



DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i3.254>

Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano

Viability of shared tenure according to the Ecuadorian constitutionality block

Viabilidade de posse compartilhada de acordo com o bloco de constitucionalidade do Equador

Christian Paúl Murillo-Céleri ^I
christian.murillo@psg.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-0439-8445>

José Luis Vázquez-Calle ^{II}
jlvarezc@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-1809-1601>

Correspondencia: christian.murillo@psg.ucacue.edu.ec

* **Recepción:** 25/02/2020 * **Aceptación:** 29/06/2020 * **Publicación:** 22/07/2020

1. Abogado, Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
2. Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

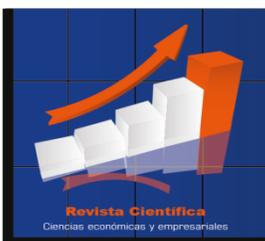
Resumen

La Constitución del 2008, en atención a las nuevas corrientes doctrinales del Derecho de Familia y las normas de Derecho Internacional, reconoce de manera expresa la prevalencia del interés superior del niño, el deber de corresponsabilidad parental y el derecho de los niños y niñas a la convivencia familiar. Si bien a partir del 2008 se han realizado diversas reformas al Código de la Niñez y Adolescencia para adaptar su normativa al nuevo marco constitucional, el tema de la tenencia sigue siendo el mismo desde su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Hasta la fecha, respecto al tema de la tenencia prima el acuerdo de los padres como regla general y la tenencia de la madre como excepción sin posibilidad de que el juez pueda ordenar un régimen de tenencia compartida, institución que no está expresamente reconocida en el Código de Niñez y Adolescencia. La tenencia uniparental de la madre en el ordenamiento jurídico actual obedece a una asignación obsoleta de roles de género, en el cual el padre debe proveer y la madre debe criar. Esto no solo contraviene el mandato constitucional de corresponsabilidad parental y el derecho del niño a convivir en familia, sino que además se considera como un derecho de los progenitores en donde se hace caso omiso al interés superior del niño. De esta forma, resulta imperante reformar la normativa para instituir la tenencia compartida en Ecuador.

Palabras claves: Tenencia; compartida; bloque; constitucionalidad.

Abstract

The 2008 Constitution, in response to the new doctrinal currents of Family Law and the norms of International Law, expressly recognizes the prevalence of the best interests of the child, the duty of parental co-responsibility and the right of children to family coexistence. Although since 2008 various reforms have been made to the Childhood and Adolescence Code to adapt its regulations to the new constitutional framework, the issue of possession has remained the same since its incorporation into the Ecuadorian legal system. To date, regarding the issue of custody, the agreement of the parents prevails as a general rule and the custody of the mother as an exception without the possibility that the judge can order a shared custody regime, an institution that is not expressly recognized in the Code. of Childhood and Adolescence. The mother's uniparental possession in the current legal system is due to an outdated assignment of gender roles, in which



the father must provide and the mother must raise. This not only contravenes the constitutional mandate of parental co-responsibility and the right of the child to live together as a family, but it is also considered as a right of the parents where the best interests of the child are ignored. In this way, it is imperative to reform the regulations to institute shared tenure in Ecuador.

Keywords: Tenure; shared; block; constitutionality.

Resumo

A Constituição de 2008, em resposta às novas correntes doutrinárias do Direito da Família e às normas do Direito Internacional, reconhece expressamente a prevalência do interesse superior da criança, o dever de corresponsabilidade parental e o direito das crianças de convivência familiar. Embora desde 2008 várias reformas tenham sido feitas no Código da Infância e da Adolescência para adaptar sua regulamentação ao novo marco constitucional, a questão da posse permanece a mesma desde sua incorporação ao ordenamento jurídico equatoriano. Até à data, quanto à questão da guarda, prevalece a concordância dos pais como regra geral e a guarda da mãe como exceção, sem que o juiz possa ordenar o regime de guarda partilhada, instituição esta não expressamente reconhecida no Código. da Infância e da Adolescência. A posse uniparental da mãe no sistema jurídico atual se deve a uma atribuição desatualizada de papéis de gênero, nos quais o pai deve prover e a mãe criar. Isso não só viola o mandato constitucional de corresponsabilidade parental e o direito da criança de viver junto como uma família, mas também é considerado um direito dos pais em que o interesse superior da criança é ignorado. Desta forma, é imperativo reformar os regulamentos para instituir a posse compartilhada no Equador.

Palavras-chave: Posse; compartilhado; quadra; constitucionalidade.

Introducción

El tema de la tenencia compartida ha reabierto el debate de la corresponsabilidad parental en las legislaciones de ciertos países de Latinoamérica. Con la ayuda mancomunada de diferentes disciplinas no solo del Derecho, sino de la Psicología y la Sociología, se ha llegado a la conclusión de la necesidad de incorporar legalmente esta figura en pos del interés superior del niño. Varios países han superado este debate, y conscientes de la necesidad jurídica de su regulación han

decidido incluirlo en sus legislaciones, superando así un vacío normativo que claramente supone al menos parte de la solución a los distintos escenarios sociales que se pueden presentar con respecto a la separación de los padres y la tenencia de los hijos. Lastimosamente en el Estado ecuatoriano, tal realidad aún no acontece; y la decisión sobre a quién le corresponde el cuidado de los hijos en la actualidad privilegia inminentemente a la madre, sin ningún tipo de consideración previa respecto al verdadero bienestar que los hijos podrían tener mediante el ejercicio conjunto que de este derecho al cuidado y convivencia permanente con los hijos. Lo que a primera vista denota una clara falta de actualidad y dinamismo propio del derecho en nuestra legislación ante la constante incorporación y regulación de realidades jurídicas que conforme el advenimiento de dichas situaciones debe tener un sistema jurídico vigente y efectivo.

En este artículo se realiza un análisis de la legislación interna, junto con los tratados internacionales de los que sea parte el Estado ecuatoriano a fin de justificar la regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico; para ello, se hará una recopilación de información de forma bibliográfica en textos y obras jurídicas que aborden la temática; así como una exposición académica de sus antecedentes, conceptualizaciones, para mediante métodos como lo son el inductivo deductivo y analítico sintético lograr profundizar temas como la tenencia compartida y el contexto normativo que en la actualidad regula esta realidad jurídica en el país; a su vez como parte del sustento que respalda el presente artículo, se muestra una encuesta aleatoria dirigida a profesionales del derecho y padres que de una u otra forma se han visto afectados por la ausencia de una regulación específica respecto de la tenencia compartida en el ordenamiento nacional. Todo esto con el claro objeto de lograr exponer las razones que viabilizan su incorporación mediante los fundamentos jurídicos del bloque de constitucionalidad.

Su importancia radica en el nuevo enfoque expuesto; pues si bien ya existen análisis anteriores al respecto, la mayoría de iniciativas han llevado como argumento enfoques más sociales y humanos, en tanto, que el presente artículo expone una argumentación que sin desconocer la realidad social que antecede esta problemática, fundamenta su viabilidad desde una perspectiva jurídica, a fin de demostrar que si es posible la inclusión armónica en nuestro sistema jurídico, con la relación a la normativa ya existente.

Referencial Teórico

Tenencia. Antecedentes

El desarrollo histórico-legislativo a nivel mundial ha propendido regular en la medida de lo posible todas o la gran mayoría de asuntos en los que se desenvuelve la vida del ser humano. Si bien los historiadores del Derecho convergen en que las ramas jurídicas primigenias tenían como objeto principal la protección de los patrimonios personales y la regulación del comercio, el paso del tiempo evidenciaría una inclinación del desarrollo legislativo hacia cuestiones extrapatrimoniales encaminadas a la protección de la vida y la integridad humana. El surgimiento del Derecho de Familia no fue sino una necesaria consecuencia de proteger a los miembros más vulnerables del núcleo familiar contra situaciones que pudiesen poner en peligro su integridad.

Las diversas instituciones del Derecho de Familia tienen como objetivo establecer el marco de acción referente a los derechos y deberes de los padres sobre sus hijos. Una de las instituciones primordiales del Derecho de Familia es la patria potestad, la cual es una institución jurídica que, a breves rasgos, se la puede definir como la institucionalización jurídica del deber moral y humano de los padres de garantizar el ejercicio de los derechos genéricos y específicos de sus hijos, “es decir, de aquellos derechos que tienen su origen en su condición de personas y de los otros, que están directamente relacionados al desarrollo oportuno e irreversible de su máximo potencial humano” (Barletta, 2018).

Ahora bien, desde la perspectiva del idealismo jurídico, la institución de la patria potestad ha estado encaminada a desarrollarse de manera conjunta entre ambos progenitores en un hogar en el que vivan juntos, en miras al aseguramiento de la calidad de vida y el correcto desarrollo psicosocial del o los hijos. Sin embargo, las inherentes vicisitudes de la vida matrimonial han exigido que dentro del desarrollo legislativo del Derecho de Familia se incluyan figuras que aseguren el interés superior del niño o niña, independientemente de las situaciones anómalas en el marco de convivencia parental que bajo ninguna circunstancia pueden involucrar a los hijos o afectar el ejercicio ininterrumpido de sus derechos.

En consecuencia, la figura de la tenencia se erige como uno de los atributos asociados a la patria potestad para la determinación de a qué padre le corresponderá convivencia física con el hijo o hija cuando los progenitores ya no deseen o puedan convivir juntos en un mismo hogar.

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

La principal diferencia entre patria potestad y tenencia, además de la evidente presencia física y tangible de los hijos, es la mediatez en el cuidado y la toma de decisiones del progenitor que tiene a cargo la tenencia respecto del que no lo hace; así, el progenitor que convive con el hijo o hija “deberá tomar las decisiones inmediatas y no trascendentales de la vida diaria del niño, referentes a la disciplina, actividades escolares, visita a los amigos, etcétera” (Fernández, 2014).

La figura de la tenencia, además, permite que la patria potestad de los hijos se mantenga entre ambos progenitores, aunque el niño o niña permanezca físicamente con uno de ellos, produciéndose así una ficción jurídica en la que el progenitor que no tiene consigo la tenencia de los hijos pueda y deba “estar presente” en las decisiones trascendentales de los menores. Es por ello que la doctrina ha intentado transformar el antiguo paradigma de la tenencia en donde se consideraba a la tenencia como una suerte de “derecho de exclusividad” de los hijos, como si de bienes patrimoniales se tratase, para instaurar y reforzar la figura de la coparentalidad, que “refiere a la presencia de ambos padres, que aun viviendo separados, son partícipes y responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos” (Barletta, 2018).

Características de la tenencia

La doctrina ha señalado diversos caracteres que rodean a la figura jurídica de la tenencia. En primer lugar, la tenencia se considera un derecho personalísimo, o también denominado “Intuito Personae”, de manera que únicamente pueden ostentarlo y petitionarlo jurídicamente los titulares del mismo, siendo estos el padre o la madre. En consecuencia, la tenencia no podrá ser reclamada judicialmente por tíos, hermanos u otras personas que no ostenten la calidad de progenitor. Asimismo, el ejercicio de la tenencia se podrá realizar únicamente sobre la persona del hijo o hija. En segundo lugar, la tenencia se caracteriza por ser un derecho restringido, por lo que únicamente se podrá ejercer respecto de los hijos que aún no han cumplido la mayoría de edad. La legislación

considera que los hijos menores de edad, por su condición legal de incapacidad, necesitan el cuidado de al menos uno de los progenitores.

Luego, en su tercera característica la tenencia se determina por ser un derecho divisible, por lo que los padres de consuno podrán determinar el tiempo que el hijo o hija compartirá con ambos padres, propendiendo así al rompimiento del antiguo paradigma de la exclusividad abordado previamente. El cuarto carácter de la tenencia se refiere a la condicionalidad, pues la conducta del progenitor que ostenta la tenencia determinará si continúa con la misma o si la pierde. En consecuencia, la tenencia no es un derecho inamovible ni absoluto.

La tenencia además tiene el carácter de ser provisional. Aunada a la característica anterior, la administración de justicia puede ordenar un cambio inmediato del régimen de tenencia en miras a la protección del interés superior del hijo o hija; en consecuencia, el establecimiento judicial de la tenencia nunca es definitivo, y puede ser cambiado en cualquier momento para que se transfiera al otro progenitor.

Finalmente, la tenencia tiene el característico de ser gratuita, pues resultaría categóricamente inadmisibles desnaturalizar la figura para que su objeto sea el lucro patrimonial. Tampoco se puede hablar de negociaciones, intercambios o dádivas para “comerciar” la tenencia del hijo o hija en favor de uno de los progenitores (Cabrera Vélez, 2008).

Clases de Tenencia

La doctrina categoriza a la tenencia en dos subdivisiones: tenencia uniparental y tenencia pluriparental. La tenencia uniparental es la modalidad por defecto de la tenencia y la que actualmente se encuentra consagrada en el Código de la Niñez y Adolescencia cuando el artículo 118 usa la expresión “a uno de los progenitores”. El jurista Julio López de Carril (1999) se refiere al concepto de esta figura (denominada “tuición” en la legislación argentina) cuando expresa lo siguiente:

(...) tuición monoparental, es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el juez respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La tuición, es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad (López de Carril, 1999).

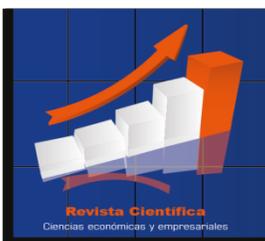
El criterio primigenio en la elaboración e institucionalización de la tenencia por parte de un solo progenitor, fue el de asegurar que el hijo o hija esté en manos del progenitor que se encuentre más apto para el cuidado; y, además, que los menores no se encuentren en medio de los conflictos de intereses de los padres que pudiesen provocar anomalías psicosociales a corto o largo plazo.

Por otra parte, la doctrina advierte de una nueva clase de tenencia que debe ser incorporada progresivamente en las legislaciones, siendo esta la tenencia pluriparental. Esta clase de tenencia, no reconocida de manera autónoma y expresa en el Código de la Niñez y Adolescencia, propende a atender la grave falla legislativa que presupone la innecesaria presencia prolongada de ambos padres en el desarrollo de los hijos.

La tenencia pluriparental o tenencia compartida es el régimen mediante el cual los padres desempeñan funciones de protección y cuidado por periodos prolongados de tiempo mayores a los establecidos dentro del régimen de visitas. Esta categoría cambia la perspectiva clásica de la tenencia, pues siempre se ha considerado que es el derecho de los padres a vivir con sus hijos, mas no del derecho que tienen los hijos a convivir con sus dos padres.

La tenencia compartida. Evolución histórica

Como se abordó previamente, la tenencia compartida es una figura jurídica de relativa novedad en el marco del Derecho de Familia. La doctrina sitúa al continente europeo como la cuna de la institucionalización primigenia de la figura; siendo Suecia el primer país que incorporaría en su ordenamiento jurídico la figura denominada como “guarda compartida”. Posteriormente, Francia sería el país donde la figura tendría un desarrollo legislativo sólido, aunque paulatino, pues si bien la figura se introdujo en el año 1987, no sería hasta el año 2002 “cuando la ley previó la posibilidad de que el mejor tenga una doble residencia: una con cada uno de sus padres” (Kemelmajer, 2012). Dentro de la misa línea, la legislación alemana ha establecido legal y jurisprudencialmente desde hace varias décadas la continuidad de las obligaciones parentales conjuntas sin ruptura de la patria potestad. En Inglaterra, la Children Act promulgada en 1989 y vigente desde 1991 sostiene de igual forma el ejercicio mancomunado de la patria potestad, pero sin embargo hace una llamativa modificación terminológica pues sustituye la expresión custody (cuya traducción clásica es la guarda o tenencia que se conoce en el Derecho local) por el término residence, de manera que en la legislación inglesa se habla del derecho de residencia. El Derecho holandés, por su parte, cambia



las reglas del juego respecto de la institución clásica de la tenencia, de manera que en dicho país la tenencia compartida es la regla y la tenencia uniparental es excepcional.

Finalmente, es notable traer a colación el caso estadounidense, en donde la denominada joint custody (custodia conjunta por su traducción literal) constituye el régimen de aplicación preferente, siendo considerada por la jurisprudencia como “la mejor solución para el menor y, como regla, corresponde a su efectivo interés; no es obligatoria en todos los estados, pero en la mayor parte, quien se opone, debe demostrar su no conveniencia para el caso concreto” (Kemelmajer, 2012).

Conceptualizaciones

Dentro de la doctrina es posible encontrar varias aproximaciones conceptuales de la tenencia compartida. Aguilar Llanos (2009) escudriña la institución desde lo superficial a lo intrínseco, partiendo desde la concepción semántica del verbo “compartir” cuando expresa lo siguiente:

(...) en lo que se refiere al término compartir, ello significa repartir, dividir una cosa con otro, compartir una cantidad con otra persona, o afín a ello para el tema que nos ocupa, dividir el tiempo de convivencia con el hijo entre ambos padres, como lo dice la Declaración de Langeac (Francia) en 1999, al señalar que cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual período de tiempo con cada padre, y más concretamente, en los casos donde los padres simplemente no logran alcanzar un acuerdo directamente o a través de la mediación, los jueces tomarán las decisiones por ellos. Esto no implicará que las autoridades tengan el derecho para decidir respecto al tiempo que los niños permanezcan con cada uno de los padres, sino con el modo en que se distribuya el tiempo entre ellos, bajo la regla del 50% y 50% (Aguilar Llanos, 2009).

Sin embargo, el autor citado advierte que no se debe considerar a la tenencia compartida desde el carácter reduccionista de repartir la convivencia física, sino que además la tenencia compartida implica dividir con corresponsabilidad los deberes inherentes a la patria potestad en favor del mejor interés de los hijos.

Quien ejerce la tenencia, no sólo goza del derecho de vivir con el hijo, sino que también ejerce los demás atributos que confiere la patria potestad, tales como dirigir su proceso educativo (generalmente, viene a ser el representante legal del menor en el centro de estudios), guía sus relaciones con terceras personas, gobierna incluso sus comunicaciones, en la mayoría de los casos viene a ser el único representante legal, pues el hecho de tenerlo en su compañía permite ello, los corrige moderadamente, aprovecha de los servicios de sus hijos, en cuanto ello no atente contra la salud, ni su proceso educativo, administra los bienes del menor (en el caso de que los tuviera) (Aguilar Llanos, 2009).

Ahora bien, como concepto propiamente dicho, una de las aproximaciones más completas de la tenencia compartida es aquella aportada por Aida Kemelmajer (2012), quien se refiere a la figura de la siguiente forma:

La guarda compartida se visualiza como un derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria; un derecho al que “no se puede ni debe renunciar, que nace de la familia y no del matrimonio, lo que supone que, tras la crisis, los derechos y responsabilidades de cada uno continúan siendo iguales a los que se tenían con anterioridad”. (...) este derecho -de hijos y progenitores- está presidido por un principio rector; el interés superior del niño, traducido en el del favor filii. Desde esta perspectiva, la guarda compartida busca que el hijo conserve su relación con ambos padres en el mayor grado posible, y, consecuentemente, sufra a ruptura de sus progenitores en el menor grado posible (Kemelmajer, 2012).

Legislación comparada

Para efectos de la presente investigación, se tomarán en cuenta los ordenamientos jurídicos de España, Brasil y Perú.

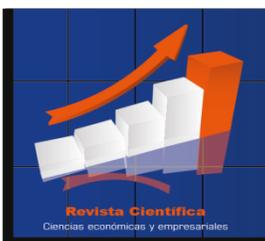
Legislación Española

La legislación española no determina dentro de su catálogo normativo un concepto de tenencia compartida como tal, siendo la jurisprudencia la que ha determinado el siguiente criterio:

(...) es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de disfrutar de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de desacuerdos que puedan surgir en el futuro (Kemelmajer, 2012).

En España, la tenencia compartida recae en una decisión enteramente judicial fundada en el interés superior del menor, en la que se deben tomar en cuenta pautas determinadas por la misma jurisprudencia, entre las que se encuentran:

a) la aptitud de los padres para asumir de forma adecuada la alternancia en la guarda y la implicación de ambos progenitores en las tareas del hogar. (...). b) antecedentes o situación previa, en el sentido de si existía un cuidado compartido de los hijos con anterioridad al cese de la convivencia, y la fluidez en la comunicación entre los progenitores. (...). c) Situación patrimonial y económica de la familia. (...) d) Disponibilidad de dos viviendas en un lugar adecuado, que no estén muy distantes entre sí, de modo tal que la posibilidad efectiva de cambio de los hijos de vivienda sea real y efectiva. (...) e) Edad de los menores y situación



escolar, de salud y de relación con amigos y familiares. (...) f) Unidad en el régimen de hábitos, horarios y organización entre ambos progenitores, o cuando menos una gran semejanza. (...) g) Evitar un cambio en el entorno social, familiar y educativo del menor (Kemelmajer, 2012).

Legislación Brasileña

Contrario a lo que sucede en el país ibérico, el catálogo legal de Brasil proporciona un concepto normativo de tenencia compartida (denominado guarda compartida en aquel país) que hace referencia a la “responsabilización conjunta del ejercicio de los derechos y deberes del padre y la madre que no viven bajo el mismo techo concerniente al poder familiar de los hijos comunes” (Kemelmajer, 2012).

El ordenamiento jurídico brasileño prioriza el acuerdo de los padres sobre la decisión respecto de la tenencia, teniendo como excepción a la regla el régimen de guarda compartida. Ahora bien, el régimen de tenencia compartida no opera por antonomasia ante el simple hecho de no existir acuerdo parental, pues la legislación brasileña emplea la expresión “siempre que sea posible”, con lo cual es posible inferir que pueden suscitarse en la práctica diversas circunstancias que pueden imposibilitar la tenencia compartida y que deben ser tomadas en cuenta; por ejemplo, al existir indicios fundados de violencia doméstica. Además, la ley brasileña prevé la posibilidad judicial de determinar esta modalidad de tenencia, aunque no haya existido solicitud expresa de los progenitores (Kemelmajer, 2012).

Legislación peruana

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, el Código de los Niños y Adolescentes de aquel país señala en su artículo 78 señala como atributo inherente a la patria potestad el tener a los hijos en su compañía. Ahora bien, en 2008 se promulgó la Ley 29269 que ha permitido ampliar los caracteres de la tenencia. Por un lado, la mencionada ley reformativa introdujo la potestad jurisdiccional de disponer la tenencia compartida.

El artículo 81 (...) ha sido modificado por la Ley 29269 para incorporar el concepto de la tenencia compartida en casos de padres desavenidos que ya no viven juntos, pues bien, este artículo se pone en el caso de los padres que están separados de hecho, entonces la tenencia se determinará de común acuerdo entre ellos tomando el parecer del hijo y de no existir acuerdo, que es lo más corriente, entonces el juez decidirá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que

le sea favorable. b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre y e) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescente debe señalarse un régimen de visitas (Aguilar Llanos, 2009).

De acuerdo al reformado artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú, como regla general los progenitores deberán acordar de consuno el tema de la tenencia, teniendo siempre en cuenta la opinión de los hijos; y, como excepción, deberá ser resuelto por el juez anteponiendo el interés superior del hijo o hija. De este modo, en Perú prima la comunicación y la sana crítica por sobre reglas taxativas predeterminadas. Por otra parte, se determinó la capacidad del juez para otorgar la custodia al progenitor que mejor garantice el derecho del hijo o hija para continuar el contacto con el otro progenitor.

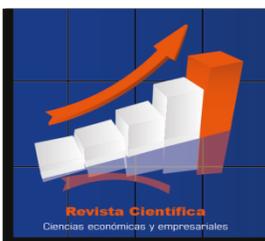
Trabajando sobre el término tenencia, diremos que el Código de los Niños y Adolescentes equipara la tenencia a la custodia; sobre el particular, por ejemplo en el artículo 84, modificado por la Ley 29269, se alcanza a leer lo siguiente «... el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor»>>, sin embargo creemos que ello es un error, pues la tenencia es el atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos. Ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (custodia, acción de custodiar o vigilar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre los términos tenencia y custodia como si fueran sinónimos, en tanto que, como ya quedó claro, la tenencia es un derecho, y la custodia es un deber (Aguilar Llanos, 2009).

La doctrina es enfática al momento de criticar la vigencia de terminología obsoleta y no acorde a las nuevas realidades sociales en la legislación de Perú, hecho que concuerda con el interés de nuestro país de actualizar los caracteres que rodean a la tenencia. Es posible inferir que esta errónea asimilación sinónima de términos se deba a un error de traducción respecto del Derecho anglosajón, en donde se emplea el término custody para referirse a la tenencia.

La tenencia compartida en el bloque de constitucionalidad

Tenencia compartida en el sistema internacional

Tanto la legislación como la jurisprudencia internacional señalan de manera unívoca al principio de interés superior del niño como la piedra angular de la rama jurídica de Familia y Niñez sobre la



que se deben erigir la producción legislativa local y las sentencias sobre la materia. En miras a que este principio supere el status de concepto jurídico indeterminado y abstracto, la jurisprudencia internacional ha señalado criterios para su aplicación.

Específicamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha determinado respecto a los casos *Bulacio versus Argentina* del año 2003, y *González y otras versus México* de 2009, el siguiente concepto de interés superior del niño:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha interpretado como un principio que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” y que su prevalencia “debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad” (Zaidán Albuja, 2016).

Asimismo, la CIDH dentro de la Opinión Consultiva OC-17/2002 enfatiza la necesidad de convivencia mutua de los padres con sus hijos; señalando que:

(...) aun cuando los padres estén separados de sus hijos, la convivencia familiar debe estar garantizada. El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal (Fernández Espinoza, 2017).

Es pertinente además hacer referencia al Informe sobre el Derecho del niño y niña a la familia expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2013, la cual señala lo siguiente:

(...) en el ámbito internacional de los derechos humanos, existe el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia, y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición de esta. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados (Fernández Espinoza, 2017).

Ahora bien, en cuanto a instrumentos internacionales propiamente dichos, es pertinente, en primer lugar, hacer referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que en su artículo 9 menciona lo siguiente:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (UNICEF COMITÉ ESPAÑOL, 2006).

El instrumento previamente señalado es concordante con el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. (...). 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (Organización de los Estados Americanos, 1969).

La tenencia compartida en el ordenamiento jurídico nacional

La Constitución del 2008 tuvo como una de sus intenciones primordiales actualizar instituciones y figuras obsoletas que suponía el ordenamiento jurídico vigente de aquel entonces; consecuencia de ello, se produjo una reformulación integral de normativas como la penal y la procesal. Existen varios mandatos constitucionales que instan a adecuar el marco de actuación y subsecuentes reformas de la legislación supeditada a la Carta Magna. En primer lugar, el artículo 44 de la Constitución obedece al marco de Derecho Internacional respecto a la aplicación directa en inmediata del principio de interés superior del niño cuando menciona:

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 al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás

personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

El tema de la tenencia es inherentemente lesivo para los hijos, pues en la gran mayoría de los casos la separación de los padres se suscita en ambientes eminentemente conflictivos, por ello la aplicación del interés superior del niño al momento de legislar y al emitir resoluciones judiciales es crucial, pues se debe ponderar el derecho de los hijos a tener una familia estable y convivir en ella, por sobre intereses personales de los progenitores muchas veces motivados por apasionamientos ajenos a intereses jurídicos legítimos. De esta forma, el artículo 45 de la Constitución determina de manera categórica el derecho de niños y adolescentes a la convivencia familiar cuando enuncia:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Finalmente, dentro del apartado de constitucionalidad es pertinente revisar los numerales 1 y 5 del artículo 69, así como del numeral 16 del artículo 83, en donde se determina el mandato expreso e inequívoco de la corresponsabilidad parental en igualdad de condiciones.

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...) 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. (...)

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a

las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Respecto a la normativa infraconstitucional, específicamente al Código de la Niñez y Adolescencia, si bien desde el 2008 han existido una serie de reformas a artículos puntuales, este cuerpo normativo aún presenta instituciones que desde su introducción en el año 2003 no se han adaptado a las nuevas corrientes, siendo una de ellas la figura de la tenencia.

El Código de la Niñez y Adolescencia no establece dentro de su texto la figura de tenencia compartida de forma expresa. El artículo 118 se refiere únicamente al cuidado y crianza de uno de sus progenitores en caso de separación paterna. Este criterio de cuidado unipersonal responde al caduco criterio que tuvieron los legisladores hace 17 años según el cual uno de los dos progenitores debe encargarse del cuidado de los hijos, mientras que el otro debe proveer de sustento al hogar. Esta corriente de pensamiento, que “en papel” funciona en casos sumamente excepcionales de pobreza extrema o cuidados especiales del hijo o hija, resultaría incluso justificable de no ser por un asunto claramente sesgado que tuvo el legislador de aquel entonces: la vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

Por motivo de que el artículo 118 realiza una remisión normativa al artículo 106 que se refiere a confiar la tenencia a la madre ante la falta de acuerdo; es evidente que el legislador se ha decantado hacia la corriente conservadora de los roles mal llamados “clásicos” del padre y de la madre, que, aunque difuminados, lamentablemente aún persisten al día de hoy.

Las consecuencias del sistema actual en el Ecuador, es la que permite ver al padre o madre que no tiene la custodia del niño (a), se le catalogue como un simple proveedor de recursos monetarios y materiales, dejando a un lado la parte afectiva y el apoyo que ambos necesitan para complementar el desarrollo y crecimiento personal y poder sobrellevar los efectos de la ruptura familiar. Al producirse la separación marital o conyugal, actualmente se crea un proceso de desigualdad en cuanto al cuidado del niño (a) donde en primera instancia los hijos se quedan bajo la custodia unipersonal de la madre, y el padre no custodio le espera un obligado alejamiento, causando un desapego emocional forzoso (Vistin-Castillo, 2019).

En suma, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé el acuerdo de los padres respecto a la tenencia, y la preferencia de la madre en caso de no haber dicho acuerdo. La declaratoria judicial de tenencia compartida es inexistente en el Ecuador, y el padre únicamente podrá reclamar la

tenencia del hijo vía demanda con pruebas de que la madre no es idónea para el cuidado y protección del o los hijos.

El interés superior del niño

La doctrina procede a conceptualizar este principio de la siguiente forma:

(...)el interés superior del niño, se concibe como el derecho a vivir, desarrollarse, crear su propia dignidad humana en el entorno familiar, siempre y cuando existan las condiciones y es considerado primordial frente a otros intereses antagónicos, por lo que resulta lógico que los derechos de los niños en virtud de ser precautelados van a sobresalir ante otros derechos que pudieran estar en litigio, a fin de que el niño, niña o adolescente no sufra daño, incluso por encima de los derechos que pudieran tener los mismos padres. De esta forma al precautelar el interés del menor, se garantiza que su desarrollo integral, físico y psicológico, no se afecte y pueda desempeñar una vida digna y plena dentro de la sociedad (Espinosa Encarnación, Pucha Peláez, & Ramón Merchán, 2020).

El Código de la Niñez y Adolescencia se refiere al principio de interés superior del niño cuando enuncia lo siguiente:

El interés superior del niño 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 (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2003).

Este principio, de aplicación directa e inmediata y reconocido por la normativa de Derecho Internacional, no fue sino la consecuencia de volcar el concepto obsoleto de considerar a los hijos como una suerte de “propiedad” dentro del patrimonio de los padres; o, en otras palabras, existió un clamor mundial de que los niños, niñas y adolescentes pasen de ser objeto a sujetos de derecho, más aún cuando se toma en cuenta su situación especial de vulnerabilidad.

Trasladando este principio a la temática en cuestión, resulta imperante para los juzgadores tomar en cuenta la situación actual y real en la que se encuentran los hijos a la hora de determinar la tenencia. La doctrina advierte y recalca el cambio de paradigma respecto de quién o quiénes son los verdaderos beneficiarios de la tenencia, pues usualmente se suele considerar a esta figura como un derecho de los padres, cuando en realidad es un derecho de padres e hijos por igual.

En relación a la problemática expuesta surgen varias interrogantes, ¿están capacitados los administradores de justicia (jueces) para tomar este tipo de decisiones sobre los menores?,

¿están precautelando o no el interés superior?; En la búsqueda de respuestas a las mismas no encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño, ni en el CONA, el establecimiento de procedimientos claros a la hora de aplicar este principio, dejando todo a la interpretación valorativa del magistrado encargado de impartir justicia; ¿será correcto que ante la igualdad de características entre los progenitores para el cuidado del menor, se prefiera otorgar la custodia a la madre?. Estellés (2017), manifiesta que “el interés de los padres no es superior al del niño cuando entran en conflicto” (p.7), por lo tanto, ante igualdad de condiciones la custodia compartida es la forma idónea para precautelar al menor y tratar que la relación parento filial se mantenga con ambos progenitores (Espinosa Encarnación, Pucha Peláez, & Ramón Merchán, 2020).

Viabilidad de su incorporación jurídica

Como fue posible notar en líneas anteriores, la normativa infraconstitucional del Código de la Niñez y Adolescencia no es armónica con los mandatos constitucionales de preminencia del interés superior del niño (art. 44), derecho de los hijos a la convivencia familiar (art. 45) y promoción de la corresponsabilidad parental (arts. 69 y 83), puesto que se prefiere la tenencia de la madre por disposición legal expresa.

El panorama del reconocimiento expreso de la custodia compartida resulta desalentador cuando la misma Corte Constitucional ha emitido jurisprudencia vinculante que ratifica el criterio materno-centrista del Código de Niñez y Adolescencia:

(...) la Sentencia de la Corte Constitucional No. 21-11-SEP-CC emitida el 01 de septiembre de 2011, señaló que entre las posibilidades de tenencia se encuentra la co-custodia establecida en el Art. 106 número 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que requiere acuerdo entre las partes, el mismo que al no existir, dio lugar a la aplicación del numeral 2 del mismo artículo que establece claramente la preferencia de la madre para el cuidado de sus hijos hasta que estos tengan 12 años de edad, excepto si resultara inconveniente para el interés superior del niño, niña o adolescente. Esta sentencia dejó sin efecto la tenencia otorgada al padre ya que él no demostró que la progenitora se encontraba inhabilitada para ejercerla (páginas 11, 16 y 17). En este mismo sentido en la Sentencia No. 64-15-SEP-CC de 11 de marzo de 2015 ratificó la prioridad de la madre en la tenencia de sus hijos en caso de separación o divorcio independientemente de su situación laboral que le obligaba a viajar permanentemente al exterior, ya que el vínculo afectivo y emocional con sus hijos siempre estuvo presente (páginas 30 y 31) (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018).

Los detractores de la institucionalización expresa de la custodia compartida en el Ecuador arguyen, entre otras cuestiones, que la figura ya existe de manera implícita dentro del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia y que implementar la opción jurisdiccional de decidir la tenencia

compartida implicaría dejar en manos del juzgador, quien es ajeno a la situación real de convivencia del hogar, una cuestión tan delicada como la tenencia. Sin embargo, la producción científica jurídica desmiente esta supuesta incapacidad judicial bajo la premisa de que el dictamen judicial de custodia compartida no solo favorece objetivamente al menos, sino que además puede (y debe) estar acompañado de terapias y procedimientos sociológicos y psicológicos que de otra manera pudiesen no ser administrados a los hijos por la voluntad propia del progenitor sobre el que recaiga la tenencia:

(...) los que se sienten afectados por la falta de aplicabilidad de la custodia compartida, hacen énfasis en el numeral cuarto, del artículo 106 del CONA, por lo que se exige que sea el administrador de justicia, quien tome la decisión de compartir custodia cuando existan igualdad de condiciones entre los progenitores, tal como se realiza en el vecino país Perú, considerando que esta es la mejor manera de proteger al menor. Lo cierto es que, para evitar que el menor se sienta afectado con el proceso de separación de sus padres, es importante que exista un acuerdo entre ambos progenitores en compartir la custodia, con la finalidad de velar por el bienestar de sus hijos e hijas. Claro que habrá casos en los que será imposible llegar a un acuerdo, por lo que el juzgador debería otorgar la custodia compartida, acompañada de terapias psicológicas que permitan cautelar posibles daños psicológicos en el niño o niña, como podría ser el SAP (Espinosa Encarnación, Pucha Peláez, & Ramón Merchán, 2020).

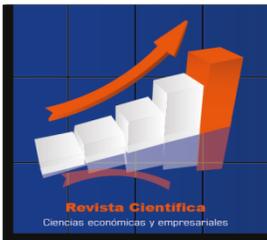
Por otra parte, es posible observar que grupos asociados al feminismo ven a la figura de la custodia compartida como una suerte de “victoria masculina” en favor del padre y el subsecuente perjuicio de la madre; cuando en realidad, el involucramiento directo en la crianza del hijo por parte del padre supone la ruptura del paradigma obsoleto de los roles de género conservadores clásicos. Al respecto la jueza Teresa Puchol (2019) pronuncia lo siguiente:

(...) entiendo que el verdadero beneficiado de la custodia compartida no es el varón, ni la perjudicada es la mujer. La finalidad de todo régimen de custodia es el beneficio del menor. Y cuando se acuerda el de custodia compartida se hace partiendo de la base que todos los implicados en la relación familiar salen beneficiados, porque la guarda y custodia no es un premio que deba alcanzarse y que se lleva el mejor padre, aquel que ha salido airoso del duelo de titanes en el que muchas veces convierten la sede del juzgado. La guarda y custodia de los hijos es un deber, una responsabilidad inherente a la procreación y solo debería ceder cuando las aptitudes o posibilidades de alguno de los progenitores lo impida, en caso contrario es lógico que ambos sostengan y mantengan dicha responsabilidad para con sus hijos (Puchol, 2019).

En consecuencia, la custodia compartida es una institución concordante con los Tratados Internacionales, los mandatos constitucionales, principios y valores. No solo resulta viable dentro del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, sino que además obedece a la exigencia antropológica humana de convivencia familiar concomitante con el desarrollo físico y psicológico de los hijos que afortunadamente ha mutado como norma legal en distintas legislaciones del mundo.

Método

De acuerdo con el estudio adoptado para este trabajo de investigación académica, la metodología fue desarrollándose desde el enfoque mixto: que implica un conjunto de procesos de recolección, análisis y vinculación de datos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio o una serie de investigaciones para responder a un planteamiento del problema, (Hernández Sampieri, 2014) utilizando la estadística descriptiva, la misma se centra en el conocimiento y exploración de los datos que están a disposición del investigador, (Baelo Álvarez & Haz Gómez, 2019, pág. 59), complementándose por un diseño documental – bibliográfico, debido a la recolección de datos extraídos de diversos textos, enfocado en el contenido escrito. El método abordado fue el analítico relacionado con el sistema lógico, enfocándose en el estudio de aspectos particulares, escrutados en el análisis de contenido desarrollado en los manuscritos (Bernal Torres, 2006), así lo Analítico – sintético, consistió en la desmembración o descomposición del todo, es un proceso que permite separar o dividir el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen. (Rojas Soriano, 2012, pág. 151). La síntesis, por el contrario, es el proceso que permite la integración para obtener una comprensión general. (Villabella Armengol, 2014, pág. 936). Para este trabajo de investigación se ha utilizado el método inductivo deductivo. Por cuanto al método inductivo permite partir de aspectos, condiciones, análisis o resultados particulares para llegar a generalizaciones, es decir, de lo particular a lo general, por el contrario, el método deductivo parte de aspectos, condiciones, análisis o resultados generales para aplicarlos a situaciones particulares. (Salinas, 2013). Dentro de esta investigación también se aplicaron el método histórico, a través del cual es posible indagar en los antecedentes de determinado fenómeno para lograr su comprensión mismo se combina con el comparativo, creando el método histórico comparativo, mismo que permite esclarecer fenómenos culturales, estableciendo semejanzas y parentesco de su origen común. (Morán Delgado &



Alvarado Cervantes, 2012, pág. 12). La consideración en la aplicación de los métodos mencionados permitió analizar teorías, leyes, bibliografía y el impacto en la sociedad, generando mediante el análisis documental jurídico, extrayendo aspectos necesarios en el campo del derecho constitucional (Erazo-Álvarez & Narváez-Zurita, 2020).

Universo de estudio y tratamiento muestral

Se utilizó el muestreo por conveniencia que es una técnica de muestreo no probabilístico y aleatorio que está formado por los casos disponibles a los cuales se tiene acceso y la disponibilidad de las personas de formar parte de la investigación, en este caso fueron consultadas 50 personas, dirigido a profesionales del derecho y público en general, conocedores sobre la Viabilidad de la tenencia compartida conforme el Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano.

Tratamiento estadístico de la información

Se obtuvieron datos mediante cuestionarios y a través de los formularios realizados por Google (<https://docs.google.com/forms>), estos fueron procesados en tablas de datos que recopilan las respuestas de las personas involucradas en la investigación, y se tabulan los resultados más importantes en el programa Microsoft Excel versión 2019.

Resultados

A continuación se presenta la tabla y figura 1 con los resultados obtenidos; clasificados conforme las preguntas planteadas a los profesionales del derecho y público en general, así como el número de respuestas obtenidas según la opción afirmativa o negativa.

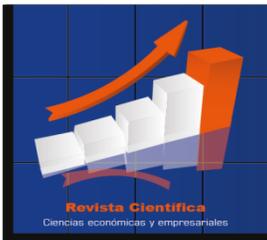
Tabla 1 Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano

VARIABLE	PREGUNTA	NO	SI
	1.- ¿Cree usted que en la actualidad; tanto padre como madre gozan de los mismos derechos con respecto a la crianza y cuidado de los hijos, luego de una separación?	31	19

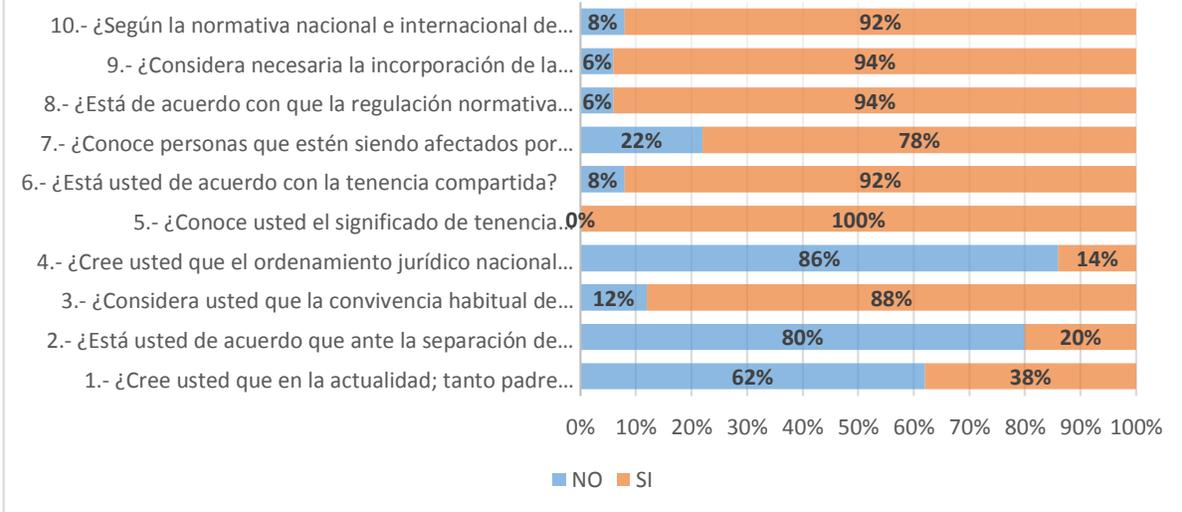
	2.- ¿Está usted de acuerdo que ante la separación de los padres, la tenencia de los hijos pertenezca de forma permanente y exclusiva en la madre?	40	10
	3.- ¿Considera usted que la convivencia habitual de los hijos atribuida en iguales condiciones a padre y madre garantizan de mejor manera el desarrollo integral del menor?	6	44
Viabilidad de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.	4.- ¿Cree usted que el ordenamiento jurídico nacional vigente, garantiza plenamente el principio de corresponsabilidad parental?	43	7
	5.- ¿Conoce usted el significado de tenencia compartida?	50	0
	6.- ¿Está usted de acuerdo con la tenencia compartida?	4	46
	7.- ¿Conoce personas que estén siendo afectados por la ausente regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?	11	39
	8.- ¿Está de acuerdo con que la regulación normativa de la tenencia compartida presentaría un panorama más favorable para quienes se ven afectados?	3	47
	9.- ¿Considera necesaria la incorporación de la tenencia compartida en la legislación nacional?	3	47
	10.- ¿Según la normativa nacional e internacional de la que es suscriptor el estado ecuatoriano, considera que es viable jurídicamente su incorporación?	4	46

Elaborado por: El investigador Christian Paul Murillo Céleri

Figura 1



RESULTADOS



Elaborado por: El autor

De los datos tabulados en la figura que nos antecede podemos evidenciar la inconformidad que existe en el colectivo con respecto al régimen de tenencia actual, pues como se puede observar el 62% de los encuestados considera que en la práctica padre y madre no gozan de los mismos derechos y un 80% está en desacuerdo con la tenencia permanente y exclusiva por parte de la madre. A su vez en el aspecto jurídico un 80% de los consultados considera que la normativa vigente no es suficiente para garantizar el ejercicio pleno del principio de corresponsabilidad parental. A más de que el 100% por ciento del colectivo conoce el significado de la tenencia compartida, se puede inferir que la ausente regulación con respecto a la tenencia compartida representa una serie de problemáticas en el contexto nacional, pues el 78% afirma conocer al menos una persona que esté siendo afectada por la ausencia de dicha figura.

Por otro lado, se puede demostrar el mayoritario apoyo que tiene la inclusión de la tenencia compartida en nuestro ordenamiento jurídico vigente, pues un abrumador 92% está de acuerdo con esta figura, un 88% considera que la convivencia habitual con ambos progenitores garantiza de mejor manera el desarrollo de los menores, el 94% de los investigados considera que la inclusión de este tipo de tenencia en el ordenamiento nacional presenta un panorama más favorable para quienes se ven afectados. Para finalmente concluir con un 94% y 92% respectivamente, que

confirma necesaria y viable la incorporación de la tenencia compartida conforme el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

Propuesta

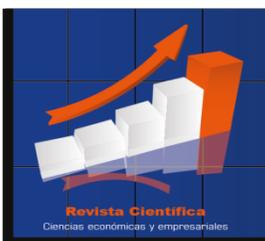
Se propone reformar el Código de la Niñez y Adolescencia de manera que se instituya de manera expresa la figura de tenencia compartida. Para el efecto, la reforma deberá incluir el concepto legal de tenencia compartida y reglas propias de aplicación, en miras a que la figura tenga un régimen diferenciado al de la patria potestad.

Debe mantenerse como regla general el acuerdo de los progenitores en la determinación de la tenencia; sin embargo, se propone introducir la posibilidad de que el juez fije la tenencia compartida a falta de dicho acuerdo cuando resulte más favorable al interés superior del niño o niña. Asimismo, la resolución judicial que determine aspectos como los períodos y lugares de residencia, deberá además ordenar un seguimiento psicológico para determinar que efectivamente la tenencia compartida resulta más adecuada que un régimen uniparental, pues de determinarse que la convivencia en uno de los dos hogares (o incluso en ambos) resulta perjudicial, deberá modificarse la tenencia de manera inmediata.

A la fecha, el Título referente a la tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia no contempla la figura de tenencia compartida, disponiendo únicamente la tenencia uniparental y la remisión al art. 106 para los requisitos de aplicación de la figura, pudiéndose inferir que la norma considera a la patria potestad y la tenencia como figuras prácticamente análogas. La propuesta de reforma es la siguiente:

Exposición de Motivos

A pesar de que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ha recibido diversas reformas desde su creación en el año 2003, aún no ha logrado ajustarse por completo a la nueva corriente neoconstitucionalista enfocada a la ponderación de derechos humanos de la Constitución del 2008. Los artículos 44, 45 y 69 de la Constitución reconocen de manera expresa la aplicación directa e inmediata del interés superior del niño, el deber jurídico de la coparentalidad y el derecho de los niños a la convivencia familiar; sin embargo, la regulación jurídica de la tenencia en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia resulta limitada y discordante con los mandatos constitucionales, puesto que el artículo 118 y siguientes determinan únicamente la tenencia



uniparental, lo cual no solo implica una carga desigual de asignaciones parentales de alimentación, cuidado y estudio; sino además, implica afectar el derecho del niño a convivir con sus dos progenitores, cuestión trascendental para su crianza adecuada y prevención de patologías comportamentales y trastornos psicológicos.

Dentro de legislaciones como las de Perú y España, que contemplan la figura de tenencia compartida, se ha podido evidenciar su aplicación permite a los hijos afrontar de mejor manera la separación de los padres, ya que permite acortar la brecha afectiva inherente a la tenencia uniparental en donde el régimen de visitas resulta insuficiente para considerarse una verdadera convivencia, y prácticamente implica para los hijos criarse sin uno de sus padres.

Asimismo, la remisión normativa del art. 118 vigente del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que asimila la procedibilidad de la tenencia y la patria potestad, permite inferir que el legislador no le otorgó la seriedad debida al momento de legislar sobre la tenencia; y siendo un aspecto de tal trascendencia en el futuro de los hijos, resulta imperante establecer una regulación independiente y pormenorizada.

En definitiva, resulta imperante modificar la regulación jurídica de la tenencia en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, introduciendo y conceptualizando la tenencia compartida y la posibilidad de que el juez pueda disponerla de forma preferente frente a otros regímenes.

Considerandos

Que, el artículo 1 de la Constitución determina que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, en donde se garantizan los derechos humanos de las personas.

Que, el artículo 44 de la Constitución señala a los niños, niñas y adolescentes como grupos de atención prioritaria, y sus derechos deberán ser atendidos de manera preferente en el marco del principio de interés superior del niño.

Que, el artículo 45 de la Constitución señala el derecho de los niños a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar.

Que, el artículo 69 de la Constitución dispone la promoción de la paternidad y material responsables y el deber de corresponsabilidad parental a través de una distribución equitativa de obligaciones como la crianza, el cuidado, la salud y alimentación de los hijos.

En virtud de la atribución otorgada por la Constitución en su artículo 120, numeral 6 se plantea la siguiente:

**LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA
TÍTULO III
DE LA TENENCIA**

Artículo 118.- De la tenencia. - Los padres tendrán derecho a acordar el régimen de tenencia. En caso de no llegar a un acuerdo, el juez determinará la tenencia en atención al interés superior del niño y el desarrollo integral del hijo o hija, prefiriendo la tenencia compartida a menos de que la tenencia uniparental resulte la más adecuada para el caso en concreto.

Artículo 119. – Tenencia compartida. – Es aquella en la que se asigna el cuidado, protección y crianza del hijo o hija a ambos progenitores, delimitando reglas previstas en este Título.

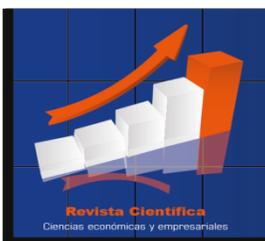
Art. (...). - **Elementos de la tenencia.** - Para precautelar que el cuidado, crianza del hijo o hija se efectúe de manera uniforme y organizada, la resolución judicial que determina la tenencia compartida deberá detallar el período de convivencia con cada progenitor, el lugar de residencia y permisos especiales por fechas importantes.

Art. (...). - **Seguimiento periódico.** - La resolución judicial que determina la tenencia compartida deberá además ordenar las visitas periódicas de trabajadoras sociales y una evaluación psicológica al menos dos veces al año para comprobar la pertinencia sobre la continuidad de este régimen y la necesidad o no de su modificación.

Consideraciones Finales

El cuidado, crianza, provisión y afecto de los padres hacia los hijos pasó de ser exigible moral y socialmente, a ser gozar de exigibilidad jurídica con la institución de la patria potestad. A pesar de que el Derecho de Familia tiene como objetivo primordial la cohesión de la familia, es inevitable que las circunstancias de la vida provoquen ruptura de los lazos afectivos entre los padres, por lo que surge la figura de la tenencia para que el deber moral y legalmente exigible del progenitor no se pierda por la ausencia física y tangible de los hijos.

La tenencia uniparental ha sido la modalidad aplicable por antonomasia desde el momento de la creación de la figura jurídica. Históricamente se la ha interpretado como el derecho de los



progenitores a contar con la presencia de sus hijos; sin embargo, las nuevas corrientes doctrinales apuntan a un cambio de paradigma en que el hijo o hija deja de ser objeto y pasa a ser sujeto mismo de la tenencia.

Los instrumentos de Derecho Internacional apuntan de manera inequívoca a la preminencia del interés superior del niño y el derecho a la convivencia familiar, considerando que separar a los hijos de sus padres debe ser un acto eminentemente excepcional y temporal.

La Constitución de la República determina de manera expresa la aplicación directa e inmediata del interés superior del niño, reconoce la coparentalidad y garantiza el derecho de los niños y niñas a la convivencia familiar. Teniendo en cuenta esto, provoca desconcierto el hecho de que el Código de la Niñez y Adolescencia mantenga desde el año 2003 la preferencia de la madre en cuanto a la tenencia, criterio que claramente obedecía a roles de género que carecen de vigencia actual. Consecuentemente, la tenencia compartida en Ecuador no solo resulta viable a través del filtro de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad; sino además de institucionalización y regulación necesaria.

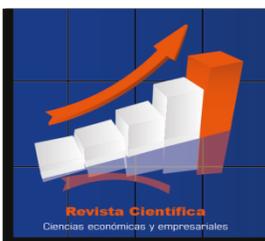
Financiamiento

No monetario.

Referencias

1. Aguilar Llanos, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho y Sociedad*(32), 191-197. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>
2. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.
3. Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). Proyecto de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Quito. Obtenido de https://observatoriolegislativo.ec/media/archivos_leyes/Interpretativa_106.pdf
4. Baelo Álvarez, M., & Haz Gómez, F. (2019). Metodología de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas. Valencia: Tirant Humanidades.

5. Barletta, M. C. (2018). Derecho de la niñez y adolescencia (Primera edición digital ed., Vol. 29). Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP. Obtenido de <https://books.google.com.ec/books?id=EaHNDwAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=true>
6. Bernal Torres, C. (2006). Metodología de la Investigación (Tercera ed.). Bogotá: Pearson. Obtenido de <https://abacoenred.com/wp-content/uploads/2019/02/El-proyecto-de-investigaci%C3%B3n-F.G.-Arias-2012-pdf.pdf>
7. Cabrera Vélez, J. P. (2008). Tenencia: Legislación, Doctrina y Práctica. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
8. Congreso Nacional de la República del Ecuador. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
9. Espinosa Encarnación, M. S., Pucha Peláez, B. G., & Ramón Merchán, M. E. (2020). La custodia compartida un paliativo al síndrome de alienación parental. Revista Conrado, 16(73), 434-441. Obtenido de <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/1324>
10. Fernández Espinoza, W. H. (2017). La alienación parental como causa de variación de la tenencia. Vox Juris, 1(33), 223-240. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6058750.pdf>
11. Fernández, M. S. (2014). Manual de derecho de familia: Constitucionalización y diversidad familiar. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP. Obtenido de https://books.google.com.ec/books/about/Manual_de_derecho_de_familia.html?id=raHNDwAAQBAJ&redir_esc=y
12. Hernández Sampieri, R. (2014). Metodología de la Investigación. La Habana: Félix Varela.
13. Kemelmajer, A. (2012). La Guarda Compartida. Una visión comparativa. Revista de Derecho Privado, edición especial, 231-286.
14. López de Carril, J. (1999). Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
15. Morán Delgado, G., & Alvarado Cervantes, D. (2012). Métodos de Investigación. México: Pearson. Obtenido de <https://mitrabajodegrado.files.wordpress.com/2014/11/moran-y-alvarado-metodos-de-investigacion-1ra.pdf>
16. Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica. Obtenido de



https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

17. Puchol, T. (5 de Marzo de 2019). La custodia compartida: ¿una medida feminista? El Español. Obtenido de https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20190305/custodia-compartida-medida-feminista/380831917_12.html
18. Rojas Soriano, R. (2012). Métodos para la Investigación Social Una Proposición Dialéctica. México D.F.: Plaza y Valdés. Obtenido de <https://raulrojassoriano.com/cuallitlanezi/wp-content/themes/raulrojassoriano/assets/libros/metodos-investigacion-social-rojas-soriano.pdf>
19. Salinas, P. (2013). Metodología de la Investigación Científica. Mérida: Universidad de Los Andes.
20. UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
21. Villabella Armengol, C. (2014). Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana.
22. Vistin-Castillo, E. M. (2019). Ventajas de la custodia compartida en tiempos de desintegración familiar en el Ecuador. Dominio de las Ciencias, 5(2), 512-535. doi: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v5i2.1105>
23. Zaidán Albuja, S. M. (2016). El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa. Quito: UASB. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5048/1/T1942-MPDC-Zaid%C3%A1n-El%20derecho.pdf>

References

1. Aguilar Llanos, B. (2009). Tenure as an Attribute of Parental Authority and Shared Tenure. Law and Society (32), 191-197. Obtained from <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17425>

2. National Constituent Assembly. (2008). Constitution of the Republic of Ecuador. Montecristi: Corporation for Studies and Publications.
3. National Assembly of Ecuador. (2018). Draft Interpretative Organic Law to article 106 of the Organic Code of Children and Adolescents. Quito. Obtained from https://observatoriolegislativo.ec/media/archivos_leyes/Interpretativa_106.pdf
4. Baelo Álvarez, M., & Haz Gómez, F. (2019). Research Methodology in Social and Legal Sciences. Valencia: Tirant Humanities.
5. Barletta, M. C. (2018). Right of the childhood and adolescence (First digital edition ed., Vol. 29). Lima, Peru: Editorial Fund of the PUCP. Retrieved from <https://books.google.com.ec/books?id=EaHNDwAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=true>
6. Bernal Torres, C. (2006). Research Methodology (Third ed.). Bogotá: Pearson. Retrieved from <https://abacoenred.com/wp-content/uploads/2019/02/El-proyecto-de-investigaci%C3%B3n-F.G.-Arias-2012-pdf.pdf>
7. Cabrera Vélez, J. P. (2008). Tenure: Legislation, Doctrine and Practice. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
8. National Congress of the Republic of Ecuador. (2003). Childhood and Adolescence Code. Quito: Corporation for Studies and Publications.
9. Espinosa Encarnación, M. S., Pucha Peláez, B. G., & Ramón Merchán, M. E. (2020). Joint custody a palliative to the parental alienation syndrome. Conrado Magazine, 16 (73), 434-441. Retrieved from <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/1324>
10. Fernández Espinoza, W. H. (2017). Parental alienation as a cause of variation in tenure. Vox Juris, 1 (33), 223-240. Obtained from <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6058750.pdf>
11. Fernández, M. S. (2014). Family Law Manual: Constitutionalization and Family Diversity. Lima, Peru: Editorial Fund of the PUCP. Retrieved from https://books.google.com.ec/books/about/Manual_de_derecho_de_familia.html?id=raHNDwAAQBAJ&redir_esc=y
12. Hernández Sampieri, R. (2014). Investigation methodology. Havana: Félix Varela.
13. Kemelmajer, A. (2012). The Shared Guardian. A comparative view. Private Law Magazine, special edition, 231-286.

14. López de Carril, J. (1999). Family right. Buenos Aires, Argetina: Abeledo-Perrot.
15. Morán Delgado, G., & Alvarado Cervantes, D. (2012). Research Methods. Mexico: Pearson. Obtained from <https://mitrabajodegrado.files.wordpress.com/2014/11/moran-y-alvarado-metodos-de-investigacion-1ra.pdf>
16. Organization of American States. (1969). American Convention on Human Rights (Pact of San José). San Jose Costa Rica. Retrieved from https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
17. Puchol, T. (March 5, 2019). Shared custody: a feminist measure? The Spanish. Retrieved from https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20190305/custodia-compartida-medida-feminista/380831917_12.html
18. Rojas Soriano, R. (2012). Methods for Social Research A Dialectical Proposition. México D.F.: Plaza y Valdés. Retrieved from <https://raulrojassoriano.com/cuallitlanezi/wp-content/themes/raulrojassoriano/assets/libros/metodos-investigacion-social-rojas-soriano.pdf>
19. Salinas, P. (2013). Cientific investigation methodology. Mérida: University of Los Andes.
20. UNICEF SPANISH COMMITTEE. (2006). Children's rights convention. Obtained from <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
21. Villabella Armengol, C. (2014). Scientific research and communication in legal science. Faculty of Legal Sciences, Central American University.
22. Vistin-Castillo, E. M. (2019). Advantages of joint custody in times of family disintegration in Ecuador. Science Mastery, 5 (2), 512-535. doi: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v5i2.1105>
23. Zaidán Albuja, S. M. (2016). The constitutional right to care for children: regulations. Quito: UASB. Obtained from <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5048/1/T1942-MPDC-Zaid%C3%A1n-El%20derecho.pdf>

©2019 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).