

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

[DOI 10.35381/cm.v9i1.1046](https://doi.org/10.35381/cm.v9i1.1046)

Déficit jurídico de la tenencia compartida de menores concebidos dentro del matrimonio civil

Legal shortcomings of shared custody of children conceived in a civil marriage

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa
ydpinos92@est.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Azuay
Ecuador
<https://orcid.org/0009-0009-3941-9953>

Nelly Concepción Luzuriaga-Torres
ncluzuriagat@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Azuay
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6492-6679>

Recibido: 15 de diciembre 2022
Revisado: 10 de febrero 2023
Aprobado: 01 de marzo 2023
Publicado: 15 de marzo 2023

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

RESUMEN

El objetivo general de la presente investigación fue analizar jurídicamente el déficit jurídico de la tenencia compartida de menores concebidos dentro del matrimonio civil. La investigación se desarrolló desde el paradigma cuantitativo, además se enmarcó desde un diseño documental-bibliográfico, mediante la indagación, recolección y análisis crítico documental y referencial bibliográfico, basándose en la exploración metódica, rigurosa y profunda de diversas fuentes tales como artículos, trabajos arbitrados, tesis, leyes, convenios. Se aplicó una encuesta a 23 padres usuarios del sistema judicial de la Universidad Católica de Cuenca Extensión Cañar, en el periodo 2017-2018. Se concluye que, es necesario considerar que la ley, al no contemplar la posibilidad de la guarda y custodia compartida como parte de las resoluciones emitidas por un juez o mediante acuerdo, de forma explícita en el CONA, y las regulaciones legales que derivan de ella (garantías de cumplimiento, control, tiempos de cumplimiento de procesos, entre otros aspectos).

Descriptores: Derecho familiar; derechos del niño; matrimonio. (Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The general objective of this research was to legally analyze the legal deficit of shared custody of minors conceived within civil marriage. The research was developed from the quantitative paradigm, it was also framed from a documentary-bibliographic design, through the inquiry, collection and critical documentary analysis and bibliographic reference, based on the methodical, rigorous and deep exploration of various sources such as articles, refereed works, theses, laws, agreements. A survey was applied to 23 parents users of the judicial system of the Catholic University of Cuenca Cañar Extension, in the period 2017-2018. It is concluded that, it is necessary to consider that the law, by not contemplating the possibility of shared custody and guardianship as part of the resolutions issued by a judge or by agreement, explicitly in the CONA, and the legal regulations that derive from it (compliance guarantees, control, process compliance times, among other aspects).

Descriptors: Family law; children's rights; marriage. (UNESCO Thesaurus).

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda el Interés Superior del Niño prioriza los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, sin que exista ninguna excepción, en esta ocasión, para fines de esta investigación se ha abordado a los hijos concebidos bajo la figura del matrimonio civil, cuando existe una separación entre los progenitores. Por lo tanto, las leyes existentes son flexibles y con el tiempo se acomodan a las exigencias sociales; basta con revisar aquello que era permitido en la antigüedad y que ahora parece ser inconcebible, como es el caso de la esclavitud (por ejemplificar). En este sentido, es preciso afirmar que las leyes no son absolutas y que constantemente deberán adaptarse a la evolución social.

Por otro lado, se observa que la familia como institución, ha mostrado cambios significativos en la modernidad y posmodernidad. Estos cambios básicamente se han dado a causa de dos factores: el empoderamiento femenino y el rol de la mujer en el contexto laboral. En referencia al empoderamiento femenino, se observa una lucha constante y progresiva por la búsqueda de equidad de derechos en relación al sexo masculino. Esta búsqueda de equidad, en el aspecto social ha significado que la mujer asuma nuevos roles, que tradicionalmente no estaban contemplados. Paralelamente, el hombre posmoderno asume también roles que antiguamente no le eran asignados. En el contexto familiar, la búsqueda de equidad significa también el compartir roles de forma igualitaria, eliminándose las barreras que culturalmente han sido asignadas por los roles de género.

En este sentido, si bien, tradicionalmente la mujer estaba destinada a cumplir un rol en la familia, el cual era el cuidado y crianza de los hijos, así como las labores domésticas; esta perspectiva en la actualidad resulta arcaica, ya que la inserción de la mujer en el campo laboral, significa también el compartir roles dentro del hogar y compartir responsabilidades en cuanto a la tenencia de los hijos. Por ello, la ley está en la obligación de atender a los cambios que se han dado en el entorno familiar, y las posibles

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

implicaciones que derivan de dichos cambios. Sin embargo, el hablar de familia, resulta particularmente interesante, ya que, en esta entidad, se habla también de sujetos de derechos que resultan de atención prioritaria, como son los hijos menores de edad.

En el Ecuador, se conserva todavía una preferencia a brindar a la madre la custodia de los hijos, quedando el padre relegado a un papel de “visitador” y proveedor. Si bien, esto responde a una concepción tradicional de los roles familiares, se aprecia sin embargo que uno de los progenitores es privado de su derecho y obligación de velar por la crianza y cuidado de sus hijos de forma integral. Frente a esta realidad, la figura de custodia compartida se ha adoptado como una alternativa en otras legislaciones a nivel internacional, misma que hace referencia a la posibilidad de que el cuidado de los hijos menores se dé equitativamente por parte de ambos progenitores.

En el contexto internacional, ya desde la declaración de los Derechos Humanos, se contempla en el artículo 16, el derecho sin restricción alguna a casarse y fundar una familia. Así también, el Artículo 25 de esta declaración hace referencia al derecho que toda persona tiene a un nivel de vida adecuado, considerándose entre otros factores que permitan este nivel de vida, el derecho a una familia que garantice el bienestar y sano desarrollo de las personas menores de edad (Arregui, 2015).

En referencia al contexto nacional, la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su Artículo 67, considera a la familia como el núcleo básico de la formación social siendo el medio natural que se requiere para el desarrollo integral de todos los seres que la conforman, en especial sus niños, niñas y adolescentes. Entendiendo que la protección de la familia vista como célula base en donde se reconocen valores, costumbres, hábitos y tradiciones de coexistencia humana en comunión recae en la sociedad, es inherente reconocer el apoyo y protección que obtiene la institución familiar por parte del Estado, perpetuando así, familia, sociedad y Estado, la obligación básica de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (Badaraco, 2018, p. 15).

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

En este sentido, los códigos y proyectos legislativos de la actualidad, agrupan en una unidad a todas las normas del derecho de familia. Entre ellos se encuentra el Código de la Niñez y Adolescencia, que hace mención a la familia en varios artículos. En este se señala que la ley, reconoce y protege a la familia como el espacio natural fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003). En este orden de ideas, las normas que conforman el derecho de familia están contenidas tanto en el Código de la Niñez y Adolescencia, así como en el Código Civil, por ser los derechos de familia una rama del Derecho Civil. Aun así, el hecho de que exista un interés familiar superior distinto de los intereses individuales, limitando la autonomía de la voluntad mediante el orden público, no justifica que se separe el derecho de familia del derecho civil.

Además, los Derechos de los niños y el interés superior, la aparición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforma la base constitucional de muchos sistemas políticos, económicos y sociales de los estados democráticos. Como consecuencia de esta declaración, la búsqueda de la garantía de derechos a todos los seres humanos, ha sido un trabajo que se ha desarrollado a partir de mitad del siglo XX, y se continúa trabajando en ello hasta la actualidad.

En esta búsqueda, se aprecia una progresión de la extensión de derechos, sobre todo a aquellos grupos que se encuentran en estado de vulnerabilidad por diferentes condiciones, tal es el caso de mujeres, niños, adultos mayores, personas privadas de la libertad, ciertos grupos étnicos, entre otros. Se incluyen a los niños, niñas y adolescentes dentro de este grupo en condiciones de vulnerabilidad, ya que resulta visible que se encuentran en edades de desarrollo, por lo que no han adquirido autonomía tanto para su propia gobernanza personal, como para sostenerse económicamente, así como asumir roles activos en el entorno social. En este sentido, se entiende que, para una adaptación social adecuada, los niños, niñas y adolescentes requieren una serie de condiciones que garanticen su sano desarrollo, tales como salud, educación, cuidados

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

(físicos, emocionales, económicos), mismos que generalmente se proveen desde el entorno familiar (León, 2018).

Según explica Vargas.(2018), la nueva doctrina de considerar al niño como sujeto de derecho implica que el menor pasa de ser un objeto de protección del Estado y de la sociedad, a la búsqueda de una protección integral de los derechos, siendo estos sujetos activos que adquieren autonomía de forma progresiva; es decir, se considera también su criterio en la toma de decisiones. Cabe señalar que en este instrumento se instaura también la figura de “interés superior del niño”, explicada en el artículo 3, literal 1.

El Ecuador suscribió la Convención de los Derechos del Niño en el año de 1989 y la ratificó en 1990.(Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2018). Consecuentemente, el Artículo 44 de la Constitución, en referencia a niños, niñas y adolescentes, indica:

Artículo. 44.- 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.

Actualmente, se habla también de la posibilidad de que la custodia de los menores sea compartida, lo que se comprende, en términos generales, como el cuidado de los niños por ambos progenitores en tiempos previamente establecidos. Si bien, esta figura surge como la búsqueda de cuidar el interés superior del niño, con base a mantener la relación constante de los padres, así como de equiparar responsabilidades y decisiones sobre el menor durante su desarrollo; en este apartado se propone analizar los debates que han surgido en torno a esta figura y cómo se maneja a nivel de Ecuador, en comparación con otros países. Para enfocar el análisis doctrinario, cabe partir de tener en cuenta que la figura de custodia compartida (así como otras formas de custodia), nace en el contexto de la separación de la pareja, lo cual significa un aspecto que afecta directamente a los

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

menores, ya que se considera el entorno ideal para el desarrollo del los niños, la familia consolidada como tal (Hayden, 2015).

Teniendo en cuenta el principio de interés superior, las decisiones sobre el cuidado deberán contemplarlo en su máxima expresión y evidentemente esto dependerá de la relación que se conserve entre los padres, los niveles de hostilidad generados tras la ruptura, así como los acuerdos a los que los mismos puedan llegar previamente (Rodrigo Barcia, 2014).

De acuerdo, a las ideas planteadas se presenta como objetivo general de la presente investigación analizar jurídicamente el déficit jurídico de la tenencia compartida de menores concebidos dentro del matrimonio civil.

MÉTODO

La investigación se desarrolla desde el paradigma cuantitativo, la cual produce datos descriptivos, que se originan por la recolección de datos. De campo no experimental, mediante la observación e indagación, recolección y análisis crítico de datos estadísticos. Producto de la aplicación de una encuesta a 23 padres usuarios del sistema judicial de la Universidad Católica de Cuenca Extensión Cañar, en el periodo 2017-2018, por asunto de separación en caso de divorcio. Describiendo los hallazgos encontrados, permitiendo desarrollar el cuerpo teórico en relación al tema de estudio, además de la construcción de tablas y gráficos producto de los resultados de las encuestas aplicadas en el campo. Con la información recolectada se diseñó la base de datos requerida para el análisis correspondiente.

RESULTADOS

La figura de la custodia compartida es relativamente nueva y se ha ido acomodando a los cambios sociales. Tradicionalmente se ha admitido que la madre es quien está al cuidado de los hijos, lo cual ha desvinculado de responsabilidad en el cuidado a los padres, así como limitado su responsabilidad para con los hijos, sin embargo la visión de

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

la mujer como sujeto laboral, la igualdad de derechos y deberes en relación al sexo masculino, han permitido que la custodia compartida sea contemplada como una opción; de hecho, no hace muchos años los padres no cuestionaban la custodia a favor de la madre, ya que se asumía como una consecuencia natural de la separación, sin embargo a la actualidad es frecuente que los padres deseen también tener la custodia o a su vez, compartirla con la madre, lo que significa sin duda un cambio de paradigma en la percepción de la familia y los roles de quienes la integran (Leza, 2016).

A nivel del Ecuador, la custodia compartida ha sido también ampliamente debatida, existiendo posturas que la defienden, así como aquellos que se oponen a dicha figura. A continuación se analizan los diferentes puntos de vista, tanto desde lo jurídico como desde la doctrina que se ha desarrollado en torno a la temática. El Código de la Niñez y la Adolescencia, indica:

Artículo. 118.Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo 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.

Uno de los aspectos que ha generado debate en referencia a este artículo, es el numeral 4, en el cual se indica que se dará preferencia a la madre para la custodia para los hijos, siendo este el eje fundamental para las decisiones tomadas por los jueces en los tribunales, y a la vez, siendo objeto de crítica ya que se evidencia una inequidad en cuanto a las consideraciones de género.(Ortega, 2017).

A continuación, se presentan los resultados de la encuesta aplicada.

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

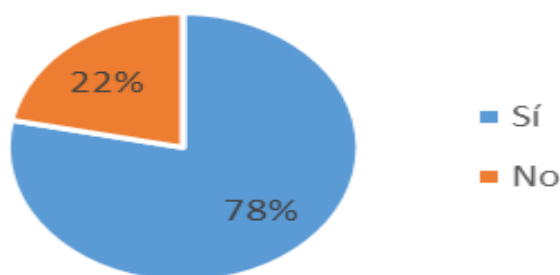
Pregunta 1. ¿Sabe usted en qué consiste el principio del interés superior del niño?

Tabla 1.

Principio del interés superior.

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Sí	18	78%
No	5	22%

Fuente: Resultados de la encuesta.



Gráfica 1. Principio de interés superior del niño.

Interpretación: En referencia al conocimiento del principio de interés superior, se observa que gran parte de padres conoce o comprende este principio, en tanto que solamente el 22% manifestó no conocerlo.

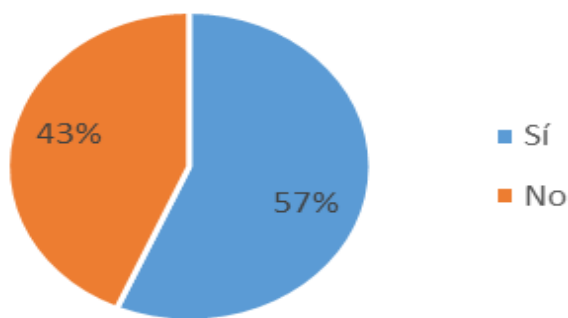
Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

Pregunta 2. ¿Conoce usted qué significa tenencia compartida de los hijos menores de edad?

Tabla 2.
Conocimiento de tenencia compartida.

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Sí	13	57%
No	10	43%

Fuente: Resultados de la encuesta



Gráfica 2. Conocimiento de tenencia compartida.

Interpretación: Si bien, la mayor parte de padres indica conocer la tenencia compartida, se observa que existe un porcentaje significativo de padres que no conocen. Al no conocer esta forma de tenencia, es menos probable que se opte por ella de forma voluntaria.

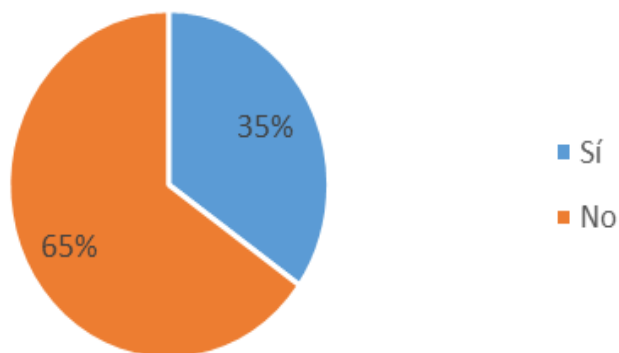
Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

Pregunta 3. ¿Conoce usted cuáles son sus derechos y obligaciones respecto a la tenencia compartida?

Tabla 3.
Derechos y obligaciones en tenencia compartida.

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Sí	8	35%
No	15	65%

Fuente: Resultados de la encuesta.



Gráfica 3. Derechos y obligaciones en tenencia compartida.

Interpretación: En cuanto a derechos y obligaciones, la mayoría de padres no conoce acerca de los derechos y obligaciones en cuanto a la tenencia compartida, al no tener conocimiento sobre derechos y obligaciones en esta figura, los padres al no tener conocimiento de esta figura, es menos probable que se puedan acoger de forma voluntaria a una figura de la cual desconocen.

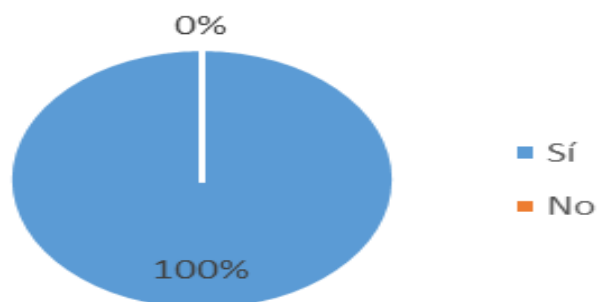
Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

Pregunta 4. ¿El juez de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cañar le concedió la tenencia de sus hijos?

Tabla 4.
Tenencia de sus hijos.

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Sí	23	100%
No	0	0%

Fuente: Resultados de la encuesta.



Gráfica 4. Tenencia de los hijos.

Interpretación: Para el caso de investigación se constató que el 100% de los entrevistados estaban a cargo de la tenencia de sus hijos. Esta respuesta puede expresar dos realidades, una, que coincidió el hecho de que todos tienen la tenencia de los hijos, o es probable que exista desconocimiento sobre la tenencia y régimen de visitas.

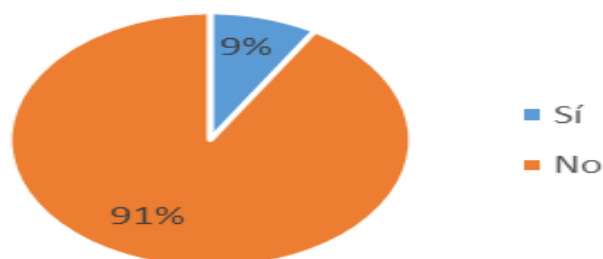
Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

Pregunta 5. ¿Cree usted que uno de los padres está mejor capacitado que el otro para la tenencia de sus hijos?

Tabla 5.
Capacidad de los padres.

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Sí	2	9%
No	21	91%

Fuente: Resultados de la encuesta,



Gráfica 5. Capacidad de los padres.

Interpretación: En referencia a considerar que uno de los padres está más capacitado que el otro, los resultados indican que gran parte de los padres encuestados consideran que esto es falso, lo que muestra la posibilidad de que exista predisposición a compartir la tenencia de los hijos; solamente un 9% indicó que sí considera que uno está más capacitado para el cuidado de los hijos.

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

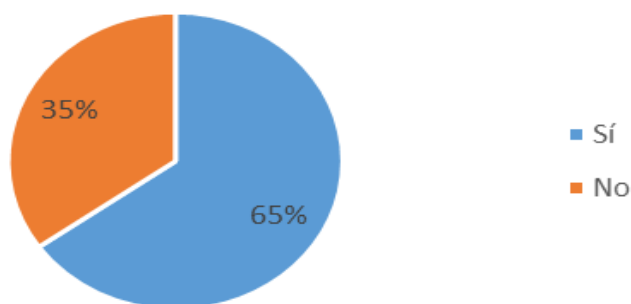
Pregunta 6. ¿Cree usted que la decisión del juez sobre la tenencia debe estar motivada en un acuerdo de voluntades entre los hijos y los progenitores?

Pregunta 6. ¿Cree usted que la decisión del juez sobre la tenencia debe estar motivada en un acuerdo de voluntades entre los hijos y los progenitores?

Tabla 6.
Decisión del juez.

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
Sí	15	65%
No	8	35%

Fuente: Resultados de la encuesta.



Gráfica 6. Decisión del juez.

Interpretación: Los padres en cuanto a la opinión sobre la decisión del juez, consideran en gran parte que esta debe estar motivada por un acuerdo entre hijos y padres, sin embargo, existe un porcentaje significativo que considera que esto no es correcto. Sobre todo, cuando existen choque de intereses, se tiende a considerar que no es posible llegar a un acuerdo, a pesar de esto, se evidencia que la mayor parte considera que su voluntad debe primar en decisiones sobre la tenencia de los hijos.

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

Entrevistas a profesionales

Se entrevistó a tres profesionales del derecho, sobre la tenencia compartida de los niños, niñas y adolescentes. En función de garantizar la privacidad, se denominarán E1 (entrevistado 1), E2 (entrevistado 2) y E3 (entrevistado 3), respectivamente a cada uno de los entrevistados. E1: Juez en ejercicio. E2: Abogado Secretario de Unidad de Familia. E3. Abogado en libre ejercicio. Se muestran a continuación los resultados.

1.- ¿Puede explicar el alcance del principio del interés superior del niño?

E1. Se expante a los menores en beneficio a sus padres. Todo niño o menor goza de bienestar enfocado a que siempre y sobre todo está el menor. E2. El principio del interés superior del niño es aplicado de forma general, global en todo trámite o causa que se despacha el juez es garante de derechos del menor. E3. Es global, permite con gran conocimiento del juez velar lo mejor para el menor con un enfoque íntegro de derecho.

2.- ¿Cree usted que en las resoluciones judiciales sobre tenencia de hijos concebidos dentro del matrimonio civil se observa el cumplimiento del principio del interés superior del niño?

E1. Sí, es evidente que como jueza me enfoco directamente a que prime el interés superior del menor. E2. Por supuesto que sí, el juez no solo evoca la norma, sino siempre ve lo mejor para el menor. E3. Existen algunos vacíos legales, claro está que encamine a control, seguridad, bienestar, que son las ideas principales por las que se guía el interés superior del niño.

3.- ¿Puede explicar brevemente cómo se benefician los hijos al tener cerca a sus progenitores pese a la separación física de ellos?

E1. Es fundamental un contacto cercano con los 2 priogenitore ya que permite que el niño no sea quien sufra el distanciamiento de los progenitores. E2. Los padres siempre

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

protegen a sus hijos, ya sea con su presencia o con el aporte económico, entonces los niños deben estar cerca, tener ese contacto que les permite tener una adecuada relación afectiva, por ende un mejor desarrollo.E3. Brinda seguridad, confianza y prima el interés superior de los niños.

4.- ¿Qué es la tenencia compartida?

E1. Una obligación de los padres referente a los niños, tema de decisión, protección de manera conjunta.E2. Hace referencia al cuidado mutuo de los progenitores en beneficio del menor.E3. Referencia el cuidado de los progenitors que luego de haber pasado una separación, para beneficio del menor.

5.- ¿Conoce usted de casos en los cuales los padres mantienen la tenencia compartida de sus hijos?

E1. Sí, por supuesto, pese a que en la sentencia (resolución), se nombre a uno solo de los progenitores, existen muchos casos en los que los progenitores están por igual siempre pendientes de sus hijos.E2. Así no esté emitida la resolución de tenencia compartida en la mayoría de casos tanto papá y mamá están pendientes del cuidado del menor.E3. Pese a que a través de la rsolución de tenencia a favor de la madre, es muy discutida porque afecta al padre que no posee la tenencia, no conozco resoluciones de tenencia compartida en mi ejercicio como abogado.

6.- ¿Cuál es su criterio respecto a resoluciones judiciales que otorguen la tenencia compartida de los hijos concebidos dentro del matrimonio civil?

E1. Es preciso señalar que incluso cuando se otorga la tenencia a uno de los progenitores, lo ideal es que ambos velen por el cuidado de los menores. Considero que en ciertos casos es mejor la tenencia compartida.E2. La mayoría de resoluciones por no decir todas, la tenencia la tiene la madre, pero es implícito que los cuidados son de

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

los dos progenitores.E3. La tenencia le funge al progenitor con el que el menor vive, es posible que tanto tenencia como custodias puedan compartirse.

7.- ¿Considera que existe déficit jurídico respecto a la tenencia compartida de los hijos concebidos dentro del matrimonio civil?

E1. Tal vez debería señalar que madre y padre posean la tenencia juntos, claro que uno de los progenitores debe estar junto al menor, es decir, vivir con él.E2. La ley existente señala que la madre es quien tiene la tenencia, pero en realidad se mantiene el cuidado por igual entre los progenitores, a lo mejor se debería puntualizar un poco.E3. La ley le da facultad de elegir al juez sobre el interés superior del menor, y bajo esta contemplación se dará la custodia.

8.- Mencione los principales derechos y obligaciones de los progenitores.

E1. Derecho a compartir con sus hijos cuando este desee, que debería ser siempre. Obligaciones: afectividad, educación, salud.E2. Derecho a cuidado, socorro. Obligaciones: afectividad, alimentación, recreación.E3. Educación, salud, vestimenta; ambiente sano, cuidado, protección.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Se observa que tanto desde criterio del juez como del secretario judicial, se confirma la existencia de casos de custodia compartida, más por la práctica que por sentencias judiciales propiamente dichas.Destaca que tanto el juez, como el secretario y el abogado que ejerce la profesión, presentan confusión en referencia a la terminología, ya que se considera que se comparte la custodia de los hijos mediante la responsabilidad conjunta (figura comprendida como la corresponsabilidad parental, que debe ser equitativa); en este sentido, es fundamental diferenciar estos términos que si bien están relacionados, no necesariamente hacen referencia a lo mismo, de donde se deduce que existe en

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

realidad vacío legal al no estar explícita la custodia compartida como una opción de custodia y que actualmente la misma sea interpretativa deja opción a confusiones.

Llama también la atención que bajo consideración del secretario de la Unidad de Familia y según su experiencia, la custodia está dada generalmente a la madre, además, él considera que la custodia compartida no existe en Ecuador; lo que indica que no se ha comprendido o se ha informado sobre el último debate en el año 2019 acerca de la interpretación del artículo 106, numeral 1, en el que se afirma, la custodia compartida es una posibilidad que puede ser contemplada en una sentencia judicial.

Se comprende también que la custodia compartida no se ha dictado en sentencias a nivel del cantón, sin embargo, algunos padres la practican. Evidentemente, es diferente la práctica de la custodia, que la misma dada por la sentencia de un juez, ya que el pago de pensiones alimenticias podría quedar obviado, o se daría paralelamente tanto por el padre como la madre.

Resoluciones emitidas por los jueces de la Unidad N°1 de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cañar

En el período comprendido entre el año 2017-2018, por tenencia, las sresoluciones fueron las siguientes:

Tabla 7.

Resoluciones por tenencia 2017-2018.

Resolución	Número de resoluciones
Tenencia a favor de la madre	82
Tenencia a favor del padre	0
Tenencias compartidas	0
TOTAL	82

Fuente: Resultados de la entrevista.

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

De las resoluciones emitidas por los jueces de la Unidad N° 1 de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cañar y procesos tramitados al interior del Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Católica de Cuenca Extensión Cañar, en el periodo 2017 – 2018. En su totalidad se pueden observar que no existe ninguna resolución de tenencia compartida. Incluso se observa que no existe ningún acuerdo previo de los progenitores para obtener una tenencia compartida.

El número de resoluciones emitidas por los Jueces de esta dependencia en este periodo en referencia a menores concebidos dentro del matrimonio civil se han resuelto 82 causas, incluso casos que no llegan al divorcio, pero media la separación física de los progenitores, es decir se regula tenencia, pensiones alimenticias y régimen de visitas. Justamente es la falta de un acuerdo entre los progenitores o el manejo de los jueces que deberían dar como primera opción en lo referente a la tenencia: que existe este medio de acuerdo para continuar con la corresponsabilidad de padres que sería lo más idóneo para precautelar el interés superior del menor.

La tenencia dada a la madre en algunos casos lleva a una ventaja a que ella puede tener en relación al progenitor ya que en muchos casos luego de una separación prima la pugna por los hijos, la misma que en ciertos casos es un mecanismo de presión para que el padre cumpla con el pago de pensiones alimenticias así no se cumpla con el régimen de visitas.

Cabe indicar que dentro de mi formación práctica en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Católica de Cuenca Extensión Cañar varios usuarios manifestaron que si existiera la posibilidad por supuesto ellos estarían de acuerdo a tener una tenencia compartida, pero justamente a falta de acuerdo con la madre se les hace imposible.

En este sentido, las decisiones que se toman por parte de los jueces responden a la norma reguladora; dentro de la cual no se contempla la custodia compartida como una opción, por lo que la normativa no considera todas las opciones que puedan entre ellas estar abarcando el interés superior del niño.

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

CONCLUSIÓN

Es necesario considerar que la ley, al no contemplar la posibilidad de la guarda y custodia compartida como parte de las resoluciones emitidas por un juez o mediante acuerdo, de forma explícita en el CONA, y las regulaciones legales que derivan de ella (garantías de cumplimiento, control, tiempos de cumplimiento de procesos, entre otros aspectos), significa también que se está atentando contra el principio del interés superior del niño, ya que se atenta contra sus derechos al dejar espacios para la vulneración de los mismos.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Panamá; por impulsar el desarrollo de la investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Arregui, D. (2013). Análisis de la protección Constitucional a los diferentes tipos de familia en el Ecuador, según los Artículos 67, 68 y 69 de la Constitución del Ecuador. [Analysis of the Constitutional protection of the different types of families in Ecuador, according to Articles 67, 68 and 69 of the Constitution of Ecuador]. Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Recuperado de: <https://n9.cl/6l2q3>
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, (2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Recuperado de <https://n9.cl/sia>
- Bardaraco, V. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad?. [Shared tenure in Ecuador, a necessity?]. *Espirales revista multidisciplinaria de investigación*, 30-39. Recuperado de: <https://n9.cl/bhazt>

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

- Congreso Nacional. (2003). Código de la niñez y adolescencia. [Childhood and Adolescence Code]. Quito.
- Congreso Nacional.(2005).Código Civil.[Civil Code].Codificación No. 2005-010. Recuperado de: <https://n9.cl/02pjho>
- Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional.(2018). 29 años de la Convención de Derechos del Niño.[29 years of the Convention on the Rights of the Child]. Recuperado de: <https://n9.cl/a8uxh>
- Hayden, A. (2015). Shared Custody: a comparative study of the position in Spain and England. *Rev. Universitat Pompeu Fabra*, 1-32.Recuperado de: <https://n9.cl/rx5e8>
- León, M. (2017). Protección social de la niñez en el Ecuador. [Social protection of children in Ecuador]. CEPAL. Recuperado de: <https://n9.cl/zr60l>
- Leza Blanco, M. (2016). Estudio de la custodia compartida. Especial consideración en situaciones de violencia familiar. [Study of shared custody. Special consideration in situations of family violence]. Tesis de Grado. Universidad de la Rioja. Recuperado de: <https://n9.cl/9297e>
- Ortega Mosquera, G. (2017). Análisis de la custodia compartida en Ecuador. [Analysis of shared custody in Ecuador]. Tesis de Grado. Universidad de los Hemisferios.Recuperado de: <https://n9.cl/gqku3>
- Rodrigo Barcia, L. (2014). Custodia compartida de los hijos Lathrop Gómez, Fabiola, La Ley, Madrid, 2008. [Custodia compartida de los hijos Lathrop Gómez, Fabiola, La Ley, Madrid, 2008].*Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 441-474.Recuperado de: <https://n9.cl/uvxj0>
- Vargas, Maricruz Gómez de la Torre. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (18), 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

CIENCIAMATRIA

Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología

Año IX. Vol. IX. N°1. Edición Especial. 2023

Hecho el depósito de ley: pp201602FA4721

ISSN-L: 2542-3029; ISSN: 2610-802X

Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda (UNEFM). Santa Ana de Coro. Venezuela

Yessica de-la-Nube Pinos-Ochoa; Nelly Concepción Luzuriaga-Torres

©2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)