



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

**TÍTULO: TENENCIA COMPARTIDA: UNA REFORMA EN
IGUALDAD DE CONDICIONES PARA LOS PADRES Y
LEGISLACIÓN COMPARADA.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO
REQUISITO PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

AUTOR:

MARIA YULIANA ZAMBRANO MACAY

TUTOR:

ABG. ROBERT FRIEND MACÍAS, MTR.

SAMBORONDÓN, SEPTIEMBRE, 2017

Tenencia compartida: una reforma en igualdad de condiciones...

María Y. Zambrano, Universidad de Especialidades Espíritu Santo – Ecuador, myzambrano@uees.edu.ec, Facultad de Derecho Política y Desarrollo, Edificio E, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Km. 2.km Vía Puntilla.

Resumen

El presente trabajo de investigación se fundamenta en los antecedentes que plantea la tenencia compartida para resolver los conflictos que de ella se derivan entre los progenitores; es por esto, que una modificación que establezca igualdad de condiciones para los padres es analizada en un proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, con la finalidad de solucionar las disputas que surgen de las relaciones paterno – filiales. De esta manera, se estaría buscando una solución social en beneficio del desarrollo integral del menor para que su crecimiento esté garantizado, basándose en la correlación parental como institución jurídica y constitucional. La metodología utilizada se realizó sobre un diseño prospectivo, para el análisis temático y sus consecuencias a futuro, en referencia a las políticas públicas de igualdad con un enfoque de género, y el cumplimiento a las garantías constitucionales de salvaguardar los derechos y responsabilidades de padres e hijos, siendo núcleo de la familia y la sociedad. Los resultados del estudio se evidencian del análisis de la tenencia compartida en la legislación nacional y sobre el derecho comparado en España y Argentina, como referentes para una mejor perspectiva, prestando especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa o motivo.

Palabras clave: Tenencia, corresponsabilidad parental, tenencia compartida, menor.

Abstract

The present investigation is based on the antecedents of shared tenure to resolve the conflicts that arise between parents; it is for this reason that a reform that establishes equality of conditions for the parents is analyzed in a project of reform to the Code of the Childhood and Adolescence, with the purpose of to solve the disputes that arise from the paternal – filial relations. In this way, it would be looking for a social solution for the integral development of the child so that their growth is guaranteed, based on the parental correlation as a legal and constitutional institution. The methodology used was based on a prospective design for thematic analysis and its future consequences, with reference to public policies of equality with a gender approach, and compliance with the constitutional guarantees of safeguarding the rights and responsibilities of parents and children, being nucleus of the family and the society. The results of the study are evidenced by the analysis of shared tenure in national legislation and comparative law in Spain and Argentina, as referents for a better perspective, paying special attention to families disaggregated by any cause or reason.

Keywords: tenure, parental co – responsibility, shared tenure, minor.

Introducción

La adquisición de responsabilidades y los derechos de los padres ha sido elegido como temática del presente documento, dado que el actual marco jurídico relativo a la tenencia compartida, estaba fuera de los cambios legales y sociales ocurridos tanto a nivel nacional como internacional. Es por ello, que el ex presidente de la República, mediante oficio emitido con fecha 18 de mayo del año en curso, presentó un proyecto reformativo de Ley, con el objeto de abordar temas relacionados a la tenencia compartida, fundamentándose en el bienestar o el desarrollo del niño, el interés superior, la patria potestad y las garantías constitucionales que de ello se desprende. En base a lo expuesto, se ha promulgado un nuevo proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con la finalidad que la legislación nacional pueda responder a estos cambios de manera apropiada y holística.

Por lo tanto, la investigación actual se orientará a evaluar el proyecto de reforma en igualdad de condiciones para los padres, relativo a la adquisición de responsabilidades y derechos, que garantice el normal desarrollo físico y psicológico, considerando el interés superior del menor. Además, en referencia a la legislación comparada, se ha hecho necesario la revisión de enfoques de las distintas legislaciones internacionales que han reformado o incluido normativas de legalidad para resolver temas concernientes a la tenencia y patria potestad, y que Ecuador, acorde a sus obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de diversos instrumentos internacionales, sobre todo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ha considerado como elementos legales y

jurisprudenciales al momento de legislar sobre el tema en relación a los contrastes de la realidad socioeconómica del país.

El creciente enfoque de la tenencia compartida tiene dos vertientes que nutren su análisis jurídico y definen los criterios para abordar el tema, y estos son: el derecho superior del niño, y la figura de la patria potestad como premisa principal para la tenencia compartida e igualdad de condiciones. Es por ello, que de los derechos del menor han surgido concepciones cambiantes de la sociedad y la situación de éstos en familias disueltas, como un período de desarrollo. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, refleja la situación actual de la evolución de la niñez y representa una mezcla entre las dos perspectivas anteriores sobre los derechos del niño y los efectos que surge de la disolución del vínculo matrimonial, y es que la patria potestad es el argumento jurídico que fundamenta la tenencia, pero que en la práctica ha sido objeto de disputas entre los progenitores del menor.

En el derecho internacional referido, se articulan las normas sobre los papeles y el estatus de los menores para reconocer que son personas jurídicas que tienen derecho a muchos de los mismos privilegios que otros miembros adultos de la sociedad, y esta es la premisa más ampliamente aceptada al momento de evaluar las situaciones legales que se derivan de la tenencia compartida, pues trata de asegurar que las políticas, leyes y programas gubernamentales se ajusten a las normas mínimas del ejercicio de la paternidad en temas concernientes a salud, seguridad y educación. Siendo así, se colige que la tenencia compartida evalúa el derecho superior del menor y sus derechos a la crianza, que implican el derecho a un ambiente familiar adecuado, una nutrición y salud adecuadas, así como los

derechos a la autodeterminación, que incluyen la libertad de hablar, elegir y ejercer cierto control sobre sus propias vidas; razón por lo cual se hace necesaria la discusión y análisis de ésta temática en los aspectos legales y sociales del país. Por lo tanto, la investigación es importante porque ayuda a determinar qué es la tenencia compartida, cuál es el interés superior del menor, cuáles son los derechos que los niños y adolescentes entienden y apoyan, y qué temas necesitan recibir mayor atención o educación para su normal desarrollo emocional, físico y psicológico.

Revisión literaria

Interés superior del menor

La Constitución de la República garantiza la protección de derechos y su goce efectivo para todos los ciudadanos, es por ello, que los artículos 3 y 11 motivan las garantías constitucionales como las bases del orden social y el normal desarrollo nacional, y en los artículos 44, 45, y 46, se promueve de forma prioritaria, el desarrollo integral de los menores y la garantía del ejercicio pleno de sus derechos (Constitución de la República, 2008). El artículo 44 del Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 11 y 12, establece el interés superior del niño y su prioridad absoluta, en base a las directrices que se orientan a la satisfacción de todos sus derechos y la concordancia del ejercicio pleno y efectivo de políticas e instituciones públicas destinadas para estos objetivos, como un individuo de trato preferencial y de especial atención por parte del Estado y la sociedad (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2014).

En el contexto de la tenencia compartida, la patria potestad y los casos de custodia de los hijos deben enfocarse en el interés superior del menor, lo que

significa que todas las discusiones y decisiones de custodia y visitas se hacen con el objetivo final de fomentar y promover la felicidad, seguridad, salud mental y el desarrollo emocional del niño y adolescente (Reyes, 2010). En general, el mejor interés del niño es mantener una relación cercana y amorosa con ambos padres, pero los aspectos prácticos de promover y mantener tales relaciones pueden ser el desafío principal en la resolución de una disputa de la custodia del menor (Albán, 2003). En cualquier conflicto de custodia es crucial que no se pierda de vista la importancia de tomar decisiones basadas en el mejor interés del menor y la importancia de las relaciones con sus progenitores, pues las decisiones que se toman afectarán el desarrollo de del niño y/o adolescente, así como la relación familiar de varias maneras cruciales durante los próximos años (Borda, 2008).

Los factores que determinan el interés superior del menor se han legislado en el Ecuador y en el derecho internacional; sin embargo pueden resultar, en algunos casos, difíciles de definir, especialmente aquellos factores que involucran las situaciones que presenta la tenencia compartida. Los deseos del niño, si tiene edad suficiente para expresar razonablemente una preferencia de visitas de sus progenitores, deben ser observados al momento de determinar una tenencia compartida. Además, esta debe estar acompañada de una buena salud mental y física de los padres, por lo que el Estado debe promover legislaciones que vayan acorde a la protección del interés superior del menor, como lo es una garantía constitucional que prevenga la vulneración de los derechos de niños y adolescentes (Simón, 2014). Siendo así, se debe considerar que las determinaciones del interés superior generalmente se toman evaluando varios factores relacionados con las circunstancias del niño y las relacionadas a los

padres y su capacidad para ejercer la paternidad, siendo la preocupación suprema la seguridad y felicidad última del menor.

El acercamiento a la promoción y protección del interés superior y los derechos de niños y adolescentes como grupo de atención prioritaria, desde la perspectiva de la presente investigación, sirve para apoyar los proyectos de Ley, legislación vigente y Constitución de la República, con el fin de satisfacer adecuadamente las necesidades de los menores, y el ejercicio pleno de sus derechos en las activaciones de las instituciones públicas y órganos administrativos, sociales y educativos, destinados a la protección de los menores. Siendo estas un elemento esencial del Estado en la garantía de los derechos constitucionales que inciden en el ejercicio de la patria potestad, así como el argumento principal del cual se deriva la tenencia compartida (Torres, 2010). Es por ello que, la reforma de igualdad de condiciones para los padres en el ejercicio de la tenencia compartida, debe considerar el interés superior del niño como el centro de la legislación al momento de evaluar los escenarios que podrían derivarse de las relaciones entre padres e hijos, y entre ambos padres como elementos del ejercicio de la patria potestad (Vega, 2015).

Es evidente que la plétora de medidas legislativas y otras medidas de protección que existen, carecen de eficacia cuando se trata del seguimiento y la aplicación de los derechos del niño (Camargo, 2012). Por otra parte, las leyes sobre los niños y adolescentes que existen en la actualidad, o son totalmente silenciosas en cuanto a especificar de manera expresa el principio sobre el interés superior del niño, o, cuando este principio puede inferirse, al momento del ejercicio de la tenencia compartida no es la más adecuada. Así sucede que una

situación de discusión, que deviene del criterio de los padres en base al ejercicio de la patria potestad y que pudiera observarse como una violación directa al interés superior del menor, se utiliza como un criterio al momento de definir la tenencia y la igualdad de condiciones de los padres para el desempeño de la paternidad.

Patria potestad

El derecho nacional ha tomado a la patria potestad dentro del derecho positivo en el artículo 283 y los artículos 104, 105, 106 y 107 del Código Civil, que la definen como el elemento constitutivo del conjunto de derechos que ejercen los padres sobre los hijos que no se han emancipado aún (Código Civil, 2014). Estos argumentos del derecho positivo son relativos al cuidado, educación, salud, desarrollo físico, psicológico, social, defensa y las garantías que emanan de ello en todos los aspectos que devengan del ejercicio de la patria potestad, sus derechos y obligaciones (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2014).

La patria potestad les da a los padres el derecho de tomar todas las decisiones necesarias para el bienestar de sus hijos, por ello, los padres pueden tomar disposiciones referidas a su vivienda, aceptar o rechazar el cuidado de la salud o transmitir sus creencias religiosas; los padres, incluso, pueden dar temporalmente a otra persona ciertas partes de su autoridad paterna, como la custodia, supervisión o educación del menor. La patria potestad da el derecho de custodia plena a los padres sobre sus hijos y son libres de tomar todas las decisiones relativas a la asistencia social, escolar, y demás, siempre que no exista abuso o abandono por parte de los progenitores (Holguin, 2008). La legislación nacional ha establecido iguales poderes, derechos y deberes a ambos padres y en

el caso de divorcio o separación, todos los derechos de decisión y de control sobre el menor siguen siendo ejecutados por ambos padres; es decir que, desde este punto surge la tenencia como el desempeño de las actividades paternales compartidas en tiempo y espacio (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017).

En la revisión de la literatura, se han recogido diversos conceptos sobre la patria potestad; donde se la define como el derecho y deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (Reyes, 2010). De igual manera se define como un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento, educación y crianza (Rodríguez, 2014). En este sentido, se hace hincapié en que, el sostenimiento, educación y crianza constituye un derecho de los padres, pero imponen al mismo tiempo obligaciones. Los progenitores tienen el derecho de cuidar y educar a sus hijos, pero al mismo tiempo tienen la obligación de hacerlo (Lártiga, 2012).

Siguiendo la misma línea del pensamiento, se entiende que la patria potestad es un derecho y un deber de los padres que cuenta con una determinación irrenunciable, intransferible e intrasmisible, que se debe instituir en función del interés superior del menor (González, 2014). A pesar de que la patria potestad es una institución de orden público, generalmente irrenunciable, pueden excusarse de su ejercicio los que tengan más de sesenta años cumplidos o aquellos que, por mal estado de salud crónico, no pueden atenderla debidamente (Holguin, 2008).

En el país, en la última década, la cifra de los divorcios ha evidenciado un alza en comparación al número de matrimonios llevados a cabo (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2016). Como resultado de aquella ruptura del

vínculo matrimonial, son los hijos los más afectados, siendo por lo general la madre, quien asume unilateralmente el cuidado del menor y la toma de decisiones en cuanto a la crianza, alimentación, educación, costumbres, amistades, etc. En este contexto, el padre asume un rol secundario en la vida de sus hijos, limitándolo a contribuir en su etapa de crecimiento y desarrollo integral, además de su intelecto, capacidades, entorno familiar, escolar, social, comunitario, afectivo y de seguridad; causando una ruptura del núcleo familiar e impidiendo la cohabitación y cooperación armoniosa entre padres, y con efectos negativos sobre el desarrollo de sus hijos (Cervantes, 2010).

Siendo así, la función ejecutiva ha enviado un proyecto de reforma de Ley al órgano legislativo, para estudiar y redefinir el actual Código de la Niñez y Adolescencia, cuya modificación tiende a que la tenencia debe ser compartida entre padre y madre, permitiendo así al niño o niña mantener estrecha relación con ambos padres, aun cuando estos se encuentran separados, siempre y cuando ambos progenitores sean aptos para su cuidado. Este proyecto de reforma, además de fortalecer el principio del interés superior del menor, promueve la participación de ambos padres en relación a la crianza y educación, asegurando que los padres estén al cuidado de su hijo en iguales condiciones y derechos. Por tal razón, el precepto que define a la patria potestad implica no solo derechos, sino que, principalmente involucra deberes que tienen como prioridad la protección del menor; siendo incluso el Estado un inspector sobre la forma que se ejerce la autoridad paterna y sancionador, debido la admisión de correctivos, inclusive de orden penal para los padres que no cumplen debidamente sus obligaciones (Lasarte, 2011).

Tenencia y tenencia compartida

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no prevé una definición precisa con respecto a la figura de la tenencia, razón por lo que, la legislación nacional ha contemplado una serie de mecanismos de protección hacia los niños y adolescentes, haciendo énfasis en la figura de la tenencia, como premisa superior en el mantenimiento del interés prioritario del menor y el desarrollo de las buenas relaciones familiares que permitan su crecimiento (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2013). La conceptualización de tenencia compartida se define sobre la alternabilidad y temporalidad en que los hijos viven con un padre y otro en igualdad de tiempo, en que ambos progenitores son responsables directos sobre su educación, normal desenvolvimiento, desarrollo, de manera equitativa y plena, irrestrictamente del régimen tradicional de tenencia (Rabinovich-Berkman, 2013).

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en el mismo sentido, y ha resuelto considerar a la figura jurídica de la tenencia como un término jurídico no adecuado a los procesos legales en materia de niñez y adolescencia, debido a que ésta palabra tiene un carácter incidental en el derecho civil, en los temas del ejercicio de posesión y ocupación, en sí, con la acción efectiva de poseer una determinada cosa (Sentencia No. 064-15-SEP-CC, 2013). Es por ello, que se puntualiza sobre la figura legal de tenencia, como la relación con el derecho y el deber de los progenitores al cuidado personal de la crianza de los hijos y la necesidad de resolver quién de ellos se quedan físicamente con el hijo o hija en el caso de separación o divorcio (Suntura, 2008).

Siendo así, de la jurisprudencia y doctrina del derecho, que ha sido argumentada en este documento, se puede inferir que la tenencia, como figura

jurídica, tiene como objeto fundamental preservar el cuidado del menor cuando sus padres se encuentren separados, debiendo así, mantenerla aquel progenitor que se encuentre en mejores condiciones y quien pueda brindar un mayor aporte para su desarrollo íntegro (Perea, 2011). En última instancia, dicho proyecto pretende generar cambios fundamentalmente a la estructura relacional entre progenitores y sus acciones relativas a la adquisición y desempeño de responsabilidades y derechos de los padres en particular en los efectos que sobresalen de la tenencia compartida.

Naturalmente, la reforma de marco legal propuesto requiere una nueva estructura dentro de la cual puedan presentarse los principios relevantes para la adquisición de las responsabilidades y los derechos de los padres; haciendo una clara distinción en términos generales por un lado, entre la adquisición automática inicial de las responsabilidades y los derechos parentales de los padres biológicos de un niño; y, por otro, el papel de los diferentes tribunales en la asignación de las responsabilidades y los derechos de los padres a cualquier persona interesada (Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2017).

En lo que respecta a la adquisición automática de responsabilidades y derechos parentales, la estructura refleja el tratamiento diferenciado de las madres, por un lado, y los padres, por otro, y acomoda el creciente reconocimiento *ex lege* de padres biológicos como padres legales (Código Civil, 2014). Con ello, se ha creado por primera vez la posibilidad de adquirir responsabilidades y derechos compartidos de manera equitativa a través de un acuerdo de tenencia filial que no

contravenga los intereses del menor y que además promueva las buenas relaciones entre los padres de manera consensuada y normada (Coralí, 2015).

La tenencia compartida además de regular las relaciones entre padres separados con sus hijos busca preservar el interés superior del menor, dándole la oportunidad de ser criados por sus dos padres en igualdad de condiciones y de tiempo. El proyecto de reforma abarca muchos criterios, y su elemento principal, comprende que los niños puedan gozar del derecho que tienen de crecer en un ambiente sano, aun cuando sus padres no guardan relación de convivencia.; sin embargo, a efectos de aplicar esta figura, el Juzgador deberá actuar con amplia minuciosidad. Razón por lo cual, la garantía de los derechos constitucionales del menor se verían reflejadas en la acción eficaz del desenvolvimiento familiar y la convivencia equitativa con los padres.

El deber del Juzgador de escuchar al menor dentro del proceso

Tanto el derecho nacional como internacional sostienen que es obligación y deber del juzgador escuchar a los niños, así lo sugiere la ONU en la ficha técnica No. 2-12 de la Convención de los Derechos del Niño, que al respecto, señala que el menor tiene derecho a la expresión cierta de sus opiniones y puntos de vista en reunión y relación con las demás personas de su entorno (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989). Del mismo modo, el derecho nacional, al momento de referirse al principio supraconstitucional del interés superior del niño, señala que nadie podrá invocar dicho principio contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del menor involucrado que esté en condiciones de expresarla (Coódigo de la Niñez y la Adolescencia, 2014).

Para ello, el Estado deberá continuar impulsando los diferentes mecanismos que han servido para garantizar la no victimización del menor al momento de ser escuchado dentro de un juicio. Según el proyecto de ley de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para que el juez designe la tenencia compartida se tomará en cuenta en primer lugar lo que acuerden los progenitores, siempre y cuando esto no perjudique los derechos del menor. Se tomará en cuenta de la misma manera la edad del menor, si es lactante no existirá esta figura, ya que por sus necesidades y cuidados es obvio que al menos el primer año de edad, o en su primera infancia, esté con su madre. Lo mencionado no se haya especificado en la reforma de la ley, solo dice que se tomará en cuenta la edad. Otro de los factores a tomarse en cuenta es la opinión de los hijos que estén en condiciones de formarse un juicio propio (Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2017).

Corresponsabilidad de los padres

La Constitución de la República, en el artículo 69, incisos 1, 4 y 5, tácitamente expresa la protección de los derechos de los integrantes del grupo familiar, y la corresponsabilidad de la madre y el padre respecto de sus derechos y obligaciones hacia sus hijos (Constitución de la República, 2008). Con ello, también antecede la premisa de la corresponsabilidad entre el Estado y la familia, como sujetos constitutivos de la garantía de los derechos e intereses del menor. Es decir que, es deber del Estado buscar, mediante programas que apoyen a la familia, inculcar a los progenitores esta corresponsabilidad por igual, y así promover la igualdad de condiciones en el ejercicio de la paternidad (Grosman, 2012). En este sentido, se puede colegir de igual manera que dentro de los

artículos 96 y 97 del Código de la Niñez y Adolescencia, se hace referencia a la obligación de intervención estatal en cuanto a crear mecanismos y políticas que incentiven la protección y desarrollo del núcleo familiar, como parte de los planes de políticas sociales y económicas cuyo objetivo fundamental es lograr el desarrollo integral de sus miembros, en especial de los niños (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2014).

El artículo 100 del referido Código, manifiesta de manera expresa, la corresponsabilidad parental, desde aspectos como la igualdad de condiciones para el ejercicio de los derechos y obligaciones de la manutención y demás responsabilidades destinadas al desarrollo y protección de los hijos en común. En la revisión de los compromisos suscritos por el Ecuador sobre la protección de los derechos de las personas, se tiene a la Convención Americana de Derechos Humanos, que promueve la igualdad de derechos y equivalencia de obligaciones y responsabilidades de los padres, y que la legislación nacional ha adherido a su ordenamiento jurídico como elemento normativo supraconstitucional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). Además, sobre ello, se ha suscrito la Convención sobre los Derechos del Niño, que define como premisa principal, la protección del menor como el argumento de mayor prioridad para su desarrollo, y con ello, la supervivencia, vida estable y progreso para todos los países que lo han suscrito como la razón de la preservación y seguridad existencial de la humanidad (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Continuando con la revisión de la legislación supraconstitucional y los tratados internacionales, se debe referir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que coincide con la Convención Americana de Derechos humanos, en

el artículo 23 numeral 4, donde define que los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos progenitores, adoptando disposiciones que aseguren la protección del menor (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). En estos tratados internacionales se expone claramente, el principio de la corresponsabilidad parental como un aspecto equitativo para ambos padres y no solo de la madre, como se ha ido presentando en los últimos años, ya que, gradualmente el aparato judicial del Ecuador ha pretendido corregir mediante sentencias y proyectos de ley reformativos a la legislación de menores (Sentencia No. 048-13-SCN-CC, 2013).

Igualdad de género

La reforma a la legislación de menores sobre la tenencia compartida que prevé la igualdad de condiciones para el desempeño de la paternidad y las relaciones paternas que de ella se derivan, tienen como fundamento la igualdad de personas en cuanto a derechos, sin excepciones sobre el origen, sexo, opiniones políticas, etc., (Téllez, 2009). Esta definición que tiene sus inicios en la desigualdad de género, manifestando como relaciones de género jerárquicas a los hombres por encima de las mujeres, siendo estas consideradas inferiores y menos valiosas únicamente en virtud de su sexo. Aunque la literatura se centra principalmente en las mujeres, se reconoce que los hombres en la sociedad machista, también sufren comportamientos y políticas que fomentan las relaciones jerárquicas de género.

La jerarquía de género se manifiesta en las relaciones familiares, las costumbres, las valoraciones del trabajo de las mujeres y el poder de tomar decisiones en la sociedad; la familia, el lugar de trabajo, las instituciones

religiosas y otras instituciones culturales. Dicha jerarquía es evidente en las oportunidades relativas que se ofrecen a las mujeres y las niñas para el desarrollo, la educación, la salud y la nutrición y en el patrón de violencia entre los sexos, generalmente aceptado por ambos géneros, y normalmente no cuestionada dentro de su contexto cultural (Murillo, 2014). La igualdad de género, por el contrario, se expresa en actitudes, creencias, comportamientos y políticas que reflejan la igualdad de valor y la provisión de oportunidades para ambos.

En la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se pueden encontrar más definiciones de la desigualdad de género, como la aprobada en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La convención define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o restricción hecha sobre la base de su sexo en el campo político, económico, social, cultural, civil o de cualquier otro (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979). La falta de discriminación en este sentido podría considerarse igualdad de estatus entre hombre y mujer; en oposición a la jerarquía de poder entre géneros o a un separatismo en el que todos son interesados y autónomos. En la igualdad de género, todos los individuos poseen un nivel similar de poder y tratan a otras personas con respeto y consideración, independientemente de su sexo.

Lo referido brevemente, cobra sentido si tan solo se analiza el artículo 106 del CNA, cuando de forma evidente, hace preferencia a favor de la madre en cuanto a la tenencia del menor, aun cuando la Constitución prevé la igualdad de género como un derecho fundamental. En razón de aquello, en el año 2015, el Dr. Farith Simón Campaña, en su calidad de director de clínicas jurídicas de la

Universidad San Francisco de Quito, presentó una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 106, incisos 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, aduciendo que la referida norma violenta derechos y garantías del padre, madre y los hijos, y que se contrapone a lo que subsume la Constitución de la República en sus artículos 11, inciso 2 y artículo 66, inciso 4. Esta norma, advierte el mencionado jurista, es injustificada, pues hace distinción entre padre y madre (hombre y mujer), basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2015).

Es por esta razón que se deben adoptar medidas de conciliación laboral y familiar que impliquen una ruptura con la división espacio – género y la explotación patriarcal, propiciando una redistribución entre géneros del trabajo tanto en el espacio público como doméstico. Esto implica que los centros de trabajo cuenten con servicios, infraestructuras y horarios de trabajo compatibles con sus necesidades de cuidado humano y que favorezca a la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y las obligaciones familiares; en que no solo la madre, sino ambos, puedan tomar el permiso de paternidad o maternidad (Noguera, 2014).

Legislación comparada

Sistema legislativo español

La legislación española ha definido la figura de la tenencia, como guarda compartida, en el artículo 92, inciso 5, 6 y 7 de su Código Civil, donde establece el ejercicio en igualdad de condiciones para la tenencia, sobre una solicitud de propuesta de convenio regulador o un acuerdo mutuo como resultado del proceso legal. Es decir, que los progenitores pueden acordar la tenencia compartida de

manera extrajudicial, pero con efectos jurídicos, o pueden consensuarlo mediante un proceso o juicio (Código Civil del Reino de España, 1974). Esta medida en toda España se la considera normal y preferente, y aun cuando ninguno de las dos partes solicite la tenencia compartida, el juez la podrá otorgarla si lo cree conveniente, siempre y cuando se proteja el interés del menor.

Esta comparación expone los argumentos que sobresalen del proyecto de reforma de Ley, pues sienta las bases para la resolución de conflictos entre progenitores, y con ello se evita la afectación psicológica y desarrollo del niño y/o adolescente. Un aspecto que resalta de la legislación española, es la consideración de la edad de los niños como un requisito obligatorio al momento de otorgar una tenencia compartida, y en algunos fallos estipulan que esta figura no es hábil a un menor a 6 años, ya que se aduce que a esta edad el niño puede presentar situaciones de inestabilidad emocional al no comprender lo que está pasando, por lo que es preferible que, durante este tiempo, el menor conviva con su madre, ya que es la figura con la que relacionan mayor apego en sus primeros años, regulando, por supuesto, un régimen de visitas para el padre.

En la ejemplificación de la legislación comparada española, se presenta un fallo del Tribunal Supremo del 19 de julio del 2013, en que un padre demandó la guarda y custodia compartida de sus hijos, y el Tribunal Supremo resolvió, otorgar la custodia compartida a los padres por periodos de 15 días, con cada progenitor donde ambos atenderán de manera equitativa los alimentos cuando los tenga consigo y para los gastos extraordinarios como; salud, educación, vestimenta, entre otros, creará una cuenta conjunta donde cada uno pagará la mitad (Custodia compartida, 2013). En contradicción a ello, en otro fallo del 11 de

febrero del 2016, un caso de divorcio en que los progenitores llegan al acuerdo de la tenencia compartida, el Tribunal Supremo le otorga y la regula en periodos de 4 meses con cada progenitor, obligando al padre a una pensión de alimentos en virtud que la madre no tenía ingresos propios, y expresa la guarda y custodia compartida alegando que no exime del pago de la pensión de alimentos dada la diferencia entre los ingresos de ambos padres, demostrando el rol facultativo de la decisión del Juez (Custodia compartida, 2016). Se entiende entonces que, al igual que en Ecuador, no existe una regulación de alimentos en el tema de tenencia compartida; por lo que, queda a potestad del juez, que deberá hacer un estudio de cada caso en particular para que los encargados de impartir justicia puedan tomar una decisión adecuada.

Sistema legislativo argentino

La legislación argentina ha establecido la figura de tenencia compartida, bajo el precepto jurídico de custodia compartida o responsabilidad parental en conjunto, tipificado en el Código Civil, en base a la reforma del 25 de septiembre de 1985 (Código Civil Argentino, 1985). La ejemplificación oportuna para este documento surge de una sentencia dada en el año 2008, donde la Cámara de Apelación de lo Civil de Buenos Aires, resolvió la corresponsabilidad del ejercicio de derechos y obligaciones de un padre que no tenía acceso a visitas por causa de impago en transacciones de dinero por manutención, y que mediante la figura de la custodia compartida, el Juez pudo ordenar la equidad e igualdad de condiciones para ambos progenitores en base al ejercicio pleno de la responsabilidad parental; con ello, se impuso un modelo de legalidad que evidencia la equiparación de derechos entre hombres y mujeres, padres y madres

(Sentencia No. 85.890, 2014). Este fallo marca los lineamientos del derecho comparado argentino, con los cambios que se están proponiendo en la legislación ecuatoriana, como una figura que dará paso a la prevención de la vulneración de derechos y garantías constitucionales en el ejercicio de la patria potestad, la tenencia compartida, y el derecho superior del menor como elemento fundamental para las iniciativas legislativas que aborden la temática sobre el derecho de familia y la protección de la sociedad como núcleo del Estado.

Propuesta

El tiempo de convivencia debería ser equitativo en número de días en meses del año y en igualdad de condiciones para la manutención, pero observando la situación económica y laboral e individual de ambos padres. El Juez al momento de definir la tenencia compartida del menor, debe proporcionar un espacio común en el manejo de responsabilidades cotidianas que implica vivir en dos hogares y administrar sus pertenencias, horarios, escuela y amigos. Con ello, las posibles razones que se proponen pretenden evitar que la equidad e igualdad que presenta la tenencia compartida, no tenga el efecto esperado, es decir que no sea beneficiosa, debido a que ambos roles paternos ejercidos de manera individual por padre y madre no deben afectar al desarrollo del menor, por lo que, la igualdad de condiciones manifiesta un avance del derecho en la resolución de situaciones de desventaja de niños y adolescentes en el crecimiento y estabilidad familiar.

Conclusiones

1. El principio del interés superior del niño es el factor esencial dentro de la discusión que se expone dentro del proyecto de reforma de Ley planteado

por el Ejecutivo, por tal razón, se requerirá un cierto activismo judicial por parte de los jueces y funcionarios judiciales para asegurar que cada caso único, sea atendido por sus propios méritos.

2. La figura de la tenencia compartida es una herramienta para la prevención de conflictos familiares generados por temas de visitas y ejercicio de derechos y obligaciones en la relación parento – filial.

Referencias bibliográficas

Albán, E. (2003). *Derecho de la niñez y adolescencia: Interés superior del menor* (Segunda ed., Vol. VI). Quito, Pichincha, Ecuador: EPE.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil y preceptos jurídicos del interés superior de menores* (Quinta ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Editoria S.A.

Camargo, P. P. (2012). *Manual de Derechos Humanos: Principios jurídicos de protección del derecho del menor* (Sexta ed., Vol. II). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Leyer Editores.

Cervantes, G. H. (2010). *La pérdida de la patria potestad y el interés del menor* (Segunda ed.). (U. A. Barcelona, Ed.) Barcelona, Cataluña, España: Escuela de Posgrado.

Coralí, S. E. (2015). *Tenencia compartida y desarrollo integral del niño, niña y adolescente a nivel del primer juzgado transitorio de familia* (Primera ed., Vol. I). Lima, Perú: Escuela Académica Profesional de Derecho.

- González, J. A. (2014). *Elementos de Derecho Civil: El ejercicio de la patria potestad y la custodia compartida* (Tercera ed., Vol. II). México D.F., México: Trillas S.A.
- Grosman, C. (2012). *El proceso de divorcio: Derecho y realidad* (Segunda ed., Vol. II). (UBA, Ed.) Barcelona, Cataluña , España: Abaco.
- Holguin, J. L. (2008). *Derecho Civil del Ecuador: Filacion, estado civil y alimentos* (Cuarta ed., Vol. II). Quito, Pichincha, Ecuador: Corporacion de estudios y publicaciones.
- Lártiga, G. R. (2012). *Explicaciones del derecho civil, derecho de las personas y de la familia* (Primera ed., Vol. V). Santiago, Chile: Legal publishing Chile.
- Lasarte, C. (2011). *Patria Potestad, guarda y custodia* (Primera ed., Vol. I). (D. d. Civil, Ed.) Madrid, España: UNED.
- Murillo, S. (2014). *La Ley de igualdad efectiva entre hombres y mujeres*. Informe ministerial, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaria General de Políticas de Igualdad, Madrid.
- Noguera, A. (2014). *La equidad de género y sus principios constitucionales* (Cuarta ed., Vol. II). (CEDEC, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de estudios y difusion del Derecho Constitucional.
- Perea, J. M. (Octubre de 2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. (U. d. Málaga, Ed.) *Revista para el Análisis del Derecho*, II(4/2011), 9-11.
- Rabinovich-Berkman, R. (2013). *Derecho Civil parte general* (Cuarta ed., Vol. II). Buenos Aires , Argentina: Astrea.

Reyes, J. A. (2010). *Manual de derecho civil* (Tercera ed., Vol. II). Lima, Perú: Editores Jurista .

Rodríguez, S. (2014). *Derecho de familia: El interés superior del menor y la patria potestad, contexto conceptual*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D.F.: Aranzadi, SA.

Simón, F. (2014). *Interés superior del niño: Tecnicas de reduccion de la discrecionalidad absoluta* (Segunda ed., Vol. II). Quito, Pichincha, Ecuador: Ediciones Iuris Dictio.

Suntura, J. H. (2008). *El interés del menor en la custodia compartida* (Primera ed., Vol. I). Salamanca, España: Instituto de Estudios Jurídicos de la Universidad de Salamanca.

Téllez, H. (2009). *La incorporación legislativa de la licencia de paternidad, como mecanismo para fortalecer la equidad de género* (Primera ed.). (E. d. Democracia, Ed.) México D.F., México: FLACSO.

Torres, L. R. (2010). *La adopción de una medida de protección, garantía y reestablecimiento de derechos de las niñas y niños* (Primera ed., Vol. II). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: FCJ.

Vega, A. (2015). *Hacia un nuevo convenio latinoamericano de Derechos Humanos: El derecho superior en grupos vulnerables* (Quinta ed., Vol. I). (CEDEC, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de estudios y difusion del Derecho Constitucional.

Bibliografía

Acción Pública de Inconstitucionalidad, Caso No. 0028-15-IN (Sala de Admisión 28 de abril de 2015).

Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Consejo de Administración Legislativa.

Código Civil. (2014). *De la patria potestad* (Vol. III). (A. N. Ecuador, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.

Código Civil Argentino. (1985). *Título I: De los menores, Título XI: Sección segunda, de los derechos personales en las relaciones de familia* (Cuarta ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina : Platense S.A.

Código Civil del Reino de España. (1974). *Real Decreto: Legislación consolidada* (Vol. III). (P. d. Moncloa, Ed.) Madrid, España: BOE.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2013). *Título III: Derechos, Garantías y Deberes: Artículos 21, 22*. (Vol. III). Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2014). *Artículo 11. Interés superior del niño - Artículo 12. Prioridad absoluta* (Vol. III). (A. N. Ecuador, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2014). *Título II: De la patria potestad*. (A. Nacional, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.

Constitución de la República. (2008). *Protección integral de los derechos de la familia* (Vol. II). (A. N. Ecuador, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.

Constitución de la República. (2008). *Título I, Elementos constitutivos del Estado:*

Deberes primordiales y garantías. Título II, Derechos: Niñas, niños y adolescentes. (A. Constituyente, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.* Informe jurídico, CIDH, San José.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (1979). *Resolución 34/180.* Organización de las Naciones Unidas, Nueva York.

Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). *Interés superior del niño: Garantías institucionales de los Estados suscriptores. Artículos 3, 4 - 5.* Legislación sobre los derechos del niño, ONU, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, Nueva York.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2014). *Libro II: El niño, niña y adolescente y sus relaciones de familia: Artículos 96, 97, 100* (Vol. II). (A. N. Ecuador, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.

Custodia compartida, Sentencia No. 495/2013 (19 de julio de 2013).

Custodia compartida, Sentencia No. 55/2016 (11 de Febrero de 2016).

Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2016). *Índice de divorcios en el Ecuador: Aumento de 27% entre periodo 2006 - 2016.* Informe estadístico , INEC, Departamento de Estadística, Quito.

Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (2017). *Artículo Único: Sustitúyase los Títulos I, II, III, IV y V del Libro*

Segundo del CONA. Proyecto de Reformatorio de Ley, Asamblea Nacional del Ecuador, Quito.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). *Resolución XXI: Promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.* ONU, Oficina del Alto Comisionado para la protección de los derechos humanos, Nueva York.

Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso No. 0179-12CN (Primera y Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha 04 de Septiembre de 2013).

Sentencia No. 064-15-SEP-CC, Caso No.0331-12-EP (Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia 27 de Abril de 2013).

Sentencia No. 85.890 (Sala Quinta de lo Civil 12 de julio de 2014).

