



## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

### **“LA TENENCIA COMPARTIDA: SOLUCIÓN O CONFLICTO”**

Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

#### **AUTOR:**

Kleber Ivan Suin Cajamarca

#### **DIRECTOR:**

Dr. Edy Daniel Calle Córdova

CUENCA – ECUADOR

Marzo 2016



## RESUMEN.

La presente investigación analiza la regulación de la Tenencia Compartida dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, con la finalidad de velar por el verdadero interés superior de los niños cuando se dan separaciones entre los padres.

Para su mejor comprensión partiremos de la definición de Tenencia Compartida.

Es necesario determinar las causas de la pugna por la tenencia de los menores. Debido a que el objeto de estudio son los niños es fundamental analizar nuestro Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, el Código Civil Ecuatoriano, la Constitución de la República y más normas y leyes complementarias relacionadas con los menores.

Abordaremos el daño psicológico que se ocasiona en los niños a causa de las separaciones dañinas de los padres.

Analizaremos el principio del interés superior de los niños, quienes al ser un grupo vulnerable dentro de la sociedad, son a los que más se les violenta sus derechos, por tal razón requieren de una protección especial. Trataremos de determinar los factores que los jueces deben tomar en cuenta para optar por la Tenencia Compartida.

Analizaremos brevemente el derecho comparado, como la Legislación Colombiana. Realizaremos sugerencias para posibles reformas legislativas, que se debe realizar dentro de nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia y la Constitución. Finalmente analizaremos un caso práctico realizado en nuestras cortes ecuatorianas, en el cual se evidencia la violación de los derechos de un niño.

Palabras claves: tenencia compartida, visitas, daño psicológico, patria potestad.



## ABSTRACT.

This research Project analyzes the regulation on Joint Custody into our Legal System, in order to ensure the real superior interests of kids when parents have decided to separate.

In order to be fully comprehensible, we will start from the definition of Joint or Shared Custody.

It is necessary to determine the real reasons of the struggle for the custody of the kids. Due to the fact that kids are the main subject of study it is fundamental to analyze our Organic Code on Childhood and adolescence, The Ecuador Civil Code, The Constitution of the Republic and other rules and complementary laws related to minor children.

We will also handle the psychological damage caused to children due to a harmful separation of parents.

We will analyze through this document the principle of the superior interests of kids, whose rights are mostly violated since they are a vulnerable group of society; then they deserve a special protection. We will try to determine the factors judges must take into consideration when deciding a Joint Custody.

We will briefly analyze the comparative law as it is the Colombian Legislation. We will make suggestions for possible legislative amendments that have to be done to our Childhood and Adolescence Code and the Constitution. Finally, practical cases performed in Ecuadorian Courts will be analyzed, in which violation of children rights has been evidenced.

Key Words: Joint Custody, Shared Custody, Visits, psychological damage, Parental Authority.



## ÍNDICE DE CONTENIDOS.

RESUMEN.....	2
ABSTRACT. ....	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	4
DEDICATORIA. ....	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I. ....	11
ANÁLISIS PRELIMINAR. ....	11
<b>1.1 Definición.</b> ....	11
<b>1.2 Código Civil Ecuatoriano.</b> ....	12
<b>1.3 Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.</b> .....	15
<b>1.4 Constitución de la República del Ecuador.</b> .....	24
CAPÍTULO II. ....	30
SEPARACIONES DAÑINAS: DAÑO PSICOLÓGICO EN LOS HIJOS.....	30
2.1 La separación de los padres y el divorcio.....	30
2.2 El daño Psicológico. ....	32
2.3 Impedimento de contacto entre padres e hijos. ....	42
2.4 Padres responsables.....	47
CAPÍTULO III. ....	52
TENENCIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS. ....	52
3.1 Principios inspiradores de la tenencia compartida. ....	52
3.1.1 Principio de interés superior del niño. ....	52
3.1.2 Principio de corresponsabilidad parental.....	56
3.1.3 Principio de igualdad.....	57
3.2 Formas de tenencia.....	58
3.2.1 Tenencia exclusiva.....	58
3.2.2 Tenencia alterna. ....	59
3.2.3 Tenencia Compartida o Conjunta. ....	59
3.3 Tenencia compartida y visitas.....	60
3.4 Tenencia vs Patria Potestad. ....	64
3.5 La Mediación una alternativa en la tenencia compartida. ....	71



3.6 Demanda: Procedimiento.....	73
3.7 Aspectos que los jueces deben tomar en cuenta al otorgar la tenencia compartida.....	77
CAPÍTULO IV.....	79
ANÁLISIS LEGISLATIVO.....	79
4.1 Derecho comparado.....	79
4.2 Sugerencias para posibles reformas legislativas.....	81
4.2.1 Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.....	81
4.2.2 Constitución de la República del Ecuador.....	89
4.3 Caso práctico: Análisis.....	90
CONCLUSIONES.....	98
RECOMENDACIONES.....	99
ANEXOS.....	100
Anexo 1: Acta de Audiencia del Caso No. 0699-JCPD-2011.....	100
Anexo 2: Resolución Caso No. 0699-JCPD-2011 .....	102
Anexo 3: Acuerdo Juicio No. 516-2011 .....	103
Anexo 4: Resolución Juicio No. 516-2011.....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	105



Universidad de Cuenca

**Cláusula de Derechos de Autor.**

*KLEBER IVAN SUIN CAJAMARCA*, autor de la monografía "LA TENENCIA COMPARTIDA: SOLUCIÓN O CONFLICTO", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, 02 de marzo del 2016

*KLEBER IVAN SUIN CAJAMARCA*

C.I. 010465568-3



Universidad de Cuenca

**Cláusula de Propiedad Intelectual.**

KLEBER IVAN SUIN CAJAMARCA, autor de la monografía "LA TENENCIA COMPARTIDA: SOLUCIÓN O CONFLICTO", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 02 de marzo del 2016

*KLEBER IVAN SUIN CAJAMARCA*

C.I. 010465568-3



### DEDICATORIA.

*Quiero dedicar la presente monografía absolutamente en todo su contenido, a la persona que más amo en mi vida, mi hijo Klever Sebastian Suin S. ya que ha sido mi gran inspiración para culminar mi carrera universitaria y haber alcanzado este sueño tan anhelado, y que hoy gracias a Dios, a mi esfuerzo y dedicación se convierte en realidad.*

*De igual manera una dedicatoria muy especial a mi madre Aida Cajamarca, quien ha sabido educarme con buenos principios y valores.*





### AGRADECIMIENTOS.

*Un agradecimiento eterno a mi director Dr. Edy Daniel Calle Córdova, ya que gracias a su contribución y asesoramiento de una manera responsable, ha sido posible realizar la presente monografía.*

*A todos los docentes de la Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, por sus enseñanzas y conocimientos compartidos en las aulas.*

*A mi madre; Aída, mis hermanos; Edwin, Pilar, a mis sobrinos; Paul, Pamela, Michelle, y mis cuñados; Flavio, Dilma, todos ellos siempre han sabido brindarme su apoyo incondicional.*

*A mi hijo, Klever Suin, por brindarme siempre su apoyo, su cariño, confianza, y respeto. Gracias a ti hijo mío, he alcanzado esta meta tan importante de mi vida, y he podido ver en esta hermosa profesión del Derecho, una oportunidad para hacer justicia, defendiendo los derechos de las personas, sobre todo de los niños.*



## INTRODUCCIÓN.

El antecedente más inmediato lo encontramos en el sistema anglosajón, que durante los años sesenta ocurrió la primera decisión sobre la Tenencia Compartida. Luego se extendió a Francia Suecia y Canadá, y en diecinueve estados de Norte América. La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para su desarrollo emocional saludable del mismo. Los hijos tienen derecho a crecer y ser formados, tanto por su madre como por su padre, en igualdad de condiciones.

Mientras la pareja permanece unida, el menor disfruta de los dos progenitores, la ruptura crea una nueva estructura y la responsabilidad parental se concentra en apenas uno de los padres, generalmente en la madre, quedando el padre en un plano secundario, reduciendo su rol de padre, a un limitado derecho de visitas para con su hijo.

Dentro de nuestra realidad social, a diario surge cada vez más conflictos, que involucran las relaciones entre padres e hijos. Sin embargo, son escasas las normas legales en relación a este problema.

De esta base fáctica, provista por una realidad en permanente evolución, derivan los temas que serán objeto de nuestro análisis.

Es por el ello que analizaremos el tema de la tenencia de los menores dentro de nuestra legislación, para lo que será fundamental analizar nuestra Constitución, el Código Civil y el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

Debido a que el sujeto común, de los temas en estudio es el menor, con carácter de protagonista, veremos los daños psicológicos que quedan en los niños, a causa de las separaciones entre los padres, al no poder mantener una continuidad de convivencia con uno de sus progenitores.

Profundizaremos nuestro análisis optando por la tenencia compartida, como el mejor método, para velar por el verdadero interés superior de los niños.

Analizaremos un caso práctico en el cual se vulneró gravemente los derechos de un niño y de su padre, al impedir que mantengan relaciones afectivas, y un breve análisis de algunos ordenamientos extranjeros, completa la presente investigación.

Finalmente llegaremos a una conclusión sobre la tenencia compartida si es una solución o un conflicto que se puede generar dentro de nuestra sociedad.



## CAPÍTULO I.

### ANÁLISIS PRELIMINAR.

#### 1.1 Definición.

Partiremos primeramente explicando la palabra “tenencia”, que según su etimología se deriva del verbo tener.

Sin embargo dentro del ámbito del derecho, la tenencia de menores se asemeja a la palabra “tuición” que según Cabanellas significa; “Defensa, amparo, protección de un derecho”. (Cabanellas, 2005)

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra “tuición” como: “Acción y efecto de guardar o defender”. (Real Academia de la Lengua Española, 2014) Guardar significa; custodiar y cuidar algo y la palabra cuidar quiere decir proteger, asistir, entonces la palabra tuición sería el cuidado, custodia, protección, guarda, que tienen los padres sobre los hijos menores.

Sin embargo no tenemos que confundir la palabra tenencia con la posesión de las cosas, ya que es el significado que le asigna nuestro Código Civil en el libro segundo sobre los bienes, al referirse a la tenencia hace alusión a la posesión de las cosas. En el diccionario de Guillermo Cabanellas también encontramos que se refiere a la tenencia como; “La mera posesión de una cosa...” (Cabanellas, 2005)

Para la comprensión de la palabra “tenencia”, tenemos que entenderla como un término también aplicable dentro de las Unidades de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, también se le reconoce tanto en la ley, como en la jurisprudencia ecuatoriana, que para referirse a los menores se utiliza la palabra tenencia de menores.

Para la Tratadista argentina Dra. Graciela Medina en su obra Tenencia del Hijo manifiesta que: “La Tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad”. (Medina & Hollweck , 2001)

Sin embargo el deseo de compartir ambos padres, aun siendo no convivientes, lo relativo a la educación y crianza de los hijos, y en este último sentido de tener un adecuado vínculo con los progenitores, motivó que en los hechos apareciera una nueva forma de tenencia, esta innovación es la tenencia compartida. (Medina & Hollweck , 2001)



El Dr. Manuel Ossorio<sup>1</sup> al respecto nos da la siguiente definición: “Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinar a cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad...” (Ossorio, 2010)

Para los Tratadistas argentinos Gil Domínguez, María Fama y Marisa Herrera, en su obra Derecho Constitucional del Familia señalan que; “La Tenencia Compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales”. (Domínguez, Fama, & Herrera, 2006)

Si bien adentrarse en una definición resulta complejo, pues puede no contemplar lo que en realidad domina el término que se pretende definir, no obstante resulta imperioso intentarlo haciendo lo posible para explicar que comprende la tenencia compartida;

Es una institución en el que ambos padres tienen la tenencia física y legal de sus hijos, comparten derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención, y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, en igualdad de condiciones en todas las decisiones y acciones relativas a los hijos.

Finalmente podría decir que la tenencia compartida, debería ser la regla general dentro de nuestra legislación, y la tenencia unipersonal debería ser la excepción, esto siempre y cuando no sea perjudicial para los hijos menores de edad.

## 1.2 Código Civil Ecuatoriano.

Nuestro actual Código Civil en su: **Art. 272** expresa lo siguiente:

---

<sup>1</sup> El Dr. Manuel Ossorio y Florit nació en España, fue Abogado, tratadista y publicista, fue un gran jurista que marco profundamente a la Abogacía Argentina, consagrado a la investigación jurídica. Escribió varias obras entre ellas “El Alma de la Toga”, dedicado a su hijo menor Manuel Ossorio.



*“No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a estos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes”. (Código Civil, 2015)*

Analizando nuestro Código Civil encontramos que tenemos un gran vacío legal, ya que nos habla de una visita a los hijos en caso de separación de los padres, lo cual no es un término apropiado, el término visita según Guillermo Cabanellas significa: “acto de ir a ver a alguien en su casa, o en lugar donde permanece o se encuentra por razón de trabajo u otra causa. (...) Asistencia domiciliaria del médico...” (Cabanellas, 2005)

Entonces nosotros podríamos visitar a un enfermo, a una persona extraña, a un amigo, pero no es lo mismo que mantener una relación permanente, como debería ocurrir con nuestros hijos, ya que con dicho término estaríamos limitando a un mero estar físico.

En la Legislación Argentina en su **art. 555** se la conoce como:

*“Derecho de comunicación: Los que tiene a su cargo el cuidado de personas menores de edad (...), deben permitir la comunicación de estos con sus ascendentes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado...” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015)*

El autor argentino Eduardo Zannoni manifiesta; “Que debe superarse el inconveniente con una denominación más real, como es el derecho a una adecuada comunicación o contacto frecuente con los hijos...” (Zannoni, 1978)

Entonces vemos que en la legislación comparada utilizan una denominación más amplia, y es que si hablamos de derecho de visitas se alude solo a un aspecto de las relaciones familiares, el físico, siendo la institución mucho más amplia.

En cuanto al cuidado de los hijos en caso de divorcio, **art 108** del Código Civil expresa:

“ ...

*1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad.*

*2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel que los padres que ellos elijan...” (Código Civil, 2015)*



Este artículo actualmente se encuentra derogado por el COGEP<sup>2</sup>, que sustituye al **art. 108** del Código Civil de la siguiente manera:

*“Para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia”. (COGEP, 2015)*

Sin embargo resulta conveniente realizar un breve análisis a dicho artículo del Código Civil, en vista de que las reglas mencionadas debieron ser modificadas desde hace mucho tiempo, esto para establecer la igualdad de los conyugues, y para atender mejor el interés de los hijos. En la primera regla estaría dejando en un plano secundario al padre divorciado o separado, porque solo otorgan la tenencia de los hijos a la madre en el caso de hijos impúberes. En la segunda regla, es un poco inhumano ponerle al niño a escoger entre si quedarse a vivir con su padre o su madre, obviamente el niño va a escoger quedarse a lado del progenitor que menos le exija, y no al padre que le brindará una mejor educación, muchas de las veces no sabrá ni a quien elegir. El Dr. Juan Larrea Holguín manifiesta que la primera obligación de los padres consiste en “la crianza del hijo, es decir el conjunto de cuidados indispensables para su subsistencia y desarrollo, y se concreta esta obligación en el deber de alimentar, vestir, vivienda y formación de los primeros hábitos físicos, intelectuales, morales, etc...” ( Larrea Holguín, 2009)

Por lo que comparto con el criterio del Dr. Juan Larrea Holguín, en razón de que es indispensable que los padres velen por la educación de sus hijos, y sobre todo en los primeros años de vida, la crianza se refiere más estrictamente al niño, y solo extensivamente al menor adulto, si los padres han sido el instrumento para la procreación, nada más lógico que ellos mismos sean los encargados de completar esta obra, educando a sus propios hijos, por lo que el divorcio o separación de los padres no debería ser un impedimento para que los hijos se queden desamparados por uno de sus padres, sobre todo del papá. Dentro de nuestra legislación es al padre a quién se le impide en caso de separación un contacto permanente con su propio hijo, por lo que con un limitado derecho de visitas como expresa nuestro Código Civil, es imposible, que siga formando parte en la educación y crianza de su propio hijo, razón por la cual optar por una tenencia compartida, sería una gran solución a este conflicto, que tanto daña a la familia, y sobre todo a los niños, que son los más vulnerables.

Entonces por lo analizado es importante que el COGEP, haya derogado el artículo antes citado del Código Civil, sin embargo a mi criterio personal pienso

---

<sup>2</sup> El COGEP, entrará en vigencia en su totalidad el 22 de mayo del 2016, ya que actualmente se encuentran en vigencia solo ciertas normas, como las que reforman a la Ley Notarial, y tramites de jurisdicción voluntaria.



que deja un gran vacío legal, porque en la parte final del COGEP, dice que se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia”, y lamentablemente en nuestro Código de la Niñez, también existe un gran vacío legal, en cuanto a la situación de los niños en caso de separación de los padres, tema que lo analizaré a continuación en el presente capítulo.

### 1.3 Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

Vale la pena primeramente diferenciar entre Niñez y Adolescencia.

Niñez según Cabanellas significa; “Edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de su razón...” (Cabanellas, 2005)

Adolescencia según Manuel Ossorio: “Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros inicios de la pubertad hasta la edad adulta...” (Ossorio, 2010)

Nuestro Código de la Niñez, dice que “Niño es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Entonces básicamente nos toca centrarnos en los más indefensos, como son los niños, en vista de que por el sólo hecho de ser niños son a los que más se les vulnera sus derechos dentro de nuestro país, cuando se dan separaciones conflictivas entre los padres.

El **art. 8** del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia expresa:

*Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de derechos de niños, niñas y adolescentes”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

Este artículo nos habla de una corresponsabilidad tanto del estado, la sociedad y la familia para proteger los derechos de los niños. En cuanto a la responsabilidad del estado según la Tratadista Colombiana Dra. María Cristina Escudero en su obra Procedimiento de Familia y del Menor expresa que el Estado debe:



- ❖ “Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- ❖ Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas de niñez y adolescencia.
- ❖ Garantizar la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de las políticas públicas de niñez y adolescencia.
- ❖ Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.
- ❖ Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.
- ❖ Promover en todos los estamentos de la sociedad, el respeto a la integridad física, psíquica y el ejercicio de los derechos de los niños.
- ❖ Promover la convivencia pacífica en el orden familiar y social.
- ❖ Prestar especial atención a los niños que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia.
- ❖ Asegurar la alimentación, educación, salud, etc...” (Escudero Alzate, 2013)

El Estado, a través de nuestros asambleístas son quienes deben encargarse de dictar una ley que garantice el bienestar de los niños en caso de separación de los padres, cosa que no sucede dentro de nuestro sistema, razón por la cual se generan muchos conflictos familiares, porque existe una ley que a mi parecer cuando hay separaciones entre padres sólo protege a las madres, por tal razón muchas mujeres se aprovechan de esa situación para impedir al padre el contacto con su propio hijo.

En cuanto a la responsabilidad de la familia tiene la obligación de “promover la igualdad de derechos, el efecto, la solidaridad, el respeto recíproco entre todos sus integrantes, y protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal...” (Escudero Alzate, 2013)

Mientras que la sociedad “en cumplimiento de los principio de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, y demás personas jurídicas, así como las personas naturales tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, también tienen que dar aviso y denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que vulneren o amenacen los derechos de los niños...” (Escudero Alzate, 2013)

En los Tratados Internacionales: Derecho Humanos, en su **art. 16** expresa:





*"...la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)*

Para el doctrinario peruano Dr. Alex Plácido Vilcachagua, en su obra "La Familia y la Coparentalidad en el Perú" manifiesta que; "la familia desde la óptima de la sociología, la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituye un sistema integrado en la estructura social, con base en pautas estables en la sociedad..." (Plácido Vilcachagua, 2001)

Para la Dra. María Escudero la familia "es la comunidad de personas relacionadas por vínculos de parentesco". (Escudero Alzate, 2013)

Entonces es una necesidad universal y regional, regular dichas protecciones a la familia, para así garantizar el interés superior de los niños, y tener una mejor sociedad libre de violencia y maltratos.

El contexto legislativo y jurisdiccional comparado como por ejemplo en Alemania, nos permite señalar que si es posible establecer parámetros regulatorios legales que permitan a los jueces de la familia, tener una mejor herramienta de interpretación casuística para resolver un caso específico otorgando la tenencia compartida. Entonces si los padres no se ponen de acuerdo en cuanto a la tenencia de los hijos, el juez al tener una norma que contemple la tenencia compartida, en caso de conflicto entre los padres, se aplicaría la tenencia compartida de los hijos, y sería una gran solución a esta problemática de impedir el contacto a uno de los progenitores, generalmente al padre con su propio hijo, que tanto daña a la familia, a la sociedad, y sobre todo a los propios hijos.

"El método para imponer la Tenencia compartida en Alemania, parte de la facultad de los jueces de imponer reglas mínimas de conducta a los progenitores que en caso de ser vulneradas, generarían limitaciones de derechos.

Por ejemplo si el padre no quiere pasar alimentos a su hijo, se le impondrá una limitación de derechos, postergándose su derecho a una tenencia compartida, fijándose un régimen de visitas. Si la madre impide el contacto entre el padre y su hijo, por ejemplo se ordenará la variación de tenencia a favor del padre. Parámetros que evidentemente generan en el litigante progenitor una toma de conciencia de que sus expectativas y derechos están supeditados a los intereses y cuidado del hijo..." (Bermúdez Tapia, 2008)

Si nos basamos en informes multidisciplinarios, y no en simples propuestas políticas que no tienen un resultado óptimo en el ámbito jurídico, la reducción



de costos tanto para el estado como para los progenitores, permite señalar que esta opción legislativa es la mejor solución.

Entonces el Estado debe establecer políticas públicas que guíen las acciones que se desarrollan para asegurar la vigencia de los derechos y garantías de los niños, son públicas en el sentido que están formuladas entre el Estado y la sociedad.

Ejecutar programas que apoyen a la familia, sobre todo al momento de la separación, previo a trámites judiciales se debería exigir a los padres que concurren a las Juntas de Protección de Derechos de los Niños, al Consejo de la Niñez y la Adolescencia, que deben estar a cargo de verdaderos profesionales, para que puedan garantizar los derechos de los niños, o también pueden concurrir a los mismos departamentos técnicos del juzgado en donde reciban apoyo psicológico, a través de trabajadoras sociales, psicólogos, quienes deben orientar a los padres, para que manejen de la mejor manera la situación conflictiva de la pareja sin involucrar a los hijos.

Nuestro Código de la Niñez, habla mucho de la familia, pero acaso se refiere a la familia sólo cuando están unidos papá, mamá e hijos, o se refiere a la familia estén separados o casados. Personalmente pienso que se refiere a la familia en general, esté unida o separada, para Cabanellas "...familia la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común". (Cabanellas, 2005)

El mismo Código de la Niñez, nos dice que "La familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes". (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Entonces por el solo hecho de una separación de los padres el hijo no deja de ser familiar de sus progenitores, el matrimonio se disuelve, pero no la familia.

Al respecto el **art. 9** del Código de la Niñez nos dice:

*"...corresponde prioritariamente al padre y a la madre, **la responsabilidad compartida**<sup>3</sup> del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos". (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

---

<sup>3</sup> Si bien nuestro código de la Niñez no contempla la Tenencia Compartida, sin embargo nos habla de una responsabilidad compartida de los padres con respecto a los hijos, artículo que los Jueces deben tener en cuenta al momento de emitir sus resoluciones con respecto a la tenencia de los niños.



Se debería aplicar este artículo, por parte de los jueces de la familia, al momento de otorgar la tenencia de los hijos, si bien no dice tenencia compartida, pero se refiere a una responsabilidad compartida que según Gabriela Schreiner “la responsabilidad compartida son los derechos de los niños a compartir con sus padres”. (Schreiner, 2007) Que si lo sabemos interpretar sería igual a una tenencia compartida, pero sin embargo los jueces omiten este artículo tan importante en sus resoluciones.

El **art. 100** del Código de la Niñez también se refiere a la corresponsabilidad parental:

*“Corresponsabilidad parental.- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”.* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

El **art. 21** expresa:

*“Los niños, niñas, y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Estudios realizados por el británico John Oates han demostrado que “Los niños necesitan a sus padres, para poder prosperar en los planos emotivo, social y cognitivo, con gran beneficio para ellos mismos. Los niños necesitan un cuidado afectuoso, constante, sensible y responsable, de sus padres, algo que es tan importante como la necesidad de alimentos. Si bien hay que destinar recursos económicos, para afrontar las necesidades del niño relacionado con la alimentación, vivienda, educación, salud, de igual manera debe invertirse fondos y recursos en la educación de los padres, funcionarios públicos, sobre la importancia inmediata de satisfacer el deseo urgente de los niños, por alcanzar la seguridad afectiva en los vínculos de apego con sus propios padres”. (Oates, 2007)

Esta necesidad de seguridad afectiva, junto con las razones de los padres y las consecuencias benéficas que es probable que se logren, una vez creada o restablecida la seguridad afectiva de los niños.

Nuestro propio Código de la Niñez, establece que cuando se encuentran separado los padres, los niños tienen derecho a mantener relaciones afectivas permanentes con ambos progenitores, para un mejor desarrollo íntegro de los niños. El reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en



garantizar la continuación de las relaciones afectivas del menor con ambos progenitores, no obstante la crisis familiar, la gran mayoría de críticas al régimen de tenencia unilateral se basan en la defensa del derecho a la coparentalidad. Con la coparentalidad se busca lograr la unidad de la familia, en virtud a que ambos progenitores intervienen, en igualdad de condiciones en la crianza de sus hijos, independientemente de si viven juntos o no, logrando en ellos un desarrollo integral como fin supremo de la sociedad y el Estado. Como dice Karen Echavarría "...la coparentalidad implica cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto, y adaptación al divorcio entre padre e hijos, de esta manera la coparentalidad es posible cuando los progenitores se han adaptado adecuadamente a su separación, y han tomado conciencia de su identidad de co-progenitores". (Echavarría Guevara, 2011)

Para preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno-filiales, de manera que se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres, la mejor solución para lograr ese objetivo sería otorgando la tenencia compartida de los hijos. Como expresa Beltrán P, "...el mejor padre son ambos padres...". (Oates, 2007)

En cuanto a la tenencia de los hijos nuestro Código de la Niñez en el **art 118** está regulado de la siguiente manera:

*"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..."* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Lamentablemente, el artículo antes citado es el más aplicado dentro de nuestras cortes ecuatorianas, para ser más precisos lo que contempla nuestro Código de la Niñez es la tenencia unipersonal. Para la tratadista argentina Nora Lloverás, "La tenencia unipersonal, es aquella en donde la tenencia basada en la convivencia diaria y permanente es otorgada sólo a uno de los padres..." (Lloverás, 1994)

Esta es la causa, por la cual se ha dado prácticamente en todas las resoluciones judiciales, en torno a la tenencia de menores, una desigualdad de derechos, entre los progenitores. Generalmente la tenencia se le otorga a la madre, y al padre se le otorga un limitado derecho de visitas, como lo establece el **art. 122** del Código de la Niñez:

*"En todos los casos en que el juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija..."* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)



En un fallo dictado por la Corte Nacional,<sup>4</sup> sobre tenencia de menores, Nro. 31-2013, hace mención a que "...cuando se regula el régimen de tenencia, se determina de forma obligatoria el régimen de visitas que el otro progenitor puede realizar a su hijo o hija, por lo cual dichos regímenes pueden modificarse si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del niño, niña o adolescente que tiene la calidad de hijo o hija de familia, por lo cual no causa ejecutoria..." (Corte Nacional de Justicia, 2013)

De igual forma expresa que se tiene que cumplir lo dispuesto en el **art. 44** de la Constitución que establece:

*"El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños y adolescentes..."* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Asimismo el **art. 9** numeral 3 de la Convención de los Derechos del Niño que "...garantiza su desarrollo integral, en un entorno familiar de afectividad y seguridad..." (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Continuando con el fallo de la Corte Nacional, dice que con la tenencia asignada al padre o madre, se garantiza el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con su padre o madre de modo regular, siendo sus progenitores, quienes tienen la obligación de propender condiciones para el desarrollo integral de sus hijos, y del juez competente, el seguimiento sobre el cumplimiento de sus resoluciones, conforme el **art. 90** del Código de la Niñez que establece:

*"En las resoluciones sobre tenencia, el juez dispondrá que la Oficina Técnica haga un seguimiento periódico de la tenencia e informe sobre sus resultados".* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Como hemos visto, la Corte Nacional, dice que se debe garantizar el desarrollo integral de los niños, citan artículos constitucionales, incluso tratados internacionales, y lo mismo sucede con los jueces de la familia, mencionan, muchas normas, pero creo que lo hacen solo como mera formalidad.

No es posible garantizar el desarrollo integral de los niños, otorgando una tenencia unipersonal, esto es sólo a la madre, y lo que sucede en cuanto a las visitas creo que queda al arbitrio de la madre, porque dentro de nuestro sistema jurídico es a ella a quien se le pregunta que días quiere dejarle ver al

---

<sup>4</sup> El fallo de casación viene a la Corte Nacional, es planteado por una madre, quien no está de acuerdo con las resoluciones de primera y segunda instancia dictada por los jueces de la provincia de Tungurahua, quienes otorgaron la tenencia de una hija a la madre y de otra hija al padre.



hijo al papá, por ejemplo a un niño de 5 años quiere que comparta visitas con su padre un día a la semana, mucha de las veces cada 15 días, un par de horas y los jueces en sus resoluciones resuelven de la misma forma, un día a la semana, y si existe un juez un poco más consiente dos veces a la semana. Ante aquello no podemos decir que existe un compartimiento frecuente del hijo con su propio padre.

Pienso que existe una desigualdad de derechos ante este tipo de injusticias, si tanto hablamos de un interés superior de los niños, como es posible que primero se vea el bienestar de los padres, específicamente la madre, cuando se dan separaciones, los niños no deben ser víctimas de los conflictos de los padres.

Se da una violación de derechos de los niños porque no tenemos un tema dentro de nuestro código que esté ampliamente desarrollado, así como en el caso de alimentos está bastante desarrollado el tema.

Por ejemplo en caso de alimentos si el padre incumple el pago de pensiones alimenticias, se ordena su apremio. En el caso de visitas, si la madre no permite al padre ver a su hijo, no existe sanción, aparentemente se debería aplicar el **art. 125** del Código de la Niñez que expresa:

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

*Si el requerido no cumple con lo ordenado, el juez decretará apremio personal en su contra...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Pero es una norma que se aplica como medida de protección para recuperar al menor, cuando el padre lo retiene en ciertos casos, o mucha de las veces quiere estar unas horas o un día más con su hijo, se aplica el presente artículo y se recupera inmediatamente al hijo. Pero en caso de visitas no se aplica, ni siquiera se aplica sanción a la madre por desacato a la Autoridad, mucho menos se ordena el pago de daños y perjuicios por no permitir visitar al hijo.

Entonces no existe norma legal que obligue a que la madre cumpla con su obligación de permitir ver al hijo a su padre, repito nuevamente las visitas queda al arbitrio de la madre.



En Francia por ejemplo el Juez obliga a que los padres lleguen a un acuerdo conciliatorio en cuanto a la tenencia de los hijos, y si no llegan a un acuerdo, aplica la custodia compartida, en vista de que la Legislación Francesa si contempla aquello.

Realizamos reformas constitucionales, nos preocupamos de hacer reformas a la Ley de Registro Civil, tenemos un nuevo COGEP<sup>5</sup>, pero nos olvidamos de lo más importante que son los niños, y de reformar el Código de la Niñez, en caso de separación de los padres. Lo único que se ha incluido en el COGEP, es en cuanto a la capacidad de los menores que el Código de Procedimiento Civil, contemplaba lo siguiente:

**Art. 33:**

*“Incapacidad para comparecer a juicio: no pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:*

*El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal...” (Código de Procedimiento Civil, 2009)*

Actualmente el COGEP en el **Art. 31** establece

“Capacidad Procesal:

...Las y los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley.

(...)

Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos”. (COGEP, 2015)

Explicaremos brevemente el tema de la capacidad de los menores de edad.

Recordemos primeramente que la capacidad jurídica es aquella facultad que tiene una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Según el **art. 1462** del Código Civil “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”. (Código Civil, 2005)

---

<sup>5</sup> El COGEP, entrará en vigencia en su totalidad el 22 de Mayo del 2016.



“Esta capacidad se divide en capacidad de goce; la cual surge en el momento del nacimiento, inclusive en el vientre materno, y está indisolublemente ligada a la personalidad, y la segunda es la capacidad de ejercicio; la poseen las personas aptas con discernimiento para actuar por sí mismas, ejerciendo sus derechos y obligaciones, como también administrar sus bienes”. (Escudero Alzate, 2013)

En cuanto a la incapacidad según nuestro Código Civil en el **art. 1463** establece la incapacidad absoluta y relativa de los menores:

“Son incapaces absolutos los dementes, los impúberes, y sordomudos los que no pueden darse a entender por escrito (...).

Son incapaces relativos los menores adultos, los interdictos y las personas jurídicas...”. (Código Civil, 2005)

Según la Dra. María Cristina Escudero la diferencia entre incapacidad absoluta y relativa es la siguiente:

- “Los incapaces absolutos necesitan un representante para participar en el goce de los derechos y los relativos un representante o permiso del representante.
- Los actos de los absolutos tienen nulidad absoluta, y los actos de los relativos nulidad relativa.
- Los actos de los absolutos no producen obligaciones, y de los relativos producen una obligación natural”. (Escudero Alzate, 2013)

Entonces con la sustitución del art 108 del Código Civil analizado en líneas anteriores, es poco lo que se ha incluido en cuanto a reformas que tienen que ver con los niños.

Solo a través de la tenencia compartida, que esté plasmado en el Código de la Niñez, se podrá garantizar que los niños crezcan y se educan con su padre y con su madre, esto obliga a los progenitores a que dejen de lado los conflictos de pareja, y se pongan de acuerdo en los días que el hijo deba permanecer con el padre y con la madre, sin afectar al menor, caso contrario el Juez aplicará la tenencia compartida, y no un limitado régimen de visitas como lo establece actualmente nuestro código.

Lamentablemente vivimos en un país subdesarrollado, queremos un mejor país, pero como vamos a lograr aquello, sino trabajamos dando prioridad, a los niños, que son el presente y el futuro de nuestra patria.

#### **1.4 Constitución de la República del Ecuador.**





La Constitución sabemos que es la norma primera, fundamental y suprema de nuestro país. En la cual está plasmados derechos individuales y sociales y sus garantías; un gobierno y su organización; y los fines y los medios del gobierno instituido. Pero ya en el tema que nos compete analizar, es una Constitución que garantiza y protege los derechos de los niños. Así lo establece el **art. 44** de la Constitución:

*“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas...”*  
(Constitución, 2008)

**Art. 45:**

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad (...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; (...) a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; (...) y a recibir información de sus familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”. (Constitución, 2008)

**Art. 46:**

“ ...

1. *Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos...”* (Constitución, 2008)

Si nos fijamos, los tres artículos antes citados tienen algo en común, que la Constitución<sup>6</sup> defiende mucho esto es el desarrollo integral de los niños. Al respecto el ecuatoriano Dr. Fernando Andrade nos dice que “...se debe entender como integridad todo lo relacionado con el proceso de unificación de factores que coadyuvan al desarrollo armónico del menor tanto en la parte física como espiritual. Los niños y adolescentes tiene derecho a que su integridad personal, no sea sometida a tortura, a trato cruel o denigrante...” (Andrade Barrera, 2008)

---

<sup>6</sup> La Constitución Ecuatoriana del 2008 derogó a la Constitución de 1998, además fue aprobada mediante referéndum el 28 de Septiembre del 2008.



Cuando se habla de desarrollo integral de los niños la mayor parte de gobiernos ignoran en sus planes a los niños, sin darse cuenta que cualquier medida que tomen sobre cualquier punto, salud, educación, etc., tienen mayores repercusiones sobre ellos más que sobre cualquier otro grupo de la sociedad. “A pesar del discurso generalizado en América Latina de que los niños deben ser la primera prioridad, lamentablemente no lo son. Los niños necesitan de una sociedad que les brinde apoyo y amor. Que les enseñe a ser una persona con derechos y deberes. Que tienen derecho a ser cuidados y protegidos por sus padres”. (Andrade Barrera, 2008)

El desarrollo integral del niño consiste en construir una noción amplia de desarrollo del niño en contextos específicos, familia, educación, comunidad que incluya tanto la evolución de las funciones motrices, sensoriales, afectivas, cognitivas, morales y sociales, como los hábitos de crianza, alimentación, la interacción durante el proceso, la organización del entorno familiar, comunal y social en que el niño se desenvuelve, en su constante cambio y transformación.

La primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano. Desde la primera infancia, los niños son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, la Constitución y el Código de la Niñez. Son derechos impostergables la salud, la nutrición, la protección contra peligros físicos y la educación inicial.

Carmen Menchit Wong filipina y Directora Global de Defensoría de la Niñez de Compassion International, nos dice que: “...el desarrollo holístico del niño que es un desarrollo integral, total, tiene como finalidad promover un cambio educativo en los niños en el ámbito; espiritual, emocional, social, físico, creativo, y crítico...” (Menchit , 2014)

- “En cuanto al ámbito espiritual como padres tenemos que enseñarle a nuestros hijos, independientemente de la religión, que aprenda a conocer a Dios, a estar unidos y amar a Dios, lo cual es fundamental para su desarrollo integral.
- En la parte emocional es de vital importancia en los primeros años de vida del niño, eso va depender de sus progenitores del cariño, de la comunicación que tengamos con nuestro hijo, enseñarle que el niño tenga una seguridad afectiva, seguridad en sí mismo, enseñarle lo bueno y lo malo de la vida, ya que ese niño crecerá, ira a la escuela y se relacionara con niños que tienen diferentes hábitos, de vida, pero si como padres lo hemos dado el suficiente afecto, no va tener inconveniente de superar ciertas adversidades del vivir diario.
- En el ámbito social hay que primeramente enseñar valores a nuestros hijos, y obviamente a practicar diariamente los mismos, como la moral, respeto, la honestidad, y enseñarle la interacción con el medio, la sociedad. La práctica de buenos valores en todos los



instantes de interacción es la garantía de una mejora de calidad de vida humana.

- En el aspecto físico es fundamental el cuidar su desarrollo corporal, cerebral, en el primer año es asombroso el crecimiento de los niños, enseñarle a dar sus primeros pasos, sus primeras palabras, alimentarlo correctamente, a través de la recreación del niño, de enseñarle a practicar el deporte que le guste, todo esto le ayudará para su desarrollo saludable.
- El desarrollo de la creatividad es esencial para ellos, esto les ayudará a expresarse por sí mismos, a desarrollar su pensamiento abstracto, resolver ciertos problemas por sí mismo y relacionarse de mejor manera con los demás.
- Los niños tienen derecho a la recreación, la cultura, las artes, tienen derechos al descanso, juego y más actividades recreativas propias de su ciclo vital, y participar en la vida cultural y las artes.
- En el ámbito crítico, significa a que los niños aprendan a pensar lógicamente y desarrollar la capacidad de hacer preguntas o solicitar respuestas. (Hare, 2010)

En lo que tiene que ver con la corresponsabilidad el **Artículo 69** regula:

*“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:*

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

*(...)*

*4.- El estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes y jefas de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestara especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.*

*5.- El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijos e hijas...”* (Constitución, 2008)

En cuanto a la corresponsabilidad de los padres, los niños tienen derecho a que sus padres asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. En la etapa conflictiva de separación de los padres, es en donde más se debe aplicar la corresponsabilidad entre los progenitores, si vemos el verdadero espíritu de la ley eso es lo que nos manifiesta, que debe existir una igualdad de derechos y responsabilidades entre los padres con respecto a los



hijos, aquí no nos manifiesta que la madre debe tener más derechos que el padre. Los derechos de los niños deben estar por encima de cualquier interés de los padres, de la sociedad, del Estado.

Los ecuatorianos tenemos que acatar y cumplir la Constitución, y de la misma manera como establece el **art. 83** numeral 16 que señala:

“ ...

*16.- Son deberes de los ecuatorianos y ecuatorianas, el asistir, alimentar, educar, y cuidar de sus hijos e hijas. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción”.*  
(Constitución, 2008)

En caso de separación de los padres, la única solución de que exista corresponsabilidad en igual proporción es a través de la tenencia compartida, ya que a través del régimen de visitas solo se logra que el niño crezca alejado de su padre y por lo tanto de su familia paterna. Por ejemplo si hablamos de corresponsabilidad entre los padres, si el Juez resuelve que el padre vea al hijo solo los domingos, y un niño de cinco años muchas de las veces pide al papá que lo vaya a ver en la escuela, no es posible porque muchas de la veces la mamá no le permite, justificando que tiene derecho a ver al hijo sólo los domingos, y si al padre incumple la mamá pide apoyo de la de la fuerza pública y al padre le toca alejarse inmediatamente. Entonces ante esta situación es imposible hablar de una corresponsabilidad entre los progenitores, cuando los padres están separados. Sólo cuando se demuestre que el padre puede afectar, o hacerle daño a su propio hijo, se le debe restringir el contacto con su hijo, caso contrario no hay razón para violentar ese derecho.

El Tratadista Ecuatoriano Dr. César Bravo Izquierdo en su obra Tratado de Derecho Constitucional, señala que; “La Constitución del 2008, reconoce a los niños, el ejercicio pleno de sus derechos, en lo que es fundamental el disfrutar de su etapa de vida, (...). Requieren el apoyo y la protección de la familia, de la sociedad y del Estado. Los niños son el grupo, al igual que los adultos mayores, más vulnerables de la sociedad y a ellos hay que dedicar especial atención. Es la protección del comienzo y del final de la vida...” (Bravo , 2015)

De igual manera La Convención sobre los Derechos del Niño en su **art. 2** inciso segundo señala:

*“Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)



Entonces para garantizar el derecho a la integridad personal de los niños según la Dra. María Escudero: "...quiere decir que tienen que ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico sexual o psicológico. En especial tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. Se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación, abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos, explotación sexual, y en general toda forma de violencia o agresión física o psicológica sobre el niño". (Escudero Alzate, 2013) Por lo tanto los Jueces, al momento de resolver sobre la situación de los niños, no deben aplicar solo el art. 118 y 122 del Código de la Niñez analizados anteriormente, sino también deben aplicar la Constitución que es la norma suprema, así lo ordena el **Art. 172** "Las juezas y jueces administraran justicia con sujeción a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y a la Ley". (Constitución, 2008)



## CAPÍTULO II.

### SEPARACIONES DAÑINAS: DAÑO PSICOLÓGICO EN LOS HIJOS.

#### 2.1 La separación de los padres y el divorcio.

El **art. 116** del Código Civil expresa que:

*“...la separación vendría a ser la ruptura de las relaciones conyugales...”*  
(Código Civil, 2005)

En cambio el divorcio según el **art. 106**: “Es la disolución del vínculo matrimonial, y deja a los conyugues en aptitud para contraer nuevo matrimonio...” (Código Civil, 2005)

Entonces para que se dé la separación no necesariamente la pareja debe estar casada, la separación también puede darse en parejas que viven en unión de hecho, o noviazgos de cuyo resultado quedan hijos.

El efecto de la separación obviamente cuando existe niños da lugar al pago de pensiones alimenticias, juicios de tenencia, visitas.

Mientras tanto para que el divorcio surta efectos según el **art 128** del Código Civil:

*“La sentencia de divorcio no surtirá efectos mientras no se inscribiere en la oficina de Registro Civil correspondiente.*

*La sentencia que admite el divorcio no se podrá inscribir ni surtirá efectos legales, mientras no se arregle satisfactoriamente lo relacionado con la educación, alimentación y cuidado de los hijos...”* (Código Civil, 2005)

El término separación puede utilizarse en la convivencia de muchas maneras, como reproche, amenaza, como agresión, etc., pero no necesariamente tiene como objetivo la disolución del vínculo. El Dr. Fernando Andrade en su obra Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia nos dice sobre la separación que: “...no nos referimos al proceso jurídico de la separación, sino a la preocupación principal que debe tener una pareja que está a punto de terminar su relación y las consecuencias de dolor causado a los hijos, porque los jueces en apego a las leyes conceden una absoluta prioridad más al bienestar material, que al psíquico de los niños, a la hora de tomar sus decisiones...” (Andrade Barrera, 2008)



En lo que respecta al divorcio la Dra. Cecilia Grosman dice que “Es la disolución de vínculo matrimonial entre los cónyuges, por la intervención de una autoridad judicial”. (Grosman, Cecilia, 2008)

Sin necesidad de profundizar en el tema, nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce dos tipos de divorcio: el consensual reconocido en el art. 107 del Código Civil, en cual se entiende que los cónyuges están de acuerdo en el divorcio, sobre la tenencia, alimentos de los hijos, inclusive muchas de las veces hasta sobre la situación de los bienes, la segunda forma de divorcio es el litigioso, que se da por cualquiera de las causales del **art 110** de la Ley Reformatoria al Código Civil:

1. “El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.
4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.
7. La condena ejecutoriada o pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los conyugues sea ebrio consuetudinario o toxicómano.
9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos”. (Ley Reformatoria al Código Civil, 2015)

Sin embargo la relación de estas dos formas de divorcio, tanto el consensual como el causal es la separación de la familia, ya que la pareja difícilmente van a continuar viviendo en el mismo hogar, en ambos tipos de divorcio el juez obligatoriamente va a establecer, alimentos, visitas y tenencia de los niños. El resultado de la separación, sea esto divorcio consensual, litigioso, o independientemente si la pareja estuvo casada o no va a ocasionar cambios emocionales en los niños, quienes son los más vulnerables ante este tipo de situación. El error que cometen los padres es no ponerse de acuerdo en el tema de los alimentos y bienes, y por este tipo de conflictos es que se aleja al hijo, de uno de sus padres, muchas de las veces la mamá, dice sino me dejas tal bien, o no me das mensualmente una cantidad específica de dinero, no te dejo ver a tu hijo. Que culpa tienen los hijos de los conflictos de los padres, especialmente los más pequeños, quienes son víctimas de los problemas de los padres.

Cuando una pareja comienza el camino de una vida en conjunto es evidente que ninguno de ellos lo hace pensando en la separación. Existen separaciones, en la que los padres muestran una adecuada madurez de la problemática vincular y esto se refleja en la salud mental de los hijos. El poder cuestionar entre las aptitudes maritales, dadas en la separación, y las parentales que



prosiguen durante toda la vida, respetando el derecho de los hijos al contacto con la otra parte a pesar de las desavenencias, muestra la capacidad de ciertos padres, de ponerse en el lugar del hijo y tomar conciencia de sus verdaderas necesidades.

Entonces lo primero que se debería hacer para dar trámite a un juicio de divorcio, es que los padres se pongan de acuerdo en cuanto a la tenencia de los hijos, sin que esto signifique un alejamiento de uno de sus progenitores, viendo siempre el bienestar del niño, y obviamente la mejor solución sería a través de la tenencia compartida de los hijos, si durante el matrimonio ambos padres compartían con sus hijos, luego del divorcio o separación no tendrían por qué cambiar las cosas, por el contrario es en donde más cerca tienen que estar los padres de sus hijos, para de esta manera evitar daños psicológicos en los niños.

El Dr. Fernando Andrade dice: se puede sufrir sin amargura ni odios, con paz en el corazón, aunque este corazón este sangrando a causa de la costosa decisión que se acaba de tomar. No hay que disimular ante los hijos, para que ellos tampoco disimulen. No hay que esconderles el dolor; hay que enseñarles a enfrentar el dolor con dignidad y hasta con amor". (Andrade Barrera, 2008)

## 2.2 El daño Psicológico.

Nuestro Código Civil no define lo que es el daño, pero se refiere expresamente a él en el **art. 2214**:

*"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito..."* (Código Civil, 2005)

Según Guillermo Cabanellas daño: "Es el perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes, (...), el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia..." (Cabanellas, 2005)

El delito es la expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena". (Cabanellas, 2005)

El cuasidelito "Es la acción con que se causa mal a otro por descuido, impudencia o impericia, sin intención de dañar. Responsabilidad de uno por ciertos actos ajenos". (Cabanellas, 2005). El cuasidelito vendría a ser un hecho dañoso realizado sin dolo.





El dolo en materia civil “Es la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato. Valiéndose de la sutileza y de la ignorancia ajena, pero sin la intervención ni de fuerza, ni de amenazas,(...).En derecho penal constituye dolo la resolución libre y consiente de realizar voluntariamente una acción y omisión prevista y sancionada por la ley...” (Cabanellas, 2005)

Según el **art. 26** del COIP: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño...” (COIP, 2014)

Al respecto, Mariano Castex<sup>7</sup> y Daniel Silva dicen: “...puede hablarse de la existencia de daño psíquico en un determinado sujeto, cuando este presenta un deterioro, disfunción, trastorno (...), que afectando sus esferas afectiva e intelectual o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar laboral, social y recreativa” (Husni & Rivas, 2007)

Este daño psicológico la mayoría de las veces, infligido en forma inintencionada, proviene de aquellas personas más cercanas al niño, daño que se va acumulando silenciosamente, y muchas veces se ven reflejadas al momento de la separación.

Nuestro Código de la Niñez dentro del **art. 67** define como maltrato psicológico de la siguiente manera:

“ ...

*Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

Muchas personas piensan que un niño es agredido sólo cuando recibe maltratos físicos, como golpes, lo cual es más sencillo de demostrar porque si presenta una marca en alguna parte del cuerpo del niño a consecuencia del golpe, se puede poner la denuncia respectiva y la autoridad competente sabrá dictar las medidas de protección correspondientes. Pero en el daño psicológico es mucho más complejo, porque como mencionamos anteriormente, es un

---

<sup>7</sup> Mariano Castex y Daniel Silva, doctores, psicólogos argentinos, entre sus obras escritas tenemos: “El daño psíquico y otros temas forenses”.



daño acumulativo, que primeramente se va generando por la separación de los padres y cuando no saben manejar sus conflictos de una manera responsable, se ocasiona un grave daño psicológico en los niños lo cual va dejar muchas secuelas en su futuro.

El daño psicológico y físico es penado dentro de nuestro COIP que sanciona como delitos a la integridad personal a la tortura, lesiones, abandono de personas, intimidación, violencia contra la mujer o núcleo familiar, violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, violencia sexual.

En cuanto a la tortura el **art. 151** del COIP señala:

“La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de cinco a siete años.

La persona que incurra en algunas de las siguientes circunstancias será sancionada con pena privativa de la libertad de siete a diez años:

...

4. se cometa en persona con discapacidad, menor de dieciocho años, mayor de sesenta y cinco años o mujer embarazada.

La servidora o el servidor público que tenga competencia para evitar la comisión de la infracción de tortura y omita hacerlo, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años...” (COIP, 2014)

Según el doctrinario Dr. Fernando Yávar Nuñez<sup>8</sup> en su obra Orientaciones al COIP, define a la tortura como cualquier acto por el cual se inflige intencionadamente un daño severo, tanto físico como mental sobre una persona...” (Yávar , 2015)

El verbo núcleo es infligir daño físico o mental a una víctima. El sujeto activo es cualquier persona. El sujeto pasivo sería cualquier niño, niña o adolescente. El daño físico puede ser golpes, cortes, descargas eléctricas, etc. En cambio el

---

<sup>8</sup> El Dr. Fernando Yávar Nuñez, es un Dr. en Jurisprudencia realizó sus estudios superiores en la Universidad de Guayaquil. Docente de la Universidad de Guayaquil. Fiscal por más de 13 años en la Provincia del Guayas. Autor de varias obras en materia penal, inquilinato, transito, etc.



daño psicológico se lo hace con aislamiento, humillación verbal o física, en general lo que se busca con la tortura psicológica es la ruptura de la autoestima.

En cuanto al numeral 4, nos dice que el maltrato sea este físico o psicológico con los grupos vulnerables, es una circunstancia agravante según contempla el **art 47** numeral 11 del COIP:

“ ...

Cometer infracciones en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad...” (COIP, 2014)

Su punición tendrá por parte de los jueces la imposición de la máxima pena para este tipo de delitos, esto es, de 10 años de privación de libertad.

De igual manera las lesiones también son penadas según el grado de la lesión que se haya provocado a la víctima de acuerdo al art.152 del COIP.

En cuanto al abandono de personas el **art. 153** establece:

“La persona que abandone a niñas, niños, y adolescentes, personas con discapacidad, (...), colocándolas en situación de desamparo y ponga en peligro real su vida o su integridad, será sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años...” (COIP, 2014)

El abandono de personas consiste en realizar actos intencionalmente dirigidos en poner en peligro la integridad física y psicológica de una persona, que se encuentra incapacitada para cuidarse a sí mismo.

Obviamente el bien jurídico tutelado es la integridad física y psíquica.

En lo que respecta a la intimidación el **art. 153** del COIP establece:

“La persona que amenace a otra con la intención de causar un daño que constituya delito a ella, a su familia, a personas con las que esté íntimamente vinculada, siempre que, por antecedentes aparezca verosímil<sup>9</sup> la consumación del hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (COIP, 2014)

---

<sup>9</sup> Verosímil que parece verdadero o que es creíble.



Para el ecuatoriano Dr. Fernando Yávar Nuñez, "...la intimidación es el temor que infunde una persona a otra de lo que le va a cometer o realizar, el temor es una sensación psicológica, por consiguiente la intimidación produce una sensación de temor, miedo y finalmente pánico o terror en el intimidado, y el intimidador emite una emoción positiva o negativa en el intimidado..." (Yávar , 2015)

Obviamente los más vulnerables de los delitos contra la integridad personal son los niños, pero como hemos visto existe sanciones penales, para aquellas personas que causen cualquier tipo de daño en los niños sea este físico o psíquico, y estos generalmente lo causan las personas cercanas al niño, muchas de las veces cuando la madre convive con una nueva pareja, entonces por lo general el padrastro es la persona que comete este tipo de delitos contra los más indefensos que son los niños, sin embargo mucha gente no los denuncian, porque si empezaran a sancionar a este tipo de personas probablemente los maltratos en contra de los niños reducirían notablemente. Nuestros jueces aplican sanciones sólo cuando ven que el niño presenta marcas de agresión en su cuerpo, y no consideran que el maltrato psicológico es también un delito sancionado penalmente.

El COIP también sanciona la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar según el **art. 155**:

"Se considera violencia toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de una familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar.

Se considera miembros del núcleo familiar al cónyuge, pareja en unión de hecho o libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación" (COIP, 2014)

Para entender de mejor manera nuestro COIP contempla tres tipos de maltrato:

**Maltrato Físico:** según el Dr. Fernando Yávar Nuñez, "es el acto físico que consiste en golpes, correazos, proporcionados casi siempre por un adulto hacia su mujer e hijos, o miembros de núcleo familiar..." (Yávar , 2015). La característica principal del maltrato físico hacia los niños, es el uso de la violencia, cuya finalidad es causar dolor, producido como consecuencia de una conducta negativa que habría cometido el niño.

**Maltrato Psicológico:** conocido también como maltrato emocional es más sutil, pero no menos doloroso en quien lo recibe, pues su dolores internos de



angustia, su característica principal es provocar malestar (dolor) emocional. Según el Dr. Fernando Yávar "...existen dos modalidades fundamentales: la activa; que humilla y degrada a la otra persona produciéndoles sentimientos de desesperanza, inseguridad, y pobre autoestima; esta se manifiesta por insultos o apodosos". (Yávar , 2015)

**Abuso sexual:** son los actos agresivos que mediante el uso de la fuerza, física, psíquica o moral obligan a la persona a llevar una determinada conducta sexual. Según el **art. 170** del COIP existe abuso sexual sin que exista penetración o acceso carnal:

" ...

Cuando la víctima sea menor de catorce años (...), será sancionada con pena privativa de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de siete años se sanciona con pena privativa de la libertad de siete a diez años". (COIP, 2014)

Sin necesidad de profundizar más en el tema si se trata de violación hacia los niños el COIP en el **art. 171** sanciona con pena privativa de la libertad de diecinueve a veintidós años, y si provocan la muerte la pena será de veintidós a veintiséis años". (COIP, 2014)

Al respecto el **art. 156** del COIP manifiesta:

"La persona que como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause lesiones, será sancionada con las mismas penas previstas para el delito de lesiones aumentadas en un tercio". (COIP, 2014)

Este tipo penal está supeditado a la incapacidad física o enfermedad, producto de la afectación que haya sufrido la víctima por el agresor en su maltrato físico, es decir se encuentra reflejado en el informe pericial médico. El asambleísta no distingue entre el maltrato físico y psicológico, ya que ambas producen lesiones jurídicamente. Los informes periciales son para determinar el tiempo que precisa la víctima en recuperarse o volver a su estado normal.

El **art 157** del COIP sanciona la violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar:

"La persona que, como manifestación de la violencia contra la mujer o núcleo cause perjuicios en la salud mental por perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamientos o control de creencias, decisiones o acciones, será sancionada de la siguiente manera:



1.- Si se provoca daño leve que afecte cualquiera de la dimensiones de funcionamiento integral de la persona, en los ámbitos cognoscitivos, afectivos, somáticos de comportamiento y de relaciones, sin que causen impedimento en el desempeño de sus actividades cotidianas, será sancionada con pena privativa de treinta a sesenta días.

2.- Si se afecta de manera moderada en cualquiera de las áreas de funcionamiento personal, escolar, familiar o social que cause perjuicio en el cumplimiento de sus actividades cotidianas y que por tanto requiera tratamiento especializado en salud mental será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

3.- Si causa un daño psicológico severo que aún con la intervención especializada no se ha logrado revertir será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (COIP, 2014)

Hay perjuicio en la salud mental cuando la capacidad de los niños se ve dañada u obstaculizada por el agresor por alteración de ataques psicológicos, entonces la víctima queda en situación de desamparo psíquico sin protección, ni recursos.

Para su mejor entendimiento definamos los siguientes términos:

**Perturbación:** según el Dr. Fernando Yávar, “Es aquella persona que tiene alterado su raciocinio (razón), está impactada por algún acontecimiento o que atraviesa un mal momento emocional. Es la agresión verbal del agresor doméstico contra la mujer o miembros del núcleo familiar como son los niños dentro de una relación de convivencia produciéndole una conducta perturbada en la víctima”. (Yávar , 2015)

**Amenaza:** “es una acción verbal violenta del agresor para con el niño”. (Yávar , 2015)

**Manipulación:** “es la actitud que asume el agresor mediante presión psicológica contra los niños...” (Yávar , 2015)

**Chantaje:** “amenaza de difamación o daño que le puede hacer contra los niños”. (Yávar , 2015)

**Aislamiento:** “encierran a un niño en la casa bajo llave para que no participe de la vida social”. (Yávar , 2015)

**Vigilancia:** “el agresor lo hace para sentir que le somete bajo su dirección o a través de terceras personas”. (Yávar , 2015)



**Hostigamientos o control de creencias:** “es una acción hostil permanente, implica una conducta abusiva y agresiva que puede reflejarse en violencia emocional”. (Yávar , 2015)

**Decisiones o acciones:** “son actos que realiza el agresor todos los días con la finalidad de fortalecer su sometimiento contra los niños o adolescentes”. (Yávar , 2015)

El numeral **1** se refiere como condicionante que a la víctima le afecte los ámbitos cognoscitivos, afectivos, somáticos de comportamiento y de relaciones, eso significa que cualquier agresión verbal por perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamientos o control de creencias, decisiones acciones que haya producido un daño leve será sancionado de 30 a 60 días. Según el Dr. Fernando Yávar “La fiscalía debe sustentar su acusación en un diagnóstico clínico pericial psicoterapéutico que refiera en su informe una incapacidad leve...” (Yávar , 2015)

El numeral **2** se refiere como condicionamiento la interrupción de sus actividades cotidianas en lo personal, escolar, familiar o social, y obliga que el niño por la agresión, tenga que recibir tratamiento para mejorar su salud mental del maltrato verbal. La acusación del fiscal dependerá del informe psicológico que revele que grado de afectación ha producido el agresor en la víctima, para considerar como máxima sanción la de un año de privación de libertad.

El numeral **3** se refiere aquellas consecuencias producidas por el agresor debido al maltrato verbal. Pero su daño es eterno.

Según el Dr. Fernando Yávar el daño psicológico “...es una lesión al funcionamiento del cerebro, que altera el razonamiento o las facultades intelectuales de la persona humana y produce una incapacidad a nivel psíquico o de la mente ya sea transitoria o permanente.” (Yávar , 2015)

El daño psicológico se puede demostrar a través de los test, cuestionarios estandarizados, las guías de entrevistas y otros, este campo probatorio y complejo, juegan un papel importante para llevar información útil al proceso penal.

Según la magister ecuatoriana María Cristina Meneses Sotomayor, el daño psicológico está quedando en la impunidad pues se someten estos casos al procedimiento penal ordinario. (Meneses, 2015) Cuando existen procedimientos alternativos como es el abreviado el cual es mucho más rápido.

En materia legislativa y sobretodo de menores se debe implementar el procedimiento adecuado de conformidad con el **art. 81** de la Constitución:



“La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual crímenes de odio y los que cometan contra niños, personas con discapacidad...” (Constitución, 2008)

Para el juzgamiento de la violencia psicológica el procedimiento debe ser ágil y oportuno, ajustándose al criterio de la CIDH, que recomienda “Simplificar los procedimientos penales judiciales con el propósito de reducir los tiempos de proceso, sin afectar los derechos y garantías del debido proceso...” (Meneses, 2015)

En caso de tener conocimiento que un niño está siendo víctima de maltrato físico o psicológico se puede planear medidas de protección ante las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, o ante los Jueces de la Familia.

Según nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia en el **art. 215** define a las medidas de protección de la siguiente manera:

“Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño o adolescente, cuando se ha producido o exige el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Las medidas de protección imponen determinadas acciones a los agresores, como alejamiento de la víctima, custodia emergente del niño maltratado, boletas de auxilio entre otras medidas, con la finalidad de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos. Sin embargo cuando un padre plantea medidas de protección para su hijo lo único que hacen los jueces es ordenar que se investigue por parte de la Oficina Técnico del Juzgado, pero si la madre solicita medidas de protección dictan inmediatamente las medidas de protección respectivas, por lo que existe claramente una desigualdad de derechos entre los progenitores, incluso muchas de las veces se demuestra que la madre tiene la culpa, y hay madres que tienen nueva pareja y permiten que su conviviente maltrate al niño, sin embargo nuestros jueces poco o nada hacen para imponer sanciones penales, y miran primero el bienestar de la madre mas no del niño.

Pero si se logra demostrar maltrato físico o psicológico hacia los niños, cabe la reparación integral de la víctima lo cual da inicio al ejercicio de la acción penal por la perpetración de un hecho delictuoso, además la reparación civil del daño causado, que nuestra jurisprudencia lo denomina daño a la moral. El daño moral según el Dr. Roque Albuja Ponce “Es la perturbación, molestia, dolor, sufrimiento, menoscabo, es decir la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones





específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica...” (Albuja Ponce, 2015)

El **art 2232** del Código Civil establece que se puede demandar una indemnización por daño a la moral:

“En cualquier caso (...), podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales.

...a quienes causen lesiones, (...), sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandadas si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización...” (Código Civil, 2005)

Un fallo de triple reiteración dictado en materia de menores, por la Corte Nacional con fecha 7 de mayo del 2012 y publicado en la Gaceta Judicial Nro. 12 pagina 4399 establece “...que los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los adultos, atendándose el principio de su interés superior.” (Corte Nacional, 2012)

En el Ecuador según estadísticas recogidas por el MIES, siete de cada diez niños han sido víctimas de algún tipo de maltrato físico, psicológico, sexual, es decir durante los últimos diez años la cifra ha aumentado de un 35% a un 44%. (Diario el Mercurio, 2014)

Entonces se debe sancionar de acuerdo a nuestro COIP, en caso de demostrar que existen maltratos hacia los niños. Si existen maltratos leves por parte de los padres los jueces deben ordenar tratamiento psicológico para que mejoren las relaciones familiares, y si después de eso no mejoran la conducta los padres, se debe aplicar las sanciones penales correspondientes. Pero si terceras personas han maltratado al niño, incluso que no son ni parientes, se debe aplicar drásticamente las sanciones penales correspondientes, para lo cual se debe realizar todas las investigaciones posibles, a través del departamento técnico del juzgado quienes deben ser ágiles oportunos, y lo suficientemente profesionales.

### **Causas de daño psicológico en los niños:**

1.- Desavenencias familiares, previas y asociadas a la separación, con el papel que hacen jugar al niño en la separación, mas no con la propia separación.



2.- Alejamiento de uno de los progenitores, a causa de la separación.

3.- Maltrato físico.

4.- Acoplamiento a un nuevo hogar, en el caso de que uno de los progenitores decide convivir con una tercera persona.

### **Consecuencias:**

1.- Trastornos emocionales, en el sueño, en la alimentación.

2.- Conducta agresiva.

2.- Conducta de evitación a uno de los progenitores.

4.- Dificultades en la expresión y comprensión de las emociones.

5.- Bajo rendimiento escolar.

### **Soluciones:**

1.- Evitar que el niño esté presente en discusiones de los padres.

2.- El niño debe tener un contacto frecuente con el progenitor que no convive, y aquello sólo se puede lograr a través de la tenencia compartida.

3.- Evitar intimidar al niño, menosprecio y humillación, en estos casos necesitan de ayuda profesional tanto niños como padres, dice un estudio de la Academia Americana de Pediatría.

4.- Buscar ayuda profesional para que les orienten de mejor manera a los padres en caso de conflictos.

### **2.3 Impedimento de contacto entre padres e hijos.**

Según Cabanellas, la palabra impedimento es un “obstáculo (...), que se pone a una actividad o fin...” (Cabanellas, 2005)

A raíz de las separaciones de los padres, el impedimento de contacto con los hijos para con uno de los padres, es uno de los mayores conflictos en torno a



esta problemática. La Dra. Marta Albarracín<sup>10</sup> le ha denominado “proceso de exclusión” (Husni & Rivas, 2007)

Según la psicóloga argentina Glenda Cryan, el impedir el contacto con el progenitor tiene que ver con la situación no resuelta entre los padres, cierto odio y la necesidad de perjudicar al otro progenitor. (Telmo, 2014)

Sabemos claramente, que en caso de separación de los padres, dentro de nuestra legislación la tenencia de los hijos queda a cargo de la madre, que precisamente es lo que contempla nuestro Código de la Niñez, que es una norma discriminatoria, ya que parte de la idea falsa de que la mujer está en mejores condiciones, y siempre es la más idónea para criar a los hijos, algo que para mi criterio es totalmente errado, porque en la actualidad existimos padres, que somos muy responsables en todos los ámbitos de manutención y crianza de nuestro hijos, incluso me atrevo a decir en ciertos casos mucho más responsables que algunas madres. Abordaré la responsabilidad de los padres, más adelante dentro del presente capítulo.

En el Código Penal Argentino la Ley sancionadora **24.270** tífica el delito al padre o tercero que obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes:

**Art. 1** *“Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.*

*Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.*

**Art. 2** *En las mismas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.*

*Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización. Las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.*

**Art. 3** *El tribunal deberá:*

---

<sup>10</sup> La Dra. Marta Albarracín, es argentina, ha escrito varias obras entre ellas tenemos: “Divorcio Destructivo. Particularización sobre aspectos del conflicto”, escrita en Buenos Aires, agosto de 1991.



1.- *Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.*

2.- *Determinar de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses, o de existir hará cumplir el establecido". (Código Penal Argentino, 1993)*

En la legislación argentina a pesar de existir una ley sancionadora, para los progenitores que impidan el contacto con el hijo, los jueces nunca lo aplican, porque como lo han manifestado muchos padres argentinos en el documental "Borrando a Papá", los jueces se resisten a dar cumplimiento, diciendo que tienen cosas mucho más importantes que resolver, o en ciertas ocasiones citan a los padres al juzgado para que se encargue de resolver el Tribunal de la Familia, quienes también dicen que el Tribunal de los Penal es quien debe resolver de acuerdo a la ley 24.270.

En nuestro sistema jurídico realmente no existe una ley sancionadora, aparentemente sería aplicable lo del art. 125 del Código de la Niñez y la Adolescencia, sobre la retención indebida del hijo, que ya lo analizamos en el primer capítulo, y como manifestamos es una norma más aplicable a favor de la madre en caso que el padre retenga al hijo. Pero dentro de nuestro COIP, lo que podríamos aplicar es el **art. 282** que dice:

"La persona que incumpla ordenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años..." (COIP, 2014)

El asambleísta ha creado un articulado sancionatorio para aquellas personas que incumplan la ejecución de una decisión legítima de autoridad competente, es decir los servidores públicos dependiendo del cargo público, tienen la facultad de dar órdenes que deben ser acatadas por las personas, siempre que actúen dentro del marco legal constitucional correspondiente. Como dice el Dr. César Augusto Bravo Izquierdo<sup>11</sup>, "La autoridad es la potestad que tiene una persona sobre otra que le está subordinada..." (Bravo, 2015)

Entonces diríamos que el impedimento de contacto con el hijo hacia uno de los progenitores, es un rezago del desacato; que es la desobediencia a la decisión de una autoridad judicial. Según el Dr. César Bravo Izquierdo "...el desacato es

---

<sup>11</sup> El Dr. César Augusto Bravo Izquierdo es un Dr. en Jurisprudencia y Abogado, estudios que los realizó en la Universidad Estatal de Cuenca. Tiene un Diplomado Superior en Derecho Constitucional, por la Universidad de Cuenca. Master en derecho Civil en Madrid-España.



una falta de respeto a una orden que se debe cumplir y no se la hace...” (Izquierdo, 2015)

Si tendríamos Jueces garantistas de derechos de los niños, aplicarían el artículo 282 del COIP, porque los padres que obstaculiza el contacto con el hijo hacia uno de los progenitores<sup>12</sup>, existiendo de por medio una decisión judicial, en donde diga que el padre puede ver al hijo por ejemplo los domingos, y cuando el padre va a ver al niño, la madre por lo general no le permite que tenga contacto con el mismo, poniendo cualquier excusa, que está, enfermo, que regrese el próximo domingo, y al siguiente fin de semana tampoco lo deja ver poniendo cualquier otra excusa, esto desde mi punto de vista según la interpretación de nuestro COIP, es desacato a una orden de Autoridad Judicial, por lo tanto, sí podría ser aplicado hacia cualquiera de los progenitores este artículo antes mencionado del COIP, si se obstaculiza el contacto con los hijos. Pero como vimos anteriormente ni en la legislación argentina a pesar de existir una ley sancionadora los Jueces no aplican la norma, porque se creen legisladores y ellos mismos la derogan, mucho menos nuestro Jueces lo van a hacer, al no existir directamente una ley sancionadora para el caso, dentro de nuestra legislación.

Con lo manifestado no pretendo, penalizar a la madre al no permite ver al hijo al padre, y que sea procesada penalmente, porque en esté, caso el hijo quedaría desamparado de su madre, lo cual no es bueno para ningún niño, pero si existiera una sanción inmediata dentro de nuestra ley, como la del artículo 125 del Código de la Niñez, creo que ninguna madre se atrevería a impedir el contacto del padre con su hijo.

Lamentablemente ciertas madres se toman la atribución de ocultar (esconder), al hijo por falta de pago de pensiones alimenticias por parte del padre, a pesar que el Código de la Niñez y la Adolescencia en el enumerado **art. 28** establece:

*El progenitor que se encuentre en mora en el pago de la prestación de alimentos, (...) si podrá ejercer el derecho de visitas...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Para el Dr. Fernando Andrade Barrera: “La mora es el retraso en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida, derivada de su retardo en cumplir su obligación, que acarrea el eventual gravamen de satisfacerla con la prestación legal o convencionalmente, establecidas en favor del acreedor...” (Andrade Barrera, 2008)

---

<sup>12</sup> Progenitores: el padre o la madre. Por excepción cualquier otro ascendente en línea recta.



El pago según el **art. 1584**:

*“El pago es la prestación de lo que se debe”.* (Código Civil, 2005)

La prestación de alimentos; es uno de los derechos más importantes que la ley otorga para que una persona que tiene la tenencia del hijo pueda reclamar a otra, basado en los principios tales como los de proteger a la institución de la familia y los valores sobre los cuales descansa, como son: la unidad, la solidaridad, y la asistencia, que nacen en este caso de la filiación y del parentesco...” (Andrade Barrera, 2008)

Vemos que el hecho de que un padre se retrase en el pago de las pensiones alimenticias no es una prohibición para que no permitan al padre ver a su hijo, puesto que existen otras medidas para el cobro de los alimentos, como es lo más común el apremio personal del demandado.

Estoy plenamente de acuerdo que con \$100,00 que establece la ley como pensión mínima no cubre todas las necesidades que requiere un hijo, por tal razón debe establecerse la tenencia compartida con lo cual se van a equiparar los gastos, incluso para que los padres se den cuenta lo complicado que significa educar a un hijo.

Esto es una razón muy grande por la que muchos padres deciden alejarse de sus hijos, muchos padres a pesar de no existir una norma que los ampare ante este tipo de injusticias, luchan constantemente para poder tener un contacto con sus hijos, así sea unos minutos. Pero la mayoría se cansa, al no tener una norma que les ampare, y tener que ir cada fin de semana al domicilio de su hijo y que la madre no lo permita ver. Sin embargo la madre que oculte al niño sin ninguna justificación como ya lo manifestamos se puede aplicar la sanción por desacato a la autoridad, ya que como vimos las resoluciones judiciales son obligatorias y con mayor razón en el tema de menores, los progenitores tienen que cumplir estrictamente las órdenes judiciales. Incluso según el **art 2232** del Código Civil establece que se puede demandar una indemnización por daño a la moral:

“En cualquier caso (...), podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales.

...a quienes causen lesiones, (...), sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandadas si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización...” (Código Civil, 2005)



El art. 125 del Código de la Niñez nos dice que debe indemnizar por los daños ocasionados por la retención indebida.

Por lo que por el hecho de que la madre obstaculice de mala fe el contacto del hijo con el padre, provoca un estado de malestar, de sufrimiento en el padre, incluso hasta en el propio hijo, razones suficientes para que se le imponga una sanción pecuniaria.

Tenemos que tener en cuenta que los hijos no necesitan sólo lo económico para su desarrollo, sino también necesita algo muy fundamental; lo afectivo, el amor de padre y madre, y de toda la familia que los rodea.

El tema de que la mujer se dedicaba sólo al cuidado y crianza de los hijos, y el hombre sólo tenía que trabajar, cambió con el paso del tiempo, del mismo modo que la mujer cambió su rol dentro de la sociedad, y hasta llegó a gobernar países, así también cambió el hombre. Actualmente la sociedad ha cambiado, y así como existen mujeres que trabajan a la par del hombre para mantener el hogar, también existen hombres que trabajan a la par de la mujer para la crianza de los hijos. Ahora es algo muy normal ver a un padre llevar a su hijo al parque, a la escuela, al médico, de alimentarlo y en definitiva se encargan de todo el cuidado que necesitan los hijos.

## 2.4 Padres responsables.

**Responsabilidad:** capacidad u obligación de responder de los actos propios, y en algunos casos de los ajenos.

Al respecto el **art. 100** del Código de la Niñez y Adolescencia establece:

“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 del hijo e hijas en comunes”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Para entender de mejor manera el artículo citado, es necesario realzar una breve explicación de los siguientes términos:

**Cuidado:** “Ocuparse de una persona que requiere de algún tipo de atención o asistencia, estando pendiente de sus necesidades y proporcionándole lo necesario para que esté bien o en buen estado”. (Andrade Barrera, 2008)

**Crianza:** “Alimentación y cuidado que recibe un bebé recién nacido hasta que pueda valerse por sí mismo”. (Andrade Barrera, 2008)



**Educación:** “Herramienta social y de naturaleza pedagógica para generar mujeres y hombres libres, para una sociedad libre, se puede considerar como una necesidad vital y una función social”. (Andrade Barrera, 2008)

No podemos hablar de corresponsabilidad si el padre sólo pasa alimentos y la madre tiene la tenencia, es una tarea que corresponde en conjunto, independientemente de que se encuentren separados.

En la actualidad ser padres responsables con nuestros hijos es una tarea muy difícil. Los padres con su presencia o ausencia marcan la vida de sus hijos, son sus referentes.

Muchos padres piensan que la responsabilidad, es sólo pasarle una pensión alimenticia a su hijo, al igual que las madres pelear sólo por una pensión para su hijo, pero la responsabilidad de los padres va mucho más allá. El ecuatoriano Dr. Fernando Andrade Barrera dice que: “...Los padres son responsables por los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos. Los padres tienen el deber de vigilar y educar a sus hijos...” (Andrade Barrera, 2008)

Nuestro Código de la Niñez en el **art. 9** expresa:

*“...Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida<sup>13</sup>, del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos”.* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Respeto:** “Es una de las bases sobre la cual se sustenta la ética y la moral en cualquier época y campo”. (Andrade Barrera, 2008)

**Protección:** “Ayuda para que un niño esté en buenas condiciones físicas y psicológicas...” (Andrade Barrera, 2008)

Ser un padre responsable es una tarea muy difícil sobre todo cuando los padres se separan, pero eso no significa el fin del mundo, no hay que temer, ni avergonzarse ser responsables con nuestros hijos. Si aprendemos a conversar entre los padres como personas civilizadas, solo de esta manera es posible, lograr una buena educación para los hijos, y así tener una mejor sociedad, y no niños traumatizados, por padres irresponsables, que sólo piensan en su felicidad y no en la de los niños.

---

<sup>13</sup> La responsabilidad compartida o corresponsabilidad; es la concurrencia de los dos progenitores para garantizar el ejercicio de los derechos de los niños.





Entonces no tiene que ser solo la madre titular única y exclusiva de todos los derechos quien dictamina toda decisión familiar, sino que debería instaurarse un régimen distinto en las familias, con deberes correlativos dentro de la cual el padre ingresa con corresponsabilidad para garantizar los derechos de los niños, quienes tienen derecho a expresar su opinión en la familia como en los diversos ámbitos que se desenvuelven en la sociedad y a ser escuchados en todos los asuntos que les atañen, cuando existen conflictos entre los padres, tanto a nivel administrativo como judicial.

Como dice la Dra. Sonia Merlyn Sacoto<sup>14</sup> “...en determinadas materias y dependiendo de su edad, la opinión del niño es obligatoria, por ejemplo, para privar de la patria potestad a un progenitor, o trasladar el ejercicio de la tenencia. Se instaura así la familia como pequeña democracia, donde todos los miembros tienen ya no sólo voz, sino voto, de tal manera que las necesidades de todos sus integrantes son consideradas al momento de resolver cualquier asunto, desde aquellos de menor trascendencia tal como el próximo destino vacacional hasta las de mayor importancia como el internamiento de un adulto. Todo lo indicado bajo la luz rectora del principio garantista e interpretativo del interés superior del niño y adolescente”. (Merlyn Sacoto, 2015)

También como todos unos padres responsables, una vez que se inician los juicios tenemos que manejarnos con la verdad, y es tarea fundamental de los profesionales del derecho como son los abogados, quienes en los juicios se encargan de manejar una verdad a conveniencia del cliente.

Es complejo dar una definición de verdad, pero se podría decir que es una adecuación entre una proposición y el estado de cosas que expresa, o la conformidad entre lo que una persona manifiesta y lo que ha experimentado, piensa o siente. Por ejemplo es verdad que el agua moja si, y sólo si, el agua moja. Pero para que la verdad sea introducida a juicio debemos distinguir entre una verdad histórica y procesal. Tomemos como ejemplo lo que expresa el Dr. Felipe Rodríguez Moreno: Quien dice “...que imaginemos que la víctima de un delito de lesa humanidad cometido hace varios años asevera haber sido brutalmente torturada y agredida sexualmente por integrantes del ejército de un país. Si en Derecho presumimos su inocencia será una verdad histórica. No hay que poner en tela de duda la credibilidad de la víctima y crémosle. Pero fue torturada hace veinte años y recientemente sea iniciado el proceso penal, en este caso no existen exámenes médicos legales y el lugar donde fue torturada ya no existe. Estos delitos son delitos de resultado y deben ser probados...” (Rodríguez Moreno, 2015) Entonces si le creemos a la víctima tenemos una verdad histórica que nos demuestra torturas y agresión sexual,

---

<sup>14</sup> La Dra. Sonia Merlyn Sacoto, realizó sus estudios superiores en la Universidad Católica del Ecuador. Dra. En Derecho (PHD). Docente universitaria en la Universidad Católica del Ecuador, y en la Universidad Andina Simón Bolívar.



sin embargo no existen pruebas materiales y documentales que procesalmente prueben la verdad histórica, sino tan sólo un testimonio que por sí solo no prueba nada. Por consiguiente, la verdad procesal nos dice que no es verdad que hubiese habido torturas y agresión sexual por cuanto no se ha desvirtuado en derecho la presunción de inocencia que recae sobre los supuestos victimarios.

Al juzgado obviamente lo que le interesa es la verdad procesal, más no la verdad histórica, con el objetivo de garantizar el interés superior de los niños.

La verdad procesal debe reconstruirse mediante una investigación consistente en recabar medios de prueba, con total sometimiento a las normas procesales previstas en el ordenamiento jurídico de cada país.

En la verdad procesal los jueces deben tratar de buscar todos los medios que sean posibles para tratar de constatar aunque de una manera indirecta la verdad histórica, con el objetivo de garantizar el interés superior de los niños.

Entonces tanto los padres, como los abogados deben actuar con lealtad procesal, puesto que en tema de menores nunca se gana, sino por el contrario los únicos perjudicados son los niños.

Incluso en ciertas ocasiones cuando un menor de siete años con su conducta cause daños a terceros, los que tiene que responder son los padres, por el descuido y negligencia del padre que incumplió en vigilarlo y orientarlo correctamente. Lo cual es sancionado según el Código Civil en el **art. 2219**: “No son capaces de delitos o cuasidelitos los menores de siete años, ni los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas cuyo cargo estén si pudiera imputárseles negligencia”<sup>15</sup>.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de 16 años ha cometido delito o cuasidelito...” (Código Civil, 2005)

El **art. 2220** del Código Civil dice:

“Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieran a su cuidado”.

---

<sup>15</sup> Negligencia: falta de cuidado, aplicación y diligencia de una persona en lo que hace, en especial en cumplimiento de una obligación.



Entonces los padres son responsables de los hijos menores que habiten en la misma casa. Para el Dr. Rubén Morán Sarmiento<sup>16</sup> en su obra “El Daño” manifiesta que esta obligación cesará “si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho”. (Ruben Moran Sarmiento, 2010)

El **Art. 2221** del Código Civil dice:

Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores y que conocidamente provengan de la mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”. (Código Civil, 2005)

Ahora bien, en estos casos que el niño llegase a cometer algún delito o cuasidelito van a tener que responder ambos padres, mas no solo la madre, así uno de ellos este privado de la patria potestad, en razón de que la ley no pone excepciones, y es obvio que en estos casos los jueces imputen el delito solo a la madre, y tampoco la madre va a asumir su responsabilidad por no haber tenido en cuidado con su hijo. Aquí sancionarán al padre también. Estoy plenamente de acuerdo que la responsabilidad es de los dos, pero tampoco deben hacerse líos los jueces en cuanto a la tenencia de los niños y otorgar conjuntamente a los dos progenitores, puesto que la responsabilidad es conjunta.

Pienso que la vida está llena de injusticias y desigualdades porque si existimos padres responsables con nuestros hijos, al otro lado de la moneda está una madre traumada emocionalmente que no permite ver al hijo. Si existe un padre irresponsable, encontramos una madre muy responsable que daría cualquier cosa porque el padre venga al menos a compartir con su hijo un día a la semana.

---

<sup>16</sup> El Dr. Rubén Morán Sarmiento, realizó sus estudios superiores en la Universidad Estatal de Guayaquil, donde también fue docente de Derecho Civil y Práctica Civil. Ex Juez de la Corte Provincial del Guayas. Ha publicado varias obras: “La Familia en Derecho Civil”, entre otras.



### CAPÍTULO III.

#### TENENCIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS.

##### 3.1 Principios inspiradores de la tenencia compartida.

###### 3.1.1 Principio de interés superior del niño.

Este principio está consagrado en nuestra Constitución, en el **art. 44**:

*“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá **el principio de su interés superior** y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas...”*  
(Constitución, 2008)

También se le reconoce en la Convención de los Derechos del Niño **Art. 3**:

*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**.*  
(Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Nuestro Código de la Niñez define al interés superior del niño de la siguiente manera en el **art. 11**:

*“Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Entonces es un principio reconocido dentro de nuestro país, y a nivel internacional ratificado por varios estados como Argentina, México, España, Australia, Francia, Suecia, China, y resto de países del mundo. Esto quiere decir que en caso de conflicto el interés superior de los niños prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y se cede.

En países desarrollados como Francia, Suecia, se respeta este principio, en el caso de la tenencia de los hijos, porque se aplica una tenencia compartida en razón del interés superior del niño.



No obstante en Latinoamérica, y en especial en el Ecuador, es en donde nuestros asambleísta hacen de ello letra muerta al establecer en la legislación la tenencia unipersonal, entonces donde queda ese interés superior apartando al padre de su hijo. El interés superior del niño consiste en tomar siempre en consideración todo aquello que beneficie al menor. Este criterio consiste en aplicar la norma más protectora al menor como dice el Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, "...aun cuando esta sea distinta de una convención internacional de derechos humanos todo por encima de cualquier otro derecho, de cualquier otro sujeto, inclusive el de los mismos padres..." (UNAM, 2011)

Pero la interpretación que hacen los jueces de este principio, no se orientan a este fin, ya que su interpretación tiende a beneficiar o que exista preferencia hacia la madre, al darle más derechos sobre los hijos, y dejarle al padre en un plano secundario, es decir como un simple vigilante del cuidado personal del hijo, reduciendo sus derechos de participación para con su hijo.

También me permito hacer mención al fallo Nro. 40-2012 en materia de menores dictado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el cual hacen mención el interés superior del niño de la siguiente manera: "...los derechos de los niños prevalecerán sobre las demás personas, conforme la disposición Constitucional, principio aceptado por la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración de la Naciones Unidas, sobre los derechos de los niños establece que por su inmadurez física y mental, los niños requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal que garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad, es decir un trato preferente acorde con su condición de sujetos de derecho, reconocimiento que en esta misma línea se ha venido dando a través de los Tratados y Convenios Internacionales, que con este fin han sido celebrados y ratificados por nuestro país en el que podemos citar: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración sobre Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, considerados como sujetos activos, el deber de protección especial y prioritario que por su condición tienen derecho a recibir del Estado, la Sociedad y la Familia. (...). Los asuntos de menores de edad que involucren derechos prevalecientes, de acuerdo a este principio (...), deben ser abordados de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta los parámetros generales, y los criterios orientados que pueden servir para el análisis de casos individuales que involucren derechos propios de los menores de edad, (...), conocer y relacionarse con sus verdaderos padres..." (Corte Nacional de Justicia, 2012)

La Corte Constitucional afirma que "...el interés superior del niño constituye la obligación, por parte de todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del



libre desarrollo de su personalidad. Así pues este grupo vulnerable de la sociedad, goza de todos los derechos y garantías que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos motivo por el que para asegurar la prevalencia de este principio la Convención sobre los Derechos del Niño proclamo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales, en razón de su evidente estado de debilidad e inexperiencia, de acuerdo a las situaciones particulares en las que se encuentren.

El principio del interés superior del niño no se traduce únicamente en la facultad jurisdiccional que tiene un juez para resolver sobre sus derechos constitucionales, sino significa, principalmente, decidir sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de diversos factores que se dirigen a resguardar el pleno y armonioso desarrollo de su entorno, y a garantizar la meritoria contribución que sus actos tienen para nuestra sociedad

La Corte Constitucional expresa que las decisiones judiciales en las que se encuentren niños, niñas y adolescentes, se deben orientar, dirigir, y dictar en atención al principio del interés superior del niño para conseguir satisfacer completamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, garantizado en nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia..” (Corte Constitucional del Ecuador, 2015)

El interés superior del niño es un principio jurídico garantistas obligatorio, por lo que cuando exista conflictos o se vean amenazados sus derechos, estos deben ser privilegiados y prevalecer por encima de las demás personas, incluido los padres.

Entonces diríamos que el contenido del interés superior del niño consiste en la satisfacción de todos los derechos del niño, alimentación, salud educación, vivienda, vestido, derecho a la identidad, derecho a compartir con sus padres sobre todo cuando estos estén separados, y en definitiva el derecho a su protección integral.

Se debe aplicar cuando existan conflictos sobre sus derechos, y sustentándose en la Constitución, Código de la Niñez y Tratados Internacionales, que reconocen ampliamente el interés superior del niño.

Para su aplicación los jueces deben tener en cuenta que exista un justo equilibrio entre los derechos y deberes de los niños tomando en consideración los siguientes aspectos según Ronny Eulalio López Contreras, profesor de la universidad de San Carlos de Guatemala:

### ➤ **Expresión y deseos de los niños**



“La capacidad de los niños se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional que les permita decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir...” (López Contreras, 2015). Esto se puede hacer a través de ayuda psicológica quienes podrán determinar lo que verdaderamente desea el niño.

➤ **Entorno familiar y social de los niños**

Esto se refiere a las circunstancias, familiares, sociales, educativas en las cuales se desarrolla el niño. Al respecto Eulalio López dice: “...es necesario advertir cada una de estas circunstancias antes de tomar cualquier decisión, puesto que el niño tiene pleno derecho de gozar y disfrutar su vida dentro de un adecuado entorno familiar, social, educativo y cultural...” (López Contreras, 2015), entonces se debe hacer una ponderación a ver qué es lo que más le conviene a la personalidad del niño para su desarrollo.

➤ **Predictibilidad**

Se trata de determinar el mejor futuro para los niños, en base a la predictibilidad. Eulalio López dice: “...la doctrina anglosajona se desarrolla, a través de la predictibilidad, la cual ha obtenido frutos importantes, ya que estima la idea de que los padres deben actuar conforme a lo que el niño cuando llegue a ser adulto, considerará que hubiere sido lo mejor, (...), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido el mejor futuro para los niños en base a la predictibilidad...” (López Contreras, 2015), entonces hay que tomar la mejor decisión para los niños, y esto se puede lograr a través de ayuda del departamento Técnico de la Unidades Judiciales de la Familia.

Po lo tanto nuestros legisladores deben tomar en cuenta el interés superior de los niños en caso de separación de los padres, y promulgar una ley como es la Tenencia Compartida, ya que nuestros jueces sólo aplican lo que consta en la ley esto es tenencia a la madre y visitas al padre, mas no analizan el fondo de nuestro ordenamiento jurídico. Si tendríamos jueces garantistas de derechos de los niños aplicarían la supremacía constitucional tal como establece el art. **424** de la Constitución que dice:

*“La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica...” (Constitución, 2008)*  
**eficacia de la que es tan visible que carece nuestro Código de la Niñez**



### 3.1.2 Principio de corresponsabilidad parental.

Tiene su reconocimiento en la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el **Art. 18** que establece:

*“Los estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres, tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño...”*  
(Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Asimismo dentro de nuestra legislación se introdujo este principio en el **art. 8** del Código de la Niñez de la siguiente manera:

*“Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia*

*Es deber del estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

De igual manera la Constitución en el **art 69** numeral 5 determina:

“ ...

*El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará en cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos...”* (Constitución, 2008)

Para la Dra. María Acuña, docente de la Universidad de Zaragoza-España el principio de corresponsabilidad significa que “...ambos padres se responsabilizan y participan, es decir concurren los dos progenitores, asumen en común ciertas funciones en relación a los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación...” (Acuña San Martín, 2013)

Por lo que diríamos que tiene su fundamento en la familia, en razón de que la familia es el grupo fundamental para el desarrollo y bienestar de los niños. Los niños deben crecer junto a su familia, especialmente con sus padres, estén casados o separados en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Es un principio que reconoce la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos. Por lo que los padres deben tomar todas las conductas necesarias, para asegurar en la medida de sus posibilidades el bienestar físico





y espiritual de sus hijos, debe existir igualdad entre ambos al adoptar decisiones que tengan que ver con su hijo, procurando siempre el bienestar del niño.

Si el legislador decidió establecer el principio de corresponsabilidad parental lo hizo pensando que ambos padres son individualmente aptos para el cuidado y crianza de los hijos. Pero con nuestro sistema no tendría sentido este principio al darle más derechos a la madre sobre los hijos. De ahí para que exista una participación la mejor solución es a través de la tenencia compartida.

### 3.1.3 Principio de igualdad.

Este artículo es reconocido en nuestra Constitución en los siguientes artículos **art. 67:**

*“Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, (...), se basaran en **igualdad** de derechos y oportunidades de sus integrantes...”*  
(Constitución, 2008)

#### **Art 70:**

*“El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...”* (Constitución, 2008)

#### **Art. 11:**

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. (Constitución, 2008)

Nuestro Código de la Niñez también proclama dicho principio en su **Art. 6:**

*“Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, edad, (...), discapacidad...”*  
(Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Si bien es cierto nuestro país ha mejorado bastante en muchos ámbitos sobre todo educativo y salud, de una u otra manera existe una igualdad de condiciones. Sin embargo en lo referente a los niños maltratados en caso de separación de los padres, no se ha tomado ningún tipo de medida, razón por la cual no podríamos hablar de igualdad primeramente entre los progenitores, al otorgarse la tenencia de los hijos sólo a la madre y dejarle al padre en desigualdad de derechos. El Estado no ha tomado ninguna medida para



combatir esta desigualdad de derechos, es precisamente por esta razón que muy pocos padres se atreven a plantear una demanda de tenencia por un niño porque no existe jueces que respeten el principio de igualdad. Si un padre plantea una denuncia por maltrato físico o psicológico a su hijo, las autoridades no toman ninguna medida inmediata, pero si se trata de la madre es inmediato las medidas de protección que dictan. Entonces ante este tipo de abusos no podemos hablar de igualdad de derechos.

Dice nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia que no deben ser vulnerados los niños en razón de su edad, pero diariamente en las diferentes Unidades de la Familia, son los jueces quienes deben defender y garantizar este principio nunca toman en consideración lo que el niño piense o diga, sino la pretensión materna, para nuestros jueces esa es la única verdad.

El autor portugués Boaventura de Sousa do Santos en su obra Los Sistemas de Desigualdad y Exclusión nos dice: “La desigualdad y la exclusión tienen en la modernidad un significado totalmente distinto del que tuvieron en las sociedades del antiguo régimen. Por primera vez en la historia, la igualdad, la libertad y la ciudadanía son reconocidas como principios emancipatorios de la vida social. La desigualdad y la exclusión tienen entonces que ser justificadas como excepciones o incidentes de un proceso social que en un principio no les reconoce legitimidad alguna...” (Serrano Salgado, 2010)

En definitiva existe un sinnúmero de tratados internacionales, doctrina que proclama este principio, pero es muy penoso tener que decir que existe una discriminación y desigualdad de derechos. Como dice nuestro Ministro del Interior: “...los sujetos somos formalmente iguales, pero desiguales ante la ley...” (Serrano Salgado, 2010)

### **3.2 Formas de tenencia.**

#### **3.2.1 Tenencia exclusiva.**

Según la Dra. Española María José Catalán Frías psicóloga de la Corte Provincial de Murcia en su obra La Custodia Compartida manifiesta que:

“...implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos”. (Catalán Frías, 2011)

Este tipo de tenencia es la contemplada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y aplicada por los jueces, por considerarse la más adecuada al desarrollo integral de los niños, lo que para mi criterio resulta totalmente absurdo, porque con este tipo de custodia sólo se consigue alejar al padre de sus hijo.



### 3.2.2 Tenencia alterna.

Según la Dra. María Catalán “Es la que permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un periodo del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el periodo restante”. (Catalán Frías, 2011). Este tipo de custodia podría ser una buena alternativa para al menos que exista igualdad de derechos entre los progenitores, por ejemplo cada tres meses, o cada mes podría tener la custodia el padre, y luego los otros tres meses siguientes la madre, al menos es una mejor tipo de tenencia que la exclusiva.

Por ejemplo en Colombia los jueces aplican la custodia alterna, tema que lo abordaremos en el capítulo cuarto.

### 3.2.3 Tenencia Compartida o Conjunta.

Como manifestamos en líneas anteriores es un derecho en el que ambos padres tienen la tenencia física y legal de sus hijos, comparten derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención, y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, en igualdad de condiciones en todas las decisiones y acciones relativas a los hijos.

Como manifiesta la Dra. María Catalán, este tipo de custodia “...es como si se tratara de una familia intacta...” (Catalán Frías, 2011), en razón de que ambos padres están siempre compartiendo sus actividades diarias con sus hijos.

Por ejemplo en los Estados Unidos, una institución denominada Children’s Rights Council (Consejo de los Derechos de los Niños), desarrolló el siguiente modelo orientador que establece el contacto de los padres con los hijos de acuerdo a su edad:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día mañana o tarde
De 1 a 2 años	Días alternos



De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

Si se aplicaría en nuestro país al menos como referencia el cuadro anterior se evitaría la discriminación de género, evitándose de esta manera dañar a nuestros hijos, pero como lo ha manifestado el psicólogo norteamericano Bethencourt Benítez en un estudio titulado custodia compartida de los hijos: “Señores legisladores (...), si desean de verdad contribuir a superar esta fuerte confrontación social de género entre hombres y mujeres, encaren con seriedad y rigor las oportunas reformas legislativas, que lo hagan posible, de lo contrario mucho me temo que la violencia de género no sólo no disminuirá, sino que seguirá en aumento”. (Monografías.com, 2012)

### 3.3 Tenencia compartida y visitas

Hay algunos autores que están en desacuerdo con la tenencia compartida, manifestando que la convivencia con los padres es siempre compartida. En el régimen de visitas un 70% los hijos viven con la madre, y un 30% con el padre. Con estos argumentos se considera inadecuado que el padre solicite la guarda y tenencia compartida de los hijos. Sin embargo son dos figuras totalmente distintas. La guarda<sup>17</sup> y tenencia significa que el menor permanezca con los dos progenitores, de acuerdo a la modalidad de tenencia compartida que se adopte, sin diferenciar si se encuentra en periodo de clases o vacaciones, en cambio el derecho de visitas contempla que durante el periodo escolar el menor debe permanecer con la madre que es quien tiene la tenencia del hijo, salvo fines de semana o vacaciones.

Al respecto la tratadista argentina Marta N. Stilerman en su obra “Menores”, manifiesta que “La causa de la poca aceptación de la tenencia compartida, es que contraría el criterio de estabilidad del menor, que tan necesario resulta para un buen desarrollo de los menores (...), debe ser una solución

<sup>17</sup> Guarda significa según Manuel Osorio encargo de conservar y custodiar una cosa.



excepcional, teniendo en cuenta que significa someter a los hijos menores a dos regímenes de vida distintos y en forma alternativa, con posibles incidentes en su educación y futura formación, (...), la tenencia compartida sólo debe aceptarse cuando las partes están de acuerdo con ella y no resulta dañino al interés de los menores..." (Stilerman, 1991)

Sin embargo la misma autora Marta N. Stilerman, dice que "Toda vez que la tenencia es otorgada a uno de los progenitores, debe darse un régimen de visitas amplio y libre al otro progenitor..." (Stilerman, 1991)

Criterio que resulta totalmente contradictorio, en razón de que por el sólo hecho de que exista un régimen amplio de visitas desnaturaliza el tema de las visitas en una relación paterno-filial, es difícil comprender que en un conflicto de separación el padre o madre tenga que visitar a su propio hijo, violentando de esta manera el principio de igualdad entre los progenitores durante y después de la convivencia.

La tenencia está regulada en el **art 118** del Código de la Niñez y la Adolescencia:

*"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..."* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Mientras que las visitas tenemos regulado en el **art 122** del Código de la Niñez y la Adolescencia:

*"En todos los casos en que el juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija".* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

La Corte Nacional sobre materia de tenencia manifiesta:

"...los jueces competentes, al resolver sobre el juicio de tenencia, deberán observar las reglas dispuestas en el art. 106 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia, así, como en forma preeminente, cumplir lo dispuesto en la Constitución de la República, para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La tenencia está encaminada a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta. En este caso el juez de la niñez y la adolescencia es el encargado de decidir en forma justa y conveniente a quien otorga la tenencia sea provisional o definitiva de la



niñas, niños y adolescentes, en atención a las características especiales de cada caso. Por ello el principio general y básico que domina la materia es el siguiente: debe tenerse en cuenta, primordialmente, el interés de los hijos, su convivencia y su bienestar. (...), es imperativo que exista un justo equilibrio entre los principios y derechos en pugna, es decir entre los derechos de los niños, y los derechos de los padres, y el principio de igualdad y no discriminación por razones de género, (...), la jueza o juez no podría dar ciegamente preferencia a la madre por el hecho de serlo y por considerar que es quien tradicionalmente provee de cuidado y atención a los hijos, sino atendiendo el principio de interés superior del niño...” (Corte Nacional De Justicia, 2011)

Pienso personalmente que las visitas, debe ser otorgado a favor de un padre que no quiere, o no tiene tiempo de compartir con su hijo, en pocas palabras un padre o madre que no le nace mayor afecto hacia su hijo, pero un padre que verdaderamente quiere compartir con su hijo en todos los ámbitos, se le debe otorgar una tenencia compartida, ya que por el sólo hecho de plantear un juicio de visitas, es porque verdaderamente le interesa su hijo, a eso padres que demuestren una preocupación por su hijo debe darse la tenencia compartida. Y como manifestamos en el primer capítulo no existe un estricto cumplimiento del régimen de visitas, en razón de que no hay una norma clara dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que sancione a algunas madres que obstaculizan el régimen de visitas.

Sin embargo tenemos algunas formas de regular el régimen de visitas en el **art. 123** del Código de la Niñez y la Adolescencia:

“Para la fijación y modificación del régimen de visitas, el juez aplicará el **art 106** regla 1 del Código de la Niñez:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija.

Inciso final del **art 106**:

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Continuando con el **art 123**:

1.- “Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,



2.- Los informes técnicos que estimen necesarios”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Incluso en el art 24 del Código de la Niñez nos dice: “...que se puede hacer extensivo las visitas a los ascendientes, parientes consanguíneos, hasta el cuarto grado de la línea colateral. También podrá hacerse respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Esto es lo poco que tenemos en cuanto al tema de las visitas, razón por la cual se da un abuso por parte de la madre de obstaculizar las visitas, porque no existe una norma que sancione este tipo de conducta, conforme lo he venido manifestando en el primer capítulo, aparentemente se aplicaría el **art 125** del Código de la Niñez que expresa:

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

*Si el requerido no cumple con lo ordenado, el juez decretará apremio personal en su contra...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Pero en la práctica es un artículo que se aplica a favor de la madre cuando el padre retiene al hijo. En este sentido al parecer no existe norma que haga cumplir la obligación a la madre de permitir el contacto con el hijo, y a pesar de ser una resolución judicial de estricto cumplimiento, no se sanciona a la madre de ninguna manera, ni siquiera por desacato a la autoridad.

Entonces para que no exista esta confusión, y para hacer efectiva la corresponsabilidad entre progenitores, es preferible que se adopte la modalidad de una tenencia compartida flexible, en lugar de implementar el tradicional sistema de régimen de visitas, que ni por más amplio que sea sólo vulnera principios constitucionales, como el de igualdad entre los progenitores, y el principio de interés superior de los menores. Nuestra propia jurisprudencia expresa que debe existir una igualdad entre los progenitores, que ambos tienen los mismos derechos sobre los hijos, entonces es algo contradictorio que se exprese que la tenencia debe estar a cargo de un progenitor, y al otro progenitor se le ubica en un plano secundario de vigilante de su hijo, otorgando generalmente al padre un limitado derecho de visitas.



### 3.4 Tenencia vs Patria Potestad.

En materia de menores la institución de la tenencia y la patria potestad van ligadas siempre. Algunos suelen confundir manifestando que quien tiene la tenencia, tiene la patria potestad, lo cual es totalmente erróneo. La palabra patria potestad viene del latín patria potestad, el origen lo tenemos en el Derecho Romano, en donde existía un poder absoluto e indefinido exclusivo del padre (pater-familiae) sobre los hijos. Entonces la palabra potestad según el Dr. Juan Larrea Holguín "...es un conjunto de derechos y obligaciones íntimamente vinculados, correlativos, que persiguen todos ellos un fin de carácter social, dentro de la organización de la familia (...), la palabra patria constituye también la expresión jurídica de la autoridad sobre los hijos y origina igualmente el régimen de los bienes que pertenecen a los hijos..." (Larrea Holguín, Juan, 2009). Sin embargo no se debe confundir la patria potestad con la potestad marital "...que se refiere a derechos sobre la persona y bienes, mientras que la patria potestad solamente se dice sobre los hijos no emancipados..." (Larrea Holguín, Juan, 2009)

Sin embargo es necesario recordar que en Roma el padre tenía poder absoluto sobre los hijos, podía venderlos o hasta darles muerte, y ese poder se extendía a toda la familia, mujer y descendentes.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se concedía únicamente la patria potestad al padre legítimo, pero en virtud de la reforma del 15 de mayo de 1869, promulgada por el Presidente García Moreno, se extendió a la madre pero con carácter supletorio. Decía la reforma "...en todos los casos que termine la patria potestad el padre, le sucederá en ella la madre. A partir de 1989 se decía que si ambos padres existen y son capaces ejercen la patria potestad conjuntamente, y si hay uno sólo corresponde a él, y en el caso de los concebidos fuera de matrimonio, se prefiere al que primero reconoce al hijo". (Larrea Holguín, Juan, 2009)

Nuestro Código Civil en el **art 283** define a la patria potestad de la siguiente manera:

"La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los 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." (Código Civil, 2005)

El **art. 105** del Código de la Niñez nos da la siguiente definición acerca de la patria potestad:





“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos, sino también de obligaciones de los padres relativos a los 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”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Cabe mencionar algunos derechos y deberes que tienen los niños y pogenitores:

Resumiendo nuestro Código de la Niñez y Adolescencia son derechos de los niños y adolescentes los siguientes:

- 1.- Tienen derecho a la igualdad y no ser discriminados.
- 2.- Derecho a la vida.
- 3.- Derecho a conocer a los progenitores.
- 4.- Derecho a tener una familia.
- 5.- Derecho a la salud.
- 6.- Derecho a la seguridad social.
- 7.- Derecho a un medio ambiente sano.
- 8.- Derecho a la identidad.
- 9.- Derecho a la educación.
- 10.- Derecho a la integridad personal.
- 11.- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- 12.- Derecho a la alimentación.

El **art. 64** del Código de la Niñez establece: “Son deberes de los hijos los siguientes:

- 1.- Respetar a la patria y sus símbolos.



- 2.- Conocer la realidad del país, (...), ejercer y defender efectivamente sus derechos y garantías.
- 3.- Respetar los derechos y garantías individuales y colectivos de los demás.
- 4.- Cultivar los valores de respeto, solidaridad, tolerancia, paz, justicia, equidad y democracia.
- 5.- Cumplir sus responsabilidades relativas a la educación.
- 6.- Actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar y en todas las etapas del proceso educativo.
- 7.- Respetar a sus progenitores, maestros y más responsables de su cuidado y educación.
- 8.- Respetar y contribuir a la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Según el **art. 103** del Código de la Niñez “son deberes fundamentales de los hijos:

- 1.- Mantener un comportamiento responsable y respetuoso que facilite a sus progenitores el adecuado cumplimiento de sus deberes.
- 2.- Asistir, de acuerdo a su edad y capacidad a sus progenitores, (...), que no les permita valerse por sí mismos.
- 3.- Colaborar en la tareas del hogar, de acuerdo a su edad y desarrollo...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

El **art. 102** del Código de la Niñez también establece algunos deberes de los progenitores:

- 1.- Promover a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.
- 2.- Velar por su educación, por lo menos en los niveles básicos y medio.
- 3.- Inculcar valores compatibles con respeto a la dignidad del ser humano.



4.- Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso.

5.- Estimular y orientar su formación y desarrollos culturales.

6.- Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo.

7.- Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica.

8.- Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente...”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

La obligación de los padres básicamente corresponde respetar, proteger desarrollar y hacer que respeten todos los derechos y garantías de los hijos.

En cuanto a la emancipación según el Dr. Fernando Andrade “...es el proceso de independencia por parte de quien permaneció en estado de subordinación. La emancipación del, menor da fin a la patria potestad, o a la tutela<sup>18</sup>, y puede ser voluntaria, legal o judicial. (Andrade Barrera, 2008)

La emancipación es voluntaria según el **art 309** del Código Civil: “...se efectúa por instrumento público en que el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello”. (Código Civil, 2005)

La emancipación legal de acuerdo al **art 310** del Código Civil: “...se efectúa:

1.- Por muerte del padre, cuando no existe la madre;

2.- Por el matrimonio del hijo;

3.- Por la sentencia que da a la posesión del padre o madre ausente.

4.- Por haber cumplido 18 años. (Código Civil, 2005)

La emancipación Judicial lo tenemos en el **art. 311**:

---

<sup>18</sup> Tutela: es la institución creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapaces para gobernarse por sí mismos.



“La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurren en uno o más de los siguientes casos:

- 1.- Cuando maltratan habitualmente al hijo;
- 2.- Cuando haya abandono del hijo;
- 3.- Cuando la depravación los hace incapaces de ejercer la patria potestad.
- 4.- Por sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito. (Código Civil, 2005)

El sujeto activo puede ser los ascendientes padre o madre, a falta de ellos en el orden que determine la ley, y el sujeto pasivo son los descendientes, menores de 18 años no emancipados.

Sin embargo el efecto del divorcio o separación de los padres sobre la patria potestad según el **art. 307** del Código Civil es el siguiente:

*“En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa”.* (Código Civil, 2005)

Entonces podríamos decir que la patria potestad es la representación legal y por ley la representación legal corresponde tanto al padre como a la madre, y a uno de ellos en ausencia del otro. En cambio la tenencia involucra el cuidado y protección, que quiere decir en caso de un divorcio por ejemplo por regla general la tenencia de los hijos queda a cargo de la mamá, el legislador de manera errada a mi parecer, ha visto que la mamá es quien va cuidar de mejor manera a su hijo, aquí nace la confusión ya que dicen que la madre al tener la tenencia del hijo, piensan que sólo ella es quien tiene la patria potestad, cosa que no es así ya que incumbe a los dos progenitores. Cuando el juez da su resolución sea sobre alimentos, patria potestad, tenencia, visitas, siempre estas resoluciones pueden ser modificables en cualquier momento. Algunos piensan que tienen que esperar seis meses o un año para modificar, lo cual es solo mitos. La ley en el **art. 119** del Código de la Niñez enumerado 42 dice: “...que cuando se modifiquen las circunstancias que originaron para mejor o desmejorar la situación económica del alimentante cada una de las partes está en la libertad de pedir un aumento o rebaja de pensión alimenticia...”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010) En cuanto a la tenencia si vemos que no es conveniente que el niño o niña esté con la madre o el padre, cualquiera de ellos puede pedir que se modifique esa resolución. Es decir toda resolución que se tome o todo proceso que se inicie alrededor de los menores,



que tenga que ver con su desarrollo integral, puede ser modificable hay que analizar quien tiene más tiempo, mayor grado de afecto.

La Corte Constitucional dice: "...que los jueces competentes, al resolver sobre el juicio de tenencia, deberán observar las reglas dispuesta en el artículo 106 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia, así, como en forma preeminente, cumplir lo dispuesto en la Constitución de la República, para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes..." (Corte Constitucional, 2011)

#### **Art 106 Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad:**

"...el juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o hija.
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija, (...), 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 hija.
- 3.- Tratándose de los hijos que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica, y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral.
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo..." (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

El asunto de la tenencia está en primer término a lo que acuerden los progenitores. Luego está la opinión del niño en donde se pueda entender que ya no puede ser manipulado tan fácilmente. También la forma en que han cumplido sus obligaciones los progenitores, y los informes técnicos del departamento técnico del juzgado de trabajo social y psicológico. Pero creo que tanto la madre como el padre están iguales condiciones para hacerse cargo del cuidado del niño, es decir de la tenencia, la ley requiere a la madre.



Sin embargo habrá ocasiones en las que ni el padre ni la madre pueda cumplir con esa obligación en esos caso se tiene que nombra un tutor<sup>19</sup>, o curador<sup>20</sup>.

Independientemente del género, hay que ver la responsabilidad que tienen los progenitores sobre los hijos.

Para que a uno de los progenitores se le suspenda o se pierda la patria potestad deben darse las siguientes causales del **art 112** del Código de la Niñez:

“ ...

- 1.- Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
- 2.- Maltrato al hijo...;
- 3.- Declaración judicial de interdicción del progenitor;
- 4.- Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
- 5.- Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo;
- 6.- Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 113** del Código de la Niñez y la Adolescencia: “La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

- 1.- Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija;
- 2.- Abuso sexual del hijo o hija;
- 3.- Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;

---

<sup>19</sup> Tutor: es la persona que desempeña la tutela.

<sup>20</sup> Curador: es el elegido o nombrado para cuidar de la persona y administrar los bienes de quien no puede hacerlo por sí mismo, sea por razón de edad o por incapacidad.



4.- Interdicción por causa de demencia;

5.- Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;

6.- Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad;

7.- Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija..." (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Por cuestiones económicas de uno de los progenitores no se puede perder o suspender la patria potestad.

Los que tienen legitimación activa para pedir la suspensión o pérdida de la patria potestad según el **art. 113** del Código de la Niñez son: "...en primer lugar los padres, luego los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, la Defensoría del Pueblo, la Junta Cantonal de Protección de Derechos, de oficio o a petición de parte, y los representantes legales..." (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Sin embargo según nuestro Código de la Niñez la patria potestad se puede restituir a petición de parte en favor de uno de los progenitores, según sea el caso, si existieren suficientes pruebas de que han variado las circunstancias que motivaron su privación, limitación o suspensión.

### 3.5 La Mediación una alternativa en la tenencia compartida.

Según la Ley de Mediación y Arbitraje en su **art 43**:

*"La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto". (Ley de Mediación y Arbitraje, 2006)*

Para el Dr. Fernando Andrade "La mediación es un proceso informal, en el cual un tercero facilita la negociación de un acuerdo mutuamente aceptable cuando existe un conflicto entre dos partes. La mediación es uno de los varios métodos utilizados dentro de los procesos alternativos para la resolución de disputas..." (Andrade Barrera, 2008)



Entonces para que pueda existir un acuerdo de mediación, la materia a tratarse debe ser transigible, por ejemplo violencia intrafamiliar ya no es materia transigible esto según la Resolución 209-2013 expedido por el Consejo de la Judicatura el Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial, en el **art 21** dice: “La mediación se referirá a materia transigible y será de carácter extrajudicial y definitivo. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación.

En materia penal, las normas jurídicas pertinentes regularán su procedencia y aplicación”. (Consejo de la Judicatura, 2013)

En materia de menores puede ser materia transigible los asuntos de tenencia, patria potestad, visitas y alimentos pero siempre que estos no impliquen renuncia de derechos de los niños al respecto el **art. 294** del Código de la Niñez dice:

*“La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia”.*  
(Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Entonces tomemos como ejemplo si queremos mediar sobre pensiones alimenticias, se puede solicitar la Mediación ya sea a petición de parte o actualmente de oficio como lo hacen algunos jueces, pero una vez que lleguen a un acuerdo voluntario las partes intervinientes, el mediador está en la obligación de ver si la pensión es al menos la mínima que establece la ley caso contrario no será válido y cuando llegue a conocimiento del juez para su aprobación el juez está en la obligación de negar dicho acuerdo, ya que si el acuerdo de las partes es menos de lo que establece la ley, no tendrá validez porque eso significa vulneración de derechos de los niños.

Aunque el reglamento emitido por el Consejo de la Judicatura en su **art 16** mencione que para ser mediador se debe haber aprobado tercer año en una Universidad, debería cambiar este requisito y exigir que al menos el mediador sea abogado, puesto que debe conocer a profundidad ciertas materias, y como mediador debe tener los conocimientos necesarios, para que pueda manejar con responsabilidad y conocimientos sobre la materia transigible.

Al respecto el **Art. 47** de la Ley de Mediación expresa:

*“...En los asuntos de menores y alimentos , el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas de Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias”.* (Ley de Mediación y Arbitraje, 2006)





También se reconoce la mediación en nuestra Constitución en el **art. 190**:

“Se reconoce el arbitraje y la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la Ley, materias en las que por su naturaleza se puede transigir...” (Constitución, 2008)

Podría ser una buena alternativa la mediación en cuanto a la tenencia compartida, pero siempre y cuando exista la predisposición de las partes con un criterio formado, pero para ello creo que aquí tienen una gran obligación los abogados, de asesorar correctamente al cliente para evitar llegar a conflictos que muchas de las veces duran años, pero sin embargo existe muchos abogados que por ganar más dinero prefieren asesorar mal al cliente y litigar durante años, muchas de las veces de mala fe. Si un padre responsable quiere compartir con su hijo, para que exista una tenencia compartida los primeros en mediar deberían ser los abogados, quienes deben convencer a su cliente sobre todo si están con la madre que en asuntos de visitas o tenencia no se debe litigar y peor aún si sabe que el padre quiere compartir con su hijo, ya que nadie va a salir victorioso, sino por el contrario van a terminar afectando a su propio hijo, y que la mejor opción sería el dialogo, la mediación, y procurar que se dé una tenencia compartida sobre los hijos menores, pero lamentablemente vivimos en una sociedad egoísta, que no piensa en los daños que se ocasiona a los niños a causa de los conflictos que se dan en la Unidades Judiciales de la Familia.

Para la doctrinaria española Dra. Raquel Castillejo Manzanares en su obra *Guarda y Custodia de los hijos menores* manifiesta lo siguiente: “La mediación tiene sentido, en primer lugar desde el momento en que dos o más partes no se ponen de acuerdo. En segundo cuando el mediador se incorpora a una relación ya existente entre dos o más partes, (...). En tercero, si las partes aceptan el mediador para ayudarlas a conseguir un acuerdo. En cuarto solo en aquellos supuestos en los que el mediador es competente y goza de imparcialidad, competente en relación a los aspectos formativos del mediador, e imparcial por cuanto sus opiniones son equilibradas, sin preferencia hacia ninguna de las partes. Finalmente que exista voluntad de las partes, (...) Para que todos estos requisitos se den en la mediación se hace preciso que actúe un buen mediador, cuyas características han de ser fundamentalmente de dos tipos, las personales entre las que se destacan la originalidad, actitud conciliatoria, autocontrol, sentido del humor y espontaneidad; y la profesionalidad formativa y ética...” (Castillejo Manzanares, 2007) que como ya manifestamos el mediador debe ser abogado.

### **3.6 Demanda: Procedimiento.**

Para plantear un juicio de tenencia la parte accionante tiene que tener legitimación activa y según el Código de la Niñez en su **art. 115** corresponde:



- 1.- “Al padre o la madre.
- 2.- Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad.
- 3.- La Defensoría del Pueblo.
- 4.- La Junta Cantonal de Protección de Derechos”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

La demanda se debe plantear ante un juez competente, y según nuestra ley corresponde al Juez de la Niñez y la Adolescencia, actualmente conocidas como la Unidades de la Familia, Mujer, Niñez y la Adolescencia, y en los cantones donde no exista Jueces de la Niñez se tiene que plantear ante los Jueces Multicompetentes. Hay que tener presente que la demanda de tenencia se debe plantear en el lugar en donde tenga su domicilio el niño, niña o adolescente.

A la demanda se debe adjuntar la partida de nacimiento del niño, y copia de cédula del progenitor.

Una vez sorteada la demanda, viene el siguiente procedimiento según nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia:

**Art 272:**

“La demanda deberá reunir con los requisitos contemplados en el art. 67 del Código de Procedimiento Civil, y el juez calificará dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la misma.

En su primera providencia el juez la calificará y, si reúne los requisitos legales, la aceptará a trámite, caso contrario se ordenará completarla...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 273:**

Una vez citada la parte demandada, “La Audiencia de Conciliación será conducida personalmente por el Juez, quien la iniciará promoviendo en las partes un arreglo conciliatorio, que de haberlo será aprobado en la misma Audiencia y pondrá término al juzgamiento.

Si no se produce conciliación, el juez escuchará de inmediato las réplicas y contra réplicas de las partes, comenzando por el de contestación del demandado quién, luego del alegato del accionante, tendrá la oportunidad de



hacer una breve réplica. Concluido los alegatos, oirá reservadamente la opinión del adolescente, niño o niña, que esté en edad y condiciones de prestarlo.

Antes de cerrar la audiencia, el juez insistirá en una conciliación de las partes; si no lo hay y existen hechos que deben probarse convocará a la audiencia de prueba, que deberá realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha de señalamiento”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art 274:**

“El juez en los juicio sobre patria potestad, alimentos y régimen de visitas el juez necesariamente hará una fijación provisional sobre la pretensión del accionante, en la misma audiencia...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**El art. 275:**

“En la Audiencia de prueba, actor y demandado, en el mismo orden, presentarán los medios probatorios que hubieren sido oportunamente anunciados, comenzando con el examen de los testigos, que podrán ser interrogados por los defensores de ambas partes, los informes de los técnicos, que deberán responder a las observaciones y solicitudes de aclaración o ampliación que aquellos les formulen.

Por secretaria del juzgado se dará lectura resumida de los documentos que agreguen las partes y de los oficios e informes que se han recibido.

Los interrogatorios de los abogados defensores se harán directamente a los testigos, peritos y contraparte, sin necesidad de intermediación del juez, que sólo podrá objetar, de oficio o a petición de parte, las preguntas que considere inconstitucionales, ilegales, irrespetuosas o impertinentes.

Concluida la prueba, los defensores, comenzando por el actor, podrán exponer sus alegatos sobre la prueba rendida”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 276:**

“A petición de cualquiera de las partes, la audiencia de prueba podrá diferirse por una sola vez y hasta por cinco días hábiles.



Una vez iniciada, si la extensión de la prueba lo justifica, el juez podrá disponer un receso por el mismo término señalado en el inciso anterior”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 277:**

“El juez pronunciará auto resolutorio dentro de los cinco días siguientes a la audiencia”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art 278:**

“A petición de parte interesada y escuchada la parte contraria, el juez podrá modificar en cualquier tiempo lo resuelto, si se prueba que han variado las circunstancias que tuvo presente para emitirla”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art 279:**

“La parte que no esté de acuerdo podrá apelararlo ante el superior dentro del término de tres días de notificado...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 280:**

“Recibido el proceso, la Sala de la Corte Superior convocará a audiencia en la que los defensores de las partes presentarán sus alegatos verbales. Concluida la audiencia pronunciará su resolución en cinco días”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 281:**

“El recurso de casación procederá únicamente contra el auto resolutorio de segunda instancia, por las causales y con las formalidades contempladas en la ley”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 282:**

“El procedimiento no podrá durar más de cincuenta días de término contados desde la citación con la demanda en primera instancia; ni más de veinticinco días desde la recepción del proceso , tanto en segunda instancia como en el caso de casación...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)



Sin embargo se debe reformar este tipo de procedimiento, en razón de que es demorado, y por las cargas procesales de los jueces no se resuelve en el tiempo que establece la ley. Por lo que mirando el interés superior de los niños, debe darse el mismo procedimiento para determinar las pensiones alimenticias, es decir en una sola audiencia única, y con la posibilidad de apelación ante la Corte Provincial, y el recurso de casación, ante las Salas de la Corte Nacional.

### **3.7 Aspectos que los jueces deben tomar en cuenta al otorgar la tenencia compartida.**

Para otorgar la tenencia los jueces no solamente deben aplicar lo establecido en el **art 106** del Código de la Niñez:

*“El juez debe oír la opinión del niño o adolescente que esté en condiciones de hacerlo, también que se respete el acuerdo de los progenitores, y los informes técnicos...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

También es fundamental que se aplique lo señalado por la Sala de la Corte Nacional quienes establecen algunos criterios que los Jueces de la Niñez y la Adolescencia tomen en consideración a la hora de decidir a cuál de los padres encargan la tenencia:

- “La doctrina de los años tiernos: El niño durante sus primeros años (años tiernos) necesitarán a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño” (Corte Constitucional, 2011)

Criterio que es plenamente compartido, pero también se debería analizar si la madre tiene en buenas condiciones al niño, si lo da de lactar, caso contrario si el padre está en mejores condiciones se debe dar la tenencia al padre.

- “El interés superior del niño o niña: el principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.
- La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del niño o niña.
- La presunción de el/la dador/a de cuidados básicos: Según esta doctrina los niños necesitan cuidado día a día del padre o madre que ha asumido el rol de dador/a de cuidados, durante el matrimonio deberá mantener la custodia de los niños.
- Los deseos del niño para su custodia cuando es practicable.



- Los deseos del padre/madre o de ambos en relación con la custodia del niño.
- La interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos, y cualquier otra persona quien pueda influir emocional o psicológicamente en el interés superior del niño.
- El ajuste del niño a su hogar, escuela o comunidad.
- La salud física y mental de todas las personas involucradas.
- La capacidad de los padres para comunicarse y lograr compartir las decisiones que afecten la vida del niño o niña.
- La buena voluntad de los padres de compartir la custodia.
- El involucramiento previo de cada padre en la vida del niño.
- La proximidad geográfica de las casas parentales en relación con la consideración práctica del horario de residencia del niño.
- La exigencia del empleo parental.
- La edad y número de niños.
- La sinceridad de solicitud de cada uno de los padres.
- La capacidad de los padres de sostener financieramente el acuerdo de custodia.
- El beneficio de los padres.
- Pruebas de maltrato intrafamiliar...” (Corte Constitucional, 2011)

Es necesario que exista un justo equilibrio entre los derechos de los niños, los derechos de los padres, y el principio de igualdad y no discriminación por razones de género. Los jueces no podrán ciegamente dar preferencia a la madre, por considerar que es quien tradicionalmente provee de cuidado y atención a los hijos, sino atendiendo el principio de interés superior del niño.



## CAPÍTULO IV.

### ANÁLISIS LEGISLATIVO.

#### 4.1 Derecho comparado.

En **Estados Unidos**, la custodia compartida es la fórmula adoptada en casi todas las legislaciones sobre divorcio o separación de los distintos estados.

La política común que inspira las legislaciones estadounidenses, se basa en el derecho fundamental del niño a mantener con ambos progenitores, un nivel similar de contacto al existente antes de la ruptura del matrimonio.

“Aparte de la custodia compartida o conjunta esa política se plasma también en el denominado “Principio del progenitor más generoso” según el cual en los casos en que se haya de otorgar la custodia en exclusiva, será factor determinante para asignarle a uno de los progenitores, la capacidad respectiva que cada uno de ellos muestre para favorecer el contacto significativo y continuado del niño con el otro progenitor...” (Asociación Pro Derechos del Niño, 2015)

**Francia:** en Marzo del 2002 fue aprobada en Francia la Custodia Compartida, impulsada por la Ministra de la Familia y la Infancia Segolene Royal, quien expresaba lo siguiente:

1.- “Las expectativas de un niño respecto de sus padres no deben depender del vínculo de la pareja.

2.- Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por la separación o divorcio.

3.- No es necesario seguir siendo pareja, para seguir siendo padre o madre al cien por cien.

4.- La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana, cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño”. (“Asociación Pro Derechos del Niño”, 2015)

El texto de la Ley Francesa estipula: “La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.



Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto al modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño, en el domicilio de cada uno de los progenitores o la residencia en el domicilio de uno de ellos.

En caso de desacuerdo el juez tratará de conciliar entre las partes...” (Asociación Pro Derechos del Niño, 2015)

La Legislación **Colombiana**, contempla la Tenencia Compartida, sin embargo hay autores como es el caso del Dr. Carlos Gavira, doctrinario colombiano quien expresa que la Constitución Colombiana tiene vocación normativa, para aplicar la tenencia compartida, no es necesario que haya una ley que autorice la tenencia compartida, cuando el **art. 42** de la Constitución Colombiana dice: “...que las relaciones familiares tienen que llevarse a cabo dentro de criterios, reglas de completa igualdad y cuando el **art. 13** prohíbe toda discriminación en razón de género...” (Manual Fundación Padres Por Siempre, 2015)

Los Jueces de la ciudad de Bogotá - Colombia en el fallo Nro. 24-2008 con fecha 1 de julio del 2009, acogen éste criterio de otorgar la tenencia compartida manifestando “...que si es procedente otorgar la tenencia compartida al padre y a la madre, a la luz de los artículos **44** de la Constitución Colombiana que reconoce como derecho fundamental de los niños, entre otros el cuidado y amor de los progenitores, y el **art. 13** que prohíbe toda discriminación en razón de género. Siendo la primera vez que en una Constitución Colombiana se le da al amor el tratamiento de objeto jurídico protegido. Los primeros en dar amor al hijo son sus padres, de modo que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumplimiento la maternidad, ni la paternidad. Los padres tienen el deber de brindarlo todo el cuidado, afecto, educación, al hijo. También se fundamentan en la Convención de los Derechos del Niño, que garantiza que los niños tienen derecho a crecer en un círculo de afecto y seguridad, al amparo y bajo responsabilidad de los padres.

El juzgado Colombiano otorga la tenencia compartida, cada tres meses con uno de los padres, y cuando esté con el padre, la madre podrá realizar el derecho de visitas, y viceversa también con el padre, compartirán los feriados, cumpleaños del niño, los gastos económicos lo sufragarán los padres de manera compartida. Esto lo hacen los jueces en base al interés superior del niño. (Custodia y Cuidado Personal, 2009)

La reforma al divorcio establece la posibilidad de que los jueces decreten la custodia compartida de los hijos aunque no haya acuerdo de los padres **art. 3** Código Civil Colombiano:





“El menor habitará con cada uno de los progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre, y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el Juez de la Familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor, para los períodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los períodos vacacionales.

Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijarán por mitad”. (Custodia y Cuidado Personal, 2009)

Entonces en nuestro país también los jueces tienen la facultad de aplicar la tenencia compartida, sin la necesidad que lo contemple nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia, en razón de que tenemos una Constitución similar a la colombiana, tal como ya analizamos en el primer capítulo hay que mirar el interés superior del niño, así lo determina el art. 44 de la Constitución, el 45 que dice que los niños tienen derecho a la integridad física y psíquica, a tener una familia, art. 83 numeral 16 que establece son deberes de los padres asistir, alimentar, educar y cuidar a los hijos en igual proporción, y obviamente claro está en la Constitución que los jueces deben administrar justicia con sujeción a la Constitución, Instrumentos Internacionales, de Derechos Humanos.

Nuestros jueces deben empezar a respetar y aplicar la Constitución, ya que como manifestaba Hans Kelsen “es la ley de las leyes, y goza de supremacía constitucional”. (Bravo , 2015)

## **4.2 Sugerencias para posibles reformas legislativas.**

### **4.2.1 Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia**

Considero sustituir el Título III ***De La Tenencia***

#### **Por el siguiente:**

#### **De la Tenencia Compartida**

Porque con el término tenencia se promueve la tenencia unipersonal, lo cual es contradictorio a la Constitución que promueve la corresponsabilidad entre los progenitores.

Considero que se debe Sustituir el **art. 118:**



*“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...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

**Por el siguiente:**

**Art. 118.- Procedencia.- Es obligación del juez para garantizar el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a ambos progenitores, de manera alternada,** para lo cual no se alterará el ejercicio conjunto de la patria potestad, siguiendo las reglas del artículo 106.

Reforma necesaria puesto que al otorgar la tenencia solo a un progenitor violenta el art. 69 numeral 1 de la Constitución, que promueve la paternidad y maternidad a ambos progenitores, sobre todo cuando están separados.

Se debe sustituir e incorpórese en el segundo inciso del **art. 118:**

*“También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

**Lo siguiente:**

Se confiará la **tenencia compartida con atribución de los derechos y obligaciones, comprendidos en la patria potestad. Las pensiones alimenticias las cubrirán de manera conjunta, en caso de demostrar que la madre no cuenta con recursos económicos suficientes, no se le impondrá pensión alimenticia para su hijo, sin embargo el tiempo que el niño deba permanecer bajo la tenencia del padre, se suspenderá las pensiones a favor de la madre.**

Porque al estar establecido solo el término tenencia, se hace alusión de que solo un progenitor tiene derecho, limitando los derechos sobre el hijo al otro progenitor, generalmente al padre, con lo que se estaría vulnerando el derecho a la igualdad entre los progenitores establecido en el art. 11 numeral 2 de la Constitución. De igual manera se debe considerar que muchas madres son de escasos recurso económicos, por lo que si se otorga la tenencia compartida habría que analizar minuciosamente la situación económica de la madre.

Debería incorporarse en el **art. 119:**

*“Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El juez podrá alterarlas en*



*cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

**Los siguientes términos:**

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

Es importante que la tenencia compartida no cause ejecutoria su resolución, pero si con ello se da vulneración de derechos del menor, si se violenta el interés superior del niño consagrado en el art.44 de la Constitución, deberá modificarse dicha resolución.

Asimismo considero que se tiene que sustituir el segundo inciso del **art. 119:**

*“Si se trata de cambio de tenencia, se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

**Por la siguiente expresión:**

**La tenencia compartida se aplicará de manera responsable,** que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el juez deberá disponer medidas de apoyo **a través del departamento técnico del juzgado,** para el hijo o hija, y a sus progenitores.

Puesto que para el niño acoplarse a dos hogares distintos le puede generar daño psicológico, entonces el juez, debe disponer al departamento técnico del juzgado que oriente de manera responsable a los progenitores, respetando la integridad personal de los niños establecido en el art. 44 de la Constitución.

Asimismo debería incorporarse en el **art. 120:**

*“Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato”.  
(Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

**Lo siguiente:**



**Art.120.-** Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre **tenencia compartida** se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto.

Porque el hecho de incluir los términos tenencia compartida da igualdad de derechos a los dos progenitores, tal como lo determina el art. 11 numeral 2 de la Constitución.

Se debe sustituir el **Título IV**

Del Derecho a Visitas

**Por la siguiente expresión:**

**Del Derecho a la Comunicación Frecuente**

Al utilizarse el termino visitas se da una desigualdad de derechos, y se violenta el art. 69 numeral 5 de la Constitución, y precisamente es la causa de que muchos progenitores se aprovechan para no permitir el contacto del hijo con el otro progenitor, entonces si utilizamos la expresión comunicación frecuente esto propende a garantizar el interés superior del menor, puesto que es una expresión mucho más amplia, y obligará al juez a que en sus resoluciones disponga que el niño mantenga una relación frecuente con ambos progenitores.

Se debe sustituir el primer inciso del **art. 122:**

“Obligatoriedad.- En todos los casos cuando el juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad, a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija”.  
(Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Por el siguiente texto:**

**Art. 122.-** Obligatoriedad.- En todos los casos cuando el juez confíe la **tenencia compartida** o el ejercicio de la patria potestad, a ambos progenitores, deberá regular **el derecho de comunicación frecuente** que el otro podrá hacer al hijo o hija, **cuando se encuentre bajo el cuidado de un progenitor.**

Se debe reformar este artículo por las mismas causas explicadas en el artículo anterior



También se debe sustituir el inciso primero del **art. 123**:

*“Forma de regular el régimen de visitas.- Para la fijación y modificación del régimen de visitas, el juez aplicará lo dispuesto en la regla 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

**Por el siguiente:**

**Art. 123.-** Forma de regular el **derecho de comunicación frecuente.-** Para la fijación y modificación del **derecho de comunicación frecuente**, el juez aplicará lo dispuesto en la regla 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Como lo manifesté en líneas anteriores visitas es un término totalmente inapropiado, limita el contacto de los padres con los hijos, violenta el interés superior del niño y se da una desigualdad de género.

Es necesario que se sustituya el texto de la regla 1 del **art. 123**:

1. *“Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Por lo siguiente:**

**1.- En caso de otorgar la tenencia compartida, el juez concederá el derecho de comunicación frecuente a uno de los progenitores de manera alterna.**

Se debe cambiar este artículo en el sentido de que no es lo suficientemente amplio, por ejemplo hay padres que están al día en el pago de las pensiones alimenticias, sin embargo el juez le concede visitar a su hijo un día a la semana, y como tenemos jueces que se rigen a lo que establece la ley, es necesario una expresión mucho más amplia como el derecho de comunicación frecuente.

Debemos sustituir el texto de la regla 2 del **art. 123**:

2. *Los informes técnicos que se estimen necesarios.* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Por el siguiente texto:**



2.- En caso de que uno de los progenitores no quiera la tenencia compartida, se fijará el derecho de comunicación frecuente acorde a las pretensiones del progenitor, sin perjuicio a los derechos del niño, pudiendo en este caso darse hasta un régimen abierto de comunicación. Para lo cual serán fundamentales los informes técnicos necesarios.

De igual manera es fundamental ampliar dicho artículo procurando la convivencia familiar según el art. 45 de la Constitución.

Se debería incorporarse en el **art. 124:**

*“El juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente Título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente”.* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Lo siguiente:**

El juez extenderá el **régimen de comunicación frecuente** a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente Título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

Reforma necesaria puesto que hay parientes ligados afectivamente al menor, por lo que si con ello se garantiza el interés superior del niño, se debería permitir el contacto frecuente con los mismos.

Es necesario añadir al inciso primero del **artículo 125:**

*“El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida (...) (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)*

**Lo siguiente:**

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia **compartida o unipersonal** o tutela han sido



encargadas a otro, o que obstaculice **el derecho de comunicación frecuente**, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida.

Se debe ampliar el presente artículo con la expresión tenencia compartida y comunicación frecuente, para que ambos progenitores puedan hacer uso inmediato de dicha medida, en razón de que en la práctica es un artículo que protege más a la madre, y obviamente se vulnera el derecho a la igualdad entre los progenitores.

Asimismo se debe añadir en el segundo inciso del **art. 125**:

*Si el requerido no cumple con lo ordenado, el juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.*  
(Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**La siguiente expresión:**

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación. **Además se aplicará lo dispuesto en el art. 282 del COIP, por desacato a la Autoridad.**

Al ser la norma más rígida esto obligará a que los progenitores respeten los derechos constitucionales de los niños, garantizados en el art. 44, 45, 46 de la Constitución.

De igual forma se debe incorporar al inciso primero del **art. 106**:

*“Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad”*

**El siguiente término:**

Reglas para confiar el ejercicio de **la tenencia compartida** y la patria potestad:

Se debería **Añadir** a la regla dos del art. 106:



2.- *A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años, se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija...*" (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**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 tenencia compartida** y la patria potestad de los que no han cumplido doce años, se confiará **a ambos progenitores de manera conjunta, en el caso de lactantes se preferirá a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o hija;**

Considero que mediante la reforma del artículo antes citado, se podrá respetar la integridad física y psíquica de los menores, establecido en el art. 45 de la Constitución, y también se respetará lo establecido en el art. 69 numeral 1 de la Constitución que establece que hay que prestar especial atención a las familias disgregadas.

También se debe sustituir el numeral tres del **art.106:**

*3.-"Tratándose de los hijos que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor, que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral..."* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Por el siguiente texto:**

3.- Tratándose de los hijos que han cumplido doce años, **la tenencia compartida y la patria potestad se confiará a ambos progenitores**, quienes deben tener estabilidad emocional y madurez psicológica y deben estar en condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral.

Si se demuestra que ambos progenitores están en las condiciones de brindarle un buen cuidado y educación a sus hijos, entonces se debe respetar el art. 69 numeral 1 de la Constitución, en donde se promueve la maternidad y paternidad responsable.

También es necesario sustituir el numeral 4 del **art. 106:**





“Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija...”  
(Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Por el siguiente texto:**

Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se debe confiar la tenencia a los dos progenitores, siempre que no afecte el interés superior del hijo o hija.

Con esta reforma se respetará el derecho a la igualdad consagrado en el art. 11 numeral 2 de la Constitución.

Se debe incorporar como numeral 7 del **art. 106** lo siguiente:

La suspensión, privación o pérdida de la tenencia compartida estará a lo dispuesto a las reglas para las suspensión, privación o pérdida de la patria potestad de los artículos 112 y 113 del presente Código.

En cuanto al procedimiento, el trámite para la tenencia compartida se sujetará al trámite especial, establecido en el Capítulo II Del Procedimiento para la Fijación y Cobro de Pensiones Alimenticias del presente Código de la Niñez y la Adolescencia.

Es necesario un procedimiento especial, puesto que el trámite contencioso en el tema de tenencia, es demasiado largo, y con eso se vulnera derechos Constitucionales de los menores, como el art. 44 de la Constitución, que establece que los derechos de los menores deben prevalecer sobre las demás personas.

Reformas necesarias puesto que tenemos un Código de la Niñez y la Adolescencia, que no mantiene conformidad con las disposiciones constitucionales, tal como lo establece el art 424 de la Constitución.

**4.2.2 Constitución de la República del Ecuador.**

Se tiene que incorporar en el numeral 5 del **art. 69**:

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

**La siguiente expresión:**



5.- El Estado promoverá **la tenencia compartida en ambos progenitores**, y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Con tan solo incorporar el término tenencia compartida en la Constitución, se estaría respetando la igualdad entre los progenitores y sobre todo se garantiza el interés superior de los niños a ser educados por ambos progenitores, cuando se encuentren separados.

#### 4.3 Caso práctico: Análisis

##### CASO Nro. 0699-JCPD-2011

El sr. I.S presenta una denuncia por maltrato psicológico y físico hacia su hijo SS, en la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Cuenca, con fecha 8 de julio del 2011, en contra de su madre y el conviviente. Se procede a notificarles, y la madre del niño en su contestación argumenta que ella y su hijo son los que han sido víctimas de maltratos por parte de familiares del padre de su hijo, se convoca a Audiencia, con fecha 8 de agosto del 2011, sin embargo en primer lugar no se puede realizar la Audiencia respectiva, porque supuestamente los miembros de la Junta Cantonal estaban gozando de vacaciones, y porque tampoco se presentan los denunciados. El padre del niño S.S, pide fecha para nueva Audiencia, y la Junta Cantonal convoca a Audiencia para el 23 de septiembre del 2011, en donde tampoco se presentan los denunciados a pesar de haber sido notificados, la Junta Cantonal, expresa que no se puede realizar la Audiencia mientras no estén presentes todas las partes. Posteriormente la madre del niño S.S pide nueva fecha para Audiencia, y la Junta Cantonal convoca para el día 31 de octubre del 2011, no proceden a notificar al denunciante.

En la Audiencia respetiva se presentan los denunciados, y los Miembros de la Junta Cantonal, sorpresivamente deciden instalar la Audiencia estando presentes solo los denunciados y en base a lo que estas personas manifiestan sin prueba alguna, la Junta Cantonal toma las medidas más drásticas en contra del padre del niño S.S, violentando derechos constitucionales, vulnerando derechos del niño S.S.

A continuación veremos los derechos vulnerados por parte de este organismo:

**Art. 168** numeral 6 de la Constitución:

“ ...



6. La sustanciación de los procesos en todas materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, **contradicción** y dispositivo”. (Constitución, 2008)

Para nuestro docente el Dr. Kaisser Machuca Bravo “el principio de contradicción garantiza el derecho a conocer, discutir, impugnar y aún oponer contrapruebas a las solicitadas por una parte, quedando en virtud de este principio excluida la posibilidad de una prueba actuada sin consentimiento del juez o de las partes” (Kaisser Machuca Bravo, 2015)

**Art. 117** del Código de Procedimiento Civil:

*“Solo la prueba debidamente actuada esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”.*  
(Código de Procedimiento Civil, 2009)

Entonces claro está que la resolución de la Junta Cantonal no tiene fundamento legal alguno, en razón de que en la primera y segunda Audiencia cuando estuvo presente el padre del niño S.S no actuaron de la misma forma como lo hicieron en la tercera Audiencia, si supuestamente ellos manifestaban que mientras no estén presentes las dos partes, no se podía llevar a cabo la Audiencia respectiva, sin embargo en la tercera Audiencia no le dan la oportunidad al sr. I.S, de contradecir lo argumentado por los denunciados.

También se vulnera el principio de imparcialidad que establece el COFJ **art. 9:**

“Principio de imparcialidad.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley.

En todos los procesos a su cargo, los jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan reducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, Instrumentos Internacionales, (...), la Ley y los elementos probatorios aportados por las partes...” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Entre las medidas que DISPONE la Junta Cantonal están las siguientes:

Conceden una boleta de auxilio a favor de la madre y del niño S.S, en contra del padre, el señor I.S., violentando los siguientes artículos Constitucionales, **art. 44** expresa:

“El Estado..., promoverá de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños...” (Constitución, 2008)



“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad (...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; (...) a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar...” (Constitución, 2008)

**Artículo 69** regula:

*“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:*

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

*(...)*

*4.- El estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes y jefas de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.*

*5.- El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijos e hijas...”* (Constitución, 2008)

La Convención sobre los Derechos del Niño en su **artículo 9** expresa:

*1. “Los estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, (...) excepto cuando las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

*3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990)

Entonces siendo el Estado llamado a proteger los derechos de los niños como es posible que hayan concedido una boleta de auxilio sin ningún tipo de prueba para alejarle al padre de su hijo S.S, y no aplican sanciones a los verdaderos agresores del niño S.S.



Nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia en cuanto a las medidas de protección establece en su **art. 217** numeral 1:

“Las acciones de carácter educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Violentan el **art. 21** del Código de la Niñez:

*“Los niños, niñas, y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Con una boleta de auxilio es imposible que el padre del niño S.S, hubiese podido tener el más mínimo contacto con su hijo, sin embargo los miembros de la Junta Cantonal, discriminan al niño S.S, por razón de su edad a pesar de que el **art. 6** de Código de la Niñez establece:

“Todos los niños, niñas, y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad...” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

La Junta Cantonal para conceder una boleta de auxilio debió basarse en informes técnicos de trabajo social y psicología, y dentro del proceso solo existe un informe de trabajo social, en el cual no se ha determinado ningún tipo de agresión por parte del señor I.S, hacia su hijo, informe que no se le entrevista ni a la madre del niño. Mucho menos existen informes psicológicos, pero lamentablemente los miembros de la Junta Cantonal toman ese tipo de medidas, se da una desigualdad de género, el padre denuncia maltrato hacia su hijo lo cual era evidente, en razón de las condiciones en las que se encontraba el niño, sin embargo dan preferencia a la madre, al creerle sus argumentos, y violentan el derecho al debido proceso, puesto que en ninguna parte del Código establece que se debe convocar a tres audiencias, en caso de no presentarse una de las partes en procedimientos de medidas de protección a favor de los niños.

Este organismo no mira el interés superior del niño consagrado en el Código de la Niñez en su **art 11**:

*“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños...”* (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)



Se violenta los siguientes Convenios Internacionales:

Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio dos, dispone:

*“Que la niñez gozara de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, (...), para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.* (Andrade Barrera, 2008)

La Convención sobre los Derechos del Niño destaca en su art. 3.1. :

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.* (Andrade Barrera, 2008)

Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el art. 19:

*“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y el Estado”* (Andrade Barrera, 2008)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (R. Oficial 101 del 24 de enero 1969), art. 24.1:

*“Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado”.* (Andrade Barrera, 2008)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales R. Oficial 101 de 24 de enero de 1969), art 10.3:

*“Se deben adoptar las medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por raza de filiación o cualquier otra condición”.* (Andrade Barrera, 2008)

El padre del niño plantea un juicio de visitas signado actualmente con el número **01204-2013-28132** de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y la Adolescencia de Cuenca, en donde llegan a un acuerdo los progenitores con fecha 9 de noviembre del 2011, sin embargo la madre del niño S.S, nunca respeta dicho acuerdo, y no permite que el padre del niño S.S, lo visite, incluso



a pesar de concurrir hasta el domicilio de la madre del niño, los días de visita con la DINAPEN, por lo que el juez decide convocar a nueva Audiencia de conformidad con el **art. 130** numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial:

*“Los jueces pueden procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia...”* (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Con fecha 20 de diciembre del 2011 el juez dispone que las vistas se realizarán los días domingos con la DINAPEN, de 9 am a 16:00pm, medida que toma el Juez en base a lo resuelto por la Junta Cantonal, que lo analizamos anteriormente. Sin embargo la madre del niño hace caso omiso a lo resuelto por el Juez, aparándose en la boleta de auxilio que le concedió la Junta Cantonal, y no permite ver al niño a su padre. A pesar de todos los informes de la DINAPEN, quienes constatan la mala fe de la parte demandada de ensañarse de no permitir ver al niño a su padre, incluso la agresividad de la madre del niño, a pesar de existir informes de los psicólogos ordenado por el juez, en donde consta que lo único que quiere el padre del niño es mantener una relación afectiva con su hijo, ya que hasta se encontraba al día en el pago de las pensiones alimenticias, el juez no aplica ningún tipo de sanción hacia la madre del niño.

Dentro de este proceso vemos que la propia madre del niño violenta sus derechos Constitucionales, derechos protegidos por el Código de la Niñez y la Adolescencia, y es precisamente en estos casos en donde el Juez debió aplicar lo establecido en el **art. 282** del COIP:

*“La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años...”* (COIP, 2014)

Aparentemente el juez aplica lo del **art.125** del Código de la Niñez y la Adolescencia, pero de una manera muy sutil:

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



*Si el requerido no cumple con lo ordenado, el juez decretará apremio personal en su contra...*” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Pero lo diré una vez más es una norma que ampara a la madre mas no al padre.

Al no permitir el contacto al padre con su hijo se provoca un grave daño psicológico al padre y a su hijo, ya que le provocan una angustia al padre el no poder ver a su hijo, de igual forma el menor también sufre, y es penoso que la propia madre le ocasione maltrato psicológico a su hijo, así lo contempla el art. 67 define como maltrato psicológico de la siguiente manera:

“ ...

*Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado*”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

Posteriormente por la constante lucha del padre por su hijo se consigue que la Junta Cantonal convoque a nueva Audiencia, con fecha 15 de febrero del 2012, en donde están presentes todas las partes involucradas, y sorpresivamente la Junta Cantonal, resuelve inhibirse de seguir conociendo el proceso y que se envíe todo el proceso al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia. Después de todo el daño ocasionado al padre y a su hijo, con las medidas injustas tomadas en su contra, se creen incompetentes y deciden inhibirse de la causa como si nada hubiera pasado. Aquí se debió sancionar a estos malos funcionarios públicos de acuerdo al **art. 248** del Código de la Niñez y la Adolescencia que dice:

*“El que de cualquier forma amenace o viole alguno de los derechos o garantías contemplados en este Código y más leyes, en favor de un niño, niña o adolescente, y cuya conducta de acción u omisión no tenga asignada una sanción especial, será condenado de 100 a 500 dólares, por cada amenaza o violación de estos*”. (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2010)

**Art. 15** del COJEF:

“Principio de responsabilidad.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.





En consecuencia el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las dilaciones de los principios y reglas del debido proceso.

...

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a sus cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley". (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

**Art. 32** del Código Orgánico de la Función Judicial:

“ ...

*El perjudicado, (...), propondrá su acción ante los jueces de lo contencioso administrativo. Demandará la indemnización de los daños y perjuicios, y la reparación de daño moral...”* (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Sanciones que debieron ser aplicadas a los Miembros de la Junta Cantonal y al Juez de la Niñez y la Adolescencia que tuvo conocimiento del proceso, inclusive ser destituidos por permitir graves violaciones de derechos del menor S.S, y hasta ser sancionados penalmente por daños afectivos ocasionados, pero sin embargo si se propone una demanda en contra del Estado, es complicado que el Estado pierda, por el tema de las influencias políticas. También se debió sancionar al Consultorio Jurídico Gratuito patrocinadores de la madre del menor, quienes no actuaron con lealtad procesal, y sabiendo que están vulnerando los derechos de un menor, sabiendo que existe un padre responsable y desesperado por compartir y brindarle todo el afecto a su hijo, el cual siempre ha tenido la razón, se prestan para actuar de mala fe, y enviar escritos al juzgado sin fundamento legal alguno.

Nunca se dio una resolución en beneficio del menor, sin embargo la madre del niño por todas las presiones legales y por la constante lucha del padre por su hijo, decidieron extrajudicialmente, que el niño comparta libremente con el padre.



## CONCLUSIONES.

Después de todo el análisis realizado podemos determinar que a raíz de las separación de los padres se generan grandes conflictos en cuanto a la tenencia de los hijos, en donde se dan graves disputas en los juzgados como si fuera un trofeo, y esto se da precisamente porque existe una desigualdad de género dentro de nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia, que contempla una tenencia unilateral, dando preferencia a la madre sobre los hijos, dejando al padre en un plano secundario.

De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho de visitas al padre, con lo cual solo se aleja al progenitor de su hijo, generando graves daños psicológicos en los más pequeños como son los niños.

Entonces podemos concluir que la mejor solución para evitar causar daño a los niños, después de la separación de los padres, es a través de la Tenencia Compartida, en donde los progenitores tengan igualdad de derechos y responsabilidades sobre los hijos.



## RECOMENDACIONES.

Se debería reformar el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, y promulgar una ley como la Tenencia Compartida, con lo cual se va lograr una igualdad de derechos entre los progenitores, considerando que los padres son el pilar fundamental para el desarrollo de los hijos.

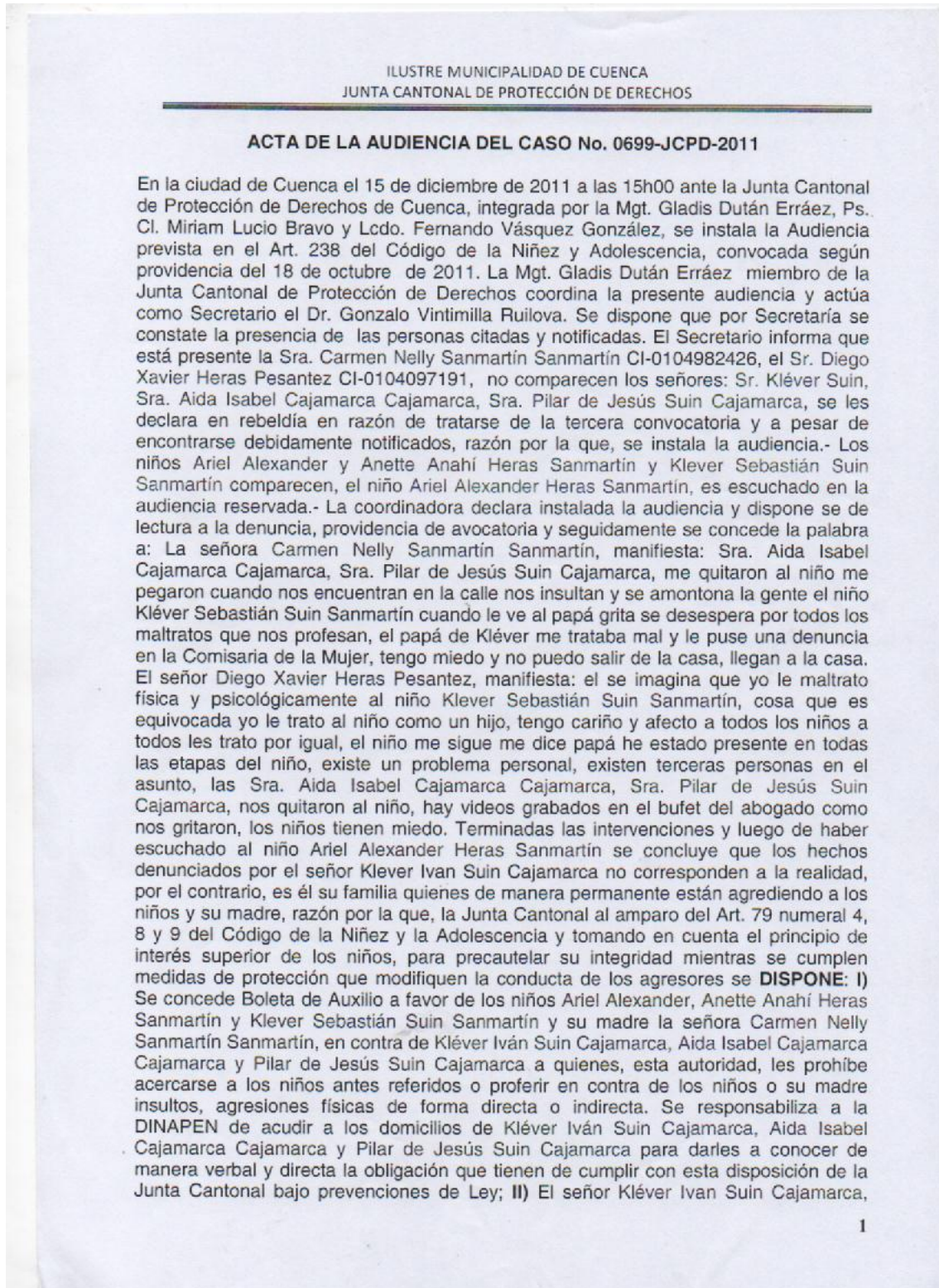
Mientras tanto nuestros Jueces de la Niñez deberían aplicar la Constitución, que garantiza el desarrollo integral de los niños, y establece una igualdad de derechos entre los progenitores, entonces al ser la norma suprema, los jueces no solo deben hacer mención en sus resoluciones, sino aplicar correctamente, tal como lo hace la legislación comparada, o incluso hay ciertas juezas que por ser mujeres dan preferencia a la madre al otorgarle la tenencia de los hijos. Debe existir mayor profesionalismo y preparación con nuestros jueces, quienes deben ser garantistas de los derechos de los niños, y establecer soluciones que privilegien los lazos familiares, en acuerdo con el contexto constitucional, privilegiando el interés superior de los niños, mas no violentar sus derechos o discriminarlos en razón de su edad.

De igual forma los padres deben empezar a tomar conciencia sobre los daños que ocasionan a sus hijos por involucrarlos dentro de sus conflictos, y si bien es cierto que la parte económica es fundamental para la educación de un niño, pero la parte afectiva de los padres también es importante para su desarrollo íntegro, y apartar a uno de los padres de sus hijos, es la peor decisión que se puede tomar, entonces después de una separación, hay que mantener una relación continua de convivencia con los hijos, en igualdad de derechos y responsabilidades.



ANEXOS.

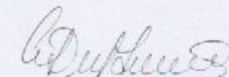
Anexo 1: Acta de Audiencia del Caso No. 0699-JCPD-2011

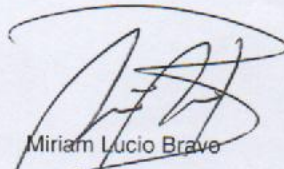


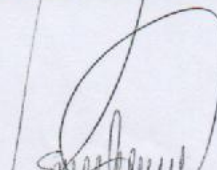


ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE CUENCA  
JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS


Aida Isabel Cajamarca Cajamarca y la Sra. Pilar de Jesús Suin Cajamarca, acudirán al Centro de Salud Buena Esperanza para recibir apoyo y modificar su conducta violenta, de no hacerlo, no podrán restablecerse las relaciones familiares con el niño Kléver Sebastián Suin Sanmartín; y, III) En razón de existir el Juicio No. 5166-11, que se ventila en el Juzgado Quinto de la Niñez y la Adolescencia, envíese copia de la presente Acta para que sea tomada en cuenta las medidas de protección del niño Kléver Sebastián Suin Sanmartín dentro de indicado proceso judicial.- IV) De conformidad con el Art. 219 del Código de la Niñez y Adolescencia se realizará el seguimiento del cumplimiento de lo resuelto. Los comparecientes quedan notificados con la presente acta, por lo que son responsables de cumplirla. Termina la diligencia siendo las 16H00. Firman los miembros de la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Cuenca, las partes y el Secretario que certifica.-

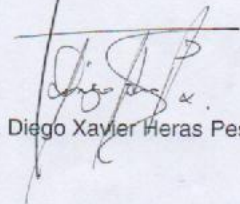
  
Gladys Dután Erráez

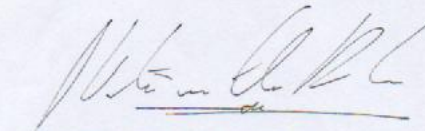
  
Miriam Lucio Bravo

  
Fernando Vásquez  
González

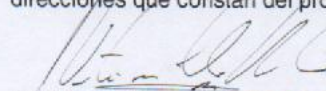
JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

  
Sra. Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín

  
Sr. Diego Xavier Heras Pesantez

  
Dr. Gonzalo Vintimilla Ruilova  
**SECRETARIO JCPD.**

En la ciudad de Cuenca, a los 16 días del mes de diciembre de 2011, se remite para notificación legal a: Kléver Iván Suin Cajamarca, Aida Isabel Cajamarca Cajamarca, la Sra. Pilar de Jesús Suin Cajamarca, Centro de Salud Buena Esperanza, DINAPEN y Juez Quinto de la Niñez y la Adolescencia, en las direcciones que constan del proceso.- Lo certifico.-

  
Dr. Gonzalo Vintimilla Ruilova  
**SECRETARIO JCPD**



Anexo 2: Resolución Caso No. 0699-JCPD-2011

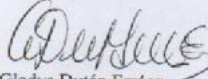
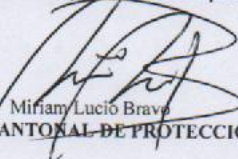
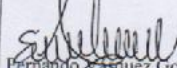
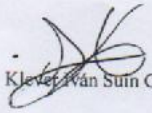
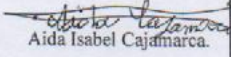


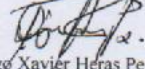
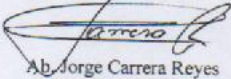
**ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE CUENCA  
JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS**

---

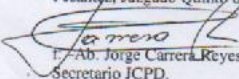
**CASO No. 0699-JCPD-2011**

**JUNTA CANTONAL DE PROTECCION DE DERECHOS.** Cuenca, 15 de febrero de 2012, a las 15h10. En el proceso administrativo de protección de los derechos del niño **Klever Sebastián Suin Sanmartín**, la Junta Cantonal, amparada en el Art. 219 del Código de la Niñez y Adolescencia, y con el propósito de revisar las medidas de protección dispuestas el 15 de diciembre del 2011, convocó y llevó a cabo la audiencia de seguimiento el día miércoles 15 de febrero del 2012 a las 15h10, a la que fueron legalmente convocadas y comparecen el **Sr. Klever Iván Suin Cajamarca, Aida Isabel Cajamarca, Pilar de Jesús Suin Cajamarca** no comparece a la audiencia a pesar de haber sido notificada legalmente, acompañados de su abogado **Ángel Cabrera C, Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín, Diego Xavier Heras Pesantez**, Del despacho presentado por el Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia, y del informe presentado por la DINAPEN, que consta en el expediente, y, de los alegatos de las personas comparecientes, Ab. Ángel Cabrera manifiesta que los señores que las dos veces que se convocaron no estuvieron aquí, que la señora madre del niño no se presentó, que respecto a las medidas dadas por esta autoridad y que en base a estas el Juez Quinto de la Niñez y Adolescencia dispuso que acudan el padre y madre del menor a un profesional para saber cual es el punto principal del problema, que estos problemas se ha dado por cuestiones personales, para lo cual adjunto el informe del profesional que ha tenido con los padres del niño, pues las partes no ceden a pesar de haber acuerdos en el juzgado e incluso tenemos una orden de allanamiento, a pesar de que se han bajado las visitas de sábado y domingo a solamente domingos, también adjunto un acuerdo llegado en el Juzgado con los padres y que solicita a la madre que desechemos estas posturas puyes el único perdedor es el hijo, el Juez tuvo conocimiento el 20 de diciembre del 2011, es por eso que esta autoridad ordeno que acudan donde un profesional,

**RESUELVE: 1)** En razón de que el trámite de se ha judicializado esta autoridad de inhiere de continuar con el proceso y dispone que se envíe copia del expediente al Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia para que se continúe con el trámite correspondiente. Notifíquese: Cumplase.

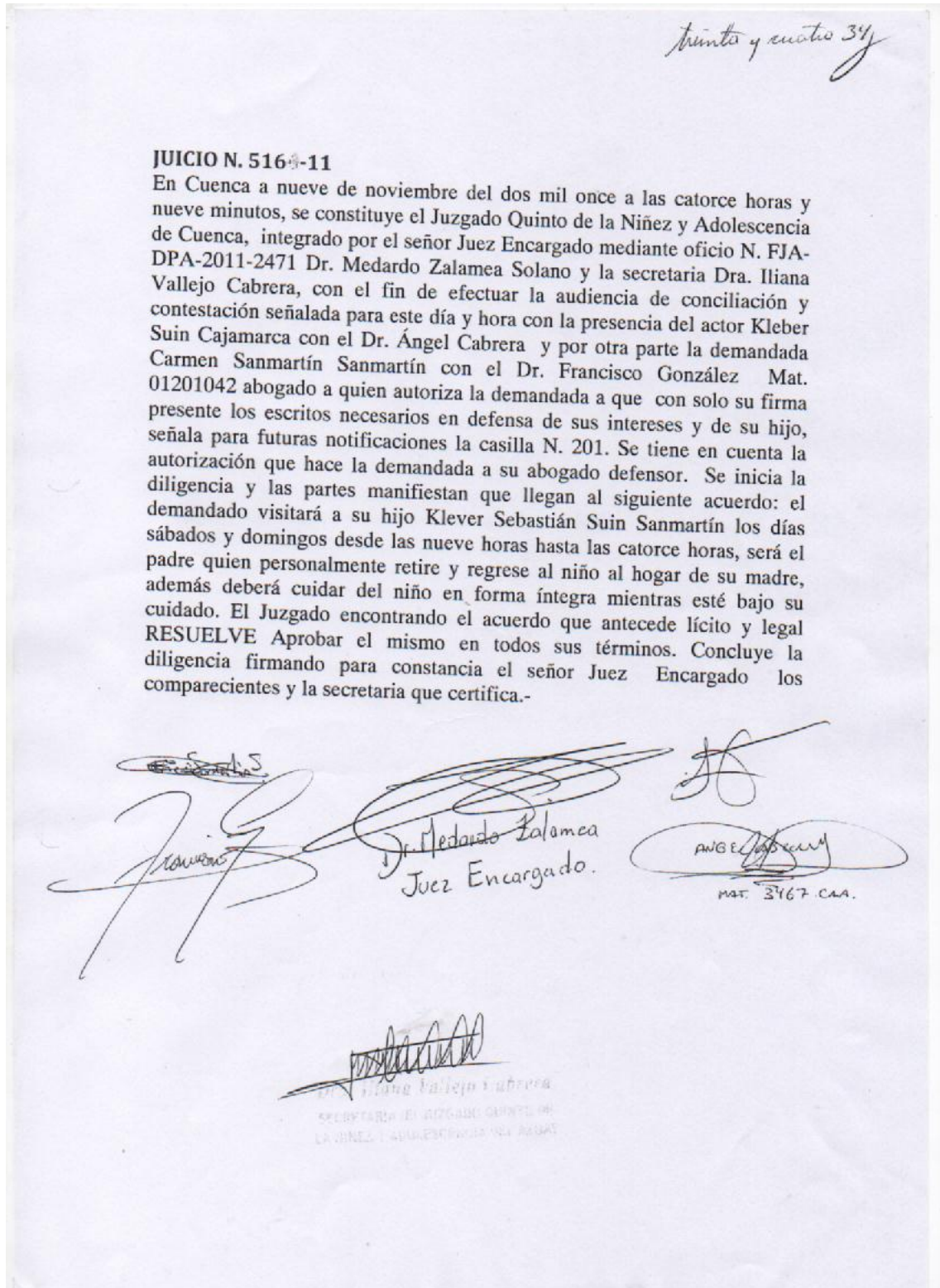
 Gladys Dután Erráez	 Miriam Lucio Bravo	 Fernando Vasquez González
<b>JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS</b>		
 Klever Iván Suin Cajamarca,	 Aida Isabel Cajamarca.	 Ab. Ángel Cabrera C.
 Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín,		 Diego Xavier Heras Pesantez.
 Ab. Jorge Carrera Reyes <b>SECRETARIO JCPD.</b>		

En la Ciudad de Cuenca a 15 días del mes de febrero del 2012, se remite para notificación legal a Klever Iván Suin Cajamarca, Aida Isabel Cajamarca, Ab. Ángel Cabrera C, Carmen Nelly Sanmartín Sanmartín, Diego Xavier Heras Pesantez, Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia, en direcciones que constan en el proceso.

  
Ab. Jorge Carrera Reyes  
Secretario JCPD.



Anexo 3: Acuerdo Juicio No. 516-2011



Anexo 4: Resolución Juicio No. 516-2011

*monica y sus 58*

il once, a  
ico.

111

o c.  
de las  
ña, lo

oras y  
cia que  
co  
ANGEL  
Dr./Ab.

JUZGADO QUINTO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE CUENCA. En Cuenca, a veinte de diciembre del 2011, a las diez horas con veinte y nueve minutos, ante el Dr. Eduardo Moreno Muñoz, juez Legalmente encargado del Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia, de la Secretaria Dra Iliana Vallejo, comparecen: la Señora CARMEN NELLY SANMARTIN SANMARTIN, acompañada de su abogado defensor la Dra. Mónica Illescas, y el Señor KLEBER IVAN SUIN CAJAMARCA, acompañado de su abogado defensor el Dr. Angel Cabrera, con el objeto de llevar a cabo la Audiencia, con el Juez, convocada de conformidad con la disposición del Art. 130.11, del Código Orgánico de la Función Judicial; con la finalidad de revisar las causas de incumplimiento al régimen de visitas acordado por las partes y aprobado por el Juez, explicándose que han surgido nuevos factores que han sido de conocimiento de la Junta Cantonal de Protección de Derechos, cuya resolución ha sido puesta en conocimiento en esta diligencia, acordando las partes modificar el régimen inicialmente determinado por el siguiente: La madre, llevara al niño Kleber Sebastián Suin Sanmartin, a las oficinas de la Dinapen, los días domingos a las nueve de la mañana, de donde lo retirará en forma personal su padre Kleber Ivan Suin Cajamarca, debiendo retornar al niño a las mismas dependencias y entregarlo a su madre a las 16 h00 del mismo día. Se establece un régimen alterno para los feriados así, navidades, año nuevo, carnaval y más feriados, en los que igualmente se compartirán los días y el padre podrá hacer ejercicio de su derecho de visitas en el mismo horario antes indicado. Las partes se comprometen en asistir a la Fundación Hogar del Ecuador, ubicado en la calle Padre Aguirre y Rafael Maria Arizaga, Con lo que termina la presente diligencia firmando para constancia los concurrentes, en junta del Señor Juez y de la Secretaria que certifica.

DR. EDUARDO MORENO MUÑOZ  
JUEZ TEMPORAL

*ANGEL*  
ABOGADO  
Mat. 2868 C.A.A.

*Dr. Mónica Illescas*  
ABOGADA  
Mat. 2868 C.A.A.

*Kleber Ivan Suin Cajamarca*  
MAT 3467 C.A.A.





## BIBLIOGRAFÍA

- Acuña San Martín, M. (2013). *La Corresponsabilidad Parental*. Recuperado el 27 de 12 de 2015, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532013000200002#n34](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002#n34)
- Albuja Ponce, R. (2015). *Indemnizacion Civil*. Recuperado el 29 de 01 de 2016, de <http://es.scribd.com/doc/35015248/Indemnizacion-Civil-en-Ecuador#scribd>
- Andrade Barrera, F. (2008). *Diccionario Juridico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Andres Tapia Arias. (2008). *La separacion y los hijos*. Recuperado el 20 de 12 de 2015, de [http://www.crececontigo.gob.cl/adultos/columnas/la-separacion-y-los-hijos-que-esperar-y-como-abordar-el-quebre-familiar/#\\_ftnref1](http://www.crececontigo.gob.cl/adultos/columnas/la-separacion-y-los-hijos-que-esperar-y-como-abordar-el-quebre-familiar/#_ftnref1)
- Asociación Pro Derechos del Niño. (2015). *SOS PAPA Custodia Compartida en Paises Civilizados*. Recuperado el 31 de 01 de 2016, de <http://www.sospapa.es/custodiacompartidaenpaisescivilizados.php>
- Bermúdez Tapia, M. (2008). *Regulación de la Tenencia Compartida en el Perú*. Recuperado el 13 de 12 de 2015, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mbermudez/2008/11/18/la-regulacion-de-la-tenencia-compartida-en-el-peru-ley-n-29269/>
- Bravo , C. (2015). *Tratado de Derecho Constitucional*. Cuenca: Ediciones Juridicas CARPOL.
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Juridico*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Castillejo Manzanares, R. (2007). *Guarda y Custodia de los Hijos. Las Crisis Matrimoniales y de Parejas de Hecho*. Madrid: La Ley Wolters Kluwer España, S.A.
- Catalán Frías, M. J. (2011). Recuperado el 04 de 01 de 2016, de <http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida.%20Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n%20Fr%C3%ADas.pdf>
- Cecilia Grosman. (2015: 1). *Custodia Compartida*. Obtenido de [https://es.wikipedia.org/wiki/Custodia\\_compartida](https://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida)



- Centre Ypsilon. (2012). *Separacion de los padres: trauma para sus hijos*. Recuperado el 20 de 12 de 2015, de <https://centreypsilon.wordpress.com/2012/06/18/es-la-separacion-de-los-padres-un-trauma-para-sus-hijos/>
- Código Civil. (2005). Código civil. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Civil. (2015). Código Civil. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Civil y Comercial de la Nación. (1 de 08 de 2015). Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Buenos Aires, Argentina: Ciudad autonoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.
- Código de Procedimiento Civil. (2009). Código de Procedimiento Civil. Quito, Ecuador: Talleres de la Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (09 de 03 de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Cuenca, Azuay, Ecuador: LEXIS S.A.
- Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. (2010). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito, PICHINCHA, Ecuador: Editorial Jurídica Del Ecuador.
- Código Penal Argentino. (1993). *ley sancionadora 24.270*. Buenos Aires.
- COGEP. (2015). *Código Organico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador: Ediciones Juridicas CARPOL.
- COIP. (2014). *COIP*. Quito.
- Consejo de la Judicatura. (2013). *Reglamento del Centro de Mediacion de la Funcion Judicial*. Recuperado el 23 de 01 de 2016, de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/images/documentos/209-2013%20reglamento.pdf>
- Constitución. (20 de Octubre de 2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito, Ecuador: Quito Ecuador: Asamblea Nacional Republica del Ecuador.



Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). Convención sobre los Derechos del Niño. ARGENTINA: ANDREA BENAVENTE, SEBASTIAN BRISEÑO, MIGUEL CILLERO, JULIO CORTES, NICOLAS ESPEJO.

Corte Constitucional. (01 de 09 de 2011). *Sentencia sobre Tenencia Nro. 317-09 EP Corte Constitucional*. Recuperado el 23 de 01 de 2016, de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpaceStore/94b3e948-dc4a-44f3-86dc-ce296c9aed16/0317-09-EP-res.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de 03 de 2015). *Sentencia Nro. 064-2015-Sep-CC*. Recuperado el 23 de 01 de 2016, de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/064-15-SEP-CC.pdf>

Corte Nacional de Justicia, 31-2013 (Corte Nacional de Justicia, Sustancion Interacional de Menores 2013).

Corte Nacional De Justicia. (01 de 09 de 2011). *Fallo de triple reiteracion*. Recuperado el 10 de 01 de 2016, de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpaceStore/94b3e948-dc4a-44f3-86dc-ce296c9aed16/0317-09-EP-res.pdf?guest=true>

Custodia y Cuidado Personal, 2008-4 (Juzgado Tercero de la Familia Bogota-Colombia 16 de 07 de 2009).

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). *Tratados Internacionales*. Recuperado el 16 de 12 de 2015, de [http://www.academia.edu/10291099/La\\_Coparentalidad\\_Tenencia\\_Compartida\\_en\\_el\\_Per%C3%BA](http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA)

Diario el Mercurio. (29 de 10 de 2014). *Maltarto Infantil*. Recuperado el 22 de 12 de 2015, de <http://www.elmercurio.com.ec/453699-maltrato-infantil/#.Vnl2ofl95dg>

Domínguez, A., Fama, M., & Herrera, M. (2006). *Derecho Consitucional de Familia*. Buenos Aires - Argentina: Rustica edicion.

Echavarría Guevara, K. (2011). *Guarda y Custodia Compartida de los hijos*. Recuperado el 15 de 12 de 2015, de <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/20323/1/20702863.pdf>



Escudero Alzate, María. (2013). *Procedimiento de Familia y del Menor*. Bogota: LAYER

Fallo de triple reiteracion sobre Tenencia de Menores, 153-2012 (Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia 7 de 05 de 2012).

Grosman, Cecilia. (2008). *Transcripcion de Audio, Dra. Cecilia Grosman*. Recuperado el 19 de 12 de 2015, de [http://www.derecho.uba.ar/multimedia/transcripcion/tr\\_grosman\\_01.pdf](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/transcripcion/tr_grosman_01.pdf)

Hare, J. (2010). *La Educación Holística: una interpretación para los profesores de los programas del IB*. Recuperado el 25 de 12 de 2015, de [http://blogs.ibo.org/positionpapers/files/2010/10/La-educaci%C3%B3n-hol%C3%ADstica\\_John-Hare.pdf](http://blogs.ibo.org/positionpapers/files/2010/10/La-educaci%C3%B3n-hol%C3%ADstica_John-Hare.pdf)

Husni, A., & Rivas, M. F. (2007). *Familias en Litigio; Perspectiva Psicosocial*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

INEC. (2015). *Ecuador Estadístico*. Recuperado el 20 de 12 de 2015, de <http://www.elcomercio.com/tendencias/ecuador-matrimonios-divorcios-inec-estadisticas.html>

Izquierdo, C. B. (2015). *Tratado de Derecho Constitucional*. Cuenca: Ediciones Juridicas CARPOL.

Kaiser Machuca Bravo. (2015). *Materia de Derecho Procesal Civil IV*. Cuenca, Azuay, Ecuador: Kaiser Machuca Bravo.

Larrea Holguín, Juan. (2009). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporacion de estudios y publicaciones.

Ley de Mediación y Arbitraje. (2006). *Ley de mediación y arbitraje*. Quito, Pichincha, Ecuador.

Ley Reformatoria al Código Civil. (2015). *Ley Reformatoria al Código Civil*. Recuperado el 26 de 01 de 2016, de [http://laradio.asambleanacional.gob.ec/system/files/ley\\_reformatoria\\_al\\_codigo\\_civil.pdf](http://laradio.asambleanacional.gob.ec/system/files/ley_reformatoria_al_codigo_civil.pdf)

Lloverás, N. (1994). La coparentalidad tenencia compartida en el Peru. En *Enciclopedia de derecho de familia*. Buenos Aires: Juristas Editores.



- López Contreras, E. (2015). *Interes superior de los niños: Definición y Contenido*. Recuperado el 27 de 12 de 2015, de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>
- M.I.E.S. (2012). *Agenda para la igualdad de niñas, niños y adolescentes*. Recuperado el 2015, de <http://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/master-agenda-ni%C3%B1ez-2da-edicion.pdf>
- Manual Fundacion Padres Por Siempre. (06 de 06 de 2015). *Fundacion padres por siempre Colombia*. Recuperado el 31 de 01 de 2016, de <http://www.padresporsiempre.com/>
- Maria de Montserrat Perez . (2015:). *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/116/art/art8.htm>
- Medina, G., & Hollweck , M. (2001). *Voces: Tenencia del hijo-patria potestad*. Recuperado el 07 de 12 de 2015, de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/\\$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/F974EAA5BA71DD0E052574660077D599/$FILE/TenenciaCompartidaGracielaMedina.pdf)
- Menchit , C. (2014). *Desarrollo Holístico de la niñez*. Recuperado el 25 de 12 de 2015, de <http://haciaaexcelencia.org/tag/desarrollo-holistico-de-la-ninez/>
- Meneses, M. C. (2015). *Violencia Intrafamiliar en el Ecuador. Novedades Juridicas*.
- Merlyn Sacoto, S. (2015). *Un Cambio de Vision: La situacion del niño y adolescente en los diversos tipos de familia. Novedades Juridicas*.
- Monografías.com. (2012). *Monografías.com*. Recuperado el 05 de 01 de 2016, de <http://www.monografias.com/trabajos28/custodia-compartida-disolucion-familiar/custodia-compartida-disolucion-familiar.shtml>
- Oates, J. (2007). *La Primera Infancia en Perspectiva*. Recuperado el 2015, de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Relaciones\\_de\\_apego\\_La\\_calidad\\_d\\_el\\_cuidado\\_en\\_los\\_primeros\\_anos.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Relaciones_de_apego_La_calidad_d_el_cuidado_en_los_primeros_anos.pdf)
- Ossorio, M. (17 de Mayo de 2010). *Diccionario Juridico de Manuel Ossorio*. Obtenido de [https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction\\_docs%20generau](https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generau)



x/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

Plácido Vilcachagua, A. (2001). *La Familia y la Coparentalidad en el Peru*. Recuperado el 16 de 12 de 2015, de [http://www.academia.edu/10291099/La\\_Coparentalidad\\_Tenencia\\_Compartida\\_en\\_el\\_Per%C3%BA](http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA)

Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española*. Recuperado el 15 de 12 de 2015, de <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=tuiciones>

Rodríguez Moreno, F. (2015). *Que es la Verdad: Como Introducirla en Juicio. Novedades Juridicas*.

Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia, 40-2012 (Corte Nacional de Justicia 31 de 05 de 2012).

Schreiner, G. (2007). *Responsabiliada compartida desde una perspectiva de genero*. Recuperado el 2015, de [http://www.fnf.org.br/wp-content/uploads/2009/08/Responsabilidad-Compartida\\_Gabriela-Schreiner.pdf](http://www.fnf.org.br/wp-content/uploads/2009/08/Responsabilidad-Compartida_Gabriela-Schreiner.pdf)

Serrano Salgado, J. (2010). *Igualdad y no discriminacion: el reto de la diversidad*. Recuperado el 27 de 12 de 2015, de [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5\\_Igualdad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf)

Stilerman, M. N. (1991). *Menores*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.

Telmo, S. (Dirección). (2014). *Borrando a Papa* [Película].

UNAM. (2011). *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*. Recuperado el 26 de 12 de 2015, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/116/art/art8.htm>

Yávar , F. (2015). *Orientaciones Desde el Art. 1 al 250 del COIP*. Guayaquil: Producciones Juridicas Feryanu.

Zannoni, E. A. (1978). *Derecho civil: Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea.