



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**Desigualdad de derechos entre las madres y los padres sobre la tenencia de  
sus hijos menores de edad**

**AUTORA:**

**VELA JUEZ, OLINDA STEFANY**

**Componente práctico del examen complejo previo a la obtención del título  
de ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL  
ECUADOR**

**TUTORA**

**Dra. Maritza Reynoso Gaute.**

**Guayaquil, Ecuador**

**05 de mayo del 2021**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

## **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente **componente práctico del examen complejo**, fue realizado en su totalidad por **VELA JUEZ, OLINDA STEFANY**, como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

**REVISORA**

f. \_\_\_\_\_

**Dra. Nuria Pérez Puig-Mir Phd.**

**DIRECTOR DE LA CARRERA**

f. \_\_\_\_\_

**Abg. María Isabel Lynch**

**05 de mayo del 2021**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **VELA JUEZ, OLINDA STEFANY**

**DECLARO QUE:**

El componente práctico del examen complejo, **Desigualdad de Derechos Entre las Madres y los Padres Sobre la Tenencia de sus Hijos Menores de edad** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

**Guayaquil, a los 05 del mes de mayo del año 2021**

**AUTORA**

f. \_\_\_\_\_

**VELA JUEZ, OLINDA STEFANY**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

## **AUTORIZACIÓN**

Yo, **VELA JUEZ OLINDA STEFANY**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución el **componente práctico del examen complejo, Desigualdad de derechos entre las madres y los padres sobre la tenencia de sus hijos menores de edad**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 05 del mes de mayo del año 2021**

**LA AUTORA:**

f. \_\_\_\_\_

**VELA JUEZ, OLINDA STEFANY**

## INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a sidebar shows document details: 'Documento' (examen complejo OLINDA VELA JUEZ URK. CORREGIDO.docx), 'Presentado' (2021-05-05 17:31), 'Presentado por' (olinda.vela@cu.ucsg.edu.ec), 'Recibido' (maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (examen complejo. OLINDA VELA JUEZ). A yellow highlight indicates that 2% of the 24 pages consist of text from 7 sources. The main area is titled 'Lista de fuentes' and contains a table of sources.

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	<a href="http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7507/1/TUAEXCOMAB003-2018.pdf">http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7507/1/TUAEXCOMAB003-2018.pdf</a>
	EXAMEN COMPLEXIVO - GABRIELA NAZARENO (1).docx
	Trabajo de Titulación CAROLINA PESANTEZ.docx
	<a href="http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/3657/1/TM-ULVR-0176.pdf">http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/3657/1/TM-ULVR-0176.pdf</a>
	Tesis finalizada Katherin Lata Capitulo extras corregido.docx

At the bottom, a toolbar includes icons for a bar chart, zoom, quote, and a hand, along with navigation arrows and buttons for '0 Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

**Dra. Maritza G. Reynoso Gaute**

**TUTORA**

**Olinda Stefany Vela Juez**

**ESTUDIANTE**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIA SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**DR. JOSE MIGUEL GARCIA BAQUERIZO Mgs.**

DECANO

f. \_\_\_\_\_

**DRA. MARITZA REYNOSO DE WRIGHT Mgs.**

COORDINADOR DEL ÁREA Y DOCENTE DE LA CARRERA

f. \_\_\_\_\_

OPONENTE

## **DEDICATORIA:**

Ésta meta culminada se la dedico a mi entrañable y adorado hermano, Abg. Juan Carlos Vela Juez, porque no hay ni un solo momento de mi existir que no te recuerde y, anhele estar de nuevo a tu lado.

Siempre serás mi eterno compañero, al que tanto amé y jamás olvidaré.

Hermano mayor, te prometo terminar lo que tú empezaste, sé que jamás estaré a tu altura, pero daré mi mayor esfuerzo, ahora mi reto es ser lo que tu tanto quisiste ser.

A tu nombre, hermano mío, contigo comparto memorias de mi infancia y mis sueños de adulto.

Abuela Olinda Sol Nieves, éste pequeño logro también es para ti, porque sé que me acompañas en cada paso que doy, por el camino de la vida estoy bajo tu protección, gracias por siempre alentarme a luchar por mis sueños.

## **AGRADECIMIENTOS:**

En primer lugar, mi eterno agradecimiento a mis maravillosos padres, Modesto y Gina, por su arduo y constante esfuerzo para que tenga un mejor y dichoso futuro, debo agradecerles también por mi forma de pensar y sentir, por mi espíritu libre y luchador, por mi corazón amoroso noble y leal, y; mis pensamientos e ideas de hacer el mundo un lugar mejor, son el reflejo de todo lo que me inculcaron desde niña.

A mis queridos hermanos, Flavia Aminta, Modesto Napoleón, Hannibal Joseph, Pamela Vanessa, Pablo Hannibal, Gina Adela, Juan Carlos, Modesto Hannibal, y Nelson Daniel, porque nuestro magnífico vínculo de hermandad nos hace UNO, un UNO tan sólido que somos la fuerza y la razón del otro.

A mis bellos y perfectos sobrinos, Aminta Nicole, Carlos Magno, Samantha Krys, Petronio Zahid, Jesús Napoleón, Miguel Sebastián, Juan Carlos Jr., Pablo Nicolás, Pablo Emilio, Nelson Daniel Jr., Mia Daniela, Hannibal Joseph, y Nelson Joaquín, por impulsarme a ser cada día mejor, para darles el mejor ejemplo que puedan tener.

Debo enaltecerte a ti, mi querida sobrina Aminta Nicole, sin ti quizás todo hubiera sido más amargo y tan difícil, siempre serás el orgullo de los tuyos y una gran inspiración para todo aquel que tiene la fortuna de cruzarse en tu camino.

A mi mejor amiga, Sara María, a quien la considero y quiero como una hermana, ella es mi hermana, gracias por ser mi constante apoyo y mi ancla, ojalá la vida me permita recompensarte todo lo bueno que haces por mí, recuerda siempre que eres mi luz en medio de la oscuridad.

A mi preciosa cuñada, Krys Mariela, por su apoyo y cariño incondicional, gracias por compartir tu noble corazón conmigo.

Y recuerden siempre que el Amor, el verdadero AMOR hacia la familia es **INQUEBRANTABLE.**

También debo agradecer al Dr. Carlos Salmon Alvear, gracias por compartir conmigo sus ideas y conocimientos, gracias por la paciencia. Sus consejos y palabras los llevaré siempre en mis pensamientos.

Y, sobre todo le debo agradecer al Creador, por haberme brindado la oportunidad de cumplir mis sueños y alcanzar mis metas.





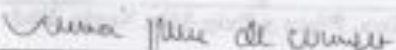
UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: **Jurisprudencia**  
Carrera: **Derecho**  
Período: **UTE B-2020**  
Fecha: **MAYO 7 2021**

Facultad: **Jurisprudencia**  
Carrera: **Derecho**  
Período: **UTE B-2020**  
Fecha: **MAYO 7 2021**

#### ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **LA DESIGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LAS MADRES Y LOS PADRES SOBRE LA TENENCIA DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD** elaborado por el estudiante **VELA JUEZ OLINDA STEFANY**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **(10) (DIEZ)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

  
Dra. Pérez y Puig-Mir, Nuria, Phd.

## Contenido

RESUMEN .....	XI
ABSTRACT .....	XII
PRIMER CAPITULO .....	6
1. FUNDAMENTACION TEORICA CONCEPTUAL .....	6
1.1. Generalidades y definiciones sobre La Tenencia.....	6
1.2. Sobre La Patria Potestad y la Tenencia.....	9
1.3. Principio Constitucional a la Igualdad.....	10
1.4. Igualdad de Género.....	14
1.5 Principio de Interés Superior del Niño .....	15
1.6 Corresponsabilidad de los Padres .....	17
1.7 La Tenencia Compartida .....	19
SEGUNDO CAPITULO.....	21
2 NORMAS JURIDICAS QUE PRODUCEN LA DESIGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LAS MADRES Y LOS PADRES EN LA SITUACION LEGAL DE LA TENENCIA DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD. ....	21
<b>2.1 Análisis de las normas jurídicas que promulgan la desigualdad de         derechos entre madres y padres, con respecto a la tenencia de sus hijos,         menores de edad que acentúa la vulneración al principio de igualdad ante la         ley, por la preferencia que la ley les otorga a la madre. ....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 Caso Jurisprudencial.....</b>	<b>23</b>
<b>CASO PRÁCTICO: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR SENTENCIA         N.O 064-15-SEP-CC CASO N.O 0331-12-EP.....</b>	<b>23</b>
3 PLANTAMIENTO DE POSIBLES SOLUCIONES LEGALES AL PROBLEMA.....	33
5. CONCLUSIONES.....	35
BIBLIOGRAFÍA .....	37

## RESUMEN

### **RAMA DEL DERECHO:** DERECHO CIVIL DE FAMILIA.

Ésta investigación se basa en la exposición de la existencia de normas legales vigentes que vulneran derechos y Principios consagrados y protegidos por nuestra constitución, es decir, que en la actualidad, existen diversas situaciones jurídicas-legales, que por el hecho de preexistir ciertas normas en rigor, crean y fomentan una fuerte brecha de desigualdad de Derechos, como es en el caso de la existencia de desigualdad de derechos entre las madres y los padres sobre la figura jurídica de la tenencia de sus hijos menores de edad, desigualdad palpable y explícita estipulada y vigente en los Artículos 118 y 106 numerales 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia.

La Legislación actual, que rige en la materia de Derecho Civil de Familia, en nuestro país, en las situaciones en que los progenitores de los niños niñas y adolescentes, se encuentran separados o divorciándose, la normativa legal otorga privilegios, preferencias y/o favoritismo, a las madres con respecto a la tenencia de sus hijos, es decir que la ley encamina al juez, quien es el encargado de tomar las decisiones judiciales, a preferir otorgarle la tenencia de los hijos menores de edad a su progenitora, sin perjuicio de que el progenitor también se encuentre capacitado y goza de las mismas condiciones que la madre para ejercerla.

**PALABRAS CLAVES:** Igualdad de Género, Corresponsabilidad Parental, Tenencia Compartida, Igualdad de Derechos, Equidad, Paternidad, Discriminación, Principio de Igualdad.

## **ABSTRACT**

### **BRANCH OF LAW: CIVIL FAMILY LAW.**

This research is based on the exposition of the existence of current legal norms that violate rights and principles enshrined and protected by our constitution, that is to say, that at present, there are various juridical-legal situations, which due to the fact of preexisting certain norms in rigorously, create and promote a strong gap of inequality of rights, as in the case of the existence of inequality of rights between mothers and fathers regarding the legal figure of the possession of their minor children, palpable and explicitly stipulated inequality and in force in Articles 118 and 106 number 2 and 4, of the Childhood and Adolescence Code.

The current Legislation, which governs the matter of Civil Family Law, in our country, in situations in which the parents of children and adolescents are separated or divorcing, the legal regulations grant privileges, preferences and / or favoritism , to mothers with respect to the custody of their children, that is to say that the law directs the judge, who is in charge of making judicial decisions, to prefer to grant the custody of minor children to their mother, without prejudice to that the father is also qualified and enjoys the same conditions as the mother to exercise it.

**KEY WORDS:** Gender Equality, Parental Stewardship, Shared Possession, Equal Rights, Equity, Paternity, Discrimination, Principle of Equality.

## INTRODUCCIÓN

Al iniciar el presente trabajo, debo comenzar explicando, que la sociedad es una organización social cambiante, evolutiva, por lo que la sociedad entre esos cambios súper estructurales, ha cambiado conceptos, definiciones de principios y valores, de virtudes humanas, por lo que ha reordenado principios jurídicos, que hacen obligatorio ponderar conceptos y el mismo ordenamiento jurídico, que uno de los objetivos de este trabajo, tendiente a que sean revisadas las normas del derecho civil de Familia, para una reforma del ordenamiento jurídico vigente.

Uno de estos problemas del presente, entre otros, es el que constituye el tema de la presente tesis, y es: **LA DESIGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LAS MADRES Y LOS PADRES SOBRE LA TENENCIA DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD**. Así afirmo, que la situación de desigualdad de los derechos de las madres y los padres sobre la tenencia de sus hijos menores de edad, es uno de los graves problemas que más afecta a la organización familiar, a la comunicación, los vínculos entre ellos, la convivencia, que hace que el fin del derecho civil de familia, no cumpla con su finalidad, que es el orden, la seguridad, la justicia, dentro de la cedula primigenia de la sociedad, la familia.

Al analizar las causas de este problema, encontramos que entre otras causas, aparece la de desigualdad de los derechos de las madres y los padres sobre la tenencia de sus hijos menores de edad. Esto significa, que la idea del principio de Igualdad aplicado al derecho de familia, no está funcionando, creando injustos jurídicos que por la experiencia social, nos hace obligatorio que la causa de desigualdad de derechos entre los padres con relación a sus hijos, sea materia de estudio, por lo que hay que recoger y corregir desde la definición, reformulando nuevas soluciones al conflicto del derecho de familia, reformando las normas jurídicas del Derecho Civil de Familia, tendientes a modificar las definiciones actuales del principio de igualdad ante la ley en los casos de tenencia de sus hijos menores de edad, haciendo prevalecer en forma legal y material la comunicación, la convivencia, y unidad de la familia.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La idea principal del Principio de Igualdad no es solo declarar, sino instaurar, que tanto los hombres como las mujeres son iguales ante la Ley, es decir, que tenemos los mismos derechos, obligaciones y libertades.

No obstante, se debe reconocer que en la Legislación Ecuatoriana vigente, existen leyes que se resisten a cambiar y regirse bajo este Derecho-Principio, como es los casos de la figura jurídica sobre la Tenencia legal de los hijos menores de edad, normas jurídicas en las que se observa sin duda razonable, en su gran mayoría, que la tenencia de los hijos se les otorga a las madres, incluso aun cuando ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones frente a las necesidades de sus niños.

En otras palabras, el objetivo del presente estudio, es establecer la desigualdad de derechos que estipula el ordenamiento jurídico entre las madres y los padres, en la situación jurídica de tenencia de sus hijos menores de edad, e incluso se podría determinar y evaluar sobre la existencia de discriminación con respecto a los derechos paternos de los padres, que establece la actual normativa legal sobre la tenencia de los hijos menores de edad. Por lo que podríamos preguntarnos: ¿Existe discriminación con respecto a los derechos paternos de los padres?, ¿Existe vulneración de derechos de los padres en la actual normativa legal respecto a la situación legal de la tenencia de sus hijos menores de edad?

Nuestra carta magna actual, acoge varios principios fundamentales del derecho que debemos reconocer y destacar a lo largo de éste análisis, como el principio a la equidad, a la no discriminación e igualdad, principio de interés superior del niño, Principio de Corresponsabilidad Parental, principio de ponderación, que son Principios-Derechos protegidos y garantizados por nuestra Constitución y por los instrumentos internacionales vigentes, con el objetivo de procurar el desarrollo de una sociedad en la que se le otorgue las mismas oportunidades y derechos a todos los que conformamos el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

Por lo tanto, en el presente análisis crítico-jurídico se examinará y evaluará, si existe desigualdad de derechos estipulados en la normativa legal vigente, entre

las madres y los padres, sobre la tenencia de sus hijos menores de edad, así mismo se establecerá si existe la vulneración de derechos paternales respecto de los padres, de acuerdo al principio de igualdad establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes.

En éste trabajo se reproducirá los derechos de las madres y de los padres, tipificados en el ordenamiento jurídico vigente, al igual que se determinará la normativa que permite la desigualdad legal existente entre las madres y los padres, en la situación de tenencia de sus hijos menores de edad, que constituye el planteamiento del problema en el presente análisis; y, buscará evaluar las diferencias legales entabladas en el mismo, respecto al caso en que la tenencia la tuviera la progenitora, y, en los casos en que la tenencia la tuviera el progenitor. Así mismo, se garantiza el reconocimiento del derecho bilateral que existe en la figura jurídica sobre la tenencia del menor, que favorezca una igualdad de derechos armonizando el ordenamiento familiar y favorezca un mejor desarrollo de los hijos menores de edad, mejorando la comunicación, la convivencia y la unidad familiar, priorizando el principio del interés superior del menor.

Se buscará crear una posible solución legal, al problema que genera la desigualdad de derechos entre las madres y los padres, con respecto a la situación jurídica de tenencia de sus hijos menores de edad, con el objeto de disminuir la brecha de discriminación, y desigualdad de derechos, buscando un equilibrio que compense la vulneración al derecho de igualdad, establecido y protegido por la constitución de la República del Ecuador, revisando y reformando las normas legales que rigen y regulan la figura jurídica de la tenencia del menor.

## **OBJETIVO GENERAL**

1.- Establecer la desigualdad de derechos que estipula la normativa entre las madres y los padres, en la situación jurídica de tenencia de sus hijos menores de edad.

2.- Diseñar un análisis crítico-jurídico que evidencie la vulneración de derechos al principio de igualdad establecido en la Constitución, y; proponer una alternativa de solución al problema legal.

## **OBJETIVO ESPECIFICO**

1. Determinar la normativa que crea la desigualdad legal entre las madres y los padres, en la situación de tenencia de sus hijos menores de edad.
2. Conceptuar jurídica y doctrinariamente el principio de igualdad de derechos ante la ley, Principios de Derechos Humanos.
3. Analizar la situación de desigualdad jurídica de las madres y los padres como vulneración del principio de igualdad ante la ley.
4. Establecer una posible solución legal al problema que genera la desigualdad de derechos entre las madres y los padres, con respecto a la situación jurídica de tenencia de sus hijos menores de edad.



## **PRIMER CAPTULO**

### **1. FUNDAMENTACION TEORICA CONCEPTUAL**

#### **1.1. Generalidades y definiciones sobre La Tenencia**

Partiendo que la realidad social, se establece de la formación del núcleo familiar, compuesto por padre, madre e hijos, y que éstos son sujetos de derechos y obligaciones, es importante destacar que en conjunto forman la familia, y ésta es la base de la estructura social. Debo afirmar entonces, que la participación de ambos progenitores es de vital importancia para la crianza y desarrollo de los hijos. Pues, está demostrado que una familia disuelta por la separación del padre y/o de la madre del núcleo familiar ocasionan una anormalidad en la crianza y desarrollo de sus hijos, la ausencia de ambos o de uno de ellos, afecta la comunicación, la relación filial y desarmoniza las relaciones de convivencia, sean ocasionadas por el padre y/o madre o de los dos. Esa realidad familiar, por experiencia, de estudios, ha demostrado el mejor desarrollo de los hijos con la participación del padre y de la madre, lo que hace concluir que la estabilidad normal es la familia completa como el mejor escenario para la crianza de los hijos.

Viéndolo en un aspecto netamente social como se explica en el párrafo anterior, definimos que una familia compuesta por el padre y la madre es igualmente importante para la crianza de los hijos.

Ahora, cuando los progenitores efectivamente se encuentran separados o divorciados, numerosas mujeres que se convierten en madres, se han convertido casi en cuidadoras exclusivas de sus hijos, ya que históricamente hablando, las sociedades y costumbres humanas que, a lo largo del tiempo se han transmitido de generación en generación, ponen gran énfasis en imponer roles, especialmente el rol de la mujer, repitiendo la misma educación, que ella es la única encargada de cuidar a sus hijos, y el padre de proveerle lo necesario para su existir. Estas definiciones o costumbres, han sido plasmadas en las normas del ordenamiento jurídico de familia, cuyas ideas siguen manteniéndose en nuestra legislación.

En definitiva, la desigualdad entre hombres y mujeres sobre la tenencia y cuidado de los hijos, trasciende remotamente a tiempos inmemoriales, puesto que desde una perspectiva básica, las normas jurídicas son puestas por costumbres y

problemas sociales de la sociedad a quien se les atribuye, que mutan a contemplarse como norma legal en el ordenamiento jurídico.

El desarrollo evolutivo social en nuestro tiempo ha cambiado, en el presente existen diversas ideas nuevas, situaciones familiares nuevas, y conflictos familiares nuevos, que no permiten seguir manteniendo el concepto educativo de las madres para la crianza y, de los padres para la subsistencia, La Sociedad actual exige del contingente laboral de la madre por las exigencias sociales y económicas, sin lo cual no es posible el sostenimientos y desarrollo de la familia, criando el nuevo conflicto que ambos progenitores por atender su trabajo descuidan y desatienden a sus hijos.

A esta situación debemos agregarle que en muchos de esos casos es causa a la vez de las separaciones y divorcios de los progenitores, lo que ocasiona un grave problema familiar en todos los aspectos ya sea social, económico y fundamentalmente al desarrollo integral del niño.

Por lo que tenemos que redefinir el concepto educativo de que la madre es para la crianza y el padre para la subsistencia de los hijos, y precisar que el padre y la madre conjuntamente deben contribuir en todos los aspectos en la crianza y desarrollo de los hijos, como obligación social y jurídica.

De ésta manera en los casos en que se haya producido un conflicto familiar, por separación o divorcio del padre y de la madre, los hijos deberán recibir obligatoriamente la contribución del padre y de la madre a la vez, en todos los aspectos, incluido el afectivo, por lo que deberán impartirse las medidas necesarias para el cumplimiento de tales fines como es la comunicación y convivencia para la unidad familiar.

Partiendo ya de la realidad descrita, surge la figura jurídica de que los hijos, como consecuencia de la separación o divorcio del padre y de la madre, generalmente quedan los hijos a cargo de la madre como realidad social o judicial, con la salvedad del acuerdo de los progenitores o decisión del juez, que por excepción de incapacidad de la madre, abandono de la madre a sus hijos, o acuerdo de los progenitores, quedan a cargo del padre, a ese fenómeno social y jurídico le llamamos tenencia, que no significa otra cosa que tenedor del o los hijos.

En otras palabras, es una institución de base familiar, mediante el cual, también el juez dispone a uno de los progenitores para que asuma el cuidado y la crianza de su hijo, respetando el ejercicio de la patria potestad, respetando siempre el principio constitucional que resalta el interés superior del menor como prioritario al momento de tomar el juez, (el órgano que promulga la justicia) alguna decisión o fallo con respecto al menor.

Según la Ab. Genith Lucas Reyna, en su tesis magistral sobre tenencia y la custodia en la legislación ecuatoriana; define a la tenencia como: “Una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor”. (LUCAS REYNA, 2017)

Nuestra legislación no contempla un concepto de tenencia en materia de familia, pero se podría describir como una acción de *“confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad”*, tal como lo estipula el artículo 118, del código de la niñez y adolescencia que rige en nuestra nación (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 2003). A lo que debo agregar, Como aportación personal a la presente investigación, que dicha definición debería ser la norma como excepción a la regla, ya que en mi opinión, la tenencia de los hijos en forma general por principio debe ser compartida, y cuyo texto normativo debe ser creado e incorporado a la legislación de familia.

Por lo que a mi parecer, se podría mencionar también que, La Tenencia es un derecho bilateral que corresponde a los padres a vivir con sus hijos, y a los hijos vivir con sus padres, ya que está estrechamente relacionada a la convivencia diaria o vida en común que comparten los padres e hijos. Dado que, aún en el caso de separación o divorcio, deberán continuar siendo tenedores de sus hijos. Esto es, en caso de separación o divorcio, la tenencia será compartida. Y solo en caso de excepción, de declarar la incapacidad de uno de los progenitores, abandono del padre o de la madre a sus hijos, o acuerdo de los progenitores en que pacten que los hijos quedará a cargo de uno de ellos, siempre que no perjudique los derechos de los hijos, porque vulneraría el interés superior del menor y, tocaría al Juez resolver y dictaminar a cuál de los progenitores otorgarle la tenencia del menor.

## **1.2. Sobre La Patria Potestad y la Tenencia**

El Código Civil Ecuatoriano nos define en su artículo 283 lo siguiente:

“La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia” (Ecuador, Código Civil Ecuatoriano, 2015).

Al igual que, según lo tipificado en el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece lo siguiente:

“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino También de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.” (Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Por lo tanto, para la legislación ecuatoriana, se infiere que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que adquiere las personas cuando se convierten en madre y padre, y; que estos derechos y obligaciones recaen sobre los hijos que aún no han alcanzado su mayoría de edad.

A su vez, también podemos mencionar que la patria potestad es la representación legal de los padres con el menor en sus obligaciones y derechos, ya que éstos por ser menores, la ley los contempla como incapaces de representarse por ellos mismos, puesto que, carecen de facultades jurídicas para cumplir con los derechos y obligaciones que cada persona tiene.

Según Guillermo Cabanellas, la patria potestad “Es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados” (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 1993)

También se puede apreciar a la Patria potestad, como una institución jurídica de amparo o protección familiar en consecuencia a la relación paterno filial, cuya finalidad es salvaguardar y proteger los intereses del menor.

Luego de plantear las definiciones tanto de la figura jurídica de la tenencia como de la Patria Potestad, se puede establecer sus diferencias claves entre ambas instituciones como: a La Patria Potestad, es el conjunto de derechos que la Ley les reconoce y faculta a ambos padres respecto a sus hijos menores de edad, entre esos, el de la misma tenencia. Estos derechos y obligaciones se subyugan a administrar sus bienes, proveerlos de lo necesario para su subsistencia y representarlos legalmente. Por el contrario, la tenencia es el cuidado y crianza permanente de los hijos, y; para ejercerla se requiere tener físicamente al menor, conviviendo con él, comunicándose con él, creando vínculos afectivos que mantengan la unidad familiar-filial.

Cabe mencionar que, el padre que sea privado de la tenencia del menor, tiene derecho a ejercer la patria potestad, mientras no exista orden judicial que la suspenda o prive de ella.

### **1.3. Principio Constitucional a la Igualdad**

Cabe anotar, que al hablar de Igualdad se refiere a la idea de equivalencia. Pues, igualdad en el mundo material no existe, es decir que tenemos que partir de una realidad inserta en un mundo diverso. Lo que significa en otras palabras, que la igualdad no existe, sino semejanzas.

Cuando hablamos socialmente de igualdad, lo que debemos de entender, es que todas las personas tenemos las mismas oportunidades, que también es discutido; por lo que afirmar igualdad es una ficción que únicamente estamos aplicando subjetivamente en el pensamiento jurídico, para hacer prevalecer la idea de que es aplicable a todos en sociedad.

Históricamente, éste Principio-Derecho acoge su reconocimiento propio a partir de los ideólogos que fundamentaron la Revolución Francesa que se desarrolló en el año 1789, con el hecho que fue incorporado dicho principio a su Constitución en el año 1791. Provocando que sea tomado como símbolo por otros regímenes desde esa época. Sin embargo, será a partir del 10 de diciembre de 1948, fecha en la que se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que éste precitado principio tomó una fuerte

aceptación general, aplicación y desarrollo en las diversas áreas y aspectos jurídicos, principio que a lo largo del tiempo fue constituido como un derecho Universal y fundamental de los seres humanos, consolidándose a la vez como un derecho y como un Principio.

Ya desde el siglo anterior, aparecen definiciones sobre el referido principio, entre otras, la del tratadista Argentino Guillermo Cabanellas, "La igualdad es Ausencia de privilegio, favor o preferencia"

El mismo Cabanellas en su obra de definiciones en su obra de nombre Diccionario de Derecho Usual, ya define la igualdad ante la Ley, con dos definiciones que se complementan, Igualdad, y la Igualdad ante la Ley, en cuyo texto aparece lo siguiente:

"Igualdad. Conformidad o identidad entre o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidentes. // Correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un todo. // Trato uniforme de situaciones similares. // Ausencia de privilegio, favor o preferencia.". (Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 1976)

Como principio político, la igualdad, junto con la libertad y la fraternidad, constituyó el lema de la Revolución Francesa de 1789, lema que hasta la actualidad repercute no solo en nuestro ordenamiento jurídico sino en nuestra sociedad.

Respecto a la igualdad ante la Ley, Cabanellas lo define como:

"La propia generalidad de la ley (pues, si no, constituye excepción o privilegio) lleva a equiparar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concorra identidad de circunstancia; porque, en caso contrario los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato;...". (Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 1976)  
"...El principio de igualdad ante la ley, ha sido reconocido por todas las legislaciones y, en el presente, es un axioma jurídico que pocos se atreven a discutir. Los textos constitucionales declaran con énfasis que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin establecer distinciones por razón de nacionalidad, origen, sexo, cultura, etc. Esto quiere decir que los

privilegios por lo menos en lo que hace a la letra y espíritu de las leyes han desaparecido. Las mismas leyes rigen para todos los ciudadanos y a todos le son aplicables sin excepción.” (Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 1976)

Permítame ser una de las personas que se atreven a discrepar el axioma jurídico, definido por Cabanellas, ante esta definición de igualdad ante la ley, elevado a axioma jurídico, que define la aplicación de los ordenamientos jurídicos sin excepción alguna; pero si comparamos la complejidad social con la singularidad individual, y más personal, definir la igualdad como aplicación normativa sin excepción, nos deja una insatisfacción del concepto de Justicia, apareciendo nuevas ideas por la diversidad de realidades colectivas, o individuales, más los conceptos de proporcionalidad, equidad y ponderación, lo que significa que se deben juzgar con la aplicación de la ley como realidades singulares, es decir, según el caso.

Nuestra constitución reconoce y establece en su artículo 11 numeral 2, el concepto sobre el principio de la igualdad, como un derecho fundamental, manteniendo el concepto de Cabanellas, sobre la igualdad y generalidad de la ley (sin excepción alguna); así pues, tipifica lo siguiente:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio- económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.” (Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Según varios tratadistas, califican a la Constitución del Ecuador, vigente

desde el año 2008, como: "...una constitución moderna que incorpora en ellas las tendencias filosóficas modernas sobre el derecho.". (González, 2011)

De hecho, el Docente Universitario, Dr. Hugo González Alarcón, en su Análisis magistral sobre el Principio de Igualdad ante la Doctrina y la Jurisprudencia Comparada, indica que en nuestra Constitución "Puntualmente se refiere al Principio-Derecho de igualdad en 36 artículos de las 444 normas en vigor, desarrollando mecanismos de igualdad o equiparación de desigualdad modernos." (González, 2011)

Éste principio constitucional incorporado a la Constitución vigente, desde mi punto de vista, los objetivos plasmados en ella están bien encaminados, pero a mi parecer, es la aplicación del principio constitucional que tienen diversas variables en lo social, normativo-jurídico y en especial judicial, que al momento de ser aplicado a los casos jurídicos y/o judiciales no cumplen con el rol de ser garantistas a la protección de los derechos de los individuos que forman la sociedad, porque dejan un margen de falta de proporcionalidad y equidad.

Debemos destacar que, en nuestra carta magna incorpora la obligación del Estado a reconocer y garantizar la igualdad ante la ley, es decir, que el principio de igualdad ante la ley, no es sólo un derecho en sí, sino que cuenta con aplicación directa e inmediata, independiente de poder exigirlo judicialmente para su desarrollo legal. (Artículos 23 y 34 de la Constitución de la República del Ecuador, promulgada el año 2008).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado el 23 de marzo del 1976, establece en su artículo 26 sobre el principio de Igualdad lo siguiente:

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." (Asamblea Nacional de



las Naciones Unidas, 1976)

Todas esas definiciones, son declaraciones formales que en su aplicación a la realidad social no otorga ni alcanzan las personas a tener las mismas posibilidades u oportunidades, como pretende establecer el principio de igualdad ante la ley, porque se aplica a una realidad material y social por su naturaleza diversa.

Debemos denotar también que, no basta decretar el Derecho a la igualdad en la ley, si en la realidad no es un hecho. Para que así lo sea, la igualdad debe traducirse en oportunidades reales y efectivas para los individuos que conforman la comunidad ecuatoriana, ya que si sólo se plasma en la ley sin aplicación alguna a la realidad, tan solo es una igualdad formal, es decir, que no sólo se debe plasmar con oportunidades de ir a la escuela, acceder a un trabajo sin discriminación a su sexo, o participar en los asuntos de nuestras comunidades, organizaciones y partidos políticos, sino también, entre otros casos y aspectos, por lo que me refiero únicamente a mi estudio, de tener las mismas posibilidades ante la ley, para conservar o ser poseedores de la tenencia de nuestros hijos ya sea padre o madre, sin preferencia alguna al momento de separación o divorcio de los progenitores de los hijos menores de edad, situación jurídica que no aparece en nuestra legislación en materia civil de familia, relacionada a los progenitores y menores de edad.

#### **1.4. Igualdad de Género**

El principio de igualdad de género, es un principio jurídico tendiente a que tanto las mujeres como los hombres accedan con igualdad de derechos, oportunidades y posibilidades en la vida, de acceder a recursos y bienes valiosos desde el punto de vista social.

*Según la revista Ciencia UNEMI, define en su artículo sobre la Igualdad de Género en la función Pública del Estado Ecuatoriano a la Igualdad de Género como “La igualdad de género es un principio constitucional que estipula que hombres y mujeres son iguales ante la ley” (Ruano, 2015).*

En lo que se define, en otras palabras que, todos los individuos, sin distinción alguna, gozamos los mismos derechos y deberes frente al Estado y, frente a la sociedad en su conjunto.

La igualdad de género, aplicada a situación legal de la tenencia de los hijos menores de edad, se contrapone a la igualdad de derechos del padre y de la madre, por la simple vulneración del Derecho a la Igualdad. Por lo que declaro que el Derecho de Familia debe reformar la normativa jurídica de familia con relación a la tenencia de los menores de edad; tema ampliamente definido en el principio de igualdad de Derechos, como persona humana. Esto es, la igualdad ante la ley, no solo en su declaración de igualdad formal, sino en su aplicación de igualdad material y jurídica,

Sobre éste tema, está aportado suficientemente en la definición del principio de igual ante la ley.

### **1.5 Principio de Interés Superior del Niño**

El principio de interés superior del niño, nace de la realidad existencial y social de la persona humana, menor de edad; esto es cuando el menor se encuentra en crecimiento y desarrollo, lo que no elimina que debe ser considerado como persona jurídica natural, esto es sujeto de Derechos.

Este principio fue promulgado en la Convención sobre los Derechos del niño, y fue considerado como uno de los principios generales de dicho instrumento, luego éste referido principio fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 20 de noviembre de 1989, con la finalidad de proteger los derechos de los niños de todo el mundo, y tiene como objetivo primordial mejorar las condiciones de vida de los niños y niñas.

En dicha convención se estipuló lo siguiente:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (UNICEF, 2006)

El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que el interés superior del niño es un concepto triple que envuelve 3 aspectos fundamentales.

1.- “Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses;

2.- Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño;

3.- Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño interesado.” (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

El tratadista Guatemalteco, Doctor. Ronny Lopez Contreras, actual miembro del Magistrado de La Corte Constitucional de Guatemala, define al Principio de Interés Superior de los niños y niñas como:

“La Potenciación de los derechos a la Integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña”. (López, 2015)

A mi consideración, se puede establecer al Principio de Interés Superior del niño, es un principio Garantista, que obliga a diversas autoridades e instituciones públicas o privadas, a tomar el principio de interés superior de los niños y niñas, como un pilar fundamental y primordial para el ejercicio de sus derechos y atribuciones, ya que uno de los objetivos del referido principio, es la representación de los deberes del Estado, frente al desarrollo de los niños, la obligación de los padres, y; de la sociedad en general, de adoptar las medidas para dar efectividad y protección a los derechos de niños y niñas, sin que esto constituya un privilegio, favor o preferencia. Pues, se mira como interés superior del menor, al equiparar la diferencia de una persona humana en crecimiento con

las personas ya adultas, y proporcionar las oportunidades que permitan su desarrollo integral familiar y social, y que lo incorpore como persona eficiente provecho para la familia, la sociedad y el Estado, puesto que los niños son grupos de personas vulnerables.

## **1.6 Corresponsabilidad de los Padres**

Desde la antigüedad se ha visto como enseñanza de la misma naturaleza en las especies, que los progenitores cuiden y protejan sus crías o descendencia, actividad que fue recogida por la sociedad humana, plasmándola en el desarrollo del Derecho, para mejorar la condición jurídica de los nuevos miembros de la familia, especialmente de los más vulnerables como son sus hijos menores de edad. De ésta realidad, surge la idea de la responsabilidad jurídica de los progenitores, padre y madre, con respecto a sus hijos.

Principalmente, éste principio nace a partir de la evolución del principio constitucional de la igualdad ante la ley, que desarrolla la igualdad de género, es decir, hablando del tema en discusión, los padres, tanto la madre como el padre, deben tener los mismos derechos y obligaciones, para que sus atribuciones sean comunes y conjuntas frente a sus hijos, por ende, yace la responsabilidad de los padres con respecto a sus hijos, surgiendo así el concepto jurídico de la corresponsabilidad parental del que considero que genera la responsabilidad compartida, la que me sirve de base para sostener mi tesis de que la tenencia debe ser igualmente compartida.

Paso a reproducir algunas definiciones dadas por varios juristas, respecto al tema:

Para la tratadista española, Rosalía Rodríguez López, define a la corresponsabilidad parental como:

“La corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos”. (Rodríguez López, 2011)

Definición que comparto parcialmente, ya que no se trata de reparto, como si los derechos y obligaciones de ambos progenitores fueran diferentes, cuando tengo dicho que los derechos y obligaciones de ambos padres, son comunes y

conjuntas, porque las variables de los roles son iguales, ya que a falta de algún progenitor asume el otro sin que implique que sean permanentes y diferentes.

Así mismo, la Abg. Gloria Negroni, reconocida jueza Chilena, basándose en la doctrina extranjera, puntualizó que la corresponsabilidad parental consiste en:

”...Reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales”. (Acuña San Martín, 2013)

Debo esclarecer que ésta definición es más acorde a mis ideas con respecto a la corresponsabilidad parental, sobre sus derechos y obligaciones que se les atribuye a las personas por ser progenitores, para contribuir a la crianza y desarrollo integral de sus hijos.

En otros términos, se podría concluir que la Corresponsabilidad parental o responsabilidad compartida, es la distribución equitativa de los deberes y derechos que tienen ambos padres del menor(es), relación en la que surgen diversas funciones propias, otorgadas por la relación filial.

El Código de la Niñez y Adolescencia de nuestra legislación, establece respecto a la Corresponsabilidad Parental lo siguiente:

“El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”. (Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

En su artículo 9, de la precitada Ley Orgánica, establece también que:

“Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.” (Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003). Definiciones que comparto totalmente.

## **1.7 La Tenencia Compartida**

Manteniendo mi criterio, reproduzco lo ya expresado con respecto a la definición de la tenencia, aportada y sostenida por la autora de la presente tesis.

La Tenencia es un derecho bilateral que corresponde a los padres a vivir con sus hijos, y a los hijos vivir con sus padres, ya que está estrechamente relacionada a la convivencia diaria o vida en común que comparten los padres e hijos. Dado que, aún en el caso de separación o divorcio, deberán continuar ambos padres tenedores de sus hijos; salvo en caso de excepciones, que serían, declarar como incapaz a uno de los progenitores, abandono del padre o de la madre a sus hijos, o acuerdo de los progenitores en que pacten que los hijos quedará a cargo de uno de ellos, siempre que no perjudique los derechos de los hijos, porque vulneraría el interés superior del menor; siendo éste el caso será obligatorio la participación del Juez para que resuelva y dictamine a cuál de los progenitores otorgarle la tenencia del menor.

Con respecto a la tenencia compartida, debemos manifestar que en el estado Ecuatoriano, no ha sido legalizada la figura de la Tenencia Compartida, sin embargo, hablaremos de ella en la presente tesis, como la posible solución al problema jurídico que estamos planteando, ya que ésta acorde y en armonía con los principios ya descritos en párrafos anteriores, como son el principio de Corresponsabilidad Parental, Principio del Interés superior del menor, Principio de Igualdad, que incluye a la vez Principio de Igualdad de Género.

Debemos mencionar también que ésta situación legal, ha sido incluida en las legislaciones de varios países latinoamericanos como Chile, Argentina y Perú.

La Legislación Peruana estableció una reforma a su Código de niños y adolescente, incorporando la tenencia compartida, en el que define sobre esta situación legal en cuestión, lo siguiente:

Ley No. 29269: "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no

existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.” (Perú, 2008)

La legislación Argentina establece en su artículo 649 de su Código Civil y Comercial Nacional Vigente, lo siguiente

”Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos” (Argentina, 2014 )

El legislador Chileno acogió esta figura en su Legislación vigente, para ser exactos, en su Código Civil, mismo que estipula lo siguiente:

“Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad...” (Chile, 2013)

Al respecto, el Abogado Quiteño (Ecuador), Hector Ramos, establece sobre la tenencia Compartida lo siguiente:

“La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden

jurídico.” Es una propuesta de ejercicio de la autoridad parental en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres.” (Ramos, 2014)

En conclusión, podemos definir como aportación de la autora de éste presente análisis que, la tenencia compartida establece la posibilidad que tienen ambos padres de ejercer la guardia sobre sus hijos de manera directa, es decir, confiar a ambos la crianza, el cuidado y la convivencia del menor para mejorar su desarrollo integral.

La figura de la Tenencia Compartida, se refleja y es normal dentro de las instituciones del matrimonio, o, unión de hecho y en general en los hogares en donde los hijos al vivir con sus padres, mantienen relaciones afectivas y de manutención; situación que debe mantenerse, dentro de lo posible, aún en los casos de separación o divorcio de los progenitores, tanto la madre como el padre ejerzan la custodia legal, manutención, patria potestad y relaciones afectivas de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos para ambos.

## **SEGUNDO CAPITULO**

### **2 NORMAS JURIDICAS QUE PRODUCEN LA DESIGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LAS MADRES Y LOS PADRES EN LA SITUACION LEGAL DE LA TENENCIA DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD.**

A continuación estableceré las normas que entablan la desigualdad de derechos entre ambos padres, a pesar de la existencia y aplicación del Principio de Igualdad, consagrado en la Constitución:

- De la tenencia, establece el artículo 118 primer inciso, del Código de la Niñez y Adolescencia 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.”* (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 2003)



- Cito para el presente análisis el Artículo 106, inciso 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el que estipula lo siguiente:

2.- “A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, **la Patria Potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre,** salvo que se pruebe que con ello se perjudicados derechos del hijo o la hija” (Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003) (Las negritas y subrayado son mías)

- Al igual que, citaré para fines analíticos, el Artículo 106, inciso 4 del Código de la Niñez y Adolescencia , en el que estipula lo siguiente:

4.- “Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, **se preferirá a la madre,** siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.” (Las negritas y subrayado son mías). (Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

### **2.1 Análisis de las normas jurídicas que promulgan la desigualdad de derechos entre madres y padres, con respecto a la tenencia de sus hijos, menores de edad que acentúa la vulneración al principio de igualdad ante la ley, por la preferencia que la ley les otorga a la madre.**

Como podemos evidenciar en precitados preceptos jurídicos-legales, hace una distinción entre padre y madre, es decir, entre hombre o mujer, que a pesar de compartir la calidad de padres del menor, crea la brecha de preferencias y privilegios hacia uno de los progenitores, basándose en el carácter natural impuesto a los seres humanos del género-sexo masculino o femenino, para otorgarle la atribución de la situación legal de tenencia de sus hijos menor de edad a la madre, por encima de los Derechos del padre, aun cuando ellos se encuentran en las mismas condiciones para poder ejercerla; vulnerando así el precepto del derecho a la igualdad, Igualdad de Género, a la Corresponsabilidad Parental, y en especial al Derecho a la Justicia, así mismo se vulnera la aplicación inmediata al Principio de Igualdad ante la Ley, Principios, Derechos y garantías consagrados en nuestra Constitución.

Respecto a esto, el régimen de preferencia materna no siempre es adecuado para precautelar el bienestar del niño, porque la falta de participación del padre, también perturba al desarrollo integral del niño o niña, además de afligir la crianza y afecto filial. Así mismo, afecta el estar lejos de lograr un fin constitucionalmente válido y armonioso, ya que la presente distinción, realizado sobre dicha situación legal, viola varios derechos reconocidos y protegidos por nuestra Carta magna, como lo son los derechos de igualdad ante la ley, Derecho de corresponsabilidad parental, de no discriminación, Derecho de igualdad de género y, el Derecho del interés superior del menor, es decir, las normativas legales de familia, que favorezcan o brinden preferencias a la madre, son inconstitucionales y ajenos a la realidad natural, porque la procreación y continuidad de la especie y de la persona humana, depende de los dos, ya que la calidad de padre o madre no los convierte únicamente por el hecho de la procreación. No obstante, la aportación hereditaria, se requiere fundamentalmente del cuidado, la crianza y educación impartida por ambos progenitores, lo que significa que padre y madre son los que crían, cuidan y educan.

Aparentemente, las disposiciones dadas, en las que les otorga preferencias y privilegios a la madre, gira en torno a la protección del menor ya que se ha establecido como costumbre social, que la madre es la persona idónea para cuidar al niño. No obstante, el hecho de que siempre se deba atribuir la tenencia a la madre, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, y vulnera también, al principio del interés superior del niño, por impedirle al menor la oportunidad de establecer vínculos de comunicación, la convivencia, y unidad de la familia con su padre.

Por último, viéndolo desde un aspecto netamente social, la preferencia materna no es proporcional, equitativa, ni ponderativa, ya que este trato desigual sacrifica valores morales y principios de mayor peso, que los que se pretende satisfacer por medio de esta distinción.

## **2.2 Caso Jurisprudencial**

### **CASO PRÁCTICO: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

## **SENTENCIA N.O 064-15-SEP-CC CASO N.O 0331-12-EP.**

### **Antecedentes:**

Es el caso que el señor Mark Evan Hester, quien, en virtud de sus derechos, interpuso una acción para iniciar el proceso judicial en el cual reclama la tenencia de su hija menor NN. En la demanda el señor Hester alega que su cónyuge, la señora Angélica Patricia López Valero, ha realizado viajes reiterados a Estados Unidos por más de tres años por índole laboral. Esta es la razón por la que se ha encontrado a cargo de su hija en los últimos años hasta el 11 de diciembre de 2008. El demandante explica que en la referida fecha la señora López Valero regresó de su viaje en Estados Unidos, no obstante, decidió mantenerse al margen del cuidado de su hija alejándose del hogar hasta encontrarse de viaje otra vez, para no tener que explicar su ausencia en el cuidado de su hija y en proporcionar la imagen materna que esta ha requerido todos los años que encontraba en otro país.

En todo ese tiempo, el accionante alega que se ha encontrado cuidando a su hija e incluso a los dos hijos que su cónyuge, la señora Angélica López, ha procreado fruto de otro compromiso. El accionante asegura que tanto a su hija menor como a los hijos de su cónyuge les ha proporcionado el cuidado necesario y los recursos económicos que se requerían para la misma labor. De esta forma, los viajes reiterados a los Estados Unidos se han mantenido de manera constante por parte de la demandada durante los últimos tres años. El señor Mark Hester, accionante, expresa que su cónyuge ha manifestado crisis emocionales graves ya que ha intentado engañar a los funcionarios que imparten justicia al intentar ya que ha tomado a juego las reglas y la buena fe de los jueces en las instituciones públicas, tratando de sorprenderlos. Por las razones aducidas, el legitimado activo pidió en la demanda que el juez le otorgue la tenencia de su hija menor NN, ya que la salud e inestabilidad emocional y mental de la demandada, evidencia que la madre, quien ha presentado muchas denuncias de carácter malicioso y temerario en contra de su propio cónyuge, no es apta para el cuidado de la hija menor que mantienen en común. El día 5 de mayo de 2009, a través de una providencia emitida por parte del Juzgado Séptimo de la Niñez y Adolescencia que reside en la provincia del Guayas calificó y aceptó la demanda a trámite,

conforme a los requisitos prefijados en la ley ecuatoriana, y se le asignó el No. 0853- 2009.

De acuerdo con el expediente judicial de la primera instancia, en foja No. 120 y de conformidad con lo que se establece en la razón sentada a fecha de 6 de julio de 2009, la competencia radica en la jueza Vilma Torres Zapata, quien producto del resorteo tiene conocimiento de esta causa. De esta forma, de acuerdo con los requisitos previstos, el Juzgado Décimo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, declaró con lugar la demanda accionada y le otorgó al señor Mark Evan Hester, la tenencia total de su hija, la menor NN, otorgando también el régimen de visita que ha de mantener la señora Angélica Patricia López, como progenitora de la menor de edad. El 10 de noviembre de 2009, la demandada interpuso apelación en contra de la sentencia judicial que establece tal tenencia y régimen de visita. La ahora accionante, alega que no se ha valorado las recomendaciones que se encuentran constatadas en el informe que otorgó el Departamento Técnico que fue realizado por la licenciada Inés Costales y la doctora Paulina Cedeño, quienes han realizado las evaluaciones necesarias y por la misma razón han sugerido que la menor de edad se encuentre bajo el cuidado de la madre. La señora Angélica López manifestó que las razones por las que ella viaja son de índole laboral y esto no debe ser motivo para que se le quite la tenencia que le pertenece como madre de la menor. Los viajes que realiza son para mantener el sustento del hogar y proveerle a su familia los recursos necesarios.

La causa pasó a conocimiento de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el juez, analizando si se cumplían con los requisitos establecidos en la ley, emitió sentencia declarando sin lugar la demanda de acción de tenencia a fecha del 7 de abril de 2010. A razón de esto, el accionante pidió que se revoque la sentencia que declara sin lugar la demanda; solicitud que fue rechazada, por el juez ya que la decisión judicial resolvió fundamentalmente todos y cada uno de los puntos en los que se traba la litis, además de existir claridad y precisión en la motivación de la sentencia que permiten entender las razones subyacentes de la misma. En virtud de lo antes señalado, el accionante optó por interponer recurso de casación. Dicho recurso no fue admitido a trámite por cuanto, según las reglas y normas de

la niñez y adolescencia, las sentencias sobre tenencia y el régimen de visitas, como cuestiones de la materia, no causan ejecutoría, por lo que no se puede interponer recurso de casación ante estas sentencias. (SENTENCIA No 157-18-SEP-CC, 2018)

### **OTRAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Corte Constitucional, en el presente caso relatado, manifestó que la jueza de primera instancia decidió mediante sentencia entregar la tenencia de la menor de edad a su padre, el señor Mark Hester, mientras que regulo el régimen de visitar para la demandada, la señora Angélica López, por ausencia en el cuidado de la menor y por los constantes viajes que realiza. En el pertinente análisis del expediente judicial se señala que los progenitores de la menor de edad contrajeron nupcias en el año 1997, en el domicilio de Guayaquil; producto de dicho vínculo matrimonial tuvieron a su hija que nació, según actas, en el año 2000. El legitimado activo, el señor Hester, manifestó que en la demanda presentada el año 2009, por tenencia estableció los argumentos de hecho y de derecho referentes a la tenencia de la menor, por causas de que la madre de la menor viaja de manera constante y reiterada a Estados Unidos por razones laborales en un plazo de hace tres años aproximadamente y que en este viaje constante quien ha cuidado de la menor es el padre, quien ha sustentado el hogar hasta el 11 de diciembre del año 2000; fecha en la que la demandada retornó de su viaje por razones de trabajo y optó por permanecer fuera del hogar para evitar cualquier inconveniente que de su ausencia pueda provenir. Más tarde, la cónyuge progenitora interpuso acción de tenencia contra el padre en virtud de su hija menor. Por parte de la demandada, la señora Angélica Patricia López Valero, se argumenta que se presentó a la audiencia del proceso judicial afirmando que, entre otras cosas, la acción que ha propuesto su cónyuge para obtener la tenencia de la hija en común, no tiene validez en Derecho si bien ella se mantenía viajando a Estados Unidos por razones laborales, esto lo hacía con el fin de mantener el sustento, porque el cargo al que responde en la empresa TJS, le implica mantenerse viajando por motivos de negocio, compañía con la cual guarda una relación laboral que le otorga los recursos suficientes y necesarios para poder solventar los gastos de sus tres hijos; entre los cuales se encuentra la menor de común matrimonio y dos hijos del compromiso anterior. Además, alega que en los

últimos tres años viajó de manera reiterada, pero no por más de 6 meses (límite que establece la ley) y que en este tiempo que mantenía viajando por trabajo ella se mantuvo en contacto con sus hijos diariamente a través de los medios que tenía. Por otro lado, la demandada asegura que la persona que cuidaba a sus hijos era la hermana de ella y no el padre, esto quiere decir que quien se quedaba a cargo de la hija era la tía por parte de madre de la menor de edad. En la demanda también alegó la señora López que durante el tiempo que ella estuvo de viaje, el matrimonio presentó múltiples problemas existiendo falta de armonía en el hogar, por lo que conjuntamente, la cónyuge interpuso una demanda de divorcio manifestando que existió abandono del hogar en el año 2009. En los fundamentos de hecho alegó que el cónyuge abandonó el hogar el día 11 de diciembre de 2008, sin otorgar ninguna razón o justificación.

En este panorama jurídico que se visualiza en la presente demanda, el actor concluyó que los viajes constantes de la progenitora se traducen en ausencia de la misma en el hogar y que esto es el único motivo necesario para pedir que se le otorgue la tenencia de su hija menor de edad, ya que el estar en constantes viajes no le permite a la madre cumplir con las obligaciones comunes que tiene para con su hija, puesto que se encuentra en otra parte del mundo. Este hecho no es extraño a la sociedad actual ni tampoco es un hecho aislado. La emigración de los progenitores y padres de familia a otros Estados tiene su origen hace dieciséis años atrás, momento en la que existió un gran quebranto en la economía del país, en la política y en las instituciones propias de nuestro Estado. Esto implicó la mayor tasa de emigración de nuestro país hacia Estados como Estados Unidos, España e Italia. Este hecho de gran importancia, no se tenía a consciencia por lo que no se consideró por parte del órgano legislador de esa época, para regular esta realidad social con la finalidad de que la población de las personas que legalmente debían hacerse cargo del cuidado de los hijos durante la emigración; situación muy importante que debió regularse y que debió tenerse en cuenta. Este hecho económico devastador implicó que los padres viajen fuera del país para poder adquirir los recursos necesarios para mantener a sus hijos, producto del trabajo. Los hijos de familia, de esta manera, quedaban a cargo de los hermanos, tíos, abuelos o incluso otros familiares. Este fue la causa subyacente que llevo a la Asamblea Constituyente a establecer a través del texto y las disposiciones constitucionales, que aparte de existir el derecho a la migración también se

reconocen los diversos tipos de familia, es decir, se protege a todas las familias denominadas “transnacionales” , asimismo como los derechos de los miembros de esta familia, ya que muchas personas de nuestra población son familias que contemplan este hecho, es decir que han viajado a varios Estados para conseguir sustento. Asimismo, fruto de esta emigración, se han roto muchas uniones y en virtud de ello, padres e hijos viven separados por las líneas fronterizas, no obstante, su relación se mantiene no solo por lazos de sangre y de afecto sino también se conservan a través de la comunicación a través de tecnología, el régimen de visitas y la provisión de recursos económicos a través de las instituciones financieras. En este orden de ideas, la Carta fundamental consagra el derecho y el panorama necesario para realizar reformas en la ley de la niñez y adolescencia. De esta forma, el Estado puede mejorar las políticas públicas y adecuarlas para permitir la armonía entre las familias transnacionales y garantizar sus derechos constitucionales. Así también las disposiciones reconocen los diversos tipos de familias ya que esta institución se encuentra en constantes cambios, es dinámica puesto que la sociedad también lo es, lo único que se requiere es que la familia sea garantizada en su plenitud.

En el presente caso a analizar, la hija menor de edad, en la época se suscitaron los problemas, tenía 9 años, razón por la que la administración de justicia por parte de la funcionaria buscaba el garantizar el desarrollo y protección de los derechos de la niña, con más contundencia por cuanto incide el interés superior del niño. Esto por cuanto la materia de niñez es de interés y derecho público por lo que no puede ser modificada o adaptada a acuerdos privados. En virtud de esto, la Corte Constitucional, sin necesidad de analizar la decisión y motivación de la jueza de primera instancia, resuelve conceder la tenencia al padre progenitor de la menor. No obstante, la Corte, como órgano competente a salvaguardar y asegurar los derechos consagrados en la Constitución, reconoce y manifiesta que en la fecha de la decisión judicial del 4 de noviembre de 2009, la hija menor de edad, no alcanzaba la edad de doce años, razón por la que, la jueza tomando en cuenta los hechos suscitados en la demanda, solo podía apegarse al texto legal que se establece en la ley especial de niñez y adolescencia, que en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, lo que se establece en la disposición 2 del artículo 106 de la misma ley, que estipula que cuando no existe un común acuerdo entre los padres “...la patria potestad de los que no han

*cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija". Sin embargo, en este proceso judicial, una vez que ha llegado a segunda instancia y es resuelto por el juez provincial en materia de niñez y adolescencia, la Corte no halló ninguna prueba que pueda evidenciar que la actitud de la progenitora pueda dañar o vulnerar el efectivo desarrollo de los derechos de la menor de edad, para que de esta forma la jueza de primera instancia se vea en la necesidad de otorgar la tenencia de la hija al padre por ser un entorno más propicio para su desarrollo; donde la niña no sufra ningún vejamen físico o moral a su integridad. En cambio, lo que se alegó en la apelación fueron los constantes viejas de la madre por razones de trabajo al extranjero y que su ausencia era frecuente. Esto, no obstante, no es relevante por ningún motivo para dañar el entorno de la menor que ha sido cuidado y vigilado por sus tíos maternos, quienes han estado al cuidado de la niña en la ausencia de la madre. Por esa razón, la Corte Provincial establece que la progenitora de la menor de edad, en los viajes que realizaba por razones laborales al extranjero, mantenía y cumplía la obligación económica y moral que debía para con su hija, por lo que enviaba dinero constantemente para cubrir con todas sus necesidades, además de las necesidades de sus otros dos hijos del compromiso anterior de la demandada; hecho que evidencia que no ha existido abandono por parte de la progenitora sino permanencia en el vínculo familiar y afectivo para con sus hijos.*

Los referidos hechos, según los administradores de justicia a nivel provincial, implican a la madre en una posición de igualdad ante el progenitor de la menor de edad, el señor Mark Hester, por lo cual cumpliendo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia que manifiesta que se debe siempre preferir a la madre sobre el padre en el cuidado de la crianza de los hijos, cuando esto no vulnere en ninguna consideración el principio de interés superior del niño. Motivo por el cual, la resolución dictaminada por la jueza de primera instancia, de concederle la tenencia al padre de familia, implican la falta de observancia de las reglas propias de la ley especial y la Constitución, ya que en la presente causa se evidencia un caso de familia trasnacional, en virtud de que la progenitora se encontraba viajando constantemente a Estados Unidos y que en ningún momento desatendió sus obligaciones y los deberes que le correspondían como madre de su hija menor de edad y de sus otros hijos.



Por otro lado, la Corte señala que la hija menor de edad, de demanda la tenencia, tenía menos de 12 años, por lo que no era una adolescente y no tenía la posibilidad de pedir por voluntad propia el derecho a vivir con su padre, lo deseare o no. Además, se tiene constancia de que la actitud de la progenitora ni sus deberes laborales para con la empresa que la emplea, no implican ni implicaron un daño o vulneración para el desarrollo de la niña, porque existía un vínculo de armonía entre ellas y porque sus viajes no imposibilitaban el ejercicio de la tenencia sobre su hija. Sin embargo, se analiza que si bien la jueza de primera instancia, dejó de observar las reglas básicas de la tenencia en su decisión judicial, que implicaban la protección y garantía de los derechos establecidos en la Constitución también, esto fue corregido por los jueces de segunda instancia, a nivel provincial. En la decisión judicial emitida en virtud de la apelación, se resolvió precautelar, salvaguardar y proteger los derechos de la menor para lograr su desarrollo integral en todos los sentidos. Por esta razón, esta resolución sí observa lo establecido por la ley de la niñez y adolescencia y cumple con el interés superior de la niña.

En suma, la Corte Constitucional, establece, comprendiendo que la tenencia y el régimen de visitas son temas muy controvertidos en la sociedad, pero requieren la mayor cautela, puesto que no son fáciles de analizar, que todos los administradores de justicia, quienes garantizan y protegen los derechos consagrados en la Constitución y en la ley, deben tener en cuenta *"garantía del derecho para favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes"*, y las *"acciones del Estado como garante para efectivizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes"*, como máximas que sirven como base para administrar justicia en virtud del principio de interés superior del niño, en los problemas o conflictos que deriven del ejercicio de sus derechos que se encuentren en relación con los derechos sus padres y los demás familiares que estén en su entorno y de los cuales proceda el cuidado y manutención de los niños. Por todas estas razones, la Corte Constitucional establece que la resolución que se emitió el *12 de enero de 2012*, por parte de la *Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia*, en el expediente y juicio asignado con el número *0756-2011*, no existe vulneración de los derechos establecidos en las disposiciones constitucionales sobre el debido proceso y la garantía del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes,

tampoco existe vulneración sobre el derecho constitucional a la seguridad jurídica, previstos en los artículos 76 numeral 1, y 82 de la Constitución del 2008, por lo que los administradores de justicia han emitido decisiones en virtud de sus funciones establecidas en la propia norma suprema y en la ley. Esto quiere decir que, los jueces referidos cumplieron con lo establecido en la ley y motivaron la sentencia con la debida claridad, previsibilidad y publicidad. (SENTENCIA No 157-18-SEP-CC, 2018)

## **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 064-15-SEP-CC CASO N.O 0331-12-EP.**

En la era contemporánea, en el que la mujer, gozan de los mismos derechos y obligaciones al igual que los hombres, se convierte también en un individuo proveedor de sus hogares, y tienen la responsabilidad compartida de proveer equitativamente con lo necesario para el desarrollo y sobrevivencia de la familia.

Prácticamente a diario, nos enteramos que tanto madres como padres se alejan de sus hogares, ya sea temporal o permanentemente, dejando a sus hijos al cuidado de terceras personas, con la finalidad de buscar un mejor futuro. Lejos de desensibilizarnos, estas historias siempre nos conmueven por los pequeños que pierden a las personas a quienes más aprecian y necesitan, sabiendo que los padres son las personas más cercanos a sus hijos, quienes son desde su nacimiento sus protectores, proveedores, sus representantes, y con quien mantienen relaciones afectivas más enérgicas.

En este caso, y con fines investigativos, podemos apreciar que existe una fuerte evidencia de la vulneración de derechos del padre, ya que la madre de la menor no convivía de forma constante con su hija, conviviendo la menor, en esos lapsos de tiempo de ausencia de su progenitora con su tía materna. El progenitor solicitó que se le confiara a él, la tenencia legal de su hija menor de edad, mismo que alegaba que la madre había abandonado el hogar de manera injustificada por más de 6 meses, ella alegó que su ausentismo se daba por aspectos netamente laborales y que no pasaba más de 6 meses fuera del país, tiempo límite que establece el Código de Niñez y Adolescencia, para suspender la patria potestad, Los órganos de justicia Competentes resolvieron a sano criterio que, el ausentismo de la madre no afecta el desarrollo integral del rol de la madre, por ende, no existiría impedimento alguno para inhabilitarle la tenencia de la niña, por ende dicha demanda le tenencia de la menor a favor de su progenitor le fue negada, aun sabiendo que la madre se ausentaba por largos lapsos de tiempo.

Este es un típico caso de muchos que han pasado por nuestras Cortes de Justicia, en que es evidente la desigualdad de derechos entre las madres y los padres sobre la tenencia de sus hijos, puesto se le privó a la niña a convivir con su progenitor cuando su madre, a quien se le confió su cuidado se encuentra

lejos de ella, y a su padre se le negó su derecho de convivir y continuar manteniendo sus relaciones afectivas.

Este sería uno de los posibles casos en que se hubiera subsanado, favoreciendo a cada uno de sus padres de manera equitativa y salvaguardando el interés superior del menor, resolviéndose con la figura jurídica de la tenencia compartida, es decir, ambos progenitores gozan de la tenencia de su hijos menores de edad, y así proteger tanto al menor y a sus derechos, como el derecho de ambos padres de tener con ellos a sus hijos.

### 3 PLANTAMIENTO DE POSIBLES SOLUCIONES LEGALES AL PROBLEMA

Implementar en la legislación ecuatoriana la figura Jurídica de la tenencia compartida, en base a los Derechos y obligaciones de los progenitores respecto a sus hijos, respetando los Principios consagrados en la Constitución.

- Respecto al artículo 118 (Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia, 2003), se deberá reformar en la parte del texto de la norma, que estipula: "...A uno de los Progenitores", por la palabra, "**a los dos progenitores, en forma compartida**", (El texto en negrillas y subrayado son míos).

Por lo que cuyo texto de proyecto de ley, deberá aprobarse y promulgarse de esta manera:

En los casos de separación o divorcio del padre y de la madre, y; para seguir manteniendo el desarrollo integral del hijo o hija de familia, se confiará su cuidado, crianza y educación **a los dos progenitores, en forma compartida**, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

- Respecto al artículo 106, inciso 2 (Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003), se deberá reformar agregando "**madre o padre, por sano criterio y decisión del juez.**" (El texto en negrillas y subrayado son míos).

Con lo que, cuyo texto de proyecto de ley, deberá aprobarse y promulgarse de esta manera:

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

- Respecto al artículo 106, inciso 4, (Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003) se deberá derogar la preferencia que se le da a la madre, y deberá ser compartida por ambos progenitores, por lo que deberá el texto normativo “*se preferirá a la madre*”, agregando que “**se le otorgará al padre y a la madre de forma compartida**” (El texto en negrillas y subrayado son míos.).

Quedando al precepto legal que deberá aprobarse y promulgarse de esta manera:

Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se le otorgará al padre y a la madre, de forma compartida, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.

- Incorporar en el código civil la definición legal de la Tenencia Compartida, en el título 11 de los Derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, cuyo texto dirá cuyo texto dirá:

La tenencia será compartida para ambos progenitores, salvo el caso de que algún padre o madre se encuentre en una de las causales de privación, inhabilidad o perdida judicial de la Patria Potestad, y en ese caso podrá, según el interés superior del menor, recurrir al régimen de visitas, que será regulado por el juez.

Crear como primer inciso en el artículo 118 en el código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuyo texto dirá:

La tenencia será compartida para ambos progenitores, salvo el caso de que algún padre o madre se encuentre en una de las causales de privación, inhabilidad o pérdida judicial de la Patria Potestad, y en ese caso podrá, según el interés superior del menor, recurrir al régimen de visitas, que será regulado por el juez”, se deberá insertar en la presente Ley, por ser especificidad de la materia y, por ser una Ley Orgánica, es decir, que prevalece sobre las leyes Ordinarias.

#### **4. RECOMENDACIONES**

Reformar la legislación ecuatoriana vigente sobre la familia, con respecto a la figura jurídica de la tenencia de los menores de edad, establecidos en código de la Niñez y Adolescencia, regulando sus relaciones de convivencia y crianza. Así mismo, recomiendo reformar el Código civil, en su libro Primero sobre las personas, relacionadas con la familia y su relación de convivencia, respecto a la situación legal de la tenencia en materia de familia, Derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, al igual que la situación legal de prestación de alimentos al menor; según las capacidades económica y el tiempo de permanencia que le corresponda a la compartición de cada uno de sus progenitores.

Implementar la norma en el Código Civil y al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sobre la obligación de educar de los progenitores a sus hijos, de interesarse concurriendo a los establecimientos educativos, y ejerciendo como obligatorio asistir, conjunta o separadamente, el interesarse por el desarrollo educativo del menor a cargo de ambos, dado que la tenencia es compartida.

#### **5. CONCLUSIONES**

Si lo vemos desde una perspectiva de a criterio simplificado, que a pesar que el estado ecuatoriano, es un estado Democrático en el que prevalece una Constitución que afianza y promulga la Igualdad, la equidad y la Justicia Social, debemos reconocer que aún, en ésta era contemporánea, se encuentra arraigado

en nuestro ordenamiento jurídico legal, normas que vulneran Derechos y Principios consagrados en nuestra carta magna, desfavoreciendo a ciertos grupos de personas, y, vulnerando el principio de igualdad y su aplicación legal inmediata, plasmándolo así, y fomentando desigualdades entre grupos de individuos que forman esta sociedad. En ésta esfera se consolida y acentúa la Desigualdad de Derechos que existe entre las madres y los padres, con respecto a la tenencia de sus hijos menores de edad, desigualdad que se da cuando los progenitores han decidido separarse o divorciarse.

Desigualdad, que a un criterio más plausible, se puede subsanar para salvaguardar no solo los derechos del padre sino, del más importante y más vulnerable del núcleo familiar, que es del niño menor de edad, quien también tiene derecho a convivir con su progenitor, precautelando siempre el bienestar primordial del niño o niña y adolescente.

A mi sana crítica, en la nación Ecuatoriana, existe la necesidad de incluir la tenencia compartida en caso de separación o divorcio de los progenitores, con el objetivo de que dicha separación no afecte el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, pues es su derecho natural mantener relaciones afectivas, de manutención, de cuidado y de convivencia, no solo con uno de sus progenitores sino con ambos. Situación que en el país es muy limitada, ya que en la actualidad, al existir la separación o divorcio de los progenitores, el hijo deberá convivir con uno de los padres, mientras que el otro generalmente se somete a un régimen de visitas, lo cual constituye un injusto jurídico para uno de los progenitores, sea padre o madre, que afecta a la vez el principio de interés superior del niño o adolescente.

En otras palabras; es de suma importancia que el juzgador deba tener un exhausto estudio de caso por caso y no la aplicación general de la ley, en la que se le otorgue la tenencia a la madre como prioridad. Sino darle al juez la posibilidad o alternativa de decidir o dictaminar como una mejor solución la tenencia o custodia compartida, para evitar un conflicto que provoque algún daño en el menor, considerando siempre el debido resguardo y respeto al Interés superior del menor.

## BIBLIOGRAFÍA

- SENTENCIA No 157-18-SEP-CC , CASO No 1897-17-EP (Corte Constitucional del Ecuador 25 de Abril de 2018). Obtenido de: REL\_SENTENCIA\_157-18-SEP-CC.pdf (corteconstitucional.gob.ec)
- Acuña San Martín, M. (2013). *EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL*. Recuperado el 29 de Abril de 2021, de Revista de derecho (Coquimbo): <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>
- Argentina. (2014 ). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires .
- Asamblea Nacional de las Naciones Unidas. (1976). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En *Artículo 26*.
- Cabanellas, G. (1976). *Diccionario de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Chile, C. N. (2013). *LEY 20680.INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS*.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.
- Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. En *Artículo 105*.
- Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. En *Artículo 100*.
- Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. En *Artículo 9*.
- Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. En *Artículo 106, Inciso 2*.
- Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. En *Artículo 106, Inciso 4*.
- Ecuador. (2003). *Código de la Niñez y la Adolescencia*.
- Ecuador. (2003). Código de la Niñez y la Adolescencia. En *Artículo 118*.
- Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.
- Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. En *Artículo 11, Numeral 2* (pág. 9).



Ecuador. (2015). Código Civil Ecuatoriano. En *Artículo 283*.

González, H. (2011). ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA COMPARADA. *Revista Jurídica de Derecho*.

López, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.

LUCAS REYNA, G. M. (2017). *DE LA TENENCIA Y LA CUSTODIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*. Ambato.

Perú. (16 de Octubre de 2008). *JUSTICIA*. Recuperado el 28 de Abril de 2021, de <https://peru.justia.com/federales/leyes/29269-oct-16-2008/gdoc/>

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

Rodríguez López, R. (2011). *Experiencias Jurídicas e Identidades Femeninas*. Madrid: Dykinson.

UNICEF. (2006). *Convención sobre los derechos del niño* . Madrid.



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



**SENESCYT**

Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **VELA JUEZ, OLINDA STEFANY**, con C.C: # **0926660051** autor/a del componente práctico del examen complejo: **DESIGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LAS MADRES Y LOS PADRES SOBRE LA TENENCIA DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD.** previo a la obtención del título de **ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 05 de **mayo** de **2021**

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **VELA JUEZ, OLINDA STEFANY**

C.C: **0926660051.**



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



**SENESCYT**  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## **REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

### **FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN**

<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	Desigualdad de derecho entre las madres y los padres sobre la tenencia de sus hijos menores de edad		
<b>AUTOR</b>	Olinda Stefany Vela Juez		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Dra. Maritza Reynoso Gaute. (tutora) y Dra. Nuria Pérez Puig-Mir (revisora)		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TITULO OBTENIDO:</b>	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	05 de mayo de 2021	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	38
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Constitucional, Derecho Civil de Familia.		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Igualdad de Género, Corresponsabilidad Parental, Tenencia Compartida, Igualdad de Derechos, Equidad, Paternidad, Discriminación, Principio de Igualdad.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT</b>	<p>Esta investigación se basa en la exposición de la existencia de normas legales vigentes que vulneran derechos y Principios consagrados y protegidos por nuestra constitución, es decir, que en la actualidad, existen diversas situaciones jurídicas-legales, que por el hecho de preexistir ciertas normas en rigor, crean y fomentan una fuerte brecha de desigualdad de Derechos, como es en el caso de la existencia de desigualdad de derechos entre las madres y los padres sobre la figura jurídica de la tenencia de sus hijos menores de edad, desigualdad palpable y explícita estipulada y vigente en los Artículos 118 y 106 numerales 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia.</p> <p>La Legislación actual, que rige en la materia de Derecho Civil de Familia, en nuestro país, en las situaciones en que los progenitores de los niños niñas y adolescentes, se encuentran separados o divorciándose, la normativa legal otorga privilegios, preferencias y/o favoritismo, a las madres con respecto a la tenencia de sus hijos, es decir que la ley encamina al juez, quien es el encargado de tomar las decisiones judiciales, a preferir otorgarle la tenencia de los hijos menores de edad a su progenitora, sin perjuicio de que el progenitor también se encuentre capacitado y goza de las mismas condiciones que la madre para ejercerla.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:+593979445179</b>	<b>E-mail: stefany-vela@hotmail.com</b>	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre: Dra. Maritza Reynoso Gaute.</b>		
	<b>Teléfono: PBX: (04) 3804600 - (04) 2222024- (04) 2222025 - 0968462601</b>		
	<b>E-mail: maritzareynoso@cu.ucsg.edu.ec</b>		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>No. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			