



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

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

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de
tenencia”**

AUTORA:

Guamán Atupaña Carmen Elena

**Trabajo de Titulación previo a la obtención del grado de:
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TUTOR:

Dra. Mendoza Solórzano, Adriana Lida PhD

Guayaquil, Ecuador

4 de septiembre del 2022



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

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

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo titulación, fue realizado en su totalidad por **Carmen Elena Guamán Atupaña**, como requerimiento para la obtención del Título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

TUTOR

ADRIANA MENDOZA SOLORZANO
Firmado digitalmente por ADRIANA MENDOZA SOLORZANO
Fecha: 2022.09.07 15:57:46 -05'00'

f. _____

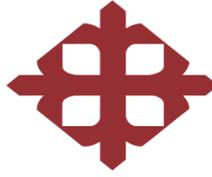
Dra. Adriana Lida Mendoza Solórzano, PhD

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD (e)

Guayaquil, a los 4 días del mes de septiembre del año 2022



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

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Carmen Elena Guamán Atupaña

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, “**La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de tenencia**”, previo a la obtención del Título **de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, 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 científico del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 4 días del mes de septiembre del año 2022

AUTORA

f. 

Carmen Elena Guamán Atupaña



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

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Carmen Elena Guamán Atupaña

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **“La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de tenencia”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 4 días del mes de septiembre del año 2022

AUTORA

f. 

Carmen Elena Guamán Atupaña

URKUND

URKUND	
Documento	TESIS CARMEN - URKUND-2.docx (D143653188)
Presentado	2022-09-06 04:44 (-05:00)
Presentado por	adriana.mendoza@cu.ucsg.edu.ec
Recibido	paola.toscanini.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Tesis Carmen Guaman Mostrar el mensaje completo 5% de estas 11 páginas, se componen de texto presente en 4 fuentes.

ADRIANA
MENDOZA
SOLORZANO

Firmado digitalmente por
ADRIANA MENDOZA
SOLORZANO
Fecha: 2022.09.07 15:58:03
-05'00'

f. _____

Dra. Adriana Lida Mendoza Solórzano, PhD

TUTOR

AGRADECIMIENTO

Dios, tu amor y tu bondad no tienen fin, me permites sonreír ante todos mis logros que son resultados de tu ayuda, mi agradecimiento se dirige a quien ha forjado mi camino y me ha dirigido por el sendero correcto, a Dios, el que en todo momento está conmigo ayudándome a aprender de mis errores y a no cometerlos otra vez. Eres quien guía el destino de mi vida.

A mi familia ya que ustedes han sido siempre el motor que impulsa mis sueños y esperanzas, quienes estuvieron siempre a mi lado en los días y noches más difíciles durante mis horas de estudio. Siempre han sido mis mejores guías de vida. Hoy cuando concluyo mis estudios, les dedico a ustedes este logro amado padres, como una meta más conquistada, Orgullosa de haberlos elegido como mis padres y que estén a mi lado en este momento tan importante.

Gracias a todos.

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño a mi amada madre Elena Atupaña (+), y a la virgen del Cisne, quienes han sabido formarme con buenos sentimientos, hábitos y valores lo cual me ha ayudado a seguir adelante en los momentos difíciles, gracias madre por su sacrificio y esfuerzo por darme siempre una frase de aliento las cuales no me dejaban decaer para que siguiera adelante y siempre sea perseverante y cumpla con mis ideales.

Tus enseñanzas fueron fundamentales en mi vida tu cariño y amor me encaminó para que hoy este cerca de la meta, tengo mucho por agradecerte, tus malas noches fueron fundamentales para la culminación de mi tesis. Mamita.

Por eso te doy mi trabajo de ofrenda, aunque ya no estés junto a mí, gracias mamá por tu paciencia y amor madre mía. Te amo.

A mi padre, hermanos y valentina quienes sin esperar nada a cambio compartieron su conocimiento alegrías y tristezas y a todas aquellas personas que durante estos cinco años estuvieron a mi lado apoyándome y lograron que este sueño se haga realidad

Gracias a todos.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

ADRIANA MENDOZA SOLORZANO
Firmado digitalmente por ADRIANA MENDOZA SOLORZANO
Fecha: 2022.09.07 13:57:46 -05'00'

f. _____

**Dra. Adriana Lida Mendoza Solórzano, PhD
TUTOR**

f. _____

**Ab. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD
DECANO O DIRECTOR DE LA CARRERA (e)**

f. _____

**Dra. Toscanini Sequeira Paola María, Mgs
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA**

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I.....	5
Formulación del problema.....	7
Objetivos.....	8
Objetivo General:	8
Objetivos Específicos:	8
Idea a defender.....	8
Justificación.....	8
CAPÍTULO II.....	10
ANTECEDENTES DE LA TENENCIA	10
1. ¿Qué es la tenencia?	10
1.1. Antecedentes.....	10
1.2. Principios del interés superior del niño.....	11
1.5. Reglas de otorgamiento de tenencia antes de la Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional.....	12
1.6 Aplicabilidad de la tenencia compartida	14
1.7 Comparativa con Chile y Argentina respecto a la tenencia compartida.....	14
1.8 La tenencia compartida en la Unión Europea.....	19
CAPITULO III	22
MARCO LEGAL	22
SENTENCIA 28-15/IN	22
CAPITULO IV	24
ANALISIS Y RESULTADOS	24
CAPITULO V.....	28
Bibliografía.....	31

RESUMEN

El presente trabajo de investigación denominado “La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de tenencia” va direccionado al análisis de las posturas adoptadas recientemente por la Corte Constitucional del Ecuador respecto a la tenencia, tomando en consideración la falta de preceptos mayormente taxativos que ayuden al juzgador a tomar la decisión sobre los niños, niñas y adolescentes sujetos de la causa. Por otro lado se analiza como una postura ampliamente aceptada en los ordenamientos jurídicos mundiales en causas de familia como es la tenencia compartida. Los pro y contras que existen en el contexto ecuatoriano, la procedibilidad de la figura, la aplicabilidad subjetiva del juzgador respecto al acuerdo de ambos padres, y la falta de criterio unificado en el Ecuador. La tenencia de niños, niñas y adolescentes representa en la sociedad un alto impacto ya que de la niñez se derivan los futuros conflictos sociales, por ello los juzgadores de familia deben tomar la decisión que beneficie mayormente a los NNA sin embargo con herramientas normativas y jurisprudenciales ambiguas, retrógradas, descontextualizadas de la realidad nacional, poco o nada pueden hacer los juzgadores. Por ello el presente trabajo investigativo busca ser un mecanismo de consulta de quienes se interesen en crear mayores argumentos sobre la problemática y eventualmente generar espacios públicos de debate que direccionen al poder judicial a la unificación de criterios sobre la procedibilidad de la tenencia compartida.

Palabras claves: Perspectiva, Custodia, Menores, Conflictos, Tenencias

ABSTRACT

The present research work called "The new perspective of the custody of minors in case of tenure conflicts" is directed to the analysis of the positions recently adopted by the Constitutional Court of Ecuador regarding tenure, taking into consideration the lack of precepts mostly exhaustive that help the judge to make the decision on the children and adolescents subject to the case. On the other hand, it is analyzed as a widely accepted position in the world legal systems in family cases such as shared custody. The pros and cons that exist in the Ecuadorian context, the procedure of the figure, the subjective applicability of the judge regarding the agreement of both parents, and the lack of unified criteria in Ecuador. The possession of children and adolescents represents a high impact in society since future social conflicts derive from childhood, therefore family judges must make the decision that most benefits children and adolescents, however with normative and jurisprudential tools. ambiguous, retrograde, decontextualized from the national reality, judges can do little or nothing. For this reason, the present investigative work seeks to be a consultation mechanism for those who are interested in creating greater arguments about the problem and eventually generate public spaces for debate that direct the judiciary to the unification of criteria on the procedure of shared tenure.

Keywords: Perspective, Custody, Minors, Conflicts, Tenures

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación denominado “La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de tenencia” tiene por objeto evidenciar la postura recientemente adoptada por la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación constitucional del país ya que recientemente en sentencia se ha determinado que la frase contenida dentro de las reglas de patria potestad y tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia que manifestaba que “se preferirá a la madre” es inconstitucional por el fondo. Esta sentencia se motiva en base a la igualdad proclamada en rango constitucional, en la posibilidad de cuidado y crianza por parte de ambos progenitores, en la erradicación de los estereotipos de género adoptados a través de la historia donde la madre se define como la única cuidadora y responsable de las tareas domésticas en las que se incluye la crianza responsable de los niños, niñas y adolescentes. En inicio la postura adoptada por la Corte Constitucional, revela un avance en cuanto a la igualdad de género y acertadamente se establece en beneficio de la niñez y adolescencia ecuatoriana que la patria potestad y la tenencia sean encomendadas al progenitor más apto e idóneo para su cuidado sin embargo la Corte establece trece parámetros para coadyuvar a la decisión final del juzgador que al no ser taxativos generan mayor discrecionalidad en los operadores de justicia, y no establecen de manera directa la posibilidad de la tenencia compartida a pesar de que a lo largo de la sentencia se hace mención como un elemento positivo para la crianza de los niños, niñas y adolescentes siempre que no contraríe el principio del interés superior del niño.

En el Capítulo I se establece el planteamiento del problema encontrado donde se abordan los problemas detallados en líneas anteriores, también se encuentra la formulación del problema a través de una pregunta que la presente investigación a través de la misma pretende responder. Esta investigación se basa en objetivos y por ello se declara el objetivo general y los específicos que coadyuvan en la elaboración de la investigación. Por último dentro del primer capítulo se encuentra la hipótesis o idea a defender en la que se declara la consideración que se tiene de lo investigado y lo que presuntamente de la investigación será arrojado como resultado.

En el Capítulo II se establece todo lo relacionado a la patria potestad, los antecedentes, lo que representa mantener la patria potestad de un NNA, los deberes y obligaciones que de

la figura emanan y la forma de la pérdida de la patria potestad todo ello se abarca en virtud de que las reglas de la patria potestad son las mismas que de la tenencia y para poder ejercer la tenencia también denominada custodia de un NNA es necesario no estar ni suspendido, ni privado de la patria potestad. Por otro lado se encuentra todo lo relacionado a la tenencia, nuevamente se encuentran los antecedentes, las reglas para otorgar la tenencia, y en este punto se abarca la tenencia compartida para analizar la procedencia o no de esta figura jurídica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La tenencia compartida es la situación legal por medio de la cual en los casos en que los cónyuges o los progenitores deciden separar su convivencia juntos, ambos padres puedan tener la custodia simultáneamente de los hijos menores de edad de tal forma que los hijos en un mismo lapso puedan estar con ambos progenitores, por ejemplo en un mes, los hijos menores deban estar dos semanas con la madre y dos semanas con el padre. A pesar de la aceptación tácita que hace la Corte Constitucional sobre la tenencia compartida y las consideraciones positivas, ésta tenencia compartida contiene críticas que pudiesen contrastarse en caso concreto sin embargo de ello la Corte al no manifestar la posibilidad expresa de que los juzgadores opten por esta situación jurídica, los administradores de justicia que tienen mayoritariamente corte ius positivista, no recurren por no encontrarse taxativamente en la norma especial. En el presente capítulo también se abarca la comparación del Ecuador que no mantiene la tenencia compartida como salida jurídica aplicable, con países del mismo bloque latinoamericano como Argentina y Chile países que si mantienen la figura, para analizar la procedencia en el país o no.

En el Capítulo III el presente trabajo de investigación refiere a la sentencia 28-15-IN y los alcances que esta sentencia ha tenido en los operadores de justicia en materia de familia en el Ecuador, también se expresan los parámetros en ella contenidos que a criterio de la suscrita investigadora no contribuyen con un criterio previamente formado para que el juzgador decida, sino que colocan al juzgador en un rol de total investigador. Además de ello se encuentra que la Corte en la sentencia mencionada refiere a la tenencia compartida pero sin embargo no ordena que ésta sea considerada como un mecanismo de decisión para el juez. En el presente capítulo se abordan los alcances del principio del interés superior del niño según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la Corte Constitucional ecuatoriana.

En el Capítulo IV se realiza encuestas a la población en general sobre la consideración actual de la corte constitucional sobre la tenencia de los niños y conocer lo que la sociedad en general percibe sobre la aplicabilidad de la tenencia compartida como forma de

solucionar las controversias de crianza y de pensiones alimenticias que al momento se encuentran, al mismo tiempo se realiza entrevistas a juezas en materia de familia que puedan realizar apreciaciones mucho más específicas que versan sobre la materia y el objeto investigado

Por último en el Capítulo V se entablan las conclusiones y recomendaciones y la verificación de la idea a defender en el presente capítulo se establece la consideración de la suscrita investigadora sobre el objeto investigado y cómo la falta de previsibilidad normativa respecto a la tenencia compartida pone en riesgo el interés superior del niño toda vez que mientras mayor sea la posibilidad de crianza sobre ambos progenitores cuando hay acuerdo previo genera mayor seguridad en los NNA, sin embargo los juzgadores por no encontrarse taxativamente en la norma se inhiben de otorgar la figura de la tenencia compartida.

CAPÍTULO I

Planteamiento del problema

La patria potestad y la tenencia son instituciones que inicialmente han pertenecido al derecho civil para la regulación de la crianza y desarrollo integral de los hijos, estas instituciones por especialidad se han establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia. La necesidad de hacer referencia a la patria potestad nace de que es precisamente de ella de donde emerge la posibilidad de tenencia sobre un niño, niña o adolescente.

La patria potestad según el Código Civil ecuatoriano se trata del conjunto de derechos que ejercen los padres sobre sus hijos menores de edad, sin embargo, la norma especial el CONA en sentido amplio expresa que se trata del conjunto no sólo de derechos si no de deberes que tienen los padres en relación a las necesidades básicas de todo hijo de familia. Por regla general la patria potestad la poseen ambos padres, al menos que haya una causa para que uno de los progenitores no pueda ejercerla, de manera que hay la forma de limitarla, suspenderla y privarla. Cabe indicar que una vez que se han extinguido las causas por las que se privó a un progenitor sobre el ejercicio de la patria potestad, esta puede ser restituida.

Era procedente manifestar aquello relacionado a la patria potestad en virtud de que la tenencia se revela cuando los progenitores no se encuentran juntos en el cuidado de los hijos y ésta protección se encarga a uno de ellos. Al respecto para el establecimiento de uno de los padres con el ejercicio de la tenencia se utilizan las mismas reglas para el ejercicio de la patria potestad la cual incluye que si ambos progenitores tienen iguales condiciones para la crianza y cuidado de los menores, entonces se preferirá a la madre. Esta frase fue actualmente declarada inconstitucional en base a varios parámetros que la Corte Constitucional Ecuatoriana valoró, sobre todo en lo que se refiere a la igualdad de condiciones, y al desarrollo estereotipado en la que el legislador tiene la concepción de que la madre siempre será más idónea para las labores del hogar.

La Corte hace mención a las reivindicaciones sociales, las cuales deben ser reconocidas formalmente por las normas positivas, lo que da lugar a que no pueda asumir que, por cuestiones de género, uno de los progenitores sea mayormente idóneo que el otro. Por

otro lado la Corte aborda el principio constitucional a la corresponsabilidad parental en la que ambos padres deben encontrarse en integralidad dentro de la vida de sus hijos como parte del interés superior del niño.

Habiendo abordado una temática de vital importancia como es la corresponsabilidad parental, la Corte hace referencia a que dentro de éste principio se encuentra la posibilidad de la coparentalidad o tenencia compartida sin embargo se inhibió de tratar la tenencia compartida como una forma de decisión del juzgador, es decir a juicio de la suscrita investigadora, la Corte propugna que se tome una decisión en base a los intereses del niño, de los acuerdos previos entre los progenitores, sin embargo no abre la posibilidad de que taxativamente en el CONA se encuentre la facultad de otorgar tenencia compartida, siendo ésta figura utilizada en muchos países con éxito y que por supuesto también existen puntos que puedan ser debatibles.

En países como Francia, Inglaterra, Suecia se han obtenido notables resultados que coadyuvan a sostener el criterio de la tenencia compartida como la forma de motivar a la equidad de crianza. El portal web español BARCELONA INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN expresa:

“Disponemos de evidencias cada vez mayores sobre los resultados positivos de la custodia compartida para los menores después de una ruptura, pero nos falta información acerca del marco jurídico e institucional que impulsa su desarrollo en muchos países europeos. Los efectos favorables de la custodia compartida son observables en diversas áreas del bienestar infantil* como una mejor salud física, un buen desarrollo cognitivo, excelentes resultados escolares así como mejores relaciones con los padres, las madres y otros miembros de la familia. También son observables una menor frecuencia del consumo de tabaco, una ingesta más reducida de alcohol y de abuso de sustancias, niveles más bajos de agresión, de insatisfacción, de depresión y de ansiedad. A pesar de que ciertos estudios no pudieron demostrar algunos de estos efectos favorables, ninguno de ellos sugirió que la custodia compartida perjudicara a los niños. En el peor de los casos, no se detectaron diferencias significativas entre los niños con otros tipos de custodia. Ciertas tendencias notables corren paralelas a diversos avances sociales, como la desaparición de la ‘presunción de los años tiernos’, el declive del modelo de familia del sustentador masculino, la intensificación de la centralidad de los niños en el universo familiar, así como la implicación paterna en el cuidado de los hijos”.

(Flaquer, 2021)

La Corte por su parte sólo expresa que existen formas para no transgredir derechos constitucionales para el ejercicio equitativo y en igualdad de condiciones de la tenencia,

sin embargo, reconoce que esta no se encuentra de manera literal en la norma y la Corte no lo regula, conociendo que, dentro del sistema judicial, los administradores de justicia siguen manteniendo una corriente ius positivista en la que propugnan la legalidad y tipicidad expresa.

La Corte Constitucional manifiesta lo siguiente:

“Asimismo, existen otras medidas alternativas como la coparentalidad o tenencia compartida –en sus múltiples manifestaciones– que evitarían una transgresión a principios constitucionales, en los casos en que los padres no lleguen a un acuerdo o cuando exista igualdad de condiciones entre los progenitores”
(Acción pública de inconstitucionalidad, 2021, pág. 44)

Es decir de forma tácita la Corte acepta que la tenencia compartida constituye una vía para solucionar las discrepancias resultantes del ejercicio de la tenencia y al mismo tiempo garantizar de mejor manera el interés superior del niño, pero sin embargo la Corte no manda al legislador a hacer una reforma a nivel de norma infra constitucional para que se adecue a las necesidades contemporáneas y se perpetúe en el CONA la corresponsabilidad paternal como principio amparado a nivel constitucional.

Sumado a lo antes expresado, la Corte Constitucional al final de la sentencia establece trece parámetros que pretenden coadyuvar al juzgador a la decisión siendo estos de interpretación amplia, por lo que no pueden constituirse como verdaderas reglas de aplicación en los casos de no haber un acuerdo en la tenencia, o presentar igualdad de condiciones.

Formulación del problema

¿Son los parámetros expresados por la Corte Constitucional en la sentencia 28-15-IN para resolver la tenencia de NNA suficientes para proceder con la tenencia compartida en caso de no existir acuerdos o presentar igualdad de condiciones?

Objetivos

Objetivo General:

Analizar la procedencia de la tenencia compartida en los casos donde no haya acuerdo entre progenitores o cuando se encuentren en igualdad de condiciones a partir de la Sentencia 28-15-IN y los parámetros expresados en dicha sentencia.

Objetivos Específicos:

- Revisar material teórico tendiente a analizar los conceptos, modalidades, filosofías, corrientes, que determinen con exactitud las variables a investigar.
- Aplicar encuestas a la ciudadanía y entrevistas a los administradores de justicia en materia de niñez para conocer la opinión que merece la posibilidad de la tenencia compartida y su aplicación en el Ecuador.
- Proponer reforma del Código de la Niñez y Adolescencia respecto a la tenencia compartida.

Idea a defender

Los parámetros expresados por la Corte Constitucional no promueven la procedencia de la tenencia compartida de forma taxativa para su implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Justificación

Bajo la concepción de que la niñez y la adolescencia son la base de la sociedad futura y como tal están protegidos por la Constitución ecuatoriana como una máxima de la cual el Estado ejercerá todas las acciones positivas tendientes a precautelar la dignidad y la crianza saludable, la Corte Constitucional recientemente declaró la inconstitucionalidad de una frase que le daba preferencia a la madre para ejercer la tenencia de los hijos no emancipados.

Esta decisión se basó principalmente en que el cuidado y crianza de los hijos no puede decidirse en base al género de sus progenitores, ni de los roles estereotipados, si no

precisamente en lo que es mejor para los menores en base al interés superior del niño, y el desarrollo psico- cognitivo de ellos. También la Corte se fundamentó en la corresponsabilidad paternal como principio constitucional que establece la reciprocidad de roles en la crianza de los hijos. La Corte Constitucional no fue clara en especificar la procedibilidad de la tenencia compartida en los casos donde no medie mutuo acuerdo y haya igualdad de condiciones entre ambos progenitores.

Por ello el ejercicio del presente trabajo de investigación se direcciona a ser un sustento que acredite la tenencia compartida o coparentalidad como forma de resolución del juzgador que tenga en conocimiento aquellos casos, reconociendo que estas resoluciones no son definitivas y en caso de que resulte perjudicial para el interés del niño, se pueda revocar y decidir en base a las circunstancias del caso concreto.

El presente trabajo pretender ser influencia de futuros trabajos de investigación para lograr que se consolide en el ámbito jurídico la procedencia de la tenencia compartida sustentado en criterios de la Corte IDH, y de los resultados satisfactorios de los países que mantienen dicha institución en sus ordenamientos jurídicos, además de considerar ser el sustento de la postura nacional de la ciudadanía respecto a la tenencia de los niños ecuatorianos.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA TENENCIA

1. ¿Qué es la tenencia?

Jurídicamente la tenencia es aquel escenario en el que los niños, niñas y adolescentes se encuentran bajo el cuidado y poder de sus padres por disposición de un juez, como lo establece el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuando por encargo del juez, el progenitor cuidara y criara a su hijo.

1.1. Antecedentes

A inicios de la humanidad no existía en el hombre la necesidad de proteger a los niños, debido a que este era un grupo considerado como adultos pequeños, fue en el siglo XIX en Francia, se garantizó la protección de los menores, esta idea alcanzó el continente europeo garantizándose el acceso a la educación.

En septiembre del año 1924, se aprobó la Declaración de Ginebra o Declaración de los Derechos del Niño, en la que se les otorga derechos específicos a los niños, y obligaciones a los adultos.

En el Ecuador el reconocimiento para este grupo de personas se basa en normativas internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, empezando así a darse las respectivas reformas constitucionales; para adecuarlas a normas internacionales y poder de esta manera garantizar los derechos de los menores, garantizándose el derecho a la educación, el derecho a la opinión, considerándolo una persona capaz.

En el país, el incremento de familias disfuncionales ha hecho que los niños o menores existentes sean objeto de vulneración de derechos, afectando su desarrollo emocional, físico, psicológico, al perder el contacto con uno de sus padres, es decir los progenitores al tomar decisiones de separación, no velan por el interés superior del niño.

Es así que la tenencia compartida ha causado debates en diferentes ámbitos, siendo el grupo de mujeres y abogados los partidarios de que esta medida no sea aplicada, sino existe acuerdo entre los cónyuges, en el Ecuador el encargado de dictaminar la tenencia compartida es el juez.

1.2.Principios del interés superior del niño

Los derechos de los niños se encuentran garantizados en la Carta Magna, es el Estado el que promueve y hace cumplir sus derechos inalienables, intangibles e irrenunciable, otorgándoles un desarrollo integral.

El hombre a lo largo de su historia ha creado normas internacionalmente, para garantizar el cuidado y protección de los niños de forma prioritaria, normas que fueron suscritas por los estados partes, dentro de estas normativas se encuentran varios principios, como el del interés superior del niño, que es la base para toma de decisiones a favor de los menores, derechos establecidos y garantizados en el CONA y la Constitución de la Republica del Ecuador y en los instrumentos internacionales, anteponiendo estos derechos sobre cualquier norma, brindándoles un bienestar físico y psicológico, una vida digna y un desarrollo integral.

El principio del interés superior del niño es conceptualizado como el derecho a una vida digna a desarrollarse en un entorno familiar estable y armónico, los derechos de este grupo prioritario son considerados primordiales frente a los demás derechos, precautelando su bienestar dentro de la sociedad.

El Código de la Niñez y Adolescencia describe en su artículo 11 el interés superior del niño como:

“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”

(CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA , 2014)

El estado en la normativa antes citada, fija que el interés superior es un principio que debe prevalecer, satisfacer los derechos a través de sus autoridades administrativas y judiciales.

La tenencia compartida se ha normado en diferentes estados basados siempre en Tratados internacionales como la Declaración de Langedac, en donde se señala que esta se fundamenta en principios como el que los progenitores deben tener el mismo estatus respecto al cuidado y crianza de sus hijos, los hijos deben tener el mismo tiempo de convivencia con sus padres, y que estas relaciones y convivencias se basan entre padres e hijos y no entre los progenitores.

Se puede observar que los principios antes citados buscan aplicar siempre el interés superior del niño, debido a que es precisamente la convivencia y relación con sus progenitores la que les permite el desarrollo integral y una estabilidad emocional de ellos y su entorno, entendiendo que la tenencia compartida coincide con el principio del interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño es de aplicación inmediata y directa, además de ser reconocido en el Derecho Internacional, esto frente a la errada concepción de que los hijos eran propiedad y podían ser sometidos u obligados a las pretensiones de los progenitores, vulnerando sus derechos, frente a esto se tomó la decisión de que ya no sean objetos sino sujetos de derechos.

Es debido a esta decisión que los juzgadores deben tomar sus decisiones basándose en las situaciones reales de sus padres para poder otorgarles la tenencia, administrando justicia precautelando el interés superior del niño, estableciendo procedimientos claros en el momento de aplicar la justicia, y no solo considerar que es la madre quien debe tener la custodia de los niños, por ende la tenencia compartida es la manera más idónea de precautelar al menor; además de entender que los verdaderos beneficiarios de la tenencia no son los padres, sino que es un derecho igualitario para padres e hijos.

1.5. Reglas de otorgamiento de tenencia antes de la Sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional estableció parámetros que las autoridades deben aplicar mientras se desarrolle una normativa que garantice los derechos de los NNA durante el proceso de la tenencia, priorizando el interés superior del niño, el juzgador debe fundamentar su decisión en la capacidad económica de los padres, evaluándose cada caso, y de esta forma otorgar la tenencia a uno de los progenitores; estos parámetros que se encuentran establecidos en la sentencia No. 28-15-IN son:

- i. Se tomará en consideración, principalmente, la opinión de NNA, sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez.
- ii. Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.
- iii. Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica¹³³ - patrimonial y vicaria.
- iv. Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres
- v. Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.
- vi. Se respetará la identidad de NNA.
- vii. Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.
- viii. Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.
- ix. Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.
- x. Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.
- xi. Se contemplará cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural de NNA que sirva para determinar su interés superior.
- xii. Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar.
- xiii. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que se explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros antes referidos.
(Acción pública de inconstitucionalidad, 2021, pág. 58)

Cada una de las reglas anteriormente citadas garantizan los derechos de los NNA, partiendo desde respetar la opinión de cada uno de ellos, satisfaciendo sus necesidades más básicas, como las físicas, emocionales y educativas, descartando la violencia tras la separación de sus padres, respetando la identidad del menor, y mediante informes técnicos tomar las decisiones siempre basados en el interés superior del niño

Las reglas expresadas en la sentencia emitida por la Corte Constitucional ayudan a los jueces a tomar la decisión pero que, si no existe un acuerdo real entre los progenitores, no existe una verdadera igualdad de condiciones.

1.6 Aplicabilidad de la tenencia compartida

La Carta Magna establece que la familia es el núcleo de la formación del ser humano, el elemento principal para el desarrollo integral de cada uno de los miembros, especialmente niños, niñas y adolescentes; se entiende entonces que el Estado es el principal garantista de derechos que junto a los padres son los principales protectores y cuidadores del desarrollo integral

Actualmente en el país, la Asamblea Nacional está tratando de incluir en el Código de la Niñez y Adolescencia regímenes no solo a favor de la madre, sino del padre todo con la finalidad de garantizar sus derechos y el desarrollo de políticas públicas encaminadas al desarrollo integral de los menores.

Se debe tener claro que la tenencia compartida no tiene como figura que el menor pase con uno de los padres mas tiempo, sino mas bien que el niño comparta de manera equitativa con sus progenitores, es por eso la necesidad de regularizar esta normativa que beneficie no solo al menor, sino a sus padres, donde exista un consenso entre los progenitores para el cuidado y el tiempo que deban pasar con sus hijos, además el considerar que no es solo el padre el responsable de alimentar a los hijos, sino que son los dos los encargados de proporcionar el sustento económico.

La tenencia compartida debe traer consigo la cultura de equidad para con los padres, quienes deben tener el mismo derecho, pero que, en una sociedad donde se observa de forma clara que existe un abuso, al considerar a la madre como la única con derecho para obtener la tenencia del menor, y es precisamente los fallos judiciales que demuestran que el 90% de las custodias es monoparental.

La tenencia compartida es medida que se acoge a los tratados internacionales, a la constitución, a los principios y valores, que ademas se basa en una convivencia familiar que ayude al desarrollo físico, mental y emocional de los hijos, y que a pesar que se ha adoptado en diversos estados del mundo, en el Ecuador aun es un tema pendiente.

1.7 Comparativa con Chile y Argentina respecto a la tenencia compartida

A pesar de que el interés superior del niño es fundamental y es reconocido por legislaciones internacionales, no en todos los estados la tenencia compartida ha sido adoptada, en América Latina han acogido esta figura en sus normativas países como la República de Chile y la República Argentina.

Por ejemplo, en el país hermano de Chile el 21 de junio del 2013 se promulgo la Ley 20680 o la tambien llamada Ley amor de papá, que modifiko determinados artículos del Código Civil sobre tenencia compartida.

El Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229. Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros. (Nacional, 2013, pág. 1)

Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.

- c) La contribución a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo. (Nacional, 2013, pág. 2)

Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con
 - a) sus parientes cercanos.
 - b) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- c) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.
(Nacional, 2013, pág. 3)

Según lo señalado en los artículos anteriores la tenencia compartida en Chile la tenencia compartida debe tener como prerrequisito, el mutuo acuerdo de los padres respecto de esta institución y basado siempre en las reglas de cuidado y crianza, que se da de forma compartida por los progenitores, una vez que se han separado legalmente, el acuerdo lo realizaran por medio de una escritura pública o por un acta extendida por el Registro Civil, en ningún caso el juez podrá sustentar su decisión en la capacidad económica de uno de los padres; los padres que no tengan bajo su cuidado con sus hijos tiene el derecho a visitas regulares, que deben ser previamente acordada con el progenitor que tenga al menor a su cargo

En cambio, en el país argentino existe una norma que entro en vigencia el 1 de agosto del año 2015, esta es Código Civil y Comercial de la Nación, en la que se encuentra establecida la tenencia compartida del menor, de la siguiente forma:

Artículo 649.- Clases. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos. (Congreso de la Nación, 2015, pág. 42)

Artículo 650.- Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.
(Congreso de la Nación, 2015, pág. 42)

Artículo 651.- Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo. (Congreso de la Nación, 2015, pág. 42)

Artículo 652.- Derecho y deber de comunicación. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo. (Congreso de la Nación, 2015, pág. 43)

Artículo 653.- Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;

- b) la edad del hijo;
 - c) la opinión del hijo;
 - d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.
- El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.
(Congreso de la Nación, 2015, pág. 43)

Artículo 655.- Plan de parentalidad. Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación
(Congreso de la Nación, 2015, pág. 43)

Artículo 656.- Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado.

Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.
(Congreso de la Nación, 2015, pág. 44)

En Argentina este régimen puede ser acordado por los progenitores mediante un acta de mediación, o también puede ser resuelto por un juez de familia ante la petición de uno de los padres, entonces se constata que la tenencia compartida tanto a la madre como para el padre deben basarse en los enunciados, logrando así la existencia de un vínculo afectivo entre padres e hijos después de una separación matrimonial, cumpliendo los deberes y derechos de los niños de mantener contacto con ambos progenitores para un desarrollo estable, es decir que en Argentina definitivamente el juez no puede decretar esta medida si ninguno de los padres lo solicita.

1.8 La tenencia compartida en la Unión Europea

Los países de la unión europea como Bélgica, España, República Checa, Italia, Francia, Reino Unido y Alemania han normado en sus leyes la figura de la tenencia compartida o la también llamada como custodia compartida, que es la responsabilidad de los padres para con sus hijos.

Tal como en América Latina los países de la Unión Europea, la persona considerada para criar responsablemente al niño, niña y adolescentes es la madre, esto frente a la terminación de la relación matrimonial, y el derecho de los padres es diferente dependiendo del estado en el que habite, es decir que cada estado posee sus propias leyes sobre la tenencia compartida de los niños, determinando como opciones la tenencia exclusiva y la tenencia compartida.

Aunque los países europeos cuenten con una legislación más avanzada en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, priorizando la relación y el contacto con sus progenitores, a pesar de que sus padres vivan incluso en diferentes países, la tenencia compartida en los países europeos puede ser por sentencia judicial o por el mutuo acuerdo de los padres, y estas sentencias son reconocidas y respetadas por los países que integran la unión europea, evitando así otro proceso para reconocer una sentencia.

Se entiende entonces que los países de la Unión Europea, han implementado un instrumento internacional que garantice la protección de los niños, niñas y adolescentes, reconociendo los distintos sistemas jurídicos nacionales, todo esto se hizo posible a través del “Convenio de la Haya del 19 de octubre de 1996 en materia parental y de medidas de protección de los niños”, y que se ha aplicado en todos los países que son parte del convenio.

Por ejemplo, el país español adoptó la custodia compartida precisamente por ser parte de los diferentes convenios aprobados como la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.

Fundamentales, incluyendo en su Código Civil lo siguiente:

Artículo 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

(Codigo Civil, 2021, pág. 60)

Este artículo nos confirma que en tal caso que no exista un mutuo acuerdo entre los padres para la obtención de la custodia compartida, el juez tendrá la potestad y el deber de establecer la custodia compartida dando cumplimiento a la responsabilidad parental, además de demostrar que es necesario implementarla para la protección del interés superior del menor.

Para otorgar esta tenencia compartida el juez también tomará en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente siempre y cuando tenga más de 12 años de edad, además esta tenencia compartida no procederá cuando uno de los padres siga un proceso penal por atentar contra la vida familiar o incluso cuando el juez considere que existe fundamentos de una violencia doméstica.

Por lo tanto, si existiera la obtención de la tenencia compartida se alternará el cuidado y atención del niño, niña y adolescente con cada uno de sus padres, ya sean por períodos previamente establecidos por mutuo acuerdo de los padres o por un juez.

El Reino de Bélgica realizó modificaciones a su normativa del Código Civil, prevaleciendo el cuidado físico conjunto de los padres hacia el niño, niña o adolescente, se apoya la residencia alterna de los niños como la mejor opción para garantizar el interés superior del niño y el cumplimiento de la responsabilidad

CAPITULO III

MARCO LEGAL

SENTENCIA 28-15/IN

Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad N°. 28-15-IN.
2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.
3. Disponer que la Defensoría del Pueblo, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA, de conformidad con los criterios desarrollados en esta sentencia. i. La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación de dicho informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de 90 días otorgado para su elaboración.
4. Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses, contados desde la presentación del informe por la Defensoría del Pueblo, continúe el debate del Proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia, siguiendo los parámetros establecidos en el párrafo 249 supra. i. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del informe proporcionado por la Defensoría del Pueblo.
5. Disponer que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia,

para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW. i.Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.

6. Disponer que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública. Para justificar el cumplimiento de la disposición, ambas instituciones deberán remitir en un plazo de 8 meses contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de dicho plan y de su aplicación.
7. Disponer que el Consejo de la Judicatura, en el término máximo de 10 días desde su notificación, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores y defensoras públicas, a través de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados. El Consejo de la Judicatura deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto.
8. Disponer que, durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional, a través del banner principal de dicho portal. Para justificar el cumplimiento de la disposición, el Consejo de la Judicatura deberá remitir en un término de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de la publicación en el sitio web institucional.
9. Notifíquese y cúmplase.

CAPITULO IV

ANALISIS Y RESULTADOS

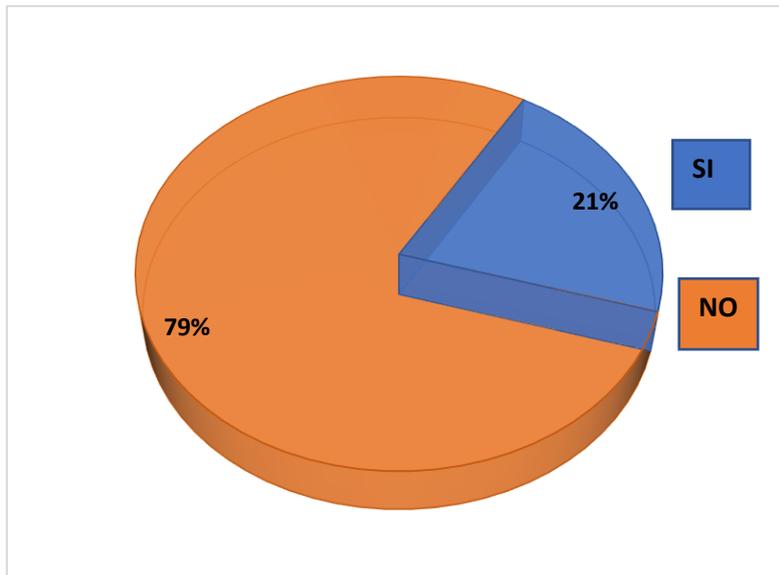
4.1. Encuestas a Abogados en Libre Ejercicio Profesional

Pregunta #1: ¿Es aplicada por los jueces especializados en niñez la sentencia constitucional 28-15/IN?

Tabla 1

ITEM	VALORACION	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
1	SI	21	21%
	NO	79	79%
	RESULTADOS	100	100%

Gráfico 1



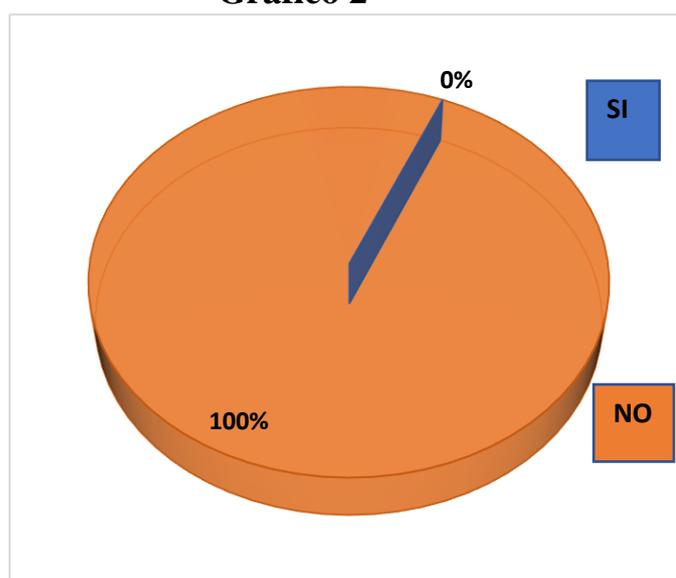
La pregunta realizada tuvo la finalidad de conocer por parte de los profesionales del derecho, su postura ante la aplicación de la sentencia constitucional 28-15/IN, esto es referente a si lo jueces especializados en niñez y adolescencia del país cumplen con lo o no con lo establecido, hay quienes consideran que son las madres, las mayores beneficiarias de las sentencias en cuanto a la tenencia de sus hijos menores, mientras que los padres son favorecidos judicialmente en un mínimo porcentaje.

Pregunta #2: ¿Es considerada la tenencia compartida en los casos de igualdad de condiciones?

Tabla 2

ITEM	VALORACION	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
2	SI	0	0%
	NO	100	100%
	RESULTADOS	100	100%

Gráfico 2



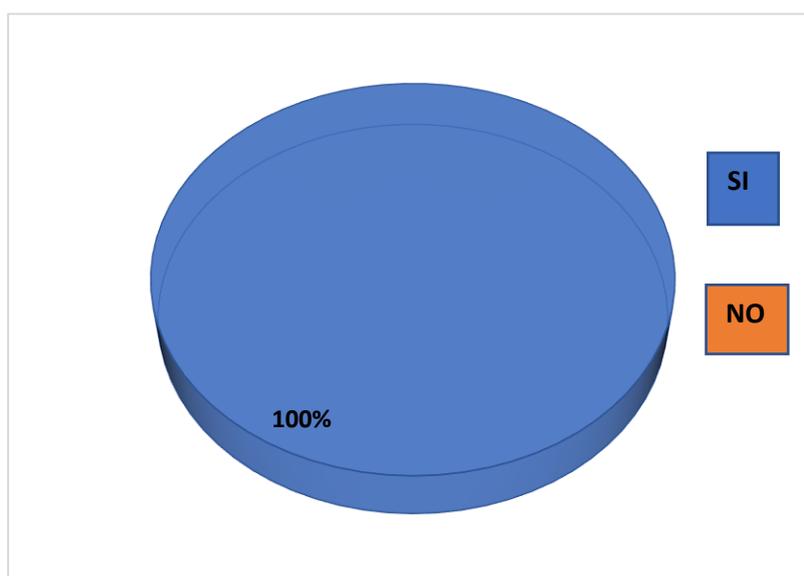
La segunda pregunta se realizó con el fin de conocer si los abogados en libre ejercicio consideran que la tenencia compartida se ejerce en igualdad de condiciones, dando como resultado la misma postura por parte de todos y cada uno de los encuestados, por cuanto a que en el país la tenencia compartida no se encuentra vigente, y que estas son resueltas en un alto porcentaje hacia sus progenitoras.

Pregunta #3: ¿Considera que debe reformarse el CONA respecto de la aplicabilidad de la tenencia compartida?

Tabla 3

ITEM	VALORACION	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
3	SI	100	100%
	NO	0	0%
	RESULTADOS	100	100%

Gráfico



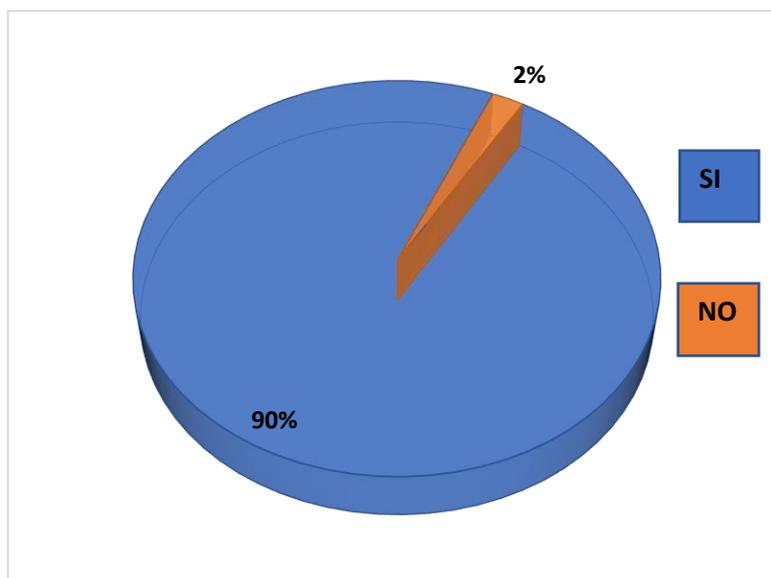
El presente cuestionamiento tuvo como finalidad conocer por parte de los abogados en libre ejercicio, su postura frente a una reforma del CONA respecto de la aplicabilidad de la tenencia compartida, el 100% de los encuestados consideran que la tenencia compartida debe ser normada, y de esta forma pueda existir igualdad de condiciones, en donde los mayores beneficiarios sean los menores, quienes podrán desarrollarse en un mejor ambiente otorgado por cada uno de sus progenitores

Pregunta # 4: ¿A partir de la sentencia 28-15/IN se perciben cambios contundentes en relación con la tenencia de NNA?

Tabla 4

ITEM	VALORACION	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
4	SI	90	90%
	NO	2	2%
	RESULTADOS	92	92%

Gráfico 4



El ultimo cuestionamiento realizado a los profesionales del derecho busco conocer la posición de los mismos, esto es en cuanto si después de haber sido emitida la sentencia constitucional 28-15/IN, en el país han existido cambios de manera contundente, obteniendo como resultado que la gran mayoría consideran que no, que la aplicación sigue siendo la misma, que el grupo de las progenitoras siguen siendo consideradas mediante sentencia, las apersonas idóneas para criar y cuidar a sus hijos.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

- Las cuestiones de género a partir de la sentencia 28-15-IN/21 son irrelevantes en virtud de que cualquiera de los progenitores puede presentar mayor idoneidad en la protección a los niños, niñas y adolescentes.
- La Corte Constitucional estableció parámetros con los que se deben guiar los juzgadores al momento de establecer la tenencia, sin embargo, estos presupuestos caen en la generalidad y no permiten unificar criterios.
- La sentencia 28-15-IN desarrolla el principio de la corresponsabilidad paternal lo cual forma parte de la tenencia compartida empero, no la torna como un imperativo normativo por lo que algunos jueces se niegan a otorgarla, aunque haya acuerdo entre las partes.
- La tenencia compartida en países europeos es considerada como una técnica que permite concretar de manera eficaz, el interés superior del niño.
- En Chile y Argentina la tenencia compartida es un mecanismo de encargo del cuidado y protección del menor a ambos padres, establecido previamente en la norma.
- La falta de realización de las capacitaciones dispuestas por la Corte Constitucional a los jueces especializados en niñez y adolescencia influyen en la inaplicación de la Sentencia 28-15/IN específicamente sobre la tenencia compartida.
- La Defensoría del Pueblo realizó el borrador de la ley reformativa al CONA sin embargo no advierte la posibilidad de aplicación de la tenencia compartida.

RECOMENDACIONES

- La perspectiva de género en el rol de ejercicio de la tenencia efectivamente no debe ser considerado puesto que en la actualidad ambos progenitores pueden realizar las mismas actividades, y al encontrarse en igualdad de condiciones se torna innecesario dar preferencia a uno de los progenitores sin embargo los criterios expresados por la Corte Constitucional deben revestir mayor taxatividad para el otorgamiento de la tenencia.
- Es necesario que la Corte no sólo solicite al Consejo de la Judicatura la difusión de la sentencia constitucional, sino que disponga la capacitación constante sobre la forma de interpretación de la misma a fin de que se unifiquen criterios entre juzgadores y no haya sentencias contradictorias.
- La Asamblea Nacional acogiendo las disposiciones de la Corte Constitucional debería establecer la tenencia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para que los juzgadores no se abstengan de otorgarla.

PROPUESTA

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO CONSIDERANDO

Que, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 1 manifiesta que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos

Que, el máximo órgano de interpretación constitucional en sentencia 28-15/IN declaró la inconstitucionalidad de la preferencia a la madre en el encargo de la tenencia y patria potestad;

Que, en dicha sentencia se estableció que la Defensoría de Pueblo realice la iniciativa legislativa para el otorgamiento de la tenencia en NNA;

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

Ley Orgánica Reformatoria al Código de Niñez y Adolescencia para regular la tenencia.

Art 1. – Tenencia compartida: En el caso del común acuerdo de los progenitores, siempre que se precautele el interés superior del niño, se podrá aplicar la tenencia compartida lo cual consiste en la convivencia repartida en partes iguales de la tenencia de los hijos con ambos progenitores atendiendo el criterio de la corresponsabilidad paternal.

Bibliografía

Acción pública de inconstitucionalidad, 28-15-IN (Corte Constitucional Del Ecuador 24 de 11 de 2021).

Codigo Civil. (2021). Madrid: Boe.

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA . (2014). QUITO.

Congreso de la Nación, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento.

Flaquer, L. (13 de 7 de 2021). *UABDivulga*. Obtenido de

<https://www.uab.cat/web/detalle-noticia/en-la-union-europea-la-prevalencia-de-la-custodia-compartida-se-encuentra-asociada-con-la-igualdad-de-genero-1345680342040.html?noticiaid=1345843322701>

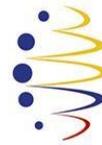
Nacional, C. (2013). *Ley 20680*. MINISTERIO DE JUSTICIA.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Guamán Atupaña Carmen Elena** con C.C: # **060347787-8** autora del Trabajo de Titulación: **“La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de tenencia”**. 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, 04 de septiembre del 2022

AUTORA

f. _____

Carmen Elena Guamán Atupaña

C.C: # 060347787-8

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	“La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de tenencia”.		
AUTOR(ES)	Guamán Atupaña Carmen Elena		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Mendoza Solórzano Adriana Lida		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	4 de septiembre del 2022	No. PÁGINAS:	DE # 30
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho infantil, Tenencia compartida		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Perspectiva, Custodia, Menores, Conflictos, Tenencias.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El presente trabajo de investigación denominado “La nueva perspectiva de la custodia de menores en caso de conflictos de tenencia” va direccionado al análisis de las posturas adoptadas recientemente por la Corte Constitucional del Ecuador respecto a la tenencia, tomando en consideración la falta de preceptos mayormente taxativos que ayuden al juzgador a tomar la decisión sobre los niños, niñas y adolescentes sujetos de la causa. Por otro lado se analiza como una postura ampliamente aceptada en los ordenamientos jurídicos mundiales en causas de familia como es la tenencia compartida. Los pro y contras que existen en el contexto ecuatoriano, la procedibilidad de la figura, la aplicabilidad subjetiva del juzgador respecto al acuerdo de ambos padres, y la falta de criterio unificado en el Ecuador. La tenencia de niños, niñas y adolescentes representa en la sociedad un alto impacto ya que de la niñez se derivan los futuros conflictos sociales, por ello los juzgadores de familia deben tomar la decisión que beneficie mayormente a los NNA sin embargo con herramientas normativas y jurisprudenciales ambiguas, retrógradas, descontextualizadas de la realidad nacional, poco o nada pueden hacer los juzgadores. Por ello el presente trabajo investigativo busca ser un mecanismo de consulta de quienes se interesen en crear mayores argumentos sobre la problemática y eventualmente generar espacios públicos de debate que direccionen al poder judicial a la unificación de criterios sobre la procedibilidad de la tenencia compartida.</p>		
ADJUNTO PDF:	SI	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593987654321	E-mail: carmen.guaman01@cu.ucsg.edu.ec	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Ab. Paredes Cavero Ángela María		
	Teléfono: +593 99 760 4781		
	E-mail: angela.paredes01@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			