



Recibido: 13/12/2023 Aceptado: 08/05/2024

La tenencia compartida basada en el interés superior de niños, niñas y adolescentes en Ecuador (Original).

Shared tenure based on the best interest of children and adolescents in Ecuador (Original).

Tannia Jessenia Ganán Martínez. Licencia de Educación Básica. Facultad de Jurisprudencia. Universidad Indoamérica. Ambato. Ecuador.

[tganan@indoamerica.edu.ec] [<https://orcid.org/0009-0006-5499-5017>]

Alexandra Anabel Jaramillo León. Licenciada en Derecho. Magister en Derecho. Universidad Indoamérica. Ambato. Ecuador.

[alexandrajaramillo@uti.edu.ec] [<https://orcid.org/0000-0002-7556-1166>]

Resumen

En función del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, las necesidades tanto físicas como emocionales de los niños deben ser satisfechas en primera instancia, incluso, antes que las de los adultos. El problema de investigación radica en que la tenencia es una figura jurídica basada en que solo uno de los progenitores será el encargado del cuidado y la protección del hijo; dejando al otro progenitor supeditado a un horario semanal destinado a las visitas. Es por esta razón que resulta indispensable y de gran impacto en Ecuador, establecer la tenencia compartida como una forma de garantizar el bienestar del niño, niña y adolescente. Dentro de la investigación, el objetivo general que se plantea es analizar la tenencia compartida basada en el interés superior de niños, niñas y adolescentes en Ecuador. La metodología que se emplea es de enfoque cualitativo, toda vez que se describen las características del problema investigado. Asimismo, uno de los métodos de investigación es el inductivo; por cuanto se parte del análisis de principios generales como el interés superior del niño, así como el empleo del método comparativo entre la legislación de Colombia, Chile y Ecuador, lo que permite determinar las conclusiones particulares.



Palabras clave: derecho de familia; Ecuador; interés superior del niño; tenencia compartida

Abstract

Based on the principle of the best interests of children and adolescents, the physical and emotional needs of children must be met in the first instance, even before those of adults. The research problem lies in the fact that possession is a legal figure based on the fact that only one of the parents will be responsible for the care and protection of the child; leaving the other parent subject to a weekly schedule for visits. It is for this reason that it is essential and of great impact in Ecuador to establish shared ownership as a way to guarantee the well-being of the child and adolescent. Within the research, the general objective is to analyze shared ownership based on the best interests of children and adolescents in Ecuador. The methodology used is a qualitative approach, since the characteristics of the problem investigated are described. Likewise, one of the research methods is inductive; Since, it is based on the analysis of general principles such as the best interests of the child, as well as the use of the comparative method, between the legislation of Colombia, Chile and Ecuador, the particular conclusions can be determined.

Keywords: family law; Ecuador; best interests of the child; joint custody

Introducción

En la legislación ecuatoriana, el Estado es el máximo garante de los derechos constitucionales, por lo cual, en la Constitución de la República de Ecuador se reconoce a los grupos de atención prioritaria. En ese sentido, el artículo 44 establece lo siguiente:

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 (Constitución de la República de Ecuador, 2008).

Por lo que, de acuerdo con el precepto constitucional, los derechos de los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección especial, amplia y superior al de las demás personas. Todo el aparato estatal debe establecer los mecanismos necesarios dentro del ámbito normativo, institucional y jurisdiccional, a fin de garantizar el pleno ejercicio de estos derechos. En atención a la misma carta constitucional, los derechos son de aplicación directa e inmediata por parte de los servidores públicos administrativos o judiciales, sin necesidad de dilatar o perjudicar a este grupo de la sociedad, razón por la cual se establecen las vías procesales adecuadas para el efecto.

Después del Estado, son los progenitores quienes deben velar por el bienestar de sus hijos, garantizar que sus necesidades se vean cubiertas y procurar su desarrollo integral, tanto en el ámbito físico, como emocional. En ese sentido, el artículo.21 determina el derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022).

Lo anterior implica que la normativa infra constitucional ya determina y garantiza el cuidado que los padres deben otorgar a sus hijos. Sin embargo, cuando las familias no conviven dentro de un mismo núcleo familiar, este derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes



se ve restringido y, hasta cierto punto, limitado. Toda vez que los niños no pueden compartir de forma permanente con sus dos progenitores. Es derecho de los niños fomentar y desarrollar las relaciones filiales, tanto con su padre, como con su madre, pero en las ocasiones que por circunstancias ajenas los padres están separados, es solo uno de ellos quien se encarga del cuidado y protección del hijo.

El derecho avanza conforme la sociedad lo hace también. Sin embargo, no se reconoce dentro de la legislación específicamente procesal, el cuidado y protección que ambos tienen que darle a su hijo, cuando no conviven dentro de un mismo hogar. Por lo que la presente investigación cobra importancia, la figura de la tenencia compartida es una figura aun no reconocida en el ordenamiento jurídico pero muy necesario ya en la práctica de la sociedad.

En temas de niñez y adolescencia existe un principio rector que debe ser el eje fundamental para el desarrollo normativo, el principio de interés superior del niño, el cual busca satisfacer todas las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, principio que debe ser acatado por el Estado, por sus autoridades administrativas y/o judiciales, por los progenitores y toda la familia de un niño, con el único objeto de garantizar su desarrollo integral.

Es por tal motivo que la presente investigación se realiza bajo un enfoque cualitativo de investigación, toda vez que su análisis se centra en la descripción del objeto de estudio, a través del método inductivo y comparativo, ya que se ha hecho un análisis de la legislación colombiana, chilena y ecuatoriana, en donde se observa la figura de la tenencia compartida y se concluyen premisas acerca del objeto de estudio.

Desarrollo

Tenencia compartida en Ecuador



En primer lugar, es necesario señalar lo que el Código de la Niñez y Adolescencia (2022) establece al respecto:

Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo la regla del artículo 106 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022, artículo 118).

El artículo establece de manera clara que la tenencia puede ser confiada a uno de los progenitores, sin importar cuál sea, e incluso, se podría considerar que en el mejor escenario se confíe a ambos. Sin embargo, lamentablemente esta decisión se ve condicionada por las reglas establecidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador, que se enfoca principalmente en aspectos económicos. Además, existe una preferencia hacia la madre al momento de tomar esta decisión, lo cual genera contradicciones en el sistema.

Se debe tener en cuenta una de las disposiciones del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece que el niño debe ser escuchado de manera confidencial y que su opinión, basada en su nivel de madurez o edad, tiene un peso fundamental al decidir sobre casos de tenencia o disputas de patria potestad. En este sentido, es crucial escuchar al hijo y valorar sus respuestas durante la audiencia reservada. Cuando se trata de hijos menores de doce años, el juez considerará cuidadosamente sus opiniones, teniendo en cuenta su criterio sano y su nivel de madurez. Por otro lado, cuando se trata de un hijo mayor de doce años, su declaración será obligatoria para el juez.

También se podría plantear que la obligatoriedad de escuchar al niño se aplique en todos los casos, dejando de lado únicamente, cuando exista un informe desfavorable por parte de psicología o trabajo social y las pruebas no se centren en el interés superior del niño, niña o



adolescente, que debe ser el objetivo principal del debate. Asimismo, es crucial descartar la práctica tradicional de dar preferencia automáticamente a la madre en los casos de separación de los padres que continúan ejerciendo la patria potestad conjunta. En su lugar, se debe priorizar el desarrollo integral del niño, niña y adolescente sin ningún tipo de discriminación.

Por lo tanto, es importante que ambos padres continúen cumpliendo con sus responsabilidades y lleguen a acuerdos en cuanto a la crianza y custodia de sus hijos, como si nunca hubieran dejado de estar juntos, ya sea, por un divorcio o una separación. Se comprende que la tenencia compartida ofrece una opción para asegurar la igualdad, tanto formal como sustantiva. En primer lugar, es necesario que el legislador actualice la legislación y promulgue una nueva ley que esté en línea con los mandatos constitucionales, otorgando un espacio obligatorio para esta forma de custodia. Esta decisión debe basarse en el criterio del niño. Es importante recordar que el tema en discusión se centra en el bienestar de los hijos y no en los intereses de los padres.

En palabras de Ordoñez & Fajardo (2022):

Los progenitores deben ayudar y poner en práctica sus obligaciones como una familia nuclear, lo cual es de vital importancia para los hijos y su crianza, evidenciando que los familiares que solo se componen de una madre o padre dificulta el goce de derechos a favor de los descendientes y en el desarrollo al hablar de la crianza, afectando la relación parento-filial, la comunicación, la armonía en la convivencia y el desempeño académico, por lo que la participación igualitaria busca obtener que los progenitores obtengan un resultado favorecedor. (p.1024)



De esta manera, se fomenta el crecimiento de los niños, niñas y adolescentes en un entorno que les permite tener una relación sin restricciones con ambos padres, evitando cualquier forma de discriminación y asegurando la igualdad en todos los aspectos. El objetivo principal es salvaguardar el interés superior del niño para que pueda disfrutar de una vida mejor en el futuro, desarrollándose plenamente con la presencia de ambos padres. Esto también ayuda a evitar conflictos constantes relacionados con pensiones alimenticias o incumplimiento de los horarios de visita en un régimen limitado.

Tenencia vs Patria Potestad

Cuando uno de los padres muestra desapego, los niños tienden a experimentar un desarrollo desequilibrado, que afecta diversos aspectos de su salud emocional. Esto puede dar lugar a episodios de depresión, aislamiento del entorno, incluso del círculo familiar, trastornos de personalidad y comportamientos fuertes en situaciones que para otros seres humanos serían normales.

Brusco & Villalobos (2020) sostienen que resulta difícil adaptarse a las circunstancias y, en muchos casos, su rendimiento escolar se ve directamente afectado. En situaciones extremas, pueden incluso caer en adicciones que comprometen gravemente su salud. Para evitar estas situaciones tan angustiantes, los padres deben poner en primer plano el cuidado y la felicidad de sus hijos, dejando de lado cualquier conflicto entre ellos. Su enfoque principal debe ser el bienestar de los niños, ya que esto desempeña un papel fundamental en su crecimiento físico, emocional y social. Asimismo, es esencial buscar maneras de fortalecer los lazos entre el padre, la madre y el hijo.

Las relaciones entre padres e hijos son consideradas fundamentales y esenciales.

Parafraseando a Brusco & Villalobos (2020), la familia se establece como el contexto natural en



el que los hijos crecen y desarrollan todas sus capacidades físicas, psicológicas y sociales. En este contexto, los vínculos primordiales son aquellos que se establecen entre padres y madres, así como entre padres e hijos. Estos vínculos son los que nutren y sostienen el entorno familiar.

El vínculo entre padres e hijos menores de edad se basa en derechos y obligaciones de responsabilidades que los padres deben cumplir, que pueden ser las morales o las que se han establecido por la legislación, la cual les otorga poderes y facultades sobre la persona y los bienes de sus hijos, con el propósito de garantizar su protección y favorecer su desarrollo integral en la sociedad. Parafraseando a Soriano (2020), esta relación se entiende como un vínculo jurídico que une a dos personas, en el cual una es descendiente de la otra, y puede surgir tanto por lazos biológicos como por actos legales. Es una asociación reconocida y regulada por la ley, que implica derechos y obligaciones para todos los miembros involucrados.

Los autores citados están de acuerdo en que la relación entre padres e hijos se fundamenta en un conjunto de derechos y responsabilidades conferidos a los padres, que orientan la manera en que sus hijos se relacionan en la sociedad. Esta relación surge a partir de la formación del núcleo básico de la comunidad, conocido como familia. En esta investigación, se entiende que las relaciones paterno-filiales son el vínculo o conexión que existe entre los progenitores y sus hijos, ya sea por lazos biológicos o por actos legales. A través de estos, el marco legal otorga a los padres ciertos derechos y deberes que deben cumplir de manera integral.

Es importante recordar que la custodia compartida constituye una obligación de los padres, y el Estado juega un papel crucial en garantizar el acatamiento de lo que la legislación establece. Los padres deben asumir la responsabilidad de cuidar a sus hijos, especialmente hasta que alcancen la mayoría de edad. El Estado tiene la obligación de reconocer y garantizar la vida de todas las personas, y debe prestar especial atención al cumplimiento de estas normas cuando



se trata de edades vulnerables. La tenencia de los hijos por parte de los progenitores es un interés prioritario para el Estado, por lo que se ha creado un código exclusivo para garantizar los derechos de los niños y adolescentes en todos los aspectos.

Es necesario destacar que, dependiendo del acuerdo al que lleguen los padres, en muchos casos, el Estado puede requerir, a través de sentencias, el acatamiento de las obligaciones hacia los niños. Sin embargo, más allá de la perspectiva de los padres, es fundamental que ambos participen en el bienestar de los hijos en el entorno social y familiar, contribuyendo así a su futuro y proyecto de vida. El Código de la Niñez y Adolescencia (2022) define las obligaciones vinculadas a la custodia de menores y permite que los niños y adolescentes se expresen ante un juez para comunicar sus necesidades. El Estado acatará los acuerdos entre los padres, siempre que estos no menoscaben los derechos de los menores.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1990), en todo su contenido reconoce que los niños, como seres humanos menores de 18 años, tienen el derecho a un pleno desarrollo físico, mental y social, así como el derecho a expresar libremente sus opiniones. Esta convención se considera un modelo para la salud, la supervivencia y el bienestar de la humanidad. Por lo tanto, los Estados que son parte de este convenio deben adoptar medidas y mecanismos legislativos, administrativos y sociales para garantizar la protección de los menores. Esto incluye la prohibición de cualquier forma de daño físico o psicológico, negligencia o maltrato que pueda tener consecuencias negativas para el niño o adolescente mientras se encuentre bajo la custodia de los progenitores (Naciones Unidas, 2014)

En consecuencia, la Corte Constitucional ha señalado que existe confusión entre algunos profesionales, en cuanto a la importancia de los artículos 106, N° 2 y 4, del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA). Estos artículos se refieren a la resolución de conflictos relacionados con



el cuidado, educación y otros aspectos de los hijos, pero no se aplican a lo relacionado con la patria potestad, la cual no depende del vínculo parental. Con respecto a los problemas legales detectados y los puntos planteados por los *amicus curiae*, el tribunal procede a evaluar si los elementos 2 y 4 del artículo 106 de la CONA son conformes a la Constitución. En este proceso, se torna necesario abordar cuestiones vinculadas a la custodia y la responsabilidad parental.

En el informe se resalta que, según lo establecido en la Observación General N. 14/13, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes es prioritario sobre otros beneficios, por lo que es necesario evaluar la tenencia para tomar decisiones al respecto. Asignar automáticamente la tenencia a la madre, sin considerar las responsabilidades compartidas, sería discriminatorio y la corte tomará decisiones con rigidez en este sentido (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

Los argumentos presentados por los demandantes se centran en impugnar las normas relacionadas con la obtención de la tenencia. En las declaraciones presentadas por los *amicus curiae* y las partes durante la audiencia del 9 de febrero de 2017, es esencial evaluar la significación del procedimiento y la identidad de los participantes legales involucrados.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 69, apartados 1 y 5, establece que:

Se promoverá la paternidad responsable, los padres estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de los niños, en particular al encontrarse separados, lo que permite salvaguardar los derechos familiares. El Estado producirá la corresponsabilidad parental, que rondará y verificará la práctica de los derechos proporcionados con los padres y niños. (p. 32)



El principio de corresponsabilidad parental implica que ambos padres comparten la responsabilidad hacia sus hijos, lo cual abarca tanto los derechos como las obligaciones a nivel personal y financiero. En caso de separación o divorcio, la parentalidad implica que el padre y la madre cumplen sus responsabilidades de manera equitativa con los hijos, tomando decisiones de forma conjunta y siempre buscando el mejor interés de los niños, niñas y adolescentes.

Considerando que la declaración de inconstitucionalidad es una medida de último recurso, la Corte determina que la norma impugnada es contradictoria al principio de correspondencia, no cumple con la no discriminación, y no garantiza el interés superior de los niños, niñas y adolescentes ni la corresponsabilidad parental. Por lo tanto, la norma debe ser eliminada del ordenamiento jurídico. La Corte observa que el artículo 106 se refiere únicamente a las reglas para otorgar la tenencia, ya que el mismo Código establece que la patria potestad se ejerce de manera conjunta (Quezada, 2022).

En otras palabras, este artículo no aborda la asignación de la patria potestad a uno de los padres, ya que se enfoca en su ejercicio conjunto. En cambio, promueve que la responsabilidad parental compartida se aplique incluso en situaciones de custodia exclusiva, con el objetivo de que ambos padres asuman de manera equitativa los derechos y deberes, siempre considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La Constitución, como la norma más importante y suprema en un Estado basado en los derechos, incorpora en su contenido el principio de corresponsabilidad parental, reconocido en el artículo 69, numeral 5 de la Constitución del 2008, el cual establece que "El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 14).



Este principio implica que aspectos básicos de crianza, educación, salud,, en general todo lo relacionado con el bienestar del niño, no recae exclusivamente en uno de los padres, sino que ambos progenitores tienen la obligación de compartirlo de manera justa y con una alta dosis de responsabilidad.

Interés Superior del Niño

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tiene como objetivo garantizar los derechos de todas las personas, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, quienes gozan de una amplia aceptación en el ámbito del derecho internacional. Según las Naciones Unidas (2014), este sistema de protección de derechos ha sido reconocido desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Liga de las Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos del Niño que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

Estos instrumentos internacionales reflejan el compromiso global de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta última convención se destaca por ser un acuerdo internacional que ha sido ratificado por múltiples naciones, lo cual refleja la creencia y reconocimiento de los derechos fundamentales de los distintos grupos etarios. Este principio se encuentra reflejado en la Constitución y determina lo siguiente:

Los Estados, las sociedades y las familias deben dar prioridad a la promoción del pleno desarrollo de los niños, asegurando la plena realización de los derechos y respetando el principio del interés superior que presentan una prioridad sobre otros derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 44).

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de las demás personas, merecen un trato y una protección especial por parte del Estado en cuanto a la



creación de mecanismos jurídicos que aseguren su protección. Por lo tanto, es importante señalar que dentro del marco legal de Ecuador, también se hace referencia a este principio, como se evidencia en el Código de la Niñez y la Adolescencia (2022), que lo describe de la siguiente manera:

Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (artículo 11).

Es fundamental que el Estado de Ecuador promueva el interés superior del niño y priorice la responsabilidad de los padres, ya que, después del divorcio, tanto la madre como los hijos suelen enfrentar dificultades. Los niños requieren el respaldo de ambos padres para su desarrollo y bienestar, de ahí la importancia de salvaguardar el máximo bienestar de los niños mediante procedimientos de mediación, con el objetivo de alcanzar acuerdos óptimos entre los padres. En situaciones en las que no sea factible llegar a un consenso, es fundamental fortalecer la responsabilidad parental y garantizar la equidad en los derechos y deberes de ambos progenitores.

Las palabras de Mera & Jaramillo (2022) resumen la idea sobre el interés superior del niño de la siguiente forma:

De esta manera, tanto los instrumentos internacionales, como la Carta Suprema ecuatoriana y el Código de la Niñez y Adolescencia no permiten que se vulneren los derechos que les corresponde a los niños, niñas o adolescentes por ser titulares de este, generando medidas de protección especial a través de la administración de justicia competente, quien se encargará de exigir su debido cumplimiento. (p.108)



El interés superior del niño como principio goza de reconocimiento internacional, de igual forma, como derecho se encuentra contenido en cada una de las legislaciones de Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El interés superior del niño se desarrolla al punto de ser considerado como todo un aparato de protección hacia los niños, niñas y adolescentes. Fomentando de manera prioritaria su atención, la satisfacción de sus necesidades, tanto físicas como emocionales. Todo esto con el fin de garantizar su desarrollo integral.

Derecho comparado: Ecuador, Chile y Colombia sobre la tenencia compartida

Dentro de este punto, es necesario observar cómo las legislaciones de diferentes países han desarrollado el tema. Al respecto, en la mayoría de países latinoamericanos, de manera especial, Chile, Colombia y Ecuador han determinado que será la madre quien de manera preferente se encargará del cuidado y protección de los hijos. Esto debido al constructo social llamado género que, durante muchos años ha provocado en la sociedad en general una brecha enorme entre hombres y mujeres.

Chile

En el marco de legislativo de Chile, parafraseando a Lathrop (2018), a partir de la promulgación de la ley del año 1990, se da un giro rotundo y se reconoce que todos los individuos son iguales y; por ende, tienen los mismos derechos. Esta premisa da lugar a que dentro de la legislación chilena se incluya el interés superior del niño como una garantía de tutela de sus derechos.

Por lo expuesto, cabe analizar la legislación chilena referente a la tenencia compartida. Se inicia con el término *tuición* que, de acuerdo con el Diccionario de Real Académica de la Lengua Española (2023), significa: “Acción de guardar o defender” (p.88). Dentro del ámbito jurídico, la



tuición es el deber y derecho que tienen los padres como el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes; en Chile, la madre tenía el privilegio de quedarse con el niño, niña o adolescente en el caso que exista un divorcio o separación entre los padres.

La custodia compartida es un arreglo familiar que ocurre después de la separación matrimonial o de pareja. Se basa en el principio de la responsabilidad compartida de los padres y permite que ambos progenitores participen de manera activa y equitativa en el cuidado de sus hijos. En términos de la residencia, esto implica que cada uno de los padres vive con los hijos en períodos sucesivos de duración establecida. La custodia compartida se basa en la corresponsabilidad parental, dándoles las facultades de convivencia, cuidado y protección a los dos progenitores, permitiendo a los menores de edad, una convivencia armónica con sus padres, después de un divorcio o separación.

En Chile se crea una ley llamada Tuición compartida. Al respecto Roizblatt et al. (2018) sostienen que en la mencionada ley, dentro de la figura de la filiación, es fundamental la modificación de las normas establecidas para garantizar el cuidado y protección de los hijos. Asimismo, se ha realizado una modificación en el Código Civil con el propósito de salvaguardar la integridad de los niños, niñas y adolescentes cuando sus padres viven separados. De esta manera, se busca que los padres, a pesar de estar separados, puedan compartir la responsabilidad parental, la patria potestad y participar activamente en la crianza, cuidado y educación de sus hijos.

En la ley de Tuición chilena del año 2013 se determina que en el caso de padres separados, tienen la opción de decidir conjuntamente con quién vivirá su hijo. Si ambos están de acuerdo, pueden obtener la custodia de los menores, siempre y cuando demuestren estabilidad



emocional y económica, con lo que se suple la desventajosa idea de que el menor de edad estuviera bajo la tenencia de un solo progenitor, subsanando así el vacío legal que aun la legislación ecuatoriana mantiene, otorgando mayor énfasis a la construcción de una cultura de paz idónea en el seno familiar, llevándolo a la correcta adecuación en materia de derecho.

La solicitud de custodia compartida puede llevarse a cabo cuando los padres se separan, siguiendo el procedimiento correspondiente. Esto puede incluir un acuerdo mediante una escritura pública, en que un notario certifica y valida dicho acuerdo. Es importante que esté firmado por ambos progenitores y establezca de manera clara, los períodos de tiempo que el hijo pasará con cada padre. Otra opción es a través de la mediación, donde los padres se reúnen con un mediador para discutir asuntos relacionados con sus hijos y llegar a un acuerdo. Al finalizar, se redacta un acta de mediación que registra los puntos tratados y se firma, otorgándole validez. Por último, se puede presentar una demanda ante un juez, quien evaluará si ambos padres son adecuados para tener la custodia de sus hijos (López, 2019).

En palabras de Urrutia & Jaramillo (2021):” La mediación constituye un mecanismo que forma parte de la cultura de paz, donde las partes involucradas en un conflicto en forma libre y voluntaria, resuelven sus controversias buscando acuerdos para estas” (p. 590).

En base a lo mencionado anteriormente, la legislación chilena contempla la figura de tuición o cuidado de los hijos, ambos progenitores son los que cumplen con esta función de vital importancia. Mientras los padres se encuentren dentro de una misma familia, esta responsabilidad es compartida; sin embargo, cuando los padres llegan a separarse, será la madre quien se encargue del cuidado de sus hijos por regla general pero el padre tiene el derecho de solicitarlo ante un juez competente. No obstante, si ambos progenitores desean participar en el



cuidado, educación y otros aspectos de la vida del hijo, tienen el derecho a optar por la tuición compartida.

Colombia

En Colombia, como en todos los países, se regían por el patriarcado y, por este motivo, la madre era quien se quedaba al cuidado de los hijos. El cuidado de los niños, niñas y adolescentes no solo recae en las madres sino que, actualmente esa responsabilidad también recae en el padre, muchas más allá del ámbito económico. Es por esto que en el Estado colombiano sí se contempla la figura de la custodia compartida, para que sean los dos progenitores quienes participen de manera activa en el cuidado y protección de sus hijos. Con esto se garantiza la igualdad entre ellos y se da paso a una correcta equidad respecto a los roles que como padres deben cumplir.

En el sistema jurídico colombiano, la custodia compartida no estaba previamente establecida; sin embargo, se han presentado proyectos de ley que buscaban su inclusión en el marco legal, como la ley número 249/2008, la cual no logró ser aprobada y aplicada para la custodia compartida. En ese momento, la custodia se otorgaba principalmente a uno de los padres, mientras que al otro se le concedía un régimen de visitas para pasar ciertos días con sus hijos. Sin embargo, este régimen de visitas limitaba su participación en la vida cotidiana de los hijos, ya que no podían tomar decisiones sobre su educación, alimentación o vestimenta (Mero, 2021).

Después de una década, se aprueba la sentencia número STC12085-2018, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, dentro de la que se establece, por primera vez, la figura de la custodia compartida. Esta decisión se fundamenta en elementos probatorios presentados dentro de dicho proceso judicial, evaluaciones psicológicas, de entorno social, en donde se evalúa la situación económica, social y emocional de ambos



progenitores y se demostró que se encuentran en la misma situación y son aptos para encargarse del cuidado de sus hijos. Además, se tomó en cuenta el deseo del hijo de compartir, tanto con su madre como con su padre. Esta sentencia es un precedente de obligatorio cumplimiento, lo que significa que, en casos similares, los jueces se respaldan en esta decisión para pronunciarse a favor de la custodia compartida.

En ese sentido, cabe mencionar que en los niños sobre los cuales se posee una custodia compartida por sus progenitores, no se presentan problemas por este hecho, así como tampoco su integridad y desarrollo integral se ve transgredido de alguna manera. Por lo que, a diferencia de Ecuador, el Estado colombiano ha priorizado el interés de los niños y ha manejado este tema de la manera correcta. Para concluir el presente apartado resulta necesario resumir la figura de la tenencia compartida en las tres legislaciones comparadas.

Tabla 1. Comparación legislativa

	Ecuador	Chile	Colombia
Existe la tenencia compartida	No, a menos que sea un acuerdo entre progenitores, avalado por un juez o a través de la mediación.	La Ley Tuición 20680 faculta a que sean los progenitores quienes impulsen de manera extrajudicial esta figura.	Sí. A partir de la promulgación de la Sentencia STC12085-2018
Procedimiento	En el Ecuador, al no tener tenencia compartida, no existe proceso alguno. Se deberá seguir el procedimiento para la tenencia monoparental.	Se tiene proceso con una escritura pública, mediación y por vía judicial	Por acuerdo de los padres o mediante un juez

Fuente: elaboración propia



Según la Constitución de la República del Ecuador (2008), la familia es reconocida como un núcleo fundamental para la sociedad, garantizando la igualdad de derechos de todos los miembros de la familia. El Estado ecuatoriano reconoce a la familia en sus diferentes tipos, esto implica que puede ser una familia tradicional, monoparental, homoparental. Sin embargo, dentro de las familias que cuenten con dos progenitores, se habla de una corresponsabilidad parental.

Esta corresponsabilidad abarca un conjunto de derechos pero, sobre todo, de obligaciones que tienen ambos progenitores respecto a sus hijos. Satisfacer las necesidades de ellos es fundamental para garantizar sus derechos constitucionales. De acuerdo con la norma constitucional, es el Estado el principal responsable de garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas. Esta responsabilidad está direccionada a crear las garantías constitucionales específicas para que, jurídicamente, estos derechos se cumplan y se respeten.

En función de la corresponsabilidad parental, son los padres quienes deben velar por las necesidades de sus hijos, procurar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes como: la salud, la vestimenta, la vivienda y la educación se encuentren cubiertos. En el caso de que los padres vivan juntos, pueden encargarse de esta tarea, pero cuando se separan, generalmente es la madre quien se queda con los hijos y el padre se limita a pagar una pensión alimenticia, y a ver a sus hijos, en el mejor de los casos, una o dos veces por semana durante un corto período de tiempo.

Este modo de vida vulnera derechos, no solo de los niños quienes tienen derecho a compartir y fomentar sus relaciones parento filiales tanto con mamá como con papá, sino que también, los padres se encuentran en condiciones desiguales en torno a sus roles. Es por ello que se piensa en la tenencia compartida como aquella oportunidad para los progenitores y para los hijos, de compartir como una familia, para cuidar y proteger a sus hijos e, incluso, de



auxiliarse mutuamente entre padres, ya que, por las actividades laborales que tanto hombres como mujeres tienen, es difícil encargarse de los niños y de todas sus necesidades.

Antes del año 2021, el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano contemplaba que la patria potestad o el cuidado de los hijos menores de 12 años se confiarán preferentemente a la madre. Con la sentencia N. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional de Ecuador, se determina que la palabra “preferencia” es inconstitucional, ya que se está generando una condición de desigualdad entre progenitores.

Dentro de un proceso judicial, el juez toma en cuenta el interés superior del niño y pedirá apoyo de varios especialistas, para realizar entrevistas, test, con el propósito de conocer cómo el menor de edad se encuentra intelectualmente, emocionante y socialmente, además de indagar con qué progenitor el niño vivirá mejor o, a su vez, si los dos padres son idóneos para el cuidado y protección de los hijos, buscar la manera de llevar a cabo una tenencia compartida, la cual va enfocada a que, tanto el padre como la madre, pueden convivir y compartir por cierto tiempo con sus hijos. Es así que, el menor podrá pasar tiempo con sus dos padres, aunque no se encuentren juntos.

En las legislaciones analizadas, se puede evidenciar cómo el Estado chileno y también el colombiano desarrollan esta figura de derechos con mayores garantías que en Ecuador, estableciendo procedimientos eficaces para poder determinar la tenencia compartida; en este sentido, el Estado colombiano analiza esta figura de forma más reciente; sin embargo, no la incluye dentro del ordenamiento jurídico, y la deja a voluntariedad exclusiva de los progenitores, sin ofrecer un mejor mecanismo que facilite su correcta adecuación.

Conclusiones



La Constitución ecuatoriana establece claramente la corresponsabilidad parental: tanto el padre como la madre tienen responsabilidades sin discriminación alguna, lo que justifica su igual participación en la custodia del menor de edad, que es su hijo en común.

En esta investigación, se ha establecido que la garantía del principio de corresponsabilidad parental no está limitada únicamente a la Constitución de Ecuador. Se considera el conjunto de normativas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, se establece claramente que la responsabilidad del cuidado y crianza de los hijos recae en los padres. En situaciones de ausencia de los padres, corresponderá a los familiares más cercanos o representantes legales asumir esta función.

La tenencia en legislación chilena al momento de referirse a esta institución jurídica, le otorga el nombre de tuición, mientras que, en la legislación colombiana se conoce como custodia compartida. Sin embargo, en ambos lugares esta figura hace referencia al derecho de cuidado y protección que tienen los niños, niñas y adolescentes y es un deber de los progenitores con sus hijos; las dos legislaciones toman en cuenta el interés superior del niño cuando se trata de padres separados que pelean por la custodia de sus hijos.

En Colombia los jueces se basan en la No. STC1285-2018, a diferencia de Chile que, tiene la ley de tuición en la cual se encuentra normado quiénes pueden pedir la custodia, dónde realizarla y cómo realizar la tuición compartida.

Después de analizar las legislaciones vecinas, en Ecuador la institución de la tenencia compartida actualmente no está regulada en la legislación ecuatoriana. Sin embargo, es importante destacar que los padres por decisión propia han otorgado la tenencia compartida, basándose en el interés superior del niño. La investigación ha demostrado que los padres, a pesar de no vivir juntos, pueden y deben cumplir con los mismos deberes y derechos para lograr una



convivencia familiar estable, lo cual, permite que los niños mantengan una relación afectuosa con ambos progenitores y se garantice su protección.

La tenencia compartida en Ecuador no está regulada como tal, pero en caso de que ambos progenitores así lo deseen, pueden solicitar que el juez apruebe un régimen de visitas flexibles de convivencia entre los hijos y sus padres.

Referencias bibliográficas

Brusco, P. & Villalobos, N. (2020). La Autoridad y Alienación Parental en las Relaciones

Paterno-Filiales. (Trabajo de Titulación). Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad

Rafael Urdaneta. <http://uruojs.insiempp.com/ojs/index.php/cj/article/view/136/pdf>

Asamblea Nacional de la República de Ecuador. (2003). Código Orgánico de la Niñez y

Adolescencia. publicado por Ley No. 100 en Registro Oficial No 737.

[https://www.igualdad.gob.ec/wp-](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/12/codigo_ninez_adolescencia_nov2019.pdf)

[content/uploads/downloads/2019/12/codigo_ninez_adolescencia_nov2019.pdf](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/12/codigo_ninez_adolescencia_nov2019.pdf)

Constitución de la República del Ecuador. (2008) Asamblea Nacional. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia N. 28-15-IN/21*

Lathrop, F. (2018). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos.

Revista chilena de Derecho Privado (10), 9-37.

<https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/330/314>

López, R. E. (2019). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista*

Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13(1), 51-70.

DOI:10.11600/1692715x.1311210213



- Mera, M. J. & Jaramillo, A. A. (2022). Encubrimiento de la Capacidad Económica del Alimentante en Perjuicio de los Niños, Niñas y Adolescentes. *Revista Imaginario Social*, 5(2). <http://revista-imaginariosocial.com/index.php/es/article/view/84>
- Mero, K. (2021). *Tenencia compartida, derecho de los padres o connatural de los niños, niñas y adolescentes*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. New York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*. UNICEF Madrid: Nuevo Siglo. Retrieved from <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Ordoñez, J., & Fajardo, C. (2022). Análisis del derecho a la tenencia, frente a la presunta vulneración del derecho de igualdad de los progenitores. *Polo del Conocimiento*, 7(10), 1016-1034. doi: <http://dx.doi.org/10.23857/pc.v7i10.4771>
- Quezada, P. (2022). *Custodia compartida y derecho de cuidado de los hijos*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Roizblatt, A., Leiva, V., & Maida, A. (2018). Separación o divorcio de los padres. Consecuencias en los hijos y recomendaciones a los padres y pediatras. *Revista Chilena de Pediatría*, 89(2), 166-172.
<https://plataforma.revistachilenadepediatria.cl/index.php/rchped/article/view/333/682>
- Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2018). *Sentencia N. STC12085-2018*
- Soriano, B. (2020). *Las Relaciones Paterno Filiales. La Sustracción Parental. En Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales*.



<https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Ponencia+Soriano+Ib%C3%A1%C3%B1ez%2C+Benito+doc.pdf/6e74cab7-7d02-4f6f-3949-7397daf7c77f?version=1.0>

Urrutia, V. P., & Jaramillo, A. A. (2021). ¿Cultura de paz o cultura adversarial en el Distrito Judicial del cantón Loja? *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 577–592.

<https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.171>

