
Análisis Doctrinario de la Tenencia Compartida en el Ecuador: Criterios y Factores de Valoración

Adrian Bolivar Pico Acosta¹

Adriaspico96@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-2236-1044>

Universidad Tecnológica Indoamerica

Ambato-Ecuador

RESUMEN

El Ecuador reconoce la figura jurídica de la tenencia de menores, establecida y regulada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la doctrina ha establecido que esta es una responsabilidad y obligación compartida entre sus progenitores tanto en varios aspectos. Sin embargo, surgen situaciones de vulnerabilidad de los menores como la alienación parental, ante ello, es importante que el poder judicial logre enfocar sus actuaciones al momento de administrar justicia en la búsqueda del bienestar del menor, adjudicando la tenencia en pro de las mejores condiciones para el mismo.

La principal problemática es la ejecución de la normativa al momento de existir la disolución del vínculo conyugal, dejando al menor en una situación de vulnerabilidad para la determinación de su tenencia por uno de sus progenitores; siendo importante que el juzgador evidencie y valore todos los elementos que conllevan a que los niños o adolescentes se encuentre en un lugar de libre desarrollo emocional, económico, etc.

La metodología utilizada en este ensayo es de carácter cualitativa, con enfoque critico-jurídico que tiene soporte en el método analítico bibliográfico y analítico sintético, de tipo descriptivo de la normativa jurídica actual sobre la tenencia de menores y de la resolución judicial de la Corte Constitucional frente a la derogación de la preferencia materna en pro de una búsqueda de igualdad y sobre todo del ejercicio y corresponsabilidad de la tenencia compartida dejando de lado los roles de género y permitiendo al menor vivir en un ambiente sano y libre de violencia.

Palabras Claves: Convivencia, derechos, igualdad, sentencias y tenencia

¹ Autor Principal

Doctrinal Analysis of Shared Tenure in Ecuador: Criteria and Evaluation Factors

ABSTRACT

Ecuador recognizes the legal figure of the custody of minors, established and regulated in the Organic Code of Childhood and Adolescence, the doctrine has established that this is a shared responsibility and obligation between their parents both in various aspects. However, situations of vulnerability of minors such as parental alienation arise, in view of this, it is important that the judiciary manage to focus its actions when administering justice in the search for the welfare of the minor, adjudicating custody in favor of the best conditions. for the same.

The main problem is the execution of the regulations at the moment of the dissolution of the conjugal bond, leaving the minor in a situation of vulnerability for the determination of his possession by one of his parents; It is important that the judge demonstrate and assess all the elements that lead to the children or adolescents being in a place of free emotional and economic development, etc.

The methodology used in this essay is of a qualitative nature, with a critical-legal approach that is supported by the bibliographical and synthetic analytical method, descriptive of the current legal regulations on the custody of minors and the judicial resolution of the Constitutional Court. against the repeal of maternal preference in favor of a search for equality and above all the exercise and co-responsibility of shared ownership, leaving aside gender roles and allowing the minor to live in a healthy environment free of violence.

Key words: *Coexistence; rights; equality; sentences; tenure*

Artículo recibido 15 enero 2023

Aceptado para publicación: 05 febrero 2023

INTRODUCCIÓN

La corresponsabilidad parental dentro de los procesos civiles del ordenamiento jurídico ecuatoriano es un aspecto relevante de estudio, pues la figura de la tenencia radica en la separación familiar, causando confrontación entre la justicia y la igualdad de derechos para ejercer la responsabilidad de los progenitores en la crianza de los menores de edad. Desde siglos pasados las desigualdades en cuestión de género son históricas; llevando a una lucha por buscar equilibrar aspectos académicos, laborales y sociales, puesto que, durante años a la mujer se le ha otorgado trabajos que se enmarcan en el cuidado del hogar lo que incluye labores domésticas y crianza de los hijos, por otro lado, el hombre era quien debía generar recursos económicos para ser el sustento de su hogar. A esto se lo cataloga como roles de género que se trata de un conjunto de ideas, representaciones y creencias basadas en que hay cosas propias de hombres y de mujeres, significados que son transmitidos y reforzados en las personas como parte de su proceso de identidad. (Díaz-Loving, 2012). Por esta asignación específica de poder otorgada a los hombres, debido a que tenía mejores condiciones económicas, se le otorgaba la tenencia a los padres además de que se consideraba a los hijos como parte de su propiedad por lo que podía disponer de ellos de la manera que considerasen conveniente, pudiendo matarlos, venderlos, ofrecerlos a los dioses, abandonarlos o explotarlos. (Fariña, 2016)

Como se aprecia, desde siglos pasados los roles de género han sido intrínsecamente impuestos a la sociedad siendo vulnerantes para hombres y mujeres, pero sobre todo para los niños y adolescentes, sin embargo la evolución de la figura del varón con respecto al cuidado y protección de su descendencia ha dado un giro importante dentro de la actual sociedad y surge la preferencia materna como parte del ordenamiento jurídico y como elemento de aplicación al momento de la otorgación de la tenencia de menores en el Ecuador, esto considerando básicamente rangos biológicos en los que la madre crea el vínculo vital con el recién nacido, además del derecho constitucional a la lactancia de los menores que lógicamente no podría ser ejercido por un hombre, sin embargo se evidencia problemáticas que van más allá de lo biológico y se crean situaciones de abandono paterno, carencias económicas y falta de responsabilidad, pero tampoco se invisibiliza la limitación de las madres en ejercicio de esta preferencia al derecho de visitas de los padres creando situaciones de alineación parental del que se tratara más adelante, por lo que la solución más viable ha sido

la responsabilidad compartida, en donde se buscará las mejores condiciones de vida para el menor sin importar el género.

El presente artículo tiene como objetivo recopilar una serie de conceptos para entender la tenencia en el ordenamiento jurídico. Para empezar el término tenencia se deriva del verbo tener, y del latín tenēre, que generalmente es utilizado para determinar la posesión, mantenimiento y guarda, de algo o alguien, pero en el Derecho de Familia, sería la persona que se va a encargar del cuidado, mantenimiento y la guarda del hijo. Con esta definición y en relación al ámbito jurídico podemos determinar que es la persona ya sea la madre o padre que se va a encargar del cuidado y guarda de los hijos. (Maldonado et.al, 2022, p.3-5)

Para el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 118 se dice que la tenencia procede: “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 Orgánico de la Niñez y Adolescencia, art. 106, 2017). A su vez el artículo 106 en el numeral 2 expresa de manera textual lo siguiente: “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”, en el mismo cuerpo normativo en su numeral 4 expresa que: “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 Orgánico de la Niñez y Adolescencia, art. 106, 2017). Evidenciando de esta manera la preferencia materna idónea para el cuidado del menor, pero no para la mantención del mismo en temas económicos, precisamente por la imposición de roles de género, elementos que serán abordado tras el análisis de la sentencia emitida por la Corte Constitucional en el Ecuador.

En la actualidad, los problemas emergentes por la tenencia se hacen presentes en los juzgados y las sentencias emitidas por los jueces ecuatorianos que se basan en el beneficio del menor, sin embargo, parte de las decisiones han sido a favor de la madre, provocando que exista una desigualdad de género. Las organizaciones que luchan por los derechos del niño mencionan que según la Convención sobre los

Derechos del Niño (1989) manifiestan que la ley debe precautelar siempre el bienestar infantil. Según Fariño et al. (2018):

Otra problemática que se aborda en el presente artículo es la oscuridad o falta de norma respecto a la tenencia compartida dentro del Código de la niñez y adolescencia y Código Civil, en comparación a países como Chile, Perú y España por lo que es fundamental realizar un análisis de los factores y circunstancias a la hora de decidir la situación de tenencia de los menores para que esta sea compartida.

Por último, la presente investigación aborda los criterios y factores que determinan a la tenencia, especialmente la compartida, la cual no se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano pero que se mantiene vigente en la práctica y doctrina jurídica. “La tenencia compartida (una figura inexistente en la actual legislación) asignará el cuidado y convivencia del hijo a ambos progenitores. La tenencia uniparental se otorgará solo a uno de los progenitores (como ocurre actualmente)” (El Comercio, 2017, párr. 3). La tenencia compartida busca repartir la responsabilidad entre los progenitores manteniendo una relación cordial y siendo presentes equitativamente de las actividades cotidianas del niño o adolescente.

METODOLOGÍA

La investigación posee una metodología de carácter cualitativa, puesto que se realiza un análisis basado en una pluralidad de métodos, y teorías que abordan el tema jurídico. Identificar y analizar el origen, definición, criterios y factores sobre la sentencia No. 17203-2016-09854 por divorcio de mutuo con hijos independientes, sentencia emitida por la Corte Nacional del Ecuador. La investigación tiene un enfoque crítico-jurídico porque hace uso de teorías, conceptos, ejes de investigación, criterios de varios autores y opiniones personales sobre la doctrina empleada. En la presente investigación se aplicó también el método analítico bibliográfico en el que se recopila una cantidad de información sobre un tema ya existente, brindando soporte investigativo al presente trabajo. Para el estudio de las sentencias se aplicó el método analítico- sintético cuyo objetivo es el estudio minucioso de los elementos que componen la sentencia, analizando y resumiendo la información a fin de determinar la ejecución de la tenencia compartida en la práctica.

DESARROLLO

Principio del Interés Superior del Menor.

Para hablar de tenencia compartida es fundamental determinar lo que el Comité del derecho del niño menciona en su Observación general N. 14, respecto a proteger el interés superior del menor, y más en los casos de la separación de sus padres a los niños se les tiene que garantizar su efectivo desarrollo, es así que este comité considera que tres campos esenciales los cuales son:

El objetivo del artículo 3, párrafo 1, establece que se debe velar por todas aquellas acciones que involucren al niño o varios niños por lo que sus intereses serán atendidos de manera primordial sean actos, servicios, procesos, etc. (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2013, p.3)

Con esto tenemos que al determinar que las decisiones y las medidas que se toman en relación a los hijos de familia deben buscar siempre garantizar sus derechos, y al determinar que la Constitución es garantista de los derechos del ciudadano pero aún más en los casos que involucra niñez y adolescencia se considera como necesario buscar la garantía del desarrollo de estos en la sociedad.

Si bien es cierto se pondera los derechos de los menores cuando existen intereses de otros y se aplica este principio fundamental, siempre buscando que no afecten de manera negativa el desarrollo de las y los niños. (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2013, p.8)

Además este interés superior debe garantizarse en todos los casos, es así que se determina que es fundamental considerar este principio al momento que se determina la tenencia de los hijos de familia, puesto que se determina que al considerar la tenencia compartida los hijos de familia no van a tener una gran afectación en su desarrollo y su núcleo familiar no se va a ver completamente afectado por la separación de sus padres. Se expresa además que en el tema jurídico se debe aplicar la normativa que más favorezca a las condiciones del menor en su desarrollo. (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2013, p.14). Con esto, se busca que la satisfacción del ejercicio de los derechos de los niños sea fundamental para determinar que el núcleo familiar de los hijos de familia no se encuentre completamente afectado y los padres hagan uso efectivo de la patria potestad que tienen sobre sus hijos de familia y se encarguen de forma conjunta del cuidado, crianza y desarrollo integral de los hijos de familia.

Tenencia Compartida

Lo que llamamos tenencia compartida hoy por hoy ha presentado un avance importante en países de Latinoamérica, especialmente porque se ha centrado en proteger los derechos de los menores, quienes ante la separación de sus padres son quienes más padecen en el proceso judicial, por ello, la inserción de la tenencia compartida en las legislaciones de estos países ha sido beneficioso con respecto a la crianza del menor. En la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental del año mil novecientos noventa y nueve, los delegados de varios países de manera unánime mencionaron su apoyo a la inserción de la tuición o custodia compartida por ser considerada una práctica que beneficia los intereses de los niños y de sus progenitores.

Para Espinosa et al. (2020), en su artículo denominado la custodia compartida un paliativo al Síndrome de Alienación parental define la corresponsabilidad parental como la ponderación de los intereses de los menores de edad, donde el padre y madre deben cumplir con sus derechos y deberes como progenitores para ejercer funciones que fortalezcan la relación con sus hijos. En el artículo se define la tenencia compartida como la equitativa responsabilidad de la crianza de los hijos. “la corresponsabilidad parental traducida en los derechos y deberes de los progenitores se convierte en el ejercicio de cada una de las funciones parentales en relación con los hijos enfatizándose el Interés Superior del menor” (Espinosa et al, 2020, p.1). Como se puede ver, la corresponsabilidad parental es la mejor forma de proteger y cuidar a los hijos, sin embargo, al dictarse sentencias se aplica de manera incorrecta el derecho superior del niño porque los operadores de justicia piensan que el mejor criterio en materia de niñez y adolescencia es que un solo progenitor se haga cargo de los menores incrementando los problemas a futuro.

Para Torres (2020), la tenencia compartida es una figura que no se encuentra establecida y normada dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, pero, en la practica es usada siempre que haya un acuerdo entre los progenitores. La tenencia compartida significa la lucha por la igualdad de género, porque asigna las responsabilidades de los hijos de manera equitativa, tanto en tiempo, manutención y convivencia.

Por ultimo esta figura también es determinada como una de las mejores prácticas en los procesos civiles incluyendo los procesos de divorcio, porque fortalece la relación de padres e hijos tras la ruptura familiar.

La tutela compartida beneficia a los menores brindándoles estabilidad emocional a pesar de una disolución, además, que en el proceso mediante técnicas de convivencia pacífica entre padres el desarrollo de los menores mantiene su curso normal.

Para Wallertein y Blakeslee (2012) la tenencia de los hijos de familia es un: Supuesto, que cuando evocamos la palabra tenencia es porque entre padres e hijo se verifica efectivamente una convivencia total o parcial. Sin embargo, se ha de determinar doctrinariamente algunos sentidos como el legal para la adquisición de la patria potestad, la tenencia física del menor que no guarda relación únicamente con el cumplimiento del deber recaído en uno solo de los progenitores. (p.53)

Esta definición es completamente necesaria para no vulnerar los derechos de los menores, y por otro lado se busca garantizar el principio del interés superior del niño es mismo que se lo considera como fundamental al hablar de la tenencia de los hijos de familia, puesto que en todos los casos se busca que el hijo de familia pueda tener afectaciones en el desarrollo de sus campos ya sean estos sociales, parentales y psicológicos que permiten el desarrollo eficaz del hijo de familia y pueda desenvolverse en la sociedad.

Factores que Influyen en la Atribución de Tenencia Compartida según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia 2021

Los factores que influyen en la atribución de tenencia compartida son diversos y complejos, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 determinaba los siguientes:

1.- **Acuerdo Parental:** Se establecen acuerdos entre los progenitores que no perjudiquen los intereses y el desarrollo del menor en litis;

2.- **Preferencia Materna:** Quien no ha cumplido los 12 años y cuando existe una igualdad de condiciones entre padre o madre, se le atribuía la tenencia a la madre.

3.- **Estabilidad Emocional Y Madure Psicológica:** Se debe identificar la estabilidad emocional del padre o madre, así como el hecho de dedicar tiempo y un hogar familiar.

4.- **Privación De La Patria Potestad:** La privación de patria potestad es una condición legal que prohíbe a uno de los progenitores encontrarse al cuidado de sus hijos debido a que inclusive se identifican antecedentes de violencia, maltrato o explotación.

5.- **Establecimiento De Tutor:** Si existen inhabilidades legales, el juzgador tiene la potestad del establecimiento de un tutor.

6.- **Opinión De Los Menores:** Se evalúa el grado de desarrollo de los menores para ser escuchados siempre que estos no los perjudiquen a sí mismo.

Como podemos identificar la tenencia ya no depende íntegramente de la dependencia económica de uno de los progenitores como se evidenciaba en la antigüedad, dado que inclusive se antepone a este la madurez psicológica que no afecte al desarrollo emocional o familiar del menor, pese a ello se ha considerado como mayor factor de evaluación para el juzgador el género al momento de adjudicar la tenencia como parte de una forma arraiga del rol de genero impuesto en la sociedad para ello la Corte Constitucional ha decidido crear nuevos factores para el régimen de visitas.

Factores que Influyen en la atribución de la tenencia en base a la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador.

Tras un arduo proceso de análisis por la Corte Constitucional se declaró la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en los que se atribuía la preferencia materna tomando en cuenta antecedentes de violencia vicaria para la mujeres, estructural, económica, física, psicológica y la falta de autonomía para su desarrollo integral a diferencia de la que poseen los hombres y se crean nuevos factores en los que **se prioriza lo siguiente para la adjudicación de la tenencia:**

1. Se hace énfasis en priorizar la opinión del menor en base a su desarrollo y madurez psicológica.
2. El tema económico deja de ser relevante para la adjudicación de la tenencia, ahora se evalúa la sensibilidad, los factores emocionales y educativos para el cuidado y crianza del menor.
3. Se procura el bienestar del menor evaluando antecedentes o circunstancias de violencia que haya sufrido por uno de sus progenitores.
4. La estabilidad en el domicilio y la rutina debe ser mantenida por el progenitor adquirente del derecho a la tenencia.
5. Se evalúa la relación que mantiene el menor con el progenitor inclusive antes de la separación o divorcio.
6. El derecho a la identidad de los menores se respeta al momento de la evaluación.

7. Los padres deben crear ambientes idóneos de crianza.
8. El juzgador debe verificar cualquier tipo de amenaza que pueda sufrir el menor en el ambiente tanto paterno como materno.
9. Los padres deben crear una relación armoniosa para mantener el bienestar familiar.
10. El vínculo afectivo creado de padres a hijos es un factor primordial que será analizado a fondo.
11. El juez debe evaluar cualquier contexto social, económico, familiar, de discapacidad, entorno y desarrollo social que puedan y permitan identificar el interés superior del menor.
12. Las unidades de familia pueden elaborar informes para determinar las condiciones de vida de los menores, sin embargo no son un elemento o factor determinante pues se debe evaluar todo en conjunto. (Orellana, 2022)

Por lo evidenciado la preferencia materna ya no es un determinante para la adjudicación de la patria potestad pese a factores biológicos evidentes en los primeros años de vida del menor, sin embargo tal como ha manifestado la Corte Constitucional es importante abordar todos estos factores ya no de manera individualizada sino en su conjunto para determinar un ambiente favorable y garante de derechos para los niños, niñas y adolescentes al momento de adjudicar la tenencia, sin embargo la eliminación de esta no evidencia que se aplique la tenencia compartida en su totalidad puesto que se sigue atribuyendo el cuidado y recayendo la responsabilidad en un solo progenitor por ello es importante cuestionar si de verdad la erradicación de estos preceptos o su declaración de inconstitucionalidad permiten una verdadera distribución de roles sin importar su género y lo abordaremos a continuación.

La tenencia compartida en la práctica judicial ecuatoriana.

La tenencia compartida claramente busca que los padres de ambos sexos, ejerzan sus roles de cuidado y manutención en equidad, pero la tenencia como lo evidenciamos en los preceptos jurídicos ecuatorianos siguen siendo adjudicados a uno solo de los progenitores para el cuidado y al otro para la manutención o la adjudicación de un régimen de alimentos; pese a que la preferencia materna ya no es una excepción, ni regla, la falta de perspectiva de género para erradicar los roles de género en la sociedad se sigue aplicando

y continua siendo vulnerante para los menores y esto se puede identificar en las estadísticas, en donde de acuerdo a los datos proporcionados por el Consejo de la Judicatura a través del Sistema Único de Pensiones Alimenticias (SUPA) el 94.1% de las mujeres siguen ejerciendo el rol social del cuidado, crianza y mantenimiento del hogar y 94,19% de las pensiones alimenticias acreditadas son menores de 300 dólares mensuales, ingreso que difícilmente y menos aún para niños, niñas y adolescentes catalogados en el sector de grupos de atención prioritaria, resultaría insuficiente por lo que estaríamos ante un régimen de desprotección económica (Cordero, 2021).

Derecho comparado de la tenencia compartida

CHILE

Se expide en Chile La ley de Tuición Compartida 20.680, la cual tuvo como objetivo principal la igualdad entre los progenitores al momento de adjudicar la tenencia a uno de los progenitores en caso de divorcio o separación. Dado que también en este caso se prefería a la madre en caso de igualdad de condiciones conforme lo establece el artículo 255 la cual expresaba que: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos” (LEY DE TUICIÓN COMPARTIDA, 2013)

Sin embargo a la actualidad se pueden realizar acuerdos entre los progenitores siempre que este se extienda a una escritura pública o un acta ante el Registro Civil Chileno, al margen del acta de nacimiento del menor posterior a los 30 días de su otorgamiento, de esta forma se establece el cuidado personal de los hijos también al padre, cabe destacar que este acto es revocable. (Ley de tuición compartida, 2013, p.3). Reconociendo así el régimen de la tenencia compartida.

ARGENTINA

En Argentina a través de su Código Civil especifica un elemento muy importante como lo es la distribución de funciones al momento de acudir a un juzgador para la determinación de la tenencia compartida en caso de conflicto entre el padre y madre donde expresa textualmente lo siguiente en su artículo 264 el cual menciona que si existe un desacuerdo ente los padres, este se puede resolver judicialmente cuando se evidencie lo más conveniente para el interés superior de los niños y adolescentes, este procedimiento es breve y se realizara mediante audiencia y con la presencia de un tutor o lo que se conoce como ministerio

popular, en esta normativa también se refleja la necesidad de escuchar al menor quien tuviere suficiente juicio o lo que llamamos madurez psicológica y se distribuyen diversas funciones entre los progenitores.

ESPAÑA

El Tribunal Supremo estableció en 2013 que la custodia compartida es además de normalizada, deseada por los progenitores y preferida por los jueces. El Juez tendrá que valorar ciertos aspectos para optar por la custodia compartida, velando en todo momento por el interés superior del menor por encima de las preferencias de los progenitores. (Truffello y Williams, 2021, p. 5)

La custodia compartida está considerada por los expertos como la opción más beneficiosa para el interés y correcto desarrollo del menor. La custodia compartida es cada vez más frecuente en España, y está creciendo año a año. En 2021 la custodia compartida se vio reflejada en el 43,1% de los casos (por un 41,4% en 2020). Es posible solicitar la custodia compartida en cualquier momento posterior al divorcio, separación o ruptura, con independencia del tiempo que haya transcurrido. (Truffello y Williams, 2021, p. 6)

CASO ECUATORIANO

La sentencia materia de análisis aborda un claro ejemplo de la tenencia compartida, en la que los cónyuges en un intento por mantener el bienestar de los menores realizan el divorcio por mutuo acuerdo en el que resuelven la terminación del vínculo matrimonial, el régimen de visitas y la pensión alimenticia contemplado en el Código General de Procesos (2015):

Art. 340.- Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente. [...] Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho. (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

Es decir que la tenencia compartida puede ser únicamente aplicada por la predisposición de ambas partes mas no como en el caso Argentina donde el juzgador una vez tomado conocimiento dispone las obligaciones compartidas de los progenitores, hecho que evidenciaremos a través del análisis del siguiente caso:

Tabla 1*Análisis de sentencia dentro del proceso N°17203-2016-09854*

No. proceso:	17203-2016-09854 - Divorcio por mutuo consentimiento con hijos dependientes
Partes procesales:	Excónyuges: Espinoza Munariz Olger Joel Martínez Chichande Patricia Marisol
Antecedentes	Durante el matrimonio se procreó dos hijos que responde a los nombres de: EDUAR JOEL Y ALVIN JOEL ESPINOZA MARTINEZ DE 15 Y 11 AÑOS de edad respectivamente. En cuanto a la tenencia, cuidado y protección de los hijos, será compartida quince días con el padre y 15 con la madre.
Derechos protegidos	Derecho de pensión alimenticia Derecho de visitas Derecho a la igualdad
Resolución	Respecto a las pensiones alimenticias no se ha fijado conforme lo ha establecido el Sistema único de Pensiones Alimenticias debido a que se argumentó que cada uno suministraría lo necesario los 15 días que permanezcan en ya sea con el padre o la madre. Con respecto al derecho de Visitas se mantendrá el Régimen de Visitas Abierto. Con los antecedentes expuestos y amparados en lo dispuesto en el Art. 340 COGEP. Sentencia basada en el mutuo acuerdo de las partes procesales. Per cabe destacar que únicamente por acuerdo de las partes mas no por la existencia jurídica plena de la necesidad de un sistema compartido de responsabilidades tanto de cuidado como económico.

Fuente: Sentencia emitida dentro de la causa N°17203-2016-09854

De lo evidenciado en el cuadro anterior entendemos entonces que la tutela compartida tiene como primordial objetivo salvaguardar la calidad de vida de los menores tras la ruptura familiar causada por el divorcio de los progenitores. Por ello es importante que el juzgador precautele los derechos de los menores al momento de emitir una sentencia evaluando los casos de manera individualizada, garantizando una resolución pacífica y acorde a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes. Benalcázar (2022). Sin embargo es una necesidad el tipificar y reconocer la tutela compartida en los casos en los que el mutuo acuerdo y la predisposición voluntaria no se evidencien en el juzgado y genera más problemas litigiosos a futuro que ponen en riesgo la salud psicológica de los menores quienes todo el tiempo observan a sus padres

discutir por su bienestar o por su tenencia, a esto por ejemplo se le puede adjudicar el termino alienación parental.

Alienación Parental.

La tenencia no compartida y monoparental como hemos identificado en el Ecuador aun provoca que se otorgue la responsabilidad de cuidado a un progenitor que en su mayoría es la madre y la responsabilidad económica recaída sobre el padre a través de la imposición de un régimen de pensiones alimenticias pero además de salvaguardar los derechos de la relación parento-filial con el progenitor que no posee la tutela, estableciendo un régimen de visitas, pero cuando la tenencia no es compartida y las responsabilidades no se dividen incluyendo la del cuidado que abarca también el pasar tiempo de calidad con el hijo/a, se provoca situaciones de vulnerabilidad para los menores en donde en ocasiones las madres no permiten que sus padres convivan con sus hijos o puede ser viceversa, también se prejuzga, maltrata o emite comentario hirientes a causa de la ruptura conyugal lo que provoca afectaciones psicológicas al menor, a esto se le ha otorgado el término “alienación parental”, que no es reconocido jurídicamente por el sistema normativo ecuatoriano pero la doctrina lo expresa y simboliza como una forma de violencia.

La Alienación Parental conlleva la aplicación de estrategias que permiten transformar la conciencia del niño para romper los vínculos parento-filiales con los progenitores con los que no conviven, también puede ser llamada manipulación, dado que el menor es quien oye y rechaza injustificadamente al padre o madre y esto objetivamente se convierte en un tipo de maltrato infantil, ya que tras su diagnóstico se evidencia un tipo de maltrato psicológico o físico previo por el progenitor alienado.

Así también la alienación aparenta se identifica en impúberes o adolescente quienes están formando su carácter y propia concepción de las cosas donde proceden a restar valor emocional por uno de sus progenitores no alienado, lo culpan y siente falta de empatía y orgullo por los mismos.

El disfrute de las niñas y de los niños, con sus padres y la convivencia familiar debe de estar garantizada por el estado y principalmente por el poder judicial para ellos aun cuando los padres estén divorciados, este es el acto formalmente jurídico y de naturaleza moral en el cuál podemos hablar de un caso exitoso en la solución de un conflicto de separación (León, 2014).

DISCUSIÓN Y RESULTADOS

Como resultado de lo analizado es imprescindible mencionar que el hecho de haber erradicado la preferencia materna no implica de manera explícita la tenencia compartida entre los progenitores dado que los índices de una debida aplicación de este nuevo régimen de tenencia han sido claro y claves para entender que seguimos viviendo en una sociedad donde la imposición de roles de género está estrechamente arraigada hasta la actualidad, sin embargo hay que aclarar que en quien recae la competencia exclusiva de administrar justicia como lo son los juzgadores tienen la potestad de que pese a que no está regulado ni tipificado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de establecer la tenencia compartida e impulsar la voluntariedad de los progenitores en beneficio de los menores para buscar adjudicar responsabilidades tanto de cuidado como de manutención sin recaer en un acto discriminatorio de género.

CONCLUSIONES

1. La revisión normativa permite concluir que existe un vacío legal con respecto a la custodia compartida, pues esta no se encuentra establecida, regulada y reconocida dentro del marco legislativo ecuatoriano en materia de niñez y adolescencia, lo que provoca que en la práctica se establezcan situaciones conflictivas y que en ocasiones pueden ser vulnerantes para los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes al convivir, compartir y crear un vínculo parento-filial con sus progenitores en un ambiente sano y libre de violencia.
2. Cabe destacar que la resolución de la Corte Constitucional al considerar la inconstitucionalidad de la preferencia materna al momento de otorgar la tenencia del menor, no ha creado una situación de igualdad entre el padre y la madre, ni mucho menos predispuerto la tenencia compartida en el que los roles de cuidado y manutención se dividen para ambos, pero es importante descartar que hoy por hoy se ha actualizado los factores bajo los cuales los juzgadores pueden ejercer sus sana crítica de manera individualizada para cada caso pero sobre todo escuchando al menor y atendiendo a las mejores condiciones de vida que pueda otorgarle el padre o madre adquirente.

3. Otra de las conclusiones extraídas es que sin duda las legislaciones en materia de niñez van avanzando conforme a la sociedad en donde lo económico ha pasado a segundo plano sin dejar de ser importante, pero se devela que actualmente se prioriza la estabilidad emocional, psicológica y los antecedentes de violencia que haya tenido uno de los progenitores para adjudicarle la tenencia de un menor de edad.
4. Por último en comparación a varios sistemas normativos de algunos países se logra recabar que es una necesidad implícita en la sociedad romper con los paradigmas de roles de género impuestos en la sociedad y perpetuando en las nuevas generaciones para que de esta forma la maternidad y paternidad sea responsables y por su puesto compartida evitando agravios y vulneración de derechos en los niños, niñas y adolescentes sin dejar de lado la importancia de la convivencia entre ambos progenitores a pesar de existir una disolución conyugal.

BIBLIOGRAFÍA

- Abg. Ana Camila Paz Flores, Mgs. Ximena Elizabeth Maldonado Erazo, Mgs. Santiago Danilo Guevara Ruiz. (2022). *Análisis de la tenencia monoparental y el derecho constitucional a la familia en Ecuador.* MUNDO RECURSIVO. Obtenido de <https://www.atlantic.edu.ec/ojs/index.php/mundor/article/view/135/186>
- CÓDIGO CIVIL. (2005). QUITO: REGISTRO OFICIAL.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, art. 106. (2017). Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Código Orgánico General de Procesos. (2017). Quito/Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador *Divorcio por Mutuo Consentimiento.*
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2008). Quito: Registro Oficial.
- Cordero, B. (2021). *Derechos de la niñez: coparentalidad, tenencia y régimen de protección económica.* <https://opcions.ec/portal/2021/09/24/derechos-de-la-ninez-coparentalidad-tenencia-y-regimen-de-proteccion-economica/>.
- Díaz-Loving, R. S. (2012). *Hombres en la transición de roles y la equidad de género: retos, desafíos, malestares y posibilidades.* Mexico: UNAM.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO CON HIJOS DEPENDIENTES, 17203-2016-09854

(UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ y ADOLESCENCIA CON SEDE EN LA PARROQUIA MARISCAL SUCRE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA 2016).

Fariña, F. (2016). *Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. España: Universidad de Santiago de Compostela, España.*

León, L. L. (2014). *Alienación parental. Ciudad de México: Milenio.*

LEY DE TUICIÓN COMPARTIDA. (2013). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.*

Noblecilla, S. (2014). *Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: La primacía del interés superior del niño. .*

Orellana, M. B. (2022). *Sobre el nuevo régimen de tenencia en Ecuador. Quito: <https://www.probusabogados.com/post/sobre-el-nuevo-r%C3%A9gimen-de-tenencia-en-ecuador>.*

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.*

Paola Truffello, Guido Williams. (2021). *Responsabilidad parental y cuidado personal compartido de los hijos e hijas. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.*

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2022). *Obtenido de <https://dle.rae.es/tener?m=form>*

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2022). *Obtenido de <https://dle.rae.es/cuidado%20?m=form>*

Vélez, J. C. (2010). *Interés Superior del Niño. Editorial Jurídica, 96.*