

La tenencia compartida y la corresponsabilidad parental

Shared ownership and parental responsibility

Propriedade compartilhada e responsabilidade parental

Leonel Estuardo Bravo Mecias¹
Universidad Tecnológica Indoamérica
leonel-eduardo2011@hotmail.com

David Alejandro Arroba López²
Universidad Tecnológica Indoamérica
davidarroba@uti.edu.ec

Como citar:

Bravo, L. & Arroba, D. (2023). *La tenencia compartida y la corresponsabilidad parental*. *Código Científico Revista de Investigación*, 4(1), 167-197.

Recibido: 26/01/2023

Aceptado: 17/02/2023

Publicado: 30/06/2023

¹ Estudiante de la Universidad Tecnológica Indoamérica

² Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Docente de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

Resumen

La coparentalidad ha sido una de las instituciones de novísimo aparecimiento en la realidad jurídica nacional. Aquello a partir de la publicación de la Sentencia No. 20-15-IN/21, en la que se realizó una revisión crítica a la coparentalidad y la tenencia compartida. Así también de cómo sus elementos fungen de vital importancia para la materialización de una serie de derecho y obligaciones. La presente investigación tuvo por objeto ahondar de manera crítica y reflexiva en el contenido de la prenombrada sentencia a fin de establecer criterios y directrices clara para la aplicación de esta. Para ello, el contenido metodológico se manifestó a través de la exegética jurídica y la revisión documental respecto de la doctrina, ley y jurisprudencia tanto nacional, como de ordenamientos jurídicos vecinos y de avanzada. Con los que se permitió denotar la necesidad por parte del sistema actual de dotar de reglas claras y precisas en las que el análisis jurisprudencial no recabó. Sin embargo, a partir del análisis obtenido, se augura la pronta reformulación de la tenencia compartida como figura clave para la materialización de la coparentalidad, así como los derechos y obligaciones de los progenitores para con sus hijos.

Palabras Clave: Actitud Parental, Derechos del niño, Igualdad de género, Sistemas Jurídicos.

Abstract

Co-parenting has been one of the most recent institutions appearing in the national legal reality. That from the publication of Judgment No. 20-15-IN/21, in which a critical review of co-parenting and shared custody was carried out. As well as how its elements are of vital importance for the materialization of a series of rights and obligations. The purpose of this investigation was to delve critically and reflectively into the content of the pre-named sentence in order to establish clear criteria and guidelines for its application. For this, the methodological content was manifested through legal exegetics and documentary review regarding doctrine, law and jurisprudence, both national and neighboring and advanced legal systems. With which it was allowed to denote the need for the current system to provide clear and precise rules in which the jurisprudential analysis did not collect. However, based on the analysis obtained, the prompt reformulation of shared custody is predicted as a key figure for the materialization of co-parenting, as well as the rights and obligations of parents towards their children.

Key Words: Parental Attitude, Children's Rights, Gender Equality, Legal Systems.

Resumo

La coparentalidad tem sido uma das instituições de novíssimo aparecimento na realidade jurídica nacional. Aquello a partir da publicação da Sentença nº 20-15-IN/21, na qual se realizou uma revisão crítica à coparentalidade e à tenência compartilhada. Assim também como seus elementos funcionam de vital importância para a materialização de uma série de direitos e obrigações. A presente investigação teve como objeto a hondar de maneira crítica y reflexiva no conteúdo da frase pré-nombrada a fim de estabelecer critérios e diretrizes claras para a aplicação desta. Para isso, o conteúdo metodológico se manifesta através da exegética jurídica e da revisão documental a respeito da doutrina, lei e jurisprudência tanto nacional quanto de ordenamentos jurídicos antigos e avançados. Com o que se permite denotar a necessidade por parte do sistema atual de dotar de regras claras e precisas no que el análise jurisprudencial não recabó. No entanto, a partir da análise obtida, se inaugura a pronta reformulação da tenencia compartilhada

como figura clave para a materialização da coparentalidade, assim como os direitos e obrigações dos progenitores para com seus filhos.

Palavras-chave: Atitude dos Pais, Direitos da Criança, Igualdade de Género, Sistemas Jurídicos.

Introducción

La presente investigación abarca el tema de la coparentalidad y la tenencia de los hijos menores dependientes a partir de las decisiones expuestas en la sentencia No. 28-15-IN/21. En noviembre del año 2021, se dicta la referida sentencia, dentro del caso No. 28-15-IN, por parte del Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, en el referido caso se analizó la constitucionalidad del artículo 106 numeral 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia; referente a la disposición que para los menores que no han cumplido doce años la patria potestad se confiará y preferirá a la madre. Al respecto se reforma la norma expuesta a fin de que, respetando y dando cumplimiento al derecho a la igualdad y la no discriminación, se establezca que el encargo de la tenencia responda a la coparentalidad en la realidad social ecuatoriana.

Al respecto de la sentencia se observan vacíos respecto a los argumentos esgrimidos en la referida decisión, en concreto acerca de aquellos respecto del apego existente en los primeros meses de nacido; entre la madre y su hijo, así como en el periodo de lactancia, que no responden a la naturaleza jurídica de la institución de la coparentalidad y la tenencia de los hijos menores dependientes, principalmente obviando detalles fundamentales respecto de los periodos del desarrollo del menor; y consecuentemente generalizando las circunstancias del cuidado del menor, sin ejercer el debido análisis del derecho a la igualdad y no discriminación, respecto de las legítimas diferencias que existen entre las partes involucradas en el cuidado del menor y los hijos menores dependientes. Motivo por el cual, a fin de corroborar los criterios expuestos, que presenta el referido instrumento judicial, y procurar un óptimo desarrollo y practicidad de la coparentalidad se requiere la exposición y análisis de la figura de la tenencia y la

corresponsabilidad parental en los aspectos relevantes del cuidado del menor, en el apartado estrictamente jurídico.

Ahora bien, trasladado aquello, al estado actual de la institución de la coparentalidad en el Ecuador, en sesión ordinaria de 24 de noviembre de 2021, el Pleno de la Corte Constitucional, dentro de la causa Nro. 28-15-IN, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, los que hicieron la preferencia materna al momento de confiar la tenencia de niñas, niños y adolescentes, bajo los supuestos establecidos en la ley. En la sentencia, analizó el derecho a la igualdad y no discriminación, el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes y la corresponsabilidad parental. Reiteró que en casos donde se resuelvan derechos de niños, niñas y adolescentes primará el principio de interés superior por sobre los intereses de los padres. Después del análisis respectivo, la Corte concluyó que las disposiciones impugnadas eran discriminatorias, por lo que las expulsó del ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021)

Ahora bien, que la tenencia compartida sea un mecanismo para materializar la coparentalidad resulta lo correcto y adecuado. Sin embargo, no se puede agotar el análisis al mero reconocimiento de otorgar a los ciudadanos herramientas de igual calibre para que se midan mutuamente. Aquello se traduciría como una igualdad que no necesariamente responde a la práctica de la justicia. Reconociendo además que existen características, plenamente identificadas como diferentes, y que al momento de analizar el derecho a la igualdad deben exponerse. Y es que no resulta igual un régimen de visitas para un infante, que para un adolescente. Dado que se encuentran en etapas distintas de crecimiento y de posibilidad de interactuar con aquello que los rodea.

Así, desde la perspectiva del niño o adolescente, podría establecerse que el régimen de visitas resulta la forma en que se materializa la referida coparentalidad a la que se ha hecho mención en líneas previas, y que es a través del régimen que se procura mantener una relación

directa y regular con su padre y con su madre. Ahora bien, desde la perspectiva del padre o de la madre que tiene el derecho de visitas, se puede dar relación, de que aquella forma es la que permite se materialice el derecho y deber que estos tienen, y de mantener una relación directa, y regular, con su o sus hijos.

Sin embargo, es apreciable que, aunque no resida el progenitor con los hijos, es imperativo mantener una relación permanente con ellos, que permita otorgar estabilidad al vínculo afectivo y emocional entre los progenitores y sus hijos, fortaleciendo un conocimiento personal mutuo, por ello es indispensable la coparentalidad, que no se reduce únicamente a la tenencia y por ello debe el análisis corroborar aquello respecto de todos los derechos y obligaciones que emergen de la patria potestad.

Consecuentemente, la asignación de la tenencia de los hijos a uno de los progenitores, motivo de la desintegración del grupo familiar, no supone para el otro una sanción, ni constituye motivo de pérdida o supresión del derecho de patria potestad, ya que el problema de la guarda ha debido resolverse a favor de uno de ellos. Por ello, es natural que el progenitor que no tiene a los hijos en su compañía, tenga derecho a visitarlos. Todo esto como un ejercicio relacionado con la coparentalidad. Incluso si es que llegase a establecerse la tenencia compartida. Toda vez que, es derecho de niños y adolescentes de mantener relaciones personales con ambos padres, aun cuando los padres no vivan juntos.

Por tal motivo, se menciona expresamente que la tenencia compartida, el régimen de visitas, y demás formas en la que se materializa la patria potestad son indispensables para el recto funcionamiento de la coparentalidad. Con la que se está completamente a favor desde la perspectiva de la presente investigación. Sin que esto suponga necesariamente que deban atropellarse conceptos técnicos respecto de la necesidad de crear el vínculo de maternidad y lactancia en los primeros meses del infante con su madre. Y aquello, no debe suponer la

violación al derecho a la igualdad y la no discriminación en el sentido de asegurar la coparentalidad independientemente del género del progenitor.

La presente investigación pretende exponer los conceptos y casos que regula la referida sentencia de manera clara, y señalando, la forma en la que se ejecutaría de forma practica la coparentalidad, en recta aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación. Y, así también, las etapas en las que el hijo dependiente, toma relevancia para el régimen a aplicarse acorde a su edad y condición. De igual forma, se señala el vínculo entre las diversas instituciones del derecho de familia; tales como el régimen de visitas y la tenencia. Respecto de la materialización de la coparentalidad y las obligaciones que de esta se desprenden.

Desarrollo

Marco Histórico

En primer término, tomando como referencia lo acotado en líneas previas, lo concerniente a la coparentalidad se refleja en las instituciones del derecho de familia como la tenencia, el régimen de visitas, la prestación de alimentos, con todo lo que aquello implica, y demás. Al respecto de esto debe comprenderse que el origen jurídico se contiene en la patria potestad, vinculo que aparece a partir de la filiación, como eje fundamental del derecho de familia.

Siendo que, por tal motivo, es mediante la filiación, que los progenitores forman el vínculo jurídico para con sus hijos. Debiendo los primeros cumplir con satisfacer las necesidades y requerimientos, asistiendo, protegiendo y representando a sus hijos. De esta forma, la relación paternofilial resulta un complejo entramado de relaciones familiares entre padres e hijos dándose la denominada autoridad paternal que responde a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos.

Ahora bien, etimológicamente proviene del latín viene del latín Patria potestad o Potestad del pater familia. Hoy se emplean de manera indistinta los términos Patria Potestad,

autoridad paterna, autoridad paternal o relación parental. Sin embargo, la denominación más acorde es la de autoridad de los padres o responsabilidades parentales.

Históricamente la patria potestad se constituye a partir de la crisis y ocaso de una institución que en su momento supuso la imposición de un sistema patriarcal y autoritario de forma absoluta. En los inicios como institución, la patria potestad, otorgaba las facultades al pater familias de manera general y amplia. Se traducían en derechos que se fueron limitando ya desde la época romana.

Las facultades del padre de familia, eran similares al de cargo de jefe de un grupo familiar. Estas poseían un carácter unitario, que recaía de forma absoluta sobre personas y cosas. De manera que, se suponían al sometimiento del grupo familiar a la voluntad del padre, hombre y responsable del hogar. Siendo este, principalmente al vínculo que unía a toda la familia. Comenta María Magallón Gómez:

En Roma el parentesco de sangre tenía la misma consideración que ahora tiene la nacionalidad de los individuos para el Estado. El parentesco sólo tenía trascendencia, si iba acompañado del sometimiento a la potestas del jefe de la casa, de la misma manera que la nacionalidad tiene relevancia sólo si va acompañada de la ciudadanía o condición de súbdito. (Magallón, 2006)

Aquello aparece principalmente reflejado en la sociedad romana, en la que es a través de la autoridad paterna, que se ejercían los vínculos de la antigua sociedad humana. Así, la patria potestad es conocida como un *officium* en el interés del *filius*, Los derechos del padre estaban por delante de cualquier otro ciudadano o incluso el Estado. Estos se ejercían de forma absoluta para con los hijos. Tratándose de manera similar a sujetos como objetos. De esta forma, el padre de familia podía disponer de los bienes, y estado en general del hijo.

Ahora bien, el pater familias en su calidad de máxima autoridad familiar otorgada por la Patria Potestad, dispone por mandato de la la ley, dentro de la familia y todos los demás

miembros, la absoluta obediencia a sus decisiones. La Patria Potestad no fue únicamente un hecho jurídico reglamentado, sino, como todo en Roma, la consecuencia de la Tradición que los romanos seguían por considerarla sagrada.

Por tales motivos, el padre de familia gozaba de la facultad de representación y disposición legal sobre todos los miembros de su familia además del poder que le daba ser su mantenedor económico o su representante ante los órganos políticos de Roma. En este contexto, la esposa o madre de familia tenía evidentemente sus libertades y derechos restringidos a la voluntad del hombre que aseguraba su sustento. Cuestión que con el transcurso del tiempo se fue modificando.

De esta forma, a pesar de los antecedentes restrictivos que establecían la patria potestad a favor del padre y en detrimento de las libertades y derechos de las madres. La patria potestad tal como se la comprende actualmente, es resultado de un largo proceso de evolución histórica, que ha transformado la institución al punto de que en la doctrina y en la legislación comparada, se utilizan diferentes denominaciones para designarla, tales como: patria potestad, autoridad parental, autoridad de los padres, deberes y derechos paterno– filiales, etc., Estas señalan la perentoria necesidad de cambiarla por otra más acorde con su naturaleza. Naciendo de esta forma los conceptos relacionados con la Coparentalidad, en la que se incluye la responsabilidad compartida en el cuidado, obligaciones y derechos de los progenitores para con sus hijos.

La coparentalidad es una problemática por su parte de reciente discusión a nivel jurídico, principalmente en el espectro nacional. Consecuencia de una sociedad patriarcal que limitaba en cierta manera el goce de los derechos de las mujeres. Y que, fundamentalmente se encontraba regulada por el Código Civil que data de la Francia del siglo XIX, y que posteriormente recogió el jurista Andrés Bello en el Código Civil chileno.

En ambos cuerpos normativo se establecía de manera expresa se contemplaba que el cuidado de los menores estaría bajo la responsabilidad del padre. Y que, excepcionalmente y

sobre la muerte del padre, sería la madre la que aceptaría la tenencia del menor. Cuestión que se modificó a partir de la Convención de los Derechos del Niño de 1990, que serviría de modelo para la creación del Código de Menores de 1992 en Ecuador; en el que se establecía lo siguiente:

Art. 53.-Si no existe acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales del menor, el tribunal resolverá el asunto guiándose por el interés superior del menor y por las recomendaciones siguientes: (...) b) Se preferirá a la madre divorciada o separada del marido o del padre el cuidado de los infantes, en caso de los impúberes y púberes, se tomará en cuenta su opinión. (Código de Menores, 1992)

De forma que, fundado en el interés superior y las condiciones materiales que conlleva la crianza, sería la madre a quien se preferiría en caso de controversia respecto de la tenencia del menor. Cuestión que estaría vigente hasta fecha de la resolución de la sentencia No. 28-15-IN/21 del mes noviembre del año 2021. Momento en el cual sobre la base de la vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación, se declara la inconstitucionalidad del referido enunciado respecto de la preferencia de la madre en tales casos.

Marco Teórico

En el apartado teórico, la tenencia es, una subelemento comprendida, a partir de la patria potestad, como el Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período.

El ejercicio de la patria potestad corresponde, en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado; en el caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular, o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia; en caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro de los padres; en caso de los hijos extramatrimoniales

reconocidos por uno solo de los padres, a aquél que lo hubiere reconocido; en caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren, y en caso contrario a aquél que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida en forma sumaria; respecto de los hijos no voluntariamente reconocidos, a quien fuese declarado judicialmente padre o madre.

En líneas generales la parentalidad se comprende como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Comprendiendo además la tenencia del menor del que ocurre problemática cuando los progenitores separados deben decidir respecto de esta, comenta el jurista Ossorio:

Problema que se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no viven juntos, así como también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinara cuál de dichos progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad. (Ossorio, 2015)

Así la tenencia se define al encargo o la custodia en cuanto a la crianza de los hijos menores de edad y que; de esta forma se aprecia como la patria potestad tiene un alcance distinto, y superior, al de la tenencia. Aunque jurídicamente la tenencia y la custodia responde a conceptos de materialización diferente. Y que serán revisados en su apartado correspondiente.

Por su parte, al entrar en el análisis de la parentalidad esta se comprende como aquel principio del derecho referente a la responsabilidad parental. Para ello, en un primer término se define a este como “Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.” (Real Academia Española, 2020) termino

relacionado estrechamente con la patria potestad al igual que la tenencia, pero con distinto alcance.

Ahora bien, el Ecuador, la corresponsabilidad de la parentalidad se manifiesta a través del articulado número 69 de la Constitución de la República, siendo que esta manifiesta: “la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”. (Asamblea Nacional, 2008) Evidentemente, al ser la corresponsabilidad una temática relacionada a la integralidad del cuidado del menor, la tenencia compartida se transforma en un debate indispensable.

De esta forma, tanto la patria potestad, la tenencia y la parentalidad son conceptos para desarrollarse a profundidad en la presente investigación, otorgando para ello como contraste las disposiciones contenidas en la sentencia 28-15-IN/21. y su reforma al artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Patria potestad

En términos generales la patria potestad puede ser definida como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. De acuerdo, además, con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica. (Real Academia Española, 2020)

De esta forma, la patria potestad comprende el conjunto de derechos y deberes que la ley reconoce a los padres hacia sus hijos, este es exclusivo de los padres y se da en dos figuras cuando los hijos son menores de edad o son incapaces; Siendo atributos de la misma el ejercicio de la tenencia, del régimen de visitas, los alimentos. Por tal motivo, el objetivo de la ley es cuidar el interés superior del niño, una de las formas de llevarlo a cabo es velando por el cumplimiento a aquellos de los deberes que tienen de sostenimiento y educación de tales hijos.

La patria potestad se caracteriza por ser un derecho subjetivo familiar, que importa relaciones jurídicas recíprocas de padres a hijos y viceversa. Impone deberes y derechos entre unos y otros. De hecho, por su naturaleza la patria potestad no alcanza a los ascendientes, ni parientes colaterales. Cualquier otra persona que cuide de un menor de edad, lo hará a título de tutor o curador.

Ante lo dicho, La patria potestad se acaba: Por la muerte de los padres o del hijo. Por cesar la incapacidad del hijo. O, en definitiva, por cumplir el hijo dieciocho años de edad.

Respecto de su naturaleza, la patria potestad, resulta una institución de Derecho de Familia que configura la relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben de cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la ley a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía a los intereses de la familia y de la sociedad.

Las relaciones jurídicas contenidas en la Patria Potestad implican derechos-deberes, es decir una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura como un típico derecho subjetivo de familia. Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que estos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual del sujeto a Patria Potestad y en caso de abandono o descuido el Estado podrá hacer cesar la Potestad conferida.

Lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia y concluyen cuando ésta adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán protección a los padres. Así, en ella sólo puede ser ejercida en las relaciones familiares directas y de primer orden, como son de padres e hijos.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que a pesar de que no se extinga la patria potestad esta se suspenda, toda vez que esta es un conjunto de deberes y derechos sujeto a temporalidad, es susceptible de ser restringido, y, por tanto, la ley establece los supuestos en que se manifiesta

dicha limitación, evidentemente dichas restricciones estarán determinadas por inadecuadas conductas de quienes son sus titulares, los padres.

La norma además establece que dicha limitación debe ser judicialmente declarada. Por ello, se requiere distinguir, además, entre titularidad del derecho y ejercicio de este, la primera alude a la legitimidad y reconocimiento del derecho, en tanto el ejercicio, es la posibilidad fáctica de obrar el derecho, de hacerlo efectivo. Resulta imprescindible señalar que, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, no exonera al padre o madre, de cumplir con sus deberes, fundamentalmente del deber alimentario, consecuentemente, no es legal que el progenitor suspendido o privado definitivamente de la patria potestad evada su deber de asistencia a sus hijos.

La tenencia

La tenencia responde al aspecto material o fáctico que implica la proximidad física de algo o alguien, doctrinalmente denominado deber de convivencia o unidad de domicilio. Comenta al respecto de esta figura el jurista Fermín Chunga La Monja:

Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo, por extensión señala el Código, la Tenencia también puede otorgársele a quien tenga legítimo interés. (Chunga, 2001, pág. 350)

Siendo lo dicho, la tenencia se refiere a "tener consigo a sus hijos", cuando un padre o una madre solicitan la tenencia, están solicitando "tener a sus hijos a su lado", que vivan con ellos en un mismo domicilio, bajo su cuidado. Cuando se produce la separación de hecho ambos padres pueden acordar la tenencia, pero en caso de desacuerdo deberán recurrir al Juez.

En la óptica clásica del derecho se aprecia la existencia y practica de la tenencia unipersonal, en la que una cuota de poder relacionado a la parentalidad recae exclusivamente

en uno solo de los progenitores. El progenitor a quien se le ha otorgado la tenencia comienza a apoderarse de los hijos y el otro a responsabilizarse del control del dinero, llegando a restringir algunos aportes para la manutención, de ahí la gran cantidad de demandas por alimentos.

Ahora bien, en el caso que la tenencia resulte unipersonal, para el progenitor restante es factible y adecuado la fijación de un régimen de visitar que permita cumplir con su derecho y obligación de formar parte del vínculo parental con su hijo menor y dependiente.

A nivel general se puede conceptualizar la visita como aquella acción, de forma cortes que consiste en trasladarse de un lugar a otro, con la finalidad de garantizar el bienestar de sus hijos. Mientras que en el campo jurídico se puede conceptualizar el Derecho de Visitas “como aquel Derecho que la ley le concede a uno de los progenitores con la finalidad de garantizar el bienestar en general.

“Es el derecho que la ley atribuye al cónyuge que, tras el divorcio, no tenga consigo a los hijos para visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. Debe ser determinado en virtud de convenio regulador o, en su defecto, por el Juez”. (Enciclopedia Jurídica, 2014) Este concepto ha sido tomado del Código Civil Español.

El derecho de visitas es aquel que fomenta la relación entre la familia dentro de cualquier grado y el menor, por tanto, actúa como un ente organizador de las relaciones familiares; pero además de esto juega un papel básico, en las veces que permite que la familia que ostenta el régimen de visitas, pueda de cierto modo fiscalizar la crianza del menor, ya que, de observar malestar, podría solicitar un cambio en la tenencia. (Vélez, 2009)

Ahora bien, tanto la tenencia como el derecho de visitas requieren que exista una separación de hecho, los padres pueden estar casados, pero por circunstancias que constituyen una de las causales de divorcio, o por violencia familiar, se han separado de hecho. Siendo además necesario, que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos. En muchos casos los cónyuges o convivientes se separan de mutuo acuerdo y sin

problemas, pero no deciden separarse de los hijos, en estas circunstancias el Juez determina lo mejor para los niños, teniendo en cuenta el interés superior del niño y su bienestar.

La tenencia compartida

La Tenencia Compartida, corresponde a un subsistema dentro de la institución de la tenencia, recogida tras la evolución de esta. Que toma lugar después de la separación de hecho o legalizado el divorcio, donde la patria potestad sigue correspondiendo a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno.

La doctrina especializada al respecto establece que son ambos padres los que tiene la posibilidad de acordar la tenencia de sus hijos. Ante esta situación sólo en caso de que ambos padres se encuentren capacitados y por el interés superior del niño pueden plantear un proceso de tenencia con una propuesta diferente, la norma ecuatoriana al respecto hasta el año 2021 establecía una preferencia materna, sin embargo, tras la revisión de constitucionalidad de esta, expuso una figura de coparentalidad ajena a cualquier tipo de requisito o directriz previa.

De esta forma, acepta lo que los padres acuerden, o en su defecto el juez determine lo correcto para cada situación. La tenencia compartida, muy en boga últimamente en algunos países de América y Europa, es una propuesta de muchos padres que luchan contra la preferencia que tiene la madre como mujer de quedarse con los hijos menores. Y que finalmente en el Ecuador tuvo acogida.

Lo dicho principalmente, toda vez que esta plantea como una salida a fin de evitar penas, y maltratos en agravio de uno de los padres, de tal manera que el menor vive un tiempo con un padre y luego con el otro. La custodia compartida, también denominada "coparentalidad", o "responsabilidad parental conjunta". Depende principalmente de los padres y del Juez determinar en cada caso, lo mejor para el menor. Al respecto existen opiniones encontradas que responden a que la tenencia compartida exige ineludiblemente la convivencia, siendo

incompatible con la situación de los padres divorciados, además significa someter a los hijos a dos regímenes de vida distintas.

La custodia compartida en el derecho

El término custodia compartida hace referencia a la figura mediante la norma jurídica establece la participación de ambos progenitores en el proceso de crianza y desarrollo de sus hijos, estableciendo un régimen de convivencia equitativo y adecuado a las circunstancias que concurren en cada situación familiar.

Este régimen conlleva la implicación de los dos progenitores en todo lo relacionado con la alimentación, vestido, habitación, etc. de sus hijos. La institución de la custodia compartida implica la coparentalidad, esto es, la efectiva equiparación de responsabilidades de los progenitores en las tareas ordinarias de los hijos, constituyéndose así una implicación equilibrada y equitativa en el desempeño de estas. En este sentido, cabe destacar que el régimen de guarda y custodia compartida requiere una especial colaboración de ambos progenitores en lo que, al respeto, la colaboración y responsabilidad se refiere, primando el interés y el bienestar de los menores por encima de los intereses de aquellos.

Ahora bien, la práctica de la custodia compartida acarrea sus determinadas problemáticas en el ámbito jurídico, siendo que la misma no regula aspectos fundamentales a su práctica; tales como, la regulación de los alimentos, la vivienda familiar, los tiempos de convivencia, etc., sino que únicamente dispone que dicha institución podrá acordarse cuando se solicite de común acuerdo por los padres en convenio regulador o en el transcurso del procedimiento, o cuando lo pida uno de ellos ante un juez y así a través de la sana crítica y resolución del juzgador se instaure.

Aún con tales consideraciones, la custodia compartida se configura como una alternativa, o una opción, frente al régimen de visitas tradicional, una vez que los progenitores han obtenido sentencia judicial de separación o divorcio. Si bien esta medida ha sido vista,

siempre, con recelos de debe de resaltar que se trata de una medida que favorece un sistema igualitario de comunicación de los progenitores con sus hijos menores de edad, siendo ello favorable para el desarrollo y la formación integral de la personalidad psicoafectiva de éstos.

Así, la custodia compartida posibilita, que ambos padres asuman sus obligaciones parentales en un plano de igualdad, sin que haya de prevalecer, necesariamente, la intervención de la madre sobre la del padre, y sin tener que recurrir al régimen de visitas que, resulta en gran cantidad de casos insuficiente a nivel integral, de las exigencias de un adecuado desarrollo a nivel afectivo y emocional de los hijos.

Metodología

La presente investigación supone la revisión de las diversas ramas de las ciencias jurídicas en los aspectos normativos, jurídicos, y jurisdicciones. En los que se incluyen, principalmente, el derecho de familia. Así como la extrapolación de la norma a la práctica jurídica en los juzgados y tribunales de justicia nacionales e internacionales. En lo principal, se analizarán en la presente investigación los conceptos fundamentales de la tenencia, patria potestad y parentalidad.

En el marco metodológico, para la correcta categorización y las dimensiones de la temática a analizarse, los instrumento a utilizarse para aquello serian:

- Enfoque al análisis documental; Aquellas normas referentes al tema, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Recopilación de información teórica, para ello toma relevancia las unidades de análisis histórico, y la sistematización jurídico doctrinal.
- Revisión del derecho comparado.

La principal fuente de información de la que se obtendrán los datos necesarios para la responder la pregunta central y sus derivados objetivos específicos se centra en la norma nacional e internacional en la materia de derecho de familia. De forma que, no se encuentran

sujetas lugares sociales o geográficos específicos, sino a la institucionalidad de la materia a estudiarse. Así como también serán de utilidad y suma importancia la información contenida en casos judiciales o precedentes jurisprudenciales nacionales e internacional, específicos en los que se desarrolle la antijuridicidad. A los que se obtendrá acceso a través de fuentes impresas, bibliográficas o textuales, digitales y legales. Para efectos de especificación, se revisarán en lo principal; la normativa, casos judiciales, y la doctrina especializada en la materia.

Resultados

Sentencia de la Corte Constitucional No. 28-15-IN/21

En el año 2015, se presenta ante la Corte Constitucional Ecuatoriana una acción de inconstitucionalidad respecto de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano. Admitido por la Sala, se otorgó el término de 15 días a fin de que se conteste por parte de la Presidencia, Asamblea y Procuraduría General del Estado ecuatoriano.

En los días subsecuentes a la admisión se presentaron una serie de *amicus curiae* en el proceso, que se fundaban en diversas posturas respecto de si mantener o expulsar a la norma del ordenamiento. Así, la norma impugnada fue concretamente la siguiente:

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

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; [...].

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; [...] (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

A criterio de los accionantes se señalaba que la previamente citada norma, vulneraba el principio de igualdad y perpetuaba estereotipos respecto de las funciones de la mujer en el núcleo familiar. Así también, era contrario al principio de interés superior del menor. Lo dicho fundado en el principio de igualdad reconocido por la Carta Magna y declaraciones de derechos de carácter internacional y vinculante para el Ecuador. En términos de la preferencia para con la madre en la tenencia se aprecia el siguiente argumento:

(...) la preferencia materna no es proporcional ya que este trato desigual sacrifica valores y principios de mayor peso que los que se pretende satisfacer por medio de esta distinción. Aparentemente, esta disposición gira en torno a la protección del menor ya que se ha entendido que la madre es la persona idónea para cuidar al niño. No obstante, el hecho de que siempre se deba atribuir la tenencia a la madre, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, a la vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del niño. (Sentencia No. 28-15-IN/21 , 2021)

En este punto, cabe señalar que conviene la parte accionante que, al encontrarse vigente dicha norma, se rompe con toda posibilidad de que se repete el principio de corresponsabilidad parental. En síntesis, los accionantes establecen que al ser la norma discriminatoria e inconstitucional debe ser separada del ordenamiento jurídico.

Como contestación de los accionados, en representación de la Asamblea Nacional del Ecuador, se hace referencia a que la norma debe mantenerse toda vez que es el resultado de la naturaleza, siendo la mujer quien concibe al hijo. Siendo esta además quien cuida y alimenta incluso desde antes del nacimiento, lapso protegido por la misma Constitución. De modo que

este vínculo estaría incluso reconocido si no existiese dicha norma impugnada. Siendo además la Ley aquella que protege la maternidad, indispensable para la sostenibilidad de la especie.

Por su parte, la Procuraduría General del Estado establece que la norma impugnada es válida toda vez que la limitación al derecho a la igualdad que se prevé determinar cómo inconstitucional, es el resultado de perseguir un fin constitucionalmente válido, que es procurar el desarrollo integral del menor, defendiendo su interés superior. Arguye además que se confunde la coparentalidad con el cuidado personal compartido. Finalmente, la Presidencia de la República se allana a la acción de inconstitucionalidad.

Con dichos argumentos de las partes que sirven de antecedente, la Corte constitucional identifica los siguientes dos problemas jurídicos:

1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?
2. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental? (Sentencia No. 28-15-IN/21 , 2021)

La Corte Constitucional aprecia de manera correcta que, en lo fundamental, la acción se dirige a la inconstitucionalidad de las reglas establecidas en la norma respecto de la tenencia. Aclarando además que la patria potestad no solo corresponde a una serie de derechos sino además obligaciones referentes al cuidado, desarrollo, defensa y garantías de los hijos. Ahora bien, incluida en la patria potestad se encuentra el deber de cuidado, que demanda asistencia física.

Estos derechos y obligaciones se ejercen de manera conjunta independientemente si los padres mantienen o no una relación en unión o matrimonio; o en su defecto separados o divorciados. En ninguno de la patria potestad está supeditada al quebrantamiento de la relación marital.

Ahora bien, se establece que el mantener reglas para la institución de la tenencia es fundamental. Toda vez, que ante la separación física de los progenitores. Debe existir un encargo judicial, para que, mientras uno mantiene el cuidado físico del menor, el otro de los progenitores pueda cuanto menos acceder a un régimen de visitas. Lo dicho, siendo que, si materialmente es imposible que se efectúe una convivencia entre el hijo y sus progenitores, lo adecuado resulta la separación a fin de no alterar la paz y estabilidad del hogar.

En ese mismo sentido, la Corte señala que a pesar de que la norma prevé reglas respecto de la tenencia, esta no es la única manera en la que se manifiesta la patria potestad. Existen demás obligaciones como las de proveer alimento, educación, representación, y demás contenidas en la norma. Por ello, en la acción que se revisa, únicamente se toma en consideración las reglas de la tenencia para analizar la corresponsabilidad parental y las alegaciones de violación a la igualdad y asignación de roles en los géneros.

La Corte establece que en síntesis la norma impugnada es exclusiva de trato respecto del encargo judicial de la tenencia. En tanto, cuando existe falta de acuerdo en los progenitores, se deba preferir a la madre para la tenencia. Así, se expone que no debe confundirse la tenencia compartida, como el método de alternancia, con mayor o menor frecuencia, en la residencia del hijo. Con la referida corresponsabilidad parental. Aquello, porque como se expresó en líneas previas no se agota esta responsabilidad con la mera tenencia.

Así, la Corte entra en análisis dentro del contenido de la sentencia, acerca de si la norma impugnada es o no vulneradora del derecho a la igualdad y la no discriminación. Reforzando la idea que la Constitución prevé que nadie puede ser discriminado debido a su sexo o identidad de género. Añadiendo, que a partir de la sentencia N°. 080-13-SEP-CC, se implementó la figura categorías sospechosas. Con las que se podía en escrutinio aquellos casos en los que determinados grupos sociales se encontraban en desventaja histórica y estructural. En este sentido, estos grupos requieren un mayor nivel de análisis en su protección, dado que existe una

alta probabilidad de discriminación. Siendo el sexo una categoría protegida, pero la discriminación por ser mujer comprende una categoría sospechosa.

Desde el referido análisis expuesto por la Corte, se dejó sentado como base que la única manera en la que se perciba la regla de la preferencia materna como constitucional, dependía de si el interés superior del menor estaba subyugado a que así se disponga. Al respecto, la se indica que no existe una causalidad entre el interés superior del menor y la preferencia materna; siendo que, por lo contrario, el referido principio requiere la revisión caso a caso, que permita tomar la mejor decisión para con el menor. Dando como resultado que la norma presume una inconstitucionalidad discriminatoria a criterio de Corte Constitucional del Ecuador.

Finalmente, considera que en efecto se declare la inconstitucionalidad por el fondo de la norma impugnada. Y, que, al no tener facultad legislativa, se conmina a la Asamblea Nacional la modificación del texto a fin de incorporar las consideraciones establecidas por la Corte.

Coparentalidad en el derecho comparado.

A fin de comprender y exponer la problemática de la decisión tomada por la Corte Constitucional, se tomará de referencia lo encontrado y posteriormente revisado respecto de dos países de suma relevancia en el derecho para la región y la cultura jurídica hispano parlante.

Caso España

En la nación española, la figura de la guarda y custodia compartida es una medida de carácter familiar que se encuentra vigente, tras la Reforma del Código Civil en el año 2005. Esta se conminó como una alternativa, una opción, frente al régimen de visitas tradicional, una vez que los progenitores han obtenido sentencia judicial de separación o divorcio.

Ahora bien, esta medida se ha tomado con cierto recelo por la doctrina española y, por la jurisprudencia, en la que se resalta que se trata de una medida que favorece un sistema igualitario de comunicación de los progenitores con sus hijos menores de edad, siendo ello

favorable para el desarrollo y la formación integral de la personalidad psicoafectiva de éstos. Lo dicho fundado en la Constitución española de 1978 y la gran reforma del Código Civil español de 1981.

Lo cierto, respecto de la tenencia compartida, fue una excepción en el ámbito español, durante ese tiempo hasta la actualidad, la jurisprudencia se adaptaba en gran medida sobre la base de otorgar la tenencia del menor a la madre, mientras que debido a la coparentalidad se imponían obligaciones distintas al padre. Dicha situación, a pesar de estar expuesta en tales límites y consideraciones en la norma, llevó a la sociedad a la discusión que se tuvo en 2021 en Ecuador, dieciséis años antes. Y, es que, en el año 2005 se introduce en la norma civil la denominada guarda y custodia compartida.

En líneas generales adoleciendo de los mismos vacíos existentes en la normativa ecuatoriana, y es que a pesar de líricamente establecer una tenencia compartida y revolucionar el derecho de familia y constitucionalidad al determinar la inconstitucionalidad de que la madre sea preferente en el cuidado. Esta misma norma no regula aspectos fundamentales a la adopción de la tenencia compartida, tales como son los alimentos, la vivienda familiar, los tiempos de convivencia, etc., sino que únicamente dispone que dicha institución podrá acordarse cuando se solicite de común acuerdo por los padres en convenio regulador o en el transcurso del procedimiento, o cuando lo pida uno de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal, para el caso español.

Por lo tanto, y como nada se decía respecto a la manera de articular de manera efectiva y real la guarda y tenencia compartida, intervino jurisprudencialmente los Tribunales de Justicia españoles, a fin de ir marcando las pautas sobre el desarrollo de esta institución. Y que, pueden resultar de guía para el futuro de la tenencia compartida en el caso ecuatoriano.

En un primer término, debe atenderse a lo descrito por la norma española en su Código Civil, específicamente respecto de la tenencia compartida; de la que se refiere:

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.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, 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 progenitores 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 o de género. (Código Civil español, 2021)

Ante estas directrices la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes aspectos que han resultado en conflicto para la materialización de la coparentalidad. Primero, acerca de la relevancia en el cuidado y atención de los menores, no así en los tiempos que comparten los progenitores con los mismos. Siendo que jurisprudencialmente se va asentando la idea de que, lo esencial en la custodia compartida es la "coparentalidad". Así pues, las Audiencias Provinciales reconocen que lo importante es que los progenitores compartan los derechos y obligaciones que tienen sobre los menores, sin necesidad de que los tiempos que pasan con ellos sean equitativos. Se pronuncia al respecto la Sala competente en la materia de Barcelona:

(...) la guarda es el tiempo de convivencia que cada progenitor tiene con sus hijos y durante el cual debe ejercer más directamente las responsabilidades que conforman el

contenido de la potestad parental; en este sentido puede llegarse a la conclusión de que cualquier régimen temporal que se alcance implica una guarda conjunta, pues cada progenitor ostenta la guarda durante el tiempo en que los menores están en su compañía (así lo hemos visto en el artículo 233-10.2 más arriba transcrito); de hecho el término 'custodia compartida' no lo emplea la ley 25/2010 que, en el art. 233-20.3.a) se refiere a la 'guarda compartida' para equipararla a 'guarda distribuida entre los progenitores'. No es preciso por tanto que la duración del tiempo de convivencia de los hijos con cada progenitor sea igualitaria para decir que estamos ante una guarda compartida. (Sentencia N. 565/2018, 2018)

De modo que, de forma categórica y rotunda se establece que el hecho de que los períodos de tiempo fijados no tengan la misma duración no se considera un obstáculo insuperable porque una cosa es que la guarda y custodia compartida conlleve necesariamente un reparto de los tiempos de estancia de forma equitativa y otra muy distinta que no pueda acomodarse a las concretas circunstancias concurrentes.

Así también se va asentando la idea de que se promueva una tendencia hacia la concreción de las obligaciones que constituyen el ejercicio de la patria potestad conjunta. Esto a su vez requiere que dentro de la parte expositiva de las sentencias de tenencia compartida se detalle respecto modo en el que los progenitores establezcan medios de comunicación respecto de las decisiones que se toman para con sus hijos. Y es que, en un contexto de tenencia compartida, ambos progenitores deben participar de las decisiones que se tomen respecto de sus hijos, y consecuentemente deben estar informados de cada detalle.

Aquello supone la problemática acerca del medio formal por el cual se conozca al respecto. Sobre esto, en la práctica, si nada se establece en sentencia, los progenitores deben establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a

respetarlo y cumplirlo. Tales comunicaciones pueden hacerse por mensaje de teléfono o a través de correo electrónico, por ejemplo.

Ahora bien, otro detalle que se ha clarificado en el derecho español, es que una tenencia compartida no supone tiempos expresamente divididos a la mitad. Debiendo más bien tratarse de una correcta organización de los tiempos de estancia de los menores con sus progenitores, adaptándose lo acordado en sentencia, a las circunstancias concretas de la familia, en atención a sus características particulares y horarios.

Una discusión fundamental gira en torno a la consolidación de la compatibilidad entre el régimen de custodia compartida y la fijación de una pensión de alimentos. Y, al análisis concreto y detallado del modo en que deben repartirse los gastos en función de la capacidad económica de cada progenitor. En concreto la jurisprudencia ha determinado que una tenencia compartida no obsta de fijación de pensión de alimentos. Se expone:

(...) el establecimiento de referido sistema de guarda y custodia, no implica la imposibilidad de que se establezca pensión de alimentos, no exime del pago de alimentos, si las necesidades de los menores lo requieren y se aprecie una objetiva desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. Conforme a la doctrina del tribunal Supremo (Sentencia de fecha de 4-3-16) la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. (Sentencia N. 21/2018, 2018)

Así, respecto de los alimentos estos deben acordarse en función de las circunstancias concretas de cada caso. Así pues, podemos encontrarnos con que los progenitores ingresen la misma cantidad en una cuenta corriente conjunta para responder de los gastos escolares y de

los no cotidianos de los menores, o bien, que las cantidades sean diferentes en función de sus ingresos o realidad económica, o incluso que uno de ellos abone además una pensión alimenticia para los gastos cotidianos al otro en caso de diferencias estimables, o que se abone una pensión por el que tiene más medios sin necesidad además de abrir una cuenta común, o que cada uno afronte los gastos cotidianos y los restantes se abonen por mitad o en una proporción concreta sin necesidad de abrir una cuenta bancaria al efecto, etc., todo ello según las circunstancias de cada supuesto.

Finalmente, demás detalles como el detalle del domicilio en el que se ejecuta la tenencia compartida, la práctica de la convivencia familiar en caso de que se rompa el acuerdo de la tenencia compartida, los gastos en los que se incurre a fin de materializar dicho acuerdo, el valor probatorio del menor en la audiencia para determinar la viabilidad de la figura. Y, la posibilidad de que se establezcan periodos de adaptación son temáticas sumamente analizadas en el derecho español. Que a efectos del derecho ecuatoriano siquiera se ha optado por considerar dentro de la sentencia revisada respecto de la constitucionalidad de la figura. Toda vez que un análisis global del tema así lo requeriría.

Caso Perú

En el caso peruano será una revisión menos extensa, siendo que la tenencia compartida en Perú establece reglas que se deben tomar en cuenta. Principalmente al haber sido reformada la institución recientemente, en concreto en el mes de octubre del año 2022. Tomando una posición de avanzada a través del establecimiento generalizado y de preferencia para un régimen de tenencia compartida que procure asegurar la coparentalidad.

Ahora bien, la reforma se llevó a cabo a partir de la promulgación de la Ley N° 31590 que regula la tenencia compartida, en la que principalmente se aleja el concepto de otorgar una tenencia exclusiva para uno de los progenitores y un régimen de visitas para el otro. Y, se adecua el sistema a uno en el que la tenencia compartida es siempre la primera opción. Estando

el juez en la facultad de establecer todas las medidas que crea este suficiente y necesarias para que se cumpla dicha figura. En lo fundamental la norma establece que para la tenencia compartida se debe tener en consideración:

- a. El hijo deberá pasar igual período de tiempo con ambos progenitores.
- b. Los progenitores tienen igualdad de derechos para tomar decisiones respecto a la educación, crianza, formación y protección del hijo.
- c. La distancia entre los domicilios de los padres no restringe la tenencia compartida, pero se considera al definir la forma.
- d. El hijo tiene derecho a compartir con la familia extendida materna y paterna.
- e. Las vacaciones del hijo y progenitores.
- f. Las fechas importantes en la vida del menor.
- g. La edad y opinión del hijo. (Ley que Regula la Tenencia Compartida, 2022)

Ahora bien, en dicho sentido se aprecia que si bien se cumplen determinados criterios expuestos de manera similar entre el país de España y la hermana nación peruana. Aún se mantienen requisitos que no responden necesariamente a la materialización de una tenencia compartida; tales como la igualdad de tiempo que pasen entre ambos progenitores. Para lo cual, como se toma de referencia la jurisprudencia española, se considera que esta no es decisiva como para truncar la aplicación de una tenencia compartida.

Ahora bien, ante ello también se deja a salvo la oportunidad de acordar una tenencia exclusiva; ya sea por acuerdo entre las partes o en su defecto a petición de una de estas interpuesta como demanda ante un juez competente. Lo cual habrá que revisarse con el transcurso del tiempo si obtuvo los resultados deseados. O si solo fueron pasos extras para terminar en las mismas circunstancias de entregar la tenencia exclusiva a uno de los progenitores y estableciendo un régimen de visitas para con el otro.

Sin embargo, en cualquiera de los casos, resulta relevante que normativamente se efectúen los debidos esfuerzos legislativos a fin de que las reglas en la materia de tenencia

compartida sean claras. Y se tomen en consideración detalles como la edad del menor, las circunstancias que rodean cada caso en beneficios del interés superior del menor.

Conclusiones

A partir del análisis expuesto en el presente trabajo académico, se establecen las siguientes conclusiones:

- ✓ En materia de corresponsabilidad parental, o también denominada coparentalidad, se ha establecido, y en reiteradas ocasiones clarificado, que esta no se agota: empieza o termina con la tenencia. La tenencia es solo una de las formas en la que los progenitores materializan las obligaciones y derechos de cuidado para con sus hijos. De igual manera como ocurre con la patria potestad; el deber de cuidado y la responsabilidad del progenitor se ejecuta de diversas maneras. Sin que esto signifique mayor o menor empeño durante la crianza, o que algún acto en específico suponga un determinado valor. Lo cierto es, incluso recogido en la sentencia analizada, la legislación nacional y comparada, que la coparentalidad coadyuva a un adecuado desarrollo del menor en todas sus etapas. Y que, evidentemente a través del ordenamiento jurídico, los países deben procurar una correcta aplicación de este tipo de figuras e instituciones.
- ✓ Ahora bien, en específico la sentencia analizada toma como parámetro único para el análisis, el régimen de tenencia, en la práctica de la coparentalidad. Por tal motivo, en lo fundamental y específico se desarrolló sobre la base de dicho tema. Ante ello, se puede acotar que, en efecto, el preestablecer en la norma que la madre es aquella a quien debe preferirse en caso de que no exista acuerdo en la tenencia resulta discriminatorio, en tal sentido la sentencia es correcta. Y, argumentos a favor de dicha decisión bastan y sobran. Sin embargo, se deja a salvo el análisis del interés superior del menor a manos del juzgador.

- ✓ Dicho lo anterior, la forma en que se materializa un sistema de tenencia compartida requiere la atención y redacción clara de la normativa que procure atender a cada incidente posible o futuro al respecto. Por ello, en este sentido, si bien es cierto la Corte Constitucional no recoge aspectos legislativos toda vez que no es competente para ello; esta sí está facultada a interpretar las normas y fundamentar en derecho sus decisiones. A partir de esto, y tras la revisión de la jurisprudencia en el caso español. Las decisiones y argumentos optados por la Corte Constitucional en su sentencia No. 28-15-IN/21, obvia aspectos fundamentales y de interés del menor tales como el apego físico y emocional que requiere un infante en sus primeros meses de nacimiento. Detalles respecto no solo a que la tenencia compartida es la panacea, sino que además sobre esta hay una serie de complejidades para su ejecución, cuya directriz se limitó a determinar que se establezca dicha como preferente. Sin que se precise aspectos relacionados con la materialización de esta, y como esta afecta indeterminación también al interés superior del menor.

Referencias bibliográficas

- Acuña, M. (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 20(2), 21-59. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041345002.pdf>
- Asamblea Nacional. (10 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.
- Bermeo, F. P. (2020). Vulneración en el principio de igualdad en la tenencia de hijos menores de edad. *Polo de Conocimiento*. Obtenido de <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1647/html>
- Chunga, F. (2001). *Derecho de Menores*. Quito: Ed. Grijley.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Garantía de derechos. Niñas, niños y adolescentes*. Washington: OEA.
- Congreso Nacional. (2022). Código de la Niñez y Adolescencia. *Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003*. Quito: Ed. Lexis.

- Congreso Nacional del Ecuador. (1992). *Código de Menores*. Quito: Registro Oficial.
- Corte Constitucional del Ecuador. (10 de Diciembre de 2021). *Boletín de Prensa*. Obtenido de Caso Nro. 28-15-IN: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-de-prensa/item/1277-caso-nro-28-15-in.html>
- Enciclopedia Jurídica*. (2014). Obtenido de <https://www.definicionabc.com/derecho/regimen-visitas.php>
- Escudero, L. M. (2017). *Consecuencias de la exposición a situaciones de violencia intrafamiliar durante la infancia*. Madrid.: Ed. UAM.
- Gobierno de España. (2021). *Código Civil español*. Madrid: Registro Oficial.
- Magallón, M. (2006). Evolución y transformación de la Patria Potestad. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 20-22.
- Ossorio, M. (2015). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Ed. Datascan.
- Poder Legislativo. (2022). *Ley que Regula la Tenencia Compartida*. Lima: Registro Oficial.
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario Panhispánico de Español Jurídico*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/>
- Sentencia N. 21/2018 (Sala Provincial de Valladolid 15 de Enero de 2018).
- Sentencia N. 565/2018 (Sala Provincial de Barcelona 22 de Mayo de 2018).
- Sentencia No. 28-15-IN/21 , Caso No. 28-15-IN (Corte Constitucional del Ecuador 24 de Noviembre de 2021).
- Sunieska, W. S. (2019). La violencia intrafamiliar. Un problema de salud actual. *Gaceta Médica Espirituana*, 96-105.
- UNICEF. (1989). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. Madrid: UNICEF Comité Español.
- Vélez, J. (2009). VISITAS, LEGISLACION, DOCTRINA Y PRACTICA". En J. P. VELEZ, *VISITAS, LEGISLACION, DOCTRINA Y PRACTICA*" (pág. 27). CEVALLOS.
- Villegas, G. T. (2010). *La igualdad y la equidad: Dos conceptos clave en la agenda de trabajo de los profesionales de la familia*. Manizales: Universidad de Caldas.