

<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i1.626>

La tenencia compartida, alcances y su aplicación en el Ecuador

Shared tenure, reach and its application in Ecuador

Cristian Fernando Vázquez-Quezada
cristian.vazquez@psgu.cacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-3596-5465>

Cecilia Ivonne Narváez-Zurita
inarvaez@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-7437-9880>

Diego Fernando Trelles-Vicuña
dtrelles@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-8466-7165>

Juan Carlos Erazo-Álvarez
jcerazo@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6480-2270>

Recibido: 15 de noviembre de 2019

Aprobado: 16 de diciembre de 2019

RESUMEN

En la presente investigación se analiza la tenencia compartida, alcances y su posible aplicación en el Ecuador. Lo que establece el problema que en el país no se fundamenta todavía esta ley desde el Derecho Constitucional y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Por lo que el objetivo consiste es analizar la tenencia compartida en el Ecuador como mecanismo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La metodología aplicada consideró un análisis cualitativo, sustentado en los métodos analítico – sintético inductivo – deductivo y el método de

derecho comparado, los mismos que permitieron establecer que la ley de la niñez se encuentra bien fundamentada y establecida en otros países, en tanto que, en el Ecuador se necesita una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con el fin de generar equidad en el cuidado coparental de los hijos.

Descriptores: Tenencia compartida; divorcio; interés superior del menor; hijos; patria potestad.

ABSTRACT

This research analyses shared tenure, scope and its possible application in Ecuador. The problem is that in Ecuador this law is not yet based on Constitutional Law and a reform of the Code for Children and Adolescents. Therefore, the objective is to analyze shared custody in Ecuador as a mechanism for the protection of the rights of children and adolescents. The methodology is based on a qualitative analysis, supported by methods such as bibliographic analysis and synthesis, above all focusing on comparative law as the basis of the law. The conclusions are that this law is well founded and established in other countries, and that Ecuador needs a reform of the children's and adolescents' code in order to generate equity in co-parental care of children.

Descriptors: Joint custody; divorce; best interests of the child; children; parental authority.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional es un parámetro que se erige desde lo jurídico y permite estudiar las leyes consagradas en la constitución, sus lineamientos se establecen en el entender los procesos jurídicos y las normas consagradas en la carta magna, con el fin de analizar desde lo doctrinario los procesos y metas que abarcan el entendimiento de la ley. Por otro lado, es significativo articular todas las leyes como fundamento epistémico, ya que se puede entender a partir de lo teórico los lineamientos constitucionales presentes. Este artículo establece como un elemento integrador en el cual se estructura el análisis de la tenencia compartida, sus alcances y su aplicación en el Ecuador. En el mismo se hace un estudio retrospectivo jurídico de los

lineamientos constitucionales que rigen la custodia de los hijos en el país. Para llegar a entablar esos lineamientos, se parte de un análisis de la custodia compartida en el mundo. Entendiendo cuales son los fundamentos que han permitido sustentarla en países desarrollados.

Luego de esto se hace un estudio comparativo de las diferentes constituciones en la región y se observa cómo se fundamenta desde un punto de vista jurídico. Conformando sobre todo una fundamentación práctica que permita ver la valía de este tipo de sistema, el cual busca sobre todo comprometer o proteger los derechos superiores de los niños, niñas y adolescentes. Una vez entendida esa fundamentación se hace un estudio desde lo que está sucediendo en el territorio ecuatoriano en materia jurídica. Interpretando que, de acuerdo a lo normado en el país, la Constitución de la Republica modifico los cimientos del marco jurídico nacional, sobre todo en el tema de derechos humanos (Tamayo Vásquez & Pino Loza, 2019).

El artículo presenta como problemática la determinación de los parámetros de aplicación de la tenencia compartida en el Ecuador, en base a los lineamientos de otros países que ya han aplicado esta figura constitucional. Hay que recalcar que, en la reforma del Código de la Niñez y Adolescencia dado el 31 de mayo del año 2017, se trató de implementar una figura de tenencia compartida, la cual se veía reflejada en los artículos 120, 121, y 126 de dicha ley, sin embargo, estos artículos no fueron incluidos en la normativa, debido a que no se alcanzó su aprobación en debates de la Asamblea. A pesar de lo expuesto, la finalidad de este artículo, es entender los procesos y dicotomías que se enraízan en torno a la custodia compartida, su campo de acción se efectiviza a partir del análisis del Derecho Comparado, tratando de encontrar analogías en el campo de actuación de la figura de tenencia de los hijos, la misma que se fundamenta desde la corresponsabilidad de los padres. Por lo tanto, la patria potestad hacia los hijos y la subsecuente tenencia compartida, la cual se establece después del divorcio de los padres, con el fin de permitir que ambos padres ejerzan los mismos derechos en materia de custodia legal de los hijos menores de edad, debiendo esta conformarse desde una corresponsabilidad de los padres, quienes comparten los

derechos y obligaciones, y por otro lado generan un espacio de convivencia adecuado, en el que en la medida de lo posible se genera relaciones reciprocas de confianza.

Es así que, se plantea el objetivo de esta investigación, el cual es analizar la tenencia compartida en el Ecuador como un mecanismo de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sobre la base de una estructuración de las leyes y procesos que se fijan en la Constitución y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, enfocados en las posibles reformas que se pueden llegar a dar si se da una aplicación adecuada de las normas jurídicas erigidas en la Constitución del país.

DESARROLLO

La tenencia compartida una reforma necesaria en el Ecuador

La tenencia compartida se enfoca en diversas estructuras teóricas, son varios los conceptos, y las fundamentaciones que se dan sobre esta temática, que en la actualidad está tomando fuerza. Según el artículo 67 de la Constitución del Ecuador formulado por Asamblea Nacional Constituyente (2008) “la familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes” (p.23).

En este sentido, al ser el Estado un ente garantista de derechos en el mismo se asientan los valores, costumbres, tradiciones, hábitos y normas de coexistencia comunitaria, según lo dispuesto en el artículo 105 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Congreso Nacional, 2003). Como se puede observar 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.

Los países en la actualidad han buscado sistemas de responsabilidad parental compartida, es así que, se están estructurando leyes con el fin de establecer regímenes a favor de la madre y en los últimos tiempos a favor del padre, dicha normativa establece facilidades para los progenitores, estos cambios propenden al desarrollo de reformas que contemplan prerrogativas exclusivas que 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 incluyen el establecimiento de deberes (Domínguez, Fama, Herrera, y Herrera, 2006).

Los paradigmas actuales, las nuevas corrientes del derecho positivo y la influencia de los países en torno a la conformación de nuevas ideologías teóricas han hecho que el sentido de la familia, no sea sujeto colectivo independiente de sus miembros y por lo tanto no es titular de derechos fundamentales, entonces lo que existe es derecho de las personas y no de la familia (Domínguez et al. , 2006). Es así que, esta figura se convierte en un medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella (Rocas, 2015). Es en este escenario donde se debe establecer un plus en el cual se analice la singularidad de la propia persona, ya que la pertenencia queda anulada a una familia, la misma debe establecerse en torno al servicio de sus componentes y no a la inversa (Aguado, 2012).

Es decir, la familia como concepto debe proponer cambios que influyan en la concepción y definición de aquella, con las características de afianzamiento que esto conlleva. Por otro lado, en pleno siglo XXI aún se debaten pensamientos e ideas que giran en torno a la concepción de una familia tradicional y su seno familiar, sin tomar en consideración que se han involucrado nuevos miramientos que hacen de esta estructura carente de un sustento teórico y de una realidad que obliga a conceder a ambos padres el cuidado, protección y desarrollo de sus hijos; en el cual la interpretación y el buen juicio pueda llevar a actuar de la forma en la que se quiere avanzar, atendiendo estas consideraciones se pretende afianzar un proceso de evolución del pensamiento en el campo jurídico que se comprometa con los derechos y obligaciones de la familia (Cousiño , 2011).

En la actualidad se han superado varios paradigmas si se puede decir históricos en los cuales se ha señalado por ejemplo que era el hombre el que proporcionaba el sustento familiar y la mujer era quien debía ocuparse de las labores del hogar y sobre el estereotipo marcado de considerar que cuando se separan los padres, es la madre

quien se hace cargo de la tenencia de los hijos. Por otro lado el padre será quien visite a sus hijos los fines de semana o en vacaciones (CEPAL, 2007).

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 una normativa que regularice la atención de los padres, en la cual exista un proceso consensuado de ayuda en la que se distribuyan las cargas económicas, el cuidado y sobre todo el afecto y el tiempo de calidad que se comparta con los hijos. Estas condiciones recaen en su mayoría sobre los padres, quienes en la actualidad se han convertido en los que llevan enteramente la responsabilidad (Morales, 2011), considerándose así que es un tema muy subjetivo en lo relativo a quienes llevan la custodia de los hijos y de quien debe encargarse de proporcionar los medios económicos y de sustento.

Ya en otro tipo de análisis sobre la custodia compartida, esta se enfrenta a una dicotomía anclada a la posición que tiene el padre o cónyuge que, al no tener la custodia, se deslinda del cumplimiento de sus deberes como padre, es decir no brinda los medios necesarios para su normal y armónico desarrollo (Badaraco, 2018). Y efectivamente suele suceder que en muchos casos el progenitor a cargo de la custodia del niño no utiliza de forma correcta el dinero, debido a que no existe un verdadero control sobre la utilización del valor impuesto por pensión alimenticia de parte de las autoridades judiciales. Por otra parte, están las personas que aportan con pensiones que impiden que el niño solvante sus necesidades económicas básicas (Castro, 2014).

Las reflexiones anteriores, conllevan a que sean los hijos los que sufran las mayores dificultades cuando los padres se separan, en muchos casos los tenedores de estos menores les producen maltratos frecuentes y sobre todo cuando ellos son asociados como una causal de ruptura con su ex pareja, como consecuencia de aquello estas personas prestan una desatención o alejamiento de uno de los padres (Rodríguez y Fama, 2006). Son notorias las afectaciones psicológicas que reciben estos menores, lo

que involucra también problemas a futuro que harán que aquellos carezcan de afectividad y apego hacia las personas.

Partiendo de los supuestos anteriores, es necesario considerar que en la legislación ecuatoriana existe una diferencia entre las dos instituciones que regulan la situación de los menores, a consecuencia de la separación de sus padres. La custodia es una figura que se liga al parentesco y filiación; 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 (Morales , 2011).

Cabe considerar por otra parte que son frecuentes los problemas que se pueden originar con respecto a la condición en la que queda el menor cuando se trate sobre su situación; en este sentido, la ley es clara sobre las reglas de la custodia o tutela del niño, dependiendo de los casos que se analicen, dejando de lado la subjetividad que puede presentarse de parte de los administradores de justicia en la decisión que se pueda tomar, argumentos que más bien deben tener un sustento técnico que valide los fallos judiciales a favor o en contra de tal o cual persona.

Por lo expuesto, la tenencia compartida debe fundamentarse en la creación de una cultura que equilibre el derecho de los padres, y que se tenga al menor como centro de su interés. En una sociedad que se supone igualitaria, en la actualidad existe una clara tendencia a considerar a la madre para la tenencia del menor, lo cual desde varias perspectivas se fundamenta como una conducta abusiva y que atenta contra los principios de igualdad (Pérez, 2017). Se considera que en los fallos judiciales, se otorga al menos al 90% de las madres la custodia monoparental. De este análisis vale mencionar que la tenencia compartida se convierte en uno de los pocos mecanismos que permiten romper de alguna forma esta custodia monoparental, y está a la vez facilitara que ambos padres formen parte en la vida de sus hijos.

A este respecto, existen posiciones diferentes según Cousiño (2011) por un lado están quienes consideran una aplicación excesiva de este principio y desapruaban su

implementación, y por otro lado, están quienes apoyan que se realice campañas más exhaustivas en cuanto a regularizar la tenencia compartida, como una figura jurídica que proteja el principio constitucional del interés superior del menor, lo que conlleva a plantear la necesidad de reformar la normativa existente en Ecuador sobre el asunto; y por lo tanto, debe considerarse un análisis de factores que amplíen un estudio sobre este tipo de figura jurídica.

Es importante también señalar que la custodia compartida no se establece desde la igualdad de género sino más bien bajo la premisa de que es mejor para los hijos; situación que se presta a otro debate para conocer y analizar los procesos psicológicos que están presentes en los niños, quienes se sienten más protegidos. Según estudios de la Unicef, cuando un niño no crece al cuidado de uno de sus progenitores es más propenso a desarrollar desordenes de conducta, y varias otras consecuencias que se originan por esta circunstancia. Por eso es necesario realizar un análisis desde el punto de vista jurídico, esto con el fin de establecer los pasos o mecanismos necesarios para implementar un plan de acción encaminado a cubrir todas las falencias de los sistemas judiciales (CEPAL, 2007).

Son varias y diversas las leyes o códigos que se han establecido tanto de manera nacional, como regional e internacional que dan fe de un cumplimiento estricto de los procesos que buscan evolucionar dicha práctica judicial, y que se considere como algo fundamental los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sobre todo el cuidado y desarrollo integral de los mismos. Sin embargo, aquí debe primar un principio que debe ser ratificado por los jueces, quienes, al impartir justicia, deben involucrar al padre no custodio, en el cuidado, la educación y formación de sus hijos. Ya que ante todo se pretende respetar el interés superior del niño (Gil, 2017). Los principios fundamentales que rigen este proceso de custodia o tenencia de los hijos, deben ser analizados, conformar nuevos estatutos que permitan garantizar la tenencia compartida como un proceso conciliador, en el cual se involucre la familia y respondan a un interés común de reforzar los lazos de familiaridad, aunque estos ya no estén presentes.

La tenencia compartida análisis legislativo en el Ecuador

El derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes según el artículo 22 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es a tener una familia, que le brinde seguridad tanto en el aspecto emocional como económico y que le permita desarrollarse en un ambiente de confianza y calidez. Por lo tanto, 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 (Congreso Nacional, 2002).

Con esta finalidad, el ordenamiento jurídico ecuatoriano faculta a los padres a que puedan llevar un ambiente equilibrado y conforme a lo que establece el artículo 100 del mismo cuerpo legal, en el cual se ratifica la igualdad entre los padres en el mantenimiento del hogar. Sin embargo, los artículos que se presentan para el análisis de la tenencia compartida y su aplicación en el Ecuador serán los artículos 101 y 102 en los que se consagra como está la responsabilidad y la tenencia en el territorio, y sobre todo si existe un mecanismo que viabilice la formulación de una ley de tenencia compartida en el país.

“Art 101. 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” (Congreso Nacional, 2003, p. 55). Este artículo habla sobre la sinergia que debe existir entre los padres y los hijos como un fin que representa igualdad de derechos y ayuda mutua para la consecución de los mismos. Es este el fundamento o el cimiento en el que se basa la tenencia de los hijos y se analizara si desde este enfoque se puede hablar de tenencia compartida para los padres, en la que se establezca igualdad de derechos y oportunidades para los padres.

Por otro lado, se consagra en el art 102 en el que se establece los deberes específicos de los progenitores y se marca una definición conceptual que aborda la esencia misma de la tenencia de los hijos y cuáles son las obligaciones de los padres. Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de

sus hijos e hijas; y, su relación material, psicológica, afectiva, espiritual en la forma que establece este código” (Congreso Nacional, 2003, p. 56).

En consecuencia, los progenitores deben: proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, velar por su educación, inculcar valores de respeto al ser humano. Inculcar la conciencia de defensa de los derechos, estimular su formación en la cultura, asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar. Promover la práctica de actividades recreativas, cumplir con las obligaciones que señale el Código de la Niñez y la Adolescencia (Congreso Nacional, 2003). Como se puede observar estos son los fundamentos en los que debe basarse una tenencia efectiva de los hijos.

En lo posterior se analizará posibles normas y leyes en las que se puede fundamentar la tenencia compartida, y en base a eso viabilizar un cambio jurídico que primeramente se ampare en la ley y que luego refuerce los derechos de los niños, niñas y adolescentes, hasta que por último se pueda conformar leyes que ayuden a los padres como tenedores de sus hijos, los cuales conscientes de sus obligaciones, lleguen a constituir una figura de tenencia compartida.

Con esta finalidad, las reformas que se deben aplicar en este campo, hacen referencia en primera instancia a los intereses superiores de los niños, con la implementación y puesta en vigencia de un sistema de custodia compartida, para este proceso se debe hacer un análisis propositivo en el cual se formulen preguntas guía, las cuales permitan estructurar un proceso que demuestre la necesidad de contar en el sistema jurídico ecuatoriano, con esta figura legal, que de alguna manera afiance el principio del Interés superior del menor, y que se refleje en un óptimo desarrollo de este grupo de personas de atención prioritaria.

La tenencia compartida en el Derecho Comparado.

Es también relevante, para justificar la necesidad de articular en la normativa ecuatoriana esta forma de cuidado copaternal de los hijos menores de edad, el análisis de la tenencia compartida a través del Derecho Comparado, hacer énfasis en analizar

los casos desde el contexto de los países que son los pioneros y que estructuran este tipo de cambios, esto va de la mano de una comprensión e interpretación de lo que viven estos países en materia judicial. Es así el caso de Estados Unidos en donde casi todos los territorios que lo conforman consagran esta figura de tenencia compartida, también hay que mencionar que esta modalidad se establece en el siguiente análisis que da la Asociación Pro Derechos del Niño (2019). “Aparte de la custodia compartida o conjunta esa política se plasma también en el denominado “Principio del progenitor más generoso” según el cual analiza los casos en que se haya de otorgar la custodia en exclusiva” (p.3).

En el caso de Francia es otro país que regula la custodia compartida, a partir de marzo de 2002, fecha en la que fue aprobada dicha ley en la que se expone que la tenencia de un niño no estará supeditada al vínculo de pareja que tengan los padres, sino que más bien cada hijo tiene derecho a ser educado por su padre o por su madre con independencia de la situación familiar. Igualmente en el caso de Colombia, que es lo que más se acerca a la situación de nuestro país se señala y en esto el doctrinario colombiano Dr. Carlos Gaviria manifiesta que la Constitución colombiana tiene ya una vocación normativa para aplicar la tenencia compartida ya que en la misma dice en el art 42: “[...]que las relaciones familiares tienen que llevarse a cabo dentro de criterios, reglas de completa igualdad y cuando el art. 13 prohíbe toda discriminación en razón de género[...]” (Fundación Padres por Siempre, 2019).

Es tendencia que en la actualidad se estén dando reformas en materia jurídica en todo el mundo como parte del establecimiento de nuevas doctrinas filosóficas y jurídicas es decir el concepto de custodia compartida, se enfrenta a una serie de dilemas y estructuras en donde ya no solo es el padre el que económicamente mantiene un hogar, además es la madre la que lo hace (Morales , 2011). Estos giros paradigmáticos sostienen una nueva estructura social y organizativa de las familias actuales. La adaptación del sistema familiar se establece como un ente que reconstruye el rol de los padres dentro de un sistema familiar, sobre esto Rodríguez y Annielys (2005) establecen que “Solo mediante la custodia compartida se puede satisfacer la necesidad

de convivencia con los padres, lo cual es vital en la adaptación al divorcio. La copaternidad favorece una mayor participación de los padres en la vida escolar de los hijos” (p.9). Esto genera una mayor disposición para dar alimentos y asistencia médica, entre otros mejorando las competencias parentales y la cooperación.

La tenencia compartida entendida como un acuerdo alcanzado entre los padres, en dónde se comparten de forma equitativa los tiempos de estancia con los hijos, además involucra un proyecto educativo común que conlleva al desarrollo integral de los niños, en donde se necesita un entendimiento entre los padres para adaptarse continuamente a los cambios que se presenten, todo esto con el fin de crear una dinámica en los cuidados que se ofrezcan a los niños, niñas y adolescentes (Sallard, 2011).

Ahora bien, a la par con la implementación de la tenencia compartida en los regímenes constitucionales, emerge la figura de la mediación, como un método de solución alternativa para alcanzar tal cometido, la misma que se ha convertido en una herramienta útil en la conformación de procesos y de leyes sustentadas en buscar un equilibrio en el campo jurídico, el cual base su entendimiento y proceder en los conceptos y definiciones que se amparen en la constitución. La mediación familiar en si se torna importante en procesos post separación, en los cuales se afectan las relaciones parentales, lo que impacta en el interés superior de los hijos, esto genera desacuerdos con los demás miembros de la familia (Oliva, 2014).

En este punto, la relación del padre con sus hijos puede verse afectada en cuanto a derechos y obligaciones, lo que implica problemas en cuanto a su desarrollo social y afectivo.

Es aquí donde se plantea la pregunta ¿Cuáles son los efectos que genera la mediación familiar en los procesos de revalorización del rol paterno? Como se puede observar esta interrogante arroja una serie de aristas que hacen involución en los procesos a los que se enfrenta el rol del padre en cómo se debe revalorizar el ejercicio de la copaternidad (Cárdenas, 2009). También de alguna forma se busca entender las competencias parentales en ambientes familiares flexibles y como debe ser el rol del mediador en la revalorización del padre.

La mediación familiar debe entenderse como un procedimiento no adverso y extrajudicial que involucra un acuerdo satisfactorio entre las partes, a través de la ayuda de una persona mediadora, quien será la encargada de conducir el proceso de comunicación entre ellos (Sallard, 2011). Esto generara una especie de calma que supeditara a los interesados a formular un proceso en el que intervengan una planificación de actividades que realizaran con sus hijos, sin que se altere su orden familiar.

Esta mediación familiar se verá caracterizada por la introducción de características que la hacen singular esto según Castillejo (2017) son: la voluntariedad, que involucra consensuar diálogos para formular acuerdos, esta persona genera el mejor escenario para lograr acuerdos. Confidencialidad, permite una comunicación clara entre las partes; estos procesos generarán acuerdos, que irán acompañados de una ratificación judicial. Como se puede observar este es un proceso que se ratifica en base a una sistematización en el cual debe estar inmiscuido el compromiso de los interesados en dicho proceso. Además, este sistema trae consigo una serie de prebendas que serán establecidas con un mediador capacitado en este tipo de problemas familiares.

Como consecuencia de lo analizado, se puede colegir que el establecer un acuerdo significativo sobre la tenencia compartida se valida en entender su funcionamiento a nivel internacional porque el Ecuador como país, presenta muchas deficiencias en la formulación de políticas acordes a defender en primera instancia los derechos de los niños, los cuales están consagrados en la ley, sin embargo, su fundamentación practica se ve disminuida por los paradigmas que presenta la sociedad (Cárdenas, 2009). El entender cuál es el mejor camino primero desde lo jurídico que es el caso de esta investigación, permitirá establecer el verdadero papel del Estado y sobre todo la Constitución en plasmar la valía o no de la implementación de la custodia compartida.

En la práctica la falta de regulación sobre la tenencia compartida, produce vulneración en los derechos de los menores y del progenitor que no ostenta su custodia y que desea contribuir con su desarrollo integral. Con la implementación de esta figura legal (ver figura 1) se deberá asignar judicialmente el cuidado y convivencia del hijo a ambos

progenitores. En la misma, deberán consignarse los períodos de convivencia, vacaciones y fechas importantes para los hijos, el lugar en donde va a residir en cada período asignado a tal o cual progenitor, el derecho de alimentos; y, el régimen de visitas cuando los periodos de convivencia sean prolongados.

En conclusión debe implementarse la tenencia compartida dentro del régimen jurídico ecuatoriano, como una opción valedera para un desarrollo integral del menor, contar con ambos progenitores con igualdad de derechos y obligaciones y sobre todo comprometidos en velar por el interés superior del menor, entendida como el ejercicio simultáneo de la custodia legal de los hijos menores de edad de acuerdo a las mismas condiciones y derechos sobre ellos, en otras palabras; el conjunto de derechos y obligaciones que tienen ambos padres en igualdad de condiciones, en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, propiciar los espacios adecuados para que tanto el padre como la madre que se separan, ejerzan la tenencia en forma conjunta; compartir con ellos los días de la semana en forma alternativa, para velar por su cuidado y protección. Concretamente el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia debería incluir un capítulo sobre la Tenencia Compartida, en donde conste lo indicado en esta conclusión, todo esto de la mano de una reforma a la Constitución de la República del Ecuador, que viabilice la aplicación de tal normativa.



Figura 1. Tenencia Compartida, aplicación y alcances en el Ecuador. Adaptado de: (Badaraco, 2018)

METODOLOGÍA

La metodología utilizada en esta investigación fue de carácter cualitativa ya que sustentó en la caracterización de las variables de estudio, el alcance fue descriptivo mediante el cual fue posible especificar las propiedades y características de la tenencia compartida y los derechos de los menores, para ello se recurrió a información consignada en documentos y revistas indexadas, los mismos que ayudaron a establecer una investigación de corte comparativo, en el cual se examinó las constituciones y la implementación de la tenencia compartida en otros países del mundo. Esto permitió conformar una nueva mirada de los componentes que se plasman en la constitución y los elementos que se necesitan para implementar la figura de tenencia compartida en el Ecuador (Zhindón, Erazo, Pozo y Narváez, 2020).

APORTES GENERADOS

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como su ley reformativa, no regula lo relacionado con la tenencia compartida; en los procesos que están en juego los derechos de los menores; generalmente se establece una pensión alimenticia, la tenencia del menor y el régimen de visitas; con la implementación de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, se asignará judicialmente el cuidado y convivencia del hijo a ambos progenitores.

La falta de regulación sobre la situación de los hijos menores habidos dentro del matrimonio, en el caso de la separación de sus progenitores, vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el principio del interés superior del menor; por lo que es necesario la implementación de la figura legal de la tenencia compartida en el régimen jurídico ecuatoriano; como una forma de afianzar los lazos parento-filiales; de esta manera, se trata de garantizar la estabilidad tanto psíquica física y emocional de los hijos que tienen que afrontar la separación de sus padres.

En la reforma a considerarse deberán consignarse los períodos de convivencia, vacaciones y fechas importantes para los hijos, el lugar en donde van a residir en cada periodo asignado a tal o cual progenitor; el derecho de alimentos; y, el régimen de visitas cuando los períodos de convivencia sean prolongados.

En definitiva, la regulación existente hasta el momento en la legislación ecuatoriana, no es suficiente para regular la situación de los menores habidos dentro de un matrimonio en el supuesto de la separación de sus padres, por consiguiente, debe incluirse en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia un capítulo que regente la tenencia compartida, entendida como: el ejercicio simultáneo de la custodia legal de los hijos menores de edad, de acuerdo a las mismas condiciones; es decir, entendida como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen ambos padres en igualdad de condiciones, para afianzar el desarrollo y crecimiento de los hijos menores de edad, propiciar los espacios adecuados para que tanto padre como madre ejerzan la tenencia en forma conjunta; velando siempre por su cuidado y protección.

REFERENCIAS CONSULTADAS

1. Aguado, C. (2012). Familia, matrimonio y Constitución español. En G. Picasso, *Derecho de la familia* (págs. 77-103). Navarra: Aranzadi.
2. Asamblea Nacional. (2008). *Constitución del Ecuador*. Quito: Registro Oficial.
3. ASociación Pro Derechos del Niño. (11 de 12 de 2019). S.O.S Papá. Obtenido de <http://www.sospapa.es/custodiacompartidaenpaisescivilizados.php>
4. Badaraco, V. (2018). La tenecia compartida en el Ecuador. *Espirales*, 30-39.
5. Calvo, M. I. (2016). La Participación Familiar es un Requisito Imprescindible para una Escuela Inclusiva. *Revista Latinoamericana de educación Inclusiva*, 99-113.
6. Cárdenas, E. (2009). *La mdiación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Lumen.
7. Castillejo , R. (2007). La Mediación y la Conciliación como medios extrajudiciales de solució de conflictos. *Revista Boliviana de Derecho*, 115-145.
8. Castro, M. (2014). Dimensiones cualitativas de la parentalidad. *Revista Austral*, 13-25.
9. CEPAL. (2007). *Familias y políticas públicas en América Latina. Una historia de desencuentros*. Santiago: Naciones Unidas.
10. Congreso Nacional. (2002). *Codigo de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Congreso Nacional Ecuador.
11. Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Lexis.
12. Cousiño , F. (2011). *Políticas Públicas para la infancia*. Santiago: Gráfica Lom.
13. Domínguez, G., & Fama , M. (2006). *Derecho Constitucional de la Familia*. . Cordova: Cordova.
14. Domínguez, G., Fama, A., Herrera, M., & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires: Ediar.
15. Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 31-45.
16. Fundación Padres por siempre. (2019). *Manual Fundación Padres por Siempre*. Obtenido de www.padresporsiempre.com
17. Gil, R. (2017). *Protocolo de Prevención del Abuso sexual Infantil a Niñas, Niños y adolescentes*. México: Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

18. Gizarte, S. (2015). *Intervenciones en situaciones de desprotección infantil*. Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia.
19. Morales, H. (2011). La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho. *Justicia*, 56-70.
20. Oliva, E. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 11-20.
21. Pérez, R. (2017). La Custodia compartida en el derecho familiar. *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 30-42.
22. Rocas, E. (2015). Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la universidad Autónoma de Madrid*, 207-227.
23. Rodríguez, R., & Annielys, T. (2005). Custodia Compartida. Una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. *Futuros*, 1-4.
24. Sallard, S. (2011). Mediación Asistida Frente a la Alienación Parental. *Comisión Nacional de Derechos Humanos México*, 287-310.
25. Taylor, S., & Bodgan, R. (2006). *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación*. Barcelona: Paidós.
26. Tamayo Vásquez, F., & Pino Loza, E. (2019). Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes en los procesos Arbitrales. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(7), 97-114. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v4i7.357>
27. Yañez, D. (2007). Libre desarrollo de la personalidad: Batalla perdida o lucha incansable. *Academia y Derecho*, 56-69.
28. Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
29. Zhindón Idrovo, J. V., Erazo Álvarez, J. C., Pozo Cabrera, E. E., & Narváez Zurita, C. I. (2020). La desnaturalización de la acción extraordinaria de protección en la práctica judicial ecuatoriana. *Iustitia Socialis*, 390.