. Por vía de consecuencia, a partir de entonces, el matrimonio entre personas del mismo sexo es lícito en el Distrito Federal y puede ser reconocido en el resto de la República Mexicana. El 12 de junio del 2015, la SCJN emitió la jurisprudencia 43/2015 en la que determinó que el matrimonio igualitario es constitucional, por lo que todos los amparos que se interpongan deberán tener una resolución favorable para la pareja (Milenio, 2020, 26 de junio).

Colombia

El matrimonio en el Código Civil de Colombia art. 117 (1974) permite a los menores de edad casarse bajo el consentimiento de sus padres la edad promedio oscila entre los 14 y 17 años, de igual manera el matrimonio puede celebrarse en personas del mismo sexo gracias a la sentencia C-577 de 2011, en la que la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo son familia y están protegidas por la Constitución.

Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente (Código Civil de Colombia art. 172,1974).

2.5 DIVORCIO

Para, Cabanellas (1993), la definición de Divorcio proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental es:

Del latín *divortium*, del verbo *divertre*, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanables (p.1).

En el Código Francés (1804), el divorcio es la separación entre el hombre y la mujer que contrajeron matrimonio y por circunstancias de convivencia entre infinidad de problemas que surgen dentro de la convivencia deciden disolver el vínculo matrimonial acudiendo a la figura de divorcio la cual el Código Civil (1857) ecuatoriano lo define de la siguiente manera:

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge (Código Civil, 1857, art. 106).

Quedando así los cónyuges libres, sin ningún compromiso en pareja, respetando que deben cumplir un año cuando está de por medio una sentencia ejecutoriada y posterior a ese tiempo podrán rehacer nuevamente sus vidas, el divorcio esta hoy en día legislado en todo el mundo, Couto (2012), lo define de la siguiente forma: “El divorcio propiamente tal, es la ruptura del matrimonio, pronunciada por los tribunales; en virtud de él, quedan los esposos desligados de las obligaciones que les imponía el matrimonio y en aptitud de celebrar segundas nupcias” (p.590).

De acuerdo con lo citado se insiste que el divorcio es la ruptura, terminación del contrato matrimonial entre la pareja y que por motivos legales los tribunales son quienes deben pronunciarse al respecto para dar por finiquitado la unión matrimonial. Ripert, et. al. (2012), dan la siguiente definición: “El divorcio es el decaimiento absoluto del vínculo matrimonial (donde la separación de cuerpos es el decaimiento relativo de dicho vínculo). Así lo señala el Artículo 348 del Código Civil, que preceptúa que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio” (p 85), por lo mencionado se entiende que el divorcio no solo disuelve el vínculo matrimonial y da por terminado el contrato, sino también que aleja dos cuerpos de manera radical.

Vicuña (2017), por otro lado, resalta que no se debe confundir con la anulación del matrimonio, que no es más que el declarar que el matrimonio nunca existió, y que no solo se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico de algunos países, sino que, además, se encuentra regulado en el derecho canónico con larga data (p.8).

No se debe confundir anulación del matrimonio con divorcio puesto que la anulación se da cuando el matrimonio no cumple con los requisitos por ley y es declarado nulo sin efectos.

El tratadista Larrea (2010), en su obra Manual Elemental de Derecho Civil, manifiesta dentro de los efectos de la separación: “Los hijos menores de edad quedan al cuidado de aquel de los padres a quien corresponda según las mismas reglas que para el caso de divorcio, salvo la excepción” (p. 240).

2.6 DERECHO DE ALIMENTOS

El derecho alimentos se fundamentó cada vez más debido a la importancia que significa para la vida y el desarrollo de los niños y niñas ya que engloba varios puntos vitales como son educación, salud, alimentos, transporte, vestimenta y recreación por lo mismo varios tratados internacionales lo consolidan por su magnitud y aporte, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual expresa lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 25).

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) se pronuncia al respecto:

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (art. 11).

El Código de la Niñez y Adolescencia 2003 manifiesta lo siguiente en cuanto al derecho de alimentos:

El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas; Educación; Cuidado; Vestuario adecuado; Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; Transporte; Cultura, recreación y deportes; y, Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva (Código de la Niñez y Adolescencia Reformado, 2003).

El derecho de alimentos surge del vínculo familiar, y es imprescindible para el desarrollo progresivo de los niños, siendo una garantía para poder llevar una vida digna contando con educación, vestuario, salud, alimentos, transporte entre otras necesidades más, todos los niños gozan de este derecho que en caso de continuar con sus estudios dura hasta los 24 años y cuando no, hasta los 18, si el niño o niña posee discapacidad deberá constar de un certificado que así lo demuestre emitidos por el Ministerio de Salud Pública, el cual, el derecho a los alimentos por parte del alimentante para su hijo será para toda la vida del niño el pago de pensiones alimenticias se dará de forma mensual, el mismo pago que será fijado de acuerdo a los ingresos del alimentante para el alimentador en este caso el niño, por un juez o jueza competente en materia de familia el mismo que estará registrado en el Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA).

Características del derecho.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos (Código de la Niñez y Adolescencia, año 2003 art.único).

El derecho a alimentos no puede transferirse a otro niño, le corresponde solo a quien lo necesita y del mismo modo no se puede renunciar o rechazar a él, de la misma forma es inembargable porque es un derecho personal y no prescribe, es decir, el derecho seguirá vigente así trascurra el tiempo. La Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias expresa lo siguiente: Toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación (Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias art.4, 1989). Todas las personas gozan del derecho alimentos sin exclusión alguna ya sea diferente nacionalidad, ideologías, etnias, creencias, por lo mismo el Estado Ecuatoriano hace énfasis en la igualdad y goce de los derechos.

Extraído de la página del Ministerio de inclusión económica y social MIES publica lo siguiente:

El MIES trabaja para precautelar el desarrollo de los ciudadanos desde su nacimiento y durante el ciclo de vida, en especial con la población de atención prioritaria. Entre las acciones más destacadas están: Servicios de Desarrollo infantil en sus dos modalidades, una corresponde a los Centros de Desarrollo Infantil (CDI) y la otra modalidad corresponde a la Atención Domiciliaria No Institucionalizada denominada Creciendo con Nuestros Hijos (CNH); estos servicios atienden a niños y niñas de 0 a 36 meses de edad, priorizando a la población infantil en condiciones de pobreza y/o vulnerabilidad y beneficiarios del bono de desarrollo humano. El MIES es la entidad rectora de la Política Pública de Desarrollo Infantil y le compete otorgar la Autorización de los Permisos de Funcionamiento a los Centros Infantiles públicos y privados que atienden a niñas y niños desde los 45 días a 36 meses de edad. Participación y empoderamiento de los jóvenes en distintos espacios, acogida a los adultos mayores en situación de abandono, en convenio con el IESS (Ministerio de Inclusión Económica y Social – MIES, Ciclo de vida y la familia).

Además, brinda protección especial esto quiere decir atiende y está pendiente a personas con discapacidad, otorga, protección de derechos de las familias y las comunidades velando por las personas más vulnerables que en algunos casos se encuentran en estado de abandono o de extrema pobreza.

La Constitución de la República del Ecuador del (2008), establece que “La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior “(Asamblea Nacional Constituyente , 2008, art .214). La defensoría esta para garantizar el cumplimiento y respeto de los derechos de todos sin distinción alguna para ayudar de manera jurídica a las personas que lo requieren, como son el asesoramiento para alimentos, aumento de pensiones alimenticias, paternidad, régimen de visitas y patrocinios en juicios de alimentos, entre otras de manera gratuita.

2.7 DERECHO A VISITAS

El régimen de visitas es la organización de tiempo establecido por un juez o jueza competente para que el niño o niña pueda estar con su padre o madre de acuerdo con 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).

En cuanto a la forma de regular el régimen de visitas se ha establecido en el código de niñez y adolescencia de Ecuador que, para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo. Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta: 1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y, 2. Los informes técnicos que estimen necesarios (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 123).

Para regular el regimen de visitas el cual basicamente viene hacer los días establecidos para que el padre o la madre pueda estar con su hijo acordado por un juez competente en materia se establecerá en base a las condiciones convenientes para el niño o niña en medida del cumplimiento de las obligaciones de los progenitores.

El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 124).

Esto quiere decir que no solo los progenitores podran ver a sus hijos sino tambien familiares cercanos hasta cuarto grado de consanguinidad como son abuelitos paternos y maternos, tíos paternos y maternos. Cabrera (2009), señala que: “La causa principal que da origen el régimen de visitas es la separación de los padres del menor; claro está que a la separación puede ser formal para el caso de parejas que han contraído nupcias, o informal haciendo mención de la Unión de Hecho.

Para que exista un régimen de visitas debe acontecer una separación entre los padres ya que de ese modo no compartirán el mismo hogar, razón por la cual el padre o la madre no estarán con sus hijos y surge la necesidad de establecer fijamente días y tiempos para estar con ellos. Cabrera (2009), manifiesta que régimen de visitas es el: “Cumulo 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).

Por lo mencionado se puede entender que el régimen de visitas estará aplicado para los padres con el fin de que vean a sus hijos y mantengan sus lazos de unión entre ambos.

Ortiz (1996), indica que: “El régimen de visitas provisorio se establece con el carácter de medida cautelar especifica destinada a la no interrupción del contacto paterno filial durante la tramitación del juicio y en consecuencia, su establecimiento está sujeto a menores requisitos que los que conducen a la fijación de aquel denominado definitivo” (p. 169).

El régimen de visitas provisorio surge por la necesidad de compartir tiempo con los hijos mientras tanto se da las diligencias judiciales para que el juez establezca fechas concretas en caso de no existir un acuerdo entre las partes debido al derecho de los niños, niñas y adolescentes a su desarrollo integral dentro de un entorno familiar que brinde afectividad y seguridad como lo establece nuestra carta magna (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 44), de esta manera se puede observar que el derecho a las visitas es un derecho constitucional de los niños por cuanto dentro del citado artículo se establece que se desarrollaran en un entorno familiar.

2.8 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Se analizó la sentencia No.11H4-18-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional, a través, de la acción extraordinaria de protección:

Descripción de los antecedentes:

Las madres de la niña Satya Bicknell-Rothon ciudadanas inglesas que viven en el Ecuador desde 2007, la concibieron a través, de inseminación artificial. Satya nació en Ecuador; sin embargo en el momento de inscribirla el Estado sólo reconocía la maternidad de Nicola Rothon, razón por la cual no podían darle el apellido de las dos madres en el Ecuador, por lo tanto surgió una negación del Registro Civil para inscribir a Satya al sentir las madres tal vulneración acuden a la defensoría , plantean la acción de protección, la misma que fue negada El 29 de marzo de 2016, la Defensoría del Pueblo acudió a la audiencia convocada dentro de una acción extraordinaria de protección, presentada ante la Corte Constitucional sobre el caso de Satya. Esta demanda se presentó en contra de la sentencia emitida el 9 de agosto de 2012 (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

Justificación de la negativa frente la acción de protección y la vulneración de derechos a la niña. El registro civil no vulneró derechos porque no puede legalizar o ir más allá de lo que establece la ley que es inscribir a los niños adoptados o propios de madre y padre o de padres adoptivos porque el matrimonio solo se puede dar en personas de dos sexos diferentes , por lo tanto se justifican en que no existió vulneración de derechos en ese aspecto, pero se hace énfasis en que la fundación CAUSANA manifiesta que las parejas homosexuales tienen el derecho a ser padres mediante reproducción asistida y que dicha filiación debe ser reconocida, por otra parte aseguran también que no se vulneró el interés superior del niño por tanto entra en juego otra ley, el Acta británica de Fertilización y Embriología Humana respecto al tema (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

Los recurrentes la han citado en relación con su artículo 42(1) y (2), que permitiría la doble maternidad, y que en lo principal indicaría que en caso de que a una mujer se le implantase un embrión, esperma y óvulos, o fuese fecundada artificialmente mientras se encuentra en una unión civil, la pareja será tratada como "padre*" del niño, a menos que se establezca que ella no consintió en la inseminación. Sin embargo, cómo podría una Corte ecuatoriana pronunciarse respecto a la situación jurídica de la señora Gicknell con relación a la menor Satya Amani, sin crear un eventual conflicto con la legislación británica (sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

Eduardo Ochoa Chiriboga, en su calidad de ex juez de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, y otros terceros interesados Alegan que cuando una persona, mujer u hombre, tienen un hijo y su pareja la ha abandonado, puede inscribir en el Registro Civil a su hijo, como manda la ley, con los apellidos del progenitor o la progenitora, de acuerdo al artículo 36 de la Ley de Registro Civil (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

En este caso, Nicola Rothon es la madre biológica y tiene el derecho de inscribir a su hija con sus apellidos, pues así lo manda la ley; por tanto, no hay vacío legal, no hay discriminación porque así lo prevé la ley en esa situación; no será la primera ni la última vez que una madre soltera, inscriba a su hija dentro de la República del Ecuador.

Pretensión

Los accionantes expresamente solicitan que se declare la procedencia de la acción extraordinaria de protección, y, en consecuencia, declaren la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la sentencia dictada y ordenar la reparación integral del derecho afectado, conforme lo establece el Art. 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por los antecedentes de hecho, expuestos se puede advertir vulneraciones a derechos humanos de Nicola Susan Rothon y Helen Lotiise Bicknell, por una disposición de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación al negarse inscribirá su hija Satya Amani Bicknell Rothon, dado que ninguna de ellas es hombre y de acuerdo a su criterio la legislación ecuatoriana no contempla casos de doble maternidad. Siendo que esta resolución produce un daño inminente al derecho a la identidad de la niña además de otros derechos conexos, así como los derechos de las madres a su orientación sexual libre y voluntaria por lo cual se interpone ACCIÓN DE PROTECCIÓN, para que en sentencia te disponga al señor Director de Registro Civil, Identificación y Cedulación, proceda a la inscripción de la niña Satya Amani Bicknell Rothon, con apellidos de sus madres Nicola Susan Rothon y Helen Louis Bicknell (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

Problema jurídico

La sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección N.D 0223-2012, vulneró el derecho constitucional al debido proceso en la garantía a la motivación, ¿consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República? (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

La Corte Nacional de Justicia manifiesta lo siguiente:

En tal sentido, la sentencia de primera instancia carece de elementos suficientes para considerarla suficientemente motivada, en los términos previstos en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución, con los expresados por este máximo órgano de justicia constitucional. Ello, debido a que no se verificó que la decisión hizo uso de los principios constitucionales que rigen la acción de protección, ni que existió la debida coherencia con los hechos del caso. Estas incongruencias atentaron directamente contra la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad de la decisión judicial impugnada. Por tal razón, esta Corte Constitucional no estima pertinente dejar la sentencia de primera instancia en firme (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

La actuación de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación ¿vulneró el derecho a la identidad en relación a la obtención de la nacionalidad de niños y niñas consagrados, en su orden en los artículos 45 y 66 numeral 28 de la Constitución de la República? La Corte Constitucional, considera necesario determinar el alcance del derecho a la identidad personal y su importancia en torno a las necesidades de los niños y niñas.

Por lo mismo es importante mencionar que el ordenamiento ecuatoriano consagró varios derechos en base a al conocimiento y el respeto por la pluralidad de realidades, disponiendo para ello principios y derechos que protegen la dignidad de las personas y aún más cuando se trata de grupos vulnerables como son los niños y niñas , ya que el Ecuador reconoce y es suscriptor de la convención de los derechos del niño y declaración de los derechos humanos razón por la cual el interés superior del niño está sobre todas las cosa, por lo mismo la Corte se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia acerca del principio del interés superior y la trascendencia en la normativa legal (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

Señalan que de acuerdo a estudios, el ambiente ideal para que un niño crezca es un hogar conformado por una mamá y un papá, y se ha demostrado que, "los niños que crecen en hogares con solo uno de los padres biológicos viven en condiciones peores que aquellos que viven con padre y madre"; y que esta tesis es apoyada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según se recopila en el informe de la Comisión sobre el Derecho de los niños y niñas a una familia, en el que se establece que "En consecuencia, analizado bajo las obligaciones estatales derivadas de los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana, los niños tienen el derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica" (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

Medidas restituidas: La Corte Nacional de Justicia manifiesta: De igual forma, esta Corte Constitucional, en protección a los derechos del interés superior del niño, igualdad y no discriminación, y reconocimiento a tos diversos tipos de familia, considera necesario disponer al Registro Civil, la inscripción de niños y niñas cuyos padres y/o madres han realizado un proceso de procreación a través de métodos de reproducción humana asistida, sea con material genético homólogo o heterólogo, para lo cual, únicamente se requerirá el certificado del centro médico que haya realizado dicho procedimiento de medidas restituidas (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

Sentencia

Declararla vulneración de los derechos constitucionales a la Inicia judicial efectiva; al debido proceso en la garantía de motivación; a la identidad personal en relación con la obtención de la nacionalidad; a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos: así como también al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada. Como medidas de reparación integral, se dispone a dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia, y que se proceda de manera inmediata a la inscripción de la niña. Derechos vulnerados el derecho a la identidad personal que incluye tener un nombre y apellido, el derecho a la igualdad formal y material y no discriminación, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y el derecho a la familia (Sentencia No.11H4-18-SEP-CC).

En esta sentencia emitida por la corte constitucional de justicia se puede apreciar como en las anteriores sentencias vulneraron los derechos de la niña no solo a estar registrada y tener una identificación y ser portadora de una cédula de identidad sino que la misma tenía una dimensión muy amplia no podía ser considerada una persona con nacionalidad ecuatoriana ni hacer valer sus derechos como tal ,razón por la cual la niña tuvo que sacar nacionalidad extranjera debido a la discriminación por parte de las autoridades ante la unión de su familia ya que tenía dos madres por lo mismo la convención de los derechos del niño en su artículo 2.2 ; siguiendo la misma línea de pensamiento, el artículo 2.2 señala que los Estados tienen la obligación de asegurar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición de sus padres. Y la aceptación de la corte constitucional del ecuador aceptando esta acción extraordinaria de protección y solicitando medidas restaurativas demuestra que el interés superior del niño está sobre todas las cosas, leyes, y demás estereotipos que pueden poner en duda y en juego sus derechos como tal.

2.9 ANÁLISIS INTERNACIONAL

En este punto se analizado la normativa internacional con respecto a los derechos de los miembros del núcleo familiar.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de (1948) señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (art 1)”.

Por lo expuesto se pretende recalcar que tanto los padres como las madres tienen los mismos derechos y obligaciones con sus hijos y con el desempeño de su hogar, la sociedad es quien se ha encargado de manera errónea de colocar al hombre y la mujer en roles distintos por sus características para alejarlos de anhelada igualdad entre género.

Convención Americana sobre los derechos humanos pacto de san José de Costa Rica (1969) establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art 24).

Dentro de la tenencia de los hijos es importante la sujeción de este artículo a pesar de que no se ha cumplido a cabalidad porque los administradores de justicia en la mayoría de los casos han optado por otorgar la tenencia monoparental a la madre, y el padre el régimen de visitas considerándose que solo que en el momento que la madre afecte el interés superior del niño la tenencia podría tenerla el padre.

Por lo que es importante citar lo determinado en el artículo 17 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos pacto de san José de Costa Rica (1969) que establece que la protección a la familia y reconoce:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
- 3.

El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

La familia es la unión de personas que se constituyen por afinidades con el fin de procrear y auxiliarse mutuamente, es una institución importante tanto par tratados internacionales y normativa nacional por los actos jurídicos que se producen posteriores al matrimonio, uno de ellos el tema en análisis en la presente investigación, por lo cual el Estado reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Es primordial analizar además los principios de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), en los que se establece principio 6 y 9:

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

Por lo tanto, uno de los grupos vulnerables es la infancia debido a que se encuentra en el inicio de su desarrollo de personalidad, por lo tanto, necesita de sus padres y de su madre conforme lo ha delimitado el principio del interés superior del niño.

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se

dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Los tratados, convenios e instrumentos internacionales de derechos humanos y la Carta fundamental del Ecuador y el Código de Trabajo no aceptan por ningún motivo que los niños y niñas se dediquen a actividades laborales que pongan en peligro su vida y su estabilidad emocional debido en que sus capacidades físicas y mentales aún no están aptas para laborar, en caso de que esta situación surja los padres perderán o se les suspenderá la patria potestad.

Otro instrumento trascendental es la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que ha establecido:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención (art.5).

Los Estados que han suscrito esta Convención como es el caso del Ecuador deberán respetar los derechos y deberes que ejercen los padres con sus hijos, así como también el respeto y reconocimiento de la familia ampliada en el cual, los padres deben mantener un ambiente de bienestar para sus hijos.

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 7.1).

Los niños desde el momento de su nacimiento deben ser inscritos y gozar de su identidad y de todos los derechos que su nacionalidad establezca, con el fin de proteger y hacer cumplir sus obligaciones de los progenitores que tienen con sus hijos y el respeto de sus derechos de acuerdo con la normativa nacional e internacional.

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 9.1).

Los países que integran la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), están sumados a la responsabilidad de defender a la niñez en cualquier situación que los ponga en peligro dado el caso que sus propios progenitores no cumplan con el deber objetivo de cuidado las autoridades competentes mediante la ley deberán auxiliar aquellos niños que más lo necesiten.

Separación de padres y madres, es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción de este (Convención sobre los derechos del niño 1989 p.12).

El distanciamiento entre padres y madres no debe tener dimensión alguna para interrumpir la participación en la crianza y educación que tiene tanto el padre como la madre, por lo mismo el Estado ecuatoriano menciona el principio de corresponsabilidad y coparentabilidad.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), lo define, como toda actividad económica realizada por niños, niñas y adolescentes, por debajo de la edad mínima general de admisión al empleo especificada en cada país, cualquiera que sea su categoría ocupacional (asalariado, independiente, trabajo familiar no remunerado), y que sea física, mental, social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, e interfiera en su escolarización: privándole de la oportunidad de ir a la escuela; obligándole a abandonar prematuramente las aulas, o exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado (OIT, 2007, p.17).

La OIT junto con la UNICEF, analizan las situaciones más peligrosas en las que se pueden involucrar los niños entre ellas el trabajo infantil el cual consiste en la actividad laboral que realizan los niños interrumpiendo su aprendizaje y ocasionando daños en la parte física mental y moral.

2.10 REGIMEN DE VISITAS

El régimen de visitas provisorio surge por la necesidad de compartir tiempo con los hijos mientras tanto se da las diligencias judiciales para que el juez establezca fechas concretas en caso de no existir un acuerdo entre las partes debido al derecho de los niños, niñas y adolescentes a su desarrollo integral dentro de un entorno familiar que brinde afectividad y seguridad como lo establece nuestra carta magna (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 44), de esta manera se puede observar que el derecho a las visitas es un derecho constitucional de los niños por cuanto dentro del citado artículo se establece que se desarrollaran en un entorno familiar.

Zurita (2016), manifiesta que el régimen de visitas no es otra cosa que un conjunto de deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, para que estos en cumplimiento a una resolución judicial puedan hacer efectiva la necesidad de mantener contacto y de relacionarse afectiva, emocional, intelectual y espiritualmente (p.31)

Acerca el régimen de visitas es también el momento en el cual el padre o madre que no ejerce la tenencia su hijo puede compartir un pequeño tiempo con el niño para realizar algunas actividades acordes con el tiempo.

En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión (Código de Niñez y Adolescencia, 2003, art 122).

El régimen de visitas se ajusta a la característica de obligatoriedad lo cual el juez le proporciona unos días al padre o madre que no tiene la tenencia de su hijo, en el caso de que exista medidas de protección a favor del niño o niña por violencia la autoridad competente como lo son los jueces y juezas no asignará el régimen de visitas.

Para proceder con la Forma de regular el régimen de visitas el código de la niñez y adolescencia manifiesta lo siguiente:

El Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo. Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta si se trata de un progenitor, ¿la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y, Los informes técnicos que estimen necesarios (Código de la niñez y adolescencia 2003 art 123).

DESARROLLO METODOLÓGICO

Se utilizó un enfoque de investigación cualitativo descriptivo, bibliográfico, y hermenéutico, partiendo con el método de investigación participativo, inductivo y analítico que han permitido analizar la jurisprudencia, legislación y la doctrina sobre la Tenencia monoparental y el derecho a la familia en niños y niñas del Ecuador.

2.1 TIPOS DE INVESTIGACIÓN

2.2.1 INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

Dentro del presente trabajo se utilizó la investigación cualitativa que permite obtener información a través de la observación de características, beneficios y experiencias en otros países sobre la aplicación y la legislación de la tenencia compartida y la observación y análisis en documentos jurídicos y casos como son sentencias de los efectos negativos de la tenencia monoparental en Ecuador sin legislar la figura y solo aceptando en casos de acuerdo entre las partes.

La investigación cualitativa, se plantea, por un lado, que observadores competentes y cualificados pueden informar con objetividad, claridad y precisión acerca de sus propias observaciones del mundo social, así como de las experiencias de los demás. Por otro, los investigadores se aproximan a un sujeto real, un individuo real, que está presente en el mundo y que puede, en cierta medida, ofrecernos información sobre sus propias experiencias, opiniones, valores...etc. Por medio de un conjunto de técnicas o métodos como las entrevistas, las historias de vida, el estudio de caso o el análisis documental, el investigador puede fundir sus observaciones con las observaciones aportadas por los otros (Gómez, 1999, p.3).

Se utilizó este tipo de investigación porque es la adecuada para realizar un análisis de la realidad y de la información obtenida en cuerpos legales, sentencias libros, tesis y artículos científicos con el fin de llegar a una adecuada comprensión de lo que se ha deseado investigar y manifestar al respecto sobre la tenencia monoparental y el derecho a la familia de los niños, niñas y adolescentes del Ecuador.

Según concluye el autor Mesías (2010), la investigación cualitativa tiene clara la conveniencia de captar los eventos unidos al significado, con lo que representan para quienes lo viven; sus métodos cualitativos se adecuan más a buscar la comprensión, que la predicción, pretender dar cuenta de la realidad social, comprender su naturaleza. No tiene pretensiones universales de alta generalización, aunque no las excluye y hasta podría afirmarse que es uno de sus fines remotos (p.9).

Está investigación ha permitido realizar el análisis de varios documentos en los que se ha podido describir la situación y avance de cada uno de ellos, por ello se ha considerado a la investigación documental la: “obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos” (Arias, 1999, p.7).

2.2.2 INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La investigación bibliográfica aporta en gran cantidad debido a la verídica e importante información que permite ampliar aún más el contenido sobre la tenencia monoparental y la dimensión que tiene en cuanto al derecho constitucional de la familia frente a los principios de corresponsabilidad y coparentabilidad permitiendo así revisar documentos similares al tema por lo cual la utilización de bibliografías y páginas web fueron de gran ayuda para el progreso de la misma.

Mediante la investigación bibliográfica se ha podido incluir y encontrar soluciones frente a las problemáticas planteadas de la investigación sobre la tenencia monoparental y el derecho a la familia en niños, niñas y adolescentes del Ecuador la cual dentro del marco teórico sirve para explicar y detallar de manera fundamentada la presente investigación.

La investigación bibliográfica es la primera etapa del proceso investigativo que proporciona el conocimiento de las investigaciones ya existentes, de un modo sistemático, a través de una amplia búsqueda de: información, conocimientos y técnicas sobre una cuestión determinada (Rivas, 1994, p.12).

Gracias a la investigación bibliográfica se ha podido llevar a cabo la elaboración del marco teórico parte fundamental de la investigación, sobre

todo la documentación respectiva de antecedentes investigativos, los tipos de diseños bibliográficos que se utilizó fueron análisis de documentos comprendiendo por los mismos a libros, revistas científicas, tesis, investigaciones, manuales, noticias y páginas webs para recopilar información suficiente que sustente la investigación.

2.2.3 INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA

El siguiente método ha facilitado el estudio de los objetos de la investigación acerca la tenencia monoparental en el derecho a la familia, permitiendo describir las cualidades y ventajas de la tenencia compartida y características elementales de la misma para distinguir el fin que persigue en el derecho a la familia y mediante la acumulación de investigación, organizar y sistematizar de manera cronológica para cumplir con los objetivos propuestos de la investigación

Según Morales (2012), el objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. Los investigadores no son meros tabuladores, sino que recogen los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponen y resumen la información de manera cuidadosa y luego analizan minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento (p.2).

Siguiendo la idea de investigación se pretende describir la información obtenida y detallar las relaciones existentes entre las variables, por lo mismo se obtiene datos, información sistematizada que genere aportes investigativos y contribuya con las necesidades de la sociedad mediante la investigación.

Esta investigación ha permitido realizar el análisis de varios documentos en los que se ha podido describir la situación y avance de cada uno de ellos, por ello se ha considerado a la investigación documental la: “obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos” (Arias, 1999, p.7).

2.2.4 INVESTIGACIÓN HERMENÉUTICA

La hermenéutica se emplea para interpretar y explicar el sentido de las cosas para establecer un significado presentándose en toda la investigación.

La hermenéutica como técnica refiere del griego hermeneutiqué que corresponde en latín a interpretâri, o sea el arte de interpretar los textos, especialmente los sagrados, para fijar su verdadero sentido, según se señala en (Diccionario Hispánico Universal, 1961).

La hermenéutica es esencial para la investigación se manifiesta de forma implícita, es decir no se manifiesta de forma directa con el objetivo de interpretar la información obtenida mediante la investigación.

La hermenéutica aparece de manera explícita, pero en forma implícita está presente a lo largo de toda la investigación: en la elección del enfoque y de la metodología, en el tipo de preguntas que se formulan para recoger los datos, en la recolección de los datos y, por último, en el análisis de dichos datos; todos estos pasos implican actividad interpretativa (Miguélez, 2002, p.2).

Según Mesías (2010 p 3) la hermenéutica Como filosofía de la existencia y el entendimiento sostiene que la comprensión se entiende como la forma primordial de estar en el mundo y el diálogo es la forma de llegar a la comprensión del significado y de la intención oculta tras las expresiones. La comprensión no debe ser observada como acción individual de la subjetividad sino dentro de un contexto de constante fusión de pasado y presente en continuo dialogo.

2.3 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

2.3.1. MÉTODO INDUCTIVO

En esta investigación se ha tomado en cuenta la vulneración al derecho de la familia que causa la tenencia monoparental en los niños y niñas del Ecuador de manera básica y particular para después detallar y desglosar la situación problemática de la presente investigación de manera general por lo que este análisis jurídico dio lugar a que se establezca un proyecto para respaldar a la

tenencia compartida en vista de las desventajas que trae la tenencia monoparental y la afectación al derecho a la familia , vulnerando tanto los derechos de los niños al criarse en familia y el de los padres para compartir con sus hijos ha permitido además el método inductivo obtener información importante para poder llegar a concluir que la tenencia monoparental no es la más adecuada para el desarrollo y crianza de los niños que la situación de separación de sus padres los obligó a vivir dentro de dicha modalidad legal vigente al no existir acuerdo entre sus progenitores, en otras palabras más técnicas el método inductivo es: “consiste en formular leyes generales o universales sobre la observación de casos particulares” (Paitán, 2014, p. 138).

2.3.2 MÉTODO ANALÍTICO

Mediante este tipo de investigación se desglosa el problema por medio de la observación y distinción de partes que conforman un todo Según Corominas, el término es tomado del griego análisis, que significa ‘disolución de un conjunto en sus partes’ (2006, p 49). Es entonces definido como desatar, descomponer, desliar, de allí que se entienda como distinción y separación de las partes de un todo para conocer sus principios o elementos (Enciclopedia Salvat, tomo I, 1978, p. 180) consistiendo entonces en la desmembración de un todo y descomposición en sus partes o elementos para conservar las causas naturales y este método se basa en la observación del problema es por ello que dentro de esta investigación se identificó un problema el cual consiste en Cómo afecta la tenencia monoparental al derecho a la familia de las niñas y niños en el Ecuador.

Son analíticas en tanto que son especializadas, y sólo estudian determinados sectores de la realidad natural o social debidamente limitados, sí perder de vista que forman parte de un sistema; en consecuencia, puede efectuar análisis profundos ya que el método analítico consiste en desagregar un todo, un sistema, en sus elementos últimos (Paitán, 2014, p. 66).

CAPÍTULO III

En este capítulo se realizará un análisis de la incidencia de la tenencia monoparental en el derecho a la familia conforme al interés superior del niño y la propuesta de reforma del Código de la Niñez y Adolescencia.

3.1 INCIDENCIA DE LA TENENCIA MONOPARENTAL EN EL DERECHO A LA FAMILIA

La trascendencia que tiene la modalidad unilateral o mono parental en los niños, niñas y adolescentes frente al derecho a la familia es notoria puesto que el matrimonio o la unión de sus padres se ha fragmentado y la incertidumbre de saber cómo será su vida en adelante, ocasiona malestar en todos los miembros de la familia en especial en los hijos por lo mismo varios estudios e investigaciones manifiestan que las desventajas de la tenencia unilateral son las siguientes:

Aislamiento y pérdida del apoyo social de los progenitores. - Permanente estado de discordia (conflicto) en la relación de los padres. - Presencia de un padre emocionalmente angustiado (el custodio). - Pérdida de la relación con uno de los padres (el no custodio). - Nuevas relaciones que establecen los padres (sobre todo el custodio) (Noblecillas, 2014, p.31).

La tenencia mono parental ocasiona que los niños, niñas y adolescentes no se encuentren en comunicación constante ni en contacto por lo cual la madre o el padre que se encuentre con un régimen de visitas y no ejerza la tenencia se encuentre angustiado por la pérdida de relación familiar aún más el hijo que puede sentirse desprotegido afectando también a la madre o padre.

La Dificultad para fijar límites, hecho que puede implicar la diferencia entre la pérdida y la ganancia del amor y aprobación de los hijos. Excesiva indulgencia para lograr la lealtad de los hijos, y compensar la culpa de la separación. - Irregularidad en las visitas, que produce confusión en los hijos. - El clima irreal y cortoplacista de la visita provocan tensión e induce a la falta de equilibrio entre las actividades recreativas. - Frustración por la calidad del tiempo, que conforma visitas insatisfactorias. - Concepciones de culpabilidad de los hijos contra el progenitor no custodio que impiden una comunicación fluida. - Irregularidad o

irresponsabilidad en el cumplimiento económico. - Visitas angustiantes por dificultad paterna. - Ausencia mediadora de la madre, en niños de diferentes edades. Abandono de los hijos, en la creencia que su presencia puede ser más dañina que beneficiosa (Noblecillas, 2014, pp.31 - 33).

Los padres o madres que no poseen la tenencia pueden empezar a sufrir conflictos internos que conlleven a consentir a sus hijos plenamente enfrascándoles en realidades que no son gratas para el desenvolvimiento de los niños en la vida y en su educación, al existir un incumplimiento económico por parte del padre o la madre se le puede dificultar ejercer una adecuada comunicación y visitar a su hijo por disposición del custodio, las visitas cortas no son provechosas para el niño ni para el padre, pues es, un pequeño tiempo que no permite mayor vinculación en la vida del niño.

3.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

De manera progresiva los derechos de los niños, niñas y adolescentes han evolucionado siendo presentes ante toda circunstancia como lo primordial y lo principal para que los magistrados tomen decisiones siempre pensando en el bien de los niños y niñas cobrando mucha fuerza en temas jurídicos y sociales, gracias a la aprobación de la convención de los derechos del niño de 1989 se han podido sentar bases para respaldar los principios de los más indefensos como lo son la niñez, por lo mismo varios tratados internacionales elevan el principio del interés superior del niño para magnificar su importancia y dimensión frente a la vida de los niños.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos (Bruñol, 1998, p.6).

El proceso de reconocimiento de los derechos de los niños ha sido significativo e importante pues como se puede apreciar desde la época romana los niños se vieron afectados y vulnerados frente a la cualidad de menor que se les atribuyó encontrándose a la voluntad de su padre quien poseía todo el poder de crianza y podía decidir qué hacer con la vida de sus hijos y con sus bienes, convirtiéndose en un tema privado las decisiones que tomaban sus padres con sus hijos aun cuando la vida de ellos corriera peligro sin tener conocimiento la parte pública, al surgir los tratados internacionales que velan por los derechos y la igualdad de todas las personas sin importar características, edad, afinidades entre otras se promueve y se concientiza los derechos de los niños, sin embargo, la Convención de los derechos del niño es la que otorga una dimensión aún más significativa y detallada de la misma por enfocarse única y exclusivamente a los niños.

Bruñol (1998), antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad (p.9).

La convención de los derechos de las niñas y niños ha sido fundamental para establecer y resaltar los derechos y principios de los mismos haciéndolos públicos e imprescindibles para la toma de decisiones frente a litigios y debates debido a la importancia que tienen dentro de la sociedad que antes no la tenían por ser considerados personas menores e irrelevantes, hoy en día gracias a los tratados internacionales y a la constitución de la república del año 2008 los niños niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho.

3.3 LA TENENCIA COMPARTIDA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En la búsqueda por respetar y velar por el cumplimiento de principios y derechos de los niños surge la necesidad de implementar modalidades de vida y convivencia para lograr que los niños y niñas tengan una crianza plena y disfruten de compartir tiempo con su familia mediante el principio del interés superior del niño, el cual por excelencia, tendrá que ser primordial en cualquier decisión sobre la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas, alimentos, entre otras instituciones jurídicas en donde los derechos de los niños y adolescente se encuentren en juego. “La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas” (Acosta, 2017, p.29).

El objetivo del interés superior del niño es garantizarle su bienestar sobre una infinidad de discusiones y debates mediante la decisión certera de un juez competente a través de la interpretación y su sana crítica del principio del interés superior del niño y de la valoración de los derechos de estos.

Acosta (2017) es evidente que las diversas modalidades que se incluyen dentro del más amplio concepto de tenencia compartida apuntan a satisfacer el interés superior del niño, al asegurarle una relación estrecha y fluida con sus dos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación conyugal, pues si ambos progenitores han convenido un régimen de tenencia específico, resulta inobjetable que, en principio y salvo casos de perjuicio evidente para los niños, son los padres quienes se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resulte más beneficioso para sus hijos (p 32).

Indudablemente la tenencia compartida permite que ambos progenitores se vinculen con la crianza de sus hijos, estén al tanto de sus actividades y se inmiscuyan más en su día a día, fortaleciendo las uniones familiares que hacen que los niños a pesar de la separación de sus padres sientan que tienen una familia y se sientan protegidos

Acosta (2017), la tenencia compartida surgió como consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al niño como el centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La tenencia compartida busca reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres (p.22).

De acuerdo a lo analizado se ha concluido que la tenencia monoparental no ha sido efectiva para los integrantes de la familia, por la potestad que tiene uno de los padres con respecto de sus hijos en la crianza, educación, alimentación, entre otras obligaciones de los padres con sus hijos, en el cual solo tiene la influencia de un solo padre que ejerza la tenencia, mientras que el otro padre tiene la responsabilidad económica y se limitan ciertas obligaciones y derechos que tiene con sus hijos. Por lo cual, ha dado lugar a un sin número de demandas principalmente por el lado paternal en vista que la sociedad misma ha colocado al hombre como sustento de la familia y las madres como principales cuidadoras de los hijos.

3.4 ANÁLISIS DEL PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Existiendo antecedentes contundentes como son el informe del proyecto de ley y el proyecto como tal enviado en el año 2017 para reformar el Código de la Niñez y Adolescencia por el asambleísta José Serrano para ser calificado por el Consejo de Administración Legislativa y aceptado por las partes se envió con fecha 30 de mayo del 2017, al presidente de la República Rafael Corre Delgado, haciendo énfasis en el artículo 126 perteneciente al capítulo II que trata sobre la tenencia compartida en la cual manifiestan algunos puntos para que la misma se practique meramente solo si existe acuerdo entre las partes con respecto a los numerales se presenta la siguiente propuesta para completar y especificar los parámetros que se deben tener en cuenta para que la tenencia compartida sea factible, llevadera y satisfactoria al niño, niña y adolescente garantizando el derecho a la familia tanto de niños como de los

padres, sin vulnerar el interés superior del niño por lo cual se debe analizar varios puntos para que la tenencia compartida sea factible.

En primer lugar la tenencia compartida debe surgir por voluntad y deseo del padre o la madre que sienta que debe estar más cerca de su hijo y que al mismo tiempo se sienta alejado o privatizado para entrelazar sus lazos afectivos por lo cual estaría el padre o madre en todo su derecho de solicitar la tenencia compartida de su hijo para ser partícipe de sus progresos sin que esté de acuerdo o no la madre o el padre de que se aplique esta modalidad de crianza conjunta tampoco debe surgir por imposición de autoridades sino por mera voluntad, capacidad, conciencia e intención de estar con su hijo y velar por sus derechos.

Por lo cual es necesario considerar la ampliación del numeral 1 del artículo 126 del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código de la Niñez y Adolescencia en relación sobre los periodos de convivencia, sin especificar cuáles vendrían hacer los periodos y si deberán ser iguales para madres y para padres o no, por mismo la corresponsabilidad parental no implica que los padres y madres ejerzan el mismo tiempo en partes iguales sino más bien que su participación en la vida de los niños sea unánime, y que la comunicación y el afecto se encuentren presentes.

Noblecillas (2014), quien manifiesta que es preciso alejarse de interpretaciones simplistas. Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales. Los niños y adolescentes bajo la tenencia compartida podrán compartir tiempo con ambos padres, quienes tendrán los mismo derechos y deberes sobre la toma de decisiones (p. 36).

Por tal razón la tenencia compartida no se basa en la cantidad de tiempo establecido para cada progenitor, sino en la atención, preocupación e importancia del padre y la madre invierta en todos los derechos y obligaciones que garantiza el interés superior del niño.

Para Bermúdez (2008), existen diversas modalidades de la tenencia compartida: - Modalidades de alternancia con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario, en caso de niños de muy corta edad. O tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño. - Alternancia semanal. - Es la aplicada por la doctrina francesa. - Alternancia quincenal. - El niño convive quince días seguidos con cada uno de los padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos padres entre semana. - Alternancia mensual. - El niño convive un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro, fines de semana completos y una a dos tardes entre semana (p. 23).

Por lo mismo el juez deberá analizar si el padre o la madre se encuentra en capacidad y en disponibilidad de tiempo para cuidar a sus hijos en periodos largos o cortos, de igual forma la coparentabilidad es importante dentro de este proceso para poder llevar a cabo la tenencia compartida pues ambos padres deberán trabajar en conjunto evitando mezclar asuntos personales con la tenencia de sus hijos , además los padres y madres son los más idóneos para planificar y aceptar fechas especiales para compartir con sus hijos, las mismas que de manera equitativa podrán ser alternadas, a fechas especiales se hace referencia cumpleaños, días festivos, navidad, año nuevo entre otras.

Una vez que se analizado el artículo 126 numeral 3 del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código de la Niñez y Adolescencia que dice: “en cuanto al lugar de residencia de los hijos en cada periodo y lugar de domicilio para fines legales según lo disponga el juez”. Por lo tanto, se reflexiona que el numeral tercero ibídem de manera textual como se encuentra estipulado en el proyecto de ley reformatoria sobre la residencia de los hijos, es importante considerar la lejanía o cercanía de los padres y recalcar que el niño no puede trasladarse de un lugar a otro porque no puede abandonar sus estudios y cambiar bruscamente de espacio, ni dejar a un lado sus actividades académicas y recreacionales.

En tal razón, uno de los progenitores a quien se le haga más factible y así lo desee puede trasladarse para estar cerca de su hijo, no el niño ser quién se traslade porque en caso de vivir en diferentes provincias no podría realizar y

desempeñar su vida con normalidad, por lo cual se estaría vulnerando el principio de interés superior del niño, si la distancia es coherente el niño o niña podrá trasladarse con normalidad al domicilio del padre o de la madre.

Un ejemplo lo vemos en la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Alicante (Sección 9º) Nº 120/2015, de 1 de marzo de 2015. En este asunto nos encontramos con un caso en el que se le ha dado la custodia compartida al padre, que vive en Santa Pola, mientras que la madre que reside en Las Palmas de Gran Canaria tiene un régimen de visitas. El Fundamento Jurídico 2º dispone claramente que la custodia compartida es inviable, debido a la distancia de los domicilios de ambas partes, optando por una custodia monoparental. Es necesario enfatizar en los problemas que pueden hacer que la tenencia compartida no sea viable por temas de distancia. Así encontramos la SAP de Alicante (Sección 9º) nº 515/2014, de 5 de noviembre de 2014. En este caso ambos padres residen en Elche, con custodia compartida, pero la madre tiene pensado irse a Madrid, donde tiene una nueva relación sentimental. En la sentencia (FJ 3º) se establece que mientras la madre viva en Elche se establezca la custodia compartida, y en caso de que se fuera a Madrid, se cambiaría a un régimen de custodia monoparental a favor del padre, ya que el menor está establecido en Elche. De la misma forma se concluye en la SAP de Alicante (Sección 4º) nº 458/2013, de 12 de diciembre de 2013, donde ambos progenitores viven en Denia, y se establece la guardia y custodia compartida si la madre sigue residiendo en dicha ciudad, y la custodia exclusiva paterna si la madre decide cambiar su residencia a Madrid (SAP de Alicante, Sección 9º, nº 541/2012, de 27 de septiembre de 2012).

En cuanto al régimen de alimentos es indispensable tomar dos puntos a consideración que ambos padres al compartir la tenencia de su hijo o hijos pueden trabajar pues ya no ejercen el cuidado monoparental sobre sus hijos por lo cual, tienen disponibilidad de tiempo para trabajar, el segundo punto para establecer la pensión alimenticia se deberá tener en cuenta los ingresos del padre y los ingresos de la madre lo cual el porcentaje podría o no ser igual dependiendo de los ingresos percibidos y del trabajo que desempeñan existiendo una balanza proporcional entre los progenitores y sin descuidar el pago puntual del mismo.

La propuesta presentada por la Asamblea, no ha tomado en consideración la factibilidad de la tenencia compartida ni el propósito de la misma la cual se enmarca en los principios de coparentabilidad y corresponsabilidad de los padres los cuales en equidad deben participar en la crianza de sus hijos y en la toma de decisiones para la vida de los mismos, estar al tanto de sus actividades y sugerir ideas al respecto muchas veces los padres se han visto invisibilizados en las vidas de sus hijos en pequeñas y grandes cosas sin saber a dónde viajan y se movilizan cuáles son sus gustos y sus aficiones, sin poder escoger la escuela o el colegio de sus hijos o sin saber y participar de su cronograma de actividades académicas y deportivas, la tenencia compartida va más allá de estar un tiempo igualitario con sus hijos como el de la madre sino de hacer que ese pequeño o largo tiempo valga la pena y se vuelva enriquecedor para el niño haciéndolo sentir en familia con protección y amor de padre y madre por lo mismo esta reforma al proyecto presentado busca enfatizar en el interés superior del niño sobre todas las cosas siendo un tema fundamental para la sociedad y para los más vulnerables que es la infancia y niñez del Ecuador.

3.5 VIABILIDAD DEL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El proyecto de Ley Orgánica Reformatorio para el Código de la Niñez y Adolescencia no ha tenido avance ni promulgación en el registro oficial a pesar de existir antecedentes y por el objetivo que contempla el proyecto es necesario que la Asamblea constituyente cumpla con los pasos a seguir como lo estipula la constitución de la república del Ecuador del año 2008 en su artículo 137 lo cual no sucedió con el primer proyecto ya que su estado quedó en primer debate dejando a los jueces y juezas competentes con vacíos para establecer la norma ante las peticiones de los progenitores, haciendo énfasis también de que el proyecto posee vacíos que no atienden el interés superior del niño y tampoco analiza como puede ser aplicable la tenencia compartida frente a varias situaciones problemáticas un ejemplo es la distancia entre los progenitores y con la propuesta planteada en este trabajo de investigación se

pretende completar los artículos del proyecto emitido al presidente de la Asamblea en ese entonces José Serrano.

Debido a la magnitud e importancia que implica la tenencia compartida en la vida de los niños, niñas y adolescentes y de la responsabilidad que genera la misma en el Ecuador es necesario analizar la factibilidad de la tenencia compartida por lo mismo Acosta (2017) manifiesta ciertos parámetros que el juez debe tener en cuenta al momento de asignar la tenencia compartida, los mismos que siguiendo la misma línea deben ser complemento de la propuesta para la aplicación correcta de la tenencia, los puntos son los siguientes:

(...) a) La edad del niño o adolescente y su voluntad para que se determine la tenencia compartida b) El lugar de residencia de los padres y sus actividades diarias. c) La preferencia del niño, su sexo, edad y la salud mental y física. d) La habilidad de las partes para satisfacer debidamente las necesidades afectivas, morales y económicas del niño. e) El grado de ajuste del niño al hogar, a la escuela y a la comunidad en que vive. f) Si la profesión, ocupación u oficio de los padres impedirá que funcione el acuerdo. g) Si el ingreso económico de ambos permite cualquier costo adicional que engendre la custodia compartida. h) Si la ubicación y distancia entre ambos hogares afecta la educación de los niños (Acosta, 2017, p.26).

De acuerdo con el detalle que hace Acosta es importante que los juzgadores analicen los siguientes requisitos para que se aplique la tenencia compartida, por lo cual se debería considerar la edad del niño o adolescente, lugar residencia, la adaptación del niño al hogar y la educación y si la ubicación y distancia afecta a los niños a su educación.

CONCLUSIONES

La tenencia es muy antigua y se figura como institución jurídica que es precisamente gozar de la compañía y convivencia de los padres con sus hijos dentro del proceso de crecimiento y educación, haciendo valer sus derechos y cumpliendo las obligaciones de padres, el derecho está en constante evolución, por lo cual, ha creado mediante las necesidades de los niños, niñas y adolescentes modalidades o tipos de tenencia las cuales son la tenencia mono parental o unilateral y la tenencia compartida.

La tenencia monoparental o unilateral otorga poder e influencia al padre o madre que goce la tenencia sobre sus hijos limitado al que no lo tiene de responsabilidades en torno a la crianza, educación, recreación de sus hijos, la tenencia monoparental no facilita el goce de los niños en cuanto a su derecho a la familia que se encuentra establecido en nuestra carta magna y en el cual el Estado ecuatoriano al estar suscrito en varios tratados como son la Convención de los Derechos del Niño (1989) tiene la obligación de cumplir y hacer valer los mismos y la tenencia monoparental ataca el interés superior del niño y sus desventajas son amplias y meramente negativas frente a la relación posterior que los niños enfrentan con sus padres cuando se encuentran separados.

El síndrome de alienación parental conocido como síndrome de alienación parental se hace presente en la tenencia monoparental con el fin de conseguir una sola afinidad ya sea para la madre o para el padre creado disputas en la relación familiar del niño frente a sus progenitores, aquellos padres o madres que sientan que el derecho a estar y compartir con sus hijos se está negando por medio de una retención indebida están en todo su derecho de iniciar su recuperación.

La tenencia compartida en Ecuador solo surgirá si existe un acuerdo entre las partes caso contrario no podrá efectuarse según lo establece el código de la niñez y adolescencia, mientras que en el proyecto de ley existen algunas reglas para obtenerla esta tenencia surge como necesidad por parte de los

niños y progenitores para establecer lazos afectivos, en especial con los padres que se han visto desplazados por creencias ambiguas que los coloca en situaciones de discriminación que no deben ser toleradas por la ley por ser género masculino femenino en especial cuando Ecuador es un país constitucional y garantista de derechos que promueve la igualdad sobre todas las cosas.

La tenencia compartida contempla y respeta varios derechos y principios constitucionales para los niños y para los progenitores, garantizando el derecho a la igualdad que tiene tanto el padre como la madre de familia sobre la toma de decisiones de sus hijos, a la familia a los alimentos y el cumplimiento esencial y exitoso de principios nombrados de igual forma en nuestra carta magna como son el principio del interés superior del niño mediante la corresponsabilidad y coparentalidad por parte de sus progenitores.

La tenencia compartida no significa el mismo tiempo por igual sino el mismo compromiso por parte de los progenitores de educar, criar, enseñar, cuidar a sus hijos de manera responsable y participativa con sus hijos con el fin de que ambos padres se encuentren vinculados en la vida cotidiana de los niños y o se desplace a ninguno de los progenitores por su género.

El Estado ecuatoriano debe satisfacer los derechos de los niños y niñas en su máximo esplendor puesto que el interés superior del niño así lo exige, razón por lo cual se concluye que la necesidad de legislar la figura de la tenencia compartida en el código de la niñez y adolescencia es importante porque así se podrá establecer reglas para lograr la viabilidad de la tenencia compartida en Ecuador mas no dejar a voluntad de las partes porque no siempre una de las partes separadas estarán de acuerdo en establecer una tenencia compartida .

El Estado ecuatoriano protege a los tipos de familia existentes en el país y vela por el cumplimiento de sus derechos en especial por el de los niños, niñas y adolescentes. La familia es una institución jurídica importante que compone el

núcleo de la sociedad en la cual se desenlaza varios actos jurídicos y derechos.

La familia ha ido cambiando con el pasar de los años y existen varios tipos como son familia tradicional compuesta por padre, madre e hijos, familia ensamblada compuesta por padres divorciados y sus hijos, familia mono parental aquella que está dirigida por una sola persona padre o madre e hijos y familia homosexual compuesta por dos personas del mismo sexo.

La patria potestad es un derecho que tienen los padres aun cuando no tengan la tenencia de sus hijos, se puede suspender y de la misma forma perder.

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

Se ha concluido en el proyecto de investigación que la tenencia compartida no pretende alejar ni desplazar a ningún progenitor por su género o condición económica sino todo lo contrario involucrar en el crecimiento y educación de sus hijos de manera igualitaria, por lo mismo la necesidad de que el Ecuador instaure la tenencia compartida en el código de la niñez y adolescencia para establecer los parámetros y medidas que se deben tener en cuenta para que la tenencia compartida sea viable.

RECOMENDACIONES

Por el análisis realizado en el proyecto de investigación es necesario que el Ecuador legalice la figura de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia con el fin de dar prioridad al derecho a la familia que tienen los niños y los progenitores sobre sus hijos, para establecer los requisitos que la misma lo requiere con el fin de garantizar factibilidad en su aplicación y un excelente cumplimiento de los derechos de los niños al tener y disfrutar de una familia.

Es necesario poner en conocimiento a los ciudadanos padres y madres de familia que la tenencia compartida es beneficiosa para los niños y para los padres y madres que no la tienen puesto que de ese modo podrán ser partícipes de la crianza y educación de los hijos y seguir fomentando los lazos de familiaridad, paternidad y maternidad con los mismos.

Es pertinente aclarar que la tenencia es un atributo y facultad que otorga la patria potestad, que es el conjunto de derechos y obligaciones de los padres en beneficio de los hijos.

Mediante sentencias nacionales e internacionales analizadas en el presente trabajo de titulación es necesario que los padres y madres tomen conciencia de las desventajas que trae la tenencia monoparental en la cual un solo progenitor tiene la responsabilidad de sacar adelante a su hijo que muchas veces se puede ver afectado por la invisibilidad de una figura paterna o materna según sea el caso.

Los padres y madres de familia no deben inducir al síndrome de alienación parental (SAP) a sus hijos por consecuencias de la ruptura matrimonial en su hogar sino todo lo contrario fomentar el respeto a todos los integrantes de la familia ya que los niños en este caso serían los más afectados psicológicamente.

En base al estudio e investigación bibliográfica acerca la tenencia compartida es necesario poner en conocimiento y recalcar las ventajas que posee la tenencia compartida en los niños como son estar en contacto con sus padres y madres mediante el cumplimiento de principios constitucionales como lo son el derecho a la familia y el principio de corresponsabilidad y copa rentabilidad.

En base al estudio e investigación bibliográfica como documental es necesario aclarar que la tenencia compartida no pretende despojar a un padre o madre de familia de sus derechos y obligaciones sino todo lo contrario vincularlos de manera responsable en las obligaciones que tener y mantener una familia emanan en el Estado Ecuatoriano.

El estudio y revisión del proyecto de ley de reforma orgánica al Código de la niñez y adolescencia enviado en el año 2017 necesita ser complementado y fundamentado para analizar la viabilidad de la tenencia compartida en Ecuador frente algunos casos en las cuales el interés superior del niño se vea expuesto por lo mismo debe estar legalizada la figura como tal para que dicho proyecto tenga realce significativo en la sociedad en especial en la infancia ecuatoriana.

Es necesario que la tenencia compartida surja como voluntad de aquellos progenitores que deseen tener la tenencia compartida de sus hijos mas no por imposición judicial sino por voluntad.

Es necesario que se modifique el acuerdo entre las partes para la tenencia compartida ya que después de una ruptura entre padre y madre no en todos los casos el resultado sería favorable y ponerse de acuerdo sería un problema que imposibilitaría la viabilidad y factibilidad de la tenencia compartida que no está siendo analizada en el proyecto de ley de reforma orgánica enviada al presidente de la Asamblea en el año 2017 José Serrano por lo cual se recomienda a la Asamblea nacional constituyente tomar cartas en el asunto que protejan a la familia como núcleo de la sociedad que es .

En base al estudio de derecho comparado que se ha realizado con otros países como son argentina y Brasil se recomienda a la Asamblea Nacional constituyente del Ecuador dar paso a una complementación de su proyecto de

ley reformatorio e instaurar la tenencia compartidas en Ecuador en el código de la niñez y adolescencia

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta, C. (2017). La aplicación del principio de interés superior del niño, al fijarse la tenencia compartida en periodos cortos.

Acuña, M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 55-77.

Albán, F. (2010). *Derecho de la Niñez y Adolescencia (3ª Ed.)*. Ecuador: Gemagrafic.

Álvarez, F. (2000). Análisis del matrimonio en el derecho internacional privado y la legislación ecuatoriana (Bachelor's thesis). Retrieved from <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/11956>

Arias, G. (1999). *El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica*. 6ta. Fidas G. Arias Odón.

Ballesté, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108.

Barcia, R. (2018). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo [primera parte]. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 51(153), 457-480.

Bellucio, A. (2004). *Manual de Derecho de Familia, tomo II*. Astrea, Buenos Aires, 377.

Bermúdez, M. (2008). *La Tenencia Compartida, como Garantía de Tutela Proporcional De Derechos para los Miembros De Una Familia Disuelta*". Lima.

Bonavides, E. (2008). Ser mujer en Arabia Saudita: notas sobre el Derecho Islámico. *Acta poética*, 29(2), 489-497.

Briceño, M. (2011). Papel de la familia en la educación de la afectividad. *Revista de Psicología*, 1, 49-72.

Bruñol, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño número*, 125.

Cabrera, J. (2009). *Visitas; Legislación, Doctrina y Practica*. Ecuador.

Cari Rojas, L. (2014). En los procesos de divorcio absoluto la causal de mutuo acuerdo dentro la acción de separación señalado en el artículo 152 numeral

cuatro, y 399 del código de familia boliviano deben restituirse y establecerse como causal de divorcio en el artículo 130 numeral seis (Doctoral dissertation).

Código de la Niñez y Adolescencia 2003.

Colombia Diversa. (2020). Matrimonio igualitario en Colombia. Recuperado de <https://colombiadiversa.org/casos/matrimonio-igualitario-colombia/>

Constitución de la República del Ecuador del 2008.

Correa, J. (2016). Tesis. Recuperado de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/12929>

COUTO, R. (2012). Derecho civil personas. Editorial Jurídica Universitaria S.A., México, pp. 590

Declaración Universal de los Derechos humanos 1948.

Del Matrimonio, C. C. (2003). Un derecho canónico matrimonial coherente. Estudios eclesiásticos, 627, 658.

Delgado, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? Espirales Revista Multidisciplinaria de investigación, 2(19), 30-39. Estudios y Publicaciones.

Farina, F., & Vázquez, M. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. Anuario de Psicología Jurídica, 27(1), 107-113.

Flórez, G. (1995). Matrimonio y familia. Biblioteca de Autores Cristianos.

Fuentealba, A. (2011). Paternidad y crianza: representaciones significativas en progenitores post separación/divorcio, desde la construcción de sus masculinidades.

Fundación Padres por Siempre. (2020). Recuperado de https://www.padresporsiempre.com/quienes_somos.html

García, J. (2019). Los efectos jurídicos de la tenencia compartida en la unidad judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia en el cantón Guaranda durante el año 2018 (Bachelor's thesis, Universidad Estatal de Bolívar. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Carrera de Derecho).

Hernández, M. (2015). ¿Qué es la «monoparentalidad»? Una revisión crítica de su conceptualización en materia de política social/What is «lone parenthood»? A critical review of its conceptualization in the context of social policy. Cuadernos de Trabajo Social, 28(2), 211 (iglesias ussel).

Holguín, J. L. (1985). Derecho Civil del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN). (2020). Recuperado de <http://www.iin.oea.org/>

Iglesias, Julio. (1995). Las familias monoparentales en España», Simposium Internacional, 1995, Las Palmas.

Jiménez, A., & Gómez, V. (2014). Corresponsabilidad familiar, prácticas organizacionales, equilibrio trabajo-familia y bienestar subjetivo en Chile. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 14, núm. 27, julio-diciembre, 2014.

Lekue, A. (2005). La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, (16), 52-57.

Llanos, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, (32), 191-197.

Loizaga, F. (2011). Parentalidad positiva y apego. Las bases de la construcción de la persona. *Revista de Educación Social*, 49.

López, V. (2016). Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de lima: principio de interés superior del niño.

Martínez, J. (2019). Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. *Comentario a la STS de España*, núm. 182/2018, de 4 de abril.

Mesías, O. (2010). La investigación cualitativa. Universidad Central de Venezuela.

Milenio. (2020). ¿Qué estados de México permites el matrimonio igualitario? Recuperado de <https://www.milenio.com/estados/que-estados-de-mexico-permiten-el-matrimonio-igualitario>

Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2020). Inclusión al Ciclo de Vida y la Familia. Recuperado de <https://www.inclusion.gob.ec/inclusion-al-ciclo-de-vida-y-la-familia/>

Morales, F. (2012). Conozca 3 tipos de investigación: Descriptiva, Exploratoria y Explicativa. Recuperado el, 11.

Moyano, H. (2020). La Alienación Parental Como Forma De Violencia Y Maltrato Contra El Progenitor No Custodio En El Caso Colombiano.

Noblecilla, S. (2014). Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño.

OIT (2006). La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance. Ginebra: OIT

- Ortiz, A. (1996). Derecho de Familia. Argentina: Astrea
- Pablo II, J., & Las Familias, A. (1994). Gratisimam Sane. Recuperado de http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/letters/1994/documents/hf_jp-ii_let_02021994_families.html
- Paitán, H. (2014). Et. al. Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis. Ediciones de la U.
- Política Educativa del Reino de Arabia Saudita, en "Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño.
- Pomares. (2020). La distancia entre domicilios: ¿Dónde está el límite para una custodia compartida? Recuperado <https://pomaresabogados.com/la-distancia-entre-domicilios-donde-esta-el-limite-para-una-custodia-compartida>
- Ramos, H. (2014). Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres (Bachelor's thesis, Quito: UCE).
- Rivas, E. (1994). La investigación bibliográfica y los textos académicos. Metodología de la investigación bibliográfica.
- Rives, J. (2001). Rives Seva AP Evolución Histórica del sistema matrimonial español. Noticias Jurídicas, (12), 12-17.
- Rodríguez, Á. (1991). El poder familiar: la patria potestad en el Antiguo Régimen.
- Rodríguez, T. (2008). Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable, 2/4.
- Saldívar, A. (2009). El síndrome de alienación parental y sus implicancias en el binomio tenencia-régimen de visitas. Derecho y Cambio Social, 6(19), 16.
- Saldívar, A. (2009). El síndrome de alienación parental y sus implicancias en el binomio tenencia-régimen de visitas. Derecho y Cambio Social, 6(19), 16.
- Sánchez, Á. (1990). El poder familiar: la patria potestad en el Antiguo Régimen. Chronica Nova, 18, 365-380.
- Sánchez, C. (1999). Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión. Actualidad Civil, nº. 12, Marzo.
- Seijas, J. A. (1997). Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional

como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Con-venios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas. Actualidad Civil, nº 29, Julio

Sánchez, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. Revista la Revue du REDIF, 2(1), 15-22.

Sentencia N.º 021-11-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional dentro del Caso N.º 0317-09-EP.

Sentencia de la República de Colombia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de lo Civil No. STC12085-2018.

Sentencia de la República de Colombia de la Corte Suprema de Justicia C-577 de 2011.

Sentencia No.11H4-18-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional.

Sumaza, C. & Rodríguez, T. L. (2003). Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales. Papers: revista de sociología, 59-82.

Teinteresa. (2020). El matrimonio homosexual ya es legal en Inglaterra y Gales. Recuperado de http://www.teinteresa.es/mundo/matrimonio-homosexual-legal-Inglaterra-Gales_0_1110488972.html

Torres, A. (2012). Diccionario De Jurisprudencia Civil, Editorial Editora Jurídica Grijel E.I.R.L., Segunda Edición, Lima-Perú

Unicef. (1994). Conozca el UNICEF.

Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño.

Vicuña, E. (2017). El divorcio vincular y sus implicancias en la tenencia compartida de hijos menores de edad en la normatividad vigente.

Villalta, C. (2010). La conformación de una matriz interpretativa La definición jurídica del abandono y la pérdida de la patria potestad. En Las Infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones (1880-1960). Rosario (Argentina): Prohistoria.

Zurita, J. (2016). El régimen de visitas y el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos (Bachelor's thesis)

