

## **La tenencia compartida como una garantía del derecho a la igualdad de los padres**

*Shared possession as a guarantee of the right to equality of parents*

**Bolívar Iván Pozo Gordón, Diego Fernando Trelles Vicuña**

### **Resumen**

La tenencia compartida de los padres sobre los menores hijos e hijas ha sido un tema objeto de diversas discusiones en los juicios de familia, siendo la tenencia uno de los aspectos más importantes a considerar por el juez al momento de tomar una decisión en la que se ha roto la convivencia familiar y los padres deciden separarse. En ese sentido, el tema objeto del presente estudio, puede considerarse como un derecho de los progenitores, por lo cual se deben respetar ciertas garantías para su pleno ejercicio, y una de esas garantías es sin duda la igualdad que debe prevalecer en el goce del derecho. Así, la tenencia compartida se convierte en un derecho no solo para el menor, sino también para los padres, y en el que la igualdad de condiciones debe ser tomada en cuenta por el juez para preservar los derechos tutelados.

Palabras clave: Familia; igualdad; tenencia.

---

### **Bolívar Iván Pozo Gordón**

Universidad Católica de Cuenca | Cuenca | Ecuador | bolivar.pozo.25@est.ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0009-0000-6012-5276>

### **Diego Fernando Trelles Vicuña**

Universidad Católica de Cuenca | Cuenca | Ecuador | dtrelles@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-8466-7165>

<https://doi.org/10.46652/runas.v5i10.207>

ISSN 2737-6230

Vol. 5 No. 10 julio-diciembre 2024, e240207

Quito, Ecuador

Enviado: agosto 17, 2024

Aceptado: octubre 16, 2024

Publicado: noviembre 13, 2024

Continuous Publication

## Abstract

Shared custody of parents over minor sons and daughters has been a subject of various discussions in family trials, with possession being one of the most important aspects to be considered by the judge when making a decision in which Family coexistence has broken down and the parents decide to separate. In that sense, the subject of this study can be considered as a parental right, for which certain guarantees must be respected for its full exercise, and one of these guarantees is undoubtedly the equality that must prevail in the enjoyment of right. Thus, shared possession becomes a right not only for the minor, but also for the parents, and in which equality of conditions must be taken into account by the judge to preserve the protected rights.

Keywords: Family; equality; tenure.

## Introducción

Se ha dicho desde tiempos milenarios que la familia es la base de la sociedad y sobre la cual se van construyendo los cimientos que darán soporte a los diversos niveles comunitarios que componen las naciones. Tal afirmación no puede ser más cierta, y es que, la familia como institución, ha trascendido las diversas culturas y civilizaciones por las que ha transcurrido la humanidad hasta llegar a lo que hoy conocemos como nación en su sentido antropológico. En ese sentido, la familia ha tenido que ser considerada como un grupo social sujeto de especial protección a través de los diversos mecanismos políticos y jurídicos de manera que puedan mantenerse sus fundamentos lo más estables posibles, para que de igual forma puedan desarrollarse sociedades igualmente estables.

En la familia, sin lugar a duda, los niños, niñas y adolescentes son la figura sobre la cual se rodea dicha institución, que si bien, es cierto, de acuerdo a las doctrinas modernas, existen muchos tipos de familias—con niños y niñas o no— tradicionalmente se ha concebido a la familia moderna como un conjunto de personas, integrado por padre, madre e hijos o hijas, y son esos hijos o hijas quienes tienen un mayor riesgo de vulnerabilidad al momento de presentarse los conflictos familiares. Cuando ocurren conflictos familiares en los que los hijos o hijas se ven directamente afectados y que generalmente se producen por una ruptura en la relación de pareja, aparece un problema para esos menores, y es que esa familia puede terminar en una separación física en donde la convivencia ya no será posible, por lo que los hijos e hijas tendrían que compartir con sus padres de manera separada y consecencialmente, en hogares distintos. Tal situación es naturalmente traumática, no sólo para los menores, sino también para los padres.

Actualmente hay un aumento importante en la separación de parejas, por lo que cuando se rompe un matrimonio, una relación de convivencia o cualquier tipo de relación conyugal, conlleva consecuencias que afectan más a los hijos, porque provoca inestabilidad emocional y psicológica en ellos. Tal circunstancia al ser abordado como problema de estudio académico requiere de un abordaje científico que incluya diversos métodos, técnicas e instrumentos de investigación que permitan establecer una clara relación en el problema abordado y los resultados obtenidos con unas conclusiones coherentes. Así, en el presente estudio se emplearán técnicas como la revisión bibliográfica tanto doctrinarias como normativas y jurisprudenciales además de diversos métodos analíticos para su estudio.

Uno de los principales problemas que comporta la ruptura del vínculo de pareja en la familia y su afectación en los hijos e hijas, se centra en la aplicación de la ley, dejando al niño en una posición vulnerable mientras uno de los padres decide acogerlo o no. Es fundamental que el juez identifique y evalúe todas las circunstancias que le dan al niño o joven la oportunidad de desarrollarse en un ambiente donde no existe ningún vínculo afectivo, económico, etc. Dejar la custodia exclusiva de niños y jóvenes a uno de los padres genera batallas legales entre padres que utilizan a sus hijos como trofeos, imposibilitando establecer una custodia compartida que reduzca en daño psicológico a niños y jóvenes.

A falta de un marco legal regulatorio, porque en nuestro sistema ecuatoriano se opta por la propiedad monoparental; es decir, que sólo puede ser disfrutada por uno de los padres, y se crea un sistema de visitas para el otro padre. Si bien es cierto que en el Código de la Niñez y Adolescencia se habla sobre el principio del interés superior del niño y contiene importantes derechos, sin embargo, no hace referencia a la tenencia compartida, por ende, se lo debe de adaptar a la realidad actual, para que de ese modo se respeten y hagan efectivos varios derechos que protejan a niños, niñas y adolescentes, pero sobre todo se busque el fortalecimiento de las relaciones familiares después de una separación conyugal.

Por lo expuesto se considera necesario regular en el Código de la Niñez y Adolescencia, la tenencia compartida, la cual a pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el Juez podrá otorgarla a ambos progenitores, luego de producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, en la cual el hijo/a vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo, salvo causas que a criterio del juez las considere graves para el desarrollo integral del hijo o hija, como las establecidas en los numerales 3 y 4 del artículo 108 del Código Civil, tales como inhabilidad física o moral del progenitor o temor a la perversión; o, al cónyuge que fue el causante del divorcio (CIVIL, 2005).

En la actualidad, los problemas emergentes por la tenencia se hacen presentes en los juzgados y las sentencias emitidas por los jueces ecuatorianos que se basan en el beneficio del menor; sin embargo, parte de las decisiones han sido a favor de la madre, provocando que exista una desigualdad de género. Otra problemática que se aborda en el presente artículo es la oscuridad o falta de norma respecto a la tenencia compartida dentro del Código de la niñez y adolescencia y Código Civil, en comparación a países como Chile, Perú y España por lo que es fundamental realizar un análisis de los factores y circunstancias a la hora de decidir la situación de tenencia de los menores para que esta sea compartida.

Así, la principal pregunta del presente estudio sería ¿Cuál sería el mecanismo adecuado para garantizar el derecho de los menores dentro de la institución de la custodia o tenencia compartida?, y de no existir ese mecanismo ¿Cómo se podría diseñar una figura que pueda dar respuesta a las necesidades de padres, madres e hijos respecto a la situación planteada? Para tales fines se ha planteado como objetivo general, Establecer la necesidad imperante de reformar o de incluir en el Código Orgánico de la Niñez y adolescencia la figura legal de Tenencia Compartida, ya que si bien

no existe la debida protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto a la Tenencia compartida.

Así mismo, los objetivos específicos serían el de los diversos criterios doctrinarios sobre la tenencia compartida en varios países de Latinoamérica; a la luz de las garantías constitucionales; el análisis de la situación actual y como se ha ido enfocando la tenencia compartida en la ejecución de la normativa al momento de dictar las respectivas sentencias, así como también el estudio de la normativa vigente en cuanto la tenencia compartida dentro de nuestro sistema de justicia ecuatoriano. La estructura del presente trabajo estará compuesta por un resumen, una introducción, el respectivo marco teórico, la metodología empleada, los resultados, conclusiones y referencias utilizadas.

## **Marco teórico**

### ***Los niños, niñas y adolescentes como sujetos primordiales de derechos. Antecedentes históricos.***

El desarrollo de los pueblos debería ser medido por su capacidad para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes porque de ello depende el futuro de cada nación. Haciendo un recorrido histórico se encuentra que en la antigüedad y a lo largo de la edad media no existen referencias que indiquen la existencia de algún documento o elemento especial que permita hablar de la protección del niño, en línea general eran considerados “adultos pequeños” (Gómez, 2014).

Es a mediados del siglo XIX que en Francia surge la idea de ofrecer protección especial a los niños. Progresivamente se fue perfilando un marco legal hacia los derechos de los niños. En 1841 se crea una ley que protege laboralmente a los menores y en 1881 Francia garantiza, legalmente, el derecho a la educación. Ya en el siglo XX esta misma nación extiende el ámbito de los derechos del niño. A principios del siglo XX, comenzó a implementarse la protección de los niños, incluso en el área social, jurídica y sanitaria. Este nuevo desarrollo, que comenzó en Francia, se extendió más adelante por toda Europa (UNICEF, 2012).

En 1919 al crearse la Liga de las Naciones, posteriormente la ONU, la comunidad internacional mostró mayor interés por el tema y creó el Comité para la protección de los niños. Es el 16 de septiembre de 1924 que la Liga de Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, también denominada, Declaración de Ginebra, fundamentado en el trabajo pionero del médico polaco Janusz Korczak. Entre las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial se encuentra el desamparo en que quedaron miles de niños, por lo que las Naciones Unidas crearon un fondo para la infancia y así nació la UNICEF que en 1953 se le otorgó carácter de organización internacional permanente.

Al comienzo la UNICEF se centró en proporcionar ayuda a los niños y jóvenes víctimas de la Segunda Guerra mundial en Europa, posteriormente amplía su ámbito hacia los países en vía de desarrollo, estableciendo programas para que los niños tuviesen acceso a la educación y salud.

En 1948 la Declaración de los Derechos Humanos reconoce a los niños como sujetos de derechos especiales.

La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada por las Naciones Unidas en el año 1959 y en ella están contenidos los 10 principios que describen los derechos del niño y que fue acogida por varios países. La ONU después de aprobar la Declaración de los Derechos Humanos presenta una Carta de Derechos Fundamentales con la finalidad de exigir a los particulares: hombres, mujeres, padres y a los gobiernos regionales y nacionales a que “reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente...” (ONU, 2006).

Dentro de este marco histórico es importante resaltar que las legislaciones que se crearon para dar cumplimiento a los derechos del niño se fundamentaron en la Doctrina de la situación Irregular, de hecho, fue la doctrina dominante en América durante el siglo XX. Este fundamento teórico en su momento representó un avance en el trato y protección de los niños, niñas y adolescente porque permitió el desarrollo y organización de toda una institucionalidad, al tiempo que creaba políticas públicas dirigidas a tutelar a los menores en situación irregular (Ravellat, 2020).

Si bien es cierto que la doctrina del menor en situación irregular llenó un vacío jurídico existente, la misma vulneraba la dignidad y los derechos humanos de los niños, niñas, adolescentes y sus familias ya que el niño, desde esta concepción, era objeto de derecho no sujeto de derechos lo cual implica que no tenía capacidad jurídica de ejercicio por lo que no podía ejercer, reclamar o exigir derechos, ni tomar decisiones o expresar opiniones.

Aunado a esta situación se encuentra el hecho de percibir al niño desde la lástima, caridad, compasión y represión. Lo cual significaba que los niños sujetos a atención eran aquellos que sin hacer distinción entre, los que eran víctimas de abandono familiar y aquellos que infligían la ley, eran privados de libertad en instituciones gubernamentales, con pocas oportunidades para la reinserción social. De allí que la ley, se considerara discriminatoria y criminalizadora de la condición de abandono o pobreza del niño.

El análisis de las funciones concretas de la doctrina de la situación irregular remite a las vicisitudes de las políticas sociales básicas en el contexto latinoamericano. La esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los “menores”. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas (Amaral, 2015).

La doctrina de la Situación Irregular dotó a los tribunales facultades ilimitadas con el propósito del amparo jurídico y la reeducación bajo la justificación de dar protección social y legal a los niños, (quienes fueron denominados menores). Los jueces de los tribunales de menores tenían un poder total para decidir sobre las acciones a tomar con referencia a los niños y adolescentes sin

hacer distinción entre lo social y lo jurídico. Desde esta perspectiva los menores no eran capaces ni autónomos por lo que no se les reconocían derechos ni deberes con respecto a los padres o al estado, como consecuencia, la doctrina de Situación Irregular no era para todos los niños, sino para aquellos que ya, de entrada, eran vulnerables y requerían la ayuda del Estado para transformarse en ciudadanos (Santillan, 2011).

La doctrina de la Situación Irregular en su carácter discriminatorio tomaba como criterios para calificar la situación de abandono las condiciones de pobreza o exclusión, tales como: la falta de alimento, el acceso a la salud y a la educación. Los niños, niñas y adolescentes en estas condiciones eran separados coactivamente de sus familias y privados de libertad en instituciones en régimen cerrado. La privación de la libertad es otro aspecto que caracterizó la doctrina de la situación irregular, tal privación se manifiesta en la separación del niño de su núcleo familiar y ser recluso en las instituciones del estado creadas para tal fin, en realidad la doctrina desestimaba el valor de la familia en el desarrollo del niño y coloca al Estado como sustituto.

### ***El derecho a la igualdad: derecho, principio y garantía.***

El Derecho a la igualdad constituye un gran avance en materia de derechos humanos, que tal como se señala en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, abarca a toda “la familia humana”, sin embargo, para los fines investigativos del presente trabajo es necesario abordar el tema del lenguaje utilizado. La declaración está conformada por 30 artículos de los cuales 28 inician con las palabras “toda persona”, “nadie” o un genérico similar por lo que es importante resaltar que, para la época en que fue elaborado, 1948 representa un modelo paradigmático de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, en el artículo 26.3 sobre la educación señala: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. Se encuentra la expresión “los padres” que se entiende que incluye a las madres, pero al mismo tiempo las invisibiliza a través del uso masculino “padres” que refiere a hombre y en el presente se considera un lenguaje sexista, lo mismo ocurre con la palabra “hijos” contenida en el artículo citado.

El artículo 16.1 sobre el matrimonio señala: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse...” es un artículo excluyente por cuanto deja fuera del marco legal a las personas pertenecientes a las comunidades LGBT, ofreciendo como única posibilidad la unión marital entre hombre y mujer.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Es un documento de carácter internacional firmado en el año 1979 cuya finalidad es la protección de los derechos humanos de las mujeres. En este instrumento legal en su Art. 1 se define la expresión “discriminación contra la mujer”, basada en el sexo e insta a los países firmantes tomar acciones desde el ámbito legal, político, económico, social y cultural para eliminar este tipo de discriminación.

Efectivamente, la eliminación de la discriminación basada en sexo y avanzar hacia la igualdad exige políticas de acción incluyentes en todos los ámbitos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), recoge la necesidad de reconocer el derecho a la igualdad estableciendo lo siguiente:

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Como se observa la concepción dada al derecho a la igualdad en la Declaración Universal de Derechos Humanos desarrolla una visión más o menos general sobre la igualdad como concepto y el alcance del mismo.

La Convención Americana de Derechos Humanos por su parte señala en su artículo 24 que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”

La convención continúa sosteniendo la premisa general de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por la que se garantiza la igualdad ante la Ley, haciendo énfasis en la necesidad de que se brinde igual protección a todos los seres humanos sin discriminación alguna, lo que permitiría desarrollar con más amplitud los derechos derivados a la igualdad ante la ley y que se adoptó en muchas de las constituciones de Latinoamérica.

El preámbulo de la Constitución Nacional del Ecuador (2008), se inicia con un lenguaje incluyente de todo el pueblo ecuatoriano: Nosotras y Nosotros, es de hacer resaltar la significación de la construcción sintáctica de la expresión que comienza con el nosotras cuando la costumbre y estilo, en los textos legales, es iniciar con el masculino seguido del femenino, de igual manera a lo largo del ordenamiento se usan las expresiones: mujeres y hombres, ciudadanas y ciudadanos, ecuatorianas y ecuatorianos, por su novedad da un sentido de preeminencia y respeto a la mujer.

Así mismo es notorio, en el preámbulo, la ausencia de los principios que rigen en el espíritu constitucionalista de los Estados, sin embargo, se encuentra presente el compromiso de una sociedad “que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”. Más adelante en el Art. 3 de los deberes del Estado en el Ord. 1 se garantiza sin discriminación el goce de los derechos que establece la Constitución y en el Art. 11 que expone el ejercicio de los derechos señala los principios por los que se registrarán estos, acotando en el Ord. 2 la igualdad de todas las personas para el goce de los derechos y el principio de no discriminación en los siguientes términos:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género... ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

Este artículo es de especial relevancia para la presente investigación, el Estado ecuatoriano es uno de los 9 países del mundo que protege de la discriminación por la identidad de género y que junto a Bolivia son los dos países sudamericanos que lo contemplan (Castedo Antía, 2019). Este hecho en materia de derechos humanos los convierte en pioneros, pasando a tener una de las constituciones más avanzadas en este sentido.

En el Art. 66 de los derechos de libertad se garantiza la integridad física, psíquica, moral y sexual, comprometiéndose el Estado a tomar medidas que para la prevención, eliminación y sanción contra todo tipo de violencia pública o privada en especial aquella que es ejercida contra las mujeres, niñas y niños y otros grupos que se encuentren en desventaja o vulnerabilidad. En el mismo artículo, se reconoce el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, así como el derecho de las personas a tomar decisiones sobre su vida, sexualidad y orientación sexual.

En el Artículo 83 referido los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos se encuentra el respeto y reconocimiento de las diferencias que pueden existir entre las personas incluyendo las de género y de orientación e identidad sexual.

Como se puede observar en la Constitución ecuatoriana no se encuentran rastros de lenguaje sexista, reconoce, y garantiza los derechos desde una perspectiva de género donde la igualdad y no discriminación están constantemente presente en su articulado. Sin embargo, partiendo del artículo 66 en contrastación con los art. 67 y 68 se encuentra un sesgo contradictorio entre el derecho garantizado de decisión personal igualdad y no discriminación y la formación de la pareja, familia y adopción.

En el Artículo 67 se reconoce y protege los diversos tipos familia, pero el único tipo de unión matrimonial que reconoce es el que puede existir entre un hombre y una mujer lo cual constituye la negación del derecho de igualdad y no discriminación por sexo, orientación e identidad sexual. Sin embargo, el Art. 68 es una apertura a la igualdad y no discriminación en este sentido ya que reconoce las uniones monogámicas entre dos personas que formen un hogar de hecho garantizando los mismos derechos y deberes que tienen las familias constituidas en matrimonio, en el mismo artículo se acota que la adopción solo es posible para las parejas de distinto sexo.

La Constitución del Ecuador establece una premisa sobre la igualdad fundamentada en la necesidad de reconocer el derecho que tienen todas las personas, ya no solo frente a la ley, sino en cualquier ámbito de la vida de los seres humanos, en cuanto a derechos, deber y oportunidades, por tanto, se nota una expansión de la concepción clásica del derecho a la igualdad.

Asimismo, de la norma Constitucional citada se puede observar cómo se incorporan toda una serie de elementos relacionados con los distintos tipos de desigualdades que pueden presentarse y que abarca desde aspectos de la sexualidad y el género, pasando por la ideología política o la religión.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia, asimismo, prevé un articulado dedicado al derecho a la igualdad, pero desde la perspectiva del infante como sujeto de derechos, estableciendo en el artículo 6 como un principio fundamental lo siguiente:

Art. 6. Igualdad y no discriminación.–Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares.

Ahora bien, respecto a la tenencia como obligación hacia los niños, niñas y adolescentes y como derecho de los padres, la Ley establece una relación clara entre sociedad, estado y familia como actores que deben actuar en comunión para garantizar el bienestar de la infancia. De allí se derivan una serie de derechos relacionados con la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes gocen de la relación familia. Al respecto los artículos 21 y 22 señalan lo siguiente:

Art. 21.- Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.–Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías. No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores. En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquél, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos.

Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.–Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

### ***La institución jurídica de la tenencia compartida***

Como se comentó anteriormente, la protección de la infancia en general y de los niños, niñas y adolescentes en general ha sido considerado uno de los pilares del Estado de Derechos de las sociedades democráticas modernas, toda vez que la familia y su seguridad constituyen el núcleo de la sociedad y su desarrollo, para la cual, el legislador y los distintos órganos estatales han procurado cautelar los derechos de los niños, niñas y adolescente y su desarrollo óptimo para alcanzar la prosperidad y bienestar social que permita una sociedad de paz.

Ahora bien, la protección de la infancia implica que todas las situaciones exógenas que puedan afectarla deben tener una regulación legal, que en caso de que la familia sufra algún tipo de alteración en su orden natural -tradicional- los niños, niñas y adolescentes encuentren en la ley y las instituciones del Estado los mecanismos para que su bienestar no corra peligro alguno. Así, la ruptura del vínculo de pareja entre la madre y el padre, no debe alterar el desarrollo integral de los hijos e hijas, así como su bienestar, por lo que, para que los hijos e hijas se encuentren protegidos la legislación prevé ciertas herramientas que permitan a los órganos competentes hacer efectiva dicha protección.

En ese sentido, instituciones jurídicas como la patria potestad, se han convertido en importantes elementos que son implementadas dentro de la legislación relativa a la niñez y la adolescencia, y que son ampliamente utilizadas por abogados y jueces en los procesos controvertidos de la jurisdicción de familia, y que son ejecutados de acuerdo a lo contemplado por las legislaciones de cada país.

Para Aguilar (2009), la Patria Potestad en el contexto de un hogar matrimonial o extramatrimonial, es una de las instituciones jurídicas dentro de la legislación de familia, niñez y adolescencia ya que implica todo un conjunto de acciones encaminadas a garantizar el cuidado de los hijos, que incluye la obligación de educación, alimentación, sanidad, entre otras tantas obligaciones, hacia los padres frente a los hijos, y que cuando los padres se separan y rompen la unidad familiar y se constituyen hogares distintos, lo ideal y deseable para el legislador -salvo excepciones- y para los hijos e hijas, es que esa patria potestad obligue tanto al padre como la madre dependiendo de las situaciones particulares de cada familia.

Para el autor citado, la patria potestad contiene distintos atributos que son intrínsecos a ella, entre los que destaca la tenencia de los hijos o hijas, siendo la tenencia uno de los atributos más importantes para el ejercicio de la patria potestad toda vez que será en compañía del correspondiente progenitor en donde el hijo o hija va a desarrollar la mayor parte de los aspectos de su vida.

La tenencia en términos sencillos es la posibilidad que tienen los padres de mantener a sus hijos o hijas en su compañía, y así mismo, se consagra como un derecho de los padres, es decir, para los padres la tenencia pasa a ser una concesión que concede el juez al padre que presente una mayor garantía de bienestar para el menor, pero puede suceder que el juez considere que lo conveniente para su bienestar sea que la tenencia sea compartida.

Es a partir de la tenencia donde se desenvolverán muchos de las obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, es así, como la tenencia permite el desarrollo del resto de los atributos que se constituyen dentro del ejercicio de la patria potestad y en consecuencia se garantizarán los derechos que le corresponden a los niños, niñas y adolescentes. Por otra parte, es importante considerar que la tenencia es considerada por el legislador y para la aplicación de los jueces, como un mecanismo para que los padres permitan que el hijo o hija pueda estar con su otro progenitor en caso de que la tenencia sea concedida a solo uno de ellos (Delgado, 2018).

La tenencia de la patria potestad es un una atribución compartida de la misma, pero pueden darse casos en los que los menores, por diversas razones no puedan vivir con ninguno de sus padres, sino que convive con algún familiar, en cuyo caso, la tenencia se extiende más allá de los progenitores del menor, en cuyo caso, serán los familiares quienes tendrán la respectiva obligación de tenencia y que deberán cumplir con las garantías previstas por el juez para preservar el derecho del menor (Chaca, 2022).

## **Metodología**

La metodología utilizada en la presente investigación, en primera instancia el tipo de investigación es no experimental puesto que no se manipularon variables; el enfoque que se utilizó fue el cualitativo, así como también la fundamentación teórica, se utilizaron bases de datos como Redalyc, Scielo, etc. y un nivel de profundidad descriptivo – explicativo, ya que mediante el presente trabajo se hace un abordaje analítico de la normativa jurídica positiva, así como la doctrina más especializada y actualizada. Con el método dogmático jurídico, es posible sustentar los diferentes criterios que pueden ser teóricos y pueden conseguir su evidencia en el problema planteado. Por otra parte, se aplicó el método inductivo y deductivo que permitió partir de premisas singulares hasta llegar a premisas generales. Y la técnica aplicada en la presente investigación fueron fichas bibliográficas.

## **Desarrollo**

El presente estudio aborda el derecho a la igualdad, no desde la perspectiva del derecho del niño, niña o adolescente, sino desde el derecho que tienen los padres a compartir la tenencia en condiciones de igualdad sobre sus hijos o hijas. El derecho de igualdad es un derecho amplio que abarca diversos aspectos y que como derecho constitucional debe ser respetado y garantizado. En los procesos judiciales en materia de familia se deben aplicar todas las garantías de derechos humanos que, sobre las partes envueltos en la controversia, en este caso, no sólo los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos de derechos, sino también los padres poseen ciertos derechos y garantías que deben ser considerados por los operadores de justicia, siempre teniendo como guía el bienestar del menor.

## **Propuesta**

En virtud de lo anterior se abre la propuesta sobre los mecanismos que se pudieran crear para desarrollar un entorno de protección y garantías de derechos que sea realmente efectivo, y que permita ejercer el derecho de igualdad de forma plena. Como se mencionó anteriormente el derecho a la igualdad es derecho humano fundamental que en el caso objeto de estudio del presente análisis, le corresponde a cada una de las partes involucradas en el proceso de tenencia. Ahora bien, la legislación vigente no aporta los medios suficientes para que el derecho a la igualdad por lo que se hace necesario considerar una reforma del Código de la Niñez y de la Adolescencia vigente que aborde la tenencia no solo desde la perspectiva del derecho del infante, sino también como una garantía para los padres. La norma que regula la figura de la tenencia tal y como está diseñada no les proporciona a los jueces y demás operadores de justicia, la capacidad de colocar a los padres en situación de igualdad ante la Ley respecto a la tenencia, por lo cual se estaría incurriendo en una flagrante vulneración a los derechos de las partes en el proceso.

## Conclusión

La tenencia compartida es uno de los aspectos del proceso judicial en el que se dilucidan uno de los derechos más importantes del proceso en materia de familia, el derecho a los hijos e hijas a estar con sus padres y viceversa, y en ese sentido se genera una importante tarea para el juez ya que se debe preservar el interés superior del niño, niña o adolescente. Queda demostrado que dicho interés no es incompatible con el derecho que tiene cada uno de los padres de participar en el acompañamiento parental. En sentido, es necesario que los operadores de justicia observen el derecho de igualdad de manera que, si bien se debe velar por el bienestar de los hijos e hijas, también se respeten el derecho de los padres.

## Referencias

- Aguilar, B. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, (32), 191-197.
- Alvarado, L. (2011). *Principio de reserva legal en materia tributaria*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Carmona, E. (2004). El principio de igualdad material en la Constitución Europea. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, (8), 1-21.
- Chaca Serpa, M. A., & Pozo Cabrera, E. E. (2022). Tenencia compartida. *Dominio De Las Ciencias*, 8(3), 2217–2234. <https://doi.org/10.23857/dc.v8i3.2998>
- Delgado, B. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador, ¿una necesidad? *Espirales Revista Multi-disciplinaria De investigación*, 2(19), 30–39. <https://doi.org/10.31876/re.v2i19.330>
- Mendez, C. (1997). *Introducción a las técnicas de investigación social*. Editorial Colección Guindance.
- Muñoz, O. (2006). *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Aranzandi.
- Nogueria, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. *AFDUDC*, 10, 799-831.
- Rabossi, E. (2002). *Derechos humanos. El principio de igualdad y no discriminación*. CONAPRED.
- Rubio, F. (1993). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Santillan, M. (2011). *Derechos que vulneran el trabajo infantil según la doctrina de protección integral y la normativa ecuatoriana* [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador].

## Autora

Bolívar Iván Pozo Gordón. Es un destacado profesional del derecho con una sólida formación académica. Es licenciado en la materia, destacándose por sus investigaciones pioneras en el sistema de justicia penal y constitucional del Ecuador. Su pasión por el aprendizaje y su compromiso con la excelencia académica lo han convertido en una figura respetada en el campo del derecho.

Diego Fernando Trelles Vicuña. Es una destacada profesora de derecho penal y constitucional con una sólida formación académica. Posee una maestría en la materia, destacándose por sus investigaciones pioneras en el sistema de

justicia penal y constitucional de Ecuador. Su pasión por la enseñanza y su compromiso con la excelencia académica la han convertido en una figura respetada en el campo del derecho penal y constitucional.

### **Declaración**

Conflicto de interés

No tenemos ningún conflicto de interés que declarar.

Financiamiento

Sin ayuda financiera de partes externas a este artículo.

Nota

El artículo es original y no ha sido publicado previamente.