

REPÚBLICA DEL ECUADOR

**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
UNIVERSIDAD DE POSTGRADO DEL ESTADO**

**Trabajo de titulación para obtener la Maestría en Derecho mención
Estudios Judiciales**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**“LA TENENCIA COMPARTIDA COMO GARANTÍA DEL
DERECHO A LA IGUALDAD DEL PADRE FRENTE A LA MADRE Y
DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ECUADOR”**

Autor:

Ángel de Jesús Sigüencia Sacoto

Director:

Zaira Novoa Rodríguez, Msc

Quito, octubre de 2019



No.455- 2019.

ACTA DE GRADO

En el Distrito Metropolitano de Quito, hoy a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, ANGEL DE JESUS SIGUENCIA SACOTO, portador del número de cédula: 0301845491, EGRESADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES (2017-2019), se presentó a la exposición y defensa oral de su Artículo Científico, con el tema: "LA TENENCIA COMPARTIDA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DEL PADRE FRENTE A LA MADRE Y DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO", dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico:	8.82
Artículo Científico Escrito:	7.70
Defensa Oral Artículo Científico:	8.25

Nota Final Promedio: 8.39

En consecuencia, ANGEL DE JESUS SIGUENCIA SACOTO, se ha hecho acreedora al título mencionado.

Para constancia firman:

Dr. Antonio Salamanca.
PRESIDENTE Y MIEMBRO DEL TRIBUNAL

De conformidad con la facultad
granted en el artículo del MEN
CERTIFICADO que lo presente es fiel
copio del original

Foja 11

Fecha 19 NOV 2019



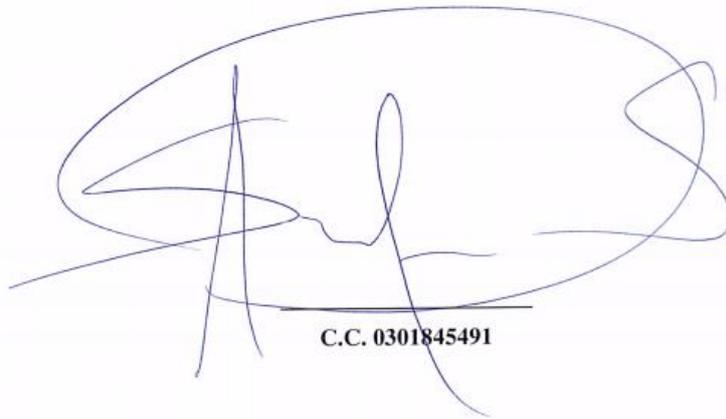
Mgs. Estefanía Granda.
MIEMBRO

Abg. Ximena Carvajal Chiriboga.

DIRECTORA DE SECRETARÍA GENERAL

AUTORIA

Yo, Angel De Jesus Siguencia Sacoto, con CI 0301845491, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo; así cómo, los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de el/la autor (a) del trabajo de titulación. Así mismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.



C.C. 0301845491

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

"Yo Angel De Jesus Siguencia Sacoto, cedo al IAEN, los derechos de publicación de la presente obra por un plazo máximo de cinco años, sin que deba haber un reconocimiento económico por este concepto. Declaro además que el texto del presente trabajo de titulación no podrá ser cedido a ninguna empresa editorial para su publicación u otros fines, sin contar previamente con la autorización escrita de la universidad"

Quito, octubre de 2019



ANGEL DE JESUS SIGUENCIA SACOTO
CI 0301845491

La tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador.

Resumen

El presente trabajo exploratorio plantea que la tenencia de los hijos regulada en el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 118, en relación con las reglas del artículo 106, constituye discriminación al hombre con base en estereotipos y atenta contra el interés superior de los niños involucrados en el proceso de separación de sus padres.

La investigación sigue un enfoque cualitativo, apoyada a la vez en el método empírico y dogmático jurídico formal. Se acudió a fuentes primarias como entrevistas, la revisión de bibliografía, normativa y resoluciones acordes al objeto de estudio.

En el desarrollo, en primera instancia, se trabaja sobre la tenencia regulada en la normativa ecuatoriana y las diversas formas establecidas en la doctrina; se analiza sobre la figura más adecuada a fin de evitar discriminación y afectación en contra de los hijos de una relación que rompe lazos afectivos.

Se continúa con el estudio de la tenencia compartida, exponiéndose las ventajas de su implementación en la legislación ecuatoriana con el propósito de evidenciar la garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre cumpliendo efectivamente el principio del interés superior del niño en Ecuador.

De igual modo, se aborda el principio de igualdad en su ámbito formal como en su ámbito material. Se expone sobre todo acerca de la necesidad de ciertas reformas a las leyes de niñez y adolescencia, considerando que la tenencia de los hijos en la mayoría de las veces es otorgada a las madres.

Otro de los temas estudiados es acerca de las masculinidades y la nueva visión de los hombres respecto de la familia y las obligaciones conjuntas que engloban el cuidado y protección de los niños.

Desde fuentes primarias, se analiza sobre los criterios de resolución que adoptan los juzgadores en la provincia de Pastaza, Ecuador, y los criterios que emiten los involucrados

directos como son las madres, niños, padres y actores que proponen reformas a la normativa que regula la tenencia.

Finalmente, dentro de este contexto de estudio se discute sobre la necesidad jurídica de implementar en la figura de tenencia compartida un mecanismo de elección y evaluación para la custodia de los niños, que actúen como medios para garantizar el derecho a la igualdad entre padres, en procura de hacer efectivo el principio del interés superior del niño.

Palabras clave: tenencia, discriminación, igualdad, masculinidades, no discriminación, tenencia compartida, patria potestad, interés superior del niño.

Abstract

The present exploratory work, it raises that the tenancy of the children regulated in the Code of the Childhood and Adolescence in the article 118, as regards the rules of the article 106, constitutes discrimination the man with base in stereotypes and commits an outrage against the top interest of the children involved in the process of separation of its parents.

The methodology of used investigation is of character qualitative, supported simultaneously in the formal juridical empirical and dogmatic method. One came to primary sources like interviews, the review of bibliography, regulation and identical resolutions with the object of study.

In the development, in the first instance, one works on the tenancy regulated in the Ecuadoran regulation and the diverse forms established in the doctrine; it will be analyzed on the figure most adapted in order to avoid discrimination and affectation against the children of a relation that breaks affective bonds.

It is continued by the study of the shared tenancy, the advantages of its implementation being exhibited in the Ecuadoran legislation with the intention of demonstrating the guarantee of the right to the equality of the father opposite to the mother fulfilling really the beginning of the top interest of the child in Ecuador.

Of equal way, the beginning of equality is tackled in its formal ambience as in its material ambience; especially the need for certain reforms is exhibited to the laws of childhood and adolescence, thinking that the tenancy of the children mostly of times is granted to the mothers.

Other of the studied topics is about the masculinities and the new vision of the men with regard to the family and the joint obligations that include the care and protection of the children.

From primary sources, also it is analyzed on the criteria of resolution that there adopt the judges in the province of Pastaza, Ecuador, and the criteria that they express involved direct as they are the mothers, children, parents and actors who propose reforms to the regulation that regulates the tenancy.

Finally, inside this study context one discusses the juridical need to implement in the figure of shared tenancy a mechanism of election and evaluation for the care of the children, who act like means to guarantee the right to the equality between parents, making effective the beginning of the top interest of the child.

Key words: tenancy, discrimination, equality, masculinities, not discrimination, shared tenancy, custody, top interest of the child.

1. Introducción

Este artículo académico analiza la figura jurídica de la tenencia compartida, destacando sus ventajas de implementación en la legislación ecuatoriana. Se parte de una revisión bibliográfica sustentada en artículos académicos, tesis, así como se acude a la normativa nacional e instrumentos internacionales para guiar la discusión.

Asimismo, desde un carácter exploratorio, se aporta una modesta evidencia empírica lograda en la provincia de Pastaza, Ecuador, con base en cuatro entrevistas realizadas a jueces quienes emiten las resoluciones para otorgar las tenencias. También, mediante entrevistas a madres de familia (cuatro), representantes de tenencia compartida (tres), y niños y niñas (diez). El objetivo de la aplicación de esta técnica fue acercarse a la opinión —desde la perspectiva de diversos actores sociales inmersos en el tema— sobre la determinación de la tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en Ecuador.

Desde dos vías se discute la figura de la modificación de la tenencia de los hijos: una como un posible acercamiento a la igualdad y, la otra, como un atentado al interés superior del niño, pues para la modificación se violentan, primero, los derechos y, luego, tras el daño se actúa.

Otro elemento que se aborda en el estudio es la discriminación de género, sufrida por el padre en los procesos de tenencia de los niños y adolescentes. Asimismo, se sostiene que las masculinidades influyen de una forma abrupta al momento de legislar, lo cual se contrapone con lo expuesto por el 75% de los jueces que participaron en el presente estudio, para quienes toda acción es tomada dependiendo del principio de interés superior del niño. Sin embargo, se evidencia que en la normativa y en las resoluciones no se respeta el principio constitucional de igualdad de las personas y no discriminación, ya que es claro el favoritismo de la tenencia hacia la madre.

Desde la primera vez que se normó la tenencia de los hijos (Código Civil, 1960) ya se encomendó la tarea con preferencia a la madre, luego en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) se adoptó la misma idea dado que al hombre de aquel entonces —podría decirse— no le gustaba hacerse cargo de sus hijos por temor a perder su libertad y no poder rehacer su vida.

Ante lo expuesto, es considerable el planteamiento de la tenencia compartida entre padre, madre e hijos para que disminuya el impacto negativo que causa la separación del padre y las marcas psicológicas que se provocan en el mismo, y se reduzca la

discriminación existente en contra del padre. Sin embargo, esta discriminación basada en las masculinidades la origina el mismo hombre, quien no prevé que resultaría como víctima colateral su hijo o hija, a quienes en la mayoría de los casos les gustaría disfrutar de su crecimiento también en la interacción con su padre, lo cual lamentablemente no se le permite porque está supeditado a una resolución judicial y a la voluntad de quien ostente la tenencia (por lo general, la madre).

Del mismo modo, se puede deducir que el hombre actual es diferente en su forma de pensar y —desde una hipótesis para posteriores investigaciones— ama compartir cada momento con sus hijos y es capaz de cuidar, proteger y salvaguardar sus derechos; por tanto, su visión ha cambiado y con ello sus necesidades acerca de querer compartir con sus hijos, dejando de lado su interés personal a cambio del porvenir de los niños por él procreados.

La patria potestad que se ejerce siempre en beneficio de los niños, niñas y adolescentes está directamente en responsabilidad de los padres que se encuentran en la obligación de estar con ellos; cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurar que tengan una formación integral. Por eso, se reitera en este estudio, la patria potestad se debe ejercer de forma conjunta por el padre y la madre, independientemente de que estos se encuentren o no casados o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento de otros.

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho natural y jurídico a tener una familia al lado de sus padres o, en su caso, de sus familiares, en los términos de la ley, tomando en cuenta que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes. En la familia recibirán la protección, el amor, la comprensión y la asistencia necesaria para poder asumir plenamente su desarrollo y responsabilidades en la sociedad.

El desarrollo integral del ser humano es responsabilidad de los miembros de la familia, especialmente de los padres cuando existen; ahí se crean las condiciones para el desenvolvimiento de la personalidad de los hijos. Y es este el deber al cual se refiere la norma al exigirlo en forma prioritaria debido a que su función es la de procurar la efectividad de los derechos de los hijos, siendo este mandato prioridad absoluta y sin dilaciones.

El juez podrá pedir la opinión de especialistas cualificados respecto al régimen de custodia para niños, niñas y adolescentes más beneficioso, así como a la idoneidad de los padres para ejercer la patria potestad. Esto ayudará a evaluar las condiciones de los padres

si los casos son de menores de 12 años. Y en el caso de ser mayores a esa edad, el juez escucha sus exposiciones, lo cual deberá tener suficiente juicio (en todo caso a los que tuvieren más de 12 años) y, con esa base, valorará la relación que los padres mantengan entre sí.

Finalmente, al analizar jurídicamente la necesidad de implementación de la tenencia compartida en Ecuador como garantía de igualdad entre padres, los intereses de todos los involucrados es que se lo realice en función del principio superior del interés del niño, esto con el propósito de brindar las mismas oportunidades y participación en la formación de los hijos.

2. Contextualización histórica sobre la tenencia

La tenencia de los hijos es una institución incluida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por intermedio del Código Civil (1960), bajo la modalidad de protección de los niños. Acto seguido y tras la derogatoria de la normativa mencionada se mantuvo de texto similar en el Código Civil de 1970. Es en 1992 cuando se promulgó la Ley 170, también denominada Código de Menores en el cual ya se adopta a la figura jurídica de la tenencia.

Por último, en el Código de la Niñez y Adolescencia —Ley 100, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003— se desarrolló la figura jurídica de la tenencia de los niños y se establecieron las reglas mediante las cuales se confiará el cuidado y protección de los hijos tras una separación de sus progenitores.

De esta evolución en torno a la figura jurídica de la tenencia se desprende que esta consiste en la resolución que dicta el juzgador, mediante la cual encarga el cuidado y crianza del hijo o hija de familia a uno de los progenitores, pero sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad y ceñido a las reglas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Desde el ámbito doctrinario, “la tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad” (Medina y Hollweck, 2001, p. 2).

Por su lado y en la misma línea de pensamiento, Cabanellas De la Torre (2010, p. 354) refiere acerca de la tenencia que esta “consiste en velar, cuidar, proteger, educar, alimentar, etc., por ende, tiene figura jurídica del progenitor responsable en tutela del niño,

niñas o adolescente, que vive diariamente con el tenedor es decir el padre de familia, ya que la tenencia tiene como finalidad el cuidado de uno de los progenitores”.

Pero como se manifestó en párrafos anteriores, en Ecuador la aplicación de la tenencia obliga a los jueces a aplicar las reglas establecidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual contempla lo siguiente:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 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 a hija. (Código de la Niñez y la Adolescencia [CNA], 2003)

De lo anotado, se evidencia que se desvirtúa el enunciado del artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues ya no se trata de confiar el cuidado y crianza a uno de los progenitores, sino se limita al juzgador a la aplicación de estas reglas de las cuales se desprende una evidente discriminación a uno de ellos ya que de manera especial se prefiere a la madre (CNA, 2003, art. 118). De este modo, se violenta el principio de igualdad formal y material contemplado en la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008, art. 11,2; art. 66,4); por tanto, estas reglas obligan a los jueces a confiar la tenencia de los hijos a las madres.

Sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia menciona que la resolución por parte del juez podría ser modificada, es decir, sea la asignación de la custodia del hijo o hija otorgada a la madre o al padre podrían ser modificados, siempre y cuando las causas sean verificadas y se lo ejecutará sin producir perjuicios psicológicos del hijo o hija (CNA, 2003, art. 119).

Un documento de interés para la investigación es la Sentencia 120-18-SEP-CC, caso No. 1225-15-EP. Allí la Corte Constitucional, tras la presentación de una acción de protección por parte de una madre, analiza sobre el hecho de que el niño involucrado en el proceso de tenencia encuentra mejores condiciones en el hogar de su padre, quien a pesar de las adversidades ha encontrado la forma de protegerlo de mejor manera (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2015). Pero hay que tomar en cuenta que, para llegar a aceptar la modificación de la tenencia, se ha violentado el interés superior del niño, pues se

ha permitido con resoluciones judiciales anteriores que el niño sufra situaciones adversas antes de protegerlo y ponerlo a buen recaudo con su progenitor.

Por esa razón, en la mayoría de los casos seguirían siendo las mujeres quienes tengan el derecho a recibir la tenencia de los hijos, cuya no otorgación sería cuando haya causas extremadamente evidentes que denoten causal de suspensión o privación de la patria potestad. Es así como la norma no permite que padre y madre sean escuchados en condiciones de igualdad; más bien existe una evidente ventaja a favor de la mujer frente al hombre, ya que se la prefiere para la tenencia en caso de falta de acuerdo y también cuando haya igualdad de condiciones. En otras palabras, se discrimina al padre.

Las mencionadas reglas para determinar la tenencia de los hijos e hijas no han sido cuestionadas, porque socialmente se ha considerado que la madre es la única responsable del cuidado y crianza de los hijos. Es notorio que acerca del cuidado y crianza de los hijos no se ha analizado según la situación actual ajustada a la modernidad sobre los nuevos roles de padres y madres.

Las reglas de tenencia se corresponden con los roles y estereotipos de género, según los cuales a las mujeres les corresponde el trabajo reproductivo versus el hombre quien debe cumplir con su rol y trabajo productivo. Esto se reafirma aún más cuando la norma y la costumbre judicial obligan al padre a cumplir con su obligación de pagar las pensiones alimenticias a tiempo y no adeudar por este concepto para acceder a solicitar la tenencia de los hijos. La norma asume que la madre, debido a su rol reproductivo, debe cuidar, educar y criar a los hijos; mientras que los hombres —en su rol productivo— son los proveedores, quienes están obligados a satisfacer las necesidades al respecto.

Las obligaciones que la ley atribuye a los padres refuerzan los estereotipos de género. Esto permite sostener las relaciones de poder y la organización del trabajo, propias de la sociedad patriarcal. Sin embargo, esa fuerte división del trabajo entre hombres y mujeres, y los roles de género, ahora son cuestionados. Autores como Jennifer Castillo Bolaños y Helena Morales Ortega hablan de nuevas masculinidades para referirse a hombres que desean vivir la paternidad de manera diferente en relación con las generaciones anteriores; son hombres que no quieren solamente ser proveedores, sino que están dispuestos a compartir el trabajo reproductivo y el cuidado de sus hijos y proponen la custodia compartida como un medio para garantizar la igualdad en cuanto al sexo (Castillo y Morales, 2013).

Por otra parte, las ciencias sociales y la teoría de género desde mediados del siglo XX han realizado aportes importantes para cuestionar roles y estereotipos de género en aras

de construir una sociedad equitativa e igualitaria. Domínguez, Fama y Herrera (2006) en su obra *Derecho constitucional de familia*, analizan la tenencia compartida; textualmente dicen:

La tenencia compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales (p. 12).

Dichos autores defienden una tenencia que comparte responsabilidades, pero que reparte amor y brinda muchas ventajas en el crecimiento de los niños a quienes casi nunca se les considera al momento de legislar o resolver.

La tenencia compartida ya ha sido implementada hace un tiempo en varios países alrededor del mundo, entre ellos Argentina, España y Perú. En Ecuador se habla del tema en los últimos tiempos debido a reformas especiales que se desean realizar en el Código de la Niñez y Adolescencia. Puede afirmarse que en la legislación ecuatoriana la forma de tenencia exclusiva es la uniparental, porque como se observó no existe la tenencia compartida como un mecanismo para lograr que los dos padres aún separados puedan tener igual cantidad de derechos y responsabilidades sobre sus hijos.

La propuesta de tenencia compartida se viene debatiendo desde hace algún tiempo en Ecuador, pese a ello los diferentes actores sociales han entorpecido los procesos para positivar esta figura jurídica. Se quiere dejar de lado el hecho de que más que pugna entre madre y padre hay discriminación al otorgar la tenencia únicamente a la madre, afectando así cada día más al ordenamiento jurídico, a los derechos de los niños y adolescentes y, sobre todo, al entorno familiar de los mismos.

En su libro *La guarda y custodia compartida*, Romero (2011) resalta que al hablar de la tenencia compartida esta puede ser tomada como una medida que favorece un sistema igualitario de comunicación de los progenitores con sus hijos, siendo ello favorable para el desarrollo y la formación integral de la personalidad psicoafectiva de estos. Esta medida tiene indudables ventajas y beneficios, tanto para los progenitores como para los hijos.

La tenencia compartida ofrece beneficios evidentes, al permitir que ambos progenitores participen, en idéntica forma, en la vida de sus hijos, aportando así un principio de igualdad y de no discriminación tanto en los papeles como en los roles dentro

del ámbito familiar. La presencia permanente, cariñosa y afectiva de ambos progenitores en el desenvolvimiento de la formación y educación de los hijos es un pilar fundamental para que estos crezcan en libertad gracias al afecto y protección de sus progenitores.

A juicio de Romero (2011), la tenencia compartida posibilita que ambos padres asuman sus obligaciones parentales en un plano de igualdad, sin que haya de prevalecer, necesariamente, la intervención de las madres sobre de los padres, y sin tener que recurrir al régimen de visitas que, tal como la experiencia forense demuestra, no satisface íntegramente las exigencias de un adecuado desarrollo a nivel afectivo y emocional de los hijos.

Herranz (2014), en su trabajo *Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación*, menciona que las relaciones entre padres e hijos — una vez que el divorcio o separación se ha consumado— comienza con el pronunciamiento legal acerca de la tenencia legal del niño/a. Hasta la fecha la repercusión que provoca en él o en ella han sido objeto de controversia, por lo que siguiendo el principio de igualdad consagrado en la legislación es necesario establecer parámetros que por encima de todo protejan el interés superior del niño.

No obstante, la supremacía del interés superior del niño es compleja por dos aspectos: en primer lugar, determinar cuál es el supremo interés del niño en cada caso concreto es una tarea que no resulta sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar. Es inevitable que cuando se produce la ruptura de la relación entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, dejando a los niños en un segundo plano. En segundo lugar, el problema que se trata de dilucidar es quién es la persona o el órgano judicial al que le corresponde la facultad de apreciar ese interés superior. Esta situación es de suma importancia ya que puede provocar a futuro complicaciones importantes al momento de decidir sobre la tenencia compartida.

Rodríguez-Domínguez, Jarne y Carbonell (2015) analizan las atribuciones de guarda y custodia de menores en las “sentencias judiciales”. Manifiesta que la introducción de leyes en pos de la tenencia compartida provoca cambios importantes en el principio de no discriminación por razón de sexo. Este hecho particular en España se puede apreciar en el descenso de la custodia por parte de la madre (o, visto de otra forma, por el aumento de la custodia por parte del padre) de 91,6% en el período comprendido entre 1993 a 1999 hasta llegar al 69,1% en la etapa entre 2007 y 2013.

Una vez que se conoce algunos antecedentes de la tenencia compartida, cabe el análisis de la posible desigualdad y discriminación de género, hechos que se encuentran

ligados a la tenencia de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador. La tenencia compartida es una solución a un problema de desigualdad en la sociedad, como se menciona en los estudios de Zaidán (2016), o en el mismo Código de la Niñez y Adolescencia cuyo artículo 100 define la corresponsabilidad desde la cual se propondrá el cambio de visión y posible eliminación del paradigma de que la mujer es la única que puede realizar bien el cuidado y crianza de un niño y que su padre es simple proveedor o prestador de pensiones alimenticias (CNA, 2003, art. 100).

No hay duda de que la sociedad y el mundo están cambiando. El derecho debe responder a una nueva realidad. En este contexto, a lo largo de este trabajo se pretende analizar la institución de la tenencia y su aplicación porque se considera que las reglas para determinar la tenencia refuerzan estereotipos de género que privilegian a la mujer y dejan fuera del trabajo reproductivo y el cuidado de los hijos a los hombres, lo que, a juicio de este estudio, se considera que de acuerdo con el artículo 11, numeral 2, y el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, constituye discriminación motivada en el género (CRE, 2008).

De persistir la normativa materia de este análisis, los hombres seguirán siendo discriminados en relación al cuidado y tenencia de sus hijos; además se priva a la sociedad ecuatoriana de la posibilidad de construir nuevas formas de relacionarse entre padre, madre e hijos, y por ende se verá afectado el interés superior del niño.

2.1. La tenencia en Ecuador

a) Tenencia y custodia

En la legislación ecuatoriana, a partir del año 1960 hasta nuestros días, se considera a la figura jurídica denominada *tenencia* como aquella responsabilidad de cuidado, protección y crianza de los niños, niñas y adolescentes que serán confiados a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio de la patria potestad. Claramente se establece esto en los preceptos del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), así como en el Código Civil (1960).

Para Medina y Hollweck (2001), la “tenencia es el derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, cuando se ha producido la situación de desavenencia entre los progenitores, que se concreta en la convivencia con el hijo siendo uno de los supuestos de desmembramiento de la patria potestad”.

Para ahondar un poco en el tema puesto en cuestión, es menester traer a colación lo que Cabanellas De la Torre (2010) refiere acerca de la tenencia: “consiste en velar, cuidar, proteger, educar, alimentar, etc., por ende, tiene figura jurídica del progenitor responsable en tutela del niño, niñas o adolescente, que vive diariamente con el tenedor es decir el padre de familia, ya que la tenencia tiene como finalidad el cuidado de uno de los progenitores.

Otro concepto importante es el de la *custodia*: “La custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad [...]. Hace referencia a la combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, por autoridad judicial competente, normalmente a cualquiera de los padres, para el cuidado y desarrollo integral de otro, en este caso, un niño o niña menores de edad; es decir los hijos, casi siempre” (Pérez, 2006, pp. 503-506).

De las definiciones aportadas se puede diferenciar las dos figuras y llegar a la conclusión de que, por un lado, la tenencia sería el cuidado y protección de los hijos en todos los sentidos y encargados a uno de sus progenitores; mientras que la custodia es un derecho irrenunciable que mantienen los dos padres para con sus hijos no emancipados.

Aplicando lo anotado a la realidad ecuatoriana, se podría establecer que en Ecuador se encuentra regulado en la normativa la tenencia de los hijos; y acerca de la custodia no existe figura jurídica, por tanto, para establecer quién es el encargado de este cuidado y protección de los niños se requiere de la resolución de un juzgador en materia de familia, niñez y adolescencia, cuya decisión es modificable en cualquier momento según la variación de las circunstancias que la motivaron.

b) Formas de tenencia

En este acápite, se exploran las formas de tenencia existentes en la doctrina y se busca cuál de ellas se ajusta al ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como cuál modalidad se ajusta a la visión de no discriminación y garantía de los derechos del niño.

Se tiene en cuenta que en Ecuador —concretamente en el Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 118— se regula una única forma de tenencia, por tanto, no hay una alternativa para la aplicación en beneficio de los progenitores y en defensa del derecho de los niños involucrados en el proceso.

A continuación, se abordan las diferentes clases de tenencia existentes en los diversos ordenamientos y en la doctrina:

Tenencia exclusiva. Según Catalán Frías (2011), “implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, el cual habitualmente contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos” (p. 66).

Esta modalidad de tenencia está normada en Ecuador, y de lo estudiado hasta el momento se distingue que no busca igualdad. Su problema radica en las reglas que sirven de base para la toma de decisiones del juzgador, establecidas en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual se contradice con el artículo 118 de esta misma norma.

Por lo manifestado, sería recomendable modificar la visión del legislador y motivar la creación de una norma clara y ajustada con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador para encontrar la forma de no discriminar a ninguno de los progenitores, eliminando estereotipos y, sobre todo, buscando el interés superior de los niños involucrados en el proceso de separación y tenencia que enfrentan sus padres.

Tenencia repartida o alterna. Este tipo de tenencia “es la que permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un periodo del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el periodo restante” (Catalán Frías, 2011).

Esta modalidad de tenencia expuesta es una alternativa menos discriminatoria que de cierta forma garantiza el respeto al interés superior del niño, y disminuye el impacto psicológico que se suscitaría en uno de los progenitores en el caso de perder su participación en la crianza del hijo hija.

Tenencia compartida o conjunta. Es un derecho en el que ambos padres tienen la tenencia física y legal de sus hijos, comparten derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, en igualdad de condiciones en todas las decisiones y acciones relativas a los hijos. Como manifiesta Catalán Frías (2011), este tipo de custodia “es como si se tratara de una familia intacta...”.

Este tipo de tenencia es la más idónea ya que padre y madre se encuentran en igualdad de condiciones y a la vez el niño lo disfruta como si el vínculo matrimonial no hubiere fenecido. Así se fortalece el desarrollo del niño y se evita desgaste en su vida dentro de los entornos sociales, culturales, educativos, recreativos, entre otros.

2.2. Tenencia compartida: garantía de igualdad entre padres y madres dentro del proceso de tenencia de los niños

Según el Código de la Niñez y Adolescencia establece que “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 de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo la regla del artículo 106” (CNA, 2003, art. 118).

El mencionado artículo claramente establece que se confiará a uno de los progenitores, sin importar cual fuere y a la vez incluso se podría decir que en el mejor de los casos no importaría si se confiara a los dos. Lamentablemente esta decisión a las reglas del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, sobre las normas para confiar el ejercicio de la patria potestad que es totalmente contradictorio ya que se limita a verificar cuestiones económicas; incluso a que se prefiera a la madre al momento de resolver.

Una de las reglas del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia que debe ser tomada en cuenta por el juzgador, es que el niño debe ser escuchado de forma reservada y que su criterio —basado en su madurez o edad— es preponderante para decidir en temas de tenencia o patria potestad disputadas.

De lo expuesto se podría decir que es importante escuchar al hijo y valorar sus respuestas dadas en la audiencia reservada, esto debido a la manifestación de dos situaciones la primera, cuando se trata de hijos menores de doce años, el juez procederá a tomar en atención el comentario mencionado tomando en cuenta el sano criterio y la madurez del entrevistado, por otro lado, cuando se trate de un hijo mayor de doce años lo declare el mismo será obligación para el juez.

También se podría considerar que la regla de obligatoriedad sea en todos los casos y que se deje de lado el aporte del niño únicamente cuando por parte de psicología o trabajo social exista un informe desfavorable y las pruebas no se centren en ese objeto de debate, que necesariamente debe buscar el interés superior del niño, niña o adolescente. Igual de importante, se debería desechar la manera tradicional de resolver con preferencia a la madre.

En consecuencia, en caso de separación de los padres, quienes continúan ejerciendo la patria potestad conjunta, no debería existir discriminación alguna; más bien se debe pensar en el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. De modo que, ambos padres continúen en el cumplimiento de sus deberes conviniendo en los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia, como si nunca se hubiere roto el vínculo matrimonial o de unión libre.

La tenencia compartida es el resultado del desarrollo que en este sentido se ha observado en el derecho anglosajón; por ello, la modalidad básica de la custodia compartida se encuentra en cuatro fases, según Pérez (2007), citado en De Torres (2011):

La primera modalidad se encuentra conformada por la custodia compartida simultánea, si ambos progenitores viven en el mismo domicilio en unión a sus hijos (supuesto en que la vivienda se dividiese en dos dependencias, caso que “de facto” entendemos difícilmente planteable), mientras que la segunda modalidad es la custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos (al permanecer éstos en el domicilio familiar y trasladarse sucesivamente los padres, esta custodia se suele denominar “tipo nido”, su inconveniente principal es la necesidad de contar con tres viviendas), por otro lado, la tercera modalidad es la custodia compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio para los hijos, es decir “tipo domicilio rotatorio” con una distribución del tiempo de convivencia al 50% (supuesto que en la práctica no se da), y por último la custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores, (si bien el menor permanece más tiempo con uno de sus progenitores, el otro participa en sus tareas diarias) (p. 41).

Por esa razón, se entiende que la tenencia compartida brinda una alternativa para garantizar la igualdad formal y material, ya que en primer lugar el legislador debe renovar la normativa y promulgar una nueva acorde al mandato constitucional dando espacio a esta nueva forma de tenencia, de manera obligatoria tras el criterio del niño y las conclusiones de la oficina técnica del juzgado, y no bajo el criterio del acuerdo entre litigantes porque lo de fondo que se discute es sobre el destino de sus hijos y no el interés de los progenitores.

Esto permite el desarrollo del niño, niña o adolescente en un ambiente en el cual goce de su padre y madre sin restricción, evitando así la discriminación y garantizando la igualdad en todos los sentidos. Esto con el fin de respetar el interés superior del niño quien en un futuro tendrá una vida mucho mejor, pues, se desarrollará con ambos padres evitándose así constantes discusiones por cuestiones de pensiones alimenticias o incumplimiento en los tiempos de entrega del niño tras un régimen de visitas limitado.

3. La tenencia según la práctica judicial de familia en la provincia de Pastaza

Tomando en cuenta que este estudio se realizó con el fin de analizar la tenencia en Ecuador, se recabó una muestra en la provincia de Pastaza y se analizó desde el punto de vista de operadores de justicia, madres, niños y padres representantes de la ideología de coparentabilidad y tenencia compartida.

Entonces, como medio para la realización de este artículo científico se aplicó varias entrevistas guiadas por cuestionarios previamente elaborados (ver anexo). Las entrevistas

se realizaron a cuatro jueces, cuatro madres de familia, tres representantes de tenencia compartida; además diez entrevistas a niños hijos de padres separados y actores colaterales de procesos de tenencia. Los resultados también se comparan con fuentes primarias documentales afines a la temática, normativa constitucional, tratados, convenios y convenciones internacionales sobre niños y también sobre discriminación y desigualdades, Código Civil de 1960 y actualizado y el Código de la Niñez y Adolescencia vigente.

3.1. Resultados de entrevistas a jueces

Cuatro profesionales del derecho participaron en las entrevistas. En su perfil se destaca que tres se desempeñan como juezas de familia, niñez y adolescencia, y uno es juez provincial de la provincia de Pastaza. Los entrevistados coinciden en que la garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre en los trámites donde se litiga la tenencia es nula en un 75%; además consideran que al aplicar el artículo 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, se discrimina al hombre en una contienda legal por la tenencia de sus hijos; esto una vez que la ley establece:

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 (Código de la niñez y adolescencia, 2003).

Por otra parte, el 75% demuestra tener un dominio de los fundamentos doctrinales de guarda y custodia; por lo cual, consideran que la custodia compartida favorece el cumplimiento del interés superior del niño, pues, mencionan que siempre resuelven con base en dicho principio. Por tanto, el no aplicar esta norma de carácter convencional provoca discriminación y afectación tanto al padre como a su hijo, involucrado de manera colateral en un litigio de tenencia o custodia como se denomina en otras legislaciones.

El 25% de jueces opina que impedir mediante el establecimiento de una tenencia diferente a la compartida que el niño o niña disfrute a términos iguales con ambos progenitores, no viola los derechos del niño; y que dependerá siempre de la evaluación exhaustiva de cada caso, aunque en la mayoría la custodia compartida favorece a la madre antes que al padre. Para el 75% de los jueces sin un cuerpo legal no hay mucho que hacer en dichos casos; son claros al sostener que un hijo que comparte con sus dos padres tiene mayores posibilidades de no verse afectado en sus derechos e intereses como ser humano.

Asimismo, sobre la consideración de que en Ecuador sería factible y necesario regular la tenencia compartida, en aras de cumplimentar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y sus derechos del buen vivir, el 75% sostiene que siempre es necesario armar mesas de diálogo con todos los involucrados antes de dictar leyes que desfavorezcan a uno u otro lado (padre o madre); pero que todos los cambios se deben tomarse en función del bienestar total del niño.

3.2. Resultados de entrevistas a madres

Del total de madres entrevistadas, para el 50% sí existe la garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre en los trámites en los cuales se litiga la tenencia, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes; mientras que el otro 50% menciona que existe una irresponsabilidad o abandono de los padres en la mayoría de los casos. Por otra parte, en las entrevistas se menciona que 7 de 10 mujeres después de la separación con los padres de los niños tienen una relación complicada; agregan que no hay un interés y que los padres caen en desacato de lo que ordenan los jueces, y que por eso tienen que recurrir a la aplicación de lo que dicta la ley.

También cabe indicar que 7 de cada 10 niños sí tuvieron opción de elegir con quién de sus padres deseaba vivir; aunque algunas madres se cerraron al tema y mencionaron que los niños no tienen edad para tomar ese tipo de decisiones, y que por ello recurren a un juez, para que este dictamine lo que mejor le conviene a su hijo. En este mismo contexto, el 100% de las madres mencionan que el padre tiene toda la apertura por parte de ellas para poder ver a su(s) hijo(s), siempre que la ley se lo permita, o siempre que sea de mutuo acuerdo entre padre y madre. Consideran que los padres tuvieron las mismas oportunidades que las madres en la tenencia de su(s) hijo(s), pero que la ley establece que la decisión será tomada de acuerdo con el principio de interés superior del niño.

Del 100% de madres entrevistadas, el 50% está de acuerdo en que los hijos menores, ante la separación de sus padres, tengan que compartir en igual tiempo a su papá y su mamá, siempre y cuando el Tribunal pudiera establecer esta condición. Para el 50% de madres restantes siempre debe actuarse bajo ley y, sostienen, que los padres deben comprometerse a compartir todas las actividades con los niños. Asimismo, manifiestan su preocupación en la fijación de horarios o fechas de custodia.

Finalmente, sobre la consideración de que las leyes ecuatorianas deberían reformarse, para que los padres tengan igualdad de condiciones en la tenencia compartida,

el 75% afirma estar en desacuerdo, pues, su sentir es que los padres no respetan los dictámenes, y que hay un total desinterés por sus hijos. A juicio de ellas, si se modifican las leyes a favor de los padres, habrá desatenciones que dejarán con impotencia a las madres, quienes en algunos casos han tenido que recurrir a las autoridades y hasta impulsar acciones penales para proteger el derecho de sus hijos.

3.3. Resultados de entrevistas a representantes de tenencia compartida en Ecuador

De los representantes del Colectivo Tenencia Compartida, el 67% sostiene que no existe garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre en los trámites en los cuales se litiga la tenencia, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes. El argumento sostenido es que, en la mayoría de las resoluciones dictaminadas en el Ecuador, la tenencia se la otorga a la madre por los cuerpos legales existentes y vigentes. Por otra parte, el 33% del Colectivo Tenencia Compartida considera que otorgar la tenencia, cuidado y protección a favor de la madre constituye discriminación al padre y violación al interés superior del niño.

Asimismo, el 33% no comparte el criterio de que establecer una tenencia compartida viola los derechos de los niños; por el contrario, afirman que esto ayudaría en su desarrollo integral; recalcan que, en la mayoría de los casos, la modalidad de tenencia compartida favorece a la madre antes que, al padre, lo cual refuerza el respeto del interés superior de los hijos.

La totalidad del Colectivo Tenencia Compartida está de acuerdo en que es factible y necesario regular la custodia compartida, en aras de cumplimentar el interés superior de los niños y sus derechos del buen vivir, dado que así no se discriminaría al padre frente a la madre y se propiciaría la igualdad de derechos. Sin embargo, realizan una observación: que siempre se revise detenidamente cada caso, y con el debido cumplimiento de las leyes complementarias, así como, basándose en el principio del interés superior del niño.

3.4. Resultados de las entrevistas a niños

Las preguntas a niños se realizaron bajo supervisión y con el permiso de su representante legal, obteniendo como resultados que siete de cada diez niños están bajo la custodia de su madre. De cada diez niños ocho sienten más confianza con su madre; y

nueve de cada diez mencionan que es la madre quien les presta mayores atenciones y son más afectuosas.

Pese a ello, el 60% afirma que le gustaría vivir con su papá, considerando la separación como factor de decisión. Dentro de esto también se descubrió que el 50% tiene un sentimiento de culpa cuando hay discusiones familiares, y que, además, los padres hablan mal uno del otro, lo cual perjudica la imagen que tiene el niño de cada uno de los padres, y crea mayores problemas emocionales. Cinco de cada diez presentan problemas emocionales causados por la separación de los padres.

3.5. Discusión de los resultados obtenidos

Con base en los resultados de todos los personajes entrevistados, se obtuvo que en la mayoría de los casos existe o se evidencia una discriminación hacia el hombre, siendo poco equitativo; por lo cual, no existe la garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre en los trámites en los cuales se litiga la tenencia, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, se menciona que los casos son resueltos con base en el interés superior del niño; sin embargo, la tenencia mayoritaria la tiene la mujer.

El código está rezagado en relación con el del resto de países de América Latina y tiene estereotipos de padre proveedor y madre criadora. Además, promueve la disputa de los hijos en vez de la corresponsabilidad consagrada en la Constitución. (Villarreal, 2017, p. 1)

Según Villarreal, existe estereotipos, que discriminan tanto al padre como a la madre, aunque la potestad le dan a la madre porque es quien cría a los niños y no se la dan al padre en vista de criterios de legalidad y taxatividad de la normativa vigente.

En realidad, el problema es que el derecho refleja los estereotipos de género, refuerza las instituciones patriarcales y el orden establecido. Para muchos hombres es muy cómodo que las mujeres sigan con sus hijos, solas, sin ellos, porque desde el patriarcado eso está bien, pero para otros que ya superaron el orden patriarcal, quieren compartir con los hijos; por tanto, quieren a sus hijos, exigen la custodia y la tenencia. Y lamentablemente, siguiendo la regla, se les niega. En ese sentido, se aprecia que este es un problema cultural y no de derecho.

Por ello, refieren que se debe cambiar el código y con ello demostrar equidad de género, sobre todo en función del interés superior del niño. La pensión alimenticia, que es otro tema muy diferente, pero que entra a esta misma discusión, no compra el corazón o

amor de los hijos, puesto que lo que necesitan es que los progenitores estén bien y compartan actividades en la crianza de sus hijos, eso es lo equitativo y justo que buscan con las reformas algunos colectivos de padres.

Los resultados obtenidos y las contrarrespuestas encontradas en otros autores indican que las leyes son desfavorecedoras para los padres, llegando a ser discriminatorias por la falta de equidad. Además de perjudicar la imagen del padre, también se menciona asuntos de pensiones alimenticias, ya que consideran que el padre es el proveedor del hogar, y por incumplimiento en varios casos han sido encarcelados lo cual dista de cualquier equidad de género; en consecuencia, es excluido de la convivencia familiar y de la compartición de actividades de crianza.

De modo que la aplicación de la modalidad de tenencia compartida sería la mejor opción para lograr un sistema no discriminatorio y garantista del interés superior del niño, así como un medio para lograr un desarrollo íntegro de los niños tras la separación de sus padres y evitar una alienación parental.

3.6. Interés superior del niño, igualdad formal y material y no discriminación, y masculinidades

a) Interés superior de las niñas, niños y adolescentes

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes han evolucionado a partir del siglo XX, pues se han creado diversos instrumentos internacionales y nacionales de protección para ellos. En el gráfico 1 se muestran instrumentos que contienen normas sobre derechos de este grupo de especial atención y su aparición en el tiempo:



Gráfico n.º 1: Evolución de derechos de los niños y adolescentes
 Fuente: Yanes, 2016

El Estado ecuatoriano, en el reconocimiento de sus compromisos internacionales al suscribir tratados o pactos que contienen normas que protegen derechos incorpora en la Constitución de la República del Ecuador, la obligación de que “el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, niñas 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” (CRE, 2008, art. 44). Esto quiere decir, que el principio del interés superior tiene como objeto garantizar el cumplimiento de los derechos que pertenecen a este grupo de atención prioritaria como lo son niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia hace énfasis en que “el interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, así como impone a todas las autoridades administrativas, judiciales, públicas y privadas “el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento” (CNA, 2003, art. 11).

Ahora bien, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes es el principio fundamental de la política pública de Estado ecuatoriano como también de la aplicación obligatoria en los procesos de niñez y adolescencia en el marco legal. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en la Convención de los Derechos del Niño (Unicef, 2006). El interés superior de los niños y niñas se le puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños,

niñas y adolescentes, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y el bienestar general (López-Contreras, 2015).

El interés superior los niños, niñas y adolescentes es considerado:

[...] instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (Aguilar, 2008, p. 238).

La humanidad, en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado —frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes bajo las políticas públicas dirigidas a la infancia, los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad— hace que existan falencias en reglamentos de los derechos del niño, niña y adolescente hacía que la noción del interés superior pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de derecho (Cillero, 2001).

De esto se colige que es cierto que, en ausencia de normas, reglamentos que reconozcan derechos y ante la precariedad del estatus jurídico de la infancia, una norma que remitiera al interés superior del niño podía orientar positivamente, aunque solo fuera de manera ocasional, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad.

De ese modo, se deduce que a todo niño, niña y adolescente se le debe proteger con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por eso se dice que el interés de tutela del niño o adolescente prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración de Estado y paternocéntrica.

b) Principio de igualdad formal y material

La normativa constitucional de 2008, al referirse a la igualdad, sostiene que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”

(CRE, 2008, art. 11, 2). Se entiende que el padre, la madre y el niño gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades al momento de una disputa sobre la tenencia y protección. Es necesario partir del hecho de que no se trata de intereses particulares, sino del interés superior de personas vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes.

Para garantizar esa igualdad se debe tomar muy en cuenta la voluntad del niño y permitirle opinar en el proceso para luego concluir con una resolución que favorezca el desarrollo integral y emocional del niño. Los derechos que les amparan a los padres no son menos importantes; por eso se deben analizar las pruebas aportadas al juzgador y encaminarlas a cumplir el verdadero fin, siendo este el desarrollo integral del niño o adolescente, que le permita una vida digna en la cual disfruten de una relación parentofamiliar plena y alejada de los conflictos de sus progenitores.

Si se analiza el Código de la Niñez y Adolescencia en lo relativo a los procesos de tenencia se puede apreciar que hay preferencia a la madre al momento de decidir sobre quien de los dos progenitores ejerce el cuidado y protección de su hijo, y es ahí cuando se rompe el principio de no discriminación consagrado en el inciso tercero del ya mencionado artículo 11 de la Constitución ecuatoriana.

De lo expuesto, se aprecia que existe una discriminación en razón del sexo y, de cierta forma, se minimiza la capacidad del hombre para poder cuidar a sus hijos. En muchas ocasiones se decide con base en estereotipos que tachan de ebrios, drogadictos, irresponsables o desordenados, provocando situaciones que no son tan ciertas y merman el derecho de los niños obligándolos a sufrir una fragmentación sentimental.

Aunque el tema de la igualdad en sí no concierne a este estudio, sin embargo, cabe mencionar que existe un derecho a la igualdad formal y material, consagrados en la norma constitucional en los derechos de libertad, constantes en el artículo 66, numeral 4 (CRE, 2008). Estas dos dimensiones tienen una diferencia ya que la igualdad formal o legal se refiere a que “las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase [...]” (CCE, 2016, Sentencia 019-16-SIN-CC, Caso 0090-15- IN).

La igualdad material prevista en la Constitución en su artículo 11, numeral 2 [...] no solo incluye que todas las personas sean tratadas como iguales ante la ley, sino que además las personas que se encuentran en una situación diferente sean tratadas en función de esta diferencia, a efectos de alcanzar la igualdad material y no incurrir en una discriminación de sus derechos. (CCE, 2016, Sentencia 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP)

Como garantía de igualdad formal el legislador debe normar y reformar acorde al mandato del pacto social contenido en la Constitución, y regular la situación sin

discriminar a las personas que se encuentran en situación de iguales evitando al máximo discriminaciones, siempre desde la perspectiva del interés superior del niño, lo cual, a criterio de esta investigación, no implica romper este principio. Acerca de la igualdad real el Estado debe aplicar las medidas de acción afirmativa, pero a favor de los niños que son un grupo con doble vulnerabilidad y se encuentran protegidos en el artículo 35 de la *norma normarum*.

En definitiva, el principio de igualdad hace énfasis en la capacidad de su entorno familiar, social, y de la predictibilidad de los niños, niñas y adolescentes; y estos tres elementos establecen el contenido esencial para alcanzar el interés emocional de padres e hijos.

c) Masculinidades

Desde una definición básica de masculinidad, Hardy y Jiménez (2001) acuden al Diccionario de la Lengua Española, y encuentran que esta se refiere a la cualidad de masculino, la virilidad y el ser varonil, además de cualidades como enérgico, fuerte y macho. La masculinidad se basa en valores físicos que posteriormente se transforman en valores morales. Además, la masculinidad se ha sexualizado y es tratada como sinónimo de virilidad (Barbosa, 1998). La sexualización de la palabra masculinidad y sus representaciones simbólicas están asociadas al falo y a los comportamientos resultantes del hecho de poseerlo y de dar pruebas de su funcionamiento (Parker, 1991). Para muchos hombres, la masculinidad está relacionada con la geometría del órgano sexual masculino. Este se usa como instrumento para medir la virilidad y representa la masculinidad (Barbosa, 1998. p. 79)

Siguiendo a dichos autores, se aprecia que miran a la masculinidad tradicional y la observan desde estudios antiguos casi similares a la época cuando se instauró como institución a la tenencia en el Código Civil ecuatoriano (1960). Si se toma en cuenta al hombre como un macho que debe cumplir ese rol ante su padre y madre, la esposa, sus amigos y la sociedad, bien podría decirse que jamás se vería a ese hombre criando a sus hijos y peor peinando niñas ya que esto afectaría su papel ante la sociedad de ese entonces.

Así, el poder y la masculinidad se han venido relacionando en un proceso histórico de reproducción mutua, por lo que lo masculino y las formas del poder se han venido definiendo mutuamente a lo largo de la historia; de manera que se ha hecho hegemónica

una forma de poder ejercida por los hombres, que a su vez los ha seguido colocando en posición de poder y privilegio de generación en generación (Gasteiz e Iradier, 2013).

Ahora bien, tras el paso del tiempo se ve que los hombres han ido cambiando la mentalidad y buscando cambios desde su apariencia hasta sus pensamientos de cómo tratar al sexo opuesto, las relaciones entre amigos y la manera de expresar sus sentimientos. Se nota un cambio importante en los ámbitos familiares respecto al cuidado de los niños o adolescentes.

El hombre actual, de cierta forma, lucha en contra de los estereotipos atados a la figura del macho poderoso, pues, busca la sensibilidad, por ejemplo, en el trato a sus hijos e hijas. Pretende actuar en una situación de iguales ante las mujeres y, sobre todo, alcanzar un espacio tras la desvalorización que de cierta manera se le ha dado por la influencia de las ideas feministas de los últimos tiempos.

Por tanto, puede afirmarse que la sociedad está dando pasos hacia nuevas masculinidades que deben ser tomadas en cuenta al momento de resolver temas que vinculen a la familia especialmente al bienestar de los niños que toman un papel preponderante en la vida de pareja.

4. Conclusiones

Esta investigación aporta una modesta evidencia empírica al análisis de la figura de la tenencia compartida en el marco jurídico ecuatoriano, con énfasis en las ventajas de su implementación en la legislación nacional. Es palpable que la tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en Ecuador, permite un mayor acceso al padre a la participación del cuidado y crianza del hijo o hija una vez disuelto el vínculo conyugal o sentimental.

También aborda la discriminación de género, sufrida por el padre en los procesos de tenencia de los niños y adolescentes. Dentro de este marco los resultados obtenidos muestran el favoritismo de la tenencia hacia la madre, pese a que el 75% de los jueces mencionan que toda acción es tomada dependiendo del principio de interés superior del niño. Además, se muestra que dentro de la normativa vigente y en las resoluciones dictadas por los administradores de justicia no se respeta el principio constitucional de igualdad de las personas y no discriminación.

Las masculinidades irrumpen al momento de legislar. Desde el inicio de la legalización sobre la tenencia de los hijos esta tarea tuvo direccionamiento hacia la madre,

lo cual continuó en el Código de la Niñez y Adolescencia. Por eso, se afirma que hay discriminación directa en contra del padre.

De lo estudiado se colige que el hombre actual está cambiando su forma de pensar y, desde una hipótesis para posteriores investigaciones, se afirma que le gusta compartir tiempo de cuidado, protección y salvaguarda de los derechos de sus hijos. En otras palabras, el interés personal está dando paso al interés conjunto relacionado con el porvenir de sus hijos.

La patria potestad debe ejercerse conjuntamente por el padre y la madre, sea que se encuentren o no casados. En esta investigación se reitera acerca de que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes, pues allí recibirán protección, amor, comprensión y asistencia según lo que la sociedad requiere de ellos.

También se concluye que los jueces pueden pedir la opinión de especialistas cualificados respecto al régimen de custodia para niños, niñas y adolescentes más beneficioso y a la idoneidad de los padres para ejercer la patria potestad.

Desde el análisis jurídico realizado, la implementación de la tenencia compartida en Ecuador debe concebirse como un principio de igualdad entre padres, con base en los intereses de las partes involucradas. La guía mayor debe ser el principio superior del interés del niño. Las reformas deben primar a favor de los niños. Además, padres y madres deben tener las mismas oportunidades y participación en la crianza de sus hijos.

Finalmente, cabe recalcar que los resultados empíricos de este estudio local no se los pretende transpolar a escala nacional. Es recomendable que se lleven adelante investigaciones de mayor alcance. La evidencia encontrada haría pensar que en Ecuador es necesario estudiar acerca de la posibilidad de implementar otros tipos de tenencia aparte de la exclusiva. ¿Cuál de los otros tipos de tenencia serían pertinentes en Ecuador que sean menos discriminatorios hacia el padre? La tenencia compartida podría ser la que más se ajusta hacia ese fin. La clave es velar por la garantía de cumplimiento y respeto del interés superior del niño.

5. Bibliografía

- Aguilar, C. G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, 6(10), 223-247. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>.
- Cabanellas De la Torre, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Castillo J., y H. Morales (2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas. *Educación y humanismo*, 15(24), 107-121. Recuperado de <https://n9.cl/he48>.
- Catalán Frías, M. J. (2011). La custodia compartida. *Revista Derecho y Criminología: Anales*, (1), 57-82. Recuperado de <https://n9.cl/65vs>
- Cillero, B. M. (2001). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En *Unicef Derechos de la niñez y la adolescencia antología* (pp. 31-46), Costa Rica: Conamaj / Escuela Judicial / Unicef.
- De Torres Perea, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 1-64.
- El Telégrafo. (4 de mayo de 2017). La tenencia de los hijos, un eje en la reforma al Código de la Niñez. *El Telégrafo*. Recuperado de <https://n9.cl/l1ygt>
- Ferrajoli, L. (2004). Igualdad y diferencia. En Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (pp. 73 - 96). Madrid. Editorial Trotta.
- Gasteiz, V., y Iradier, M. (2013). *Los hombres, la igualdad y las nuevas masculinidades*. Vitoria-Gasteiz: Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. Recuperado de <https://n9.cl/rl5l>
- Gil Domínguez, A., M. V. Fama, y M. Herrera. (2007). *Derecho constitucional de la familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Hardy, E., y A. L. Jiménez (2001). Masculinidad y género. *Políticas y estrategias en salud pública*, 27(2), 77-88. Recuperado de <https://n9.cl/5wf7>
- Herranz, A. (2014). Guarda y custodia compartida: Hacia la unificación de criterios en el recurso de casación. *Revista Boliviana de Derecho*, (18), 592-601. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539914035>.
- Kaufman, M. (2013). *Los hombres, el feminismo y las experiencias contradictorias del poder entre los hombres*. MenEngage Alliance. Recuperado de <https://n9.cl/fc9i>

- Kemelmajer, A., y Marisa Herrera (dirs.). (2014). *Suplemento especial: Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley. Recuperado de <https://bit.ly/2oIFuzF>.
- López-Contreras, C. R. (2012). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*, 13(1), 51-70. Recuperado de <https://n9.cl/cbpt>
- Medina, G., y M. Hollweck. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. Congreso de la República del Perú. Recuperado de <https://bit.ly/2lmAr0Q>
- Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., Marín, C., Ana, M., & Soler, C. (2007). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho, 131-151. *Anuario de Psicología Jurídica*. Madrid: COP. Recuperado de <https://n9.cl/xv7y>
- Pérez, M. Reflexiones en torno a la custodia de los hijos: La custodia compartida y las reformas de 2004. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 39(116), 501-534. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/427/42711608.pdf>.
- Rodríguez-Domínguez, C., A. Jarne, y X. Carbonell. (2015). Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las sentencias judiciales. *Acción psicológica*, 12(1), 1-10. Recuperado de <http://scielo.isciii.es/pdf/acp/v12n1/articulo1.pdf>.
- Romero, A. M. (2011). *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*. Madrid, España: Editorial Reus, S.A. Recuperado de <https://n9.cl/ifnli>
- Yanes, S. L. (2016). El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. Recuperado de <https://n9.cl/N3wU>
- Zaidán, A. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: Normativa* (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. Recuperado de <https://bit.ly/2hNeB0N>

Referencias legales

- CCE. (28 de marzo de 2018). Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia n.º 120-18-SEP-CC*. Caso n.º 1225-15-EP.
- CNA. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia. Ley 100*. Registro Oficial 737. Recuperado de <https://n9.cl/kt30>.

Código Civil. (2005). Registro Civil Suplemento 46.

COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Asamblea Nacional. Registro Oficial 180.

CRE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional Constituyente. Registro Oficial 449. Recuperado de <https://n9.cl/6xse>

Ley 170, Código de Menores. (1992). Registro Oficial 995.

Unicef. (2006). *Convención de los derechos del niño*. Madrid, España: Unicef. Recuperado de <https://n9.cl/pnq7>

6. Anexos

**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO
Cuestionario de entrevista a juzgadores**

Objetivo: Determinar la tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador.

1. ¿Existe la garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre en los trámites donde se litiga la tenencia, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes?

2. ¿Considera usted que aplicar el artículo 106, numerales 2 y 4, discrimina al hombre en una contienda legal por la tenencia de sus hijos?

3. ¿Domina usted los fundamentos doctrinales de la custodia compartida?

4. ¿Considera usted que la custodia compartida favorece el cumplimiento del interés superior del niño?

5. ¿Es usted del criterio de que impedir, mediante el establecimiento de una custodia diferente a la compartida, que el niño o adolescente disfrute a términos iguales con ambos progenitores viola sus derechos?

6. ¿Considera usted que en la mayoría de los casos la custodia compartida favorece a la madre antes que al padre?

7. ¿Considera usted que siempre que sea pertinente establecer la custodia compartida favorece los derechos del buen vivir de los niños?

8. ¿Considera usted que en el Ecuador sería factible y necesario regular la custodia compartida en aras de cumplimentar el interés superior de los niños y sus derechos del buen vivir?

Gracias

**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO
Cuestionario de la entrevista a madres de familia**

Objetivo: Determinar la tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador.

1. ¿Existe la garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre en los trámites donde se litiga la tenencia, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes?

2. ¿Cómo es la relación del padre con su hijo después de la separación?

3. ¿El o los niños tuvieron opción a elegir con quién deseaban vivir?

4. ¿Conoce usted si el padre ha presentado problemas para poder ver a su(s) hijo(s)?

5. ¿Conoce si el padre tuvo las mismas oportunidades que usted por la custodia de su(s) hijo(s)?

6. ¿Considera usted que sería bueno, para los hijos menores, que, ante la separación de sus padres, el Tribunal pueda establecer que ambos padres tendrán por igual tiempo a su hijo?

7. ¿Cree usted que las leyes actuales en materia de custodia de los hijos se inclinan por la custodia compartida, puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos?

8. ¿Considera usted que las leyes ecuatorianas deberían reformarse para que los padres tengan igualdad de condiciones en la tenencia compartida?

9. ¿Considera usted que actualmente el padre y madre tienen las mismas condiciones, responsabilidades y derechos sobre sus hijos para tomar las decisiones respecto de ellos?

Gracias

**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO
Cuestionario de la entrevista representantes de Tenencia Compartida Ecuador**

Objetivo: Determinar la tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador.

1. ¿Existe la garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre en los trámites donde se litiga la tenencia, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes?

2. ¿Considera usted que otorgar la tenencia, cuidado y protección a favor de la madre constituye discriminación al padre y violación al interés superior del niño?

3. ¿Es usted del criterio de que impedir, mediante el establecimiento de una custodia diferente a la compartida que el niño disfrute a términos iguales con ambos progenitores, viola sus derechos?

4. ¿Considera usted que en la mayoría de los casos la custodia compartida favorece a la madre antes que al padre?

5. ¿Considera usted que siempre que sea pertinente establecer la custodia compartida favorece los derechos del buen vivir de los niños, niñas y adolescentes?

6. ¿Considera usted que en Ecuador sería factible y necesario regular la custodia compartida en aras de cumplimentar el interés superior de los niños y sus derechos del buen vivir, evitando así discriminación al padre?

Gracias

**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO
Cuestionario de la entrevista a niños**

Objetivo: Determinar la tenencia compartida como garantía del derecho a la igualdad del padre frente a la madre y del interés superior del niño en el Ecuador.

1. ¿Con quién vives: con tu papá o tu mamá?

2. ¿Con quién te sientes más en confianza: con tu papá o tu mamá?

3. ¿Quién de ellos te consiente más?

4. ¿Si tu papá se va de la casa, con quién te gustaría ir a vivir, con tu papá o con tu mamá?

5. ¿Quisieras que tu mamá y tu papá vivan juntos?

6. ¿Cuándo tu mamá y tu papá se pelean cómo te sientes?

7. ¿Tu mamá habla bien de tu papá cuando él no está?

Gracias