



*El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador*

*The right of equality against shared tenure in Ecuador*

*O direito de igualdade contra a posse compartilhada no Equador*

José Andrés Cedeño-Cobeña <sup>1</sup>  
[andrescedeno92@hotmail.com](mailto:andrescedeno92@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0002-4820-4980>

**Correspondencia:** [andrescedeno92@hotmail.com](mailto:andrescedeno92@hotmail.com)

Ciencias Sociales y Políticas  
Artículo de Revisión

\***Recibido:** 26 de febrero de 2022 \***Aceptado:** 20 de marzo de 2022 \* **Publicado:** 04 abril de 2022

- I. Abogado de los Juzgados y tribunales de la República de Ecuador, Magister En Derecho Constitucional, Universidad Católica de Ecuador, sede Manabí, Abogado en libre Ejercicio, Ecuador.

## Resumen

En el presente artículo se aborda el tema de la tenencia compartida, desde el punto de vista del derecho de igualdad, bajo la óptica del derecho constitucional al concebir la igualdad como un derecho humano, estipulado en instrumentos internacionales y a su vez como derecho constitucional por estar determinado y definido como eje transversal que debe definir la actuación del Estado a través de sus órganos como marco referencial en las leyes y políticas destinadas a garantizar una igualdad real y no solamente ideal; para lo que se planteó como objetivo determinar que en el Ecuador se vulnera el derecho de igualdad en la corresponsabilidad del padre y de la madre, al no reconocer la figura de tenencia compartida. Con el método dogmático e interpretativo de la norma constitucional, con la perspectiva cualitativa se ofrece una respuesta al problema. Se analiza la tenencia compartida, desde la legislación comparada entre Alemania, Italia y Estados Unidos; se evidencia que en ellos existe el interés superior del niño, y se considera el fundamento para otorgar a ambos padres la custodia o tenencia de sus hijos. En Ecuador al contemplar la figura de tenencia unilateral, se vulnera el derecho de igualdad en la corresponsabilidad de los padres reconocido en la Constitución de Ecuador.

**Palabras clave:** Igualdad; legislación comparada; tenencia; tenencia compartida; interés superior del niño.

## Abstract

This article addresses the issue of shared ownership, from the point of view of the right to equality, from the perspective of constitutional law by conceiving equality as a human right, stipulated in international instruments and in turn as a constitutional right to be determined and defined as a transversal axis that must define the action of the State through its organs as a referential framework in the laws and policies aimed at guaranteeing real and not just ideal equality; for what was proposed as an objective to determine that in Ecuador the right of equality in the co-responsibility of the father and mother is violated, by not recognizing the figure of shared ownership. With the dogmatic and interpretive method of the constitutional norm, with the qualitative perspective, an answer to the problem is offered. Shared tenure is analyzed, from the comparative legislation between Germany, Italy and the United States; it is evident that the best interests of the child exist in them, and it is considered the basis for granting both parents custody and possession of their

children. In Ecuador, when contemplating the figure of unilateral possession, the right of equality in the co-responsibility of parents recognized in the Constitution of Ecuador is violated.

**Keywords:** Equality; comparative legislation; custody; shared custody; best interests of the child.

## Resumo

Este artigo aborda a questão da propriedade compartilhada, sob a ótica do direito à igualdade, sob a ótica do direito constitucional ao conceber a igualdade como um direito humano, estipulado em instrumentos internacionais e, por sua vez, como um direito constitucional a ser determinado e definido. como eixo transversal que deve definir a ação do Estado por meio de seus órgãos como marco referencial nas leis e políticas destinadas a garantir a igualdade real e não apenas ideal; para o que foi proposto como objetivo determinar que no Equador o direito de igualdade na co-responsabilidade do pai e da mãe é violado, ao não reconhecer a figura da propriedade compartilhada. Com o método dogmático e interpretativo da norma constitucional, com a perspectiva qualitativa, oferece-se uma resposta ao problema. A posse compartilhada é analisada, a partir da legislação comparativa entre Alemanha, Itália e Estados Unidos; é evidente que neles existe o interesse superior da criança, sendo considerado o fundamento para a concessão de ambos os pais a guarda ou posse de seus filhos. No Equador, ao contemplar a figura da posse unilateral, viola-se o direito de igualdade na co-responsabilidade dos pais reconhecido na Constituição do Equador.

**Palavras-chave:** Igualdade; legislação comparada; guarda; guarda compartilhada; melhor interesse da criança.

## Introducción

La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano establece que ninguna norma puede contravenir sus disposiciones o atentar contra los derechos que se encuentran garantizados en ella; es así como en su artículo 69 numeral quinto obliga al Estado a promover la “*corresponsabilidad materna y paterna*”, dejando evidente que se trata de un asunto de ambos progenitores. Pero qué tan iguales se encuentran esos dos responsables, constituye una interrogante para lo cual se aborda en las siguientes páginas la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Ecuador, mediante las cuales se ha aclarado el asunto de la “igualdad de condiciones entre los

padres” y por ello ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia, sin embargo la tenencia sigue siendo unilateral, en virtud que se establece una preferencia relativa a la madre, bajo ciertas condiciones, no estableciendo el articulado por ejemplo, que la tenencia por regla general es compartida, salvo en los casos donde sea contrario al interés superior, esto entonces representa una violación al derecho de igualdad por tal preferencia. Es importante recalcar que en las unidades judiciales los operadores de justicia al momento de tener que establecer la tenencia del hijo en común de las partes procesales dentro de un proceso judicial, resolvían conforme al artículo 106 numeral 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dejando a un lado la igualdad y prefiriendo una desigualdad, al disponer una preferencia a favor de la madre, lo cual contradice la norma constitucional.

Se plantea entonces que pudiera existir la vulneración del derecho a la igualdad con respeto a la corresponsabilidad de los padres, que al solo establecer la figura de tenencia unilateral en nuestra normativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia en Ecuador ha dejado de lado el mandato constitucional contemplado en los artículos 67 y 69 de la Constitución de Ecuador; limitando así las facultades de los jueces dentro de un proceso judicial al no poder conceder la tenencia compartida, ya que no tiene fundamento legal, y por tanto no tiene existencia jurídica. De tal forma se evidencia un estado de confusión pues la Corte Constitucional explica que la tenencia implica una obligación que favorece al niño y por otro lado es un derecho de los padres de convivir y tener lazos con sus hijos, ambos enfoques delineados por el interés superior del niño; empero, en la realidad ecuatoriana no es así, pues como se afirma existe una especie de brusquedad en esa tenencia compartida que no existe en Ecuador, vulnerándose el derecho a la igualdad en la corresponsabilidad de los padres y madres hacia sus hijos.

A través de la legislación comparada de países como Alemania, Italia y Estados Unidos los cuales reconocen la figura de tenencia compartida, se observan de forma crítica los beneficios de la tenencia compartida que permiten que padre y madre ejerzan los mismos derechos y obligaciones de sus hijos en edad de niñez y adolescencia con el propósito de afianzar los lazos paterno-filiales y vista dichas legislaciones se podrá determinar que en el Ecuador se vulnera el derecho a la igualdad en la corresponsabilidad de padre y madre, al no reconocer la figura de tenencia compartida. Este propósito se construye sobre la base de los presupuestos teóricos, normativos y jurisprudenciales de la tenencia compartida; a través de una investigación documental que incluye

la legislación comparada para de forma crítica afirmar la necesidad de la tenencia compartida en el Ecuador, a nivel legislativo. Para ello se sigue una investigación de tipo cualitativa, con el método dogmático e interpretativo de la norma constitucional y legal, pues a través de estos métodos se ofrece una respuesta al problema tratado a partir de lo que cree la mejor reconstrucción posible permitida por el material jurídico que tiene a disposición. En este sentido la interpretación constitucional se debe realizar con una perspectiva de derechos humanos, a través incluso del principio de interés superior del niño el cual será desarrollado y conceptualizado, por tener como fundamento principal la necesidad de precisar que la tenencia deba ser compartida y no unilateral, pues con la participación de padre y madre en la crianza de sus hijos se protege y ampara todos sus derechos procurando así garantizar su interés superior y por consecuente el derecho a la igualdad de los progenitores en el cuidado parental de sus hijos.

Señalar los efectos de entender la necesidad de una coparentalidad activa, es importante si se analiza también desde el derecho constitucional y del derecho de familia, que contempla a la familia como la forma natural en la que la sociedad se organiza, recayendo en el Estado la obligación de legislar en cuanto a su reconocimiento, protección y fortalecimiento a través de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. En este orden de ideas, la tenencia compartida tiene un impacto positivo y además incluye el interés superior del niño, niña y adolescente. A nivel internacional analizaremos la Convención sobre los Derechos del Niño, que por supuesto Ecuador ratificó y es lo que ha producido las diversas reformas legislativas y constitucionales. En el artículo 3 de la Convención se establece el principio del interés superior del niños, dirigido a “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”; ese último ente es muy importante para la presente investigación toda vez que si existe el interés superior del niño, debe existir la obligación de adecuar cualquier medida o ley para su cumplimiento y el hecho de que no se conciba la custodia compartida es una vulneración a dicho principio, y por ende a todos los derechos humanos, incluyendo la igualdad, hasta sobre la vida. De cierto modo, existe la adecuación de la legislación a este principio ya que históricamente desde el derecho romano el cuidado y la crianza de los hijos solo correspondía al padre, tanto “poder” les era conferido que hasta sobre la vida. El derecho a la igualdad ha ido evolucionado conforme la progresividad de los derechos humanos; sin embargo, en la práctica el hecho que hoy se pueda preferir o elegir a uno a otro se vuelve un esquema del pater familia; por ello nace la necesidad de reflexionar y sensibilizar desde el propio niño la necesidad y el derecho que implica la convivencia

con el padre y la madre, incluso a través de su opinión en los procesos judiciales, recomendación presentada por el Comité de los Derechos del Niño al Estado Ecuatoriano del año 2017, en función de su grado de madurez.

En las Unidades Judiciales los operadores de justicia al momento de tener que establecer la tenencia del hijo dentro de un proceso judicial, resolvían de conformidad con el mencionado artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia; sin embargo, el mismo no ha sido reformado por lo que aún persiste el vacío legal. La Corte Constitucional defiende la igualdad sin discriminación en donde la madre o el padre puedan tener la tenencia de los hijos sin dar preferencia a uno de ellos. Bajo esta decisión de la Corte se presenta las siguientes interrogantes ¿de qué corresponsabilidad materna y paterna estamos hablando? y ¿el derecho de igualdad dónde se reconoce bajo esta figura de tenencia unilateral? Parecería desde estas interrogantes que la Constitución solo es una quimera que a través de leyes se modifica, sin prever la vulneración de los derechos contemplados en nuestro máximo ordenamiento jurídico. Luna (2015) nos muestra que, al otorgar un régimen de custodia colateral o compartida, hace valer la igualdad entre los padres como principio constitucional, que debe ser preferido ante cualquier creencia que no tiene asidero jurídico. El problema consiste en que se vulnera el derecho de igualdad con respeto a la corresponsabilidad de los padres, al solo establecer la figura de tenencia unilateral en nuestra normativa, lo que no ha permitido que se dé cumplimiento con lo ordenado en la Constitución, puesto que al no estar reconocido en la legislación la tenencia compartida no permite al juzgador dentro de un proceso judicial establecer dicha figura. De conformidad a la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, se evidencia a la tenencia en dos figuras: 1.- es una obligación que su cumplimiento favorezca al niño; 2.- es un derecho de los padres para convivir con sus hijos y de este modo tener lazos filiales construidos. Estas dos figuras tienen como objetivo velar por la integridad y el desarrollo adecuado de los niños, niñas y adolescentes; por lo que siempre ha estado en constante evolución de acuerdo con el desarrollo sociocultural y político de cada país. El objetivo primordial, es velar por el interés superior del niño y también que los padres tengan la oportunidad de involucrarse en el cuidado y toma de decisiones de sus hijos. En aras de ir perfilando el concepto de tenencia compartida Badaraco (2018) nos ilustra y afirma que es aquel escenario que se dibuja a raíz de un divorcio o separación, más, sin embargo, se establece que ambos progenitores deben poseer la custodia de sus hijos; caracterizándose por ser equitativa, complementaria y compartida la crianza, el cuidado y protección de los hijos.

En esencia el presente artículo parte de la claridad del concepto y características de la tenencia compartida, ya que un ejercicio con igualdad es concebido como una relación parento-filial que es necesaria que tengan y compartan los padres y las madres con sus hijos sin importar la separación como pareja, ya que lo que se debe tener de manera primordial es seguir cuidando el núcleo entre los padres con sus hijos. Por su lado, el interés superior del niño implica en su aplicación que la decisión que convenga es aquella que prioriza los derechos del niño, niña o adolescente en un proceso judicial, sin menoscabo de los derechos de la madre y el padre, y que a su vez éstos con responsabilidad asuman su rol en forma paritaria de cuidado, crianza, protección de sus hijos e hijas, con las regulaciones e implicaciones del derecho de familia.

En derecho familiar en relación a la custodia compartida constituye una de las modalidades que los padres y las madres en caso de divorcio o separación, tienen el derecho y la obligación de ejercer en igualdad de condiciones y en beneficio del niño, niña o adolescente, así como lo ha establecido la Corte Constitucional. Esta modalidad es oponible a la custodia monoparental, donde sólo uno padre o madre ejerce la custodia de los hijos, confiriéndose al otro el derecho a visitar a su hijo o hija, indistintamente de la obligación del pago de alimentos, vestimenta, comida, estudios, etcétera. Se pretende responder, acaso ¿Es necesario incorporar en el Código de la Niñez y la Adolescencia la figura de la tenencia compartida para salvaguardar el derecho de igualdad?; siendo los argumentos principales: No se respeta el derecho de igualdad en la corresponsabilidad de los padres. Por tal razón, no se está considerando lo que ordena la Constitución del Ecuador en su artículo 69; el Artículo 118 del Código de Niñez y Adolescencia establece sobre la procedencia de la tenencia, la misma que se establece como unilateral, en el sentido de la preferencia que en ocasiones se le pueda dar a la madre, y por otro lado, en la práctica aunque ambos posean sus derechos de tenencia sobre sus hijos e hijas, la legislación debe bajo ciertos parámetros asegurar una real y efectiva tenencia compartida, que no sea solo de papel, sino que se establezcan estrategias de convivencia verdadera, con tiempo de calidad que en armonía con sus otras labores o actividades el hijo o la hija sienta la presencia de su padre y de su madre, como si convivieran, siendo éste el propósito principal de la tenencia compartida. En Alemania, Italia y Estados Unidos reconocen la figura de tenencia compartida. Bajo esta figura de tenencia compartida permiten que ambos padres ejerzan los mismos derechos y obligaciones del niño, niña o adolescente. Con el objetivo de afianzar los lazos parento-filiales y protegiendo a la vez la norma constitucional en lo que corresponde a la corresponsabilidad de los padres.

Analizar el derecho de igualdad nos permite catalogarlo como un concepto esencial en cuanto al derecho constitucional se refiere, la igualdad es uno de los primeros derechos conquistados por el hombre, pues es la referencia de la justicia, incluso de la vida, y al ser el derecho la forma civilizada de su concepción contiene un valor histórico y político elucubrar su relación con la tenencia compartida e incluso con el principio del interés superior del niño. Pero si consideramos a la igualdad como un término complejo, no es tarea fácil para su determinación y la historia constitucional del mundo así lo ha evidenciado, ya que dependerá de muchos factores que pudieran ser condensados en una Constitución.

## Desarrollo

EL DERECHO DE IGUALDAD: Que un hombre no sea tratado como igual minimiza su humanidad. Que una mujer no sea tratada como igual, invisibiliza su humanidad. Es por ello, que la igualdad además de ser un derecho también es un principio y una garantía de actuación. Así tenemos, el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República de Ecuador el cual establece:

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 11 numeral 2).

La igualdad no es solo un derecho, también es un principio que rige la actuación del Estado frente a sus ciudadanos, lo que garantiza no solo un trato igualitario, sino la prohibición expresa de realizar cualquier discriminación, debiendo adoptarse acciones afirmativas que promuevan la igualdad real. La igualdad real sería aquel resultado de la evolución de la igualdad y una

característica principal de un Estado social de derecho y de justicia, en los cuales se resaltan las diferencias sociales con el fin de crear las políticas públicas a los fines de garantizar la igualdad verdadera y no solo en letra, de ahí viene su carácter de principio y no solo de derecho.

Como afirma Rubio (1993), “la clásica enunciación de la igualdad ante la ley constituye una igualdad formal, la cual devenía en insuficiente a la luz de las reflexiones que nos brinda la historia de la coexistencia social”; es entonces la dinámica social, los cambios, las revoluciones que indican a los legisladores en especial y al Estado en general, que debe suponer satisfacer o garantizar una igualdad real y efectiva. No solo la letra muerta en la ley que declare una igualdad sin brazos ni pies, que no pueda valerse por sí misma, es por ello que la igualdad en el goce pleno de los derechos y la búsqueda de la plena realización personal se convierte en un logro que se debe obligatoriamente alcanzar mediante la actuación del Estado; sea esta directa o indirecta. Es por lo que se afirma entonces la dualidad derecho-principio de la igualdad, por lo que la normativa debe permitir que los ciudadanos y/o extranjeros la ejerzan de manera eficiente en todos los ámbitos de la existencia y convivencia. (García, 2008), “la igualdad es un principio–derecho que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia. Ello implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden con otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones”.

En Ecuador, la Corte Constitucional en sentencia No. 245-12-SEP-CC desarrolla una tesis sobre cómo deben examinarse los casos en los que se realiza un trato diferenciado a las personas. Al respecto señaló: “a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”. Este planteamiento constituye una especie de fórmula infalible que protege los derechos humanos con el eje transversal de la igualdad y no discriminación; solo así se justifica un trato desigual, que jurídicamente no lo es. En la sentencia antes indicada la Corte dijo lo siguiente: “Las categorías sospechosas son criterios utilizados tanto por el Estado, como por los particulares con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse; y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc.” (2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC). El derecho de igualdad al estar estipulado en nuestra Constitución debe ser respetado, ya que es aquel derecho

constitucional que debe ser punto de partida en decisiones tomadas dentro de los cinco poderes del Estado: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral, transparencia y control social, y cada uno de los ciudadanos en su vivir diario, principalmente los operadores de justicia son los llamados a través de sus decisiones judiciales, más aún cuando dentro de un proceso judicial se encuentre inmerso el interés superior del niño, este requiere velar para que este derecho de igualdad que está encaminado en la dirección de los demás derechos como lo establece el artículo 11 de nuestra Carta Magna; sea verdaderamente considerado en sus sentencias. La presente investigación se conduce hacia la igualdad de la corresponsabilidad parental que tiene el padre y la madre hacia sus hijos en la crianza positiva acorde a los mandatos de la Constitución del Ecuador.

**LA TENENCIA:** La tenencia, guardia o custodia, responsabilidad de crianza, responsabilidad parental, son las diversas nominaciones que se le ha otorgado en diversos países al atributo de la patria potestad que implica la participación activa, directa y personal en la crianza de los hijos; implica el contacto directo, la convivencia con los hijos. “El ejercicio, en donde ambos progenitores establecen una relación viable entre ellos, que se basa en el respeto y sobre todo colaboración, Su fin es hacer más llevadera la convivencia entre sus hijos y, deben distribuir de forma proporcional y justa las necesidades materiales de sus hijos.” (Zavala 2014).

Al respecto, la Convención sobre los derechos del niño, establece en su artículo 9 lo siguiente:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo

con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.” (Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989)

Desde el punto de vista de la Convención, se puede decir que la custodia o tenencia es el contacto directo entre padres e hijos, en forma regular y la única forma que esto no sea posible es si dicha relación personal y directa afecta el interés superior del niño. Debiéndose entender como un principio de actuación que debe ser tomado en cuenta en cualquier decisión que involucre a un niño, niña y/o adolescente por parte del Estado, la familia o la sociedad; en virtud, que esto implica el desarrollo y garantía efectiva de los derechos humanos de los niños en todo su esplendor. En principio, se entiende entonces que los hijos deben permanecer con la madre y el padre, incluso si existe divorcio o separación entre los mismos, y si alguno de ellos vulnera el interés superior, a través de hechos de violencia dirigido a los hijos e hijas o hacia algún otro miembro de la familia, o pusiera en peligro la vida o la integridad de los niños, niñas y adolescentes, será privado de la misma, en tal caso, por una decisión judicial donde también se escuche la opinión del niño. Es necesario entonces incorporar no solo la tenencia compartida, sino también, direccionar el sistema judicial con el fundamento del interés superior del niño a través de la supervisión periódica, visitas, informes que den cuenta de la verdadera práctica del respeto y de la corresponsabilidad, y no sea un pretexto de madre o padre para generar conflictos relacionados por ejemplo con la separación y/o divorcio, y se use al hijo o hija para dicho propósito. Es el Estado entonces que debe no solo legislar por un derecho, sino por la efectividad de las decisiones que se tomen en los procesos y su

ejecución conforme a los derechos humanos. Por lo antes mencionado se debe dejar claro que en un juicio de divorcio controvertido muchas veces no termina el conflicto al dictarse la sentencia, cuando en este proceso a más de disolver el vínculo matrimonial, debe resolverse la situación jurídica y económica de los hijos e hijas en común de las partes procesales, pues cuando el juez de familia resuelve, las partes procesales no cumplen con la decisión judicial con respecto a la situación jurídica y económica de los hijos e hijas afectando así el interés superior del niño, niña y adolescente e incluso altera los vínculos paternofiliales y maternofiliales. El interés superior de cada niño, niña y adolescente debe estar reforzado por el cuidado a la familia, ofreciendo de esta manera un desarrollo tanto afectivo como efectivo dando soluciones sostenibles para la vida del niño, niña y adolescente a mediano y largo plazo. El principio del interés superior del niño está reconocido en Ecuador tanto en la Constitución como en el Código de la Niñez y la Adolescencia. El artículo 44 de la Constitución de la República, establece:

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

(Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 44).

Es preciso destacar acá que el interés superior debe estar presente en todos los ámbitos de desarrollo de los niños y niñas y debe ser aplicado tanto por el Estado a través de sus políticas, como la familia y la sociedad en general. Esto permitirá no solo que los derechos humanos de los niños prevalezcan sobre los demás, sino también el desarrollo integral en un entorno sano. De tal manera que la tenencia unilateral o compartida debe realizarse en el menor nivel de conflicto posible, y que las decisiones que se deban tomar al respecto por los operadores de justicia o los padres deben tener siempre como norte el bienestar de los hijos, no así la de los padres.

Es menester señalar entonces que, tanto a nivel internacional como nacional, la preferencia es a satisfacer los derechos de los niños, a través de decisiones que cumplan con su interés superior.

En el tema de la tenencia, la misma debe ser de igual forma decidida tomando en cuenta su interés superior, pero sucede, que, en algunos casos, al no existir la previsión legal que les permita a las autoridades judiciales definir la custodia compartida, dicho principio se ve suprimido o limitado en su aplicación. Tenemos entonces que no solo se vulnera la igualdad desde el punto de vista de los padres (tenencia), sino también, el interés superior del niño, siendo entonces la tenencia una dualidad de derecho-deber; lo que produce que en algunos casos la tenencia deba ser monoparental y en otros casos, compartida, conforme al interés superior del niño. La tenencia monoparental es aquella ejercida por un solo progenitor y la tenencia compartida cuando la ejercen en forma simultánea y responsable ambos progenitores, en caso de separación o divorcio.

### **El Interés Superior del Niño:**

Es importante desarrollar en este artículo el principio del interés superior del niño, toda vez que está íntimamente relacionado con los derechos humanos, incluyendo la igualdad de los progenitores en los procesos de familia y es el fundamento más importante por la cual debe incorporarse la tenencia compartida en la legislación, entendiendo el interés superior del niño, como un principio de actuación al que deben someterse todos los organismos encargados de la Protección Integral, es el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña y/o adolescente; constituye de igual forma una especie de cohesión y coherencia del sistema de protección de los derechos de la niñez y goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de mil 1989. Con base a la historia, los menores de edad (hoy denominación en desuso), no eran considerados en la sociedad, por su incapacidad, a tal punto que no eran atendidas sus necesidades. Hasta que en el año de 1959 se dio el desarrollo normativo en materia referente a los niños, niñas y adolescente; puesto que, 78 Estados parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU), procedieron a suscribir la Declaración de los Derecho de los Derechos del Niño y se procede a diseñar la institución legal del “Interés Superior del Niño”, y a raíz del prohijamiento de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), como de demás pilares acerca de la protección del niño, niña y adolescente que se vuelven vinculantes para aquellos Estados partes; enorme logro para el desarrollo de la protección especial de los niños, niñas y adolescentes que eran despojados de su ambiente familiar sin escucharle en ningún momento; como si no formaban parte de la familia, sino que seguirían la

suerte de decisiones tomadas quizá por ira, rabia, frustración que en ciertos casos ocurren en los escenarios de divorcios o separaciones, lo que pudiera pensar o sentir el niño, niña o adolescente no era tomado en cuenta, y luego de la convención y del interés superior del niño, el derecho a ser oído se ha convertido en un requisito casi de validez de las actuaciones y decisiones judiciales, independientemente que éstas puedan ser o no vinculantes al momento de decidir, pero si era necesario, hacerlos partícipe a través de su opinión de una decisión que afecta a su entorno, a su familia y a su propio desarrollo, el interés superior del niño se convierte por lo tanto, en una obligación de hacer efectiva la presencia del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales, escuchar lo que tenga que decir u opinar, no sobre a quién elige para vivir, no de eso no se trata, sino de la construcción conjunta de un subsistema de convivencia en igualdad de condiciones, en equilibrio de derechos de madre, padre e hijos, para el ejercicio pleno de sus desarrollo y garantía de sus derechos.

En nuestro país se acoge en la Constitución del año 1998 el interés superior del niño, como aquel principio de aplicación en cada una de las resoluciones judiciales que afecten los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, la Constitución de la República del Ecuador del 2008 conserva el cargo de aplicar y observar este principio rector en materia de niñez y adolescencia, haciendo una distinción a los niños, niñas y adolescentes como aquellas personas de atención prioritaria. La Constitución de la República del Ecuador vigente, en su artículo 44 señala: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 44).

El interés superior del niño debe ser la consideración primordial en cualquier toma de decisiones relativas a niñas, niños y adolescentes, “por tanto se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14). Las niñas, niños y adolescentes se encuentran en constante transformaciones, pero por sus características particulares están subordinadas a las personas responsables de su cuidado para la realización de sus derechos; pudiendo esta situación de subordinación restringir sus posibilidades de poder defender sus intereses.

## La Tenencia Compartida en Ecuador

Es conforme con la garantía de los derechos humanos, que una persona se desarrolle integralmente en una familia; lo que a su vez garantiza la satisfacción de los demás derechos, y si esa persona se tratara de un niño, niña o adolescente, la idea de vivir y ser criado en una familia asienta las bases para la plena efectividad de todos sus derechos, lo que se conoce en doctrina como el interés superior del niño, principio básico de imperativo cumplimiento. Igualmente lo ha detallado la psicología evolutiva; considerando a la familia como un grupo social que permite de cierta forma; casi perfecta, el desarrollo de la identidad de sus integrantes; siendo el primer contacto social de los mismos, las ideas de lo que es la vida, el mundo, las experiencias, se adquieren en una familia; deviene entonces en que es necesaria la vida en familia. Valladares (2008), afirma “que la necesidad de vivir en familia que tiene el ser humano se acrecienta ante el carácter eminentemente psicológico que tiene la relación niño-adulto durante todo el proceso en el cual crece y deviene la personalidad. Los adultos que se ocupan del cuidado del niño y que constituyen su familia, garantizan que se produzcan los procesos psicológicos que intervienen en el desarrollo de la personalidad, así como en la identidad del yo, la socialización y la autonomía”.

Ya hemos afirmado que Ecuador como parte firmante de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, adopta la Doctrina de la Protección Integral, que no es más que la satisfacción plena de los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes, con prioridad absoluta, sin discriminación, con la participación activa de la sociedad y la familia para velar por el interés superior de los mismos, reconociendo a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo de todos sus integrantes, especialmente, los niños y niñas; y al hacer mención de la familia, las políticas; incluyendo las leyes, que se trace el Estado en beneficio del interés superior deben ir siempre transversalizadas por la convivencia familiar, el contacto personal con ambos progenitores aun cuando exista divorcio o simplemente hayan decidido vivir separados, es decir, que el concepto de familia, trasciende el concepto de hogar, y la protección estatal debe ir siempre encaminada a proteger a los integrantes de ese núcleo familiar independientemente que vivan en un hogar o no. La tenencia es vivir, cuidar, proteger, con los hijos, diferente a la patria potestad, que es una facultad general de administración y representación del niño, niña o adolescente. En la tenencia se involucra la formación integral del niño, niña y adolescentes, ese derecho de vivir y ser criado en una familia, no porque se asuma que la familia obligatoriamente deber ser padre y madre,

pero si debe asumirse que ese hijo o hija debe tener un padre o madre presente y no periférico. El artículo 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia señala:

“Artículo 118: Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106”. (Código de la Niñez y la Adolescencia. Congreso Nacional, 2003. Quito, Ecuador.)

Este artículo 118 no hace referencia a cuál de los progenitores conceder la tenencia, pero si dice que es a uno solo de ellos, por lo que entonces en Ecuador no se contempla la figura de la tenencia compartida, sino que solo uno de ellos es quien la ejercerá, previa opinión del niño, niña y adolescente y lo que más convenga a su interés superior. En relación al artículo 106, la Corte Constitucional en su sentencia No. 28-15-IN/21 declaró inconstitucional el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia (CONA) en donde este último *establecía* “(...) a igualdad condiciones de los padres el juzgador preferirá a la madre”, queda claro con la sentencia antes mencionada que la tenencia en el Ecuador continúa siendo unilateral. La sentencia fue producida en razón de acción de inconstitucionalidad presentada en fecha 1 de abril de 2015, por los ciudadanos Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia (“accionantes”), en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que prescriben: “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; [...]” El argumento principal de los accionantes es que la norma impugnada vulnera el principio de igualdad y perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal; y, contradice el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes. En relación al tema de la igualdad que compete directamente a la presente investigación, los accionantes arguyen que se verifica una vulneración al principio de igualdad, conforme al artículo 66

Constitucional y a los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.; cuando se observa una distinción entre hombre y mujer para atribuir la patria potestad y la tenencia; bajo la lupa de la razonabilidad (criterio establecido por la misma Corte Constitucional), se valora que dicha distinción es un acto de discriminación y la preferencia materna no es adecuada para lograr una protección integral a sus hijos, además que representa una violación directa a la Constitución Ecuatoriana, y a derechos como la igualdad, corresponsabilidad parental, no discriminación e interés superior. Asegura la Corte en la referida sentencia, que el derecho a la igualdad y no discriminación es una norma *ius cogens*; en el entendido que la misma hace referencia a aquellas normas de Derecho imperativo o perentorio, esto es, que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo; pues poseen una jerarquía superior a las otras. Con el *ius cogens* se pretende amparar los intereses colectivos fundamentales del grupo social, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento. Ello en virtud que diversos tratados internacionales y jurisprudencia de la misma categoría han desarrollado este principio para evitar prácticas discriminatorias y asegurar la igualdad ante ley. Tal como hemos afirmado en el número 4 del artículo 66 de la Constitución de la República de Ecuador, se reconoce y garantiza a todas las personas, sin discriminación alguna, el derecho a la igualdad formal y material.

Constitucionalmente la dimensión formal de la igualdad implica la presunción de que todos los sujetos que se encuentran en la misma situación recibirán un trato idéntico; y desde una dimensión material, significa que los sujetos que se encuentran en condiciones diferentes, requieren un trato diferenciado para equiparar el goce y ejercicio de sus derechos; aspectos característicos de un Estado Constitucional de Derecho y de Justicia.

### **La Tenencia Compartida desde la Legislación Comparada:**

**ALEMANIA:** Según De Torres, (2004), “Alemania es el país más avanzado de Europa en la regulación de la protección jurídica del menor”; efectivamente la doctrina alemana se ha centrado en el estudio del «interés del menor» desde los primeros años setenta; y ese adelanto doctrinal ha permitido que se establezca la custodia compartida, a diferencia de Ecuador que no posee legislación especial que la regule. En Alemania existe el Código Civil, el cual en la sección 1626a (BGB) se regula lo relativo a la “Custodia de los padres que no están casados; Declaraciones de preocupación”, en la cual dispone:

“(1) Si los padres no están casados cuando nace el niño, tienen derecho a la custodia parental en común, si declaran que quieren hacerse cargo del cuidado juntos (declaraciones de cuidado), si se casan o la medida en que el tribunal de familia les ceda conjuntamente la custodia parental.

(2) De conformidad con el párrafo 1 número 3, el tribunal de familia transfiere la custodia parental o parte de la custodia parental conjuntamente a ambos padres a solicitud de uno de los padres, si la transferencia no contradice el interés superior del niño. Si el otro padre no presenta ninguna razón que pueda impedir la transferencia de la custodia parental compartida, y si dichas razones no son evidentes, se supone que la custodia parental compartida no contradice el interés superior del niño.

(3) De lo contrario, la madre tiene la custodia parental”.

Es menester destacar que el Derecho alemán se ha adaptado en su evolución a los patrones internacionales, especialmente a lo acordado en la Convención de los Derechos del niño de las Naciones Unidas, donde se consagra el principio del interés superior del niño; al igual que Ecuador y otros tantos Estados, pero si tiene una regulación específica en el tema de la tenencia, haciendo hincapié que todo el Derecho de familia, incluyendo el tema de la patria potestad y sus atributos ha de ser reinterpretado a la luz de dicha Convención para reforzar la posición de niño, niña y adolescente en una sociedad en la que el concepto tradicional de familia ha sido superado. Para Goethe, (2004), todo ese proceso de adaptación que se ha configurado paulatinamente en Alemania conforme a las realidades que se presentan, produjo la inclusión del artículo antes mencionado que refiere que corresponde la patria potestad compartida a los padres que al nacer su hijo no estuvieran casados uno con otro si manifiestan ambos que quieren ejercerla conjuntamente o si se casan uno con otro, añade el artículo que en otro caso tendrá la madre la patria potestad. Se incluyó igualmente escuchar la opinión del niño.

La jurisprudencia ya ha tenido que pronunciarse sobre varios casos relacionados con la licencia y la custodia compartida. Aunque las decisiones generalmente se relacionan con el caso individual, las consideraciones respectivas se pueden utilizar como una guía aproximada que simplifica el manejo de la custodia compartida y la licencia:

- El Tribunal Regional Superior de Karlsruhe dictaminó en 2007 que un viaje de vacaciones con los niños no era un asunto de gran importancia si la edad de los niños se tenía en cuenta

de manera adecuada. En el caso específico, los jueces permitieron que la madre tomara la decisión única porque el hotel había sido cuidadosamente seleccionado y el país de viaje era seguro. (OLG Karlsruhe, decisión de 29 de mayo de 2007, Az: 16 WF 83/07).

- El Tribunal Regional Superior Hanseático decidió en 2011 que visitar a familiares en la patria kazaja de la madre no es una decisión cotidiana y, por lo tanto, reviste una importancia considerable (OLG Hamburgo, decisión del 13 de julio de 2011, Az: 12 UF 80/11). Sin embargo, la decisión fue trasladada a la madre porque los jueces consideraron importante para el desarrollo del niño que conociera la cultura de sus familiares.
- Por otro lado, los jueces del Tribunal Regional Superior de Karlsruhe asumieron que las vacaciones de un niño de 11 años con familiares en China eran una cuestión de la vida diaria porque la familia está familiarizada con el área cultural (Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, decisión de 23 de diciembre de 2004, caso número: 16 UF 156/04).
- El Tribunal Regional Superior de Colonia, por otro lado, dijo que un viaje para ver a la abuela en Rusia sería una decisión de considerable importancia. La madre solicitó la autoridad exclusiva para tomar decisiones, pero esta fue rechazada con respecto a la edad del niño, niña y adolescente y el agotador viaje (Tribunal Regional Superior de Colonia, decisión de 22 de noviembre de 2011, Az: II-4 UF 232/11).

**ITALIA:** En enero de 2006 la Comisión de Justicia del Senado, modifica el Código Civil, e introduce la figura de la custodia compartida de los hijos; se incluyen los objetivos y los criterios que el juez tiene que tener en cuenta en relación a las medidas que hay que adoptar hacia los hijos en caso de separación de los padres. Las nuevas normas establecen que es prioritario elegir la custodia compartida para ambos padres y la patria potestad tiene que ejercitarse conjuntamente, con la intervención del juez, si no hay acuerdo entre las partes. Ambos cónyuges tienen que velar para el sustento de los hijos en manera proporcional a sus ingresos, al mismo tiempo el juez tiene la facultad de decidir sobre la pensión compensatoria. Así como Alemania, Italia va un paso adelante en relación a Ecuador, pues contempla directamente la figura de la custodia compartida, en su legislación. Así tenemos el artículo 155 que establece:

"Artículo 155. También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos

y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre).” (Ley 54/2006, Comisión de Justicia del Senado, Italia)

Se precisa en este artículo lo referente a la dualidad derecho-deber de la custodia, indicando que es un derecho de los hijos recibir el cuidado y educación por ambos padres; y destaca que la relación debe ser significativa, no solo es el padre periférico que aparece de vez en cuando, su presencia debe realmente impactar en el desarrollo del niño. Sin embargo, las críticas no se hacen esperar y al respecto nos señala Maglieta, (2020), “se le ha dado el nombre de custodia compartida al viejo modelo de la custodia exclusiva, con un único progenitor que atiende a las necesidades de los hijos –indicado en lengua italiana «*collocatario*», que en español podríamos llamar “domiciliario”– mientras que al otro progenitor, que disfruta de un exangüe derecho de visitas, se le pide fundamentalmente que intervenga sólo desde un punto de vista económico”. Por este motivo, en Italia la fuerte corriente popular de opinión, que prácticamente había impuesto al parlamento la reforma de 2006 a través de más de un decenio de continuas presiones, lleva tiempo trabajando para hacer efectivo el derecho de los hijos de padres separados a la doble parentalidad. Dando paso a un cambio de ley en el sentido de reforzar los equilibrios en el interior de la familia como prevé la auténtica custodia compartida e incrementar la participación y las facultades del progenitor actualmente definido por la jurisprudencia como “no domiciliario”. Una custodia realmente compartida conlleva necesariamente la asunción por parte de ambos progenitores de responsabilidades iguales, la participación de ambos en los momentos de decisión, entrando los dos plenamente en la vida cotidiana de sus hijos; quiere decir sacrificios equivalentes para atender a sus necesidades. Analizando dicha opinión se observa que aun cuando se plantea en la norma la custodia compartida en la realidad ha sido difícil su aplicación, por múltiples motivos, incluso el simple hecho de lo lejano de los domicilios de ambos progenitores, o las diversas ocupaciones laborales dificultan ese contacto diario. Por lo que, al fin de cuentas, solo un progenitor es quien posee la tenencia y el otro es un simple visitante o proveedor; consecuencia de decisiones personales que dificultan el ejercicio conjunto, y que ha llevado a la muerte a la custodia compartida, entonces los jueces lo que deciden es entregar a un padre alegando el interés del niño, niña y adolescente.

**ESTADOS UNIDOS:** El tema de la custodia compartida en Estados Unidos es muy variante, por su estructura Federal, pero han desarrollado estrategias que permiten que los jueces tomen las mejores decisiones siempre en beneficio de los hijos. Por ejemplo, el Estado de Luisiana el tribunal

puede ordenar a los padres a asistir a un seminario para padres divorciados, para que aprendan a ser padres divorciados, y buscar mejores soluciones a sus conflictos. Se denominan Escuelas de Divorcio en algunos casos. En el Estado de Delaware los tribunales obligan a los progenitores a formular una declaración de los derechos de sus hijos al solicitar el divorcio, como requisito de admisibilidad y su quebrantamiento puede terminar en una pérdida de la custodia. Por otro lado, Minnesota exige previa a la decisión una verdadera práctica de la custodia compartida para que con la evaluación de la misma se pueda valorar y tomar la decisión que más beneficie a los hijos. Uno de los mayores avances en la legislación de divorcios con hijos en los últimos años, es el requisito del plan parental o plan de crianza de los hijos. Washington ha eliminado los términos custodia y visitas en su legislación y ha introducido un término nuevo: el plan de crianza o plan parental. A la hora de presentar una demanda de divorcio, en algunos estados es preceptivo presentar un plan parental y de crianza de los hijos, proponiendo cosas tan dispares como quien, y de qué forma se van a organizar no sólo el tiempo de cuidado y atención diaria de los hijos, sino de qué forma se llevarán a cabo las atenciones a nivel educativo, temas de salud, actividades extraescolares, colonias, campamentos, etc. En dicho plan, en algunos Estados, se prevé la necesidad de establecer cómo se van a afrontar los gastos de todo ello, y la forma de cómo se va a pagar y como cada progenitor va a contribuir a dichos gastos, como ocurre en Código de California. Incluso en algún estado se prevé que dicho plan incluya con qué mecanismos se van a resolver los conflictos futuros, que no deben ser los judiciales.

Es evidente en el caso de Estados Unidos el desarrollo legislativo que en materia de custodia compartida posee, contrario a lo que sucede en Ecuador, sin embargo, se considera que Ecuador posee las bases necesarias para implementar la figura de la custodia compartida, y quizá participar del plan parental que se aplica en algunos tribunales de Estados Unidos, en virtud de la efectividad de la misma, ya que el solo hecho de estipular una figura jurídica en la legislación no es seguridad de su aplicación efectiva, sino asegurarla a través de mecanismos y vías de rápido acceso, procesos breves y expeditos.

## Conclusiones

A nivel internacional en materia de Derechos Humanos de los niños, la custodia o tenencia es concebida como el contacto directo entre padres e hijos, en forma regular y la única forma que esto no sea posible es si dicha relación personal y directa afecta el interés superior del niño; es

decir, implica la convivencia y el contacto, así como la participación activa en la toma de decisiones en relación al hijo o hija, por ejemplo: educación. Como principio general, los hijos e hijas deben permanecer con ambos padres, incluso si existe divorcio o separación entre los mismos, y si alguno de ellos vulnera el interés superior será privado de la misma, en tal caso, por una decisión judicial donde también se escuche la opinión del niño. En lo que respecta al principio del interés superior del niño; el mismo se encuentra reconocido en Ecuador tanto en la Constitución como en el Código de la Niñez y la Adolescencia; lo que vendría a significar el fundamento lógico del establecimiento de la custodia compartida, pues, que ambos padres responsablemente críen a sus hijos, salvo prueba en contrario, es lo mejor a su interés superior.

Luego de analizar la tenencia compartida en la legislación comparada de Alemania, Italia y Estados Unidos; se evidencia que en todos ellos existe de igual forma el interés superior del niño y se considera el fundamento para otorgar a ambos padres la custodia o tenencia de sus hijos, teniendo incluso muchas más obligaciones detalladas y especificadas a nivel legal o administrativamente lo que conduce a un efectivo ejercicio de la misma y plena garantía del derecho constitucional a la igualdad en ambos progenitores al ejercer su crianza compartida para el cuidado y desarrollo integral de sus hijos a pesar de las separaciones familiares. Por tal motivo, en Ecuador no es difícil incorporar la tenencia compartida, pues el fundamento del mismo, ya existe, se tendría que verificar una reforma del Código de Niñez y Adolescencia para incorporar la figura de la tenencia compartida, de tal manera que se respete el derecho de igualdad en la corresponsabilidad de los padres, toda vez que se ha demostrado que al contemplar la figura de tenencia unilateral vulnera el derecho de igualdad reconocido en la Constitución de la República del Ecuador.

Es vital para el normal desarrollo de la vida de todo ser humano ser criado, cuidado, amado por madre y padre, es un tema de derechos humanos la garantía de la crianza compartida o tenencia compartida como se conoce en Ecuador. El interés superior del niño como mandato y principio de actuación indica que siempre todas las decisiones deben favorecer al niño y/o adolescente y que ese “beneficio” no es más que la garantía conjunta y total de todos sus derechos, por lo que una norma que solo permite la tenencia unilateral, da la espalda, a este principio y por ende a los derechos humanos; y además desde la visión materna o paterna, constituye una desigualdad que banaliza la crianza de los hijos y genera discriminación y afianza las desigualdades reales. Se reconoce el avance que para Ecuador significó en el 2008 el establecimiento de una nueva norma constitucional que trae implícita la justificación para avanzar en el reconocimiento pleno de los

derechos humanos, sin embargo, en cuanto a las legislaciones especiales aún falta mucho camino por recorrer y son quizás muchos los obstáculos que superar, pues efectivamente es necesario adecuar el Código de la Niñez y la Adolescencia a la Constitución; para convencernos de un reconocimiento del derecho a la igualdad en el tema tratado en esta investigación, es decir la tenencia compartida. El derecho constitucional debe ser la punta de lanza que justifique estos nuevos cambios de paradigma con una nueva visión de justicia constitucional, pues al eliminar la preferencia materna se dio un gran avance, pero es necesario la reforma, para no solo legitimar la corresponsabilidad sino también para incluir un proceso que garantice la igualdad, la tutela efectiva de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, pero también del padre y de la madre en relación a ellos y su crianza.

A través del desarrollo de la investigación que motiva este artículo se ha podido constatar por ejemplo que a un nivel psicológico que los niños, niñas desde temprana edad convivan con ambos padres es la garantía de un desarrollo sano y equilibrado, no porque el niño no vaya a tener problemas de conducta o algo parecido, pero es lo que en manos de sus padres está cuando deciden tener un hijo, y cuando no de igual forma, es una responsabilidad que se debe asumir desde el principio con respeto y seriedad, es la participación activa en la vida del niño, la crianza compartida, el contacto directo, aprender a ser padres, pero también es aprender a ser hijos, incluso esta importancia va mucho más allá de la convivencia o no de los padres, es decir, que si bien es cierto, es necesario tomar medidas en caso de divorcio o separación, la importancia de la tenencia compartida es un tema que se desborda y no repara en si hay amor o no entre los padres como pareja por ejemplo, eso no es lo importante, sino por el contrario, la capacidad que los padres resuelvan sus conflictos y compartan de calidad y convivan con sus hijos para el ejercicio pleno de sus derechos; y si los padres no lo pueden resolver, el Estado toma la decisión que más convenga a los niños y niñas acorde a su condición y esa es la tenencia compartida siempre y cuando no contravenga el interés superior del niño.

Es importante recalcar que la necesidad de la inclusión de la tenencia compartida en Ecuador también debe ser un tema que se aborde desde la perspectiva o enfoque de género, en el sentido, que no es viable que siempre se prefiera a la madre para no invisibilizar la paternidad en una sociedad ya de hecho es machista, la idea es la igualdad entre ambos progenitores, partiendo de la idea que ambos pueden por naturaleza proveer a sus hijos de la garantía de sus derechos y un desarrollo normal, salvo excepciones, de vulneraciones, que son objeto de otro estudio.

## Referencias

1. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de fecha 20 de Octubre de 2008.
2. Corte de Indiana. (2009). Warner vs. Warner. Recuperado de: [https://law-justia-com.translate.goog/cases/indiana/court-of-appeals/1989/50a03-8805-cv-146-6.html?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=es&\\_x\\_tr\\_hl=es-419&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://law-justia-com.translate.goog/cases/indiana/court-of-appeals/1989/50a03-8805-cv-146-6.html?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc)
3. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/141, 29 DE MAYO DE 2013, párrafo 39.).
4. García T, (2008). El derecho a la igualdad. Revista Institucional Nro 8 de la Academia de la Magistratura. Lima, Perú.
5. Goethe, L. (2004). Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán.
6. Hasselbach, F (2014). Custodia compartida y vacaciones. Recuperado de: [https://www-kanzlei--hasselbach-de.translate.goog/2014/gemeinsames-sorgerecht-urlaub/12/?\\_x\\_tr\\_sl=de&\\_x\\_tr\\_tl=es&\\_x\\_tr\\_hl=es-419&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www-kanzlei--hasselbach-de.translate.goog/2014/gemeinsames-sorgerecht-urlaub/12/?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc)
7. Juan Pérez, Nicky, Victor, Silvia, Esmeralda, Franklin, Marianela, Carlos, Isacc y María (2022). Derechos de la Niñez y Adolescencia en discusión. Nueva normalidad, excepción y pandemia. Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
8. Ley 54/2006 Modificatoria del artículo 155 del Código Civil Italiano, Comisión de Justicia del Senado, Roma 2006. Recuperado de: <http://ayudaafamiliasseparadas.fiestras.com>
9. Naranjo, R. (2010). El sistema de derechos constitucionales y sus garantías, Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Tecnos.
10. Hebral, J 2010. Tenencia compartida, Universidad Siglo 21. Argentina.
11. Rubio, F. (1993). *El principio de la legalidad*. En: REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Año 13, N° 30. Madrid, CEC.
12. Sariego, J (2010). La custodia compartida en EEUU. Recuperado de: <https://loslibrosazules.es/la-custodia-compartida-en-estados-unidos-2/>
13. Trujillo, N (2021). Cronología del caso Juana Rivas, artículo recuperado de: <https://www.newtral.es/juana-rivas-caso-cronologia/20211201/>
14. UNICEF. «Convención sobre los derechos del niño.» Editado por CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2 de JUNIO de 1989.

[https://www.google.com/search?q=CONVENCION+DE+LOS+DERECHOS+DEL+NI%C3%91O&rlz=1C1PRFE\\_enEC820EC824&oq=CONVENCION+DE+LOS+DERECHOS+DEL+NI%C3%91O&aqs=chrome](https://www.google.com/search?q=CONVENCION+DE+LOS+DERECHOS+DEL+NI%C3%91O&rlz=1C1PRFE_enEC820EC824&oq=CONVENCION+DE+LOS+DERECHOS+DEL+NI%C3%91O&aqs=chrome).

15. Valladares, A. (2008). La familia. Una mirada desde la Psicología. *Medisur*, 6(1), 4-13. Recuperado de <http://www.medisur.sld.cu/index.php/medisur/article/view/402/319>.
16. Zavala, H (2014). Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres. Quito, Universidad Central de Quito; recuperado de: [https://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/handle/25000/24143/1/FT-UCE-0013-Ab-275.pdf?usg=AOvVaw2d3RssLTES6G\\_Fb4p2Q5or](https://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/handle/25000/24143/1/FT-UCE-0013-Ab-275.pdf?usg=AOvVaw2d3RssLTES6G_Fb4p2Q5or)