



DOI: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v8i3>

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

Tenencia compartida

Shared tenure

Posse compartilhada

Mayra Alexandra Chaca-Serpa^I
mayrachaca@est.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-5120-8739>

Enrique Eugenio Pozo-Cabrera^{II}
epozo@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-4980-6403>

Correspondencia: mayrachaca@est.ucacue.edu.ec

***Recibido:** 29 de julio del 2022 ***Aceptado:** 12 de agosto de 2022 * **Publicado:** 17 de septiembre de 2022

- I. Estudiante de Posgrado, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Docente de Posgrado, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

La tenencia compartida se lleva a cabo tras la separación de una pareja para compartir los mismos derechos a cerca de la crianza y tiempo compartido con los hijos, sin embargo, esta ley no está considerada en el régimen normativo en la actualidad, en este contexto el objetivo de la presente investigación fue determinar las directrices para que se fundamente la normativa jurídica para valorizar la tenencia compartida en Ecuador. La metodología que se utilizó fue de carácter descriptivo con un enfoque cualitativo, mediante la herramienta de revisión documental, a través de bases de datos como Redalyc, Dialnet, Scielo, Scopus y Google Académico. Finalmente, se encontró que en la normativa jurídica ecuatoriana se instaure los derechos de los hijos para compartir con sus padres y los deberes que tienen los mismos para cumplir con su crianza, no obstante, la problemática se incrementa al fomentar simplemente la custodia unilateral, es decir hacia uno de sus progenitores con preferencia de la figura materna, lo que conlleva a proponer la reforma del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que existe un vacío normativo sobre la tenencia en el país.

Palabras Clave: Divorcio; Igualdad Social; Custodia; Desarrollo del niño.

Abstract

Shared custody is carried out after the separation of a couple to share the same rights regarding parenting and time spent with children, however, this law is not currently considered in the regulatory regime, in this context the The objective of this research was to determine the guidelines for the legal regulations to value shared tenure in Ecuador. The methodology used was descriptive with a qualitative approach, through the document review tool, through databases such as Redalyc, Dialnet, Scielo, Scopus and Google Scholar. Finally, it was found that the Ecuadorian legal regulations establish the rights of children to share with their parents and the duties that they have to fulfill their upbringing, however, the problem increases by simply promoting unilateral custody, that is, say towards one of their parents with preference for the mother figure, which leads to proposing the reform of the Organic Code of Childhood and Adolescence, since there is a regulatory vacuum on possession in the country.

Keywords: Divorce; Social equality; Custody; Child development.

Resumo

A guarda compartilhada é realizada após a separação de um casal para compartilhar os mesmos direitos quanto à parentalidade e tempo gasto com os filhos, no entanto, esta lei não é atualmente considerada no regime regulatório, neste contexto o objetivo desta pesquisa foi determinar o diretrizes para os regulamentos legais para valorizar a posse compartilhada no Equador. A metodologia utilizada foi descritiva com abordagem qualitativa, por meio do instrumento de revisão documental, por meio de bases de dados como Redalyc, Dialnet, Scielo, Scopus e Google Acadêmico. Finalmente, verificou-se que as normas legais equatorianas estabelecem os direitos das crianças de compartilhar com seus pais e os deveres que têm para cumprir sua educação, no entanto, o problema aumenta simplesmente promovendo a guarda unilateral, ou seja, para um de seus pais com preferência pela figura materna, o que leva a propor a reforma do Código Orgânico da Infância e Adolescência, uma vez que existe um vácuo normativo sobre a posse no país.

Palavras-chave: Divórcio; Igualdade social; Custódia; Desenvolvimento infantil.

Introducción

En la actualidad la separación de parejas ha incrementado notablemente, por lo que cuando se da una ruptura del matrimonio, una disolución de unión de hecho de parejas, o cualquier tipo de disolución de vínculo conyugal, conlleva a consecuencias donde los más afectados resultan ser los hijos, puesto que provocan en ellos inestabilidad tanto emocional como psicológica.

La ruptura de una pareja, deriva hacia una situación diferente para todos los miembros que integran el núcleo familiar, a la vez que viene encadenada de una serie de circunstancias que, en ciertas ocasiones, resultan problemáticas, repercutiendo directamente en los niños, niñas y adolescentes.

Con lo expuesto anteriormente, se presenta el divorcio de las parejas, procedimiento jurídico en la cual se considera la tenencia de los hijos, dicha tenencia está planteada en el ámbito jurídico como las acciones que toma el juez para resolver quien de los padres obtiene el cuidado de los hijos (Hermeza y Fernández, 2019).

En este sentido, Villena (2017) aclara que la tenencia de los niños y adolescentes debe poseer el propósito de cuidarlo, asistirlo y velar por su protección. La tenencia como se mencionaba anteriormente es posible conceder a uno de los padres, no obstante, se presenta también la tenencia de manera compartida, entre los dos cónyuges o en caso que sea necesario a una tercera persona.

Tenencia compartida

Cuando se presenta la tenencia hacia uno de los padres, que generalmente se establece en la actualidad, el juez ordena la custodia de los hijos y organiza el régimen de visitas del padre o madre que no obtuvo dicha tenencia; sin embargo, se presenta ciertas problemáticas entre los padres al no cumplir con los derechos del menor, surgiendo casos en que el padre que obtiene la tenencia (por lo regular la madre) se impone a no llevar a cabo los derechos del otro progenitor o por el contrario tanto el padre como la madre no cumplen con las exigencias establecidas por el juez (Cangas et al., 2019).

Es por ello que se hace evidente la serie de problemas a partir del divorcio, dentro de la doctrina, en donde prevalece la tenencia unilateral, por lo que en la investigación se hace hincapié en la importancia de la tenencia compartida, donde se considera que los dos progenitores ejerzan directamente los deberes de los menores, es decir, se contempla el principio de igualdad de los padres, así como la voluntad del niño, niña o adolescente para compartir tanto con la madre como con el padre de manera equitativa (Rivera, 2018).

Dentro de este orden de ideas, se propone como objetivo de la investigación, determinar las directrices para que se fundamente la normativa jurídica para valorizar la tenencia compartida en Ecuador, puesto que en la actualidad simplemente se establece la tenencia hacia uno de los progenitores. De igual forma, en función de lo planteado, se realizó el análisis histórico de la tenencia compartida, así como la indagación de la normativa legal de distintos países respecto a la tenencia, para justificar su proceder dentro de la legislación ecuatoriana.

Desarrollo

Antecedentes históricos de la tenencia compartida

La tenencia compartida se plantea en diversas investigaciones como la necesidad de establecer la igualdad de dos progenitores en el caso de la decisión de la convivencia de los hijos menores, en situaciones de quebrantamiento del matrimonio o de la pareja de hecho (Espín, 2019). No obstante, se debe recordar que tuvo que existir una base donde se sustente ese derecho de tenencia y se origina en la familia.

En este contexto, a lo largo de la historia la familia ha presentado múltiples situaciones y conflictos producidas en el seno familiar, ya sean desde la celebración, la disolución del vínculo matrimonial,

Tenencia compartida

la separación de parejas, el divorcio, entre otros; todo ello conlleva a una inestabilidad de los integrantes que forman el hogar, afectando de manera particular a los hijos que viven bajo la protección de sus progenitores; desarrollándose una verdadera crisis emocional, psicológica o afectiva. Esta problemática desencadena una serie de conflictos de orden jurídico como la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, entre otros.

Desde esta perspectiva, es pertinente considerar que la familia se inicia con el matrimonio, en sentido amplio según Planiol y Ripert (2008) (...) es el grupo de personas que se relacionan a través de un vínculo, por la adopción o por la filiación, sin embargo, este concepto e ideal de matrimonio ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo hasta la actualidad.

Por consiguiente, la noción de familia comenzó como un rito y hoy en día es una relación conyugal entre personas, un acto contractual de acuerdo a la norma adjetiva civil ecuatoriana. Hace un corto tiempo, se reconocía al matrimonio como la unión de dos personas de diferentes sexos, quienes podían contraer nupcias; no obstante, en ciertos países se admitió el matrimonio igualitario, como en el caso de Ecuador, a través de la Sentencia No. 11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional (2019).

Ahondando con este fundamento, en la Constitución ecuatoriana de 2008, en el artículo 67 se contempla que se identifica a la familia en sus diversos tipos y se enmarca que el Estado debe proteger y garantizar la igualdad de derechos y oportunidades de los integrantes; es decir, fomentar las condiciones óptimas del núcleo elemental de la sociedad.

Si bien es cierto, la familia es el eje de una sociedad; a pesar de que, este vínculo matrimonial o unión de hecho se disuelve por circunstancias que no es posible predecir, esta problemática afecta a la sociedad en general y de manera particular a los miembros que integran la familia.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes que forman parte de una familia o fuera de ella, se resalta el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que los Estados tienen la obligación de que se respeten las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, así como el cuidado, la crianza y la educación de los hijos; con el objetivo de garantizar los derechos del niño por parte de la familia, los tutores y del Estado (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF], 2006).

De la misma forma, la Constitución del Ecuador en su artículo 44, determina que tanto el país, la sociedad y sobretodo la familia deben fomentar el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, así como la garantía de sus derechos sobre las demás personas. En esta perspectiva el Estado y las

Tenencia compartida

organizaciones a nivel mundial instauran en primera instancia los derechos de los niños, debido a la vulnerabilidad que poseen, se debe respetar su integridad personal, cultural, física y psicológica, sin excepción alguna o discriminación, fomentando una calidad de vida digna dentro de su entorno y fuera de él.

Cualquier niño, niña y adolescente poseen distintos derechos como el respeto hacia el desarrollo de su crecimiento, maduración, desenvolvimiento de sus capacidades y aspiraciones en un entorno seguro con el óptimo contexto familiar, social y escolar. Este contexto facilita que los hijos se involucren y se cumpla con sus necesidades, a través del soporte de políticas públicas.

Siguiendo este lineamiento, los derechos de las niñas, niños y adolescentes es la prioridad que debe tener la familia que le rodea y más aún el Estado; quien debe garantizar que esos derechos no sean vulnerados, ya sea por terceros o por los mismos miembros del grupo familiar. Ahora bien, si se manifiesta que la familia es el núcleo de una sociedad, está también tiene como objeto promulgar los derechos y deberes de los padres sobre sus hijos, evitando situaciones que pudiesen poner en peligro su integridad.

Evidentemente, todas las legislaciones en el mundo plantean como precedencia asegurar el bienestar de una familia; y, por ende, de sus integrantes, puesto que se forma en sí en la sociedad como un pilar de todas las otras posteriores uniones de personas y la misma es parte de un Estado; por ello, la importancia de establecer los derechos y deberes en la ley (Pérez, 2015).

De manera general, prevalece también que cualquier persona posee el derecho a la familia, hacia el bienestar, la salud, la alimentación, el vestuario y entre otros servicios sociales, se asegura que todos los niños que forman parte de un matrimonio o fuera de él tienen los mismos derechos de protección social (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

En relación a la problemática expuesta y al enfrentar casos en donde los menores se encuentren fuera de un matrimonio, se involucra la tenencia, la misma que se encuentra descrita en el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, debido a que se busca el desarrollo integral de un niño, niña o adolescente, con el cuidado y crianza pertinente de uno de sus progenitores, sin perturbar la patria potestad (Congreso Nacional, 2003).

Ahora bien, surge la interrogante ¿Quién debe quedarse con los menores luego de un divorcio o separación? en Ecuador lo hacen el 95% de las madres lo que significa que un 5% de los hombres esta al cuidado de sus hijos (La Hora, 2021).

Tenencia compartida

Por otro lado, en función de la patria potestad, tanto el padre como la madre poseen el derecho de supervisar el desarrollo integral del niño, su cuidado, así como la representación y administración de sus bienes. En consecuencia, la institución de la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que se origina de la filiación y se sujetan al objeto de garantizar la protección de un menor. Es preciso mencionar que a partir de la multitud de derechos y obligaciones que se desprende de la patria potestad se considera la guarda y custodia, por lo que la patria potestad deriva en la obligación y derecho de cuidar. No obstante, por la separación o divorcio de los padres, se involucra la tenencia, la misma que según las leyes ecuatorianas se asignará a uno de los progenitores.

De esta forma, uno de los mecanismos para ejercer la patria potestad es la tenencia; sin embargo, no es la única forma para ejercerla, ya que el ejercicio de la patria potestad también supone obligaciones de educación o de representación judicial y extrajudicial, entre otras.

La tenencia compartida se podría manifestar entonces cuando el padre y la madre, son los que ejercen esa tenencia con el niño, es decir poseen el 50% del tiempo cada uno de los progenitores, en la convivencia con los menores, los padres tienen la obligación de compartir derechos y obligaciones.

Metodología

Con el fin de conocer la importancia y características principales de la tenencia compartida, la metodología empleada parte de la investigación de tipo descriptiva con un enfoque cualitativo y analítico.

Dentro de este orden de ideas, el estudio descriptivo tiene como finalidad describir diferentes características elementales de uno o varios elementos, para lo cual se emplea dictámenes o puntos de vista sistemáticos, que aportan para determinar la estructura del fenómeno de estudio, la información que se establece es de carácter sistemático y cotejable con distintas fuentes (Guevara et al., 2020).

En este sentido, la investigación descriptiva posibilita llevar a cabo una exploración crítica y a la vez analizar a fondo el tema propuesto, en este caso la tenencia compartida. Con este tipo de metodología se comprende las condiciones de su aparición, propiedades, cualidades, circunstancias, los resultados importantes de distintos estudios, además de la problemática y limitaciones que comprende (Tinto, 2013).

Tenencia compartida

Así mismo, la indagación partió del enfoque cualitativo, el cual se basa en evidencias que se dirigen hacia la descripción detallada de algún fenómeno con el propósito de entenderlo y explicarlo mediante la aplicación de métodos y técnicas procedentes de sus nociones y fundamentos epistémicos (Sánchez, 2019).

Siguiendo esta perspectiva, las herramientas que se emplearon fue la revisión bibliográfica, mediante la indagación de fuentes documentales de literatura científica nacional e internacional, las mismas que se encuentran en bases de datos como Redalyc, Dialnet, Scielo, Scopus y Google Académico; en las cuales se determinaron estudios principalmente publicados en los últimos cinco años.

Por último, con las referencias obtenidas se estableció un análisis jurídico de tipo penal y una indagación de las principales características de la tenencia compartida, constituido en los ordenamientos jurídicos que regulan la tenencia por distintos países a nivel mundial; entre ellos España, Francia, Chile y Argentina, cabe señalar también que se aplica una comparación de las políticas adoptadas para entender, sintetizar y analizar su fundamento en las leyes de Ecuador.

Resultados

Análisis de normativa legal, doctrina y jurisprudencia, respecto de la tenencia compartida

En este apartado se determina la normativa y doctrina a partir de la tenencia compartida en distintos países, entre ellos España y Francia, debido a que poseen leyes que amparan tanto al padre como a la madre; en Latinoamérica esta normativa legal se presenta de forma tardía y para el concerniente análisis se toma en consideración países como Chile y Argentina. De esta forma se coteja la información obtenida para justificar la necesidad de regular esta tenencia en el ordenamiento ecuatoriano.

Es pertinente mencionar que se puede encontrar ciertos términos jurídicos, que posiblemente ocasionen controversias al determinar la guarda, custodia o tenencia de los menores. La concepción de esta noción se distingue de un ordenamiento jurídico a otro, sin embargo, se reconoce esta tenencia como el cuidado directo, diario y continuo que se entrega al hijo mediante la convivencia (Avilés, 2021).

España

Para referirse a la tenencia compartida se debe partir de un divorcio, el mismo que es la principal causa para que se derive la problemática de este estudio, en España en el año 1981, se estableció la Ley Número 30 para la regulación del procedimiento de separación en el artículo 90 del Código Civil, en el cual determina de disolución del matrimonio con los debidos convenios y las decisiones sobre los hijos (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1981).

En 1981 en base a los fundamentos de igualdad parental la legislación española, plantea otorgar la patria potestad tanto al padre como a la madre, a pesar de que, la custodia del menor se presentaba a partir de la edad, esto es, cuando el menor se encontraba antes de los 7 años la madre es quien permanecía con la tenencia del niño, sin embargo, este ordenamiento presentó desacuerdos de desigualdad, por lo cual en la Ley N.º 15, de 2005 en el artículo 92 se instauró que los progenitores pueden recurrir a la tenencia compartida de sus hijos, esta decisión se deriva de la situación del menor, con pruebas que determinen la seguridad e integridad de los hijos (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2005).

Francia

En este país como lo que ocurrió en España surge varias modificaciones en el Código Civil para establecer la custodia o tenencia compartida del menor, se parte también de la evolución del ordenamiento jurídico, de las relaciones entre padres e hijos, los modelos socio familiares y las necesidades sociales, esto con el objetivo de equilibrar los intereses y derechos de los hijos (Ruz, 2017).

Se instauró en Francia la Ley 2002-305 del 4 de marzo, la misma que determina la custodia compartida en el Código Civil, el juez pertinente adoptará las medidas para garantizar los vínculos de los niños con cada uno de sus padres, prevaleciendo los intereses de los hijos menores, en esta ley manifiestan que la residencia podrá determinarse tanto en el domicilio de cada padre con índole alterna o en el de uno de ellos, luego de analizar la situación del hogar (Asamblea Nacional, 2002).

Tenencia compartida

Chile

En Chile en el año 2013, se incorporó la Ley 20680 conocida como Ley de Tuición, la misma que establece modificaciones en la normativa jurídica con el objetivo de proteger a un menor en el caso de que sus padres no permanezcan juntos. En esta ley en el artículo 225, se reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a obtener una custodia compartida. Con este ordenamiento, el estado busca fomentar la corresponsabilidad del padre y de la madre que vivan separados, con una oportuna estabilidad del menor a favor de su desarrollo y educación. Ambos progenitores poseen los mismos derechos de participar en forma activa y equitativa en el cuidado, crianza y educación de sus hijos (Ministerio de Justicia, 2013).

Es pertinente mencionar que en el artículo 225-2 de la Ley 20680 se considera criterios como la vinculación afectiva entre los padres, hijos y el entorno familiar, la aptitud de los padres para avalar el bienestar del menor, la actitud de cada padre para colaborar y apoyar al otro, la dedicación efectiva, la opinión que establece el hijo, los informes periciales, los acuerdos entre los progenitores, el domicilio de los mismos y cualquier otro antecedente que afecte el bienestar del niño, niña o adolescente (Ministerio de Justicia, 2013).

Argentina

Anteriormente en Argentina el cuidado de los hijos se denominaba como tenencia compartida, en la actualidad en la norma jurídica está designada como cuidado compartido o responsabilidad parental. Dentro del Código Civil y Comercial de este país en el artículo 639, esta responsabilidad se guía a partir del interés del niño, la autonomía progresiva conforme a sus características, aptitudes, desarrollo y el derecho a ser escuchado, puesto que toman en consideración la opinión del menor de acuerdo a su edad y madurez (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014).

Ahora bien, respecto al cuidado compartido del niño, en el artículo 650 del Código Civil argentino se manifiesta que la tenencia se expone de dos formas; tanto alternada como indistinta, esto significa que en la primera circunstancia el niño, niña o adolescente trascurre períodos de tiempo con cada uno de los progenitores; y en el caso indistinto, los hijos pueden residir en la vivienda de uno de los padres y los dos se distribuyen las decisiones y labores. Por ejemplo, si el menor vive con su padre, la madre debe llevarlo al colegio, los dos progenitores resuelven todas las cuestiones de sus hijos, tanto de sus estudios, reuniones, vacaciones, salud, etc. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014).

Tenencia compartida

En relación a lo expuesto a cerca del régimen jurídico establecido anteriormente por distintos países, se demuestra que se ha realizado cambios en los distintos Códigos Civiles por considerar la tenencia unilateral como discriminatoria. Así mismo, se prioriza que la tenencia compartida debe ser analizada por el juez pertinente en cada caso, considerando la situación familiar en conjunto, la situación singular del menor dentro del ámbito familiar, la relación de los padres tanto en el momento en su convivencia y separación. Esto significa que, es primordial conocer el interés del menor y la situación en la que se encuentra con sus padres, además de la obligación sin distinción alguna que tienen los progenitores respecto a la crianza de sus hijos.

Tenencia compartida en la legislación ecuatoriana

En este contexto, es imprescindible involucrar la tenencia compartida como una necesidad de regularizar en la legislación ecuatoriana, puesto que en estos procesos se manifiesta por ejemplo la estabilidad emocional de los padres y los hijos; la voluntad del niño o adolescente; la responsabilidad del progenitor de ejercer la tenencia, los mismos que velaran por el desarrollo integral del menor, con el objetivo de asegurar el goce de sus derechos; la discriminación que puede existir con el padre que no se le otorgo la tenencia de los hijos menores de edad, entre otros.

Cabe destacar que en Ecuador entre los años 2006 y 2016 los divorcios se incrementaron un 83.45%; las causas que generalmente se revelaron son por mutuo acuerdo, abandono voluntario e infundado, hechos de injurias y conductas desfavorables. Conjuntamente, se ha verificado que, en el año 2016 de un número de 15918 divorcios, 14669 mujeres obtuvieron la tenencia de sus hijos y solamente 1249 casos se otorgó a los padres (Instituto Nacional de estadística y Censos [INEC], 2017).

En tal sentido, a cerca de la tenencia con prioridad hacia la madre, Cedeño (2022) manifiesta sobre el derecho de igualdad referente a la tenencia compartida, dado que dicha igualdad se ratifica como un derecho que se fundamenta en la constitución ecuatoriana y en ordenamientos internaciones, sin embargo, en Ecuador este derecho no se ejerce de forma adecuada, al prevalecer la preferencia por la madre sobre la custodia de los hijos, es decir la tenencia unilateral, lo que repercute en desfavorecer el interés de los niños y/o adolescentes, disponiendo la discriminación y las desigualdades en la crianza de los hijos.

Así mismo, Vázquez et al. (2020) mencionan que el reglamento jurídico ecuatoriano no es idóneo y en ningún caso contiene la información necesaria sobre la tenencia compartida, lo que conlleva a

Tenencia compartida

vulnerar los derechos de los menores para organizar su situación al separarse los padres, por lo que, es importante que tanto el padre como la madre obtengan igualdad de derechos y obligaciones.

Adicionalmente Murillo y Vázquez (2020), aseguran que la tenencia hacia uno de los progenitores (madre) se acata a una adjudicación obsoleta, en el que se prioriza que el padre provee y la madre cuide, esta afirmación está en contra del ordenamiento constitucional de corresponsabilidad parental y del derecho de los menores para convivir en familia.

Es conveniente mencionar que dentro de la legislación de la Constitución del Ecuador en el artículo 44 tanto el Estado, la sociedad y sobretodo la familia deben fomentar el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, con el propósito de ejercer sus derechos, priorizando el interés de los menores. Dentro de este marco, en el artículo 69 se manifiesta que tanto la madre como el padre, poseen la obligación para el cuidado, educación, alimentación, desarrollo y protección de los derechos de los hijos y se enfatiza en el artículo 83 que todos los ecuatorianos tanto las madres como los padres deben velar por el bienestar de sus hijos en igual proporción (Asamblea Nacional, 2008).

Con lo expuesto anteriormente el Estado reconoce y garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes para ser protegidos y velar por sus derechos. Así mismo, promueve que tanto el padre como la madre posee los mismos derechos y obligaciones con sus hijos sin importar si forman parte de un matrimonio o se encuentren en el proceso de separación.

Por lo tanto, para velar por el bienestar de los menores se fundamenta el Código de la Niñez y la Adolescencia, el mismo que tiene como finalidad garantizar la protección de las niñas, niños y adolescentes, para otorgar su desarrollo integral y el cumplimiento de sus derechos (Congreso Nacional, 2014). Cabe resaltar que el artículo 100 y 102 de dicho Código especifica la corresponsabilidad parental, donde se insta que los dos progenitores poseen las mismas responsabilidades para el cuidado y protección de los derechos de sus hijos, en otras palabras, cumplir con las necesidades psicológicas, materiales, afectivas, espirituales e intelectuales.

Ahora bien, como se explicó anteriormente la tenencia compartida no está fundamentada en Ecuador, por lo que simplemente se plantea en el reglamento jurídico la patria potestad. De esta forma, es pertinente precisar que en el artículo 106, específicamente en los numerales 2 y 4 se resuelve que al no establecer un acuerdo entre la madre y el padre o por el contrario en el caso que ambos progenitores comprueben las mismas condiciones, la patria potestad se concede y prefiere a la madre. Estos mandatos generaron controversia y en la sentencia No. 28-15-IN/21 se declaró la inconstitucionalidad de los mismos, por presentarse en desacuerdo con los principios de interés de

Tenencia compartida

los menores, el derecho a la igualdad y la corresponsabilidad parental (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

Es por eso que, la tenencia únicamente se fundamenta en el artículo 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia, acordando que la custodia solo es pertinente para uno de los progenitores y acatando las reglas especificadas en el artículo 106 de la patria potestad, que anteriormente se mencionó que existe numerales que son inconstitucionales y van en contra de los derechos de los progenitores y de sus hijos.

Recomendaciones de propuesta de reforma del Código de la Niñez y Adolescencia

Al ser indagada la tenencia compartida, se plantea que, en Ecuador necesita su aplicación de manera vertiginosa, para ser fundamentada a partir del ordenamiento jurídico correspondiente, que en este caso se plantea reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que existe un vacío normativo sobre la tenencia en el país.

En el Código de la Niñez y Adolescencia mencionado, en general se precisa artículos que describen la protección de los niños, niñas y adolescentes; la patria potestad; la pensión alimenticia de los hijos; el régimen de visitas y de manera puntual la tenencia que simplemente es otorgada hacia uno de sus padres (con mayor énfasis de preferencia hacia la madre).

Resulta claro que al reformar la normativa jurídica ecuatoriana debe primar en los casos de divorcio la tenencia compartida, valorando el derecho a la corresponsabilidad parental, esto significa que, cuando la autoridad pertinente analiza la problemática ocasionada por el divorcio, la primera regulación que se debe considerar, es que tanto la madre como el padre efectúe iguales obligaciones y los mismos derechos para el cuidado de sus hijos. En este caso, la tenencia compartida no involucra obligatoriamente que los hijos permanezcan el mismo lapso de tiempo con sus padres, lo que se establece es que los dos progenitores se comprometan a una relación directa el mayor tiempo posible. En otras palabras, el juez revisará las peticiones y necesidades de los padres, así como la de sus hijos, contemplando principalmente el beneficio de los menores para alternar el tiempo de convivencia.

En este ámbito, entre las consideraciones y recomendaciones a tomar en cuenta para que la tenencia compartida se instaure en el ámbito jurídico, se propone llevar a cabo un análisis exploratorio, para comprender la situación actual en el país a cerca de los divorcios que se presentaron en los últimos 5 o 10 años; con esta información se identificaría a profundidad quién de los progenitores son los

Tenencia compartida

que mayormente poseen la tenencia de los hijos. De la misma manera, se indagaría sobre las problemáticas sociales y emocionales que genera que los menores simplemente se queden con uno de sus progenitores. Esta inquisición se formularía como el punto de partida y la estrategia para que en el ordenamiento jurídico se instituya como consideración principal la custodia compartida.

En casos específicos cuando se manifiesta un divorcio, se debe revisar el estado de salud emocional, físico y psicológico de los hijos y sus padres. El comportamiento de los progenitores en el matrimonio y las causas por lo que se lleva a cabo el divorcio, fundamentalmente si existió violencia doméstica.

Esto conlleva a que primero se debe revisar los argumentos de las partes, con información validada por especialistas, para que de esta forma no exista impedimentos y el juez conceda la custodia compartida.

En resumidas cuentas, se examina como es el desarrollo de la vida diaria de los padres y sus hijos, se indaga sobre la disponibilidad de los padres con la cercanía al entorno del menor y las circunstancias que se infrinja al no acatar las peticiones del juez.

Al analizar la tenencia habitualmente se debe considerar también, el interés del menor, se determina, buscar su beneficio, para otorgarle tranquilidad y un desarrollo integral para su desenvolvimiento en la sociedad. De la misma manera, se debe investigar si se encuentra una óptima relación entre los padres, para que la tenencia compartida no se vuelva un conflicto dentro de sus vidas diarias y que repercute en los menores.

Para conocer como la tenencia compartida se desarrolla con los padres y los hijos, cabe resaltar la propuesta del régimen argentino, el cual contiene dos maneras de permanencia; la primera los hijos mantienen periodos de tiempo similares con sus padres en sus residencias y la segunda se desarrolla en que los menores viven en un hogar sea del padre o de la madre, de tal manera que los dos se dividan las labores; como por ejemplo si el menor vive con el padre, la madre debe llevarlo a su escuela, alternando actividades que implique la responsabilidad de los dos progenitores.

En consecuencia, para llevar a cabo la tenencia compartida se debe regir en primera instancia en:

- El criterio e interés de los niños, niñas o adolescentes;
- la edad y madurez del menor;
- las necesidades que se presenten en distintos ámbitos como la educación, salud, etc.;
- la información otorgada por los especialistas;

Tenencia compartida

- las condiciones que presenten los padres para ofrecer el cuidado pertinente a sus hijos.

Finalmente, debe señalarse también que la reforma del Código de la niñez y adolescencia debe establecer el reglamento que precise las razones por las que no es posible otorgar la tenencia compartida y las resoluciones por las cuales se modifique dicha tenencia; como acontecimientos de violencia, situaciones que el padre o la madre no estuvieron involucrados con el menor desde una edad temprana o la falta de tiempo e interés de los progenitores para vincularse con sus hijos.

Conclusiones

La tenencia compartida en el ámbito jurídico es considerada como un mecanismo que regula el cuidado de los hijos menores en el proceso de divorcio, lo que significa que los padres deben obtener los mismos derechos sobre su crianza.

Al llevar a cabo la investigación se examina la importancia de favorecer el desarrollo integral y el buen vivir de los hijos, derechos que actualmente constan en la Constitución del Ecuador y en el Código de la Niñez y Adolescencia; para lo cual es importante la equidad de derechos y obligaciones de los padres, debido a que la situación familiar se modifica con sus nuevos estilos de vida y en ciertos casos nuevos cónyuges.

Sin embargo, aunque en la normativa jurídica consta sobre los derechos de los hijos para compartir con sus padres y los deberes que tienen los mismos para cumplir con su crianza, la problemática sobre la custodia unilateral prevalece, debido a que las autoridades pertinentes otorgan en primera instancia la tenencia a la madre; lo que ocasiona que se altere el derecho de la corresponsabilidad parental, el mismo que describe que tanto la madre como el padre deben participar de manera equitativa con el desarrollo integral de sus hijos.

En el análisis realizado respecto a los países España, Francia, Chile y Argentina, se consideró que todos han reformado su ordenamiento a favor de la tenencia compartida, por las desigualdades que provoca que solo un progenitor obtenga la tenencia; se valora notablemente la situación e interés del menor, su seguridad en el hogar, la corresponsabilidad de los padres para cuidarlos de manera proporcional, la vinculación afectiva, la postura de los padres para colaborar y ayudar a sus hijos.

Finalmente, en Ecuador se propone modificar el Código de la Niñez y Adolescencia, para instaurar la tenencia compartida como punto de partida en la separación de parejas con hijos, es decir, el juez o jueza debe contemplar en primera instancia esta figura jurídica en el caso de divorcio. En

Tenencia compartida

concordancia, la tenencia compartida debe ser explícita, examinando situaciones como el interés del niño, los informes otorgados por las partes y por los especialistas sobre el entorno familiar y los acuerdos de los progenitores. Es oportuno que se establezca si el menor vive en un hogar determinado o por el contrario instaurar los periodos que los menores viven con los progenitores, aclarando que las obligaciones de los padres son las mismas en cualquier situación.

Referencias

1. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (1981). Ley N° 30, de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado (BOE), 20 de julio de 1981.
2. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (2005). Ley N° 15, de 8 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado (BOE), 9 de julio de 2005.
3. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. 20 de octubre de 2008, última modificación: 13 de julio de 2011 (Ecuador).
4. Asamblea Nacional. Ley 2002-305 del 4 de marzo (Francia).
5. Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
6. Avilés, M. (2021). La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico. *Ius et Praxis*, 27(1), 95-120. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000100095>
7. Cangas, L., Macgado, M., Hernández, E. y Tixi, D. Análisis del derecho a la convivencia familiar y el régimen de visitas a menores de Ecuador. *Uniandes Episteme. Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, 6(Especial), 820-833.
8. Cedeño, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 7(4), 930-954. <https://dx.doi.org/10.23857/pc.v7i4.3867>
9. Corte Constitucional. (2019). Sentencia No. 11-18-CN/19 <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BuscadorRelatoria.aspx>

Tenencia compartida

10. Corte Constitucional. (2021). Sentencia No. 28-15-IN/21 <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=28-15-IN%2f21>
11. Congreso Nacional. Código Civil. Codificación No. 2005-010, Suplemento del Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005, (Ecuador).
12. Congreso Nacional. Código de la Niñez y Adolescencia, Ley No. 2002-100, Registro Oficial, el 3 de julio de 2003. (Ecuador).
13. Espín, I. (2019). Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 21, 55-86
14. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nuevo Siglo. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
15. Guevara, G., Verdesoto, A. y Castro, N. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción). *Revista Científica Recimundo*, 163-173. [http://dx.doi.org/10.26820/recimundo/4.\(3\).julio.2020.163-173](http://dx.doi.org/10.26820/recimundo/4.(3).julio.2020.163-173)
16. Hermoza, J. y Fernández, L. (2019). Suspensión de la patria potestad respecto al ejercicio de la tenencia legal de los hijos menores. *Lex*, 23, 213-229. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i23.1677>
17. Instituto Nacional de estadística y Censos, INEC. (2017). *Los divorcios crecieron 83,45% en diez años en Ecuador*. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/los-divorcios-crecieron-8345-en-diez-anos-en-ecuador/>
18. La Hora. (2021). *Demanda busca que tenencia de hijos no sea exclusiva de las madres*. <https://www.lahora.com.ec/pais/demanda-busca-que-tenencia-de-hijos-no-sea-exclusiva-de-las-madres/>.
19. Ministerio de Justicia. Ley 20680, Introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, 21 de junio de 2013. (Chile).
20. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Código Civil y Comercial de la Nación. Aprobado por ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014 (Argentina).
21. Murillo, C. y Vázquez, J. (2020). Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. *Revista Científica FIPCAEC. Polo De Capacitación*,

Tenencia compartida

- Investigación Y Publicación (POCAIP)*, 5(3), 637-667.
<https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/254/427>
22. Planiol, M. y Ripert, G. (2008). *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. del Lic. José marca Marques, Macial Pons, Madrid.
23. Pérez, F. (2015). La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares. *Revista de Derecho*, 19, 31-54.
24. Rivera, D. (2018). *La tenencia y visita de los hijos menores de edad, el principio constitucional de igualdad de los padres y el derecho al buen vivir* [Tesis de Posgrado]. Universidad Regional Autónoma de los Andes.
<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8032/1/PIUAMCO030-2018.pdf>
25. Ruz, G. (2017). La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio. *Revista de derecho (Valdivia)*, 30(2), 133-157. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200006>
26. Sánchez, F. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 13(1), 102-122. <https://dx.doi.org/10.19083/ridu.2019.644>
27. Tinto, J. (2013). El análisis de contenido como herramienta de utilidad para la realización de una investigación descriptiva. Un ejemplo de aplicación práctica utilizado para conocer las investigaciones realizadas sobre la imagen de marca de España y el efecto país de origen. *Provincia*, 29, 135-173. <https://www.redalyc.org/pdf/555/55530465007.pdf>
28. Vázquez, C., Narváez, C., Trelles, D. y Erazo, J. C. (2020). La tenencia compartida, alcances y su aplicación en el Ecuador. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5(1), 474-491. <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i1.626>
29. Villena, P. (2017) Tenencia y custodia de los hijos. villenaabogados.com/tenencia-y-custodia-de-los-hijos: villenaabogados.com