



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

TENENCIA COMPARTIDA EN EL ECUADOR

AUTORA:

Balcázar Aquim, Nicole Alexandra

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
abogada de los tribunales y juzgados de la república del
ecuador**

TUTOR:

Abg. Monar Viña, Eduardo Xavier, Mgs.

Guayaquil, Ecuador

28 de agosto del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Balcázar Aquim, Nicole Alexandra**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR (A)

f. _____

Abg. Monar Viña, Eduardo Xavier, Mgs

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Lynch Fernández, María Isabel, Mgs.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Balcázar Aquim, Nicole Alexandra**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Tenencia compartida en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

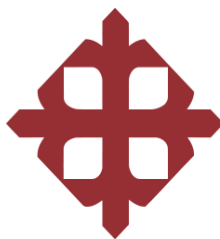
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR (A)

f. _____

Balcázar Aquim, Nicole Alexandra



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Balcázar Aquim, Nicole Alexandra**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Tenencia compartida en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

LA AUTOR(A)

f. _____

Balcázar Aquim, Nicole Alexandra

REPORTE DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, document details are listed: 'Documento' is 'TESIS NICOLE BALCAZAR.docx (D78262182)', 'Presentado' is '2020-08-28 01:18 (-05:00)', 'Presentado por' is 'José Miguel García Auz (jose.garcia05@cu.ucsg.edu.ec)', 'Recibido' is 'jose.garcia05.ucsg@analysis.orkund.com', and 'Mensaje' is 'Tesis Nicole Balcazar' with a link to 'Mostrar el mensaje completo'. A yellow highlight indicates '2%' of the 9 pages consist of text from 3 sources. On the right, the 'Lista de fuentes' tab is active, showing a table of sources:

⊕	Categoría	Enlace/nombre de archivo	-
⊕	> [icon]	DOCUMENTO FINAL.docx	-
⊕	[icon]	EXAMEN COMPLEXIVO - GABRIELA NAZARENO (1).docx	-
⊕	[icon]	Lemache Manobanda Janneth Alexandra-Examen Complexivo.docx	-
⊕	Fuentes alternativas		
⊕	Fuentes no usadas		

At the bottom, a toolbar contains icons for a bar chart, zoom, quote, and other functions, along with a status bar showing '0 Advertencias.' and buttons for 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

Abg. Monar Viña, Eduardo Xavier, Mgs.

DOCENTE TUTOR

Nicole Alexandra Balcázar Aquim

ESTUDIANTE

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi ángel, mi gran amor, mi padre; a pesar de que la vida nos separo y no te tengo a mi lado, nuestro amor permanece y siento en mi corazón lo orgulloso que estas por todas mis victorias.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por acompañarme durante todo mi camino, en especial a mis padres Armando y Alexandra, porque todo lo tengo y todo lo que soy es gracias a ellos, por todos sus esfuerzos realizados diariamente para poder culminar esta larga trayectoria universitaria, a mis hermanas María José y Domenica por confiar en mi, y motivarme cada día a lograr mis objetivos.

A mi tutor Eduardo Monar, por compartir sus conocimientos y apoyarme a concluir el desarrollo de la tesis.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. García Baquerizo, José Miguel
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

Dra. Maritza Reynoso de Wright
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

Dra. xxx
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia

Carrera: Derecho

Periodo: UTE B-2020

Fecha: 28/08/20

ACTA DE INFORME FINAL

El trabajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **TENENCIA COMPARTIDA EN EL ECUADOR** elaborado por el estudiante **NICOLE ALEXANDRA BALCÁZAR AQUIM**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)** lo cual lo califica como **APTA PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Abg. Monar Viña, Eduardo Xavier, Mgs.

Docente Tutor

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN.....	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I	4
Antecedentes	4
Familia.....	4
La familia en el Ecuador.....	5
Principio de interés superior del niño	6
Definición	7
Familia.....	7
Principio interés superior de los menores	7
Corresponsabilidad parental.....	8
Diferencia entre patria de potestad y tenencia	9
Naturaleza jurídica	10
Criterio propio	10
CAPÍTULO II	11
Problemática acerca de la tenencia compartida en el Ecuador.....	11
Derecho comparado	12
Costa Rica.....	12
España.....	12
Jurisprudencia.....	12
Mark Evan Hester contra Angélica Patricia López Valero. Acción de protección de tenencia negada	12
CONCLUSIONES.....	17
RECOMENDACIONES	18
Bibliografía.....	20

RESUMEN

La tenencia o custodia del menor, como se lo conoce en otros países, se desarrolla dentro de la rama del derecho de familia, niñez y adolescencia. Por lo tanto, las disposiciones de este concepto jurídico las encontramos en el Código de la Niñez y Adolescencia, en su Título III. Esta figura jurídica por lo general se aplica mediante un conflicto legal que deriva ante la protección y cuidado de un menor. Por ello, el primer capítulo se tratará las generalidades del tema, como definiciones, características, elementos, clasificaciones, entre otros. En el segundo capítulo se analizará la problemática jurídica; de aquello, se desarrollará con fundamento las soluciones debidas. Es menester comparar la problemática en derecho comparado, pues en efecto, se fortalecería el criterio y motivación de la tenencia compartida, ya que por ningún momento se deberá interrumpir, violar o afectar el interés superior del menor, principio fundamental del derecho de la niñez y adolescencia.

Palabras claves

Tenencia, niñez, compartida, igualdad, responsabilidad.

ABSTRACT

The possession or custody of the child, as it is known in other countries, takes place within the branch of family, children's and adolescent law. Therefore, the provisions of this legal concept are found in the code of children and adolescents, in Title III. This legal figure is usually applied through a legal dispute arising from the protection and care of a minor. Therefore, the first chapter will cover the generalities of the topic, such as definitions, characteristics, elements, classifications, among others. The second chapter will discuss the legal issue; of that, the right solutions will be developed on the basis. It is necessary to compare the problem in comparative law, since in fact, the criterion and motivation of shared tenure would be strengthened, since for no time should the best interests of the child be interrupted, violated or affected, a fundamental principle of the law of children and adolescents.

Key Word

Tenure, childhood, sharing, equality, responsibility.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación sobre *“La tenencia compartida en el Ecuador”* se desarrollará en un análisis en la fuente jurisprudencial, doctrinaria y legislativa; por lo cual su objetivo está destinado a identificar la favorabilidad de la tenencia compartida, por cuanto es fundamental para el desarrollo o bienestar del niño.

En la práctica, la tenencia del menor en opción prioritaria, el juzgador toma la decisión de escoger a la madre del menor, pero hay otros factores que se deberían tomar en cuenta; pues es un hecho que el cuidado y bienestar del menor corresponda a los padres. Entonces, la tenencia debería ser por iguales para ambas partes, lo que me conlleva tomar en cuenta los casos que no se cumplen con aquello.

Hay otros factores que se debería tomar en cuenta ante esta decisión, tanto como el factor económico, pues garantiza el bienestar del menor, como el factor psicológico del menor. Todo aquello se centra en el principio fundamental del interés superior del menor. Tal es el caso que, si un menor se le prohíbe ver o la otra parte no cumple con la disposición del juzgador, en temas de derecho de visitas, esto afecta rotundamente la psiquis del menor y por lo tanto se estaría violando sus derechos y sus principios.

De lo escrito en el párrafo anterior, es necesario una sanción a la persona quien posee la tenencia. Dicha sanción debería en mi opinión ser una sanción pecuniaria, o sea, una sanción en ámbito económico. Deberían ser juicios rápidos y eficaces; por lo que la administración de justicia debería ser eficiente ante tales hechos, realizar las debidas investigaciones y proceder de manera rápida.

A través de la investigación que se presenta, se pretende indagar y dar respuesta sobre la necesaria igualdad y equidad entre los derechos de los padres sobre los niños logrando: armonía, seguridad, estabilidad y bienestar en el hogar; sin que la separación de los conyugues constituya un problema que pueda marcar la estabilidad emocional del infante.

Ya que, en una separación o divorcio de los progenitores, los más afectados son los menores. He allí donde el legislador debería crear herramientas legales para

garantizar el bienestar, desarrollo y tutelar los derechos y principios de los menores. Por lo que me he animado a indagar acerca de este concepto jurídico de la tenencia compartida en nuestro país, concepto que se aplica en otros países y se ha llegado a la Asamblea Nacional, sin tener buenos resultados.

Entonces para aquello, es menester la investigación acerca de la familia, el principio superior del niño, la corresponsabilidad de los padres, la patria potestad y como elemento principal: la tenencia en nuestro país. Una vez comprendido estos temas, debemos comprender la problemática jurídica y la solución que amerita, ya sea en ámbito jurisprudencial, doctrinal y si es posible, un cambio legislativo para tutelar los derechos fundamentales de los menores.

CAPÍTULO I

Antecedentes

Familia

La familia se inicia con el matrimonio, pero este concepto de matrimonio ha tenido evoluciones hasta en nuestros tiempos; pues tenemos que comenzó como un rito, ahora es un acto contractual. Hace poco, solamente se reconocía como la unión de 2 personas de diferentes sexos, quienes podían contraer nupcias; ahora en nuestro país es aceptado el matrimonio igualitario; cambiando así, el concepto de familia tradicional.

Para los romanos, la familia era una organización patriarcal y jerárquica, en la cual el *pater familias* tenía plenos poderes sobre quienes se hallaban bajo su dependencia (Torres & Puchaicela, 2019, pág. 11).

El concepto familia ha sido siempre un concepto dinámico; como nos enseña Duran, que la evolución consta en diferentes formas:

- Matriarcado: conocida también como familia de clan o de gens, como primera sociedad o agrupación, se unían y convivían juntos de acuerdo al linaje (Duran, 2013).
- Endogamia: Estas familias se conformaban mediante matrimonios de la misma casta, raza, condición social, etc. Deberían compartir las mismas condiciones o pertenecer a la misma casta, aún se puede observar estos tipos de familia en ciertas civilizaciones (Duran, 2013).
- Exogamia: Es lo contrario a la endogamia, en ciertas civilizaciones esto era castigado, como los parias en la cultura hindú (Duran, 2013)
- Sindiásmica: En este tipo de familia, el hombre puede tener intimidad con diferentes mujeres, pero la esposa no (Duran, 2013)

- Monogamia: Es la que actualmente se practica. O sea, la pareja se mantiene unida, reconociendo la infidelidad como adulterio tanto en hombres como mujeres (Duran, 2013)

Todo lo antedicho también es reconocida como tipos de familia, ya que en la actualidad aún se practica en diferentes culturas estos tipos de familia.

La familia en el Ecuador

Las tratadistas ecuatorianas Ximena Torres y Carmen Puchaicela citan a Duran en la cual nos relata que, en nuestro país el 15 de noviembre de 1999, las señoras Anunziatta Valdez y Cecilia Calderón conformaron un equipo técnico redactor, para poder elaborar un Código de la Familia.

El proyecto de aquel código, fue duramente criticado por el jurista Juan Larrea Holguín, pues no ayudaba en nada a la familia, creando confusiones en el sistema legislativo, teniendo semejanzas con el Código Civil; además de tener muchas lagunas, vacíos legales, incluso violando principios éticos (Torres & Puchaicela, 2019, págs. 44 - 45).

Ahora en nuestro país, la constitución reconoce diferentes tipos de familia, esto incluye la familia homoparental y monoparental.

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.”
(Constitución, 2008)

Como norma superior, dio facilidad para que en nuestro país se reconozca el matrimonio igualitario. Por lo tanto, la Corte Constitucional, el 12 de junio del 2019, aprobó el matrimonio igualitario, teniendo 5 votos a favor y 4 en contra. Aunque en nuestro tiempo, el auge y la exigencia de los derechos

igualitarios que reclama con fervor la comunidad LGTBIQ también presionaron para esta toma de decisión y recordando que la ciencia del derecho es una ciencia dinámica, en la cual se debe acomodar con los cambios de la sociedad.

Principio de interés superior del niño

Ya que el pilar fundamental para que el legislador se motive en la creación de normas en pro del menor, es debido a este principio. Ahora lo que corresponde es desde cuando se empezó a velar este principio.

Solamente recordar las épocas anteriores, nos vemos con un sin número de abusos contra los menores, ya sea en el ámbito laboral y como no se priorizaba sus necesidades primarias, no protegiéndolos, ni garantizándolos. Así que el tratadista peruano Víctor Hugo Montoya nos enseña en su obra “*Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes*” que en debida forma el menor recién en el siglo XX se da la revolución en reconocerle y proteger al menor reforzando así el principio del interés superior del niño, recordemos que en aquel siglo se dio lo siguiente:

- 1924: Declaración de Ginebra. Fue la primera en proponer la frase “niños primero”, aquí se conoce por primera vez el interés superior del niño y adolescente, antes conocido como *favoris minoris*. (Montoya, 2007, pág. 51)
- 1948: Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por motivo de la segunda guerra mundial, se creó la declaración presente, la protección y el reconocimiento fue de manera global, incluido los niños y adolescentes.
- 1959: Declaración de los derechos del Niño. Se le da una protección especial para su desarrollo tanto física, como psíquica y moral. Esta debe ser observa por instituciones públicas. (pág. 52)

- 1989: La Convención de las Naciones Unidas. Entre otras (págs. 50-53)

Sin esos tratados y declaraciones internacionales, el niño sería visto como una mano de obra barata; como en la época de la revolución industrial, motivo por el cual nace las ideologías del marxismo. Y si nos ponemos a indagar en la época antigua, incluso en las civilizaciones precolombinas, tener una cierta cantidad de hijos, era sinónimo de más mano de obra para los sembríos y trabajos en la tierra.

Definición

Familia

Para los tratadistas Planiol y Ripert la familia “es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la afiliación, y también, pero excepcionalmente, por la adopción.” (Planiol & Ripert, 2004, pág. 103).

Para el tratadista ecuatoriano Juan Larrea Holguín, haciendo un análisis de los diferentes conceptos de otros tratadistas como Planiol y Ripert, acerca de la familia *“se puede decir que es un punto definitivamente adquirido por la ciencia el de considerar a la familia como institución natural, con derechos anteriores a los del Estado”* (Larrea, 2005, pág. 160). Reconociéndola como verdadera cedula vital de la sociedad, por lo tanto, el Estado se encuentra obligado darle protección y reconocimiento para que esta se desarrolle.

El tratadista colombiano Germán Rojas cita a Julián Bonnacase, al mencionar el Derecho de Familia es *“el bloque de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objetivo exclusivo, principal, accesorio e indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia”* (Rojas, 2001, pág. 235)

Principio interés superior de los menores

El principio del interés superior del niño “es un principio cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que tiene una consideración primordial al momento de la adopción de todo tipo de medidas, en los ámbitos públicos y privados, que les conciernen, ya que goza incluso de reconocimiento internacional universal y, a través del tiempo, adquirió el carácter de norma de derecho internacional” (Aguilar, 2008, pág. 226)

Tenemos en la legislación ecuatoriana lo siguiente:

“Art. 11.- El interés superior del niño. - 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.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Corresponsabilidad parental

Para Paola Vega cita a Marcela Acuña menciona que ambos padres *“deberán participar colectivamente en forma equitativa, permanente y activa en la crianza y educación de sus hijos.”* (Vega, 2015) (Acuña, s.f.).

Mientras que la constitución ecuatoriana, estipula lo siguiente:

“Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

- 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.*

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.” (Constitución, 2008)

En Chile se menciona que *“la corresponsabilidad es el principio por el cual, ambos padres, aunque vivan juntos o separados, puedan participar de forma activa, equitativa y permanente en la crianza, y educación de sus hijos e hijas”* (Jünemann & Campino, 2019)

Por lo visto, tanto en nuestra legislación como en los conceptos aportados de diferentes tratadistas, se puede decir que tiene carácter constitucional y en debida forma, tutela los derechos de los menores al establecer la corresponsabilidad parental en la constitución.

Diferencia entre patria de potestad y tenencia

Es cuestión de explicar la diferenciación de estos conceptos, ya que se ha dado el caso que, si uno de los padres pierde la tenencia, este no cumple con su obligación y deber que tiene con su hijo, pensando incluso, que perdida la tenencia se pierde la patria potestad. La diferenciación tenemos que en

“La patria potestad es un derecho del padre y de la madre, independientemente de su estado civil, edad, sexo, situación económica, laboral o cualquier otra. La tenencia, corresponde a quien ejerce la convivencia diaria con los hijos y, a falta de acuerdo entre el padre y la madre, será asignada por juez.” (El Comercio, 2017)

Pues, en otras palabras, perder la tenencia del menor, no necesariamente se pierde la patria potestad y a renglón seguido, no se pierde

los derechos del menor y las obligaciones que los padres tienen hacia sus hijos, por ejemplo, el derecho de alimentos, salud, bienestar, etc.

Naturaleza jurídica

Al comprender sobre la naturaleza jurídica de la tenencia, tenemos en el Código de la Niñez y Adolescencia lo siguiente:

“Art. 16.- Naturaleza de estos derechos y garantías. - Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Por lo tanto, tiene carácter de orden público, que en mi opinión es lo correcto, ya que el Estado es quien vela el fiel cumplimiento de las obligaciones de los padres hacia sus hijos.

Criterio propio

La tenencia de un menor, desde un principio, corresponde a los padres, pero la realidad es otra; pues encontramos muchos casos en Latinoamérica que son los abuelos quienes cuidan a los niños. Es una dura realidad, pero también encontramos que, al ser un derecho de la niñez, es de orden público, ya que es un tema muy preocupante para el Estado, es el responsable de velar por los intereses de los menores.

Por lo que, es menester ser hincapié al fiel cumplimiento de la corresponsabilidad de ambos padres, que prima el derecho a la igualdad, ya que en nuestra legislación la prioritaria elección del juzgador es dar la tenencia a la madre, obviando la negación a las debidas excepciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia.

CAPÍTULO II

Problemática acerca de la tenencia compartida en el Ecuador

Cuando un menor sufre la separación irreversible de sus padres, este queda afectado; por lo que la ley establece y garantiza sus derechos, como: alimentos, salud, vestimenta, etc. Y lo vemos reflejado en las acciones legales como las pensiones de alimentos, derecho de visitas, entre otros. Pero en el tema de tenencia, en el país vela la prioridad en favor a la madre, siempre y cuando no afecte o atente contra los derechos del menor o su integridad.

Hay otros factores que ayudan a la decisión del juzgador, como el tema económico que garantiza el bienestar del menor. Pero si ambos padres presentan iguales condiciones, velará en prioridad la tenencia a la madre, violando no solo la igualdad de derechos de ambos progenitores, sino, el bienestar del menor.

En el año 2017, se habló en la Asamblea Nacional, como proyecto de ley, acerca de la tenencia compartida, incluso implementarla al nuevo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Ya que, revisando el marco jurídico de nuestro país, consta la figura de la tenencia, mas no de la tenencia compartida.

Como se sabe, en nuestro país no se ha promulgado esta figura jurídica, pues justifican en la Asamblea, en la comisión ocasional que “la tenencia compartida deberá ser de mutuo acuerdo entre los padres y no impuesta por un juez” (La Hora, 2019). En conclusión, quedó en nuestra legislación la tenencia, mas no la tenencia compartida, por los argumentos antedichos.

Lo cual, en mi opinión, reconocer y aplicar la tenencia compartida en el país, garantizaría el principio del interés superior del menor; pues evitaríamos a una tenencia unipersonal, que afecta a la psiquis del menor y al bienestar en general. Por lo tanto, estaríamos ante un vacío legal, ya que este concepto jurídico debería estar planteado en nuestra legislación por los motivos antedichos.

Derecho comparado

Costa Rica

En el año 2019, en el país centroamericano de Costa Rica, se promulgó la reforma al Código de Familia. Lo novedoso de esta reforma, establece que en los tramites de divorcio se promueva como prioridad la custodia compartida.

Del código de familia, en su artículo 152 se encuentra estipulado lo siguiente: *“será prioritario elegir la custodia y el ejercicio de la responsabilidad parental compartidas para ambos padres; para ello, se tomará en cuenta el interés superior del menor.”* (Chinchilla, 2019)

Así también existe otros países que estipulan la figura jurídica de la tenencia compartida o custodia compartida.

España

En el país ibérico de España, mediante la “Ley 15 de 2005” se reformó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y se estableció lo relativo a la tenencia compartida. (La Hora, 2019) (IBERLEY, 2014)

Se observa que en España el concepto es conocido como tenencia compartida, así como lo pretendía en el proyecto de ley en nuestro país. Además, derogó temas que tenían un cuarto de siglo, como, por ejemplo: reglas acerca de las demandas de divorcio, libertad de decisión de parte de los padres en tema de la patria potestad, guardia y custodia, mediación, compensación de cónyuge, entre otras.

Jurisprudencia

Mark Evan Hester contra Angélica Patricia López Valero. Acción de protección de tenencia negada

Siendo breves, la parte accionante, el Sr. Mark Evan, inició una demanda de tenencia de su hija, manifestando que la madre de su hija,

Angélica López, por motivo de su trabajo viaja frecuentemente a los Estados Unidos; además, alega que cuidaba también de los dos hijos de su ex esposa, la demandada, hijos de otro compromiso. Indica también, que su ex conyugue tiene problemas emocionales, dicho esto prueba las constantes denuncias maliciosas hechas en su contra.

El Juzgado Décimo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas resolvió a favor de la parte actora, dando la tenencia de la menor al padre. Por lo que la parte demandada apela y alega que no se tomó en cuenta del informe del Departamento Técnico, dicho informe favorecía y recomendaba que los cuidados sigan a favor de la parte demandada.

En la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas se revocó la decisión judicial de primera instancia dando sin lugar la acción de tenencia, pues no es motivo suficiente para no otorgar la tenencia a la parte demandada por el trabajo de ella.

A su efecto la parte accionante solicitó la revocatoria de la decisión judicial, dicha petición se rechazó en vista de que la decisión judicial resolvió fundamentadamente todos los puntos con los que se trabó la controversia. Ante este escenario jurídico, el accionante interpuso recurso de casación; tal recurso extraordinario se rechazó mediante providencia dictada el 25 de junio de 2010, debido a que, en las causas de tenencia, al igual que en las causas por alimentos, sus resoluciones judiciales no causan ejecutoria.

La Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas concedió el recurso de hecho interpuesta por el demandante. Finalmente, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, por decisión judicial, rechazó el recurso de hecho interpuesto por él.

Dicho todo esto, el accionante presentó la demanda de acción extraordinaria de protección en contra de la decisión judicial dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, la que rechazó el recurso de hecho interpuesto por él y ordenó devolver el proceso

al tribunal de origen. Manifiesta que el Derecho Violado, distinto al hecho por el que se inició el proceso, es el debido proceso en la resolución de la causa.

La Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia rechaza el recurso de casación por los siguientes motivos:

“PRIMERO.- En cumplimiento de lo que dispone el inciso tercero del artículo 9 de la Ley de Casación (...) el recurso de hecho no es en realidad un medio impugnatorio de naturaleza jurisdiccional sino más bien un recurso vertical de queja contra el juzgador de última instancia que, a criterio de quien lo interpone, ha denegado infundadamente el recurso de casación, la Sala ha de realizar el examen de la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación denegado, para en base a ello declarar si admite o rechaza la queja objeto del recurso de hecho y dar paso o no al proceso de casación. Con el fin de efectuar este estudio, la Sala revisará el análisis que el Tribunal de instancia efectuó del escrito de fundamentación, para determinar si éste cumple o no con los requisitos que son indispensables para la procedibilidad del recurso extraordinario y supremo de casación (...) SEGUNDO: En la especie, El recurso de casación ha sido presentado dentro del término legal, por quien ostenta legitimación activa para hacerlo, pero de una providencia que no es final ni definitiva, que no pone fin al proceso, pues se trata de un juicio especial de tenencia, cuyas resoluciones no causan efecto de cosa juzgada, ya que en cualquier momento pueden volverse a conocer cuando las circunstancias varíen. Por lo expuesto al no encontrarse la providencia impugnada dentro de las procedentes de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Casación, no se puede aceptar a trámite el recurso de casación interpuesto. En consecuencia y sin ser necesario otro análisis al haber sido debidamente negado el recurso de casación, SE RECHAZA EL RECURSO DE HECHO, interpuesto por el actor, y se ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.” (Niega acción de protección por tenencia de hija menor, 2015)

Todo esto, velando también a lo dispuesto en nuestra ley, poniendo en prioridad la tenencia en favor a la madre del menor.

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

2.- 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;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

Estamos ante una realidad en la cual se fomenta la igualdad de género, la no discriminación, etc., y estos numerales no refleja la realidad actual, no olvidemos que el derecho es una ciencia dinámica, de constante evolución pegado al desarrollo de la sociedad.

Ahora bien, analizando la jurisprudencia y viendo los antecedentes del caso, el padre inicia la demanda de tenencia, ganándola por los motivos antedichos; recordemos: las denuncias maliciosas, los frecuentes viajes por trabajo al exterior; y tenemos en favor al padre, un señor que incluso cuidaba de los hijos de su ex conyugue, estar siempre al cuidado del menor.

Pero el problema aquí es el informe del Departamento Técnico, que alega que no son puntos relevantes para privarle de la tenencia del menor; de

aquello comienza la odisea de los múltiples rechazos y derrotas ante la insistencia por la tenencia de la menor, que en derecho está bien planteada, por los motivos antedichos, porque deja en claro que, si en un caso de tenencia están en tablas ambos padres, la decisión judicial recaerá a la madre.

CONCLUSIONES

Entonces, queda establecido los siguientes puntos:

- La tenencia, es de orden público y el Estado está obligado a velar el bienestar del menor.
- La tenencia no debería ser unipersonal, ya que el efecto de aquello es la afectación del bienestar del menor, mucho en el fuero interno del menor.
- Al establecer la tenencia compartida en nuestra legislación, estaría dando fiel cumplimiento y garantizando los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Al aplicar la tenencia compartida o custodia compartida, se le dará el trato corresponsal establecida en la Constitución del Ecuador, en su artículo 69.
- El juez que resuelva y aplique la tenencia compartida a ambos padres, no hará distinción alguna por su género, raza, religión, o clase social.
- Además, no hay igualdad de derechos para los padres, pues se inclina la balanza en favor de la madre al momento de la decisión judicial sobre la tenencia del menor.

RECOMENDACIONES

Debido al análisis del tema y a las conclusiones debidas, recomiendo lo siguiente:

- Incorporar al Código de la Niñez y Adolescencia, en el Libro Segundo, Título III De la Tenencia, un artículo estipulando la tenencia compartida como una opción del juzgador en su sana crítica, en el caso de que ambos progenitores soliciten la tenencia del menor, por ejemplo:
 - Art. (...). – Tenencia Compartida. - Es la asignación y cuidado que tienen ambos padres hacia su hijo o hija, o sus hijos.
 - El juez establecerá la tenencia compartida, tomando en cuenta las fechas importantes, domicilio de los padres, sin perjudicar los derechos alimenticios.
- Modificar los numerales 2 y 4 del artículo 106 del mismo cuerpo legal de la siguiente forma:
 - 2. A desacuerdo 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 sana crítica del juez, probando la estabilidad emocional de ambos progenitores, del menor y la situación económica, esto con la ayuda del informe del Departamento Técnico;
 - 4. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se establecerá la tenencia compartida, programando las fechas importantes y el derecho de alimento;
- Otra solución es crear un artículo estableciendo la prioridad de la aplicación de la tenencia y corresponsabilidad de ambos padres, tal y como nos enseña en la legislación costarricense en su artículo 152 del Código de la Familia.

- Hasta ahora mis recomendaciones han sido la reformatión del Código de la Niñez y Adolescencia, reformatando artículos y creando nuevos artículos. Por lo tanto, también propongo la promulgación de un nuevo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, agregando otros temas, como el abuso de derecho al momento de exigir pensiones de alimentos, sanciones pecuniarias, etc., temas que no me compete a la investigación, pero motivando el cambio a nuestro actual cuerpo legal hoy llamado Código de la Niñez y Adolescencia.

Bibliografía

- Acuña, M. (s.f.). Recuperado el 25 de febrero de 2020, de Igualdad:
https://www.igualdad.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2018/05/s-eminario_legislar_marcela_acuna.pdf
- Aguilar, G. (2008). *El Principio del Interés Superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Talca: Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
- Chinchilla, S. (5 de noviembre de 2019). *La Nación*. Obtenido de <https://www.nacion.com/el-pais/politica/custodia-compartida-de-hijos-ahora-sera-la/X6U6YPYAVRB4JDV2XUSCBRSM6Y/story/>
- Código de la Niñez y Adolescencia. (3 de enero de 2003). *Ley 100, Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003*. Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.
- Constitución. (20 de octubre de 2008). *Registro Oficial 449*. Montecristi, Manabi, Ecuador.
- Duran, A. (31 de octubre de 2013). *derechoecuador.com*. Obtenido de www.derechoecuador.com/codigo-de-familia
- El Comercio. (5 de mayo de 2017). *El Comercio*. Recuperado el 2 de julio de 2020, de <https://www.elcomercio.com/tendencias/tenencia-compartida-hijos-reglas-codigodelaninez.html>
- IBERLEY. (8 de agosto de 2014). *Iberley*. Obtenido de <https://www.iberley.es/practicos/analisis-ley-15-2005-8-julio-modificaciones-realizadas-momento-sobre-separacion-divorcio-ley-divorcio-express-34761>
- Jünemann, F., & Campino, V. (2019). *Manual de Corresponsabilidad Parental en el Mundo del Trabajo*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado. Obtenido de https://fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2019/05/manual_corresponsabilidad_parental.pdf

- La Hora. (26 de diciembre de 2019). *La Hora*. Obtenido de <https://lahora.com.ec/santodomingo/noticia/1102295311/la-necesidad-de-legislar-la-tenencia-compartida-en-el-ecuador>
- Larrea, J. (2005). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporaciones de Estudios y Publicaciones .
- Montoya, V. (2007). *Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Niega acción de protección por tenencia de hija menor, Caso No. 0331-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de marzo de 2015).
- Planiol, M., & Ripert, G. (2004). *Derecho Civil. Primera serie* (Vol. 8). México D.F.: Oxford University Press.
- Rojas, G. (2001). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Torres, X., & Puchaicela, C. (2019). *Derecho de Familia: Evolución y Actualidad*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- UNICEF. (2006). *Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador 2005*. Quito: Observatorio de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.
- Vega, P. (2015). *Derecho Ecuador*. Recuperado el febrero de 25 de 2020, de <https://www.derechoecuador.com/es-constitucional-la-custodia-monoparental-materna>

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Balcázar Aquim, Nicole Alexandra** con C.C: 0705322881 autor del trabajo de titulación: **Tenencia compartida en el Ecuador**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **28 de agosto** de 2020

f. _____

Nombre: **Balcázar Aquim, Nicole Alexandra**

C.C: **0705322881**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	TENENCIA COMPARTIDA EN EL ECUADOR		
AUTOR(ES)	Nicole Alexandra Balcázar Aquim		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Nombres y Apellidos		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de agosto de 2020	No. DE PÁGINAS:	21
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Familia, Derecho de Niñez y Adolescencia		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Tenencia, niñez, compartida, igualdad, responsabilidad.		

RESUMEN/ABSTRACT:

La tenencia o custodia del menor, como se lo conoce en otros países, se desarrolla dentro de la rama del derecho de familia, niñez y adolescencia. Por lo tanto, las disposiciones de este concepto jurídico las encontramos en el Código de la Niñez y Adolescencia, en su Título III. Esta figura jurídica por lo general se aplica mediante un conflicto legal que deriva ante la protección y cuidado de un menor. Por ello, el primer capítulo se tratará las generalidades del tema, como definiciones, características, elementos, clasificaciones, entre otros. En el segundo capítulo se analizará la problemática jurídica; de aquello, se desarrollará con fundamento las soluciones debidas. Es menester comparar la problemática en derecho comparado, pues en efecto, se fortalecería el criterio y motivación de la tenencia compartida, ya que por ningún momento se deberá interrumpir, violar o afectar el interés superior del menor, principio fundamental del derecho de la niñez y adolescencia.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593982884234	E-Mail: nicol_balcazar@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza	
	Teléfono: 0994602774	
	E-Mail: maritzareynosodewright@gmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	