



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

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

TEMA:

La tenencia en igualdad de derechos y condiciones de los padres.

AUTOR:

Sani Ochoa, Diego Cornelio

**Componente práctico del examen complejo previo a la obtención del título
de**

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

TUTOR:

Ab. Paredes Caverro, Ángela

Guayaquil, Ecuador

10 de abril del 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente **Componente práctico del examen complejo** fue realizado en su totalidad por **Sani Ochoa, Diego Cornelio** como requerimiento para la obtención del Título de Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador.

TUTOR (A)

f. _____

**Ab. Paredes Caverro, Ángela
DIRECTOR DE LA CARRERA**

f. _____

PEREZ, NURIA Abg.

Guayaquil, a los 10 días del mes de abril del año 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Sani Ochoa, Diego Cornelio**

DECLARO QUE:

El **Componente práctico del examen complejo, La tenencia en igualdad de derechos y condiciones de los padres**, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Componente práctico del examen complejo referido.

Guayaquil, a los 10 días del mes de abril del año 2023

EL AUTOR

f. _____

Sani Ochoa, Diego Cornelio



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

AUTORIZACIÓN

Yo, **Sani Ochoa, Diego Cornelio**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la publicación en la biblioteca de la institución del **Componente práctico del examen complejo, La tenencia en igualdad de derechos y condiciones de los padres**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 10 días del mes de abril del año 2023

EL AUTOR:

f. _____

Sani Ochoa, Diego Cornelio

REPORTE URKUND

The screenshot displays the URKUND report interface. On the left, the document details are as follows:

- Documento:** [Complexivo SANI OCHOA DIEGO.docx](#) (D163700937)
- Presentado:** 2023-04-11 21:34 (-05:00)
- Presentado por:** angela.paredes01@cu.ucsg.edu.ec
- Recibido:** paola.toscanini.ucsg@analysis.orkund.com
- Mensaje:** Complexivo Sani Ochoa Diego [Mostrar el mensaje completo](#)

A summary indicates that 8% of the 9 pages are composed of text from 4 sources. On the right, the 'Lista de fuentes' (List of sources) is shown, including:

- <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/9288/1/Naula%20Ani...>
- <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/handle/24000/6157/TRA...>
- INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES - IAEN / (null)
- <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/downlo...>
- <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/downlo...>
- El ejercicio de los derechos se registrará por los siguientes principios: 2...
- <http://repositorio.usanpedro.pe/bitstream/handle/20.500.129076/...>
- <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7554377.pdf>

TUTORA

f. _____

Ab. Paredes Cavero, Ángela
DIRECTOR DE LA CARRERA

EL AUTOR:

f. _____

Sani Ochoa, Diego Cornelio



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS, Mgs

DECANO

f. _____

Dra. ANGELA PAREDES CAVERO, Mgs

COORDINADOR DEL ÁREA

f. _____

ABG. MARÍA PAULA RAMIREZ

OPONENTE

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradezco a Dios por la bendición de haber podido cursar la carrera de Derecho en esta prestigiosa universidad y darme la sabiduría para poder culminarla. De igual manera agradezco infinitamente a mis padres por todo su apoyo ya que sin ellos todo esto no sería posible.

.

DEDICATORIA

A mis amados padres, por ser la razón de mi existencia y la fuerza para alcanzar mis metas a pesar de los obstáculos.

A Marycruz, mi confidente, mi aliento, mi apoyo incondicional en cada uno de mis proyectos y logros.

A mis hermanos, quienes fueron mi apoyo y sobre todo por darme su confianza en todo momento de este camino.

A mis queridos y apreciados amigos que fueron mi inspiración y ejemplo para no desistir en el trayecto.

A Geovanny (+) mi hermano de corazón quien fue un extraordinario ser humano y amigo que siempre me apoyó y confió en mí y que siempre estará presente en mi mente.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
MARCO TEÓRICO.....	5
MARCO METODOLÓGICO – MARCO JURÍDICO	11
RESULTADOS	15
DISCUSIÓN.....	17
PROPUESTA	19
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	20
BIBLIOGRAFÍA.....	21

RESUMEN

La Tenencia de los hijos dentro de la normativa ecuatoriana la encontramos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el art. 118, siguiendo las reglas del art. 106 y es precisamente aquí donde se produce la discriminación y vulneración de derechos, dando preferencia a la madre sobre el padre. Es necesario señalar que existen leyes que tratan sobre el principio del derecho de igualdad y por ende se determina que toda persona es igual ante la ley y gozará de los mismos derechos y deberes. La Constitución claramente reconoce y garantiza la igualdad y no discriminación, ya sea por su género, raza, religión, posición económica, etc., y de esta manera no exista contradicción alguna.

Este trabajo también hace hincapié en la sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21, la cual declara la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del CONA, donde se mencionaba que se “preferirá” a la madre la tenencia del niño menor de doce años, dando a notar claramente la discriminación al padre.

Con esta sentencia se promueve la igualdad de derechos de los padres, pero por otro lado nos encontramos con un deficiente sistema de justicia al momento de aplicar dicha resolución y preponderar los derechos de ambos progenitores sin discriminación y sin vulnerar la igualdad jurídica. Específicamente en cuanto a medidas, medios y recursos que conlleven a garantizar y hacer efectivo este derecho. Enfocado en el papel fundamental y determinativo que desempeña el equipo técnico de las unidades especializadas a través del informe de investigación, tanto psicológica como social respecto de la situación del niño, niña o adolescente y en el cual el juez encuentre el fundamento para poder determinar la tenencia.

Palabras clave: *tenencia, vulneración, discriminación, preferencia, igualdad, Corte Constitucional, garantizar, equipo técnico, investigación.*

ABSTRACT

The custody of children within the Ecuadorian regulations is found in the Organic Code of Childhood and Adolescence in art. 118, following the rules of art. 106 and it is precisely here where discrimination and violation of rights take place, giving preference to the mother over the father. Therefore, it is necessary to point out that there are laws that deal with the principle of the right to equality and therefore it is determined that every person is equal before the law and will enjoy the same rights and duties. The Constitution clearly recognizes and guarantees equality and non-discrimination, whether due to gender, race, religion, economic position, etc., and in this way there is no contradiction.

This work also emphasizes the judgment of the Constitutional Court No. 28-15-IN/21, which declares the unconstitutionality of article 106, numerals 2 and 4 of the CONA, where it was mentioned that the mother will be "preferred" possession of the child under twelve years of age, clearly showing the discrimination against the father.

Although it is true that this sentence promotes the equal rights of parents, but on the other hand we find ourselves with a deficient justice system at the time of applying said resolution and preponderating the rights of both parents without discrimination and without violating legal equality. Specifically in terms of measures, means and resources that lead to guarantee and make effective this right. For which my proposal focuses on the fundamental and determinative role played by the technical team of the specialized units through the investigation report, both psychological and social, regarding the situation of the child or adolescent and in which the judge finds the grounds for determining tenure.

Keywords: possession, violation, discrimination, preference, equality, Constitutional Court, guarantee, technical team, investigation

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la actual situación jurídica referente a la tenencia de los hijos, en cuanto tiene que ver a la igualdad de derechos tanto a la madre como al padre, ya que en nuestra legislación se establece que toda persona es igual ante la ley, para lo cual se le otorgan derechos y obligaciones en iguales circunstancias, sin vulnerar los mismos.

Considero fundamental señalar y distinguir la diferencia entre tenencia y patria potestad ya que en ocasiones suele confundirse y puede conllevar a cometer equivocaciones en el trámite y proceso de petición de la tenencia. La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones de los padres relativos a los hijos no emancipados y esta no se pierde cuando se encarga la tenencia a uno de los progenitores. Mientras que la tenencia está dentro de la patria potestad y se da cuando el juez confía el cuidado y crianza del niño, niña o adolescente, además del poder de responsabilidad y protección.

Actualmente contamos como precedente, la sentencia de la Corte Constitucional respecto de la inconstitucionalidad de la preferencia que se daba a la madre en cuanto a la tenencia del hijo o hija menor de doce años, pero que a pesar de este gran paso que se ha logrado en este tema, siguen existiendo inconvenientes e irregularidades al momento de hacer efectivo este derecho en cuanto a igualdad.

Respecto de la sentencia de la Corte Constitucional se debe tomar en cuenta la situación de cada caso como por ejemplo cuando existe un divorcio y los padres por mutuo acuerdo deciden quién es el que se queda con la tenencia, no hay ningún problema. Pero la controversia se da

cuando los dos padres tienen las mismas condiciones ya sea, estabilidad emocional, económica, tiempo de calidad para dedicarle al niño, ambiente adecuado para el cuidado y crianza y los dos tienen la voluntad de quedarse con la tenencia.

Al momento de realizar la investigación para el desarrollo de este trabajo, se puede evidenciar la gran cantidad de casos en los que se da preferencia a la madre, especialmente en las niñas o niños menores de doce años, de tal manera que se limita al padre a un régimen de visitas, vulnerando el derecho de igualdad y al interés superior del niño. Esta desigualdad en lo relativo al género, acarrea consecuencias negativas en los hijos como es el desequilibrio emocional y psicológico, de tal manera que se crea un impacto en su desarrollo.

Por otra parte podemos claramente notar, como a pesar del gran avance que se ha tenido en cuanto a reformas, propuestas de ley y referencias de legislaciones de otras naciones muy cercanas respecto de Niñez y Adolescencia, pero que a pesar de aquello nuestros legisladores siguen arraigados en continuar legislando basados en la costumbre, que si bien es cierto se la considera como fuente del Derecho, pero que no se dan cuenta del error, el daño y el atraso que provocan en el avance por conseguir una adecuada normativa que garantice una verdadera y eficaz igualdad de derechos entre los progenitores y por sobre todo no se vulnere el principio del interés superior del niño. Sin embargo, también hay que recalcar el rol fundamental que desempeñan los operadores de justicia, específicamente los jueces, dejando en evidencia que existe un favoritismo hacia la madre al momento de entregar la tenencia, irrespetando de esta manera el principio constitucional de igualdad de las personas y la no discriminación.

Respecto de analizado es considerable y necesario manifestar las herramientas y medios que deben utilizar los operadores de justicia para hacer efectivo este derecho y que lastimosamente nos encontramos ante una situación muy compleja. Hago referencia específicamente a los equipos técnicos en cuanto al importantísimo y fundamental papel que desempeñan mediante su investigación respecto del análisis de las condiciones más favorables que conviene al niño, niña o adolescente para su óptimo crecimiento y desarrollo en todos los aspectos.

Es importante destacar que la Constitución establece que los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria para el estado ecuatoriano, imputando derechos convenientes o específicos acorde a su edad. De la misma manera reconoce al matrimonio y la unión de hecho como políticas en las cuales se constituye la familia y además son el núcleo fundamental de la sociedad. Haciendo referencia a lo mencionado podemos evidenciar que para que se dé cumplimiento de protección de los niños, niñas y adolescentes al momento de la separación de los progenitores, se confiará su cuidado y crianza a uno de ellos, que lógicamente deberá ser el que brinde mejores condiciones en los aspectos señalados, mientras que el otro progenitor debe acogerse a un régimen de vistas con horario establecido y que en mucho de los casos se vulnera tanto el derecho del padre respecto de la igualdad y por otro lado los del niño, siendo el más importante ya que no se respeta el interés superior.

MARCO TEORICO – JURIDICO

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en lo que concierne en materia de tenencia, podemos determinar que son el resultado de un proceso histórico que ha ido evolucionando con el tiempo, en diferentes ámbitos y sociedades del pasado y contemporáneas, para lo cual es determinante resaltar los acontecimientos más trascendentales con el afán de entender el resultado de esta evolución y como se ha ido adaptando en el transcurso de cada época y circunstancia hasta llegar a la actualidad.

Haciendo un breve recuento y análisis de la procedencia de esta institución jurídica se puede indicar que la tenencia de los hijos es una institución que fue incluida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del Código Civil (1960), bajo la premisa de protección de los niños, niñas y adolescentes. Pero es en el año de 1992 cuando se promulgó la Ley 170, denominada Código de Menores, dentro de la cual ya se incluye y se hace referencia a la figura jurídica de la tenencia. Pero puntualmente en el Código de la niñez y adolescencia Ley 100, Registro oficial 737, 3 de enero de 2003, fue cuando se desarrolló la figura jurídica de tenencia de los niños, niñas y adolescentes y se determinaron las reglas a través de las cuales se confiará el cuidado y protección de los hijos tras una separación de los progenitores y de esta manera dando prioridad a l interés superior del niño.

En el estado del Ecuador, el proceso de igualdad de derechos emana del deber de suprimir la discriminación en todos sus aspectos, bajo la estimación de límites del alejamiento de poderes y el nacimiento de un estado de derechos, que son mecanismos que otorgan a sus ciudadanos la libertad individual que específicamente esto lo encontramos dentro de la Constitución.

La tenencia de los hijos se origina con la separación de los padres, ya sea por divorcio, disolución de sociedad conyugal o simplemente por decisión de los padres, causando que los menores sean quienes sufran las consecuencias de dicha separación, dando origen a problemas no solo jurídicos, sino emocionales de cual son partícipes los niños, niñas y adolescentes, produciéndose un conjunto de impactos que no favorecen al desarrollo del menor, de acuerdo a las investigaciones realizadas corroboran sobre las consecuencias negativas luego de la separación de los padres, provocando alteraciones en su comportamiento, lo que ha sido delimitado como Síndrome de Alienación Parental (Valdés., et al 2011).

Ante esta situación también nos encontramos frente a otro problema que conlleva la separación de los padres, como es la denigración por parte de los hijos hacia uno de los progenitores por la influencia y manipulación de uno de ellos hacia el otro y que en su mayoría de veces se da cuando está en disputa la tenencia, provocando un sinnúmero de consecuencias y dilataciones en los procesos legales para su determinación.

Respecto de las controversias sobre la tenencia del menor se deja de lado el principio de la corresponsabilidad parental, el cual consiste en la participación y permanente de los progenitores a pesar de su ruptura sentimental, ya que al otorgarse la tenencia a uno de los progenitores no se estaría cumpliendo con este principio generado una desigualdad entre los padres, y sobre todo causando una inestabilidad emocional con los menores.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño, que manifiesta:

1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Parte 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, Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005, art. 2)

Es a partir de la Convención de 1989 que, cada país suscriptor de este, vincula a su normativa estos principios, por ejemplo, en Ecuador, este principio se lo encuentra en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

La problemática jurídica, tiene una discrepancia social, familiar y por supuesto humana, por lo que es necesario buscar una solución al problema. Para lo cual la representación de la tenencia en la legislación del Ecuador, tiene como propósito satisfacer las necesidades de las niñas, niños y adolescentes, de tal manera que el progenitor al que se le encarga la tenencia, cumpla satisfactoria y adecuadamente fomentando de esta forma las relaciones paterno filiales, la identificación familiar del hijo o hija con el núcleo familiar del padre y de la madre, como elemento esencial de la identidad del menor, y la satisfacción de las necesidades afectivas por lo que el régimen de visitas establecido cumpla con el interés superior del niño y de esta manera

favorezca el desarrollo integral de los hijos de padres divorciados o separados, siendo indispensable su regulación en el régimen civil y de la niñez y la adolescencia, vigente en nuestro país.

Para Medina y Hollweck (2001), 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”.

La custodia de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador se concede primordialmente a la madre, esto se debe a criterios patriarcales en los que se atribuye funciones en razón al sexo, considerando que es la madre quien debe cuidar, educar y convivir con los hijos e hijas frente a la separación o divorcio mientras es el padre quien está catalogado como proveedor esto indudablemente genera criterios de segregación y diferencia que se legalizan mediante los presupuestos legales que se manifiestan en el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Salinas, 2015, p. 133).

Claramente podemos notar la preferencia que se daba a la madre y claro guiados por la costumbre y que muy poco se había hecho para lograr la igualdad que tanto nos garantiza la Constitución en su art.11 sobre el ejercicio de los derechos se regirá por los principios:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva,

temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

También encontramos la investigación denominada: Análisis del alcance del derecho de cuidado de los hijos en el sistema jurídico ecuatoriano: evolución y perspectivas (Quezada, 2017). La autora llegó a la conclusión que el principio de corresponsabilidad parental, es decir, la responsabilidad de padre y madre en el cuidado de sus hijos es aplicado con la finalidad de alcanzar la coparentalidad, entendida como el derecho que tienen los hijos de crecer y ser criados por ambos padres, independientemente del modelo de familia en el que los niños crezcan. En ese sentido, el progenitor custodio no debe obstruir el vínculo de su hijo con el progenitor no custodio, pues atenta con el derecho del niño no solo a crecer y convivir con ambos padres, sino también con su derecho a la identidad e inclusive, a la integridad psicológica del infante.

Es importante indicar la supremacía del interés superior del niño es compleja por dos aspectos: en primer lugar, determinar cuál es el interés superior del niño en cada caso concreto es una tarea que no resulta sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar. Es inevitable que cuando se produce la ruptura de la relación entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, dejando a los niños en un segundo plano. En segundo lugar, el problema que se trata de dilucidar es quién es la persona o el órgano judicial al que le corresponde la facultad de apreciar ese interés superior. Es este punto cuando resalto la importancia y el rol fundamental que cumplen los equipos técnicos al momento de su investigación y al emitir su informe respecto de la situación de los hijos.

Debemos tener en cuenta que las situaciones y las circunstancias van cambiando a medida que va transcurriendo el tiempo y por ende el Derecho debe ir a la par y responder a esta nueva realidad para lo cual en este trabajo se pretende identificar las falencias al momento de encargar la tenencia a uno de los dos progenitores y de esta manera no se cometan irregularidades y se vulneren los derechos del padre al momento de decidir con quién se queda el hijo y no nos dejemos llevar por la costumbre o estereotipos tradicionales.

MARCO METODOLÓGICO

Para Paulino Castells (2009), en su obra los padres no se divorcian de sus hijos menciona: “En tiempos actuales se puede llegar a presumir una vulneración frente a la tenencia injusta al hablar del hombre frente a la mujer, un padre que busca obtener la tenencia, el mismo llega a ser víctima de prejuicios y críticas”.

Haciendo referencia a la cita anterior puedo decir que la tenencia es un tema estrictamente de los progenitores. Aclaro esto porque suelen darse ciertas confusiones al momento de distinguir ciertos conceptos que se deben tocar dentro del presente trabajo y que están directamente relacionados con la tenencia y específicamente cuando ninguno de los dos padres puede hacerse cargo de los hijos ya sea por alguna situación como interdicción, suspensión de patria potestad, ausencia, entre otros.

En el art. 79 numeral 2 y en concordancia con el art. 217 no indica:

Medidas de protección para los casos previstos en este título. Para los casos previstos en este título y sin perjuicio de las medidas generales de protección previstas en este Código y más leyes, las autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o más de las siguientes medidas:

2. Custodia familiar o acogimiento institucional.

Para lo cual debo indicar que una vez claramente comprendido que la tenencia es únicamente de los progenitores, las medidas de protección son para los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad.

La custodia familiar se la puede encargar a los parientes consanguíneos y el acogimiento institucional se lo hará por un centro especializado para este fin.

De manera, los problemas de concentración y atención aumentan, lo que involucra un bajo rendimiento en su sistema académico los cambios conductuales, suelen ocasionar debido a las habituales altercados entre los padres en presencia de los hijos, estos cambios se localizan en medio de la desobediencia o hiperactividad; los menores más cercanos a la adolescencia presentan problemas interpersonales y de adaptación social (Sanchis et al., 2017).

No es de desconocimiento alguno que el entorno en el que crece el niño es determinante para la estabilidad emocional y psicológica, razón por la cual el tema de encargo de tenencia es muy delicado y que se lo debe hacer de una manera muy minuciosa por parte del juez, tomando en cuenta todas las circunstancias que sean más favorables para el garantizar el interés superior.

Estas consecuencias se generan en las discrepancias de los progenitores al momento de su separación, tomando en cuenta el grado de controversia que se genera, ya que mucho depende de esto para que influya en el impacto psicológico de los hijos. En diversos estudios se ha evidenciado que cuando menor conflicto existe entre los padres, menor es el impacto y evitando que después de la separación se produzcan crisis emocionales y una alteración en la conducta de los niños, niñas o adolescentes.

Refiere la ley la patria potestad concede como atributos a los padres el derecho a tener sus hijos consigo de allí el nombre de tenencia, este término termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que los padres viven con sus hijos (Aguilar, 2015, p. 192).

Definitivamente no podrá existir un mejor ambiente para el cuidado y crianza de los hijos que donde prevalezca la armonía y la comprensión de los padres, más allá de que si están separados, pero siempre y cuando exista comprensión entre ellos y no se rompan los lazos de respeto y sobre todo se tenga como prioridad el bienestar de los hijos en todo aspecto y e todo momento.

Los problemas surgen cuando los padres están divorciados o en proceso de divorcio, realmente separados o solteros, y en el caso de divorcio, porque es necesario determinar cuál de los padres está causado la custodia de menores. Una vez que se ha resuelto esa cuestión, se ha de fijar también el régimen de visitas, a efectos de que el cónyuge que ha sido privado de la tenencia pueda ver a sus hijos e incluso salir con ellos (Ossorio, 2018, p. 933).

La estructura social en la actualidad, referente a la separación de los padres crea una brecha muy notoria y que en muchos de los casos o en la mayoría de ellos resultan irreparables, afectando claramente de manera directa y en mayor porcentaje a los hijos. La sociedad influye de manera directa en el trato respecto del género, basado en estereotipos que se los ha venido acarreado a lo largo del tiempo y que a pesar de haber evolucionado de una u otra manera no se los puede quitar del todo.

Al momento de decidir sobre la tenencia, el juez con gran seguridad se inclinará y optará por la madre, ya que existe un escaso y adecuado análisis sobre la situación del padre.

Los jueces se toman un escaso instante para indagar la situación del progenitor adecuado, no obstante, los pocos casos donde el padre obtiene la custodia son mínimas y aplicadas solo en casos considerados fuera de lo común. (Franco 2014)

RESULTADOS

En nuestro país aún se mantiene un conflicto de intereses entre los progenitores, lo cual genera que el principio de interés superior del niño, niña o adolescente sea vulnerado y por otro lado existe discriminación hacia el padre, como ya lo habíamos mencionado porque aún se sigue manejando la justicia desde un punto de vista maternal y bajo estereotipos que la madre siempre será la mejor opción para quedarse con la tenencia de los hijos porque a través de la costumbre así se la ha venido manejando y así lo consideran los jueces, pero que al hacerlo vulneran el derecho de igualdad.

Mediante la sentencia de la Corte Constitucional se ha sentado un precedente y un avance muy importantes en cuanto a la igualdad de derechos que tienen tanto la madre como el padre para poder obtener la tenencia. Se ha determinado la inconstitucionalidad sobre la preferencia que se tenía para la madre y de esta manera poder dar cumplimiento a la normativa que existe en nuestra legislación y de sobre manera en la Constitución, en la cual mucho se caracteriza por ser garantista de derechos, pero que hasta hace poco se cumplía a medias o en muchos aspectos no se cumplía.

Como resultado de esta desigualdad de derechos se puede señalar que al padre se lo convierte en un visitador y más no en un papá, ya que al dar la prioridad a la madre solo se está produciendo una discriminación de género.

Cuando existe vulneración o desigualdad de derechos sobre el tema, lo que se logra es que el padre se encuentre frente a una situación compleja porque en la mayoría de los casos debe iniciar

un proceso legal para poder estar a la par respecto de la tenencia de sus hijos y por otro lado afectando al interés superior del niño, niña o adolescente ya que por más que el padre cuente con similares o mejores condiciones que la madre, el juez opta por entregarle la tenencia a la otra parte, limitando sus aspiraciones y derechos.

Las relaciones paterno-filiales son determinadas como una relación esencial entre los hijos y los padres. Siendo la base fundamental de la sociedad y es el ambiente natural en el que los hijos se desarrollan y desempeñan todas sus habilidades, físicas, psicológicas y sociales. Esto se logrará siempre que exista el compromiso de los dos padres que son los vínculos primordiales respecto de los hijos y de esta manera establecer un ambiente óptimo.

DISCUSIÓN

Una vez que se analizaron los resultados de casos reales, se puede determinar que, en la mayoría de estos, se evidencia una discriminación para los hombres, siendo muy poco equitativo y debido a lo cual no existe la garantía del derecho del padre frente a la madre en los procesos que se litiga la tenencia, cuidado y protección de los hijos. Dentro de estos procesos se hace mención que se resuelve en base al interés superior del niño, niña o adolescente, pero a pesar de ello la mayoría de las tenencias se las entrega a la madre, dejando en claro el incumplimiento de la norma.

El código está rezagado en relación con los demás países de Latino América y tiene estereotipos de padre proveedor y madre criadora. Además, promueve la disputa de los hijos en lugar de la corresponsabilidad consagrada en la Constitución. (Villareal, 2017, p.1)

Respecto de lo mencionado por el autor anteriormente, nos señala que existen estereotipos que discriminan tanto a la madre como al padre, pero a pesar de esto la tenencia se la entrega a la madre porque es la figura que siempre debe cuidar a los hijos y no se le da al padre por criterios de legalidad y taxatividad de la norma vigente o por falta de criterio del juez.

Por otro debo hacer mención respecto del rol que cumplen los equipos técnicos especializados de las unidades judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en cuanto al informe técnico que remiten al juez para que en base a este obtenga los fundamentos necesarios para otorgar la tenencia. En la mayoría de los casos se ha evidenciado que los informes solo se cambia el nombre de los niños o adolescentes y se limita a informar algo básico y lo que es peor que

tanto el informe del psicólogo y de la trabajadora social son los mismos o al menos coinciden en su gran mayoría y que en ninguna circunstancia se puede permitir ya que son dos áreas completamente distintas y al hacerlo no se está aportando la información adecuada.

PROPUESTA JURÍDICA

El objetivo principal del sistema de justicia es garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos establecidos en la legislación ecuatoriana y en los tratados internacionales, para lo cual se cuenta con diferentes mecanismos y herramientas que deben ser utilizados eficazmente para lograrlo y más aún si se trata en materia de Niñez y Adolescencia, para lo cual se debe dar la debida importancia del caso.

Hago hincapié en el informe del equipo técnico de las unidades judiciales ya que básicamente es lo que determina la tenencia del niño, niña o adolescente en muchos de los casos que a diario se resuelven. Un informe bien elaborado y estructurado aporta y proporciona la información para que el juez resuelva en base a ello y no se sigan vulnerando el derecho de igualdad que tanto se habla y garantiza la Constitución y por otro lado no se vea afectado el interés superior de niño al momento de tomar una decisión.

CONCLUSIONES

El derecho de igualdad debe abarcar a todas las personas del estado ecuatoriano en las mismas condiciones y oportunidades, así como sus deberes y obligaciones, pero que, al tratar el tema referente a la tenencia de los hijos, este se ve vulnerado en el momento que se da preferencia a la madre, sufriendo una discriminación y dejando en desventaja al padre.

Dentro del marco de resultados respecto de los procesos de tenencia, se puede evidenciar un alto porcentaje de favoritismo hacia la madre, a pesar de que la mayoría de las jueces hace referencia que las decisiones tomadas son en base al interés superior del niño, niña o adolescente y por otro lado no se respeta el principio constitucional de igualdad.

Los jueces deben utilizar los medios necesarios para recabar y obtener información adecuada ya sea a través de UNIPEN, equipo técnico a través de su informe que es fundamental o solicitar la ayuda de un profesional, como lo es el psicólogo al momento de escuchar la opinión del niño, niña o adolescente.

BIBLIOGRAFÍA

Cortez, O. (15 de septiembre de 2019). Tenencia vigente en el Ecuador. (S. Peralta Armas, Entrevistador)

Barrera, V. (2015). Los Derechos de los niños, niñas y adolescentes y los juicios de tenencia.

Candela, O. (2020). El divorcio y su repercusión en los hijos.

Código Civil del Ecuador (2019)

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2017)

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 28-15-IN/21

Ferrajoli, L. (2004). Igualdad y diferencia. En Ferrajoli, L. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid. Editorial Trotta.

López, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13(1), 51-70. doi:DOI: 10.11600/1692715x.1311210213

Ponce, J. (2017). Familia, conflictos familiares y mediación. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Sanchis, A., Robredo, C., Llop, R., & Carbonell, E. (2017). Efectos del conflicto parental postdivorcio en la adaptación y bienestar de los hijos.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Sani Ochoa, Diego Cornelio**, con C.C: # **0603825241** autor/a del Componente práctico del examen complejo: **La tenencia en igualdad de derechos y condiciones de los padres**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 10 de abril del 2023



f. _____
Nombre: **Sani Ochoa, Diego Cornelio**
C.C: **0603825241**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La tenencia en igualdad de derechos y condiciones de los padres		
AUTOR(ES)	Sani Ochoa, Diego Cornelio		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. Paredes Cavero, Ángela		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	10 de abril del 2023	No. DE PÁGINAS:	21
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Corte Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	tenencia, vulneración, discriminación, preferencia, igualdad		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>La Tenencia de los hijos dentro de la normativa ecuatoriana la encontramos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el art. 118, siguiendo las reglas del art. 106 y es precisamente aquí donde se produce la discriminación y vulneración de derechos, dando preferencia a la madre sobre el padre. Es necesario señalar que existen leyes que tratan sobre el principio del derecho de igualdad y por ende se determina que toda persona es igual ante la ley y gozará de los mismos derechos y deberes. La Constitución claramente reconoce y garantiza la igualdad y no discriminación, ya sea por su género, raza, religión, posición económica, etc., y de esta manera no exista contradicción alguna. Este trabajo también hace hincapié en la sentencia de la Corte Constitucional N° 28-15-IN/21, la cual declara la inconstitucionalidad del artículo 106, numerales 2 y 4 del CONA, donde se mencionaba que se “preferirá” a la madre la tenencia del niño menor de doce años, dando a notar claramente la discriminación al padre. Con esta sentencia se promueve la igualdad de derechos de los padres, pero por otro lado nos encontramos con un deficiente sistema de justicia al momento de aplicar dicha resolución y ponderar los derechos de ambos progenitores sin discriminación y sin vulnerar la igualdad jurídica.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-2222024	E-mail: diego.sani@cu.ucsg.edu.ec	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Dra. Angela Paredes Cuvero, Mgs		
	Teléfono: +593-4-2222024		
	E-mail: angelaparedes1@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			