



**UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO CARRERA DE
DERECHO**

**Trabajo de Investigación de Artículo Científico previo a la obtención del
título de Abogado/a**

Título:

La tenencia compartida: Una visión desde el derecho a la igualdad y el interés
superior del menor

Autores:

Angie Jael Vinces Nieto

Karla Eloísa Arequipa Cárdenas

Tutor:

Abg. Brenner Fabian Diaz Rodríguez

Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí - República del Ecuador

Octubre 2022 – Marzo 2023

CESIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

KARLA ELOÍSA AREQUIPA CÁRDENAS y ANGIE JAEL VINCES NIETO, declaramos ser las autoras del presente artículo científico, cuyo contenido es auténtico y original que no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En ese sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento y omisión de la información obtenida en el proceso de investigación.

De manera expresa manifestamos ceder derechos de autor y propiedad intelectual del trabajo de investigación: “LA TENENCIA COMPARTIDA: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo.

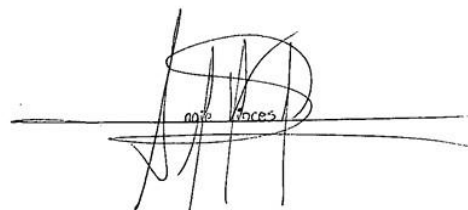
Portoviejo, 23 de enero del 2023



Karla Eloísa Cárdenas Arequipa

C.C.1350081095

Autora



Angie Jael Vincés Nieto

C.C. 1316426129

Autora

La tenencia compartida: Una visión desde el derecho a la igualdad y el interés superior del menor

Shared custody: A vision from the right to equality and the best interest of the child

Autores

-Karla Eloísa Arequipa Cárdenas. <https://orcid.org/0000-0001-8421-2585>
Universidad San Gregorio de Portoviejo
e.kearequipa@sangregorio.edu.ec

-Angie Jael Vinces Nieto. <https://orcid.org/0000-0001-6614-8102>
Universidad San Gregorio de Portoviejo
e.ajvinces@sangregorio.edu.ec

Tutor

Abg. Brenner Fabian Diaz Rodríguez
Docente de la Universidad San Gregorio de Portoviejo
bfdiaz@sangregorio.edu.ec

Resumen

La relevancia del presente trabajo radica en la necesidad de establecer una nueva figura jurídica que garantice el principio de interés superior del menor, en este caso, de acuerdo a la jurisprudencia vinculante que han adoptado varios países la tenencia compartida sería una opción que regularía las relaciones familiares para precautelar el cuidado del niño y formalizar vínculos con ambos progenitores. En la actualidad, la mujer además de encargarse del cuidado del menor se incorpora en el ámbito laboral y el hombre aún se lo considera como proveedor, transgrediendo el derecho a la corresponsabilidad parental establecido en la Constitución, de tal manera, se evidencia que existe la necesidad de identificar que las normas establecidas en el Código orgánico de la niñez y adolescencia contradicen preceptos constitucionales. En suma, al

no reconocer la tenencia compartida en el Estado ecuatoriano, se han vulnerado derechos y principios estipulados en la constitución. Por consiguiente, se aplicó el método cualitativo para analizar lo que ocurre en el Ecuador por parte de los administradores de justicia en cuanto el otorgamiento de tenencias, junto con los métodos inductivo, deductivo, analítico, exegético y comparativo para el análisis de normas, leyes, tratados y jurisprudencia del Estado ecuatoriano.

Palabras clave: Adultocentrismo; Corresponsabilidad parental; Derecho a la igualdad; Interés superior del niño; Tenencia compartida.

Abstract

The relevance of this research work lies in the need to establish a new legal figure that guarantees the principle of the best interests of the child, in this case, according to the binding jurisprudence that several countries have adopted, joint custody would be an option that would regulate family relationships to protect the care of the infant and formalize ties with both parents. At present, the woman, in addition to being in charge of the care of the minor, is incorporated into the workplace and the man is still considered as a provider, violating one of the rights established in the Constitution, which is parental co-responsibility, in such a way, it is evident that there is a need to identify that the norms established in the Organic Code of Childhood and Adolescence contradict constitutional precepts. In short, despite having been reformed in the regulations, a legal figure that guarantees shared ownership in the Ecuadorian State has not been contemplated, which continues to cause the violation of rights and principles established in the Constitution. In the present project, the qualitative method was applied to analyze what happens in Ecuador by the judges regarding the granting of tenures, together with the Inductive, Deductive, Analytical, Exegetical and comparative methods for the analysis of norms, laws, treaties and jurisprudence of the Ecuadorian State.

Keywords: Adult centrism; Parental co-responsibility; Equality right; Best interests of the child; Shared tenure.

Introducción

La familia es la base fundamental para el desarrollo integral de todo niño, niña y adolescente, de acuerdo con los valores formados con el padre y la madre nacen sus habilidades y destrezas para desenvolverse en la sociedad. Esta unión familiar puede desvincularse al existir discusiones y al separarse establecen parámetros en cuanto a la tenencia, custodia, pensiones alimenticias o el régimen de visitas de sus hijos. De este modo, cuando se hace alusión a la tenencia, el tratadista Aguirre (2006, citado por Coronado L, 2019) hace referencia a lo siguiente:

La Tenencia de Menores es una Institución Jurídica contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total.(pág.37)

Por tal razón, la tenencia se la establece en todos los procesos de familia cuando una vez separados los progenitores, uno de ellos es quien convive día a día con el menor, mientras que el otro progenitor carece de esta potestad y no está en constante comunicación con el infante, a este se le faculta un régimen de visitas para compartir con el menor. En virtud de aquello, este tipo de tenencia es conocida también como tenencia unipersonal o unilateral.

En el Ecuador, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 en cuanto el otorgamiento de tenencias establece que cuando “El juez estime más conveniente para

el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores”. Por tal razón, se reconoce que aún existe una figura jurídica antigua y primitiva conocida como tenencia unilateral. Por ello, en lo que respecta a esta figura en el Estado ecuatoriano, los autores Murillo y Vázquez (2020, citado por Chaca M. y Martínez S. 2022), mencionan que:

El reglamento jurídico ecuatoriano no es idóneo, ya que, 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, es importante que tanto el padre como la madre obtengan igualdad de derechos y obligaciones. Adicionalmente, está en contra del ordenamiento constitucional de corresponsabilidad parental y del derecho de los menores para convivir en familia (pág.12). Tal situación conlleva que el Estado ecuatoriano reconozca la tenencia compartida con la finalidad de prevalecer la convivencia familiar y sobre todo mejorar la calidad de vida de los menores, que no se vean inmersos a convivir cortos periodos de tiempo con uno de sus padres.

Para mayor entendimiento del tema en relación a lo que conlleva la tenencia compartida como figura jurídica, el tratadista Domínguez (2006, citado por Alvarado C. 2021), señalan que:

La tenencia compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales. (pág. 51)

Uno de los acontecimientos más duros de un niño es entender el desvinculo familiar que provocan estas separaciones, no solo por la razón de separarse, sino, por la convivencia que ellos mantenían con sus progenitores, y cómo la misma con el transcurso del tiempo afectará en su interior. El divorcio de los padres es un claro ejemplo de que la visión adultocentrista se encuentra por encima del desarrollo integral de la criatura, dando un quemeimportismo, sin priorizar la salud mental del menor al cuestionarse ¿Con quién se quedará el menor?, como si se tratara de un objeto.

En virtud de aquello, existe la necesidad de garantizar la igualdad de derechos tanto para los progenitores, como también priorizar el desarrollo integral del menor por medio de una figura jurídica que ampare directamente el interés superior del niño, como lo es la tenencia compartida, que no es nueva para otros países, misma que no debe ser desconocida para el Ecuador en su normativa.

El objetivo de la investigación se centra en identificar si debe implementarse la tenencia compartida en el Estado ecuatoriano, considerando que varios países como Chile, Argentina, Perú y Costa Rica han implementado esta figura en su legislación. Así mismo, la importancia de esta investigación se centra en priorizar el principio de interés superior del menor antes de tomar alternativas que atenten contra su protección, partiendo desde la familia que son los pilares fundamentales para su bienestar y desarrollo integral. Al existir un desvinculo con uno de los progenitores, puede malinterpretarse como abandono, por lo tanto, es esencial tener constantes actividades que permitan la unión con sus padres para evitar la inseguridad emocional y que su integridad se encuentre intacta, lo que se lograría a través de la tenencia compartida.

Las temáticas fundamentales planteadas en el presente trabajo se enfocan en el análisis de la figura jurídica de la tenencia compartida en el Estado ecuatoriano, para lo cual es preciso partir desde el derecho a la igualdad y no discriminación desde distintas perspectivas enfocados en el interés superior del menor; en segundo lugar se distingue la visión adultocentrista y el principio de interés superior del menor; en tercer lugar se detallan los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, por último los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales, en este caso junto con la Constitución de la República del Ecuador.

Metodología

En el presente artículo científico se efectuó una investigación cualitativa para efectuar un análisis de lo que ocurre en el Ecuador por parte de los jueces en cuanto el otorgamiento de tenencias a uno de los progenitores, lo que violenta el principio de igualdad al acoger un sistema de preferencia materna, lo que nos permite realizar un análisis de sistematización lógica de ir de lo particular a lo general, del hecho planteado, encontrando que las decisiones del juez puede ser por aspectos culturales e ideológicos que la misma sociedad ha formado desde tiempo remotos. Para desarrollar el estado de arte se emplearon textos, leyes, revistas, resoluciones jurídicas, y por último un cuestionario de 5 preguntas para tener un encuentro con una de las juezas más reconocida y con experiencia, utilizando uno de los instrumentos más eficaces como lo es la entrevista para coleccionar información que se requieran y adoptar una contribución significativa para el desarrollo del trabajo investigativo.

Además, en este trabajo investigativo se han practicado los métodos inductivo, deductivo, analítico y exegético puesto que se analizarán y estudiarán normas, leyes, tratados del estado ecuatoriano, así como también una resolución de la Corte Constitucional. Además, se

empleó el método comparativo para analizar las leyes de distintos países como Chile, Argentina, Perú y Costa Rica en cuanto al sujeto de estudio que es la tenencia compartida.

Fundamentos Teóricos

a. El Derecho a la igualdad y no discriminación

El reconocimiento de la mujer a lo largo de la historia ha evolucionado de gran magnitud en cuanto a su rol dentro de la sociedad, hoy en día la mujer tiene voz y derechos, no obstante, existen ocasiones en que la costumbre se sigue evidenciando en distintos aspectos de la vida bajo roles de género, en alusión de aquello el autor Lathrop, (2008, citado por Castillo J. 2013) explica lo siguiente:

Se ha llegado a sostener, como fenómeno universal, que la mujer está hecha para cuidar del hogar y de los hijos basadas en imaginarios de la cultura patriarcal, y aunque roles de género ha venido transformando los marcos legales en materia de familia aún se tiene esa errada costumbre. (pág.9)

En cambio, el hombre desde generaciones anteriores se ha catalogado como el proveedor de la familia existiendo una notable exclusión del hombre en cuanto la tenencia de sus hijos. Bajo esta contextualización surgió dentro de nuestro país un caso que predomina y que podría considerarse un precedente para reformar el CONA, puesto que, en el registro civil de Cuenca un hombre cambió de género, con el propósito de luchar con su expareja sentimental y en igualdad de condiciones, la tenencia de sus dos hijas menores de edad, porque va cinco meses que no ve a sus hijas y afirma que se trata de una lucha contra el sistema legal que, desde su punto de vista, estigmatiza a los hombres.

El autor Pinilla (2005, citado por Castillo J. 2013, pág.11) señala que “Esta contradicción entre el marco normativo y la práctica judicial puede ser producto de prácticas culturales discriminatorias, que, reconocen como cuidadora de los hijos a las mujeres”. Claramente limitar a los hombres a ejercer dicho cuidado e impedirles compartir tiempo de calidad con sus hijos, ha vulnerado un derecho constitucional fundamental consagrado en la Constitución de la República del Ecuador como lo es la corresponsabilidad parental, ya que tanto la madre como el padre deben ser partícipes en la vida plena del menor, contribuyendo de manera significativa en su desarrollo y bienestar tanto físico como emocional.

El principio de corresponsabilidad parental es en términos simples “El reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos en el plano personal” (Acuña, 2013, pág. 8). Es por ello importante mencionar que lo identifica varios instrumentos internacionales como lo es la Convención sobre los derechos del niño de 1989 preservando el interés superior del menor, en su artículo 18 numeral 1 establece el derecho a la corresponsabilidad parental instituyendo a que los Estados partes garanticen las obligaciones comunes de los progenitores en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, cuya preocupación fundamental será el interés superior del menor. Así mismo, la Constitución de la República del Ecuador también reconoce este derecho en su artículo 69 obligando a los progenitores al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos, sin importar que se encuentren separados de ellos.

b. La visión adultocentrista y el principio de interés superior del menor

Se ha evidenciado que existen estereotipos en el Estado ecuatoriano, mismos que en su gran mayoría radican en los llamados roles de género los cuales han sido creados por la sociedad

en base a una costumbre primitiva, esto ha generado una visión adultocentrista que la sociedad forma mediante un sistema, es decir, las personas mayores deciden que es lo mejor para el menor, es por ello necesario definir ¿Qué es visión adultocentrista? El tratadista Duarte (2012) nos explica que:

Este imaginario adultocéntrico constituye una matriz sociocultural que ordena naturalizando - lo adulto como lo potente, valioso y con capacidad de decisión y control sobre los demás, situando en el mismo movimiento en condición de inferioridad y subordinación de la niñez, juventud y vejez. (pág.23)

En pocas palabras esta visión se entiende como aquella figura en que el adulto tiene el dominio del menor situándose como personajes secundarios, formando conflictos a la hora de decidir con quien convive y comparte el menor, como si se tratara de un objeto, por ello existe la importancia de garantizar y priorizar el interés superior del menor en razón de que los desvinculos familiares son acontecimientos que perjudican significativamente en la vida del menor.

Al existir una ruptura o separación entre los progenitores, se desencadenan una serie de repercusiones que afectarán principalmente en el desarrollo integral del menor, estas son las denominadas consecuencias del Síndrome de Alienación Parental, así el autor Aguilar (2004, citado por Vallejo O.; Sánchez F.; Barranco P., 2004) explica lo siguiente:

La principal es que el niño víctima pierde sus vínculos afectivos con uno de los progenitores, ruptura que origina una serie de reacciones negativas, como elevados niveles de angustia y miedo a la separación del progenitor manipulador, sobre todo ante la presencia del otro padre. Estas disfunciones emocionales provocan, a su vez,

particularmente en los niños pequeños, alteraciones en los patrones de alimentación y del sueño, aparición de conductas regresivas, bajo rendimiento académico y atencional, pérdida de habilidades sociales, ausencia de empatía y escaso control de los impulsos. Igualmente, los niños que son víctimas del SAP poseen una autoestima muy baja que intentan elevar a través del reconocimiento y el afecto de los otros, utilizando la manipulación con esas personas. Pero, como no siempre lo logran, las ocasiones para sentirse frustrados suelen ser frecuentes y mal controladas. (p.57)

Mediante dicho criterio, se puede observar cómo influye la separación de los padres en los menores cuando al crecer no comparten con uno de sus progenitores, por lo tanto, es necesario que los jueces al momento de resolver casos de tenencias garanticen el interés superior del menor en todo momento especialmente al existir la separación de los progenitores, dejando a un lado estereotipos impuestos por la sociedad.

Por su parte, atendiendo al principio de interés superior del menor, uno de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes es el derecho a ser escuchado, el mismo ha tomado relevancia a partir de la sentencia de la Corte Constitucional No. 2691-18-EP/21, que realiza una regulación específica en el artículo 31 del Código Orgánico General de Procesos respecto a las capacidades procesales, del siguiente modo: “Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos”, y a su vez, el Código de la Niñez y Adolescencia regula el derecho a ser escuchado en los siguientes artículos: “Art. 60.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión y el art. 106 numeral 6 que reconoce la opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el

juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

A su vez, este principio macro nace con la Convención sobre los derechos del niño de 1989 encaminada a garantizar sus derechos con ayuda del Comité de los Derechos del Niño, y posteriormente es reconocido en el Ecuador con la Constitución de 1998. En la actualidad se encuentra estipulado en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 en su artículo 11, así su aplicación se convierte para los jueces en una obligación que vela por el reconocimiento de derechos del menor considerados como personas de atención prioritaria. Por su parte, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia contempla dicho principio en su artículo 11, imponiendo a todas las autoridades el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Respecto al principio del interés superior del menor y su desarrollo integral, la autora Aguirre (2015) señala lo siguiente:

Siendo uno de los principios más utilizados al momento que pone en juego derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que dentro de la normativa constitucional se ha establecido que la obligación del Estado, la sociedad y la familia es promover como máxima prioridad el desarrollo integral de los niños y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, muchas garantías constitucionales y principios procesales se ven afectados por la mala utilización del principio del interés superior del niño, puesto que a todo nivel este principio ha sido utilizado para justificar desatinos en todo campo. (p.26)

Así, en consideración a este principio un tema muy importante que se debate hoy en día en la Asamblea Nacional del Ecuador respecto al otorgamiento de tenencias es la violencia vicaria, en virtud de aquello mediante sentencia No. 28-15-IN/21 se define a la misma bajo lo

siguiente que en estos casos, el maltratador cuenta con el régimen de visitas para ejercer la violencia vicaria de género, por la cual el hijo o la hija se torna en objeto de la agresión. Ahora bien, este tipo de violencia aumenta con la separación de la pareja y algunos ejemplos pueden ser: amenazas a la progenitora sobre la vida de sus hijos, terminar con la vida de sus hijos o entregarlos en estados deplorables.

Sin embargo, estos tipos de violencia también suelen ocurrir por parte de la progenitora para agredir al progenitor, perjudicando de manera radical a sus hijos. Debido a lo mencionado, estos acontecimientos no sólo se generan hacia las mujeres, sino también hacia los hombres, resaltando que los más afectados de estas situaciones son los menores. En ese sentido, al establecer la tenencia compartida lo esencial es garantizar el interés superior del menor tomando en cuenta cualquier antecedente de agresión, la escucha del infante, informes, y medidas que el juez establezca para evaluar cada caso en particular.

c. Derechos de los niños, niñas y adolescentes

En la historia, dentro del sistema jurídico se han logrado evidenciar vacíos en cuanto al reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto en relación a la carencia de normas legales que protejan y amparen sus derechos, priorizando los mismos al suceder acontecimientos que puedan perjudicar su bienestar y desarrollo integral, en concordancia a lo dicho, la autora Anilema (2018) explica lo siguiente:

En la historia de los derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes siempre han sido sujetos vulnerables dentro de la sociedad, el sistema jurídico no hacía alusión a establecer u otorgar derechos que los protejan y ayuden a su desarrollo integral, lo máximo a lo que

podían llegar, es a que sus padres tengan un reconocimiento legal en materia de derecho.

(p. 17)

Este paradigma cambió totalmente en el año 1959 cuando se realizó la suscripción de la Declaración de los Derechos del niño impulsando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, misma que fue llevada a cabo por 68 Estados partes de la Organización de Naciones Unidas. De dicho modo, ya en 1989 fue adoptada por varios países la Convención sobre los Derechos del niño (CDN), vinculante para la protección de la niñez y adolescencia estableciendo normas para proteger sus derechos atendiendo al principio del interés superior del niño y el principio de su autonomía progresiva, garantizando el derecho de participación de los niños, a la libertad de conciencia, pensamiento y religión, a la salud, y educación. Dicha Convención reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y al mismo tiempo a las familias como sujetos de derecho que requieren protección y asistencia de las instituciones del Estado para poder asumir plenamente sus responsabilidades de cuidado y protección. (CEPAL, 2018)

En síntesis, existen normativas e instituciones que se han encargado de velar y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por tal razón, quiénes hacen justicia tienen el deber de acatar lo dispuesto en las mismas para su efectivo cumplimiento tomando a consideración los instrumentos internacionales, ya que gracias a los mismos se ha otorgado gran reconocimiento en materia de derechos a este grupo de atención prioritaria.

d. Proyecto orgánico para la protección integral de niñas, niños y adolescentes

Con el transcurso del tiempo se han desarrollado varios proyectos para garantizar los derechos de NNA, por ello, en el año 2008 se admitió el primer debate del proyecto cuyo fin era

mejorar el Sistema Nacional de protección integral de la niñez. Más adelante, en el año 2021 tras Sentencia de la Corte Constitucional, se realizó el segundo debate solicitando a la Asamblea acatar lo emitido por la Corte, en este caso se requirió la reforma del artículo 106 numeral 2 y 4 del Código orgánico de la niñez y adolescencia, los cuales respecto al otorgamiento de tenencias reconocían la preferencia materna aun cuando ambos progenitores se encuentren en igualdad de condiciones, dicha reforma se realizó el 17 de enero del 2022 eliminando la preferencia materna de su normativa.

En ese sentido, la tenencia compartida es una de las propuestas contempladas en este proyecto que requerirá la resolución de un juez, debiéndose dictar los períodos de convivencia, vacaciones, fechas importantes; lugar de residencia de los hijos, compartiendo responsabilidades como educación, salud y vivienda, en partes iguales. Ahora, salvo los menores de 2 años, estarían conviviendo con la madre porque hasta los 24 meses es la edad aconsejada para la lactancia, porque el objetivo principal es evitar la inestabilidad menor.

Por consiguiente, el juez deberá evaluar mediante una serie de parámetros la aptitud de los progenitores para dicho cargo, teniendo como referencia la legislación chilena mediante la Ley N. 20.680, los cuales son: La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y personas de su entorno familiar; la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; la contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo; la dedicación efectiva que cada uno de los padres; la opinión expresada por el hijo; el resultado de los informes periciales; los acuerdos de los padres; el domicilio de los padres; cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

En ese contexto, el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia debe velar por el cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución, no obstante, el considerar la tenencia unilateral y desamparar esta figura jurídica, no garantiza el bienestar del menor, por el contrario, trae consecuencias que repercutirán en su desarrollo integral. Al respecto, si se llegara a implementar esta figura sería preciso ubicar las circunstancias en las cuales no sería posible el otorgamiento de la misma, y su modificación en caso de existir algún tipo de violencia, o uno de los progenitores no se comprometa con su cuidado.

En consecuencia, a pesar de que se haya reformado el Código orgánico de la niñez y adolescencia, existe aún un vacío en cuanto el reconocimiento de la figura legal de la tenencia compartida, otorgando en su artículo 118 la crianza del menor a uno de los progenitores. Como se ha analizado, los jueces al resolver casos de tenencias se fundamentan en este artículo, por eso la necesidad de establecer esta figura que ampare el interés superior del menor y promueva la corresponsabilidad parental como lo han adoptado distintas legislaciones.

Resultados y Discusión

A diferencia de la legislación ecuatoriana, la figura jurídica de la tenencia compartida ha sido adoptada por varias legislaciones en Latinoamérica reconocida dentro de su normativa en países como Chile, Argentina, Perú y Costa Rica, por tal motivo es preciso realizar un análisis respectivo en base a lo que establece la normativa que rige cada país, las cuales se precisan a continuación:

-Legislación de Chile (LEY 20680 del 13 de junio del 2013):

Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido.

-Legislación de Argentina (Código Civil y Comercial de la Nación):

Art. 651. Reglas generales. - A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo. -Legislación de Perú (Código de los Niños y Adolescentes):

Art. 81.- Tenencia Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

-Legislación de Costa Rica (Código de Familia):

Art. 152.- Será prioritario elegir la custodia y el ejercicio de la responsabilidad parental compartidas para ambos padres; para ello, se tomará en cuenta el interés superior del menor. Asimismo, deberá asegurarse el derecho a la vivienda para los hijos y las hijas menores.

Una vez estudiadas las normativas que rigen en distintas legislaciones conforme a la temática que se abarca en la presente investigación, en el Ecuador no se contempla dicha figura en el ordenamiento jurídico, en este caso el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 conforme al otorgamiento de tenencias establece su procedencia en lo siguiente: “El juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores”. Por tal razón, se reconoce la figura de la tenencia unilateral transgrediendo derechos y principios constitucionales, motivo por el cual el Ecuador no debe ser excepto de este tipo de figura jurídica.

Por otra parte, de acuerdo a criterios realizados por Jueces de Familia, mujer, niñez y adolescencia, se ha podido analizar las razones por las cuales no se ha contemplado la tenencia compartida en el Código Orgánico de la niñez y adolescencia dentro de la legislación ecuatoriana, mismas que siguen siendo impedimento para la administración de justicia, las cuales se explican bajo los siguientes puntos:

-En la actualidad, se evidencian estereotipos impuestos en la sociedad que se suscitan en el país, ya que se considera que la madre es la más apta para el cuidado, pues es ella quien cargó y protegió durante nueve meses al menor, a pesar de aquello, a través del tiempo en diversos países latinos se ha considerado que el padre y la madre tienen la misma capacidad para encargarse del cuidado y protección del menor, por tal motivo la figura de la tenencia

compartida ha sido fundamental para el gran cambio que se presenta en beneficio tanto emocional y psicológico del menor.

-Otro de los motivos por lo que no se contempla la figura de la tenencia compartida es por la insuficiencia de leyes en cuanto a la protección del menor, dejando de lado uno de los principios macro más importantes que es el interés superior del menor, contemplándose solamente la tenencia unilateral para favorecer a la madre o al padre, sin resaltar al infante como la víctima de todos estos acontecimientos, pues es él quien necesita nuevos mecanismos legales que permitan compartir tiempo de calidad con sus progenitores, y que no se viole su derecho a tener una convivencia familiar íntegra de acuerdo con la carta magna.

-Por otro lado, se ha estudiado que una de las causas por las que no existe la tenencia compartida en el Ecuador es por la violencia vicaria, pues, de acuerdo a lo acontecido en la Corte Constitucional del Ecuador mediante Sentencia No. 28-15-IN/21, y en muchos casos, el hombre o mujer amenaza a la pareja con solicitar la tenencia plena del menor considerando que tiene mayor estabilidad económica, o distintas situaciones que conlleva ser amenazante no sólo para el progenitor sino para el menor que puede ser incluso lastimado. Por su parte, se debate que al existir la tenencia compartida se aumentarán los casos de violencia vicaria en el país, por lo cual la legislación ecuatoriana de acuerdo a la realidad social en la que se vive debe de realizar un verdadero seguimiento por parte de las autoridades pertinentes en estos procesos, ya que la misma no debería ser impedimento para la instauración de esta figura jurídica, tal y como lo hacen distintos países Latinoamericanos.

A pesar de aquello, la tenencia compartida disminuiría aquellas situaciones de discordia entre ambos progenitores ya que tendrán los mismos derechos y obligaciones, garantizando en

todo momento el principio de interés superior del menor, además el mismo disfrutará de tiempo de calidad con sus padres, lo que permitirá desarrollarse con completa normalidad sin perder el desvínculo familiar que los une, beneficiando como primera alternativa su bienestar.

Conclusiones

Se concluye que, dentro del Estado ecuatoriano, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no contempla una figura jurídica que garantice la eficacia del principio del interés superior del menor, esto en virtud de que en la normativa sólo se reconoce el cuidado y crianza a uno de los progenitores, lo que en muchas ocasiones genera el desvínculo familiar entre el padre y el menor, provocando afectaciones en su bienestar y desarrollo integral. No obstante, el tema de la instauración de la tenencia compartida como figura jurídica en el Ecuador, hoy en día se encuentra en gran debate en la Asamblea Nacional, lo que ha causado incertidumbre en los operadores de justicia si se aplica o no esta figura en su normativa.

Bajo los criterios planteados, se puede evidenciar que en la sociedad existen estereotipos o roles de género, esto se debe a que se ha considerado que la madre es la más apta para el cuidado del menor por su mayor estabilidad emocional y madurez psicológica para precautelar el cuidado del menor, y que, por el contrario, los padres son aquellos que se encargan de proveer el dinero para el infante.

Así mismo, la violencia vicaria como problemática para el otorgamiento de tenencias, no debe de ser un impedimento para instauración de esta figura jurídica en la normativa, debido a que existen autoridades pertinentes que deben de dar un seguimiento oportuno para que estos

tipos de casos no se susciten entre ambos géneros, tal y como lo han desarrollado países Latinoamericanos los cuales contemplan esta figura jurídica.

Finalmente, en situaciones como las ya mencionadas, el operador de justicia debe realizar un seguimiento para determinar si el progenitor es apto o no para el cuidado del menor, tal y como lo hacen países como Chile, Argentina, Perú, y Costa Rica, los cuales establecen parámetros a evaluar al otorgar este tipo de tenencias. Lo relevante de esta temática es que el Ecuador siendo un Estado constitucional de derechos y justicia a diferencia de otras legislaciones, no ha adoptado esta figura tan necesaria en el ordenamiento jurídico, esto en razón a criterios que hasta el día de hoy obstaculizan el sistema y quebrantan derechos consagrados en la Constitución.

Referencias

- Adolescencia., C. d. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. (Registro Oficial Nro.737).
Obtenido de <https://bit.ly/3xOS5f8>
- CEPAL, N. &. (2018). América Latina y el Caribe a 30 años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. 87. Obtenido de <https://bit.ly/41mioae>
- Código, a. y. (2004). Código de los niños y adolescentes. *Libro tercero, Instituciones familiares: Capítulo II Tenencia del niño y adolescente.*(Ley N° 27337). Obtenido de <https://bit.ly/3Srr2A2>
- Constitucional, C. (2021). Corte Constitucional. (Sentencia No.28-15-IN/21). Obtenido de <http://bit.ly/3KzGSXs>
- Contreras, C. F. (2021). Vulneración del interés superior de los niños, niñas y adolescentes al existir vacíos legales en el Código de la niñez y adolescencia sobre la tenencia compartida. pág. 114. Cuenca. Obtenido de <https://bit.ly/3m2HCdx>

Eckenner, R. (2022). Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia. *Sala de Prensa*.

Obtenido de <http://bit.ly/3m2TWKP>

Ecuador, C. D. (2008). Constitución de la República del Ecuador. (Registro Oficial Nro. 449),

93. Obtenido de <https://bit.ly/3YZtvnY>

Lema, M. G. (2019). Los vacíos legales en el Código de la Niñez y Adolescencia referentes a la tenencia compartida, violan el interés superior del niño (Bachelor's thesis, Quito: UCE).

pág. 114. Obtenido de <https://bit.ly/3XXWCH4>

Ley, 2. N. (2013). 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.

Obtenido de <http://bit.ly/3YVCoyO>

Ley, 5. N. (2011). Código de Familia de la república de Costa Rica. Obtenido de

<https://bit.ly/3ZaNMqm>

Lorenzetti, R. L. (s.f.). Código Civil y Comercial de la Nación. *Aprobado* (por ley 26.994).

Obtenido de <https://bit.ly/3KxPb67>

Martín, M. A. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de derecho*

Coquimbo, 20(2).pág.59. doi:<https://doi.org/10.4067/s0718-97532013000200002>

Medina, R. Y. (2018). El principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, en los procesos jurídico-administrativos de la adopción internacional en el Ecuador. *Proyecto*

de Investigación, pág. 148. Obtenido de <https://bit.ly/3korWkt>

Ortega, J. C. (Junio de 2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas. *Educación y*

humanismo. 15(24), pág. 15. Obtenido de <https://bit.ly/41n07tt>

Pincay, J. K. (2020). El Principio de interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a su desarrollo integral en la legislación ecuatoriana. *Universidad y Sociedad*, 12(2).

Ibarra: UNIANDES. Obtenido de <https://bit.ly/3Sr0L4U>

Quapper, C. D. (2012). Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción.

Ultima década, 20(36), pág. 125.

doi:<https://doi.org/10.4067/s0718-22362012000100005>

Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño. 52. Obtenido de

<https://bit.ly/3ZlhNUi>

Vallejo, R. V.-B.-B. (2004). Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos. *Revista de la asociación española de neuropsiquiatría. Revista de la Asociación*

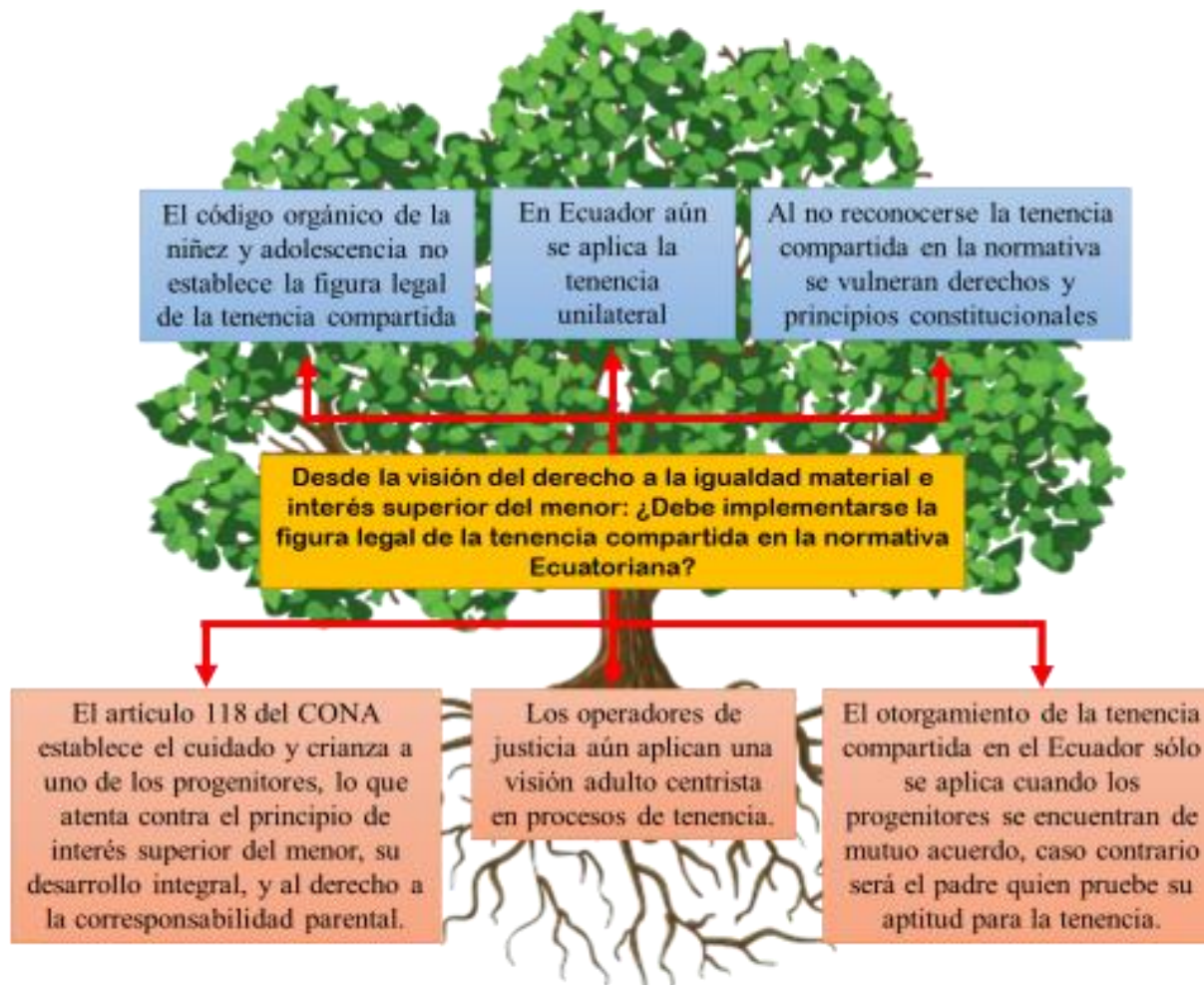
Española de Neuropsiquiatría(92) p.110. doi:<http://doi.org/10.4321/s0211->

[57352004000400006](http://doi.org/10.4321/s0211-57352004000400006)

Vázquez-Martínez, M. A.-S. (2022). Tenencia Compartida. *Dominio de las Ciencias*, 8(3), pág.

18. Obtenido de <http://bit.ly/3m3Vvs1>

6. Anexos.



ENTREVISTA A LA JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PORTOVIEJO.

1. ¿Usted como jueza, que opina sobre la nueva reforma del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia con relación a la tenencia?

Esa normativa era discriminatoria, tal es el caso, así como existen malos papas, también existen malas mamás, eso se pudo detectar por encuestas y así se pudo reformar.

2. Dentro de su ejercicio, en casos de tenencia ¿a qué progenitor mayormente se le es otorgada?

Al papa, porque quien desea la tenencia y la propone es él, pero solo se le otorga en casos que

demuestre que la mamá no es apta para el cuidado del menor.

3. ¿Cree usted que se debe establecer la tenencia compartida como figura legal en la norma ecuatoriana?

Sí, por la igualdad tanto del padre como de la madre. Considero que a veces la mujer se la crítica porque deja un rato al niño en casa mientras ella trabaja, pero ¿Quién está con el niño cuando se enferma? La madre. La tenencia compartida ayudaría que la responsabilidad sea del padre, debería de realizarse la tenencia compartida y fijarse bien en cómo se manejaría el tiempo con el menor, sin embargo, para poder hacer esa reforma hay que tomar en cuenta edad y sexo de los menores porque si es un niño pequeño van a perder la estabilidad emocional y sería el papa que visitaría en la casa hasta que el niño sea más grande.

4. ¿La separación del niño con uno de sus progenitores afecta psicológicamente?

Claro, siempre en los juicios de tenencia afecta psicológicamente al menor, es por ello, que mandó a realizar informes psicológicos, y el equipo técnico se encarga de ayudarme con la información, incluso, uno tiene que convertirse hasta psicóloga, porque, yo al momento de apreciar de manera reservada con los niños, el psicólogo me lo ratifica.

5. ¿Ha tenido casos de tenencia compartida?

No existe como tal la figura de la tenencia compartida, sin embargo, si los padres están de acuerdo de compartir la tenencia se lo dispondrá por el juez para el beneficio del menor, siempre y cuando, no afecte el bienestar del menor.

6. ¿Cuáles son las razones que usted considera por la cual no se ha contemplado la tenencia compartida en el Ecuador?

Las razones por la cual se considera que no se ha contemplado la tenencia compartida, es porque en el Estado Ecuatoriano existe la tenencia unilateral de acuerdo al artículo

118 que el Juez debe confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, y por otro lado, es por la sociedad y estereotipos que existe en el País pues se considera que la madre es la más apta para el cuidado, pues es ella quien cargo y protegió durante nueve meses al menor, a pesar de aquello, a través del tiempo en diversos Países latinos se ha considerado que el padre y la madre tienen la misma capacidad para encargarse del menor y la figura de la tenencia compartida ha sido fundamental para el gran cambio que se presenta en beneficio tanto emocional y psicológico del menor.

ENTREVISTA A LA JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PORTOVIEJO.

1. ¿Usted como juez, qué opina sobre la nueva reforma del artículo 106 del código de la niñez y adolescencia con relación a la tenencia?

Estoy de acuerdo en que la corte constitucional se haya pronunciado, ya que, se eliminó la discriminación que existía en relación a los padres por motivo del sexo, la constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación por cualquier causa entonces la corte constitucional hizo lo correcto. No debe existir preferencia alguna al respecto.

2. Dentro de su ejercicio, en casos de tenencia ¿a qué progenitor mayormente se le es otorgada?

La mayoría de las veces la tenencia es otorgada a la madre ya sea de mutuo acuerdo o vía contencioso. Pero creo necesario mencionar que en los casos que no se entrega la tenencia se basan en el artículo 106 del código de la niñez y adolescencia numeral 5 que señala “En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113” que es por:

Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija, Abuso sexual del hijo o hija, Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija, Interdicción por causa de demencia., Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses, Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad, Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

3. ¿Cree usted que se debe establecer la tenencia compartida como figura legal en la norma ecuatoriana?

Creo que la sociedad todavía no está preparada para determinar la figura de la tenencia compartida, lo que se está haciendo es flexibilizar y extender lo que corresponde a las visitas.

4. ¿La separación del niño con uno de sus progenitores afecta psicológicamente?

Si, por supuesto siempre la separación de los padres afecta a los niños, niñas y adolescentes. Lo que tienen que hacer los padres es tomar decisiones de adultos y hacer que esa separación no le afecte al menor y que se tomen las medidas correspondientes,, ya que se debe prevalecer siempre los intereses superiores de los niños niñas y adolescentes por sobre encima de los deseos o intereses de los padres en torno a aquello gira toda la administración de justicia.

5. ¿Ha tenido casos de tenencia compartida?

No se han tenido casos de tenencia compartida por cuanto no está determinado en la legislación nacional dicha figura, sin embargo, si se ha realizado algo similar cuando existe acuerdo entre los padres.

6. ¿Cuáles son las razones que usted considera por la cual no se ha contemplado la tenencia compartida en el Ecuador?

Uno de los motivos por lo que no se contempla la figura de la tenencia compartida es por la insuficiencia de leyes en cuanto la protección del menor, contemplándose solamente la tenencia unilateral para favorecer a la madre o al padre, sin resaltar al menor como la víctima de todo, pues es el quien necesita nuevos mecanismos legales que permita compartir tiempo de calidad con sus progenitores, y no se viole su derecho a tener una convivencia familiar íntegra de acuerdo con la carta magna.

Por otro lado, considero que no existe la tenencia compartida en el Ecuador es por la violencia vicaria, pues, en la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 28-15-IN/21, y en muchos casos, el hombre o mujer amenaza a la pareja con solicitar la tenencia plena del menor considerando que tiene mayor estabilidad económica, o distintas situaciones que conlleva ser amenazante no solo para el progenitor sino para el menor que puede ser incluso lastimado, y se considera que, si existe la tenencia compartida se aumentara los casos de violencia vicaria, por lo cual la legislación ecuatoriana de acuerdo a la realidad social en la que se vive debe adecuar normas que no permitan esto tipos de casos. A pesar de ello, yo considero que la tenencia compartida no aumentará los casos

de violencia vicaria, más bien considero que disminuirá aquellas situaciones, ya que ambos tendrán los mismo derechos y obligaciones por lo que el padre o la madre no tendrá la necesidad de intimidar, debido a que, ambos tendrán las mismas posibilidades, y sobre todo el menor compartirá el afecto de ambos progenitores y podrá desarrollarse con completa normalidad, beneficiando sobre todo el bienestar del infante.