

DOCTRINA INTERNACIONAL



Incorporación de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana como garantía de derechos de los padres y el niño

*Incorporation of Tenancy Sharing in Ecuadorian
Legislation as a Guarantee of the Rights
of the Parents and the Child*

Ana Zamora Vázquez*

RDP

Resumen

La tenencia compartida constituye un tema de actualidad y relevancia dentro del derecho de familia, en caso de separación de los padres debe existir una figura jurídica que permita una equidad respecto del tiempo y obligaciones que deben compartir los progenitores con sus hijos. Desde hace períodos atrás en el Ecuador se viene hablando de una corresponsabilidad por parte de los padres, pues esto permitirá que la relación sea continua, aunque dejen de vivir juntos. En la legislación ecuatoriana no existe regulación respecto del tema, considerando necesario desde el punto de jurídico la adaptación del Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia a los postulados que fueron establecidos en la Constitución del 2008. Por lo tanto, resulta evidente la incorporación de la tenencia compartida con la finalidad de garantizar el interés superior del niño que constituye la piedra angular en las decisiones de la autoridad judicial y la igualdad de sus padres de velar por el desarrollo integral de los menores. Este artículo se realiza como una investigación cualitativa a través de teoría fundamentada, aplicando el método inductivo-deductivo y comparado por medio de ley, doctrina y

* Docente a tiempo completo de la Universidad Católica de Cuenca-Ecuador; Abogada de los tribunales de justicia; especialista en docencia universitaria, magister en derecho civil y procesal civil. Doctoranda por la Universidad Castilla de la Mancha-España.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

fuentes bibliográficas que han permitido la realización del estudio de este tema.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, corresponsabilidad, padres, hijos, patria potestad.

Abstract

Shared custody is a current and relevant issue within family law. In case of separation of parents, there must be a legal figure that allows equity regarding the time and obligations that parents must share with their children. For periods of time in Ecuador, there has been talk of joint responsibility on the part of the parents, since this will allow the relationship to be continuous, even if they stop living together. Ecuadorian legislation does not regulate this issue, considering it necessary from a legal point of view to adapt the Civil Code and the Code for Children and Adolescents to the postulates that were established in the Constitution of 2008. Therefore, it is clear that the incorporation of shared custody is necessary in order to guarantee the best interest of the child, which is the cornerstone in the decisions of the judicial authority and the equality of their parents to ensure the comprehensive development of minors. This article was conducted with a type of qualitative research through grounded theory, applying the inductive-deductive method and compared through law, doctrine and bibliographic sources that have allowed the study of this topic.

KEYWORDS: shared custody, co-responsibility, parents, children, parental authority.

Sumario

1. Introducción.
2. Consideraciones previas.
3. Conceptos sobre tenencia o custodia compartida, parentalidad y corresponsabilidad.
4. Importancia de la tenencia compartida en Ecuador.
5. Patria potestad como base para la tenencia.
6. La tenencia compartida en el derecho comparado.
7. Aspectos relevantes para regular la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana.
8. Interés superior del menor.
9. Conclusión.
10. Bibliografía.

1. Introducción

El proceso de cambio que han sufrido las familias en los últimos tiempos es profundo, situación que trae consigo problemas desde el punto de vista jurídico y social, pues la consecuencia de una ruptura de pareja no sólo desencadena un divorcio sino también cambios respecto a la familia y el hecho de proteger a los menores. Siendo un momento contundente para que exista un debate respecto del rol que cumplen los padres en la vida del menor, pues mucho se trata de la familia y del interés superior del niño, pero no se toman acciones respecto a la corresponsabilidad de los progenitores para la crianza en forma conjunta, en el caso de Ecuador, tanto en el Código de la Niñez y Adolescencia como el Código Civil nada se ha dicho respecto a la tenencia compartida, situación con la que nos planteamos el siguiente problema de investigación: ¿es necesario regular la tenencia compartida con la finalidad de garantizar de manera efectiva el interés superior del menor? Interrogante que nos ha llevado a tener como objetivo analizar la importancia de la figura jurídica de la tenencia compartida a través de la normativa jurídica nacional e internacional, como garantía para el interés superior del niño.

Las tensiones de los padres respecto a los derechos de los niños, así como las obligaciones con los mismos, se hacen más evidentes cuando existe una ruptura dentro de la familia, situación que conlleva la necesidad que las legislaciones tienen de ajustarse a los cambios que ocurren en la sociedad para garantizar los derechos. Por lo tanto, es importante tener en cuenta los derechos que están involucrados dentro de este tema como, por ejemplo, la igualdad en el caso de los padres y el interés superior del menor, así como la necesidad de contar la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana. Es por ello que este artículo hace referencia a los antecedentes de la patria potestad; también se establecen conceptos sobre tenencia, corresponsabilidad, custodia, entre otros; la importancia de contar con la custodia o tenencia compartida en la normativa del Ecuador; aspectos relevantes sobre la patria potestad; legislaciones diversas con aspectos relevantes sobre el tema, y el interés superior del menor, permitiéndonos adentrar-

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

nos en este problema jurídico que constituye un vacío legal dentro de la legislación del Ecuador.

2. Consideraciones previas

El tema en estudio tiene historia; en el derecho romano existió el llamado “paterfamilias”, a su alrededor giraban todos los demás miembros, era considerado el que ejercía la patria potestad sobre sus descendientes, practicaba la *manus* sobre su esposa y nueras, también ejercía el *mancipium* sobre un hombre libre que temporalmente esté bajo su poder. “El paterfamilias tiene sobre las personas *in patria potestate* una autoridad absoluta, que no puede diferir originariamente de la autoridad similarmente absoluta que tiene sobre las otras personas de su casa”.¹

Posteriormente surgió el matriarcado como justificación al hecho de que las sociedades primitivas vivieron en la promiscuidad sexual y, por este motivo, el parentesco debía determinarse por la línea materna, produciéndose una especie de dominio de la mujer. Tanto en el matriarcado como en el patriarcado el parentesco exclusivo no siempre fue natural y no comprendían entre los parientes a personas que debían serlo. Así, por ejemplo: dos hermanos procreados por un mismo padre, pero nacidos de diferente mujer, no tenían parentesco; en el patriarcado los descendientes de la hija no eran parientes de su familia natural.

Tiempo después evolucionó la patria potestad para convertirse el poder paterno en una función limitada, ejercible en beneficio del hijo. El derecho de exposición de los hijos fue prohibido, según unos, desde los tiempos de los jurisconsultos clásicos; y, según otros, desde el imperio cristiano. El derecho de venta fue derogado en la época imperial.²

En el derecho romano distinguen el parentesco natural o *cognatio* y el parentesco civil o *agnatio*, en el primer caso el parentesco une a las personas descendientes unas con otras o descendientes de la misma persona; en cambio, el segundo se refiere al parentesco civil fundado

¹ Castan, José, “La Patria Potestad”, *Revista de Derecho Privado*, España, 1960.

² Monroy, Marco, *Derecho de familia y de menores*, Colombia, Editorial ABC, 2003.

en la autoridad paternal o marital, tiene características múltiples como descendientes por vía de varones, así como la relación entre el padre y los hijos e hijas, dentro de un matrimonio legítimo o introducidos en la familia por adopción.

En el derecho germánico la potestad del padre recibe el nombre de *Munt* y significa un derecho y un deber de protección, las amplias facultades que tiene el padre sobre el hijo son similares al derecho romano. El padre tenía el derecho de exponer al hijo inmediatamente después de su nacimiento.

En la actualidad, con el avance de los derechos, se han logrado superar varios paradigmas, que vienen desde épocas antiguas respecto a las actividades de la organización familiar, se solía pensar, e incluso afirmar, que en el hombre recaía la responsabilidad del sustento familiar y la mujer tenía a su cargo el cuidado del hogar. Esta noción de carácter eminentemente limitado ha producido efectos jurídicos, marcando prototipos que carecen de sustento en caso de enfrentar una separación o divorcio de los cónyuges, marcando un límite en el sentido que la madre es quien ejerce la tenencia de los hijos. Y, por otro lado, el padre será quien visite a sus hijos los fines de semana o en vacaciones, pero esto se puede desvirtuar a través de la tenencia compartida.

En 1959 la Organización de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, en este documento el principio VI manifiesta: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”.³

La sociedad y las autoridades tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

³ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos del Niño*, 1959, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

3. Conceptos sobre tenencia o custodia compartida, parentalidad y corresponsabilidad

Existe una variedad de conceptos sobre tenencia compartida; muchos doctrinarios han tratado sobre el tema por la relevancia de éste, en esta virtud citamos algunos:

La tenencia compartida es aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en 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 distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión.⁴

Desde la perspectiva de la evolución terminológica, conviene recordar que la potestad se enfoca más en el contenido activo de la relación jurídica; la responsabilidad por el contrario subraya el contenido pasivo, es decir, si se infringen los deberes de la relación jurídica que se le va a exigir al titular de la función.⁵

Los padres, dentro del matrimonio o después de su separación, tienen la responsabilidad de la crianza de sus hijos, su relación debe tener una actitud positiva que permita tomar resoluciones respecto a los hijos evitando los conflictos, con la finalidad de que sus deberes sean equitativos y permitan a los menores desarrollarse en un ambiente de armonía, donde se encuentren estables tanto física como emocionalmente. Velar por la seguridad del menor es tarea de los padres y al existir una tenencia compartida se hace equitativo el compromiso de custodia hacia los menores.

La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación con todo cuanto concierna a los hijos comu-

⁴ Ortuño, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Navarra, España, Civitas, 2006, p. 60.

⁵ Iglesias Martín, Carmen Rosa, *La Custodia Compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de la igualdad*, Valencia, España, Tirant to Blanch, 2019, p. 52.

nes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre exesposos, pero aún socios parentales.⁶

A pesar de los conflictos familiares que desembocan en divorcio, los progenitores tienen obligaciones comunes respecto de los menores, pues los niños dentro de la Constitución del Ecuador son considerados un grupo de atención prioritaria, recordando que 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”,⁷ todo lo mencionado en líneas anteriores es responsabilidad de los padres.

La custodia compartida es un concepto legal que hace referencia a un concepto relacional: la parentalidad compartida o la coparentalidad. Ninguno de los dos conceptos es absoluto, ni supone un criterio exactamente igualitario. La custodia compartida puede ser regulada, asignada o incluso impuesta. La corresponsabilidad implica una definición de la relación entre los padres que, como todas las relaciones, es de alguna manera negociada, pero no siempre acordada.⁸ La Real Academia de la Lengua define a corresponsabilidad como “responsabilidad compartida”⁹ y lo parental “perteneciente o relativo a los padres o a los parientes”.¹⁰

4. Importancia de la tenencia compartida en Ecuador

La Constitución de 2008 establece en su artículo 1o.: “el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia social”, en este sentido

⁶ Salzberg, Beatriz, *Los niños no se divorcian*, México, Beas, 1993.

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente, Montecristi, 2008, Registro Oficial núm. 449.

⁸ Bolaños, Iñaki, *Psicopatología clínica, legal y forense*. vol. 15, 2015, p. 59.

⁹ Real Academia de la Lengua Española, 10 de marzo de 2020, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=corresponsabilidad>.

¹⁰ *Ibidem*, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=parental>.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

se asientan los valores, costumbres, tradiciones, hábitos y normas de coexistencia comunitaria. Además, el mismo cuerpo legal, en su artículo 69, numeral 5, dispone: “El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”.

Lo determinado es un fundamento que sirve como base para que los hijos puedan compartir con sus padres, de manera semejante, la responsabilidad de intervenir y participar en la vida de los menores es tarea tanto del padre como de la madre, desde los diversos espacios económico, social, psicológico, etcétera. Los padres tienen el deber de estar presentes en la vida de sus hijos para procurarles el pleno desarrollo físico y de su personalidad, pues son ellos quienes han de tomar las decisiones propicias para dirigir la vida del menor, orientar su desarrollo integral, intervenir en la toma de decisiones respecto de aquellas cuestiones que éste no pueda decidir por sí mismo.

En Ecuador la tenencia se encuentra regulada en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Civil, el problema que surge respecto al tema actual radica en el hecho que no existe la “tenencia compartida”, y esto vulnera el desarrollo integral del niño, pues se debe garantizar su derecho a gozar de su familia sin afectar su principio de interés superior. Con la promulgación de la Constitución de 2008, respecto a la familia, se da un avance trascendental al reconocer los diversos tipos de familia; su artículo 67 manifiesta lo siguiente:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Respecto a lo expuesto en líneas anteriores la familia constituye el fundamento de la sociedad, el Estado debe garantizar la seguridad jurídica y el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes, por las diversas posturas que en la actualidad existen sobre el tema, uno que deriva de ellos es la tenencia compartida como se conoce en Ecuador ya que en otras legislaciones toma el

nombre de custodia o guarda compartida, pues vale la pena recalcar que las fundamentaciones que se dan sobre esta temática en la actualidad está cobrando fuerza y diversa normativa internacional se encuentra regulada, pero en Ecuador no existe esta norma en la que los padres equiparen sus responsabilidades respecto de los hijos, constituyendo un problema latente en diversos ámbitos.

Según el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia, es derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, mismo que manifiesta:

...tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.¹¹

Esta ley promulga el derecho de tener una familia, que le brinde seguridad económica y que le permita desarrollarse en un ambiente de confianza y calidez. Es así como, el artículo 29 de la misma ley hace referencia a que los padres y demás personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes brindarán atención de salud que este a su alcance y darán cumplimiento a las prescripciones de los médicos. El artículo 100 establece: “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”.

Los artículos citados anteriormente reconocen el derecho del padre y la madre de estar junto a sus hijos al existir la custodia compartida dentro de la legislación ecuatoriana se estaría garantizando el deber de velar por los hijos, proporcionándoles una formación integral a través de la educación y el cumplimiento del deber de alimentos dentro del cual se encuentran vestido, asistencia médica y vivienda.

¹¹ Código de la Niñez y Adolescencia, Ley núm. 2002-100, Congreso Nacional del Ecuador, vigencia 3 de julio de 2003.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

5. Patria potestad como base para la tenencia

Respecto a la patria potestad la doctrina nos ofrece varios conceptos de esta figura jurídica, Bercovitz se refiere a la misma y sostiene: “La patria potestad se puede definir como el poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia integral”.¹²

Morán González también hace alusión al tema en cuestión y sustenta:

La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en ordena su asistencia y formación. Es decir, un derecho que se concede para el cumplimiento de los deberes de asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida de sus hijos.¹³

Uno de los ámbitos esenciales para este esfuerzo académico es el tema de la patria potestad según lo consagra el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.¹⁴ También la patria potestad está amparada dentro del Código Civil en su artículo 283 que establece: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”.¹⁵

¹² Bercovitz, R. (coord.), *Manual de derecho civil. Derecho de familia*, Bercal, Madrid, 2007, p. 225.

¹³ Morán González, I. “El Ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en Tapia Parreño J. J., *Custodia compartida y protección de menores. Cuadernos de Derecho Judicial II*, Madrid, 2009, p. 77.

¹⁴ *Código de la Niñez y Adolescencia*, op. cit.

¹⁵ *Código Civil Ecuatoriano*, Congreso Nacional del Ecuador, *Suplemento del Registro Oficial*, núm. 46, 24 de junio 2005.

Es importante resaltar que el cuidado de los padres ante sus hijos no emancipados es parte fundamental de su desarrollo. Son varios los factores que intervienen en cuanto al cuidado de los niños y lo que esto implica, en esta virtud el numeral dos del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia no guarda armonía con la corresponsabilidad establecida en la norma suprema puesto que manifiesta: “A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija”. En una sociedad que se supone igualitaria, existe una clara tendencia a considerar a la madre para la tenencia, lo cual desde varias perspectivas se fundamenta como una conducta abusiva y que atenta contra el principio de igualdad.

La patria potestad se deriva del derecho de filiación, pues quienes forman parte de esta figura jurídica son los hijos, los mismos que no deben tener la característica de emancipados o los hijos que tienen algún tipo de discapacidad; también forman parte los padres en ejercicio conjunto, es decir, la función dual de los progenitores respecto de sus hijos. Los padres tienen derechos y obligaciones para con sus hijos, podemos citar algunas: alimentación, educación, formación integral, entre otras.

También, se define la patria potestad como “un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación. Es decir, un derecho que se concede para el cumplimiento de los deberes de asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida de sus hijos”.¹⁶ La patria potestad queda configurada legalmente como la responsabilidad de los padres de procurar a los hijos las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo integral, que engloba dimensiones físicas, mentales, morales, espirituales y también sociales.

Las reformas que se deben aplicar en este campo hacen referencia en primera instancia a buscar el interés superior del niño, a través un sistema que permita la custodia compartida, para este proceso se debe hacer un análisis propositivo que permitan la corresponsabilidad de los padres. No se puede limitar el derecho de los padres, en con-

¹⁶ Morán González, I., “El Ministerio Fiscal y los sistemas de...”, *cit.*, p. 77.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

junto deben velar por garantizar los derechos de los menores, pues la convivencia entre padres e hijos es vital, puesto que cumple aspectos importantes como el derecho de tener la coexistencia con los hijos y la obligación de cumplir con sus deberes y derechos.

A través de la tenencia compartida se puede lograr acuerdos entre las parejas, que permitan ejercitar los derechos de cada uno respecto de los hijos, se tiene que señalar que la figura de tenencia compartida no hace referencia a que un hijo pase semanas o meses alternos con uno de los padres, sino más bien establece un reparto equitativo, equilibrado y de calidad del tiempo en que gozan del hijo. Es por eso el menester de aplicar e implementar una normativa que regule la atención de los padres, en la cual exista un proceso consensuado de ayuda en el cual se distribuyan las cargas económicas, el cuidado y sobre todo el afecto y el tiempo de calidad que se comparta con los hijos.

La figura jurídica de la custodia compartida debe ser considerada como un elemento para regular las innovaciones de la familia en caso de disolución de un matrimonio o unión para hacer compatibles los derechos individuales de los cónyuges y sus responsabilidades parentales respecto a los hijos menores de edad, con el derecho de los hijos de mantener la relación con los dos.¹⁷

Una situación que cabe aclarar, para la mejor comprensión del tema, es la diferencia de dos figuras jurídicas como son la custodia y patria potestad. “La custodia es una figura que se liga al parentesco y filiación y se refiere a la tenencia y cuidado personal de los hijos. En cambio, la patria potestad hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que tiene los padres con los hijos y contempla algunas regulaciones como la capacidad de representarlos legalmente, autorizar el desplazamiento dentro y fuera del país además de administrar sus bienes”.¹⁸ La ley también confiere la patria potestad a terceras personas, instituciones o centros de acogida.

¹⁷ Gete Alonso y Calera, M. C. y Solé Resina, J. (Coords.), *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra, Ed. Aranzadi, Thomson Reuters (Legal), 2015, p. 30.

¹⁸ Morales, Helena, “La custodia compartida: un análisis desde la perspectiva de género y derecho”, *Revista Justicia*, 2011, pp. 56-70.

Estas leyes facultan a los padres para que puedan llevar un ambiente equilibrado y conforme a lo que establece el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁹ en el cual se ratifica la igualdad entre los padres en el mantenimiento del hogar. El artículo 101 del mismo Código establece los derechos y deberes recíprocos de la relación parental:

Los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad.²⁰

Este artículo instituye la correlación que debe existir entre los padres y los hijos como un fin que representa igualdad de derechos y ayuda mutua para la consecución de estos. Es este el fundamento o el cimiento en el que se ensalza la “tenencia compartida”, en la igualdad de funciones que tienen los padres, pese a una ruptura de la pareja, velar por la integridad de los menores, compartir la vida cotidiana, darle un soporte emocional y físico, deben ser las mayores garantías en un proceso de tenencia compartida.

El hecho de reconocer una tenencia compartida enmarca aspectos necesarios en los progenitores como actitud, capacidad, apertura al diálogo, con la finalidad de evitar conflictos en el entorno familiar que puedan afectar a los menores, pues tratar la tenencia compartida consiste en el tiempo de estancia de los hijos con los padres, siendo este el problema de fondo, pues el ejercicio de la responsabilidad parental es esencial, el acuerdo de los padres sobre los aspectos relativos a los hijos cobra un rol fundamental, caso contrario se multiplicarán los conflictos de los padres respecto a alimentos, vestimenta, medicinas, educación, entre otros. Dentro de este contexto, surge la interrogante ¿es lo mismo tenencia compartida que régimen de visitas amplio? Es una situación diferente, pero se plantea de manera frecuente. En el acuerdo

¹⁹ Artículo 100. Corresponsabilidad parental. El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y el mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

²⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, *op. cit.*

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

de las partes se instituye la tenencia exclusiva a favor de un progenitor, generalmente es la madre, pero se cuenta con un régimen de visitas bastante amplio, hasta el punto de que incluso puede decirse que se prevé que el menor pase el mismo tiempo con uno y otro progenitor; sin embargo, al tratarse de un régimen de tenencia exclusiva, se establece deber de abonar alimentos. Por otro lado, se consagra en el artículo 102 del citado código²¹ los deberes específicos de los progenitores que aborda la esencia misma de la tenencia de los hijos las obligaciones de los padres. Como lo establece el artículo mencionado los padres tienen deberes significativos como la alimentación de los hijos, es decir, proporcionar al menor lo necesario para su desarrollo y subsistencia tanto física como intelectual; el deber de educar y proporcionar una formación integral; el deber de velar por los hijos proveyendo sus necesidades emocionales y vigilando constantemente sus intereses.

6. La tenencia compartida en el derecho comparado

Los países, en la actualidad, han buscado sistemas de responsabilidad parental compartida, por lo que se han estructurado leyes con el fin

²¹ Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales en la forma que establece este código:

1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.
2. Velar por su educación por lo menos en los niveles básico y medio.
3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa.
4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución si es el caso.
5. Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales.
6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo con su grado evolutivo.
7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica.
8. Aplicar modelos preventivos compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente.
9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalen en este código y más leyes”.

de establecer regímenes a favor de la igualdad de la madre y el padre, estas normativas constituyen equidad para los progenitores respecto al cuidado de los menores; además, han permitido el desarrollo de planes, programas y proyectos, encaminados al bien común, al desarrollo integral de los hijos y la implementación de acuerdos de participación que incluyan el establecimiento de deberes conjuntos para los padres. Este proceso que ha evolucionado y ha permitido que hoy en día en más países se debatan leyes que reconozcan la tenencia o custodia compartida con el objeto de que se protejan los derechos de los padres a dar una formación integral a los hijos de forma conjunta a pesar de una separación.

A. Unión Europea

TABLA 1

<i>País</i>	<i>Ley</i>	<i>Fecha</i>
Francia	2002 -305	4 de marzo
Portugal	61/2008	31 de octubre
España	15/2005	8 de julio

Elaborado por: Abg. Ana Zamora

a. Francia

En 2001, Ségolène Royal, ministra delegada de la familia y la infancia del gobierno francés, presentó un proyecto sobre la tenencia compartida de los hijos que titulaba: “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias”, aludiendo a que los progenitores tienen derecho de compartir con el niño de igual manera con esta afirmación suprimiendo el derecho de visita, la nueva ley No. 2002 - 305 entró en vigencia el 4 de marzo de 2002, manifestando en su artículo 372-2.- inciso segundo “Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

con el otro progenitor”. En este texto el legislador más que referirse a tenencia compartida lo hace a la coparentalidad, esta normativa tiene como base el interés superior del niño y la responsabilidad compartida en igualdad de condiciones para los padres e incluso establece como domicilio del menor el de cada uno de sus padres.

b. Portugal

En Portugal, a partir del 2008, con la Ley 61/2008, la regla aplicable es la misma que la que rige durante la convivencia: el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales por los padres con independencia de si han conseguido o no un acuerdo en este sentido. Una situación particular radica en esta legislación respecto a las decisiones de la vida del menor después de la separación o divorcio de los padres, por cuanto el artículo 1906²² del Código no establece de manera precisa la tenencia compartida, la disposición es ambigua, así lo establece la jurisprudencia portuguesa en el proceso 996/16.OT8BCL-D.G1 en su tercer apartado:

Aunque la ley (artículo 1906 del CC) no contempla expresamente la hipótesis de custodia compartida, en el sentido de residencia alternada con uno y otro de los progenitores, creemos también que no la prohíbe, a pesar de la redacción de los apartados 3 y 5, (residencia con uno de los progenitores y no con los dos), siempre que haya acuerdo en ese punto entre los progenitores o se demuestre que es la única solución que satisface el interés de los niños.

²² 1. Mientras se obtenga el acuerdo de los padres, ambos ejercen la responsabilidad de los padres, decidir sobre cuestiones relacionadas con la vida del niño en condiciones idénticas a las vigentes para ese efecto sobre la constancia del matrimonio.

² En ausencia de un acuerdo de los padres, el tribunal, por decisión razonada, debe determinar esa autoridad parental es ejercida por el padre a quien se le confía el niño.

³ En el caso previsto en el párrafo anterior, los padres pueden acordar que ciertos asuntos son resueltos entre los dos o que la administración de los bienes del niño es asumida por el padre para en quien sea que se haya confiado el menor.

⁴ El padre que no ejerce la autoridad parental tiene el poder de controlar la educación y condiciones de vida del niño.

c. España

El Código Civil español introdujo la custodia compartida en el año 2005 cuando fue reformado, esta figura jurídica ha sido limitada por varios requisitos que necesitan ser ajustados en esta legislación. El Código Civil en su artículo 92 numeral 5 manifiesta: Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

La Ley 15/2005, introduce de manera explícita la custodia compartida, los padres proponen esta figura jurídica, pero es el juez quien aprueba su fundamento siempre y cuando lo estime conveniente, debe existir un convenio regulador, en el que consten aspectos entre las partes como lo personal y económico, respecto de los hijos. Es importante dar a conocer que España tiene una legislación estatal sobre el tema, pero existen Comunidades Autónomas que han regulado la custodia compartida como una normativa accesorias, entre estas tenemos: Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco.

TABLA 2

<i>Comunidad autónoma</i>	<i>Ley de Custodia Compartida</i>
Aragón	Ley 2/2010
Cataluña	Ley 25/2010
Navarra	Ley 3/2011
Valencia	Ley 5/2011
País Vasco	Ley 7/2015

Elaborado por: Abg. Ana Zamora

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

B. América Latina

TABLA 3

<i>País</i>	<i>Ley</i>	<i>Fecha</i>
Chile	20.680	
Argentina	26.994	Promulgado el 07/10/2014
México	Código Civil Federal	Ultima reforma 03/06/2019

Elaborado por: Abg. Ana Zamora

a. Chile

En el Estado chileno la tenencia compartida más conocida como tuición compartida o “Ley de Amor de Padre”, tiene como finalidad que los padres tengan una relación de igualdad respecto de los hijos, pues con esta ley se apertura la posibilidad de realizar una crianza en conjunto, la responsabilidad recae sobre el padre y la madre. A la vez, se da lugar a la corresponsabilidad de los progenitores. La Ley No. 20.680 constituye consecuencias importantes en materia de filiación, pues, respecto a la patria potestad establece el ejercicio simultáneo de los padres en la misma, es decir, la tarea de los padres es compartir todo lo relacionado a los menores siempre bajo la perspectiva de garantizar el interés superior del menor así lo establece el artículo 225²³ del Código Civil Chileno.

²³ 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. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

b. *Argentina*

La custodia compartida también está regulada en la legislación argentina a través del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 650 establece las modalidades del cuidado personal compartido, es decir, la repartición del tiempo de coexistencia del hijo menor de edad con sus padres. Los periodos de tiempo deben ser equivalentes; éstos para fijarse deberán realizarse por el juez en un acuerdo con las partes, permitiendo el desarrollo integral del menor.

c. *México*

En México, el Código Civil Federal, reformado el 3 de junio de 2019, en su artículo 416 manifiesta:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De acuerdo a lo establecido en este artículo en caso de ser separados o divorciados los padres, la decisión sobre quien obtendrá la custodia o en caso de ser compartida los progenitores deben llegar a un acuerdo con el fin de determinar con quién vivirán los menores o arreglar los periodos en que vivirán con uno u otro, de la misma forma se debe convenir aspectos relativos alimentos, de encontrarse ante esta situación el juez que tiene la competencia del caso aprobará acordado los padres, si no existe una situación contraria al principio de interés superior del o los menores.

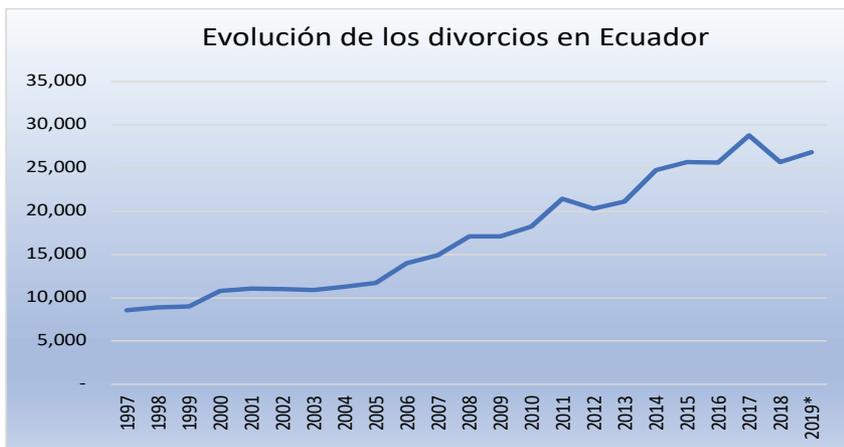
ANA ZAMORA VÁZQUEZ

7. Aspectos relevantes para regular la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana

En el ámbito internacional resultan especialmente relevantes los artículos 7.1 y 9.3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. El primero reconoce el derecho del niño a ser cuidado por ambos progenitores, mientras que el segundo recoge el derecho de los menores que se encuentren separados de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y tener un contacto directo con ellos —exceptuándolo exclusivamente en aquellos casos en los que ello pueda resultar contrario a su interés—.

Muchas legislaciones han avanzado sobre el tema como lo hemos demostrado en líneas anteriores, sin embargo, la legislación ecuatoriana se queda escueta al momento de tratar el tema de custodia compartida, pues no existe esta figura en Ecuador, ocasionando que los padres no puedan ejercer la corresponsabilidad parental que establece la Carta Suprema, por lo tanto, falta reformar el Código de la Niñez y Adolescencia así como el Código Civil para garantizar la convivencia en igualdad de condiciones de los progenitores con los hijos y establecer una seguridad jurídica a los intervinientes en este proceso.

GRÁFICO 1



FUENTE: Elaboración propia con datos del INEC- Ecuador.

Los últimos datos que ha proporcionado el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), reflejan una alta tasa de divorcios en los datos presentados hasta 2019 existen 26,815,²⁴ en base a estos datos se debe adaptar la parte jurídica a la realidad de la sociedad ecuatoriana.

Como se puede observar en el gráfico, en Ecuador los divorcios han aumentado con el paso de los años, el análisis se puede realizar desde 1997 que a nivel nacional existieron 8,557 divorcios, para 2010 consta una cantidad de 18,231, y para el 2019 encontramos 26,815 casos de divorcios, situación alarmante para el tema en estudio, puesto que se convierte en un problema, en la mayoría de casos tienen hijos menores de edad que deben contar con la corresponsabilidad de los progenitores, situación que evidencia el hecho que regular la tenencia compartida para garantizar el interés superior del menor.

Con la regulación de la tenencia compartida en el Ecuador se reconocerá la reciprocidad de derechos de padres e hijos pues se garantizará el contacto directo y continuado, donde los padres puedan ofrecer a los menores estabilidad física y emocional; pues este es un derecho que nace de la propia familia; además, se estaría garantizando el derecho de los padres la igualdad de relaciones para con sus hijos, “el principio de igualdad fija el criterio conforme al cual hay que organizar, como regla, el derecho de los hijos a relacionarse regularmente con sus padres, lo que encuentra una manifestación legal en la preferencia que la ley concede a la custodia compartida”.²⁵

Existen argumentos suficientes y relevantes para que en Ecuador se inserte la custodia compartida pues los padres necesitan estar presentes en la vida de los hijos para la toma de decisiones, para compartir obligaciones respecto a la crianza por la calidad de tiempo que los hijos compartirán tanto con el padre como con la madre, en resumidas cuentas, es la mejor forma de garantizar que los menores puedan convivir con sus padres a pesar de un divorcio. La colaboración conjunta permitirá un desarrollo integral para que el menor pueda gozar de seguridad y confianza.

²⁴ INEC, *Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios*, 2018, p. 9.

²⁵ Martínez de Aguirre y Aldaz, C., “Nuevas perspectivas sobre el derecho de familia”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 26, 2005, p. 480.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

En Ecuador existe el proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida, siendo iniciativa del asambleísta Gilberto Guamangate, pero fue negado por no cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 136 de la Constitución y 56 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

En la actualidad, la custodia compartida es el medio de convivencia en el que mejor se desenvuelve la coparentalidad, pues al ser ejercida de forma responsable permitirá un desarrollo integral del menor, esta debe realizarse a través de un acuerdo en el que exista una colaboración completa de los progenitores respecto de todos los aspectos que esta conlleva.

Vale la pena recalcar que la custodia compartida descansa sobre tres principios fundamentales: el interés superior del niño, la igualdad respecto de los progenitores y la corresponsabilidad, los mismos que deben estar interconectados con la finalidad de conseguir la estabilidad del menor. Incluir en la normativa ecuatoriana esta figura jurídica permitirá que los hijos puedan disfrutar de sus padres de manera equitativa, desde diversas perspectivas se pueden equiparar las responsabilidades, respecto de los gastos, la educación, es decir, permite una visión conjunta y a la vez evita disputas o conflictos contribuyendo a que el menor se encuentre en un ambiente de armonía.

Por lo tanto, tanto el Código Civil como al Código de la Niñez y Adolescencia en Ecuador prescinde de la noción de custodia compartida, por lo que resulta necesario ofrecer que esta figura jurídica conste en la legislación ecuatoriana, al ser uno de los temas más debatidos en la actualidad y sobre todo que permita el desarrollo integral del menor a través de la convivencia recíproca con sus padres, de esta forma se logrará un avance legislativo trascendente en el Derecho de Familia.

8. Interés superior del menor

El principio del interés superior del niño es trascendental pues posee un reconocimiento universal, la palabra interés tiene como esencia importar, superior que está por encima de otros derechos y niño un ser humano que es comprendido desde su nacimiento hasta su adolescencia.

La Constitución del Ecuador, en su artículo 44, expresa:

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.

Al respecto, Bonnar menciona:

El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo.²⁶

El interés superior del menor es preponderante dentro de la tenencia compartida, los derechos de los niños son garantizados cuando pueden gozar de la figura paterna y materna en igualdad de condiciones, pues la finalidad de la tenencia radica en precautelar el bienestar del menor, el efecto de la compartir la custodia del menor consiste en que se desarrolle en un ambiente adecuado, pues se debe garantizar la estabilidad y la seguridad que lo ayuden a desarrollarse en un contexto propicio con la presencia de ambos progenitores con la finalidad de no fragmentar la relación familiar sino al contrario buscar la forma óptima de que en la etapa de su desarrollo cuente con la presencia de padre y madre.

²⁶ Bonnard, Jérôme, La garde du mineur et son sentiment personnel, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, año 90, núm. 1, 1991, p. 49.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

9. Conclusión

La legislación ecuatoriana debe implementar la custodia compartida, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de los hijos a convivir con sus progenitores a pesar de tener una separación o divorcio. Con la regulación de esta figura jurídica se garantiza el principio de igualdad para los padres, demostrando que tanto el hombre como la mujer se encuentran en condiciones de velar por la formación integral de los menores. Además, nuestra normativa se actualizaría, dando un paso importante en la protección de los derechos de familia, equiparando de esta manera lo establecido en la Constitución de la República del 2008 con las leyes orgánicas y ordinarias que deben ser actualizadas para garantizar la seguridad jurídica de los hijos como de los padres.

10. Bibliografía

- BERCOVITZ, R. (coord.): *Manual de derecho civil. Derecho de familia*, Madrid, Bercal, 2007.
- BOLAÑOS, Iñaki, *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 15, 2015.
- BONNARD, Jérôme, “La garde du mineur et son sentiment personnel”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, núm 1, año 90, 1991.
- CASTAN, José. La patria potestad, *Revista de Derecho Privado*, España, 1960.
- Código Civil Ecuatoriano, Congreso Nacional del Ecuador, *Suplemento del Registro Oficial*, núm. 46, 24 de junio 2005.
- Código de la Niñez y Adolescencia, Ley No. 2002-100, *Congreso Nacional del Ecuador*, 2003.
- Constitución de la República del Ecuador, *Asamblea Constituyente, Montecristi*, 2008, Registro Oficial No. 449.
- Declaración Universal de los Derechos del Niño, *Organización de las Naciones Unidas*, 1959.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C. y SOLÉ RESINA, J. (coords.), *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters (Legal), 2015.

- IGLESIAS MARTIN, Carmen Rosa, *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de la igualdad*, España, Tirant to Blanch, 2019.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios*, 2018.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Nuevas perspectivas sobre el derecho de familia”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 26, 2005.
- MONROY, Marco, *Derecho de familia y de menores*, Colombia, Editorial ABC, 2003.
- MORALES, Helena, “La Custodia compartida: un análisis desde la perspectiva de género y derecho”, *Revista Justicia*, 2011.
- MORÁN GONZÁLEZ, I., “El Ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en TAPIA PARREÑO, J. J., *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009.
- ORTUÑO, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Navarra, Civitas, 2006.
- Real Academia de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=corresponsabilidad>.
- SALZBERG, Beatriz, *Los niños no se divorcian*, México, Beas, 1993.