



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INEXISTENCIA DE LA
TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA**

AUTORA: CARLOTA MARISOL MÁRQUEZ JIMÉNEZ

DIRECTOR: DR. FAUSTO RICARDO BARRERA BRAVO MGS.

CUENCA - ECUADOR

2021

*Yo me gradúe en
los 50 años de La Cato!
... y costó la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INEXISTENCIA DE LA
TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA**

AUTORA: CARLOTA MARISOL MÁRQUEZ JIMÉNEZ

DIRECTOR: DR. FAUSTO RICARDO BARRERA BRAVO MGS.

CUENCA - ECUADOR

2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*

DEDICATORIA

A Dios, ser supremo que siempre me ha bendecido y me dio la sabiduría y la constancia para culminar mis estudios.

A mi Madre, fuente de mi inspiración, pues a lo largo de su vida se dedicó a enseñar y formar seres humanos con excelencia, maestra incansable, a quien admiro y sé que, desde el cielo, se alegrará de los logros de sus hijos.

A mi Padre por demostrar todo su apoyo, por sus consejos, motivaciones en todo momento para ser una persona de bien.

Especialmente a mis hijos, quien son el motor de mi existencia.

Carlota M. Márquez J.

AGRADECIMIENTO

Muy agradecida a la Universidad Católica de Cuenca, a mi Facultad de Derecho, a mis distinguidos docentes que, con dedicación, paciencia y sin egoísmo, me impartieron sus conocimientos y experiencias, e hicieron que pueda crecer día a día y haberme ayudado a cumplir mi gran sueño de ser Abogada de los tribunales de justicia de la Republica.

A mis compañeras y compañeros de clase con los cuales compartí y disfruté de momentos inolvidables de la vida universitaria.

Agradezco a mi tutor la Dr. Fausto Barrera, que con toda su voluntad y paciencia fue mi guía en la tesis.

Carlota M. Márquez J.

ÍNDICE

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
ÍNDICE	III
RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVES.....	1
ABSTRACT.....	2
KEYWORDS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I EL MATRIMONIO, LA UNIÓN DE HECHO, HIJOS FUERA DEL MATRIMONIO Y LA TENENCIA COMPARTIDA	6
1.1 El matrimonio civil en la legislación ecuatoriana	6
1.1.1 Antecedentes históricos.	7
1.1.2 Concepto del matrimonio.....	8
1.1.3 Definición del matrimonio.	9
1.1.4 Noción etimológica.	9
1.1.5 Matrimonio noción legal.....	10
1.1.6 Requisitos para la validez del matrimonio civil en el Ecuador.	11
1.1.7 Formas de terminación del matrimonio civil.	13
1.1.8 Situación de los hijos posterior a la terminación del matrimonio por divorcio.	14
1.1.8.1 Tenencia de los hijos luego del divorcio.	15
1.1.8.2 Derecho de visitas.	16
1.1.8.3 Derecho de alimentos a los hijos.	17
1.1.8.4 Principio de interés superior del niño.	18
1.2 Unión de hecho en la legislación ecuatoriana	23
1.2.1 Antecedentes históricos de la unión de hecho.....	23
1.2.2 Definición de unión de hecho.	24
1.2.3 Requisitos para la existencia de la unión de hecho en el Ecuador.....	25
1.2.4 Derechos y obligaciones entre convivientes de la unión de hecho.	26
1.2.5 Formas de terminación de la unión de hecho en el Ecuador.	27
1.2.6 Situación de los hijos menores de edad posterior a la terminación de la unión de hecho.	29
1.3 Hijos nacidos fuera del matrimonio.	30
1.3.1 Definición.	30
1.3.2 Tenencia de los hijos nacidos fuera de matrimonio.	31
1.3.3 Derechos de los hijos nacidos fuera de matrimonio.....	32
1.4 Tenencia.....	34
1.4.1 Generalidades de la tenencia.	34
1.4.2 Definición de tenencia.	36
1.4.3 Modalidades de tenencia.....	38
1.4.4 Tenencia y patria potestad.	40
1.5 Tenencia compartida	43
1.5.1 Generalidades de la tenencia compartida.....	43
1.5.2 Definición de tenencia compartida.....	45
1.5.3 Doctrina a favor de la tenencia compartida.....	48

1.5.4	Jurisprudencia de tenencia compartida.	50	
1.5.5	Ventajas y desventajas de la tenencia compartida.	52	
1.5.6	Complicaciones de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana. 54		
CAPÍTULO II TENENCIA COMPARTIDA EN LOS PAÍSES DONDE EXISTE ESTA INSTITUCIÓN: DERECHO COMPARADO			56
2.1	Tenencia compartida en España.....	56	
2.2	Tenencia compartida en Francia.....	58	
2.3	Tenencia compartida en Norte América	60	
2.4	Tenencia compartida en Italia	62	
CAPÍTULO III ANÁLISIS DE CASOS EN RELACIÓN A TENENCIA.....			64
3.1	Procesos sustanciados en Zamora Chinchipe	64	
3.2	Posiciones sobre la tenencia compartida en su contexto pragmático.....	68	
CONCLUSIONES			74
RECOMENDACIONES.....			75
BIBLIOGRAFÍA.....			76
ANEXOS.....			80

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad analizar la problemática jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, cuando se produce la separación de los progenitores por divorcio, por la terminación de la unión de hecho y en los casos de los hijos nacidos fuera del matrimonio. El estudio comprende, en primer lugar, la exposición de un marco conceptual, jurídico y doctrinario sobre el matrimonio, la unión de hecho, los hijos fuera de matrimonio y la tenencia compartida en el Ecuador; en segundo lugar, se realiza un análisis de la tenencia compartida en las legislaciones de España, Francia, Estados Unidos e Italia; y, finalmente, se analiza el establecimiento de la tenencia en la totalidad de los casos de divorcio, de terminación de la unión de hecho y de tenencia, iniciados durante el año dos mil diecinueve y sustanciados en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe. Los resultados de la investigación determinan que la tenencia compartida fortalece los lazos afectivos de los hijos con sus dos progenitores e influye positivamente en su estado emocional, psicológico y en su desarrollo integral, mientras que, la tenencia exclusiva con uno solo de los padres, limita seriamente la participación del otro progenitor en la crianza y puede ser usada como pretexto para negar el acceso del progenitor visitante a sus hijos.

PALABRAS CLAVES: TENENCIA COMPARTIDA, PATRIA POTESTAD, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

ABSTRACT

This research aims at analyzing the legal problem of the non-existence of shared custody in Ecuadorian legislation, when parents separate through a divorce, due to the termination of the common-law relationship, and in the cases of children born out of wedlock. The study includes, in the first place, the presentation of a conceptual, legal, and doctrinal framework on marriage, common-law unions, children out of wedlock, and joint custody in Ecuador. Secondly, an analysis of joint custody in the legislations of Spain, France, the United States, and Italy is made. Finally, the establishment of custody is analyzed in all the cases of divorce, termination of the common-law union, and custody, initiated during the year two thousand nineteen and conducted in the Multicompetent Civil Judicial Unit with headquarters in the canton of Zamora, Province of Zamora Chinchipe. The results of the research determine that shared custody strengthens the affective bonds of children with both parents and positively influences their emotional and psychological state and their integral development, while exclusive custody with only one of the parents seriously limits the participation of the other parent in the upbringing and can be used as a pretext to deny the visiting parent access to his or her children.

KEYWORDS: SHARED CUSTODY, PARENTAL AUTHORITY, CHILDHOOD AND ADOLESCENCE.

INTRODUCCIÓN

La tenencia comprende el derecho y la obligación de cuidado que ejercen los progenitores respecto de sus hijos. De manera general, se distinguen dos tipos de tenencia: (i) la tenencia exclusiva, que puede ser entendida como la potestad de tutela que ejerce uno de los progenitores sobre los derechos de los hijos dependientes, cuando por causas particulares personales, no se puede ejercer de manera conjunta con el otro progenitor; y, (ii) la tenencia compartida, que consiste en la distribución equitativa del cuidado de los hijos entre los dos progenitores.

Estos dos tipos de tenencia pueden disponerse en los casos de separación de los progenitores por divorcio, por terminación de la unión de hecho y en los casos de hijos habidos fuera del matrimonio. No obstante, el único régimen de tenencia previsto en la legislación ecuatoriana, es la tenencia exclusiva: por lo general, los hijos quedan bajo la tenencia de la madre, mientras que el padre tiene derecho al régimen de visitas.

En consideración a esta realidad, en el anteproyecto de tesis, se determinó el siguiente problema de investigación: ¿Cómo incide jurídicamente la falta de existencia en la legislación ecuatoriana de la tenencia compartida de los hijos, debido a la separación de sus progenitores? Este problema se sustenta en el hecho de que, cuando se produce la separación de los progenitores, suele ser limitado el acceso a los hijos al progenitor visitante, comúnmente, por el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias. En estos casos, puede vulnerarse severamente el derecho fundamental de los hijos a la convivencia familiar y a mantener lazos afectivos con sus dos progenitores, situación que puede generar efectos negativos a corto y largo plazo en el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

Para abordar el problema de investigación, se propuso un objetivo general que consistió en analizar la problemática jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana. Para su cumplimiento, el desarrollo del estudio se distribuyó en tres capítulos, en los que se expone un análisis de los

elementos que integran el problema de investigación, en torno a los objetivos específicos planteados en el anteproyecto de tesis.

En el primer capítulo, se expone un estudio conceptual, jurídico y doctrinario sobre el matrimonio, la unión de hecho, los hijos fuera de matrimonio y la tenencia compartida en el Ecuador. En relación al matrimonio, se analizan los antecedentes históricos, el concepto y definición, la noción etimológica y noción legal, los requisitos para su validez, las formas de terminación y la situación de los hijos posterior a la terminación del matrimonio por divorcio que comprende la tenencia de los hijos, el derecho de visitas y del derecho de alimentos, finalmente, se analiza el principio de interés superior del niño. Sobre la unión de hecho, se analizan los antecedentes históricos, la definición, los requisitos para su existencia, los derechos y obligaciones entre convivientes, las formas de terminación y la situación de los hijos menores de edad posterior a la terminación. Respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se analiza su definición, la tenencia y sus derechos. Sobre la figura jurídica de la tenencia, se exponen sus generalidades, definición, modalidades, la distinción entre tenencia y patria potestad y, finalmente, la tenencia compartida que comprende a su vez un análisis sobre las generalidades, definición, doctrina a favor, jurisprudencia, ventajas, desventajas y complicaciones.

En el segundo capítulo, se realiza un estudio de derecho comparado de las legislaciones de los países de España, Francia, Estados Unidos e Italia, en los que se encuentra regulada la figura jurídica de la tenencia compartida, que es ordenada de manera prioritaria por el juez competente en materia de niñez, cuando se produce la separación de los progenitores.

En el tercer capítulo, se analizan los casos jurídicos que se han resuelto por el Juez competente en la ciudad de Zamora en los cuales no existe tenencia compartida de los hijos comunes. En este apartado, se analiza la totalidad de los casos de divorcio con hijos dependientes, de terminación de la unión de hecho y de tenencia, iniciados durante el año dos mil diecinueve y sustanciados en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, con el objeto de determinar la forma en que los juzgadores han establecido la tenencia

de los hijos y, de esta manera, dar cumplimiento al tercer objetivo específico propuesto en el anteproyecto de la presente investigación.

En la parte final de la investigación, se expone la metodología utilizada, en ella se destaca el método cualitativo del estudio realizado, con la utilización del método inductivo, deductivo y analítico. Así mismo, se exponen las conclusiones y recomendaciones del trabajo investigativo.

Para concluir, el presente estudio demuestra que la figura jurídica de la tenencia compartida de los hijos coadyuva la optimización del principio de interés superior del niño al procurar fortalecer los lazos afectivos con sus dos progenitores; esta situación afectará positivamente el estado emocional y psicológico del hijo, contribuyendo de esta manera a lograr su adecuado desarrollo integral.

CAPÍTULO I

EL MATRIMONIO, LA UNIÓN DE HECHO, HIJOS FUERA DEL MATRIMONIO Y LA TENENCIA COMPARTIDA

1.1 El matrimonio civil en la legislación ecuatoriana

La institución jurídica del matrimonio civil en el Ecuador, se encuentra regulada tanto en el ámbito constitucional como legal. En la Constitución de la República se establece que el matrimonio “es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, C.R.E., 2008).

Esta determinación constitucional aparentemente reserva el derecho al matrimonio a parejas heterosexuales, no obstante, la Corte Constitucional del Ecuador, en su calidad de “máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, C.R.E., 2008), en la polémica sentencia de matrimonio igualitario Nro. 11-18-CN/19 (2019), estableció que el derecho al matrimonio puede ser ejercido también por parejas del mismo sexo; sin embargo, el tratamiento de este tema excede el ámbito de análisis de la presente investigación, por ello, nos limitaremos a analizar los casos de matrimonios entre parejas heterosexuales, específicamente respecto de la situación de los hijos posterior a la terminación del matrimonio. Limitamos el análisis en este sentido en virtud de que los matrimonios de parejas del mismo sexo no pueden procrear, a excepción de la fecundación asistida.

Una vez reconocido el derecho a contraer matrimonio, debemos determinar cuál es la autoridad competente para celebrar este acto jurídico. La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, determina que el matrimonio “se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano” (Asamblea Nacional del Ecuador, L.O.G.I.D.C., 2016).

Entonces, tenemos dos autoridades competentes para celebrar el matrimonio: (i) la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, institución que según el Código Civil puede ejercer esta competencia a través del “Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en las ciudades cabeceras de cantón del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o ante los jefes de área de registro civil” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005); y, (ii) los agentes diplomáticos o consulares, en el caso de celebrarse en el exterior, por ejemplo, el Cónsul del Ecuador en España puede celebrar el matrimonio entre una persona ecuatoriana y una española.

1.1.1 Antecedentes históricos.

La historia del matrimonio en el Ecuador ha mantenido una pugna entre el derecho canónico y el laicismo. Desde las primeras constituciones de la vida republicana existe un predominio del Estado canónico vinculado a la iglesia católica, por lo tanto, los matrimonios son evidentemente conservadores heterosexuales. No es sino desde finales del siglo XIX en que empieza la confrontación con el Estado laico, aunque la conciencia social se mantiene en los rasgos conservadores hasta finales del siglo XX.

Desde el año de “1998 hasta 2008 se da paso a una pugna entre el Estado Liberal y el Estado Social de Derechos” (Benalcázar, 2019), pero, a partir del año dos mil ocho, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República se establece un nuevo modelo de Estado como “constitucional de derechos y justicia” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, C.R.E., 2008), en el que se prioriza el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas.

Esta constitución establece un amplio catálogo de derechos, especialmente en términos de igualdad y no discriminación, con la inclusión de las normas convencionales. A partir de la entrada en vigencia de la actual constitución, ha existido una marcada evolución de los derechos especialmente de las minorías sociales, como los grupos con identidad sexo genérica diversa y los grupos indígenas.

La institución del matrimonio ha estado reservada en el ámbito legal como un derecho de las parejas heterosexuales, por el predominio del Estado canónico en la conciencia social. Sin embargo, por el carácter evolutivo y dinámico de los derechos, esta concepción ha sido calificada como discriminatoria por la Corte Constitucional en el año dos mil diecinueve, por lo tanto, se ha modificado su amplitud legal a todas las personas sin importar sus condiciones personales, es decir, se ha reformado el texto de las leyes que regulan el matrimonio, conforme lo expondremos brevemente más adelante.

1.1.2 Concepto del matrimonio.

Una vez realizada la breve exposición sobre los antecedentes del matrimonio, es necesario establecer una conceptualización sobre esta institución jurídica. Así, el Diccionario de la Academia Española establece los siguientes conceptos sobre el matrimonio:

1. m. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.
2. m. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses. (Real Academia Española, 2014)

Evidentemente, la primera definición se refiere a la institución del matrimonio vinculada al conservadurismo y al derecho canónico, como un derecho reservado a las personas heterosexuales; mientras que, la segunda definición corresponde al matrimonio como un derecho de todas las personas sin importar su condición personal.

En nuestro medio, son los matrimonios entre hombre y mujer los que procrean hijos, sobre los cuales suelen existir conflictos entre los intereses de sus progenitores cuando el vínculo matrimonial se termina. El caso más común es en divorcio, para la determinación de la situación en la que quedarán los hijos habidos en el matrimonio. Estos aspectos serán analizados más adelante como tema medular de la presente investigación.

1.1.3 Definición del matrimonio.

A nivel doctrinario, Argueta sostiene que el matrimonio es un “contrato de organización de la vida común entre dos personas mayores de sexo diferente o de mismo sexo” (Argueta, 2017). Definitivamente, las concepciones doctrinarias actuales destacan la institución del matrimonio como un derecho de todas las personas sin discriminación alguna, contrario a la clásica concepción del matrimonio como la unión entre hombre y mujer, en sentido excluyente.

Sin perjuicio de aquello, la presente investigación se fundamenta en el matrimonio habido en las parejas que han procreado hijos, con la finalidad de realizar un análisis sobre la situación de los menores de edad, cuando el contrato solemne de convivencia ha finalizado por las causas establecidas en la Ley.

No obstante, para efectos del presente estudio, entenderemos la institución del matrimonio como un acuerdo de voluntades capaces de obligarse a contratar, por el que convienen unirse para formar una sociedad conyugal y una familia. Destacamos la procreación como un fin del matrimonio, aunque por el reconocimiento de los diversos tipos de familia en la Constitución, la procreación no constituya en sí misma un fin inexorable de esta institución jurídica.

1.1.4 Noción etimológica.

Calderón & Calderón sostienen que la palabra matrimonio “se deriva de las palabras latinas *matris munium*, que significan carga o cuidado de madre, probablemente por los roles que los esposos desempeñaban en el hogar en el cual la madre era quien cuidaba de los hijos” (Calderón & Calderón, 2017). Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador en el año 2019, ha dicho que “la palabra matrimonio proviene del latín *matrimonium*: *matrem/māter*-madre o *matris*-matríz (útero) y *monium*-calidad de/obligación/actos rituales”.

La definición etimológica inmiscuye, en primer término, a la madre y la capacidad para procrear y, en segundo término, se refiere a la capacidad de obligarse. Es por eso que, esta definición ha sido vinculada a las creencias religiosas propias del derecho canónico y, por tanto, ha sido limitada y excluida por considerarse discriminatoria hacia las denominadas minorías sexuales, específicamente a las personas que no tienen la capacidad de procrear: considerando la noción etimológica de madre o matriz propia de las personas del sexo femenino.

Como es evidente, la noción etimológica del matrimonio se relaciona con la capacidad de procrear, como característica propia de las parejas heterosexuales. Es por eso que las corrientes ideológicas conservadoras han rechazado severamente la posibilidad

de que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

1.1.5 Matrimonio noción legal.

En el Ecuador, existen dos leyes que definen el matrimonio. En primer lugar, el Código Civil establece que “matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005). Debemos indicar que este artículo fue modificado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia No. 11-18-CN/19 (2019), el artículo anterior establecía que el matrimonio “es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

En este sentido, se extendió el derecho a todas las personas y se eliminó el fin legal del matrimonio de procrear, pues, a criterio de la Corte “la procreación no puede imponerse a una pareja y no es un argumento válido para excluir del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo” (Sentencia Nro. 11-18-CN/19, 2019).

Desde esta perspectiva, el derecho al matrimonio puede ser ejercido por cualquier persona sin importar su condición sexo genérica. En otros términos, el derecho al

matrimonio que se encontraba reservado para parejas heterosexuales ahora se amplió a las parejas del mismo sexo.

Los únicos fines legales subsistentes consisten en vivir juntos y auxiliarse mutuamente, no obstante, por el predominio del conservadurismo en la generalidad de ecuatorianos, el matrimonio que se celebra con mayor asiduidad es el contraído entre parejas heterosexuales, así mismo, dichas parejas por lo general procrean hijos, por lo que, el fin de procreación del matrimonio, aunque haya sido eliminado del texto legal, sigue constituyendo el eje central de los matrimonios en el Ecuador.

En segundo lugar, la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles establece que “el matrimonio es la unión entre dos personas” (Asamblea Nacional del Ecuador, L.O.G.I.D.C., 2016). De la misma forma que la definición del Código Civil, el artículo citado fue modificado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia No. 11-18-CN/19 (2019), cambiando el sentido del texto anterior que decía que “el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer”.

Sobre estas modificaciones legales, insistimos, únicamente se realizó una generalización del derecho al matrimonio, a todas las personas sin importar sus características o preferencias sexuales. Pero, para efectos del presente estudio, son las parejas heterosexuales las que tienen conflictos respecto de la situación en que quedan los hijos cuando no es posible la convivencia entre los progenitores, específicamente en los casos seleccionados para la presente investigación que se circunscriben a la jurisdicción del cantón Zamora, provincia de Zamora Chinchipe.

1.1.6 Requisitos para la validez del matrimonio civil en el Ecuador.

Para establecer los requisitos de validez del matrimonio, debemos considerar dos aspectos desarrollados en el Código Civil, sobre las causales de nulidad y sobre las solemnidades esenciales para su validez. Sobre las primeras, se establece que el matrimonio es nulo cuando es contraído por las siguientes personas:

1. El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito o tentativa de homicidio, asesinato, sicariato o femicidio del cónyuge fallecido o que haya sobrevivido.
2. La persona menor de 18 años de edad.
3. La persona ligada por vínculo matrimonial no disuelto.
4. La persona con discapacidad intelectual que afecte su consentimiento y voluntad.
5. Los parientes por consanguinidad en línea recta.
6. Los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005)

De darse estos casos, mediante la acción jurisdiccional correspondiente se declara la nulidad del acto en el que se celebró el matrimonio de las personas impedidas legalmente para hacerlo. Por su parte, respecto de las solemnidades esenciales para la validez del matrimonio, el mismo cuerpo legal establece las siguientes:

1. La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente;
2. La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;
3. La expresión libre y espontánea del consentimiento de los contrayentes y la determinación obligatoria de quien administrará la sociedad conyugal;
4. La presencia de dos testigos hábiles; y,
5. El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005).

En estos casos, por ejemplo, las personas que van a unirse mediante vínculo matrimonial, pueden concurrir a las oficinas del Registro Civil acompañados de dos personas que puedan servir como testigos hábiles, para solicitar –previo cumplimiento de los requisitos formales– que el servidor administrativo correspondiente proceda a celebrar su matrimonio con la solemnidad correspondiente.

Para la celebración del matrimonio, los contrayentes deben declarar sobre los hijos habidos previamente, en cuyo caso incluso puede procederse al reconocimiento voluntario de tales hijos cuando no han sido reconocidos hasta el momento. En lo posterior, los hijos habidos en el matrimonio se entenderán hijos de los cónyuges, sin perjuicio de que se puedan ejercer las acciones de impugnación de investigación de la paternidad, en los casos en que las circunstancias lo ameriten.

1.1.7 Formas de terminación del matrimonio civil.

El Código Civil establece que el matrimonio termina: “1. Por la muerte de uno de los cónyuges; 2. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; 3. Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y, 4. Por divorcio” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005).

Respecto de aquello, en la cotidianidad, se conoce que las causas más comunes de terminación del matrimonio son: la muerte de uno de los cónyuges que genera la viudez del otro y, en el caso pertinente a nuestra temática de estudio, el divorcio por mutuo consentimiento y por causal o contencioso.

Al respecto, debemos señalar que de acuerdo a lo establecido en el Código Civil “por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005). Por su parte, el divorcio por causal se tramitará en procedimiento sumario, de conformidad con las reglas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, que disponen lo siguiente:

Se tramitarán por el procedimiento sumario: ...4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho. (Asamblea Nacional del Ecuador, C.O.G.E.P., 2015)

En los dos casos, el juzgador necesariamente deberá resolver sobre la situación en que quedarán los hijos habidos dentro del matrimonio, en lo relacionado al establecimiento de la pensión alimenticia, el régimen de tenencia y el derecho de visitas del progenitor a quien no se le confió la tenencia de los hijos. Estos aspectos serán analizados seguidamente.

1.1.8 Situación de los hijos posterior a la terminación del matrimonio por divorcio.

Como hemos sostenido, el divorcio termina el vínculo matrimonial de los cónyuges, pero, este no es el único efecto del divorcio, especialmente cuando existen hijos dependientes en el matrimonio. En este caso, en el proceso judicial debe resolverse necesariamente la situación jurídica de los hijos dependientes, en tres ámbitos puntuales: (i) sobre la tenencia, es decir, bajo la convivencia y cuidado de qué cónyuge quedarán los hijos dependientes; (ii) sobre el régimen de visitas para el cónyuge sobre cuya responsabilidad no quedan los hijos; y, (lii) sobre el establecimiento de una pensión alimenticia en favor de los hijos dependientes.

Debemos indicar que, según la Ley Notarial, la competencia para declarar el divorcio por mutuo consentimiento se encuentra atribuida a los Notarios “en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia” (Yerovi Indaburu Clemente, L.N., 1966). Sin embargo, dichos Notarios también se encuentran facultados para declarar la terminación del matrimonio por divorcio de mutuo acuerdo entre parejas con hijos dependientes “cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente” (Yerovi Indaburu Clemente, L.N., 1966).

En los demás casos, como analizamos previamente, cuando el divorcio siendo de mutuo consentimiento y los cónyuges tienen hijos dependientes, y en los casos de divorcio por causal o contencioso, las autoridades competentes son las y los jueces de las unidades judiciales con competencia en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, de conformidad con las atribuciones establecidas en el Art. 234, del Código Orgánico de la Función Judicial (Asamblea Nacional del Ecuador, C.O.F.J., 2009).

Por su parte, en el caso de los divorcios que se tramitan ante el juzgador competente en materia de familia, la situación de los hijos puede discutirse en la diligencia de audiencia única, pudiendo llegar a acuerdos inclusive, luego de lo cual el juez

pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial y dictará resolución sobre la situación en la que quedarán los hijos.

1.1.8.1 Tenencia de los hijos luego del divorcio.

En la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial de los cónyuges, sea esta sobre divorcio contencioso sustanciado en procedimiento sumario o sobre divorcio por mutuo consentimiento sustanciado en procedimiento voluntario, la jueza o el juez con competencia en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, debe resolver sobre la situación de tenencia de los hijos dependientes, es decir, debe determinar bajo el cuidado de qué progenitor deben quedar los hijos, atendiendo el acuerdo voluntario al que hayan llegado los cónyuges siempre que no afecte los derechos de los hijos. Esta facultad de las y los jueces se encuentra implícita en el Art. 332, numeral 4, y en el Art. 334, numeral 3, del Código Orgánico General de Procesos (Asamblea Nacional del Ecuador, C.O.G.E.P., 2015).

De los criterios legales que analizaremos más adelante con mayor detenimiento y que se refieren a la resolución de las y los jueces sobre la tenencia de los hijos dependientes, se puede deducir que no existe otra alternativa que confiar la misma a uno de los progenitores: por regla general, a la madre, mientras que el otro progenitor debe ejercer su derecho a las visitas.

Es en este escenario en el que se pueden producir efectos en menoscabo de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, especialmente su derecho a mantener lazos afectivos con sus dos progenitores, derecho que se encuentra intrínsecamente ligado a la vida digna, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad. Es por eso que se considera prudente que se establezca en la Ley la posibilidad de mantener la tenencia compartida de los hijos dependientes.

Al confiar la tenencia de los hijos a uno solo de los progenitores, el otro corre una suerte de visitante cuando las posibilidades materiales lo permitan. Por lo general, los ex esposos rehacen sus vidas y la convivencia entre los hijos con sus progenitores

suele verse entorpecida por la influencia de las nuevas parejas y familias ampliadas, razón por la cual, es imperioso que se realicen acciones positivas para que no sigan existiendo hijos olvidados y padres impedidos de convivir con sus hijos.

1.1.8.2 Derecho de visitas.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece que “en todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003). Es por eso que, en los casos de divorcio al regular el régimen de tenencia de los hijos dependientes, la o el juez también debe regular el régimen de visitas para el progenitor al que no se le confía el cuidado de los hijos.

El referido cuerpo legal, determina que “para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003). La regla en cuestión establece que “se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003), y el inciso final, reza lo siguiente:

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003)

De los enunciados citados, se deduce que el acuerdo entre los progenitores sobre el régimen de visitas puede realizarse respecto de las niñas y niños comprendidos hasta los doce años de edad, mientras que, respecto de los adolescentes, su opinión será determinante para el establecimiento del régimen de visitas del progenitor al que no se le confíe la tenencia.

1.1.8.3 Derecho de alimentos a los hijos.

El Código de la Niñez y Adolescencia determina que el derecho a alimentos “es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003). Así mismo, sobre los titulares del derecho a alimentos, establece que tienen derecho a reclamar alimentos:

1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de este derecho de conformidad con la presente norma;
2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,
3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003)

En el primer caso, se refiere a las personas comprendidas entre los cero y doce años de edad, denominados niños o niñas, y aquellos comprendidos entre los doce y los dieciocho años de edad, denominados adolescentes. Esta es la regla general para el establecimiento de los alimentos: se debe alimentos a las personas menores de edad no emancipadas voluntariamente.

En el segundo caso, se debe alimentos a las personas comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años de edad, en los casos en que se encuentren estudiando y que así lo demuestren dentro del proceso. Una característica relevante al respecto es el ejercicio de la titularidad del derecho a los alimentos, pues, hasta la edad de los dieciocho años, los hijos son representados por el progenitor que ejerza la tenencia, mientras que, una vez cumplida la mayoría de edad, la titularidad la ejercen de manera directa.

En el tercer caso, todas las personas, de cualquier edad, son titulares del derecho de alimentos. Igualmente, dichas circunstancias deben ser demostradas con pruebas dentro de los procesos judiciales. Al respecto, en vista de la situación de vulnerabilidad que atraviesan las personas con discapacidad, en la tabla de pensiones alimenticias mínimas, se ha establecido un rubro adicional por condición de discapacidad, de acuerdo al porcentaje determinado por la autoridad competente en materia de salud.

En este sentido, la presente investigación se refiere al caso de los hijos dependientes comprendidos hasta la edad de dieciocho años, cuyos padres se divorcian, para los que una vez determinada la tenencia y el régimen de visitas, la o el juzgador fija una pensión alimenticia de acuerdo a la capacidad económica del alimentante y sobre la base de la tabla de pensiones alimenticias mínimas.

Sobre los obligados a la prestación de alimentos, el referido Código de la Niñez y Adolescencia establece que “los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003). Es decir, en los casos de divorcio en los que se confía la tenencia a la madre, es el padre el obligado principal a sufragar la pensión alimenticia, incluso si ha sido privado del ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos.

1.1.8.4 Principio de interés superior del niño.

El principio de interés superior del niño es un criterio que ha sido ampliamente desarrollado y recogido en diversos cuerpos normativos, desde instrumentos internacionales hasta las constituciones y leyes de los distintos países. En el caso del Ecuador, el principio de interés superior del niño se encuentra establecido en la Constitución de la República, cuando declara que:

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.
(Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, C.R.E., 2008)

Al encontrarse establecido en la norma fundamental ecuatoriana, por el principio de supremacía constitucional, el principio de interés superior del niño debe observarse estrictamente y aplicarse de manera directa e inmediata, por cualquier servidor público en el ejercicio de sus funciones legítimas. Así mismo, debemos destacar que este principio no solo se encuentra establecido en la Constitución del Ecuador, sino también en algunos tratados internacionales.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos., 1978). La Convención sobre los Derechos del Niño determina que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Asamblea General de las Naciones Unidas., 1989).

Respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, debemos resaltar que, por la cláusula abierta establecida en la Constitución de la República, estos forman parte del bloque de constitucionalidad sujeto a control constitucional. Es decir, los instrumentos internacionales de derechos humanos son de obligatorio cumplimiento para el Estado Ecuatoriano como suscriptor de dichos convenios y la obligatoriedad de ejercer control de convencionalidad, especialmente por parte de los organismos de la administración de justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el principio del interés superior del niño “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (Caso de los Hermanos

Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 2004). Así mismo, en el caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, ha determinado lo siguiente:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. (Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, 2009)

Al igual que los instrumentos internacionales de derechos humanos, las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de la competencia contenciosa atribuida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye jurisprudencia vinculante que forma parte del bloque de convencionalidad y es, por tanto, de obligatorio cumplimiento para los estados partes.

De los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacamos que, por el principio de interés superior del niño, las autoridades estatales deben orientar sus acciones en el sentido que mejor garantice la protección de la dignidad de los menores de edad, tomando en cuenta sus necesidades básicas como alimentación, salud, educación, vivienda, vestido, etc.

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado que “la protección y tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una acometida conjunta en donde se verá inmerso en un ámbito macro el Estado y la sociedad en su conjunto, y en un sentido específico, su núcleo familiar” (Sentencia Nro. 067-12-SEP-CC, 2012). Así mismo, el Código de la Niñez y Adolescencia sobre el interés superior del niño, establece lo siguiente:

El interés superior del niño 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. Para apreciar el interés

superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003)

Respecto del criterio citado de la Corte Constitucional, destacamos que la obligatoriedad de protección del principio de interés superior del niño, no solo corresponde al Estado, sino también a la sociedad en general y principalmente a la familia, de manera especial a sus progenitores, como primeros obligados a precautelar el ejercicio pleno de sus derechos.

En los argumentos citados del Código de la Niñez y Adolescencia, podemos apreciar el fin preponderante de los criterios expuestos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional Ecuatoriana. Este fin se refiere a la satisfacción en la mayor medida posible de las necesidades básicas de las niñas, niños y adolescentes, especialmente cuando sus derechos entren en colisión con otros, por ejemplo, en el caso del derecho de alimentos del niño respecto del derecho a la libertad personal de su progenitor.

En el caso que nos ocupa, a partir de los enunciados citados, se considera que es justamente el principio de interés superior del niño que puede resultar lesionado cuando se confía la tenencia a uno solo de los progenitores y existen conflictos emocionales respecto del otro progenitor, por ejemplo, en el caso de incumplimiento de pago de pensiones alimenticias.

En estos casos, se conoce comúnmente que las madres que tienen la tenencia de los hijos dependientes, niegan el acceso a sus padres y, por lo tanto, se vulnera en el menor de edad su derecho a la convivencia familiar y a mantener lazos afectivos con su progenitor.

Estas acciones pueden generar efectos negativos a corto y largo plazo en el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes. En relación a lo expuesto, en lo que respecta al cuidado y crianza de los progenitores, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), señala:

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño. Por tanto, no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012)

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la Corte, es justamente admisible la posibilidad de establecer la tenencia compartida de los hijos, cuando se produce la separación de los padres, para superar los prejuicios enraizados socialmente sobre el incumplimiento de las obligaciones paternales que conllevan a limitar la convivencia de estos con sus hijos. En este sentido, respecto del derecho que tienen los niños a vivir con sus progenitores, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente:

Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. (Caso Gelman Vs. Uruguay, 2011)

Como podemos evidenciar, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar es un criterio que ha sido recogido en la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su importancia en el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes. Por eso, justamente, consideramos trascendental el establecimiento de la convivencia alternativa de los hijos con sus dos progenitores cuando estos últimos se encuentran separados.

1.2 Unión de hecho en la legislación ecuatoriana

Hemos establecido el matrimonio como la primera institución jurídica de la que se puede derivar el establecimiento de la tenencia de los hijos dependientes hacia un progenitor, cuando el vínculo es declarado disuelto mediante sentencia de divorcio. Ahora, corresponde analizar la unión de hecho como figura jurídica análoga al matrimonio que, aunque difiere en las características de su celebración y disolución, sus efectos jurídicos son similares, especialmente aquellos respecto de los hijos. Esta institución jurídica se encuentra determinada en la Constitución de la República, cuando declara:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, C.R.E., 2008)

En este caso, la norma constitucional es extensiva a todas las personas sin importar sus condiciones personales, es decir que, pueden celebrar unión de hecho las parejas del mismo sexo, pero existe la salvedad que estas parejas no pueden adoptar.

Entonces, al igual que en las parejas unidas mediante matrimonio, en este apartado también destacamos las parejas en unión de hecho de distinto sexo y que hayan procreado hijos, pues la temática de estudio trata sobre la situación de las niñas, niños y adolescentes, cuando sus padres se encuentran separados y se ven obligados a permanecer bajo el cuidado y protección de solo uno de ellos.

1.2.1 Antecedentes históricos de la unión de hecho.

En la historia ecuatoriana, la figura jurídica de la unión de hecho aparece en la Constitución del año de mil novecientos setenta y nueve catalogándola como “la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona” (Consejo Supremo de Gobierno., 1979). Este criterio es replicado en el Art. 38, de la Constitución Política de la República del año mil novecientos noventa y

ocho (1998), y en la Constitución de la República del año dos mil ocho (2008), con la diferencia que en esta última, la unión de hecho se extiende a todas las personas y no únicamente a las parejas heterosexuales.

En el ámbito legal, la unión de hecho fue regulada en la ley 115, promulgada en el Registro Oficial No. 399 del 29 de diciembre de 1982, sin embargo, esta ley fue incluida en la codificación del Código Civil del año dos mil cinco, es por ello que ahora la regulación de la unión de hecho la encontramos en los artículos 222 al 232 del mencionado cuerpo legal.

La competencia para la celebración de la unión de hecho se encuentra atribuida a los Notarios a través de la Ley Notarial, cuando dispone la atribución exclusiva de “solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho” (Yerovi Indaburu Clemente, L.N., 1966).

1.2.2 Definición de unión de hecho.

Una vez determinada la institución jurídica de la unión de hecho en el contexto histórico, en el ámbito constitucional y sobre las competencias para su celebración, corresponde analizar el ámbito conceptual, con la finalidad de lograr una mejor apreciación. De esta manera, el jurista Zannoni sobre la unión de hecho argumenta lo siguiente:

Es una unión que tiene, por lo tanto, caracteres de cierta estabilidad y permanencia, que además requiere de la 'comunidad de vida', que 'confiere estabilidad a la unión y se proyecta en la posesión de estado conyugal aparente' y de la cual se derivan otros aspectos como la singularidad de la unión, la unión estable y permanente monogámica. (Zannoni, 1993)

Como vemos, la situación de las personas unidas de hecho es muy similar a la establecida para las unidas mediante vínculo matrimonial: en los dos casos se forma un patrimonio en pareja y en los dos casos se procura la convivencia y auxilio mutuo de los contrayentes. Ahora bien, en el ámbito legal ecuatoriano, el Código Civil determina:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005)

En este caso, la ley señala expresamente los efectos que produce la unión de hecho. El requisito que se establece es la mayoría de edad para los contrayentes, de otro modo, su celebración sería nula. Sin embargo, una diferencia sustancial respecto del matrimonio es la forma de reconocimiento, la unión de hecho puede reconocerse ante la autoridad competente luego de la convivencia, por ejemplo, cuando dos personas han convivido como marido y mujer durante algunos años y se produce su separación, cualquiera de ellos puede demandar la declaración de la unión de hecho habida por el tiempo que pueda probarse; evidentemente, esta posibilidad no existe para declarar la existencia del matrimonio.

Ahora bien, de las obligaciones que genera la unión de hecho respecto de los hijos dependientes, justamente se genera la posibilidad de establecer la tenencia de los mismos, el régimen de visitas y la pensión alimenticia, aunque la modalidad de su establecimiento difiere respecto de la terminación del matrimonio, por las causas de terminación de la unión de hecho que son, en cierta medida, informales.

1.2.3 Requisitos para la existencia de la unión de hecho en el Ecuador.

A pesar de que no existen requisitos exclusivos para la existencia de la unión de hecho en el Ecuador, como los determinados para el matrimonio, de los enunciados normativos constitucionales y legales que hemos citado, podemos deducir los siguientes:

- Unión estable, es decir, que la convivencia se mantiene invariable en el tiempo;
- Unión monogámica, es decir, que la convivencia sea entre dos personas, a diferencia de la poligamia;
- Que las personas se encuentren libres de vínculo matrimonial; y,
- Que las personas sean mayores de edad.

Además, el Código Civil establece que “en caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005). En este caso, existe una condición temporal para la declaración de la unión de hecho a través de las acciones jurisdiccionales, cuando la persona demandante busque tal reconocimiento judicial. Así mismo, se deduce que operan las condiciones establecidas sobre la nulidad del matrimonio en el Art. 95, del Código Civil, para la validez de la unión de hecho, en virtud de la regla establecida en el citado cuerpo normativo que dice:

El juez para establecer la existencia de esta unión considerará las circunstancias o condiciones en que esta se ha desarrollado. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente y verificará que no se trate de ninguna de las personas enumeradas en el artículo 95. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005)

Entonces, el juzgador se encuentra facultado para declarar la existencia de la unión de hecho habida entre dos personas. Estos casos suelen darse, por ejemplo, cuando fallece uno de los convivientes y no ha existido reconocimiento de la unión de hecho ante Notario, en ese caso, el conviviente sobreviviente puede demandar ante el juzgador para que declare la existencia de dicha unión, por el tiempo que pueda probarse.

En cualquier caso, la unión de hecho se sustenta en la estabilidad habida en la convivencia de las dos personas. Situación de la cual, por lo general, se deriva la procreación de hijos y es sobre ellos que pueden suscitarse problemas cuando la convivencia termina, en especial sobre la tenencia. En este caso, al igual que en el matrimonio, los hijos suelen quedar bajo el cuidado de la madre.

1.2.4 Derechos y obligaciones entre convivientes de la unión de hecho.

Tanto la norma constitucional como la norma legal, son lo suficientemente claras al establecer que la unión de hecho “genera los mismos derechos y obligaciones que

tienen las familias constituidas mediante matrimonio”, según lo determinado en el Art. 68, de la Constitución de la República y en el Art. 222, del Código Civil.

Sin embargo, adicionalmente, el Código Civil establece que “los convivientes deben suministrarse lo necesario y contribuir, según sus posibilidades, al mantenimiento del hogar común” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005). Así mismo, determina que “quienes hubieren establecido una unión de hecho de conformidad con esta Ley tendrán derecho: a) A los beneficios del Seguro Social; y, b) Al subsidio familiar y demás beneficios sociales establecidos para el cónyuge” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005).

Si la norma constitucional en armonía con la norma legal, señalan que la unión de hecho genera los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, entonces las personas unidas de hecho se encuentran precisadas de vivir juntas y formar un hogar común, así como también de auxiliarse mutuamente de acuerdo a sus posibilidades personales.

Así también, conforme lo señala la norma legal, el conviviente en unión de hecho es sujeto de los beneficios de la seguridad social respecto de su conviviente, en el mismo sentido en que lo es un cónyuge respecto del otro. Esta situación es provechosa para el bienestar de los convivientes y de sus hijos, de manera especial cuando se produce la separación y existe patrimonio producto de la sociedad de bienes, entonces los ex convivientes pueden exigirse mutuamente la partición voluntaria o judicial de dichos bienes.

1.2.5 Formas de terminación de la unión de hecho en el Ecuador.

El Código Civil establece los casos en los que la unión de hecho puede terminar. En el primer caso, se establece que termina “por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante una jueza o un juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005).

En este caso, las personas unidas de hecho pueden comparecer ante el Notario y expresar su voluntad de dar por terminado el vínculo de unión de hecho que les une, en los casos que “de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente” (Yerovi Indaburu Clemente, L.N., 1966); VERIFICAR AÑO así mismo, podrán comparecer ante el juez mediante procedimiento voluntario “siempre que haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente” (Asamblea Nacional del Ecuador, C.O.G.E.P., 2015).

En el segundo caso, la unión de hecho podrá terminar “por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante la jueza o el juez competente, en procedimiento voluntario previsto en el Código Orgánico General de Procesos” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005). En este caso, pese a ser la voluntad unilateral de uno de los contrayentes, la sustanciación se realiza en procedimiento voluntario, teniendo como efecto la terminación de la unión de hecho.

En este caso, uno de los convivientes en unión de hecho puede comparecer ante la o el juez con competencia en materia de familia, solicitando la terminación de la unión de hecho. El juzgador ordenará la citación del otro conviviente en unión de hecho, luego de lo cual resolverá sobre la terminación de dicha unión.

En el tercer caso, la unión de hecho termina “por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005); y, en el cuarto caso, “por muerte de uno de los convivientes” (ibidem). En los dos casos, la voluntad de una de las partes se condiciona respecto de la situación jurídica de la otra, el resultado se produce *ipso facto*.

El caso en que uno de los convivientes en unión de hecho decide contraer matrimonio con otra persona, es quizá el más desconcertante respecto de las otras formas de terminación de la unión de hecho, por cuanto, se limita a la voluntad unilateral de uno de los convivientes, mientras el otro corre una suerte de indefensión e indiferencia

ante las circunstancias. En este caso, puede constituir un problema de trascendencia la situación en que continuarán los hijos procreados dentro de la unión de hecho.

1.2.6 Situación de los hijos menores de edad posterior a la terminación de la unión de hecho.

En los casos de terminación de la unión de hecho ante Notario, la situación jurídica de los hijos dependientes ya se ha resuelto con anterioridad a través del acta de mediación o ante el juzgador. En el primer caso, los contrayentes comparecen ante el centro de mediación y solicitan voluntariamente que el mediador elabore el acta en base al acuerdo al que han arribado; para el establecimiento de la tenencia, régimen de visitas y la pensión alimenticia, el mediador deberá observar las normas jurídicas aplicables en el sentido que mejor garanticen los derechos de los hijos.

En el segundo caso, se produce cuando previamente han existido procesos judiciales en los que ya se encuentra regulada la situación jurídica de los hijos dependientes, a saber: (i) cuando ha existido juicio de tenencia que otorga el cuidado de los hijos a uno de los progenitores, (ii) cuando ha existido juicio en el que se regula el régimen de visitas a uno de los progenitores y (iii) cuando ha existido juicio en el que se regula la pensión alimenticia en favor de los hijos; en los tres casos, los procesos judiciales operan incluso manteniendo vigente la unión de hecho y, en el tercer caso, incluso si el conviviente habita en el mismo lugar que sus hijos.

Como es evidente, en los casos aludidos, la situación jurídica de los hijos dependientes ha sido previamente establecida; entonces, la terminación de la unión de hecho ante Notario constituye un acto que solo afecta la situación jurídica de los contrayentes. En relación con aquello, debemos tener en cuenta que las resoluciones que resuelven la situación de tenencia, régimen de visitas y alimentos no constituyen cosa juzgada con efectos de sentencia ejecutoriada, sino que pueden ser modificadas cuando varíen las circunstancias que motivaron al juzgador adoptar tal decisión.

En los casos en los que no se ha resuelto previamente la situación jurídica de los hijos dependientes, los contrayentes deben comparecer en procedimiento voluntario ante

la o el juzgador con competencia en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, que resolverá la situación sobre la tenencia, las visitas y los alimentos en base al acuerdo arribado por los demandantes, cuya aceptación deberá observar las reglas para el ejercicio de la patria potestad, de conformidad con la Ley.

1.3 Hijos nacidos fuera del matrimonio.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio pueden constituir un problema para las parejas en vínculo matrimonial, pues son el resultado del adulterio del esposo y como tal, una causal para la terminación de ese matrimonio por divorcio. Sin embargo, el problema de la presente investigación consiste en realizar un análisis sobre la situación jurídica de la tenencia (i) del hijo habido fuera del matrimonio respecto de sus dos progenitores y (ii) de los hijos habidos entre padres libres de vínculo matrimonial con otra persona.

1.3.1 Definición.

Por hijos nacidos fuera del matrimonio nos referimos, en primer lugar, a aquellos que tienen como padre a un hombre de estado civil casado con una persona que no es la madre de la niña o niño, en otros términos, cuando el hombre casado tiene un hijo con una mujer que no es su esposa; y, en segundo lugar, a los hijos nacidos entre personas libres de vínculo matrimonial, por ejemplo, entre dos personas de estado civil solteros, entre una mujer soltera y un hombre divorciado, entre un hombre soltero y una mujer viuda, etc.

En la actualidad, con la expansión de los tipos de familia que difieren de la tradicional, la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio es gratificante, en virtud de que se ha avanzado en gran medida en el reconocimiento y respecto de sus derechos, sin ningún tipo de discriminación respecto de los hijos legítimos procreados dentro del matrimonio.

Es evidente que los niveles de tolerancia han sido progresivos con el paso del tiempo, especialmente la que proviene de los hermanos procreados dentro del matrimonio, pues es común observar la convivencia entre los hijos nacidos dentro del matrimonio

y los hijos nacidos fuera de él, sin embargo, aún existe mucho camino por recorrer para conciliar los intereses de las personas adultas en el sentido que no afecten los derechos fundamentales de los hijos, sin importar las circunstancias en las que hubieren nacido.

Así también, respecto de los hijos procreados entre sujetos que no tienen ningún tipo de vínculo matrimonial entre sí o con otra persona, en virtud de la existencia progresiva de los distintos tipos de familia, existe tolerancia social marcada, puesto que la necesidad de que los progenitores se encuentren casados o unidos de hecho, es una realidad que muchas veces pasa desapercibida.

Sin embargo, en estos casos, como puede existir armonía en la convivencia también es común que se produzcan conflictos en el ejercicio de los derechos de los progenitores sobre la crianza de los hijos, máxime si consideramos el privilegio legal que tiene la madre para ejercer la tenencia de sus hijos.

Quizá sea en estos casos en los que se produzca con mayor regularidad la situación que argumentamos, que se refiere a la negativa de la madre sobre el acceso del padre a sus hijos, especialmente cuando se produce el incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias. Pues, es evidente la existencia incremental de madres solteras que se ven obligadas a demandar la prestación alimenticia al progenitor y que niegan su acceso en caso de incumplimiento en los pagos.

1.3.2 Tenencia de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Desde la perspectiva de la igualdad formal y material, los hijos nacidos fuera del matrimonio se sujetan a las mismas reglas de la tenencia que los hijos nacidos dentro del matrimonio y para los hijos nacidos de unión de hecho. Siendo más puntuales, las reglas para confiar la tenencia no consideran las características o la situación personal de los hijos, sino únicamente respecto de la situación que pueda afectar negativamente sus derechos, por lo tanto, no existe distinción alguna como se produce respecto de las características de los progenitores para confiar la tenencia, por ejemplo, a quien mejor garantice los derechos de los hijos.

Entonces, a partir del reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, los hijos nacidos fuera del matrimonio se someten a las reglas de la tenencia establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia. Sin embargo, por la naturaleza de la procreación que se da por lo general en la situación en que la madre se encuentra aislada del progenitor, la tenencia se mantiene por virtud de los hechos con dicha progenitora. En otros términos, la progenitora tiene las mayores posibilidades de mantener la tenencia del hijo nacido fuera del matrimonio, siempre y cuando esa situación no vulnere sus derechos, en cuyo caso corresponderá la tenencia al padre.

Como hemos manifestado, los conflictos de la tenencia nacen con la intención del progenitor de mantener lazos afectivos con sus hijos y participar en su crianza. Es por eso que, en muchos de los casos el progenitor únicamente es obligado a cancelar las pensiones alimenticias y no tiene interés en mantener relaciones de convivencia con sus hijos. Incluso, existen los casos comunes en que los progenitores son obligados a declararse como tales en virtud de las pruebas de identidad biológica conocidas como exámenes de ácido desoxirribonucleico, hecho lo cual, no ostentan ningún interés en mantener las relaciones de afectividad con los hijos.

Sin embargo, para efectos de la presente investigación, consideramos los casos en los que el progenitor se interesa en participar en la crianza y cuidado de sus hijos, sin importar las circunstancias en las que haya sido procreado: matrimonio, unión de hecho o fuera del matrimonio.

Pues, naturalmente, solo en estos casos puede producirse el conflicto sobre la tenencia de los hijos, en virtud de que en nuestro país únicamente existe la figura legal de la tenencia exclusiva de uno solo de los progenitores y no la tenencia compartida para que pueda ser ejercida en conjunto y de manera alternativa.

1.3.3 Derechos de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

No existe una justificación constitucional para realizar una diferencia de trato de los hijos nacidos fuera de matrimonio, por lo tanto, gozan de los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del matrimonio o de los hijos nacidos dentro de la unión de

hecho. Es más, cualquier distinción que se realice por estos motivos sería una causa de discriminación prohibida por la Constitución y por la Ley.

A partir del derecho a la vida que se encuentra protegido en el Ecuador desde la concepción, las niñas, niños y adolescentes son sujetos de todos los derechos fundamentales intrínsecos a su dignidad humana. No existe y no es necesaria una exigencia adicional para el ejercicio de los derechos por parte de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Las características y la forma de haber sido procreado el hijo, es un criterio subjetivo y superficial que, si bien podría lesionar derechos fundamentales del niño como el derecho a vivir y desarrollarse en un medio adecuado, puede ser plenamente justiciable a través de los mecanismos que ha previsto la ley para precautelar los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Por ejemplo, en el caso de incumplimiento de los deberes de cuidado por parte de padre, la progenitora puede ejercer una acción judicial para reclamar los alimentos en favor del hijo o bien puede ejercer acciones judiciales incluso penales, cuando se produzca la discriminación de su hijo a causa de haber nacido fuera del matrimonio.

El Código Civil establece que “los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, Cod.Civ., 2005). Naturalmente, el ejercicio de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio y de todos los hijos en general, es exigible a partir del reconocimiento por parte de su progenitor.

Sin embargo, existe una situación problemática que puede lesionar severamente los derechos del hijo cuando el padre no tiene interés en mantener los vínculos afectivos necesarios para su desarrollo integral. En este caso, a lo sumo, el progenitor será obligado a sufragar una pensión alimenticia pero no puede ser obligado a visitar a su hijo o a mantener lazos afectivos y de convivencia con él, situación que puede producir secuelas negativas a corto y largo plazo.

Sin perjuicio de lo expuesto, en definitiva, el hecho de haber nacido el hijo fuera del matrimonio o de tener a progenitores libres de vínculo matrimonial, no es una causa de justificación para negar o menoscabar sus derechos. Por lo contrario, debe propenderse a erradicar acciones y omisiones que tengan por objeto la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, o por cualquier otra distinción individual o colectiva.

1.4 Tenencia

En la aproximación a la concreción del análisis de la problemática jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, debemos analizar previamente la figura jurídica de la tenencia, sus generalidades, definición, modalidades y la diferencia respecto de la patria potestad.

1.4.1 Generalidades de la tenencia.

Del análisis expuesto hasta el momento, se evidencia la elección de los tres casos en los que pueden existir conflictos respecto de la tenencia de las niñas, niños y adolescentes: (i) en la terminación del matrimonio por divorcio, (ii) en la terminación voluntaria o unilateral de la unión de hecho y (iii) en el caso de hijos nacidos fuera del matrimonio. En estos tres casos, el conflicto por la tenencia nace a partir del interés del progenitor en mantener con sus hijos las relaciones de afectividad y de convivencia, puesto que existen muchos casos en los que el progenitor es indiferente y apenas atiende los derechos de alimentación de sus hijos, cuando es obligado a través de los recursos judiciales como el apremio personal.

Aunque el conflicto aludido puede nacer del interés de buena fe del progenitor de mantener la convivencia con sus hijos, también es perfectamente posible que este interés se oculte en la intención de poseer la tenencia del hijo con la única finalidad de deshacerse de la obligación de sufragar una pensión alimenticia, es por eso la importancia de que la tenencia de los hijos, en los casos analizados, sea compartida entre los dos progenitores, para disuadir la posibilidad de litigios innecesarios que solo afectan los derechos de los hijos.

En la vida cotidiana, se conoce que la figura jurídica de la tenencia se ha convertido en un mecanismo de justificación que prioriza los intereses personales de los progenitores, por ejemplo, cuando el obligado al pago de alimentos incumple ese deber y la madre niega el acceso a los hijos so pretexto del incumplimiento y escudándose en el hecho de que es ella quien mantiene la tenencia.

En este caso, si bien la madre que posee la tenencia de los hijos es la primera obligada a velar por el garantismo de sus derechos fundamentales, especialmente con la exigencia del pago de las pensiones alimenticias, no es menos cierto que, para lograr ese objetivo, debe elegir los medios que siendo idóneos sean los menos lesivos a los derechos de sus hijos.

No se debería sacrificar el ejercicio de un derecho de los hijos por otro de igual o mayor importancia en el caso concreto, por lo contrario, se debe garantizar su ejercicio conjunto; en ese propósito, los progenitores son los primeros llamados a su cumplimiento, en igualdad de condiciones. En el ejemplo antedicho, la madre debe ejecutar los apremios reales y personales previstos en la ley, en lugar de limitar la convivencia y los lazos afectivos paternos indispensables para el desarrollo integral de los hijos.

En este escenario, considerando que las resoluciones judiciales en materia de niñez y adolescencia no generan efecto de cosa juzgada, se pueden plantear sobre la tenencia los incidentes que sean posibles, sin límites, convirtiéndose fácilmente en litigios innecesarios e interminables en los que avanzará simultáneamente el tiempo implacable que afectará las necesidades emocionales de los hijos que no son para estáticas y generará en ellos efectos negativos irreversibles. No es difícil deducir que el acompañamiento, el cariño y la imagen paterna, son elementos insustituibles en cada etapa del desarrollo de los hijos.

1.4.2 Definición de tenencia.

En vista de que tanto en la Constitución como en la Ley, no existe una definición sobre la tenencia, debemos recurrir a la doctrina para establecer una mirada conceptual sobre esta figura jurídica. En tal sentido, Rodríguez argumenta lo siguiente:

La tenencia de menores se define como una institución que tiene como finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor en busca de su bienestar, esto es, teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente. (Rodríguez, 2008)

En tal sentido, la figura jurídica de la tenencia está íntimamente relacionada con el principio de interés de la niñez y adolescencia, por lo tanto, cuando se produce la separación de los padres, debe precautelarse siempre que los derechos fundamentales de los hijos no se vean afectados por tal separación o, al menos, que dicha afectación tenga los mínimos efectos posibles.

A partir de lo señalado, podemos entender la tenencia como el cuidado que ejerce uno de los progenitores sobre los hijos cuando se ha producido su separación respecto del otro progenitor. En este sentido, se puede catalogar a la tenencia como análoga de “la orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003), a pesar de que esta última se encuentra concebida en la ley como medida de protección que se dispone cuando existe vulneración o amenaza de vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Por su parte, Aguilar Llanos sostiene:

Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo. (Aguilar Llanos, 2013)

A diferencia de la primera, esta definición tiene una amplitud a los dos progenitores. Se refiere a la tenencia como el derecho y la obligación de cuidado de los progenitores respecto de sus hijos de manera conjunta o separada, inmiscuye necesariamente la

convivencia con ellos. Un elemento importante a destacar del concepto citado, es que la tenencia se constituye en la base para el ejercicio de los derechos de los hijos y el cumplimiento de los deberes de los padres, pues, es a partir de la convivencia en que los padres pueden estar pendientes de las necesidades de sus hijos y, solo mediante esa vinculación material, pueden cumplir a cabalidad con sus obligaciones.

Por eso, cuando se produce la separación de los padres, es indispensable que no se pierdan los lazos de convivencia, especialmente por el hecho de que los hijos suelen quedar bajo el amparo y protección de la madre, mientras que el padre únicamente puede ejercer el régimen de visitas. Entonces, el padre por la falta de convivencia con sus hijos, no puede estar tan al pendiente de su cuidado como lo haría si estuviera presente el mayor tiempo posible con ellos.

Por estas razones y para efectos de la presente investigación, entenderemos la tenencia como la potestad de tutela que ejerce uno de los progenitores sobre los derechos de los hijos dependientes, cuando por causas particulares personales, no se puede ejercer de manera conjunta con el otro progenitor. Esa potestad se basa en la convivencia e incluye el poder de decisión sobre las circunstancias en que se desarrollarán los hijos, en los aspectos tales como prevención y atención de salud, educación, seguridad alimentaria, vestimenta, y en todos los aspectos que se presenten en el convivir diario con los hijos.

Se diferencia del régimen de visitas en razón del tiempo de convivencia y la participación en la toma de decisiones respecto de la vida de los hijos. Cuando la tenencia la tiene la madre, es ella quien decide sobre la forma de vida de los hijos, por ejemplo, en la elección de la institución educativa en la que estudiarán, el transporte que usarán, la forma de vestirse, etc. Claro que, en cuestiones más relevantes, puede y debe intervenir el otro progenitor, por ejemplo, cuando los hijos dependientes necesiten viajar a otro país. En definitiva, el progenitor que ejerce la tenencia, por el simple hecho de convivir más tiempo con los hijos, tendrá mayores posibilidades de influencia en su desarrollo integral.

1.4.3 Modalidades de tenencia.

De manera general, hablaremos de los dos tipos de tenencia comunes en el Ecuador: la tenencia conjunta y la tenencia exclusiva o separada, a partir de cuyos contextos se infiere la tenencia compartida como materia de la presente investigación. Sobre la tenencia conjunta, Canales sostiene lo siguiente:

La tenencia conjunta se realiza en situaciones en los cuales con o sin matrimonio, con o sin unión estable, ambos progenitores ejercen conjuntamente la tenencia de los hijos, porque existen convivencia entre dichos progenitores. Se da cuando ambos padres cohabitan con los hijos. (Canales, 2014)

Esta es la modalidad más frecuente de tenencia que se produce en virtud de los hechos, sin ser necesario un requisito adicional para su ejercicio, es decir, el simple hecho de la convivencia de los padres con los hijos bajo el mismo techo, les da el derecho de ejercer la tenencia conjunta. La convivencia puede derivarse del matrimonio, de la unión de hecho e incluso de la simple unión de los progenitores. Sobre la tenencia exclusiva o separada, la misma autora argumenta:

La tenencia definitiva es aquella que se sustenta en un instrumento que es producto bien de un proceso judicial o conciliación extrajudicial, que como sabemos tiene calidad de cosa juzgada, así pues, esta tenencia es definitiva en el sentido de que se requerirá nueva resolución judicial o acuerdo conciliatorio que la varíe o modifique. Se determinará al final de un proceso judicial o acuerdo conciliatorio. Se plantea esta pretensión, generalmente a través de un proceso principal. (Canales, 2014)

De la conceptualización citada, destacamos el carácter susceptible de modificación de las resoluciones que regulan el régimen de tenencia de los hijos dependientes, pues estas resoluciones no causan ejecutoria como lo haría, por ejemplo, una sentencia de divorcio, por lo tanto, pueden modificarse cuantas veces sea posible en virtud de la variación de las circunstancias fácticas. Claro que esta situación puede configurarse en un sinnúmero de acciones sobre la tenencia de los hijos dentro de un mismo caso, escenario que puede convertirse en un medio de presión y hostigamiento al progenitor que ejerce la tenencia.

Como es lógico, la tenencia exclusiva, a diferencia de la tenencia conjunta, es ejercida por uno solo de los progenitores, por lo general la madre, y se produce a partir de la ruptura de la convivencia entre ellos, exista o no matrimonio o unión de hecho, o que por causas ajenas la convivencia no sea posible, por ejemplo, en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

El efecto inmediato de este tipo de tenencia es el derecho al régimen de visitas del otro progenitor, situación que puede llegar a ser conflictiva por encontrarse vinculada con otros derechos como el de alimentos. En estos casos, como hemos sostenido previamente, por lo general la madre niega el acceso a los hijos a su progenitor, inobservando flagrantemente la norma legal que establece que “no se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003), refiriéndose al derecho de los hijos a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con su padre y madre.

Desde lo afirmado hasta aquí, enfatizamos que en el Ecuador existen dos tipos de tenencia claramente determinadas: la tenencia conjunta y la tenencia exclusiva o separada. La tenencia conjunta se encuentra desarrollada de manera implícita en el Código de la Niñez y Adolescencia, cuando declara que “corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003). Por su parte, la tenencia exclusiva o separada es la modalidad por excelencia cuando existe la separación de los progenitores en los casos determinados en el presente análisis, es decir, se confía la tenencia a un solo progenitor, por lo general a la madre.

Ahora bien, en la temática que nos ocupa, cuando no es posible mantener la tenencia conjunta basada en la convivencia de los progenitores bajo el mismo techo y pudiendo la tenencia separada ser perjudicial para los derechos de los hijos, se puede optar por la tenencia compartida entre los progenitores, cuyo ámbito será desarrollado seguidamente. Sin embargo, este tipo de tenencia no se encuentra regulado de manera expresa en la legislación ecuatoriana, a excepción de la regla establecida en

el Código de la Niñez y Adolescencia, que declara que para confiar la patria potestad “se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003).

En este caso, se puede entender que por acuerdo libre y voluntario de los progenitores se podría establecer un régimen de tenencia compartida, no obstante, sería más apropiado que esa posibilidad se encuentre establecida en la ley de manera explícita, para que habilite al juzgador establecer esta medida de manera prioritaria, salvo que afecte los derechos de la niña, niño o adolescente.

De tal forma, correspondería al juzgador establecer de forma prioritaria la tenencia compartida basada en la convivencia alternativa de los dos progenitores con sus hijos de acuerdo a sus posibilidades personales especialmente de disponibilidad de tiempo, mientras que la tenencia exclusiva para uno solo de ellos se convertiría en la excepción y no en la regla como sucede en la actualidad.

Claro que existe un camino largo por recorrer para lograr influir en la conciencia social, en el sentido de promover la sensibilización de las personas sobre la importancia de la convivencia de los padres con los hijos, especialmente en los primeros años de edad, en los que se forman los principales rasgos de personalidad y conducta de las niñas y niños. En tal etapa, el cariño y acompañamiento de sus dos progenitores será insustituible.

1.4.4 Tenencia y patria potestad.

Mientras la tenencia es una “situación legal que es emitida mediante resolución por un Juez y tienen como fin el atribuir al padre o la madre de un menor su cuidado” (Farith, 2014), la patria potestad, es definida por el Código de la Niñez y Adolescencia, de la siguiente manera:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la

Constitución y la ley. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003)

Entonces, la tenencia se refiere únicamente al cuidado de que ejercen los progenitores o uno de ellos respecto de los hijos, mientras que la patria potestad consiste en una esfera más amplia y completa sobre el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores en equidad respecto de sus hijos dependientes.

En este sentido, la tenencia puede considerarse uno de los ámbitos del ejercicio de la patria potestad. Al respecto, es importante señalar que el hecho de conferirle la tenencia a uno de los progenitores, no le priva al otro del ejercicio de la patria potestad, es decir, éste último puede intervenir en las decisiones sobre los derechos de los hijos, sin embargo, cuando se limita el acceso a los hijos esta intención se vuelve un tanto imposible, por eso la necesidad de establecer la tenencia compartida a los dos progenitores. Además, sobre la tenencia, el Código de la Niñez y Adolescencia, señala lo siguiente:

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 conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003)

En los casos de terminación de la convivencia de los progenitores sea por la terminación del matrimonio o por la terminación de la unión de hecho, el juzgador debe establecer mediante resolución bajo el cuidado de que progenitor quedaran los hijos dependientes. Para este propósito, el juzgador necesariamente deberá “oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003), para confiar la tenencia observando las reglas que se analizan seguidamente.

En primer lugar, el Código de la Niñez y Adolescencia señala que “se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003). En este caso, por lo

general, los progenitores acuerdan que los hijos queden bajo el cuidado de su madre. Esta situación es entendible, naturalmente, separar a los hijos de su lecho materno podría tener efectos adversos graves en el desarrollo de los hijos, especialmente en los primeros años de vida; es por eso quizá, la expresión de la voluntad del legislador de preferir a la madre para el ejercicio de la tenencia exclusiva. En el sentido contrario, el mismo cuerpo legal establece:

A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003)

De esta regla para confiar la patria potestad, se desprende la preferencia que tiene la madre respecto del progenitor para disponer la tenencia de los hijos que no han cumplido doce años de edad. Es por eso que, en la mayoría de los casos, el juzgador ordena que los hijos queden bajo el cuidado de la madre y no del padre, correspondiendo a este último el régimen de visitas. La situación se torna en tanto diferente, cuando los hijos ya se encuentran entre los doce y dieciocho años de edad, al respecto, el Código de la Niñez y Adolescencia, dice:

Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral. (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003)

En este caso, el progenitor se encuentra en una mejor posición respecto de la madre para obtener la tenencia de sus hijos adolescentes, sin embargo, esta posición se encuentra supeditada a las condiciones personales del progenitor que vuelve a estar en desventaja en el caso de que ambos padres demuestren iguales condiciones, situación en la que “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003).

Como podemos evidenciar, en las reglas citadas, cuando se produce la terminación de la convivencia de los progenitores sea por divorcio o por terminación de la unión

de hecho, únicamente existe la posibilidad de establecer la tenencia exclusiva o separada. En estos casos, el juzgador dispone el ejercicio de la tenencia comúnmente a madre mientras que el padre debe ejercer el derecho a las visitas de sus hijos. Es decir, no existe norma expresa que permita al juzgador establecer la tenencia compartida de los hijos a los dos progenitores.

Finalmente, es importante resaltar lo indicado previamente sobre los efectos de las resoluciones en materia de niñez y adolescencia. El citado Código de la Niñez y Adolescencia, establece que “las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia” (Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.N.A., 2003).

Es por eso la importancia de establecer la tenencia de manera compartida, para evitar litigios innecesarios entre los progenitores que solo generan efectos negativos en el desarrollo de los hijos. Es indudablemente preferible que el tiempo y las energías gastadas en los litigios sobre la tenencia, se puedan usar en beneficio de los hijos, en su crianza y cuidado conjunto, claro que el reto es considerable en virtud de la conciencia social arraigada en cuestiones egocéntricas de los progenitores.

1.5 Tenencia compartida

En este apartado del análisis, una vez determinada la problemática jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, revisaremos algunos aspectos de esta figura jurídica sobre sus generalidades, definición, doctrina en favor de esta modalidad de tenencia, jurisprudencia, ventajas, desventajas y complicaciones.

1.5.1 Generalidades de la tenencia compartida.

Como hemos sostenido, en los casos en que termina la convivencia de los padres y, especialmente, cuando esa terminación se somete a un proceso judicial en el que necesariamente debe resolverse la situación de los hijos dependientes, el juzgador

no tiene otro mecanismo que establecer la tenencia exclusiva a uno de los progenitores, comúnmente a la madre, y fijar un régimen de visitas para el otro progenitor, generalmente el padre.

En este escenario, a partir del ejercicio de la tenencia por parte de la madre y del régimen de visitas por parte del padre, la situación se convierte en un entorno de confrontación entre los progenitores, en el que se disputa la convivencia con los hijos y la participación en la toma de decisiones sobre sus derechos fundamentales; obviamente, la consideración de los efectos secundarios que puede provocar estos hechos en los hijos es un elemento que suele pasar desapercibido por los progenitores.

Claro que existen casos en los que el padre simplemente desaparece de la vida de los hijos, pero esos casos particulares se mantienen al margen de la presente investigación, por cuanto, la temática de estudio corresponde a los conflictos que se generan en el ejercicio de la tenencia exclusiva o separada, conflictos que tienen su fundamento inexorable en el interés del progenitor en mantener una convivencia armoniosa con sus hijos y en participar efectivamente en su crianza y cuidado. Partimos de una deducción optimista: la mayoría de los padres desean convivir con sus hijos, aun estando separados de la madre.

En este sentido, defendemos la idea de que la separación de los padres no debe considerarse una limitante para el ejercicio de la tenencia compartida, sino que esta opción se establezca en la Ley para que el juzgador pueda ordenarla de manera prioritaria y disponga la tenencia exclusiva solo en los casos en que la tenencia compartida sea manifiestamente perjudicial para los derechos de los hijos.

Consideramos que la tenencia compartida a partir de la convivencia en equidad de los dos progenitores con sus hijos, contribuirá significativamente en satisfacer la necesidad de vínculos afectivos de los hijos con sus padres, situación que se encuentra íntimamente ligada al principio de interés superior del niño. En este sentido, compartimos la idea de Plácido que dice:

Es evidente que el interés superior del niño, piedra angular en cualquier régimen de divorcio o tenencia, requiere el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres tras la separación de estos. No es honesto afirmar que el interés superior del niño resulte bien servido por un régimen de divorcio, concebido como un cuadrilátero de boxeo en el que, durante los años más delicados de su vida, el menor es testigo de un pugilato sin tregua entre sus padres. (Plácido, 2008)

Este criterio confirma el propósito de la presente investigación jurídica, pues es en los hijos en quienes debe recaer la atención del Estado, la sociedad y la familia misma, cuando se produce la separación de los progenitores, en el sentido que pueda garantizarse plenamente la protección de sus derechos.

Es inconcebible que los hijos tengan que pagar altos precios por la decisión de sus padres de terminar la relación de convivencia entre ellos, por lo contrario, esta separación no debería afectarles en mayor medida, especialmente en su derecho a mantener y fortalecer los lazos afectivos con sus dos progenitores. Entonces, es justamente en la separación de los padres cuando se debe proteger a los hijos de las mayores afectaciones que puede generar la pérdida del cariño y el contacto con uno de ellos, generalmente con el padre.

Las acciones que se realicen en el sentido de mantener la convivencia de los hijos con sus padres tras la separación de estos últimos, contribuyen significativamente a precautelar el interés superior de la niñez y la adolescencia. Pues, no se puede hablar de la garantía de este principio si se priva de los lazos afectivos del padre, especialmente en las edades tempranas de los hijos.

1.5.2 Definición de tenencia compartida.

Debemos precisar primero que no se debe confundir la tenencia compartida con el régimen de visitas. Por lo contrario, con la tenencia compartida se pretende superar el estereotipo arraigado socialmente sobre los efectos de la separación de los progenitores: la madre se queda con el cuidado de los hijos y el padre debe visitarlos previo aviso a la madre, convirtiéndose esta situación en un escudo de la madre para negar al padre el acceso a los hijos por motivos personales muchas veces

superficiales y egoístas. En aquel sentido, la figura jurídica aludida ha sido definida por Canales de la siguiente manera:

La tenencia compartida propiamente dicha se da en aquellos supuestos en que, no existiendo dicha convivencia entre los progenitores, estos deciden compartir el tiempo de la tenencia de los hijos. Así pues, se da cuando los padres comparten tiempo de convivencia con los hijos. (Canales, 2014)

Entonces, debemos enfatizar que la tenencia compartida consiste en la distribución equitativa del cuidado de los hijos entre los dos progenitores. Tanto la madre como el padre deben participar en el cuidado de los hijos de acuerdo a sus posibilidades personales, procurando siempre que los hijos puedan convivir con cada uno de ellos tanto tiempo como sea posible: los efectos en el desarrollo de los hijos serán muy importantes, conforme lo analizaremos más adelante. Otra definición que proponemos sobre la tenencia compartida es la aportada por Varsi en el sentido que sigue:

Es una novedosa institución del derecho de familia aplicada en el derecho anglosajón mediante el cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo viviría indistintamente con cada uno de los padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de esta institución es que ambos padres, pese a estar separados tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo a tal que la patria potestad queda incólume es decir ambos padres siguen ejerciéndola a través de la coparentalidad o como también se le conoce, “guarda compartida”. (Varsi, 2014)

Entonces, la tenencia compartida se resume en la convivencia alternada de los hijos con sus dos padres cuando estos últimos se separan. Esta convivencia debe procurar que los hijos compartan la mayor parte del tiempo posible con cada uno de sus padres, claro que para ellos es imprescindible la predisposición de dichos progenitores en dejar de lado sus diferencias y cooperar por los derechos de sus hijos.

A través de la tenencia compartida, se puede garantizar de mejor manera el ejercicio de los derechos de los padres respecto de los hijos. Por el hecho de mantener un mayor tiempo de convivencia, los dos progenitores tienen mayores posibilidades de participar en la crianza, educación y desarrollo de sus hijos, mientras que, en el

régimen de visitas el progenitor solo comparte un tiempo limitado e insuficiente para ejercer los derechos que le asiste la patria potestad. Sobre la crianza compartida Ferrari & Zicavo argumentan:

La crianza compartida posee el objetivo de garantizar a ambos padres derechos parentales, y así facilitar la participación paterna en las funciones y decisiones de crianza, además de construir un fácil y frecuente acceso al hijo por parte del padre no tutor. Pero por sobre todas las cosas, la crianza compartida garantiza que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres bajo circunstancia alguna, poniendo de relieve en primer lugar, el interés superior del niño a contar con ambas personas y fortalecer el vínculo necesario para el desarrollo de la vida y personalidad de los hijos. (Ferrari & Zicavo, 2011)

Justamente, la tenencia compartida se constituye en el medio más idóneo para garantizar que no se limite o menoscabe la convivencia de los hijos con sus dos progenitores, cuando la convivencia entre estos últimos no es posible. De esta forma, a través de la tenencia compartida se puede impulsar a la madre a propiciar la convivencia de los hijos con su progenitor, por su parte, el progenitor podría ejercer un mayor grado de exigencia a la madre para convivir con sus hijos el mayor tiempo que sea posible.

En virtud de lo expuesto, la figura jurídica de tenencia compartida que se propone en la presente investigación consiste en distribuir la convivencia de los progenitores separados con sus hijos, de acuerdo a sus posibilidades particulares de cada uno, especialmente en virtud de las actividades laborales y del tiempo disponible.

En este sentido, se deben distribuir las obligaciones de cuidado de los hijos de manera diaria, por ejemplo, si la madre labora en jornada matutina y el padre se encuentra disponible, puede cuidar durante ese tiempo a los hijos en su domicilio, incluyendo los traslados a la institución educativa. En definitiva, deben distribuirse las tareas de cuidado en el sentido que mejor favorezca la convivencia de los hijos con los dos progenitores.

1.5.3 Doctrina a favor de la tenencia compartida.

En este apartado presentamos algunas posturas de autores en favor de la tenencia compartida de los progenitores respecto de sus hijos dependientes, considerando siempre la convivencia y no únicamente el derecho a participar en el desarrollo de los hijos en ejercicio del régimen de visitas. En primer lugar, destacamos lo manifestado por Saltos cuando señala:

La principal razón en defensa de la custodia compartida es que, en caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir sobre el desarrollo y la evolución física y psicológica de sus hijos y tener un contacto permanente con los mismos. Según algunos especialistas, en las guardas y custodias donde no existe custodia compartida el desarrollo del menor es notablemente menor y los conflictos emocionales se desarrollan por el resto de su vida. (Saltos, 2010)

Naturalmente, el contacto directo de los padres con sus hijos brinda mayores posibilidades de influir en su crianza y educación. Por el contrario, la ausencia de uno de ellos influirá negativamente en su desarrollo, pues, la inexistencia de la figura paterna o materna en la vida de los hijos puede ocasionar efectos negativos en su estado emocional, produciendo tristeza, estrés, ansiedad, temor al exterior, etc.

Aunque el autor se refiere a la custodia, figura análoga a la patria potestad en el Ecuador, el ámbito de análisis se ajusta plenamente al régimen de tenencia de los hijos dependientes, especialmente respecto de los efectos negativos cuando se limita la convivencia de los hijos con sus dos progenitores. Como señala el autor, en estos casos los efectos en el desarrollo de los hijos pueden tener consecuencias negativas a largo plazo. En este sentido, como es evidente, la convivencia de los padres con los hijos permite que puedan participar directamente en la toma de decisiones para el ejercicio de sus derechos fundamentales como la salud, alimentación y educación, elementos esenciales para su desarrollo integral.

Por su parte, Ramos sostiene que “la tenencia compartida es una situación legal a través de la cual tanto el padre como la madre ejercen la custodia de sus hijos de manera equitativa” (Ramos, 2014), es por eso que, este tipo de tenencia permite a los

progenitores ejercer a cabalidad la corresponsabilidad parental. Tanto el padre como la madre participan de manera directa en la crianza y cuidado de los hijos, en un entorno familiar basado en la convivencia.

En estos términos, la tenencia compartida consiste en formular un acuerdo a partir de las circunstancias particulares de cada progenitor, para que hijos e hijas tengan los espacios necesarios en términos de calidad y cantidad que les permitan construir una relación sólida, íntima y equitativa con ambos progenitores. En algunas legislaciones se define a la custodia compartida como “custodia alternada o sucesiva, pero en fin tiene el mismo objetivo que los padres tras un divorcio compartan el mismo tiempo con sus hijos” (García, 2009). En relación con estos enunciados, Quimbita expresa lo siguiente:

Una de las mejores soluciones que debería implementarse en la legislación nacional es que en caso de separación o divorcio de los padres se conceda la tenencia compartida, con el objeto de prevenir y evitar daños que puedan afectar el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes que se ven obligados a convivir con uno de sus padres y no con sus dos progenitores. (Quimbita, 2017)

Por sentido común, los hijos prefieren ser criados y cuidados por sus dos progenitores de manera conjunta y no por uno solo de ellos, por lo tanto, en los casos de separación de dichos padres, son los hijos quienes se llevan la peor parte. En el caso de los niños, deben aceptar el acuerdo de sus padres sobre su tenencia, la cual queda generalmente con la madre; y, en el caso de los adolescentes, tienen la dura decisión de elegir a uno de sus progenitores, situación que suele desencadenar incluso en resentimientos por parte del otro progenitor, lo que no es nada beneficioso para el bienestar de los hijos y para su adecuado desarrollo.

Naturalmente, la ausencia de la figura paterna o materna va a influir negativamente en el desarrollo integral de los hijos, es por eso la importancia de que la convivencia entre padres e hijos se mantenga pese a que los progenitores se encuentren separados, como en los casos que han sido expuestos en la presente investigación. Hemos sostenido que la convivencia permite fortalecer los lazos afectivos entre padres e hijos y que, indudablemente, esta circunstancia contribuye al desarrollo

integral de los hijos y a garantizar el principio de interés superior del niño. En relación, Agurtzane dice:

Si el interés superior del niño es su bienestar para el adecuado desarrollo de su personalidad, y en el ámbito de la guarda implica quedar al cuidado del progenitor con el que mantiene una relación afectiva más estrecha, la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente. (Agurtzane, 2016)

En este sentido, la existencia de lazos afectivos sólidos entre los hijos y su madre, y la importancia de estos lazos en el desarrollo integral de dichos hijos, no son criterios suficientes para excluir la convivencia con su progenitor, por lo contrario, desarrollar y fortalecer los lazos afectivos con este último, armonizará el núcleo familiar y mejorará las relaciones entre todos sus integrantes.

Distinto es que la convivencia con el progenitor sea perjudicial para los derechos de los hijos, en cuyo caso sí sería razonable el establecimiento de la custodia exclusiva en favor de la madre, pero, únicamente por un periodo prudencial en el que podría el progenitor mejorar sus condiciones personales para restablecer las relaciones afectivas y de convivencia con sus hijos. En definitiva, consideramos que en cualquier caso debe priorizarse la tenencia compartida antes que la exclusiva.

1.5.4 Jurisprudencia de tenencia compartida.

En virtud de que en el Ecuador no ha existido pronunciamientos por parte de la Corte Nacional de Justicia o por la Corte Constitucional sobre la tenencia compartida, en el sentido que pueda constituir jurisprudencia, nos remitimos a criterios jurisprudenciales establecidos por altas cortes de países vecinos.

En primer lugar, citamos el criterio jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional de Colombia cuando declara que “es viable otorgar el ejercicio de la custodia compartida como un derecho que se erige en beneficio de los hijos comunes no emancipados, para que ambos padres participen activamente en el desarrollo armónico y en su bienestar integral” (Sentencia Nro. T-384/18, 2018).

En este caso, si bien la Corte Constitucional de Colombia, se refiere a la custodia compartida, el ámbito de análisis es el mismo que se establece para la tenencia compartida como uno de los ámbitos de la custodia o patria potestad de los hijos dependientes. En este sentido, la referida Corte destaca la importancia de la participación efectiva de los dos progenitores en el desarrollo integral de los hijos, contexto que inmiscuye necesariamente su crianza y cuidado permanente. Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha establecido lo siguiente:

A partir de la modificatoria antes señalada, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de promover la tenencia compartida o coparentalidad de los menores, en la cual ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de modo tal que la patria potestad queda incólume, es decir, ambos padres siguen ejerciéndola (...). Los hijos viven de manera alternativa y temporal con uno y otro progenitor, las relaciones personales se alternan con la convivencia ordinaria en una distribución temporal variable. En ese sentido, la figura jurídica de la tenencia compartida debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resalta la importancia de que el niño no sea separado de sus padres, sino cuando sea estrictamente necesario para preservar su interés. (Sentencia Nro. 3767-2015, 2016)

Como podemos deducir, en el Perú se encuentra regulada la tenencia compartida de los hijos dependientes. Esta figura busca la convivencia entre los hijos y sus padres de manera alternativa, es decir, tanto la madre como el padre deben organizar las tareas ordinarias en el sentido que se vincule a la convivencia con sus hijos.

Compartimos plenamente el criterio jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en el sentido en que hace hincapié en la importancia de no separar a los hijos de sus padres, salvo las excepcionalidades por las que se perjudican los derechos fundamentales de los hijos. En este contexto, se ajusta plenamente la necesidad de establecer la tenencia compartida como prioridad o como regla, mientras que la tenencia exclusiva debería ser únicamente la excepción, en los casos que la convivencia con uno de los progenitores sea manifiestamente perjudicial para los derechos de los hijos.

1.5.5 Ventajas y desventajas de la tenencia compartida.

Como hemos sostenido hasta el momento, existen beneficios trascendentales para establecer la tenencia compartida de los hijos dependientes a sus dos progenitores, cuando la convivencia de estos últimos culmine por causas de divorcio o de terminación de la unión de hecho, o cuando dicha convivencia no sea posible por haber nacido los hijos fuera del matrimonio. Sobre las ventajas, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado lo siguiente:

Son varias las virtudes que se atribuyen a la custodia compartida de los hijos menores cuyos padres se encuentran separados por diversas razones, a saber: (i) la convivencia alternada con ambos padres permite que el niño no sienta el distanciamiento ni la pérdida de alguno de sus padres, por el contrario, forja una relación saludable y cercana paterno y materno-filial; (ii) los niños se adaptan adecuadamente al entorno porque incrementan su autoestima y valor emocional, al punto que aceptan de mejor manera la ruptura sentimental de los padres sin causar traumas; (iii) se forjan menores más independientes y autoresponsables; (iv) los niños entienden la importancia de ser solidarios, compartir y resolver problemas a través del diálogo, el respeto y el apoyo que toman del ejemplo de los padres; entre otras ventajas. (Sentencia Nro. T-384/18, 2018)

Reiterando, si bien la Corte Constitucional de Colombia se refiere a la custodia compartida, el ámbito de análisis es el mismo que el de la figura jurídica de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana. Como evidenciamos, las ventajas son significativas y se vinculan directamente con la optimización del principio de interés superior del niño al procurar fortalecer los lazos afectivos con sus dos progenitores; esta situación afectará positivamente el estado emocional y psicológico del hijo, contribuyendo de esta manera a lograr su adecuado desarrollo integral.

Sobre la primera ventaja referida por la Corte, debemos manifestar que es común la realidad observada: en los procesos de separación de los padres, si los hijos quedan bajo la tenencia de su madre, por lo general, pierden comunicación y vinculación efectiva con su padre. A esta realidad la Corte acertadamente la cataloga como pérdida del padre por parte de los hijos. Obviamente, esta situación debe mejorarse para que los procesos de separación de los progenitores constituyan justamente eso

“separación de los progenitores” y no separación de los progenitores respecto de sus hijos, puesto que, la calidad de pareja puede dejar de existir en el transcurso de las vidas de los progenitores por la separación, pero su calidad de padres, resulta absurdo que se extinga por esa circunstancia.

En la segunda ventaja, la Corte destaca el proceso de adaptación post separación de los progenitores. Al respecto, debemos manifestar que la separación de los padres es en sí misma perjudicial para los hijos, especialmente para su estado y desarrollo psicoemocional; entonces, el daño será mayor si acompañada a la separación se encuentra la ausencia de la figura paterna. Por lo tanto, la tenencia compartida puede coadyuvar a que los hijos asimilen de mejor manera la separación de sus padres, en el sentido que no sientan haber perdido a uno de ellos por causa de la separación.

Respecto de la tercera ventaja, resulta lógico deducir que, si los hijos se involucran en un proceso de adaptación en ambientes diferentes, con reglas y roles que demandan la ejecución de actividades de cooperación para lograr un fin efectivo, los hijos tendrán la motivación suficiente para desarrollar destrezas y valores como la independencia y la responsabilidad.

Finalmente, la ventaja cuarta señalada por la Corte, se refiere a la imagen positiva del accionar de los padres que se proyecta a los hijos, quienes asimilarán esta actitud y la harán parte de su desarrollo psicoemocional. Los hijos observarán la forma de manejar la separación por parte de sus padres, en el sentido que no perjudique sus derechos como hijos y, seguramente, replicarán esta manera de resolver los problemas en base a consensos mutuos sustentados en el diálogo y la cooperación.

Sin embargo y sin perjuicio de las ventajas expuestas, que son evidentemente gratificantes para el desarrollo integral de los hijos y que permiten garantizar el principio de interés superior del niño, la misma Corte Constitucional de Colombia ha establecido algunas desventajas que citamos a continuación:

Esta Corporación también es consciente que se pueden presentar dificultades en la adaptación de los niños, niñas y adolescentes a este modelo familiar compartido, como, por ejemplo, (i) el acople paulatino a

las residencias alternadas; (ii) que en cada casa se definan hábitos, reglas y horarios diferentes; y, (iii) que existan estilos educativos o pautas de crianza disimiles entre ambos progenitores y por ello se reporte ansiedad entre los menores hijos. Según las investigaciones ya referidas y el concepto señalado, estos tres problemas son los más recurrentes, por lo cual se requiere de una interacción civilizada de los padres para lograr superarlos fijando rutinas, hábitos y lineamientos educativos similares y estables que atiendan al bienestar y la salud de los menores hijos. En todo caso, si las dificultades persisten, la Sala recuerda que las sentencias judiciales que definen la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino formal, de tal manera que en cualquier tiempo se puede acudir al juez de familia para que éste evalúe las condiciones que son más adecuadas para el bienestar de los menores y sus derechos fundamentales. (Sentencia Nro. T-384/18, 2018)

Respecto de lo manifestado, si bien existirán complicaciones en la adaptación al medio compartido especialmente en cuestiones materiales, no es menos cierto que las ventajas son superiores en el ejercicio de los derechos de los hijos, sobre todo en las consecuencias a largo plazo. La estabilidad emocional que tendrán los hijos bajo el cariño, cuidado y protección de sus dos progenitores, devendrá en consecuencias positivas como el buen rendimiento académico, desarrollo de valores, etc.

1.5.6 Complicaciones de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana.

Compartiendo el criterio de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia citada anteriormente, consideramos que la complicación más significativa de la tenencia compartida es el periodo de adaptación en el lapso de tiempo inmediato a la separación de los progenitores. Es decir, los hijos se habrán acostumbrado a la figura paterna y materna dentro del mismo techo, a convivir y ser cuidados por ellos de manera conjunta; mientras que, a partir de la separación, los hijos deberán concurrir a dos o más lugares físicos, situación que va a alterar sus actividades cotidianas particularmente educativas, generando como efecto por ejemplo el bajo rendimiento académico de los hijos.

Obviamente este problema no lo tendremos en los casos de los hijos nacidos fuera del matrimonio, en cuyo caso el problema consistiría en la voluntad de cooperación

de la esposa del padre del menor nacido fuera del matrimonio, en el sentido de permitir y propiciar la convivencia de su esposo con su hija o hijo. Así mismo, en el caso de los progenitores libres de vínculo matrimonial, corresponde prioritariamente a los dos garantizar el ejercicio pleno de los derechos de sus hijos.

En este escenario, las condiciones materiales de la vida personal de los padres, puede jugar en sentido contrario a los fines de la tenencia compartida, por ejemplo, la distancia de los domicilios de cada progenitor, los horarios laborales, la falta de comunicación, etc., razón por la cual, los progenitores deben emplear y adecuar todos los mecanismos posibles para efectuar la convivencia con los hijos en la forma más idónea posible.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos indicar que todas estas circunstancias negativas son temporales. La adecuada predisposición de los padres superará estas complicaciones poco significativas a largo plazo en la vida de los hijos, pues hemos dejado por demás comprobado que la ausencia de uno de los progenitores tiene efectos fatales en el desarrollo de los hijos, razón por la cual, vale la pena un sacrificio mínimo por un bien mayor, particularmente en el ámbito psicoemocional en el que los daños ocasionados suelen ser irreversibles.

CAPÍTULO II

TENENCIA COMPARTIDA EN LOS PAÍSES DONDE EXISTE ESTA INSTITUCIÓN: DERECHO COMPARADO

2.1 Tenencia compartida en España

Debemos indicar primero que la figura jurídica de *tenencia* en su sentido literal no existe en la legislación española, en este país se conoce como *guarda*, sin embargo, la figura jurídica de la patria potestad si existe en su sentido literal como se encuentra establecida en la legislación ecuatoriana. En este sentido, sobre la guarda compartida el Código Civil de España, establece lo siguiente:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. (Ministerio de Gracia y Justicia, C.C.E., 1889)

Como podemos evidenciar, en este país se encuentra establecida de manera expresa en la ley la guarda conjunta de los hijos cuando se produce la terminación de la convivencia de los progenitores, como en el caso de divorcio. Al encontrarse establecida en la letra de la ley, el juzgador únicamente debe aplicar su contenido a los hechos del proceso judicial, pudiendo evitar la guarda exclusiva de los hijos a un solo progenitor, aunque su establecimiento se derive necesariamente del acuerdo de los padres.

Un elemento destacable de la norma citada, consiste en la obligación del juzgador de procurar la no separación de los hermanos, es decir que, cuando existan dos o más hijos, estos deben quedar bajo la guarda de los dos progenitores en conjunto de acuerdo a sus posibilidades y no cada progenitor con uno o más hijos. En este sentido, se procura que la convivencia entre padres e hijos se mantenga en conjunto de manera armoniosa. Para el establecimiento de la guarda conjunta, el citado Código Civil, reza:

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. (Ministerio de Gracia y Justicia, C.C.E., 1889)

Sobre el informe del Ministerio Fiscal, la legislación española difiere de la ecuatoriana, sin embargo, es análoga sobre la obligación del juzgador de escuchar de manera directa a los hijos, aunque difiere también en este último aspecto respecto de su edad: en el Ecuador existe una especie de carácter indicativo de la opinión de los niños, mientras que la opinión de los adolescentes es vinculante para el juzgador cuando va a determinar la situación de la tenencia.

De la norma citada, se infiere que para determinar la situación de la guarda conjunta se debe considerar la situación de los padres en el sentido que mejor garantice el bienestar de los hijos. En virtud de aquello, se confirma lo que habíamos propuesto en argumentos previos: para la determinación de la tenencia conjunta es indispensable el interés del progenitor en mantener y fortalecer los lazos afectivos con sus hijos, de otra manera, ese establecimiento devendría en forzoso y lesivo para sus derechos. Finalmente, la norma citada expresa una limitación para la guarda conjunta:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. (Ministerio de Gracia y Justicia, C.C.E., 1889)

En este caso, las condiciones para la improcedencia del establecimiento de la guarda conjunta son incluso más severas de las establecidas en el Ecuador para la privación de la patria potestad, en el sentido que su ámbito se extiende a las posibles afectaciones del otro cónyuge, mientras que el Ecuador únicamente se considera las afectaciones producidas directamente en los hijos. Sin perjuicio de lo expuesto, como

en el Ecuador no existe la figura jurídica de la tenencia compartida, lógicamente, tampoco existen limitaciones para su establecimiento.

2.2 Tenencia compartida en Francia

Al igual que en España, en Francia no se establece de manera literal la figura jurídica de tenencia compartida, pero sí existe la figura de convivencia alternativa, residencia alterna o *résidence de l'enfant* posterior a la separación de los padres. Al respecto, debemos considerar la forma en que se produce el establecimiento legal de la figura de la convivencia alternativa. En ese sentido, el Código Civil de Francia, determina lo siguiente:

Los progenitores podrán acudir al Juez de Familia para que homologue el convenio en virtud del cual se organicen las modalidades aplicables al ejercicio de la patria potestad y se establezca la contribución a la manutención y educación del hijo. El juez homologará el convenio salvo cuando constate que este no preserva suficientemente el interés del hijo o que el consentimiento de los progenitores no se prestó libremente. (Comisión de redacción Francesa, C.C.F., 1804)

En este país, existe la modalidad de convenio regulador para resolver la situación de los hijos de forma similar a la establecida en España, es decir, los padres realizan un acuerdo previo que debe ser aprobado por el juez, salvo que ese acuerdo vulnere los derechos fundamentales de los hijos. Por su parte, como podemos darnos cuenta, el convenio abarca los mismos tres aspectos que se resuelven en el Ecuador –en los casos de divorcio– sobre la situación en la que quedan los hijos, posterior a la separación de los padres: (i) tenencia, guarda o cuidado (ii) régimen de visitas y (iii) derecho de alimentos. Sobre estos aspectos, el citado Código Civil de Francia, establece:

Cualquiera de los progenitores o el Ministerio Fiscal, o a través de este último, un tercero, pariente o no, podrán acudir asimismo al juez para que se pronuncie en torno a las modalidades aplicables al ejercicio de la patria potestad y a la contribución a la manutención y educación del hijo. (Comisión de redacción Francesa, C.C.F., 1804)

En el Ecuador, salvo en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad, son los padres los primeros llamados a garantizar los derechos de sus hijos en el caso de separación y, en segundo lugar, la persona que representa la figura jurídica que se conoce como curador ad-litem, mientras que, en Francia puede intervenir cualquier persona que tenga interés en la modalidad de ejercicio de la patria potestad de los padres.

Ahora bien, en el tema que nos ocupa, la citada norma legal dispone que “en aplicación de los dos artículos anteriores, la residencia del hijo podrá establecerse en el domicilio de cada uno de los progenitores de forma alterna, o bien en el domicilio de uno de ellos” (Comisión de redacción Francesa, C.C.F., 1804). De esta norma, deducimos la prioridad de la convivencia alternativa que debe establecer el juzgador, quedando en segundo lugar lo que hemos denominado como tenencia exclusiva de uno solo de los progenitores. En tal sentido, además, se establece lo siguiente:

A solicitud de cualquiera de los progenitores, o en caso de desacuerdo entre ambos sobre las modalidades aplicables a la residencia del hijo, el juez podrá dictar con carácter provisional la residencia alterna de este durante el periodo que decida. A la extinción de dicho periodo, el juez se pronunciará definitivamente en torno a la residencia alterna del hijo en el domicilio de cada uno de los progenitores, o bien la residencia en el domicilio de uno de ellos. (Comisión de redacción Francesa, C.C.F., 1804)

A diferencia de lo establecido en la legislación ecuatoriana e incluso en la española, en Francia es facultad discrecional del juzgador el establecimiento de la convivencia alternativa de los hijos incluso en contra de la voluntad de los padres, obviamente atendiendo sus derechos fundamentales. En el caso de que la residencia del hijo se establezca en el domicilio de uno solo de los progenitores, se establecen las siguientes reglas:

Cuando la residencia del hijo se establezca en el domicilio de uno de los progenitores, el Juez de Familia se pronunciará en torno a las modalidades aplicables al derecho de visita del otro progenitor. Cuando lo dicte el interés del hijo, dicho derecho de visita podrá ejercerse en un espacio de encuentro designado por el juez. Cuando lo dicte el interés del hijo o la entrega directa de este al otro progenitor suponga una

situación de peligro para alguno de ellos, el juez organizará las modalidades aplicables de tal forma que la entrega presente todas las garantías necesarias. Podrá dictar que dicha entrega se lleve a cabo en un espacio de encuentro designado por él, o con la asistencia de un tercero de confianza o del representante de una persona jurídica cualificada. (Comisión de redacción Francesa, C.C.F., 1804)

En este caso, como podemos deducir, el fin de la norma es procurar la convivencia de los padres con los hijos incluso si la residencia se ha establecido en el domicilio de uno solo de ellos. Por eso, el encuentro entre el progenitor con los hijos es una situación que debe regular el juzgador con especial atención. Por otro lado, el citado Código Civil de Francia, regula el ejercicio conjunto de la patria potestad cuando existe desacuerdo entre los progenitores, en el sentido que sigue:

En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes. Con el objetivo de facilitar la búsqueda por parte de los progenitores de un consenso en el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá proponerles una medida de mediación y, tras haber obtenido su consentimiento, designar a tales efectos a un mediador familiar. Podrá instarles a reunirse con un mediador familiar que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida. (Comisión de redacción Francesa, C.C.F., 1804)

En otros términos, el juzgador procurará en todos los casos que la convivencia familiar no se destruya por la terminación de la convivencia entre los progenitores. Como podemos evidenciar, en Francia siempre se procura la tenencia compartida de los hijos posterior a la separación de los padres, mientras que la modalidad de tenencia exclusiva a uno solo de ellos queda en segundo plano.

2.3 Tenencia compartida en Norte América

Fuentes sostiene que en Estados Unidos “a lo largo de 2017, 25 estados de la Unión han valorado en sus cámaras legislativas mejorar la protección de la institución de la custodia o crianza compartida de los hijos como mejor fórmula tras la ruptura de los progenitores” y que “el Estado de Kentucky aprobó como procedimiento estándar la custodia física compartida y un tiempo estándar para las órdenes de custodia” (Fuentes, 2017).

A criterio de la autora, en Estados Unidos se están realizando progresivamente sendos esfuerzos para lograr el establecimiento de la crianza compartida de los hijos en los casos de separación de sus progenitores o cuando la convivencia entre ellos, por circunstancias personales no es posible.

En el tema que nos ocupa, nos referiremos al caso del Estado de Kentucky que es el régimen más representativo de los Estados Unidos sobre crianza compartida. En este Estado, según el portal oficial Legal Aid de Kentucky se encuentra regulada la custodia legal y la custodia residencial, de la forma que sigue:

La custodia legal se refiere al derecho legal de un padre a tomar decisiones sobre la atención médica, educación y otros asuntos importantes para su hijo. La custodia residencial se refiere al padre con el cual vive el hijo la mayor parte del tiempo. (Legal Aid, 2020)

Entonces, la figura de la custodia legal es equivalente a la figura jurídica de la patria potestad en el Ecuador, mientras que la figura de la custodia residencial corresponde a la figura jurídica de la tenencia prevista en la legislación ecuatoriana. En este sentido, el portal oficial citado refiere que los jueces pueden establecer la custodia residencial conjunta cuando es favorable para los intereses de los hijos. En relación, en el portal en español denominado Información Legal de Estados Unidos se expone lo siguiente:

Cuando los padres comparten la custodia de sus hijos, usualmente fijan una agenda de conformidad a sus requerimientos laborales, necesidades personales y a las necesidades de los niños. Si los padres no pueden ponerse de acuerdo en cuanto a la agenda, la corte impondrá un acuerdo. Otros arreglos de custodia física compartida incluyen: Alternar meses, años, o semestres. Pasar fines de semana, vacaciones y feriados con uno de los padres, mientras pasa los días de semana con el otro. (Base Legal Organización, 2020)

En este sentido, como hemos manifestado previamente, el establecimiento de la tenencia compartida se relaciona íntimamente con la disponibilidad de tiempo de los progenitores, para emplearlo en la convivencia con los hijos. En este escenario, aunque la residencia habitual se encuentre con uno de los progenitores, a través del acuerdo arribado ante el juzgador, los padres se comprometen en armonizar la

convivencia con los hijos en el sentido que sus condiciones personales mejor lo permitan.

2.4 Tenencia compartida en Italia

En este país, al igual que en España y Francia, se encuentra establecida en la ley de manera expresa la figura jurídica de tenencia compartida de los hijos cuando se produce la separación de los padres o cuando la convivencia entre ellos no es posible. Esta figura se encuentra regulada en el Código Civil de Italia, cuando determina:

Incluso en el caso de separación personal de los padres, el hijo menor tiene el derecho de mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, de recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y de conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada rama parental. (Emanuelle III Vittorio, C.C.I., 1942)

En este caso, la norma se refiere a la relación de convivencia de los hijos con sus padres que debe protegerse especialmente cuando se produce la separación de estos últimos e incluso ampliarse con la familia ampliada, con la finalidad de garantizar de mejor manera los derechos fundamentales de los hijos. Cuando existe la separación de los progenitores, la norma citada establece:

Para realizar la finalidad indicada en el primer párrafo, el juez que pronuncia la separación personal de los cónyuges, adopta las medidas correspondientes a la prole con exclusiva referencia al interés moral y material de la prole. Evalúa, de forma prioritaria, de que los hijos menores permanezcan con ambos cónyuges o establece a cuál de estos corresponde la tenencia, determina los tiempos y la modalidad de la presencia con cada padre, fijando también la medida y el modo con los cuales cada uno de ellos debe contribuir al mantenimiento, cuidado, instrucción y educación. Incluye en la medida, si no son contrarios al interés de los hijos, los acuerdos celebrados entre los padres. Adopta cualquier otra medida correspondiente a la prole. (Emanuelle III Vittorio, C.C.I., 1942)

Como podemos evidenciar, en este país la figura de la tenencia compartida es la primera opción que debe observar el juzgador en el caso de separación de los progenitores, quedando en segunda instancia la posibilidad de establecer la tenencia

exclusiva a uno solo de ellos. Finalmente, respecto a nuestro tema de estudio, el citado Código Civil de Italia, establece:

La potestad parental es ejercitada por ambos cónyuges, las decisiones de mayor interés para los hijos correspondientes a la instrucción, educación y a la salud son decididas de común acuerdo, teniendo en cuenta la capacidad, inclinaciones naturales y de las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo, la decisión corresponde al juez. De forma limitada a las decisiones sobre cuestiones de administración ordinaria, el juez puede establecer que los padres ejerciten la potestad de forma separada. (Emanuelle III Vittorio, C.C.I., 1942)

Como es evidente, al igual que en el Ecuador, en Italia la situación de la patria potestad no se excluye a un solo progenitor sino en los casos excepcionales previstos en la ley para limitar su ejercicio. Por su parte, la tenencia si puede decretarse en favor de uno solo, pero, como hemos sostenido, el juzgador debe priorizar establecer la tenencia conjunta a los padres en el sentido que mejor garantice los derechos de los hijos.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE CASOS EN RELACIÓN A TENENCIA

3.1 Procesos sustanciados en Zamora Chinchipe

Con la finalidad de establecer la realidad de los casos prácticos sobre la tenencia, se ha considerado pertinente realizar un estudio empírico sobre la totalidad de los casos de divorcio con hijos dependientes, sobre terminación de la unión de hecho y sobre tenencia, iniciados durante el año dos mil diecinueve y sustanciados en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, con el objeto de determinar la forma en que los juzgadores han establecido la tenencia de los hijos y, de esta manera, dar cumplimiento al tercer objetivo específico propuesto en el anteproyecto de la presente investigación.

Del estudio de campo realizado, en primer lugar, se ha determinado que en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, se han presentado veinticinco demandas de divorcio, de las cuales dieciocho corresponden a demandas de divorcio por mutuo consentimiento y siete a demandas de divorcio por causal. Y, en segundo lugar, se ha determinado que se ha presentado una demanda de terminación de la unión de hecho y cinco demandas de tenencia. Debemos indicar que la totalidad de estos procesos se encuentran con resolución en la que se regula el régimen de tenencia y visitas de los hijos dependientes.

A continuación, se expone un cuadro detallado de los procesos analizados. En primer lugar, sobre los procesos de divorcio con hijos dependientes que han sido sustanciados en la dependencia jurisdiccional indicada, durante el año dos mil diecinueve.

	Nro. PROCESO	TIPO DE DIVORCIO	TENENCIA	RÉGIMEN DE VISITAS
1	19332-2019-00016	Causal	Madre	Abierto



2	19332-2019-00050	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
3	19332-2019-00051	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
4	19332-2019-00117	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
5	19332-2019-00124	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
6	19332-2019-00128	Causal	La madre con un hijo (niño de once años) y el padre con un hijo (adolescente de quince años)	Abierto
7	19332-2019-00140	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
8	19332-2019-00157	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
9	19332-2019-00172	Causal	Madre	Sábados y domingos de 09:00 a 17:00
10	19332-2019-00250	Causal	Padre	Abierto
11	19332-2019-00303	Causal	Madre	Abierto
12	19332-2019-00310	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
13	19332-2019-00382	Causal	Padre	Sábados de 09:00 a 17:00
14	19332-2019-00396	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
15	19332-2019-00479	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
16	19332-2019-00554	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto

17	19332-2019-00594	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
18	19332-2019-00612	Causal	La madre con dos hijos (un adolescente de quince años y un niño de diez años) y el padre con un hijo (un adolescente de diecisiete años)	Abierto
19	19332-2019-00625	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
20	19332-2019-00626	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
21	19332-2019-00639	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
22	19332-2019-00643	Mutuo consentimiento	La madre con un hijo (un niño de diez años) y el padre con una hija (una adolescente de dieciséis años)	Abierto
23	19332-2019-00732	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
24	19332-2019-00752	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto
25	19332-2019-00776	Mutuo consentimiento	Madre	Abierto

Como podemos evidenciar, en veinte de los procesos analizados se confía la tenencia a la madre, en dos al padre y en tres existe separación de los hermanos para el ejercicio de la tenencia. En virtud de aquello, en todos los procesos se ordena la tenencia exclusiva a uno solo de los progenitores y en ninguno se prevé la tenencia compartida.

Ahora bien, respecto de la terminación de la unión de hecho con hijos dependientes, se ha determinado que durante al año dos mil diecinueve, se ha sustanciado un solo proceso de esta naturaleza en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, es el proceso signado con el número 19332-2019-00680, en el que el juzgador –en atención al acuerdo de los progenitores– resuelve confiar a su madre la tenencia de los dos hijos habidos en la unión de hecho y que el régimen de visitas para el padre sea de carácter abierto.

Sobre las demandas de tenencia, existen cinco procesos: (i) en el proceso Nro. 19332-2019-00146, el padre solicita la tenencia de su hija procreada en la convivencia con su esposa, el juzgador dispone la tenencia a su progenitor y el régimen de visitas abierto para la madre; (ii) en el proceso Nro. 19332-2019-00217, el progenitor soltero solicita la tenencia de sus dos hijas, el juzgador dispone la tenencia de una hija al progenitor y de la otra hija a su madre, y el régimen de visitas queda abierto; (iii) en el proceso Nro. 19332-2019-00457, el progenitor de estado civil en unión de hecho, solicita la tenencia de su hija concebida con una persona de estado civil soltera, el juez dispone la tenencia de la niña para el progenitor demandante y establece el régimen de visitas para la madre los días sábados desde la 10h00 hasta las 15h00; (iv) en el proceso Nro. 19332-2019-00603, el progenitor soltero solicita la tenencia de su hijo adolescente procreado con una persona de estado civil soltera, el juez dispone la tenencia para el padre, pero no regula régimen de visitas para la madre; y, (v) en el proceso Nro. 19332-2019-00629, el progenitor soltero solicita la tenencia de su hija procreada con una persona de estado civil soltera, el juzgador niega la demanda y concede la tenencia a su madre, y establece un régimen de visitas para el padre los días sábados y domingos de 08h00 a 17h00.

Como podemos darnos cuenta, tanto en los casos de divorcio con hijos dependientes, como en los casos de terminación de la unión de hecho y en los procesos de tenencia, las o los jueces disponen la tenencia exclusiva a uno solo de los progenitores, mientras que para el otro se establece el régimen de visitas.

3.2 Posiciones sobre la tenencia compartida en su contexto pragmático

El presente estudio se ha sustentado en la afirmación sobre la inexistencia de la institución jurídica de la tenencia compartida de los hijos en el Ecuador. Esta afirmación ha quedado demostrada en el análisis de las normas sobre tenencia y patria potestad que se encuentran establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, como norma jurídica especial que regula los derechos de las niñas, niños y adolescentes que viven en el Ecuador, en este caso en particular, sobre la situación jurídica posterior a la separación de sus progenitores.

En este sentido, se ha demostrado que, en efecto, no existe la figura de tenencia compartida en la legislación ecuatoriana. Es por eso que, en los procesos de divorcio, sobre terminación de la unión de hecho y sobre tenencia propiamente dicha, los juzgadores disponen solamente la tenencia exclusiva en favor de uno solo de los progenitores, mientras que el otro tiene el derecho de visitas. Esta aseveración ha quedado demostrada en el análisis de los casos sustanciados en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, durante el año dos mil diecinueve.

A partir de la afirmación que ha sido demostrada plenamente, se ha analizado la problemática jurídica que conlleva la inexistencia de esta figura jurídica en la legislación ecuatoriana, esto tomando en cuenta el estado de vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas, niños y adolescentes, por su condición natural evolutiva y, en especial, cuando se produce la separación de sus padres.

En este contexto, debemos insistir en el principio de interés superior de la niñez y adolescencia que debe realizarse en la mayor medida posible respecto de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes ecuatorianos. Como ha quedado demostrado, este principio se encuentra establecido no solo en la Constitución de la República, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos de obligatorio cumplimiento para el Estado Ecuatoriano, así como en la ley que regula la materia de niñez y adolescencia.

El cumplimiento de este principio corresponde de manera prioritaria al Estado, pero también a la sociedad en general y, particularmente, a la familia, en el sentido que lo ha ordenado la Corte Constitucional del Ecuador, en su calidad de máximo organismo de control constitucional y, por tanto, vigilante del cumplimiento de los principios y derechos establecidos en el bloque de constitucionalidad.

En este sentido, se ha demostrado que el principio del interés superior de la niñez y adolescencia suele verse vulnerado en los procesos de separación de los progenitores, especialmente en las disputas legales que se ocasionan por haber decidido llevar rumbos de vida alejados entre sí. Estas decisiones no debemos ignorar: corresponden a la esfera personal de cada progenitor, por lo tanto, deben procurar que tengan el mínimo efecto en los hijos.

Sin embargo, esta situación suele ser ignorada habida cuenta de los intereses personales egoístas de los progenitores, quienes comúnmente no pueden dejar de lado sus diferencias para proteger los intereses de sus hijos. El ambiente alarmante de los procesos judiciales sobre estos aspectos es evidente y de conocimiento popular en la realidad ecuatoriana. Las disputas legales por la situación de los hijos son el pan de cada día de las unidades competentes en materia de familia, en los que se prioriza siempre la comodidad de los padres y no los derechos de los hijos.

Los procesos en los que se discute la tenencia de los hijos, se han convertido en un mecanismo de venganza y de exigencias ilegítimas de quien ostenta la tenencia exclusiva, por lo general la madre, por lo tanto, el padre suele verse obligado a ceder ante las pretensiones de la progenitora para poder ejercer la convivencia con sus hijos o someterse a rigurosos procesos legales que solo perjudican sus derechos fundamentales. Como ejemplo, podemos asegurar que es doloroso ver a una niña de siete años ser interrogada por el juzgador sobre con qué progenitor desea convivir, seguramente se preguntará ¿Qué mal habré hecho para estar siendo interrogada en una corte de justicia? Porque, aun siendo reservado, no deja de ser un interrogatorio judicial. Entonces, debemos preguntarnos ¿Cuál es el precio que deben pagar los hijos por las decisiones de sus padres? ¿Nacieron siendo culpables? ¿Es innato el sufrimiento?

En este escenario, los hijos se encuentran en un callejón sin salida, entre la posición inexorable de elegir a un progenitor y perder al otro, de elegir a la madre y perder al padre, porque no se puede evitar ese sentimiento de pérdida en los hijos respecto del progenitor que abandona el hogar, cuya imagen abstracta se perderá bruscamente en la ausencia y será progresiva en tanto no se permita la convivencia con sus hijos posterior a la separación, como es el típico caso que se produce ante el incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias.

Pese a que las niñas y niños, tienen una capacidad excepcional de adaptación a las circunstancias cambiantes, no es menos cierto que necesitan primordialmente estabilidad emocional para que su desarrollo integral sea adecuado. Por lo tanto, las circunstancias que provocan sentimientos y emociones negativas como angustia, depresión o inseguridad, pueden influir negativamente en su desarrollo. Así mismo, estos problemas pueden ser de mayor trascendencia en los adolescentes, por ejemplo, un adolescente que entre en estado de depresión por consecuencia de la separación de sus padres, lo más probable es que desarrolle conductas antisociales y de crisis existencial, pudiendo desencadenar en suicidio.

Por otro lado, si bien la legislación ecuatoriana ha previsto la figura jurídica de régimen de visitas para que el progenitor al que no se le ha confiado la tenencia de los hijos, por lo general esta se convierte en un problema al momento de su ejercicio. Pues, en nuestro caso específico, la madre que ostenta la tenencia tiene mayores posibilidades de exigencias hacia el padre que desencadenan, por ejemplo, en no permitirle el acceso a los hijos. Así mismo, el ejercicio del régimen de visitas para el padre se vuelve problemático, por ejemplo, cuando la madre ha reconstruido su vida amorosa con otra persona, caso en el que suelen darse escenarios de celos que conllevan a que la convivencia del padre con los hijos se deteriore o se pierda por completo, pues, muchas personas por evitar conflictos mayores, prefieren alejarse del nuevo núcleo familiar formado.

Entonces, en la separación de los progenitores el juzgador poco puede hacer respecto de la conflictividad que se puede generar respecto de la situación de los hijos, puesto que, la legislación ecuatoriana prevé únicamente la regulación de la tenencia en favor

de uno solo de los progenitores, priorizando a la madre. En este sentido, si bien el juzgador, en una interpretación adaptativa del numeral 1, del Art. 106, del Código de la Niñez y Adolescencia, podría disponer la tenencia compartida cuando así lo acuerden los progenitores, en la práctica, se conoce que los juzgadores optan por regirse a la taxatividad de la norma disponiendo la tenencia de los hijos en favor de la madre, salvo que sea perjudicial para los hijos, anticipándose de esta manera a evitar posibles consecuencias legales personales por indebida aplicación de la norma.

Esta aseveración la podemos apreciar en el estudio de los casos que hemos analizado, es decir que, en la totalidad de los casos sustanciados en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, durante el año dos mil diecinueve, los juzgadores han dispuesto la tenencia exclusiva, en su gran mayoría en favor de la madre, mientras que, se ha regulado el régimen de visitas en favor del padre, en su gran mayoría en la modalidad abierta.

En este orden de ideas, es absolutamente recomendable que se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia, en el sentido que determine la figura de tenencia compartida como prioridad en el caso de separación de los progenitores. En tal caso, los juzgadores establecerán que tanto el padre como la madre ejerzan la tenencia de los hijos de acuerdo a sus posibilidades, de manera que compartan la mayor cantidad de tiempo posible con los hijos.

Para el efecto, se deben contar como referentes las legislaciones de los países que hemos analizado en este estudio, considerando especialmente que estas sociedades han logrado un alto grado en el índice de desarrollo humano y en la garantía de los derechos fundamentales, por lo tanto, constituyen ejemplos a seguir para adecuar la normativa ecuatoriana, específicamente respecto de las prácticas de convivencia alternativa de los hijos con sus dos progenitores cuando se ha producido la separación de estos últimos.

En este sentido, si la separación de los padres incide de forma mínima en la convivencia con sus hijos, no se pierden los lazos afectivos esenciales para un adecuado desarrollo integral. Si el progenitor comparte la tenencia con la madre,

puede tener mayores posibilidades de exigir la convivencia con sus hijos, a diferencia de lo que ocurre actualmente en los escenarios en que la madre por el hecho de ostentar la tenencia, asume una posición subordinante respecto del padre y, en virtud de aquello, puede negarle el acceso a los hijos cuando no se satisfagan sus pretensiones personales, como la exigencia del pago de las pensiones alimenticias, convirtiendo a los hijos en un medio de coerción respecto del progenitor.

En relación con estas últimas ideas, debemos manifestar que la figura de la tenencia exclusiva se ha convertido en un mecanismo de la madre para limitar la convivencia de los hijos con su padre, especialmente cuando este incumple con el pago de las pensiones alimenticias. Por ejemplo, existe un caso en la ciudad de Zamora en el que las dos niñas habidas en la pareja conviven con su padre la mayor parte del tiempo, sin embargo, el padre es obligado a cancelar las pensiones alimenticias, puesto que, si no lo hace, su madre le retira las niñas y niega todo acceso a ellas, de manera que, su progenitor para no perder los lazos afectivos y la convivencia con ellas, paga injustamente las pensiones alimenticias.

Una situación similar ocurre en los casos en que los progenitores ejercen su derecho de visitas de manera libre. Al respecto, existen casos en que, por acuerdo informal y extrajudicial realizado con la madre, los hijos conviven con su padre durante dos o tres días por semana, que constituyen ocho a doce días al mes según sea el caso, pero subsiste la obligación del padre de pagar las pensiones alimenticias en virtud de que la madre es quien ejerce la tenencia de los hijos, a pesar de que los hijos convivan con su progenitor periodos de tiempo significativos.

En este sentido, consideramos que debe modificarse la legislación para lograr una adecuada proporcionalidad en la fijación de las pensiones, cuando los hijos conviven un tiempo considerable con su padre, de manera que la madre no pueda usar como pretexto la exigencia del pago de las pensiones para negar la convivencia de los hijos a su padre.

Así mismo, de establecerse legalmente la figura jurídica de la tenencia compartida, consideramos pertinente que la obligación de la prestación alimenticia al padre, solo

pueda ser exigible en tanto la madre demuestre incapacidad económica que garantice su subsistencia y será establecida de manera proporcional en virtud de dicha capacidad económica, por lo contrario, si la madre tiene suficientes recursos económicos y la convivencia con los hijos es proporcional respecto de los dos progenitores, no existiría la necesidad de establecer una pensión alimenticia, sino que las obligaciones parentales serán asumidas de acuerdo a las posibilidades de cada progenitor.

Por todas estas consideraciones, creemos pertinente la procedencia del establecimiento de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana. De esta manera, las separaciones de los progenitores no tendrán efectos negativos relevantes en el desarrollo integral de los hijos. Aunque somos conscientes que no es corto el camino por recorrer para consolidar este propósito y que su concreción dependerá del esfuerzo conjunto entre el Estado, la sociedad y la familia.

CONCLUSIONES

El Código de la Niñez y Adolescencia, no contempla la figura jurídica de la tenencia compartida, sino únicamente la tenencia exclusiva de los hijos que se otorga en favor de uno solo de los progenitores.

En los procesos judiciales de divorcio y de terminación de la unión de hecho, necesariamente se regula la tenencia de los hijos comunes, correspondiendo la misma a uno de los progenitores, mientras que al otro le corresponde el derecho de visitas. Esta regulación no afecta el ejercicio conjunto de la patria potestad de los progenitores.

En las legislaciones de los países de España, Francia, Estados Unidos e Italia, se encuentra regulada la figura jurídica de la tenencia compartida, que es ordenada de manera prioritaria por el juez competente en materia de niñez, cuando se produce la separación de los progenitores.

En la totalidad de los casos de divorcio, de terminación de la unión de hecho y de tenencia, iniciados durante el año dos mil diecinueve y sustanciados en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, se ha dispuesto la tenencia exclusiva de los hijos en favor de uno solo de sus progenitores.

La tenencia compartida fortalece los lazos afectivos de los hijos con sus dos progenitores e influye positivamente en su estado emocional, psicológico y en su desarrollo integral, mientras que, la tenencia exclusiva con uno solo de los padres, limita seriamente la participación del otro progenitor en la crianza y puede ser usada como pretexto para negar el acceso del progenitor visitante a sus hijos.

RECOMENDACIONES

La Asamblea Nacional, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, debe reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, estableciendo prioritariamente la tenencia compartida de los hijos cuando se produce la separación de los padres por divorcio, por terminación de la unión de hecho y en los casos de hijos nacidos fuera del matrimonio.

En los procesos judiciales de divorcio y de terminación de la unión de hecho, el juzgador debe procurar el acuerdo de los progenitores en el sentido que se establezca la tenencia compartida de los hijos comunes, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 106, numeral 1, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Los progenitores que viven separados entre sí, deben procurar la convivencia alternada de los hijos con cada uno de ellos, evitando discordias innecesarias sustentadas en intereses y prejuicios personales. La convivencia debe acordarse en armonía con la disponibilidad de tiempo y las características particulares de la vida de cada progenitor.

Los profesionales del Derecho que ejercen la defensa técnica en los procesos en los que se discute la tenencia de los hijos dependientes, deben asesorar a sus defendidos sobre la importancia de que los dos padres ejerzan la tenencia compartida de sus hijos comunes.

Las instancias administrativas de protección de la niñez y adolescencia, como los Consejos Nacionales para la Igualdad y el Ministerio de Inclusión Económica y Social, deben planificar y ejecutar políticas de concientización a la sociedad en general, sobre la importancia de mantener y fortalecer los lazos afectivos y de convivencia entre los hijos y sus progenitores, especialmente cuando se ha producido la separación de estos últimos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, B. (2013). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Derecho & Sociedad 32 Asociación Civil*, 191-197.
- Agurtzane, G. (2016). La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. *Derecho Español*, 52-57.
- Argueta, I. (2017). Familia 'natural' contra matrimonio igualitario: un fenómeno social que se repite. *Cultura y representaciones sociales*(22), 278-311.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, C.D.N. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. New York - Estados Unidos: Organización de las Naciones Unidas.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Riobamba - Ecuador: Registro Oficial de 11 de agosto de 1998.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, C.R.E. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi - Ecuador: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador, C.O.F.J. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito - Ecuador: Registro Oficial Suplemento 544 de 09 marzo 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador, C.O.G.E.P. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito - Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 mayo 2015.
- Asamblea Nacional del Ecuador, L.O.G.I.D.C. (2016). *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Quito - Ecuador: Registro Oficial Suplemento 684 de 04 de febrero de 2016.
- Base Legal Organización. (2020). *Información Legal de Estados Unidos*. New York - Estados Unidos: Base Legal Organización.
- Benalcázar, P. (18 de mayo de 2019). El matrimonio en la historia ecuatoriana. *El Telégrafo*, pág. 1. Obtenido de <http://tinyurl.com/yyjgxdrt>
- Calderón, P., & Calderón, J. (2017). La viabilidad de la implementación del matrimonio virtual en Sinaloa. *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información: RITI*, 7(13), 126-132.

- Canales, C. (2014). *Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).
- Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2009).
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 08 de julio de 2004).
- Caso Gelman Vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).
- Comisión de redacción Francesa, C.C.F. (1804). *Code Civil des Français*. París - Francia: Journal Officiel.
- Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, C.A.D.H. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José - Costa Rica: Organización de los Estados Americanos.
- Consejo Supremo de Gobierno, C.P.R.E. (1979). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito - Ecuador: Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.
- Emanuelle III Vittorio, C.C.I. (1942). *Código Civil de Italia*. Roma - Italia: Regio Decreto.
- Farith, S. (2014). *Derechos de la Niñez y Adolescencia. De la convención sobre los derechos del niños a las legislaciones integrales*. Quito - Ecuador: Editora Jurídica Cevallos.
- Ferrari, J., & Zicavo, N. (2011). *Algunas verdades sobre crianza compartida*. México - México: Trillas.
- Fuentes, A. (16 de diciembre de 2017). 2017, año de la promoción de la custodia compartida en los Estados Unidos. *Actual*, pág. 1.
- García, J. (2009). *Manual de práctica procesal civil referente a la legislación ecuatoriana*. Quito - Ecuador: Temis.
- Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.C. (2005). *Código Civil*. Quito- Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

- Honorable Congreso Nacional del Ecuador, C.O.N.A. (2003). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Quito - Ecuador: Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.
- Legal Aid. (2020). *Network of Kentucky*. Frankfort - Estados Unidos: LSC Communications.
- Ministerio de Gracia y Justicia, C.C.E. (1889). *Código Civil de España*. Madrid - España: Boletín Oficial del Estado.
- Plácido, A. (2008). *La coparentalidad o tenencia compartida, el derecho de cuidar y ser cuidado*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.
- Quimbita, J. (2017). *Tenencia compartida de los hijos en casos de separación o divorcio de los padres*. Quito - Ecuador: Universidad Central del Ecuador.
- Ramos, H. (2014). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23 ed.). Madrid - España: Espasa.
- Rodríguez, T. (2008). Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. *Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*, 102-121.
- Saltos, R. (2010). *El derecho especial de menores y el Código de la Niñez y Adolescencia*. Guayaquil - Ecuador: Editora Biblioteca Jurídica.
- Sampieri, R. (2019). *Metodología de la Investigación* (6ta ed.). México - México: Mc Graw Hill Education.
- Sentencia Nro. 067-12-SEP-CC, Caso Nro. 1116-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 27 de marzo de 2012).
- Sentencia Nro. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), Caso Nro. 11-18-CN (Corte Constitucional del Ecuador 12 de junio de 2019).
- Sentencia Nro. 3767-2015, Caso Nro. 3767-2015-CUSCO (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 08 de agosto de 2016).
- Sentencia Nro. T-384/18, Expediente T- 6.517.757 (Corte Constitucional de Colombia 20 de septiembre de 2018).

Varsi, E. (2014). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima - Perú: Editora Jurídica Griley.

Yerovi Indaburu Clemente, L.N. (1966). *Ley Notarial*. Quito - Ecuador: Registro Oficial 158 de 11 de noviembre de 1966.

Zannoni, E. (1993). *Derecho Civil Tomo II: Derecho de familia* (2da ed.). Buenos Aires - Argentina: Astrea.



ANEXOS

Cuenca, 23 de diciembre de 2020

Que, de acuerdo al software de antiplagio Turnitin, identifica como resultado del trabajo de investigación titulado **"PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INEXISTENCIA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA"** de la estudiante **CARLOTA MARISOL MÁRQUEZ JIMÉNEZ** con número de cédula **1900218585**; un índice de similitud del 9%.

Es todo cuanto se puede informar.



Atentamente

FAUSTO
RICARDO
BARRERA BRAVO

Firmado digitalmente
por FAUSTO RICARDO
BARRERA BRAVO
Fecha: 2020.12.24
14:18:18 -05'00'

Dr. Fausto Ricardo Barrera Bravo, Mgs.

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad analizar la problemática jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, cuando se produce la separación de los progenitores por divorcio, por la terminación de la unión de hecho y en los casos de los hijos nacidos fuera del matrimonio. El estudio comprende, en primer lugar, la exposición de un marco conceptual, jurídico y doctrinario sobre el matrimonio, la unión de hecho, los hijos fuera de matrimonio y la tenencia compartida en el Ecuador; en segundo lugar, se realiza un análisis de la tenencia compartida en las legislaciones de España, Francia, Estados Unidos e Italia; y, finalmente, se analiza el establecimiento de la tenencia en la totalidad de los casos de divorcio, de terminación de la unión de hecho y de tenencia, iniciados durante el año dos mil diecinueve y sustanciados en la Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe. Los resultados de la investigación determinan que la tenencia compartida fortalece los lazos afectivos de los hijos con sus dos progenitores e influye positivamente en su estado emocional, psicológico y en su desarrollo integral, mientras que, la tenencia exclusiva con uno solo de los padres, limita seriamente la participación del otro progenitor en la crianza y puede ser usada como pretexto para negar el acceso del progenitor visitante a sus hijos.

PALABRAS CLAVES: TENENCIA COMPARTIDA, PATRIA POTESTAD, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

This research aims at analyzing the legal problem of the non-existence of shared custody in Ecuadorian legislation, when parents separate through a divorce, due to the termination of the common-law relationship, and in the cases of children born out of wedlock. The study includes, in the first place, the presentation of a conceptual, legal, and doctrinal framework on marriage, common-law unions, children out of wedlock, and joint custody in Ecuador. Secondly, an analysis of joint custody in the legislations of Spain, France, the United States, and Italy is made. Finally, the establishment of custody is analyzed in all the cases of divorce, termination of the common-law union, and custody, initiated during the year two thousand nineteen and conducted in the Multicompetent Civil Judicial Unit with headquarters in the canton of Zamora, Province of Zamora Chinchipe. The results of the research determine that shared custody strengthens the affective bonds of children with both parents and positively influences their emotional and psychological state and their integral development, while exclusive custody with only one of the parents seriously limits the participation of the other parent in the upbringing and can be used as a pretext to deny the visiting parent access to his or her children.

KEYWORDS: SHARED CUSTODY, PARENTAL AUTHORITY, CHILDHOOD AND ADOLESCENCE.

CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 20 de octubre de 2020

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



DR. WLADIMIR QUINCHE
ORELLANA
Documento certificado digitalmente
por emergencia sanitaria en
Ecuador por COVID-19
Matriz-Cuenca
2020-10-21 10:44:05:00

**Dr. Wladimir Quinche Orellana Msc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña, Mag.

DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones

FAUSTO RICARDO BARRERA BRAVO, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor de la estudiante **CARLOTA MARISOL MÁRQUEZ JIMÉNEZ** con número de cédula **1900218585**, quien realizo su Trabajo de Titulación denominado **"PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INEXISTENCIA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA"**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de **40/40** correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:

**FAUSTO RICARDO
BARRERA BRAVO**

Firmado digitalmente por
FAUSTO RICARDO BARRERA
BRAVO

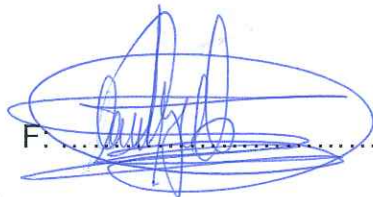
Fecha: 2020.12.24 14:20:04
-05'00'

Dr. **FAUSTO RICARDO BARRERA BRAVO**, Mgs.
DOCENTE TUTOR

PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Yo, Carlota Marisol Márquez Jiménez portador(a) de la cédula de ciudadanía N°1900218585 En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "**PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INEXISTENCIA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**" de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 17 de Diciembre de 2020



F.....

EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:

Que, **CARLOTA MARISOL MARQUEZ JIMENEZ C.C. 1900218585**, de la carrera de **DERECHO** modalidad Distancia, presento su diseño de Trabajo de Titulación con el Título **“PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INEXISTENCIA DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **19 de febrero de 2020**, previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 10 de diciembre de 2020.

AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR, MGS

Elaborado por:	Ing. Paola Campoverde
Revisado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs
Autorizado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs



AB. XAVIER IÑIGUEZ
VIVAR
Documento certificado
digitalmente por
Emergencia Sanitaria en
Ecuador por COVID-19
Cuenca - Ecuador
2020-12-11 07:09-05:00



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA
OBTENCIÓN DE TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES
DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

TÍTULO:

**PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INEXISTENCIA DE LA TENENCIA
COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

AUTORA: CARLOTA MARISOL MÁRQUEZ JIMENEZ

TUTOR: MGS, FAUSTO BARRERA

FECHA: 06 de diciembre de 2019

1. TEMA

Derecho Civil – Derecho de Familia

2. TÍTULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Problemática Jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana

3. MARCO CONTEXTUAL

La inexistencia de la figura de la custodia compartida en la legislación Ecuatoriana, ha provocado que los “niños sean privados en la mayoría de los casos de la figura paterna” (Simón, 2016), ya que tras un divorcio o separación es la madre quien tiene el noventa por ciento de la custodia y por lo tanto es ella quien toma todas las decisiones en relación a su hijo y quien comparte más tiempo con los menores, siendo esto injusto tanto para el menor como para su progenitor, por lo que esto vulnera el interés superior de los niños que viven en un régimen de custodia monoparental.

La custodia monoparental; es decir, el “hecho de que solo uno de los progenitores tenga bajo su cuidado y protección a los hijos habidos en el matrimonio, es el único tipo de custodia que se encuentra legislada en el país” (Farith, 2014); por lo tanto, ésta es aplicada a todos los casos en los cuales se disputa la custodia de un menor, dando como resultado relaciones irregulares entre el hijo y el progenitor que no posee la tenencia, puesto que el niño o niña por la poca convivencia que tiene con su padre o madre con el cual no vive, mira a éste como un desconocido.

Cuando una pareja se divorcia o se separa, por lo general los hijos habidos dentro de esa relación son los más afectados, son niños que tiene que crecer fuera del núcleo familiar, puesto que su tenencia es dada a uno solo de los padres, provocando de este modo ciertos problemas

psicológicos, como la retención, aprendizaje y otros problemas. (García T. C., 2014)

En Ecuador pueden los progenitores acordar una aparente tenencia compartida, y mediante este acuerdo el Juez hará constar en sentencia este acuerdo; más el juez no puede imponer por no existir esta figura en la ley.

La falta de la figura legal de la Tenencia Compartida en casos de separación o divorcio de sus padres, “vulnera el interés superior de los niños, niñas y adolescentes que son producto de un divorcio o separación” (Ramos, 2014), por tal razón muchos de los menores que son producto de una alejamiento de sus padres no tienen una adecuada formación en el ámbito educativo, social, cultural, etc.

Constituye la protección de los menores un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. La tenencia compartida permite que ambos progenitores puedan seguir tomando decisiones sobre la formación de sus hijos menores en igualdad de condiciones.

Cuando los padres e hijos que forman la familia dejan de vivir juntos, la tenencia no se comparte entre el padre y la madre con respecto a la toma de decisiones en su crianza, alimentación, educación, salud mental y física, costumbres, amistades, etc. (García Pastor, 2013)

Ya que en nuestro país la legislación acuerda un régimen de visitas para el progenitor que no vive con los hijos.

La necesidad de la tenencia compartida surge en los hogares donde se produce “separaciones de los padres, como en el caso de padres solteros donde existe la necesidad de compartir la tenencia del menor para no afectar su pleno desarrollo” (García J. , 2009). Por lo que considero importante incorporar esta figura por que ayudaría al desarrollo integral del menor, para aprenda a tener una sana convivencia con su entorno familiar, un adecuado desarrollo psicológico.

La tenencia compartida daría lugar a que el padre y la madre mantengan una participación activa en la responsabilidad de dar los alimentos al menor, preocuparse por su cuidado, y compartan las decisiones con respecto a la educación, formación, y demás aspectos que atañen al menor.

Sin embargo, quien recibe el pago por alimentos es quien se queda con la custodia del menor y la parte que paga se queda simplemente con la visita una vez por semana o cada quince días, por lo que el menor se ve afectado por la ausencia de uno de sus padres

Esta tenencia compartida se exceptuaría en los casos que uno de los padres sea violento, o por adicción al alcohol o cualquier tipo de estupefacientes que afectaría al desarrollo del menor.

Se han dado casos donde la parte que se encuentra con la custodia del menor se ve afectada emocionalmente por la terminación de la relación, intenta manipular a la otra parte evitando vea al menor por su resentimiento personal, sin darse cuenta que el niño no tiene la culpa de los problemas suscitados entre los padres más bien es una víctima de las circunstancias.

Así mismo en casos que por circunstancias adversas la parte que le corresponde dar el aporte económico no lo puede hacer, entonces es limitado por la otra parte a visitar a sus hijos hasta que pague la mensualidad. Igualmente vulnera el derecho del niño a tener la presencia de uno de sus padres.

En estos casos los únicos perjudicados son los niños que son afectados psicológicamente y jurídicamente con su derecho a crecer en familia.

En el caso que exista dos hijos, y se acuerde la tenencia compartida entre los padres, pero repartiéndose un hijo para cada padre, no es saludable ya que los lazos familiares se ven asentidos por estas erróneas decisiones, provocando aún más la desunión familiar, por lo que la tenencia compartida debe ser en pasar los dos hijos juntos, con el progenitor que le corresponda en su momento la tenencia.

La tenencia se la entrega a la madre por que se supone que el padre es quien tiene que trabajar para que lleve los alimento a casa; pero en la actualidad no ocurre así ya que la mujer también se ha incorporado al ámbito laboral y se deja al cuidado a una tercera persona, por lo que es importante para el menor se comparta por lo menos el tiempo que les queda libre a sus padres en forma alternada y equivalente.

Son varios los efectos que se provocan en los menores como también en los padres debido a que se afecta psicológicamente el hecho de no poder compartir con un ser querido, “originando situaciones estresantes en sus vidas por la falta de contacto y el fomento del apego entre padre e hijo” (Diario El Comercio, 2015), estas situaciones estresantes pueden ser el origen de un problema mayor a través de una enfermedad mental grave.

De existir la figura de tenencia compartida se debería incluir que quien tenga la tenencia en su momento corra con los gastos necesarios para la manutención del menor, esto sería alimentación vestimenta, educación, etc.

Si las dos partes trabajan el aporte económico seria la mitad la madre y la otra mitad el padre, pero si solo una de las partes trabaja entonces el progenitor que trabaja haría un aporte a la otra parte que no trabaja por el tiempo que le corresponda cuidarle.

Se puede encontrar que el Código de la Niñez y la Adolescencia, entre los artículos 104 al 125, establece lo relacionado con la patria potestad, guarda y cuidado y régimen de visitas cuando los padres se separan con respecto a los menores, pero establece la modalidad monoparental de la tenencia de los menores, no la compartida, por lo que se determinará cuál será el padre que tendrá bajo su abrigo de forma permanente al menor, mientras que se establecen fechas de visitas para el padre que no tiene bajo su custodia a dicho menor.

Ante este hecho, se quebranta el buen vivir del menor, porque no se tiene en cuenta su interés superior, ya que los menores necesitan ante los procesos de separación de sus progenitores, del cariño y la atención de ambos padres, sin contar que constituye un deber innegable de ambos. (Somarriva, 2015)

El hecho de que, en el Ecuador, la legislación en materia de familia y tenencia de los hijos menores ante una eventual separación de hecho, no establezca lo referido a la tenencia compartida, supone una violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a los que debe garantizárseles el poder disfrutar, sin restricción alguna, y siempre que la racionalidad y características de cada padre lo permitan, el acceso libre y voluntario a cada uno de sus padres.

Se dice que en nuestro país hay un alto porcentaje de niños que no ven a sus padres por que la custodia fue entregada a la madre, quien no les permite verlos.

En los últimos años han surgido movimientos de padres que impulsan la custodia compartida. “Ellos incluso han pedido cambios al Código de la Niñez y Adolescencias, relacionados con la tenencia, régimen de visitas y pensión alimenticia”. (Diario El Comercio, 2015)

A lo que un artista famoso Fausto Miño luego pasar un litigio judicial con sus exparejas aprendieron a hacer acuerdos a través de Mediación y emite el siguiente mensaje. “Hay que cambiar mentalidades, no leyes por encima de heridas y emociones, entendiendo que un hijo necesita a papá y mamá.” (Diario El Comercio, 2015)

La tenencia compartida corresponde una decisión inteligente, madura y responsable de los padres quienes deben dejar de lado todo tipo de resentimientos, y por el amor a sus hijos permitirles tengan la figura de sus dos progenitores.

4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo incide jurídicamente la falta de existencia en la legislación ecuatoriana de la tenencia compartida de los hijos, debido a la separación de sus progenitores?

5. OBJETO DE ESTUDIO

- Derecho procesal en materia de menores.

6. CAMPO DE ACCIÓN

- La inexistencia de la institución jurídica de la tenencia compartida de los hijos en el Ecuador.

7. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE LA CARRERA

- Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.

8. OBJETIVO GENERAL

- Analizar la problemática jurídica de la inexistencia de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana.

9. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Elaborar el marco conceptual, jurídico y doctrinario sobre el matrimonio, la unión de hecho, hijos fuera de matrimonio y la tenencia compartida en el Ecuador.
- Establecer a través del derecho comparado cómo se procede en los casos de tenencia compartida en los países en los cuales existe esta institución.
- Analizar casos jurídicos que se han resuelto por el Juez competente en la ciudad de Zamora en los cuales no existe tenencia compartida de los hijos comunes.

10. TIPO DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo al tipo de investigación que se realiza se efectuará un análisis cualitativo, toda vez que se revisará la normativa civil con referencia a la tenencia de menores y cómo lograr preservar el interés superior del niño al garantizar un adecuado desarrollo con el apoyo de ambos padres y de esta forma conservar la unión familiar.

Por el alcance de la investigación esta será explicativa, pasando a detallar sobre la tenencia compartida y la incidencia en la resolución de conflictos legales presentados en los juzgados de la República del Ecuador, se procederá a explicar cómo se ha regulado esta tenencia compartida en el código civil y en el código orgánico de la niñez y adolescencia.

Para lo cual nos referiremos al autor Sampieri, quien nos habla de la flexibilidad de este método pero que debemos tener una planificación con el fin de llevar en forma organizada el proceso.

Una de las críticas positivistas del método cualitativo ha sido la flexibilidad en el proceso metodológico; sin embargo, es necesario entender que cuando se realiza este tipo de investigación, si bien no existe un esquema predeterminado de acción, también es cierto que se debe contar con una planeación que permita llevar a cabo la investigación con una cierta organización que ayude a cumplir los objetivos. (Sampieri, 2019)

Para lo cual el investigador preparado es quien da inicio a la investigación.

El punto de partida de la investigación cualitativa es el propio investigador; su preparación y experiencia. A partir de estos dos elementos, el investigador elige un determinado tema y define las razones de su interés en tal o cual temática. El tema por investigar no tiene por qué ser, en un primer momento, algo totalmente definido, puede ser un tema aún muy general. (Sampieri, 2019)

11. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

Tenencia

La tenencia es el acto a través del cual uno de los progenitores de un menor ejerce su cuidado y convive de manera habitual con él. Es decir que el progenitor que tenga la custodia del menor va cuidarlos y asistirlo.

De acuerdo al derecho de familia, tenencia es una “situación legal que es emitida mediante resolución por un Juez y tienen como fin el atribuir al padre o la madre de un menor su cuidado” (Farith, 2014). Mientras que el progenitor que no posee la tenencia tiene el derecho de visitas.

También es importante recalcar que no se debe confundir la tenencia con la patria potestad, puesto que la primera consiste en el cuidado y protección que uno de los progenitores ejerce sobre su hijo, mientras que la segunda siempre la van ejercer ambos progenitores y consiste en el conjunto de derecho y obligaciones que tiene los padres sobre sus hijos.

La tenencia es tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad. (Rabinovich, 2014, pág. 245).

En nuestro país tras el divorcio de una pareja es “la madre es quien se queda con la tenencia de los hijos y el padre se ve limitado a un régimen de visitas, el mismo que en muchos de los casos no se puede llevar a cabo” (Somarriva, 2015).

Por lo que es necesario que en nuestro país se implemente la tenencia compartida, de este modo se evitara que se vulneren varios derechos de los padres y de los niños.

Tenencia compartida

“La tenencia compartida es una situación legal a través de la cual tanto el padre como la madre ejercen la custodia de sus hijos de manera equitativa” (Ramos, 2014). Es decir que a través de la tenencia compartida ambos progenitores podrán ejercer el cuidado y protección de sus hijos en igualdad de condiciones, de este modo permitiendo que los progenitores ejerzan a cabalidad la corresponsabilidad parental.

Compartir la custodia significa formular un acuerdo a partir de las circunstancias particulares de cada familia, para que hijos e hijas tengan los espacios necesarios en términos de calidad y cantidad que les permitan construir una relación sólida, íntima y equitativa con ambos.

En algunas legislaciones se define a la custodia compartida como “custodia alternada o sucesiva, pero en fin tiene el mismo objetivo que los padres tras un divorcio compartan el mismo tiempo con sus hijos” (García J. , 2009).

El término compartir, quiere decir:

Tener, usar o consumir una cosa entre varios. Es decir, tiene un componente de simultaneidad y de ejercicio al mismo tiempo, por lo que se comparte la custodia cuando se convive con los dos progenitores, lo que no ocurre en una situación de crisis familiar” (Rabinovich, 2014).

De acuerdo a lo anteriormente citado, el término compartir quiere decir que tanto el padre como la madre tengan los mismos derechos sobre sus hijos, lo cual resulta un poco difícil cumplir en situaciones donde los progenitores no guardan una buena relación.

- Las características fundamentales de la tenencia compartida residen en:
- La madre y padre son igualmente importantes en la vida física y psicológica del niño;
- Ambos comparten la autoridad para la toma de decisiones acerca de los niños;
- Ambos cooperan en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de los niños;
- Los niños pasan una notable cantidad de tiempo viviendo con sus madres y padres. (García Pastor, 2013)

De acuerdo a las características mencionadas “la custodia compartida permite que ambos progenitores tengan la misma importancia en la vida de sus hijos” (García T. C., 2014), por otro lado este tipo de custodia permite que los padres puedan tomar de manera equitativa las decisiones sobre sus hijos, en fin son varios los beneficios que otorga la aplicación de la custodia compartida.

Régimen de visitas

El régimen de visitas, tras una “separación o divorcio con hijos menores, constituye un derecho y a su vez una obligación para el progenitor que no ha obtenido la guarda y custodia de su hijo o hijos” (Farith, 2014).

Por lo tanto, cuando no se ha establecido una custodia compartida, el progenitor no custodio posee el derecho a pasar tiempo con sus hijos. “Además, esta parte tendrá la obligación de pagar una pensión alimenticia” (Somarriva, 2015).

El objetivo principal de este régimen de visitas “no es satisfacer a los progenitores, sino que los hijos no pierdan relación con el progenitor no custodio y cubrir así sus necesidades emocionales y educativas” (García T. C., 2014). Por lo tanto, el régimen de visitas constituye un derecho para los hijos.

Derecho comparado

Existen países en los que se ha implementado la tenencia compartida por ello que se revisará cómo se encuentra regulado en Francia y en Estados Unidos.

Francia

En Francia existe una ley que se encuentra vigente desde:

5 de marzo de 2002, donde establece que los padres del menor deben presentar un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, es decir que ellos se pongan de acuerdo en cuanto al tiempo que cada uno debe compartir con sus hijos (García Pastor, 2013)

Sin necesidad de que exista un litigio en los juzgados. En la legislación francesa no se habla de custodia o tenencia compartida la define con el termino coparentalidad.

Estados Unidos

La tenencia compartida se la denomina como:

Shared custody, en este país se la puede ejercer de dos maneras, como custodia legal conjunta, en la cual los padres tienen que decidir sobre asuntos relacionados a sus hijos de manera conjunta, de igual manera las responsabilidades son equitativas” (Somarriva, 2015).

Por otro lado, también se puede ejercer la física, en este tipo de custodia los padres comparten en igualdad de tiempo a sus hijos.

Constitución de la República del Ecuador.

La Ley de Leyes ecuatoriana regula en varios de sus artículos lo relacionado con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido establece en varios de sus preceptos la obligación del Estado, la sociedad y la familia de promover el desarrollo integral de dicho grupo, estipulando sus derechos en sentido integral.

En este sentido se pueden mencionar los artículos 44, 45, 46, 47, 48 y 49, que fundamentarán la investigación. En este sentido, en cuanto a los derechos del Buen Vivir de los niños expone que:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Asamblea Nacional Constituyente. C.R.E., 2008)

El Estado también participará con medidas que se detalla:

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. (Asamblea Nacional Constituyente. C.R.E., 2008)

El artículo que se detalla al pie nos habla de la sujeción de los menores y adolescentes a operadores capacitados.

Art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores. (Asamblea Nacional Constituyente. C.R.E., 2008)

Código de la Niñez y Adolescencia.

Esta norma igualmente estipula con mayor precisión los derechos de los menores en el país. Establece derechos como a la vida, a conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ellos, a tener una familia y a la convivencia familiar, a una vida digna.

En este sentido se expone que:

Art. 11.- El interés superior del niño 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. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

De la patria potestad de los padres sus derechos y obligaciones con respecto a los hijos no emancipados.

Art. 105.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Por el desarrollo integral del menor el Juez se guiará por lo que mas le conviene para el menor

Art. 118.- Procedencia. - 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 conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior.

Art. 190.- El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia es un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

De los principios consagradas en la constitución con respecto a la protección Integral de menores y adolescentes:

Art. 191.-El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia se fundamenta en los principios consagrados por la Constitución Política de la República, los instrumentos internacionales y el presente código. Obedece, además, a principios específicos que informan su construcción

como sistema: la participación social, la descentralización y desconcentración de sus acciones; la legalidad, la economía procesal, la motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional, la eficiencia y eficacia; y la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Código Civil.

Esta norma ecuatoriana regula cuestiones importantes sobre la patria potestad, expresados en los siguientes artículos:

Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia.

Del presente artículo sobre la separación de los padres se habla a quien corresponde según se detalla a continuación:

Art. 307.- En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa. (Código Civil, 2016)

12. HIPOTESIS

La inclusión de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana, logrará que se garantice el derecho superior de los niños, niñas y adolescentes de vivir en un ambiente adecuado a su edad y junto a sus dos progenitores que deberán obligatoriamente velar por su adecuada formación y crecimiento.

13. LOS MÉTODOS

El método que se utilizará en la realización de la presente investigación es el cualitativo que tiene su fundamento en los aportes teóricos que se recolecten sobre el tema en investigación como lo es la tenencia compartida, a través de la revisión bibliográfica y de los cuerpos legales como son la constitución de la República del Ecuador, Los tratados internacionales, el código civil, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Se utilizará el método deductivo el que permite deducciones a partir de los hechos observando basados en la ley general, y el método inductivo, formula leyes a partir de los hechos observados.

Del Método Inductivo se considera los abordajes que se detalla a continuación

En el capítulo se define el concepto de diseño en la investigación cualitativa. Asimismo, se consideran los diseños o abordajes más comunes en el proceso inductivo: a) diseños de teoría fundamentada, b) diseños etnográficos, c) diseños narrativos, d) diseños fenomenológicos y e) diseños de investigación-acción. Además, un estudio inductivo normalmente incluye elementos de más de un tipo de diseño. (Sampieri, 2019)

Del enfoque deductivo nos habla Sampieri lo siguiente:

Según el enfoque cuantitativo-deductivo, el estudiante plantearía su problema de investigación definiendo su objetivo y su pregunta (lo que quiere hacer y lo que quiere saber. (Sampieri, 2019)

En el proceso analítico sobre incluir datos Sampieri nos dice

El proceso analítico se basó en la inmersión en los datos y búsqueda de clasificaciones (tipos) repetidas, en las codificaciones y en las comparaciones que caracterizan al enfoque de la teoría fundamentada. contrastados conceptualmente, produciendo categorías cada vez más complejas e inclusivas. (Sampieri, 2019)

14. LA POBLACIÓN Y LA MUESTRA

Para la realización de la presente investigación se efectuará una revisión y análisis de los cuerpos legales, por lo tanto, no existirá una población a la que se investigue, tampoco existe una muestra sobre la cual trabajar en función de encontrar resultados con respecto al tema de la tenencia compartida de menores.

15. CRONOGRAMA DE TAREAS

Calendario	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	Mes 6
Actividades						
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos						
Elaboración de la fundamentación teórica						
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información						
Validación de los instrumentos de recolección de información						
Aplicación de los instrumentos y recolección de la información						
Procesamiento y análisis de la información						
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación						
Contrastación con las teorías, elaboración de propuestas, conclusiones y recomendaciones						
Elaboración del informe final de la investigación						

Presentación del informe final en la secretaría de la Unidad Académica							
Sustentación individual ante un tribunal de grado							

16. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional Constituyente. C.R.E. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial N° 449. Publicado el 20 de octubre de 2008.

Código Civil. (2016). *Código Civil Reformado 2016*. Quito: CEP.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Quito: CEP.

Diario El Comercio. (12 de 06 de 2015). Nuevas reformas al Código de la Niñez y Adolescencia. *El Comercio*, pág. 5.

Farith, S. (2014). *Derechos de la Niñez y Adolescencia. De la convención sobre los derechos del niños a las legislaciones integrales*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

García Pastor, M. (2013). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven*. Madrid: Editorial Ciencias Jurídicas.

García, J. (2009). *Manual de práctica procesal civil referente a la legislación ecuatoriana*. Quito: Temis.

García, T. C. (2014). *Cuestiones introductorias al derecho civil*. Loja: EDILOJA.

Rabinovich, R. (2014). *Derecho civil: parte general*. Buenos Aires: Astrea.

Ramos, H. (2014). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Quito: CEP.

Sampieri, R. H. (2019). *Metodología de la Investigación Sampieri-6ta EDICION*. México: Mc Graw Hill Education.

Simón, F. (2016). *Derechos de la niñez y adolescencia. Tomo II*. Quito: Cevallos.

Somarriva, M. (2015). *Tratado de derecho civil. Tomo II*. Santiago de Chile.

**17.- FIRMAS DEL TUTOR Y DEL RESPONSABLE DE LA INVESTIGACIÓN QUE
APRUEBA EL DISEÑO.**

Cuenca, 7 de Diciembre del 2019

Carlota Marisol Márquez Jiménez
Investigador

Dr. Fausto Barrera Bravo
Tutor

Dr. Fausto Barrera Bravo
Responsable de Investigación
Carrera de Derecho

Fecha: _____

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha: _____