

DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v4i6.1454>

Los derechos humanos de los niños, niñas o adolescentes en relación a la regulación de la tenencia compartida en la legislación de Ecuador

The human rights of children or adolescents in relation to the regulation of
shared tenure in the legislation of Ecuador

Santiago Vladimir Cabrera Cabrera

svcabrera07@utpl.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-5504-3049>
Universidad Técnica Particular de Loja
Loja – Ecuador

Susana Antonieta Montaña Donoso

tonam99@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0003-7180-9931>
Investigadora independiente
Loja – Ecuador

Ana María Valdivieso Aguirre

anmva78@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0003-3407-0090>
Investigadora independiente
Loja – Ecuador

Lucia Lisbeth Rojas Rentería

luci_rojas15@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0000-1448-6716>
Investigadora independiente
Loja – Ecuador

Luis Alberto Pacheco Cueva

luispachecu25@yahoo.es
<https://orcid.org/0009-0006-7950-6267>
Investigador independiente
Loja – Ecuador

Karen Fernanda Ramírez Granda

karitafer770@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0004-0716-0530>
Investigador independiente
Loja – Ecuador

Nuvia Coralia Flores Ruiz

maría-isabel1927@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0007-7948-8262>
Investigadora independiente
Loja – Ecuador

Artículo recibido: 20 de noviembre de 2023. Aceptado para publicación: 11 de diciembre de 2023.
Conflictos de Interés: Ninguno que declarar.

Resumen

Con la disolución del vínculo matrimonial o la separación se deriva un tema trascendental que es la tenencia del niño, niña o adolescente, pese a que la Corte Constitucional en la Sentencia N° 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre de 2021, declara la vulneración de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, que dice que la patria potestad de los hijos menores de 12 años se cederá a la madre y se preferirá a la madre, siempre que no afecte el desarrollo del niño”, siguen siendo aun contrarias al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, puesto que no se trata sobre la tenencia compartida. El objetivo del presente artículo es analizar desde un contexto jurídico y doctrinario la referida figura jurídica y cómo beneficiaría en la legislación de Ecuador su regulación en la norma sustantiva y adjetiva, para ello se recurrirá a la legislación comparada abordando el método analítico, científico, exegetico.

Palabras clave: corresponsabilidad parental, convivencia, tenencia compartida, interés superior del niño

Abstract

With the dissolution of the marriage bond or separation, a transcendental issue arises, which is the possession of the child or adolescent, despite the fact that the Constitutional Court in Sentence No. 28-15-IN/21, dated November 24, 2021, declares the violation of paragraphs 2 and 4 of article 106 of the Code of Children and Adolescents, which says that the parental authority of children under 12 years of age will be transferred to the mother and the mother will be preferred, provided that affects the development of the child”, are still contrary to the principle of best interests of children and adolescents, since it is not about shared possession. The objective of this article is to analyze from a legal and doctrinal context the aforementioned legal figure and how the legislation of Ecuador would benefit from its regulation in the substantive and adjective norm, for this purpose comparative legislation will be used, addressing the analytical, scientific, exegetical method.

Keywords: parental co-responsibility, coexistence, shared possession, best interests of the child

Todo el contenido de LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia Creative Commons . 

Como citar: Cabrera Cabrera, S. V., Montañó Donoso, S. A., Valdivieso Aguirre, A. M., Rojas Rentería, L. L., Pacheco Cueva, L. A., Ramírez Granda, K. F., & Flores Ruiz, N. C. (2023). Los derechos humanos de los niños, niñas o adolescentes en relación a la regulación de la tenencia compartida en la legislación de Ecuador. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 4(6), 453 – 468. <https://doi.org/10.56712/latam.v4i6.1454>

INTRODUCCIÓN

La familia con el devenir de los tiempos ha ido cambiando en su dinámica y composición, pues se han adecuando a los cambios sociales, económicos y geográficos. Sin embargo, sus funciones siguen teniendo un impacto significativo en la sociedad, tal es así que la Convención de Derechos del Niño (1989) expresa “que las familias son los grupos fundamentales de la sociedad y el seno familiar es el mejor ambiente propicio para su perfeccionamiento de este grupo vulnerable, por lo que se les debe brindar la protección y el apoyo que requieran” (p.8), sin duda alguna la familia como institución natural y jurídicamente reconocida, es la responsable de la educación integral de los niños y adolescentes durante su desarrollo. Aquí, el NNA recoge principios y valores para su propio desarrollo, valores que son adoptados esencialmente de su padre y su madre o de la familia extensa.

Sin embargo, luego de ruptura matrimonial o separación y al entablarse la demanda de divorcio, es un hecho que el juez tendrá que resolver sobre la tenencia de los hijos, en este caso como no existe la custodia compartida en la legislación de Ecuador obligatoriamente se tiene que conceder a uno de los progenitores la tenencia del niño, niña o adolescente, y al otro progenitor un régimen de visitas sea esté cerrado o abierto. Por ello en el estado ecuatoriano lo único que es compartido es el ejercicio de la patria potestad, más no la tenencia, que es lo que más tiene valor para fortalecer los lazos familiares entre los hijos y los padres como punto de partida de la coparentalidad.

La figura socio-jurídica familiar de la tenencia compartida ha reabierto la discusión de la corresponsabilidad parental en las legislaciones de ciertos países de Latinoamérica, por ello con el auxilio mancomunado de diferentes disciplinas como la Psicología, la Sociología y el derecho comparado, se ha llegado a colegir que debe regularse en la norma adjetiva y sustantiva dicha figura legal, que como finalidad tiene garantizar el interés superior del niño como prevalencia de la convivencia tanto de sus genitores como de la familia extendida.

Pese a que la Corte Constitucional en la Sentencia N° 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre de 2021, enunció la ilegalidad los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez, se dejó un vacío enorme en cuanto a la tenencia compartida, puesto que no garantiza en igualdad de derechos la convivencia con los hijos.

Por ello es importante tener claro que la tenencia compartida de una u otra forma da lugar a la coparentalidad en este sentido el ser padre o madre para la formación de los hijos son métodos que han ido innovando conforme a las nuevas realidades socio-familiares. Las TICs el consenso de la mujer al mercado profesional, la labilidad laboral, el desempleo, han creado una realidad social alejada de los modelos tradicionales de relación familia-familia. La coparentalidad se configura como una nueva forma de responsabilidad, ya que es cuando dos entes sin una relación romántica deciden tener proles y formarlos en igualdad de condiciones. Son personas que ya no mantienen una relación afectivo - sexual por cuanto ya son separados, pero que comparten el deseo de ser padres o madres. Es así, que esta nueva figura de crianza conlleva a intervenir en las responsabilidades y derechos sobre sus proles. (Caballero Hernández, 2023)

Sin duda alguna la tenencia compartida se relaciona con la coparentalidad, puesto que en el momento que esté regulada en la legislación de Ecuador, los padres convivirán con sus hijos en tiempos iguales, los gastos correrán de igual manera mientras convivan con ellos, y lo más importante es que se relacionarán con ambos progenitores después de un divorcio siendo los más beneficiados sus hijos, puesto que existirá un consenso garantizando de esta manera su interés superior en especial en un desarrollo pleno.

Objetivo

General

- Determinar mediante un análisis teórico, jurídico y doctrinal que la regulación de la tenencia compartida en el derecho comparado beneficia al niño, niña y adolescente en la coparentalidad.

Específicos

- Analizar el derecho comparado respecto de la tenencia compartida como garantía del principio del interés superior del niño.
- Determinar el beneficio de la tenencia compartida en la coparentalidad y su convivencia
- Fundamentar jurídicamente y doctrinalmente que es necesario regular en la legislación de Ecuador la tenencia compartida o custodia compartida.

METODOLOGÍA

Para lograr un trabajo más preciso se utilizó el Método Exegético, ya que se basa en la interpretación de los textos legales. La hermenéutica jurídica ayudará a establecer las bases conceptuales de las normas jurídicas, tanto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como también, en derecho comparado, estudiando dentro de cada uno de sus regímenes a fin de que el análisis sea más claro y ecuánime posible.

Se utilizó el método científico, puesto que se compone por un conjunto de pasos ordenados que permite analizar de manera objetiva la regulación de la tenencia o custodia compartida en el estado ecuatoriano a fin de garantizar el interés superior del niño. Este método utilizado de manera primordial es para adquirir nuevos conocimientos dando lugar a un acercamiento con el problema socio-jurídico familiar, lo que permite indagar acerca de la situación actual.

Se utilizó el método Analítico-Sintético para el estudio de la tenencia compartida y de esta manera conocer el socorro coparental en los hijos matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos. El método Inductivo-Deductivo se utilizó para el estudio de ciertos principios constitucionales que podrían permitir la incorporación de la referida figura legal familiar en la legislación ecuatoriana.

DESARROLLO

La familia

Para referirnos a la custodia compartida partamos de la definición de familia, para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su numeral 3 refiere que “La estirpe es el componente natural y primordial de las sociedades ya que tienen derecho de que el estado y la comunidad los proteja” (Art. 16), esta definición de ius cogens y que ha conllevado a regular las normativas internas de los estados partes claramente define que el estado es quien debe protegerla a fin de que cumpla su consecución.

De igual forma la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en el numeral 1 del Art. 17 expresa “El linaje es el bloque natural y esencial de los pueblos ya que si no las protege el derecho sustantivo de las naciones se extinguiría y vivirían en caos” así mismo en el Art. 19 del referido tratado internacional dispone “Todos los proles de cualquier estado tienen derecho a que se los proteja se en el ámbito local o internacional”, estos dos artículos de índole internacional hace alusión que la familia es fundamental en la sociedad y por ende debe el estado protegerla e incluso proteger a los hijos habidos producto del matrimonio o convivencia.

En la misma línea, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en cuanto a la familia dice:

Garantiza en su territorio la convivencia de cualquier tipo de familia que se ha ido generando acorde a la realidad social garantizando en igualdad de circunstancias para que las mismas puedan desarrollarse en su vivir diario, respetando los vínculos legales o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades para sus miembros. (Art. 67).

En el mismo Conforme a lo descrito por la tratadista Caballero Hernández, 2023, esto es que las nuevas tecnologías, el consenso de la mujer al mercado profesional, la labilidad laboral, el desempleo, han ido configurando una realidad social que dista mucho del modelo tradicional de familia y relaciones familiares, esto quiere decir que existen varios tipos de familias, entre ellas la nuclear, monoparental, ensamblada, personas del mismo sexo, con mascotas. Sin duda alguna la sociedad ha cambiado y por ende los diferentes tipos de familia que la conforman y por ello la protección en la Carta Magna.

El Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en sus artículos 8, 9 y 10 refiere a la corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia ¹, función básica de la familia² y el deber del estado frente a la familia³, esto se contextualiza que de forma tripartita se debe proteger al núcleo de la sociedad que es la familia y los miembros que la componen.

El término familiar *famulus* se deriva de *Oskarna famal*, que significa "sirviente", "del sánscrito *vama*, casa o vivienda, denotando así un grupo de personas y esclavos que viven en una casa con su amo". (Ramos Pazos, 2006), el experto en derecho familiar definía que todos quienes moran en el mismo techo corresponde a un mismo núcleo familiar.

En la doctrina Monroy Cabra (2009) en cuanto a definición de familia expresa "que la familia es donde el niño se desenvuelve y crea sus lazos afectivos fraternales" (p.30), este acertado criterio se va alineando a lo que tiene que con la convivencia de los padres cuando exista un divorcio.

La familia entendida por la colección de antepasados, descendientes y adyacencias que comparten una ascendencia común, así como también de cónyuges de parientes casados. Según la Academia, la familia se entiende a través de una combinación de convivencia, parentesco y pertenencia familiar. "El que habita en casa bajo el poder de su señor" (Cabanelas de Torres, 2004).

En conclusión, la familia es donde el niño, niña y adolescente se desarrolla y como efecto de esta convivencia los progenitores deben proporcionar toda la ayuda para su alimentación, vestimenta, vivienda y el afecto en igualdad de condiciones, por ello su importancia que se regula la custodia compartida a fin de que prime la coparentalidad y de esta manera los ex cónyuges o pareja de manera conjunta busquen el mejor desarrollo pleno de sus hijos en garantía del interés superior del niño.

¹ Art. 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. - Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.

² Art. 9.- Función básica de la familia. - La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

³ Art. 10. Deber del Estado frente a la familia. - El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior.

La convivencia y relación familiar

La convivencia y las relaciones familiares dan lugar a la importancia en el estudio de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, ya que varios son los componentes que determinan la conducta de los padres. La familia constituye el medio ambiente, en el que el individuo se prepara para convivir en el mundo, por ello debe ir aprendiendo valorando, el cuidado y la protección que le han brindado los padres, debiendo formar su carácter para las cualidades como persona, toda vez que las atenciones y el cuidado que tenga dentro de sus primeros años, repercute en toda su vida. La familia juega un rol determinante en el desarrollo de la personalidad de los NNA, de sus aptitudes y comportamiento. Es el escenario donde aprenden a respetar los derechos y las propiedades de los otros y se forman con sentimientos de cooperación y ayuda.

Previo a abordar la custodia compartida analicemos los derechos de los NNA que los enviste el corpus juris y la normativa interna de Ecuador, para ello debemos decir qué importancia tiene el Derecho a vivir con una familia es porque proporciona un sentido de identidad y fomenta sentimientos de amor, seguridad, conexión y de ganar un sentido de valor. Además de las importantes funciones ya mencionadas, las familias necesitan promover una autoestima sana en la primera infancia, basada en la confianza que los padres muestran en sus hijos e hijas. Por tanto, si esta confianza no se hereda, no se formará un ser confiado y esto será perjudicial para la familia y la sociedad. Más concretamente, debemos recordar que nadie puede dar lo que no tiene.

La Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, de la CIDH sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, en el párrafo 72 también refiere a la cuanto a la convivencia familiar⁴, expresando que la convivencia entre una familia es fundamental para su desarrollo diario como homeóstasis universal.

En este sentido el principio N° 6 de la Declaración Universal de los Derecho del Niño (1959) expresa:

Los infantes necesitan amor y atención para el desarrollo general y armonioso de su personalidad. Siempre que sea posible, deberá crecer bajo la protección y responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de provisión afectiva, moral y material; Excepto en circunstancias especiales, los niños pequeños no deben ser separados de sus madres. La sociedad y las instituciones estatales tienen el deber de cuidar especialmente de los niños que no tienen familia o carecen de medios para sobrevivir. (p.2)

Esta definición de uno de los tratados internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes colige que convivir con la familia fortalece los lazos familiares debiendo el estado protegerla.

Un divorcio desemboca en un problema trascendental para el NNA, puesto que ya no podrá convivir con sus dos progenitores. Si a esto le sumamos la lucha constante de los padres por forjar una alianza con sus hijos, los largos procesos judiciales, tendremos consecuencias irreparables, puesto que provoca efectos de carácter psicológico a medio y largo plazo y en ocasiones irreversibles en los NNA. (Hernández, 2016).

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en cuanto a la corresponsabilidad parental expresa:

Se alentará a las madres y padres responsables; a cuidar, criar, educar, alimentar, desarrollar plenamente y proteger los derechos de sus hijos, especialmente si son separados de ellos por cualquier motivo (...) 5 El Estado promoverá desarrollo mutuo - responsabilidad de las madres y los padres y

⁴ El Tribunal Europeo ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada.

velará por el respeto recíproco de los deberes y derechos entre los progenitores y críos (5) Ayudar, alimentar, educar y cuidar a hijas e hijos. Este deber es responsabilidad solidaria de la madre y del padre en proporciones iguales y también será cumplido por las hijas y los hijos cuando la madre y el padre lo requieran por la característica de reciprocidad (Art. 83, numeral 16)

La máxima norma que rige en la legislación de Ecuador refiere cuáles son los responsables del cuidado de los hijos, por ello de manera tripartita con la sociedad vigilan que no haya negligencia en el cuidado y desarrollo de los NNA.

El Código de la Niñez y Adolescencia (2003) respecto del derecho a tener una familia y la convivencia familiar refiere:

Los proles y jóvenes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y las familias deben priorizar medidas adecuadas para que puedan permanecer permanentemente en la familia. En casos especiales, cuando esto no sea posible o sea contrario a sus intereses, los niños y jóvenes tienen el derecho legal de unirse a otra familia. En todo caso, la familia debe brindarles un ambiente de atención y comprensión que respete sus derechos y su desarrollo integral. (Art. 22).

Tal como refiere la máxima norma sustantiva de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, los NNA tienen derecho a vivir en familia y no ser separados y de ser el caso el derecho a relacionarse para que no se extingan los lazos afectivos, por ello la importancia de la tenencia compartida a fin de que tengan derecho a vivir con sus dos padres, debiendo cumplir estos con los derechos que devienen de la patria potestad y cuando están separados de la coparentalidad.

Por ello la convivencia familiar no es solo pasar un tiempo juntos y platicar cosas sin importancia ni trascendencia, al contrario, es donde todos los miembros del núcleo familiar sea familia nuclear, extendida, ensamblada o uniparental, apliquen la homeostasis universal con todos sus subsistemas familiares a fin de que cumplan su función para enfrentar la vida. (Esquivel, 2007). Con esta acertada definición podemos decir que la convivencia implica valores como el amor, respeto, responsabilidad, afecto, progreso, comunicación, conexión, interacción, armonía, que permitirán que el niño, niña y adolescente tengan un bienestar familiar, por ello la importancia de una custodia compartida en aras de la coparentalidad.

Interés superior del niño

Con la Declaración Universal de Derechos del Niño de (1959) en el principio 2 nace el interés superior del niño que expresa "El niño recibirá protección jurídica y de otro tipo especial y tendrá acceso a oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse sana y normalmente física, intelectual, moral, espiritual y socialmente.", pese a que se promulgan diez principios en garantizar los derechos de los NNA, todavía faltaba algo para robustecer.

Ulterior al mismo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) luego de arduas tareas y sesiones con varios expertos, emiten la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) por ello en cuanto al interés superior del niño expresa que en todas las acciones de los organismos públicos o privados de bienestar social, los tribunales, los organismos administrativos o los órganos legislativos relacionados con los niños, se debe tener en cuenta el interés superior del niño, es decir cuando estén en juego sus derechos en un proceso judicial el juzgador debe emitir el fallo a su favor para su mejor desarrollo y en caso de que no sea tomada en cuenta opinión hacer conocer e incluso decirle que tiene derecho a recurrir (Art. 3).

Con esta Convención sobre los Derechos del Niño que fue de cumplimiento obligatorio a todos los estados partes que la ratificaron, los NNA dejaron de ser objetos de derechos y pasaron a convertirse en sujetos de derecho, valga la redundancia decir que fue con la doctrina de protección integral que se

fortificaron los derechos de niñez y adolescencia en concordancia con la las observaciones generales y protocolos facultativos,

Esta mejora paulatina de los instrumentos de protección de los derechos del niño forma parte de las tendencias más generales de avance en la garantía y protección de los derechos humanos, con una fuerza vinculante cada vez mayor y un fortalecimiento del principio de daños, lo que se refleja en la adopción de medidas jurídicas sin discriminación.

Uno de los logros del movimiento de derechos humanos de este siglo es el reconocimiento de que todas las personas, incluidos los niños, disfrutan de derechos inherentes y que es deber de los Estados promover y garantizar su protección efectiva e igualitaria. Con base en el mencionado principio de igualdad, se vuelve a reconocer la existencia de protección jurídica y de ciertos derechos para determinadas personas, incluidos los niños. (Cillero Bruñol, (sf), p.1)

Por ello la Constitución de la República el Ecuador de (2008) protege el interés superior del niño y su entorno familiar debiendo el Estado, la sociedad y las familias priorizar la promoción del desarrollo integral de niñas, niños y jóvenes y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y sus derechos prevalecerán sobre los derechos de los demás. (p13)

La Carta Magna, establece que los niños, niñas y adolescente son minorías y por tanto se consideran vulnerables y deben recibir especial protección del Estado, la sociedad y la familia.

Por otro la norma sustantiva de garantía los derechos de NNA como es el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en cuanto al interés superior del niño expresa que toda autoridad judicial y administrativa debe velar por integridad de los NNA, debiendo incluso emitir medidas de protección o sanciones administrativas o penales a quienes no cumplan su deber en base a sus actuaciones o funciones encomendadas (Art. 11).

La norma sustantiva de protección de NNA expresa que cuando son conculcados los derechos del niño, niña y adolescente se debe priorizar su interés superior y evitar que su integridad sea vulnerada.

La tenencia

La figura legal de la tenencia se encuentra relacionada con la patria potestad, puesto que el Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia (2008) refiere que cuando el operador de justicia de familia estime provechoso para el progreso sistémico de los hijos confiar el cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin turbar el ejercicio conjunto de la patria potestad, concederá la tenencia conforme a las reglas prevista en el Código de la Niñez, ahora bien el referido artículo habla de las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, llegando al mismo punto de que la tenencia se dará en base a lo que determine el juez.

Por ello Aguilar Llanos (2009) en cuanto a la tenencia refiere que es la forma de convivir con los hijos y estos a su vez cumplir con sus deberes devenidos de la patria potestad, debiendo cuidarlos y protegerlos cuando estén en el tiempo que el juzgador les ha otorgado dicha relación parental. (p. 192)

La diferencia de la patria potestad con la tenencia es que, en el primer caso, existe el ejercicio conjunto, mientras que en la segunda cuando hay separación o divorcio, uno solo convive con el hijo o hijos.

La tenencia es un “derecho de exclusividad” de los hijos, como si de bienes patrimoniales se tratase, para instaurar y reforzar la figura de la coparentalidad, que “refiere a la presencia de ambos padres, que aun viviendo separados, son partícipes y responsables directos de la crianza, educación y orientación de los hijos (Barletta, 2018).

En Langedac en el año de 1999 (Francia) cuando se produjo la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, los representantes de los Estados mostraron su compromiso unísono en que la tenencia compartida representa los mejores intereses de los niños, los padres y la sociedad en general. Así mismo, se consideró que la promoción de la tuición o custodia compartida en cualquier tipo de familia que reconocen los regímenes constituye un derecho fundamental a este tipo de figura legal socio-familiar. Así mismo dicha declaración prevé principios⁵, intereses del niño⁶, los padres adoptivos, la familia extendida y otros elementos significativos⁷, etc.

Ahora bien, la custodia compartida es regularizada en Europa siendo Suecia el primer país que la promulgará en su norma sustantiva denominándose como “guarda compartida”. Posteriormente, Francia sería el país donde la figura tendría un desarrollo legislativo sólido, aunque paulatino, pues si bien la figura se introdujo en el año 1987, no sería hasta el año 2002 “cuando la ley previó la posibilidad de que el mejor tenga una doble residencia: una con cada uno de sus padres, Así mismo se ha regulado en Alemania, Inglaterra, en Holanda las reglas del juego respecto de la institución clásica de la tenencia, de manera que en dicho país la tenencia compartida es la regla y la tenencia uniparental es excepcional. (Kemelmajer, 2012).

Siendo el momento de definir a la custodia compartida o compartir, Aguilar Llanos (2009) refiere que existe igualdad de derechos entre los padres puesto que conviven 50% y % 50% en sus vidas, esto es tiempo escolar, vacaciones y gastos que devienen en su cuidado durante el tiempo que les haya otorgado el juez, fortaleciendo los lazos afectivos. (p. 195).

Con este acertado criterio de custodia compartida se colige que corresponde a los padres una convivencia del 50% a cada uno y durante esta pernoctación de los hijos los gastos están a cargo del padre que está bajo su cuidado y protección.

Existen varios tipos de tenencia compartida en los diferentes estados, pero existen tres de los más comunes: a) Custodia a uno de los progenitores: es la más frecuente que otorgan los operadores de justicia en los juzgados familiares, por lo que no hay mutuo acuerdo, por ello se otorga la custodia a uno de los progenitores y un régimen de visitas a favor del otro.; b) Custodia repartida o alterna, esta admite a cada uno de los padres tener a sus descendientes durante un período del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el período restante; c) • Custodia partida, se otorga el cuidado y protección de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro; d) Custodia conjunta o compartida, es decir los dos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. Una característica de la custodia compartida es que

⁵ 1. Los Padres y Madres deben tener igual estatus en la vida de los hijos, y por consiguiente deben tener iguales derechos e iguales responsabilidades.

2. Cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual periodo de tiempo con cada padre.

3. La paternidad sólo debe estar basada en la relación de padre-hijo y no en la relación entre los padres. Los niños tienen el derecho de conocer a ambos padres y “viceversa”.

⁶ a) Los intereses del niño no pueden ser vistos como predefinidos y como una entidad separada de los padres y la familia o como algo para ser definido por las autoridades públicas o profesionales. Los padres actuarán como el medio para interpretar los intereses de sus niños, excepto en casos extremos de abuso individual o incapacidad Parental.

b) Si es necesario las autoridades públicas y terceras partes pueden y deben apoyar proactivamente a las familias y los miembros de la familia, cuando ellos necesitan ayuda. Sin embargo, en ningún caso, excepto que si el abuso es severo podrán tener el derecho para intervenir cuando los padres no lo desean.

c) El niño tiene el derecho de vincularse y comunicarse con sus padres en cualquier situación.

d) La paternidad biológica debe ser establecida al nacimiento por vía de la comprobación del test de ADN. Para cualquier prueba de ADN, toda la evidencia material y los archivos deben destruirse inmediatamente una vez determinada la paternidad (o no-paternidad).

⁷ Los niños tienen derecho de vínculo y de comunicación tanto sobre los miembros de la familia nuclear como de la familia extendida y viceversa. El “padre residente” tiene el derecho de la decisión final respecto a varios eventos sociales, excepto los que respecta a la familia extensa, padres biológicos y adoptivos. El niño tiene el derecho a saber de sus padres naturales, de recibir y enviar comunicados, con prueba que esto ha llegado.

ambos padres conservan la responsabilidad legal y la autoridad para cuidar y controlar a los niños, como una familia intacta. Los padres que viven con sus hijos todo el tiempo tienen que tomar decisiones sobre disciplina, limpieza, alimentación y actividades diarias. (Catalán, et al, 2007)

De las clases de custodia compartida referidas por los expertos en la temática se colige que la regulada en la legislación de Ecuador es la custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores, valorándose de esta manera el interés superior de los niños, niñas o adolescentes a no convivir en igualdad de tiempo cuando están divorciados, por ello la necesidad de regular la custodia compartida a fin de que los padres asuman la coparentalidad devenida de la patria potestad o como se la conoce en otros estados responsabilidad parental, y de esta manera el NNA se desarrolle con los lazos afectivos de ambos padres y sus familias extendidas.

Coparentalidad

Este tema es de vital importancia en el desarrollo de la investigación, puesto que en la demanda de divorcio el juez otorgará a uno de los ex cónyuges la tenencia del hijo o hijas, por ello es importante analizar que pese a que no existe la custodia compartida los ex cónyuges tengan una coparentalidad en beneficio de sus hijos y este pueda convivir en igualdad de condiciones y desarrollarse de manera plena en especial psicológicamente.

El tema de la coparentalidad post-divorcio es de trascendental importancia por ello en esta manera de convivencia se puede definir como una relación en la que los padres interactúan, cooperan y se apoyan activamente entre sí, con el objetivo principal de criar a los hijos y participar activamente en la vida de sus descendencias (Ahrns, 1981), tener a los padres involucrados en la vida de sus hijos de cualquier forma es definitivamente beneficioso no solo para los niños, sino también para sus genitores, pues refuerzan su lazos afectivos, por ello se dice que la tenencia compartida va de la mano con la coparentalidad.

Arditti y Madden Derdich (1997) en su estudio, encontraron que las mamás que intervenían en la custodia con sus exparejas gozaban de una relación más colaborativa y se sentían más apoyadas en su rol maternal; en el caso de los padres, tenían actitudes más positivas hacia las ex esposas, claro está que cuando no fue el divorcio conflictivo.

Figura 1

Coparentalidad colaborativa



Fuente: <https://youtu.be/sQCz-Nsq9Tw>

La coparentalidad⁸ es un fenómeno reciente o una forma innovadora de ser padres. Esto quiere decir que dos personas se juntan con el único propósito de cuidar a un prole. Es decir, no tienen una relación sexual afectiva (no son pareja), pero tienen un deseo común: ser padres. De esta manera, la coparentalidad significa compartir los derechos y responsabilidades del padre y de la madre respecto del niño. Por tanto, este concepto separa la relación del matrimonio (o matrimonio) de la concepción y la crianza; es un enfoque completamente nuevo para la crianza de los hijos donde los niños no nacen de relaciones o matrimonio. Ruiz Mijitana, (2022), la psicóloga en su investigación en cuanto a la coparentalidad lo habla en forma general, pero que en conclusión es ser responsables en el cuidado de un hijo, con la particularidad de que estos no conviven.

La nueva forma de formar una familia como es conocida la coparentalidad requiere un proceso interaccional constante, es decir, quieren tener hijos para ser responsables pero sin tener alguna relación afectiva o sexual solo quieren ser padres (Bolaños Cartujo, 2015).

⁸ Como posibles **ventajas** de la coparentalidad encontramos que se dispone, en cierta manera, de mayor libertad, porque se está soltero (o no, pero es una posibilidad). También, se tiene el 50 % del tiempo para uno mismo (dependiendo de los acuerdos con la otra persona), entre otras facilidades. Además, se puede flexibilizar mucho la crianza de un hijo, si hay buen entendimiento con la otra persona. En cuanto a los **inconvenientes**, hay que coordinarse mucho con alguien que quizás se acaba de conocer (también puede ser un amigo, dependiendo de cómo se haya iniciado este proceso). Al respecto, pueden surgir muchas dudas y miedos.

Figura 2

Coparentalidad en general



Fuente: <https://youtu.be/X8nsdJNe-t4>

En conclusión, la coparentalidad se refiere a que una vez que los padres se han separado estos en beneficio de los hijos son responsables en el cuidado y protección de sus hijos, colaborando en su bienestar y prodigando todo lo necesario para su desarrollo.

Derecho comparado

Perú

La Ley N° 31590, publicada con fecha 26 de octubre de 2022, regula la tenencia Compartida reformando así los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de Niños y Adolescentes, en este sentido en cuanto a esta figura legal expresa:

Cuando los padres se divorcian de hecho, ambos progenitores tienen la custodia del niño o joven, salvo que resulte imposible o perjudicial para el menor. Los padres, previo consentimiento unánime y teniendo en cuenta la opinión del niño o joven, decidirán la forma de copropiedad y, en su caso, la formalizarán mediante mediación extrajudicial. Si no se llega a un acuerdo, el juez especial deberá, como primer recurso, otorgar la custodia compartida y determinar las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento, pudiendo en casos excepcionales ordenar que la custodia se otorgue a uno de los padres, siempre teniendo en cuenta la custodia del mejor (Art. 81).

En la legislación peruana y en especial la norma sustantiva que protege los derechos de niñez y adolescencia por disposición general regula la tenencia compartida, excepcionalmente y cuando perjudique el interés superior del niño se dispondrá la tenencia exclusiva a uno de los padres.

De igual forma expresa que para otorgar la custodia compartida, el juez tendrá en cuenta lo siguiente:

- El crío debe pasar el mismo tiempo con ambos padres;
- Los padres tienen iguales derechos para tomar decisiones sobre la educación, crianza, formación y protección de sus hijos;
- La distancia entre las residencias de los padres no limita la copropiedad, pero se tiene en cuenta a la hora de determinar la forma;
- los niños tienen derecho a compartir con su familia extensa, madre y padre; y. vacaciones para niños y padres;

- Fechas importantes en la vida del menor; y
- Edad e importancia de los niños. (Art. 84).

Así mismo determina cuándo se podrá pedir la modificación de la tenencia, indicando cuáles son las causales conforme al siguiente detalle:

- Daño o destrucción persistente, continuada o sistemática de la imagen del niño por parte del otro progenitor.
- Impedir injustificadamente la relación entre el hijo y el otro progenitor.
- El incumplimiento de acuerdos legales o de mediación extrajudicial en materia de organización de visitas de niños y jóvenes.

Si uno de los padres no puede comunicarse físicamente con el menor, el juez debe emitir una orden judicial preliminar que no afecte el uso de medios digitales para mantener la relación parental hasta que el caso de custodia concluya en el mejor interés del niño (Art. 82)

Estas causales de variación de la tenencia claramente determinan cuando existan causas de alienación parental o cuando se obstruya el régimen de visitas al progenitor que no convive con el hijo o hijos. Sin duda alguna con esta figura legal lo que garantiza la normativa interna del Perú es el interés superior de niño, niña y adolescente y a convivir y relacionarse en igual tiempo con sus padres y familia extendida.

Argentina

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina es que regula el cuidado compartido y el plan de parentalidad, por ello se dice que el cuidado personal es el conjunto de deberes y facultades que tienen los progenitores en la vida cotidiana de sus hijos e hijas. Es lo que antes se llamaba “tenencia de los hijos”, que pasa si los progenitores viven juntos, ambos tienen los mismos derechos y obligaciones respecto de sus hijos e hijas, pero si los progenitores no conviven El cuidado personal de hijos e hijas puede ser ejercido por uno o por ambos progenitores. A este último se lo llama cuidado compartido, y se da cuando los progenitores sobre los hijos e hijas cuando no conviven, este puede ser de dos formas:

Alternado: el hijo o hija pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores.

Indistinto: el hijo o hija reside en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen las labores. Por ejemplo, el hijo o hija vive con uno de ellos, pero el otro se ocupa de llevarlo al colegio. Ambos deciden sobre las cuestiones relativas al colegio –actos, reuniones de padres, vacaciones, etc.

De igual forma en los Arts. 648 a 657 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo 4 sobre los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, también refiere sobre el plan de parentalidad que debe contener lo siguiente:

- Dónde y cuándo el hijo o la hija pasará tiempo con ambos padres;
- Las responsabilidades de cada persona (quién conduce hacia y desde la escuela, quién ayuda con las tareas, organiza actividades deportivas o culturales, etc.);
- Política de vacaciones (fechas y lugar de sus vacaciones);
- Asuetos (Navidad, Año Nuevo, Semana Santa);
- Momentos familiares importantes (cumpleaños, aniversarios, etc.);
- El sistema de relaciones y comunicación con el hijo o la hija cuando convive con el otro progenitor (cuando va de una casa a otra, o realizar paseos, actividades relacionadas con el deporte, entretenimiento, etc.)
- Los padres deben involucrar a su hijo o hija en la planificación. (Art. 655).

Al igual que en la legislación de Perú se regula la tenencia compartida o cuidado compartido, como regla excepcional se otorgará la custodia a uno solo de los progenitores, la diferencia con la legislación peruana es que aquí se presenta un plan de cómo convivirá el hijo al otorgar la custodia compartida, y lo más importante que se debe consultar a los hijos el plan de parentalidad, cumpliendo de esta manera los estándares internacionales de protección de derechos de niñez y adolescencia.

CONCLUSIONES

La falta de regulación de la custodia compartida en la legislación de Ecuador es un problema socio-jurídico-familiar que afecta especialmente a los niños, niñas y adolescentes, puesto que no pueden relacionarse y convivir con sus padres o familia extendida después de un divorcio.

Se ha logrado determinar mediante el análisis teórico, jurídico y doctrinal que la regulación de la figura legal de la custodia compartida o tenencia compartida en el derecho comparado de Perú y Argentina, refuerza los lazos afectivos entre los progenitores y demás miembros de la familia garantizando el interés superior del niño.

Producto de un divorcio nace el dilema de la tenencia, siendo los niños, niñas y adolescentes quienes más sufren por esta separación, puesto que al no estar regulada la custodia compartida implica que el juez atribuya la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro.

Pese a que la Corte Constitucional, en la Sentencia N° 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre de 2021, declara la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuyas frases de fondo expresa “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, siguen siendo aún contrarias al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, puesto que no se trata sobre la tenencia compartida.

Que, es necesario regular la custodia compartida en el Ecuador, puesto que ello perjudica al niño, niña y adolescente en su libre desarrollo, vulnerando el derecho de convivencia o relacionarse con el otro progenitor que no convive con él y con los miembros de su familia extendida, a más de ello regulando la referida figura legal se fomentaría la coparentalidad en el desarrollo del niño, niña y adolescente.

REFERENCIAS

Aguilar Llanos, B. (2009). La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida. *Revista de la Universidad Pontificia de Perú Derecho y Sociedad* (32), 191-197. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425/17705>

Ahrons, C.R. (1981). The continuing coparental relationships between divorced spouses. *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, 415-428

Arditti, I.A. y Madden-Derdich, D. (1997). Joint and sole custody mothers: Implications for

Asamblea General de las Naciones Unidas (1959) Declaración Universal de los Derechos de niños, y niñas. <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>

Asamblea Nacional del Ecuador, (2008) Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449. (2008, 20 de octubre).

Asamblea Nacional del Ecuador. (2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No. 737. Quito. 3 de enero de 2003.

Barletta Villarán, M. C. (2018). Derecho de la niñez y adolescencia. Primera edición digital ed., Vol. 29): Fondo Editorial de la PUCP. <https://books.google.com.ec/books?id=EaHNDwAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=true>

Bolaños Cartujo, I. (21 de diciembre de 2015). Custodia compartida y Coparentalidad: Una visión relacional. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 15, 57-72. <https://masterforense.com/pdf/2015/2015art4.pdf>

Cabanellas de Torres, G. (2004). *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial. Heliasta.

Catalán, Ma. J., García, Ma. B., De la Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, Ma, D., Marín C., Matas, A. Soler, C. (02 de febrero de 2028) LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO, EXTENSIÓN Y BONDAD DE SU PUESTA EN ESCENA. DEBATE ENTRE PSICOLOGÍA Y DERECHO. *Revista Anuario de Psicología Jurídica*. vol. 17, 2007, pp. 131-15. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315024768008>

Cillero Bruñol, M (s.f) INFANCIA, AUTONOMÍA Y DERECHOS: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina28723.pdf>

Congreso de la República del Perú. Ley N° 31590, que regula la tenencia compartida modificando los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia N° 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre de 2021, sobre la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

Declaración de Langeac. Apoyo Internacional para la Tuición compartida. Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, del 25-31 Julio 1999 en Langeac, Francia. <https://www.oocities.org/papahijo2000/fip.html>

Esquivel, I (15 de marzo de 2007) La convivencia familiar. La sociedad

Fondo de las Naciones Unidas. (2015). Declaración Universal de Derechos Humanos. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Foro de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2006). Convención de Derecho del Niño.

Hernández Caballero, B (2023). Coparentalidad: Ser padres sin ser pareja. Disponible en: <https://www.inesem.es/revistadigital/educacion-sociedad/coparentalidad/>

Hernández, L, N. (2016). La alienación parental una violencia encubierta en los procesos de divorcio contenciosos en Colombia. Universidad Nacional de Colombia

<https://www.elobservatodo.cl/admin/render/noticia/6833>

Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). The Shared Guardian. A comparative view. Private Law Magazine, special edition, 231-286

Monroy Cabra, M. (2009). Derecho de familia y de la Infancia y la Adolescencia. Librería del profesional.

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Ramos Pazos, R. (2006). Derecho de Familia. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

research and practice. Families in Society, 78, 36-45.

Ruíz Mijitana, L. (19 de septiembre de 2022) Qué es la coparentalidad. Eres mamá. <https://eresmama.com/que-es-coparentalidad/>

Todo el contenido de **LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades**, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) .