



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR**

**UNIVERSIDAD “JOSÉ PERALTA”**

*Unidad de Postgrado*

**ESPECIALISTA SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL**

**Tesina de investigación previa**

**la obtención del Grado Académico de**

**Especialista Superior en Derecho Procesal**

**TEMA:** “LA TENENCIA COMPARTIDA DE LOS MENORES”

**AUTOR:**

Dr. Segundo Javier Serrano Cayamcela

**DIRECTOR**

Dr. Pablo Valverde

Azogues-Ecuador

2010

## **DECLARACION DE AUTORIA**

Todos los Criterios, ideas, comentarios, conclusiones y recomendaciones son de mi autoría, excepto aquellos referentes que se encuentran debidamente citados.

Asumo la responsabilidad del contenido de esta investigación.

SEGUNDO JAVIER SERRANO CAYAMCELA

AUTOR

## **DEDICATORIA**

Entre los grandes azares y las pocas certezas del presente siglo. Época de controversia y extravío. Desde la insatisfacción suicida del haber nacido plenos, de los postmodernos; a la hambruna mortal de los sin sueños. Nada tranquiliza más, nada alienta más a creer en la vida y luchar por un mañana mejor, que tú, mi querido hijo. A partir del instante en que viniste, alumbraste mi vida con una luz no conocida y cada día llenas más con tu energía los tenues espacios de mi vida.

Por eso el presente y modesto trabajo te lo dedico a ti: **Javier Habib**, mi dulce e incomparable chiquito.

## **AGRADECIMIENTO**

Mis sinceros agradecimientos a las Universidades Andina Simón Bolívar; del Azuay y “José Peralta”. Sólo su brillante alianza ha permitido materializar esta oportunidad de acrecentar los conocimientos y poner al servicio de la comunidad un grupo de seres humanos con vocación y ansias de servicio.

A los catedráticos que con acierto han sabido compartir sus conocimientos, fermentados al calor de las actuales doctrinas jurídicas y del derecho insurgente.

Gratitud sincera para el Dr. Pablo Valverde director de la tesina por su esclarecida guía en el presente trabajo.

SEGUNDO JAVIER SERRANO CAYAMCELA

AUTOR

**ABSTRACT:** “LA TENENCIA COMPARTIDA DE LOS MENORES”

**AUTHOR:** Dr. Segundo Javier Serrano Cayamcela.

**DIRECTOR:** Dr. Pablo Valverde

La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de custodia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre sus hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres. Por extensión, aplicando el derecho de familia pueden recibir esta tenencia los familiares del padre muerto o ausente. Se trata sobre de Derechos de los Niños y Adolescentes, Derecho de Familia, en normas nacionales, como de instrumentos internacionales.

**ABSTRACT:** “THE TENANCY SHARED OF THE MINORS”

**AUTHOR:** Dr. Segundo Javier Serrano Cayamcela.

**DIRECTOR:** Dr. Pablo Valverde

The joint tenancy presents a new model of custody of the children of couples separated or separated, as well as his insertion in jurisprudence. A proposal is of the exercise of the parental authority, in the one that both parents exercise its rights and duties on its children based in the superior interest of the minor and in the man-to-man equality and women in. For extension, applying the right of family the dead father's relatives or absentee can receive this tenancy. You receive treatment be more than enough of Rights of the Children and Adolescents, Family Law, in national standards, as if made for an international instruments.

## INDICE.-

DEDICATORIA .....	
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
LA TENENCIA	
DEFINICIONES.....	2
CARACTERISTICAS DE LA TENENCIA.....	2
CLASES DE TENENCIA.....	3
LA TENENCIA UNIPARENTAL.....	3
CAPITULO II	
LATENENCIA COMPARTIDA	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	5
CONCEPTUALIZACIONES.....	12
CAMBIO SOCIAL Y TENENCIA COMPARTIDA .....	14
CAPITULO III	
LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	
LA NORMATIVA NACIONAL.....	18
LA NORMATIVA INTERNACIONAL.....	20
NORMAS QUE VIABILIZAN .....	23
CAPITULO IV	

## LA TENENCIA COMPARTIDA Y LA DOCTRINA FAVORABLE

ANALISIS POSITIVO .....	26
SUPERAR LA DETENCIÓN CIVILISTA.....	32

### CAPITULO V

#### LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA JURISPRUDENCIA

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.....	34
LOS FALLOS PARA COMPARTIR LA TENENCIA .....	34
FALLO SOBRE TENENCIA COMPARTIDA DISTRITO JUDICIAL DE DOLORES, ARGENTINA.....	35

### CAPITULO VI

#### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.....	44
CONCLUSIÓN FINAL.....	45
BIBLIOGRAFIA.....	46



## INTRODUCCION

La tenencia compartida plantea un nuevo modelo de tenencia de los hijos de parejas separadas o divorciadas, así como su inserción en el orden jurídico. Es una propuesta del ejercicio de la autoridad parental, en la que ambos padres ejercen sus derechos y deberes sobre los hijos basados en el interés superior del menor y en la igualdad entre hombres y mujeres. También por extensión y aplicando el derecho de familia pueden recibir esta forma de tenencia los familiares del padre muerto o ausente.

La justificación para el estudio profundo de este tema se encuentra en la misma realidad social y judicial, que dentro del grave descalabro de los matrimonios y uniones de hecho cuyo índice se ha incrementado poderosamente, o de los padres que nunca hicieron vida de pareja; pero, cuyos hijos necesitan de la atención, el amor, la guía de ambos progenitores para formarse mejor evitando los vacíos e inseguridades, los traumas que finalmente provoca, aquello que los psicólogos llaman el síndrome de alejamiento parental.

Por eso creemos que la continuidad de la convivencia del menor con ambos padres, es indispensable para el desarrollo emocional saludable del mismo. Consecuentemente, deben cuestionarse las formas desactualizadas de solución a este problema, como es la tenencia unilateral, que se otorga en el Ecuador por considerarse la más adecuada al interés del menor, pues sus fundamentos son inconstitucionales, arcaicos, impropios, prejuiciados e inequitativos. El hecho de que existan leyes que lo sustenten, no es suficiente soporte para perpetuar una visión errónea y superada en la realidad, bajo la cual sólo la mujer ésta provista de las facultades para criar a los hijos y el varón es consecuentemente un incapaz por ficción de derecho. La actual Constitución de la República del Ecuador (2008) observa con especial simpatía la aplicación de los instrumentos internacionales, del derecho comparado, de los principios del derecho, de la doctrina; más todavía, cuando esta protege el interés superior del niño. Por eso este trabajo aspira encontrar una vía de aplicación real o cuando menos abrir la puerta a la discusión de este tema, que debe ser observado desde una multiplicidad ángulos: social, jurídico, psicológico, económico, constitucional desde luego.

## **CAPITULO I**

### **LA TENENCIA**

#### **1.1 Definiciones**

Partamos indicando que el propio concepto de tenencia ha sido discutido en cuanto a su denominación pues se lo considera inconveniente, en criterio de López del Carril “la terminología de Tenencia es inadecuada, no se trata de una ocupación y posesión actual y corporal de una cosa, es más bien el vocablo guarda el acertado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda entonces comprende el conjunto de derechos que les corresponden al padre y o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo a educarlo a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo vestirlo y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual”<sup>1</sup>; otros autores consideran en cambio, que el término guarda es excesivo por cuanto supone el total ejercicio de la patria potestad y esto incluye la tenencia, por lo que consideran que los vocablos custodia o tuición serían más exactos.

Superado este tema y dejando constancia de que continuaremos llamándolo tenencia, por efectos de su general conocimiento, a pesar de las notorias y fundamentadas determinaciones doctrinarias en su contra; y, además por estar así legislado. Así diremos tomando a los autores Wallerstein y Blakeslee en sentido amplio “la tenencia es una de las facultades de la guarda y consiste en otorgar el cuidado permanente del menor a uno de sus padres, esto no obstaculiza al otro padre de ejercer su patria potestad sobre el menor ya que el hecho de que su tenencia habitual esté subordinada, no quiere decir que la toma de decisiones en su desenvolvimiento excluya a su otro padre”<sup>2</sup>

#### **1.2 Características de la tenencia**

La tenencia en sentido general posee las siguientes características:

---

<sup>1</sup> LÓPEZ DEL CARRIL julio, Derecho de Familia, p.280

<sup>2</sup> WALLERSTEIN – BLAKESLEE, Padres e hijos después del divorcio, p. 352

-Es personalísima ya que éste derecho puede ser reclamado únicamente por los titulares del mismo y se ejerce sobre la persona del menor.

-Es un derecho restringido, sólo se puede ejercer frente a los menores de edad, quienes por su condición de incapaces necesitan cuidados especiales.

-Es una institución de carácter proteccional.

-Es divisible, la tenencia compartida, alternada, anidamiento, a los que se puede llegar por acuerdo de los padres o mediante fallo judicial, le dan ese carácter.

-Es condicional, ya que dependerá del comportamiento del padre o de la madre en su caso y el cumplimiento de sus deberes en el ejercicio de la tenencia. Su falta de atención podrá significar la pérdida de la tenencia.

-Es provisional o definitiva, según se adopte como una medida temporal hasta que dentro del juicio sea resuelto o definitiva cuando se establece mediante sentencia. Vale decir que definitiva, no lo es en sentido completo, debido a que la decisión podrá ser cambiada en caso de que las circunstancias y el interés superior del niño lo exijan.

-Es transmisible, por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a personas distintas sean éstos parientes o instituciones de custodia y educación.

-Es gratuita, no existe remuneración para quien asume la tenencia.

-Por último, la asignación de la tenencia produce como efecto el derecho de alimentos para los menores.

### **1.2.1 Clases de tenencia**

Doctrinariamente existen dos clases de tenencia la uniparental y la compartida.

#### **1.3.1 La tenencia uniparental**

Es aquella que se concede con exclusividad para uno de los progenitores, ya que considera que el hijo menor esta mejor cuidado cuando es una sola la fuente de la que se embebe y no

existen contradicciones o disputas intestinas que lo dañen, mortifique o confundan. López del Carril dice: “tuición monoparental, es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el juez respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La tuición, es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad”<sup>3</sup>. Es fundamentalmente el otorgamiento del menor a uno los padres, que ofrezca mejores rasgos de responsabilidad y actitud, dice la teoría.

---

<sup>3</sup> LÓPEZ DEL CARRIL julio, Derecho de Familia, p.281

## CAPITULO II

### LATENENCIA COMPARTIDA

#### 2.1 Evolución histórica

Según el tratadista ecuatoriano Farith Simon, “este modelo de tenencia tiene su origen en Inglaterra en la década de los setentas del siglo XX posteriormente se ha extendido a otros países como Francia, Canadá y Estados Unidos, siendo relevante la ley francesa de 1987 en la que elimina las figuras excluyentes de autoridad parental del Código Civil francés”<sup>4</sup>. En Sudamérica la experiencia de Argentina, aún sin contar con norma expresa, es totalmente alentadora, pues se ha abierto todo un debate y una gran investigación doctrinaria, psicológica y social. En el Perú se está planteando una reforma a la norma Civil con el objetivo de insertar el sistema de tenencia compartida.

Esta noción de tenencia, guarda y custodia compartida, no se trata de forma similar en todos los países, por ejemplo en España la tenencia compartida implica una decisión de distribución del tiempo de forma diferente para procurar que tanto el padre como la madre puedan tener con sus hijos la relación amplia estable y continuada que proporciona la convivencia común por períodos de tiempo más o menos prolongados.

La solución citada implica la entrega cuidado de períodos más o menos largos de tiempo de forma alternada a cada progenitor, ejemplo cada 15 días mensualmente trimestralmente y en ocasiones semestralmente.

#### 2.2 Conceptualizaciones

A la tenencia compartida, se la define como aquella que: “consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, las responsabilidades el cuidado y los deberes”<sup>5</sup>. “Se trata del cuidado de los hijos concedido a los padres que se comprometen a ello, con respeto e igualdad. En la misma, uno de los padres puede detentar la tenencia material o física alternadamente del hijo, pero el que no detenta la tenencia

---

<sup>4</sup> FARITH Simon, Derechos de la niñez y adolescencia, tomo II , p. 537

<sup>5</sup> SCHNEIDER, Mariel V, Un fallo sobre tenencia compartida, pág.1446.

física, participa de manera efectiva en ella, capaz de decidir directamente en la educación, religión, cuidados de salud, recreación y estudios, es decir participan activamente de la vida del hijo en pos de su bienestar. Evita la sobrecarga a uno solo de los padres, eliminando ansiedades, estrés y el deterioro de las relaciones co-parentales”<sup>6</sup>.

La tenencia compartida “se caracteriza por la entrega material del cuidado del hijo o hija a uno de los progenitores por diferentes espacios de tiempo, pero los dos se dividen las responsabilidades de naturaleza legal y comparten las decisiones relevantes respecto de los hijos e hijas esto implica el equilibrio de papeles valorando la paternidad y la maternidad conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de la fragmentación de la familia”<sup>7</sup>.

La crítica sostiene que no existe información concordante respecto a la forma que funciona esta figura, o a la conveniencia o no de fijar un régimen de ésta naturaleza en criterio de Farid Simon, “podría no ser conveniente si no se establece de manera adecuada al caso y sus circunstancias ya que generaría en los hijos que quizás una sensación de inestabilidad muy seria, pero creo que no puede ser negada de antemano. La autoridad debería sopesar a conciencia la asignación a cada caso en particular por lo tanto exige un estudio detenido para poder aprobarlo en ciertas circunstancias”<sup>8</sup>.

Cuando se habla de tenencia compartida, puede también entenderse aquello que se designa tenencia dividida y que es aquella que se asigna con exclusividad a uno de los progenitores por tanto tiene un lugar fijo manteniendo contacto con el otro progenitor en períodos cortos de tiempo. También existe, el designado anidamiento o anidación es una clase de tenencia en la que los hijos e hijas tienen un lugar fijo y a éste se mudan alternadamente los progenitores. Y la tendencia alternada, que es aquella en la que cada uno de los progenitores tiene el cuidado del hijo o quizá de modo alternado por un período de tiempo establecido por semanas meses o años partes de una semana o repartos diarios. En este período el progenitor a cargo asume todos los deberes y responsabilidades de la patria

---

<sup>6</sup> LÓPEZ DEL CARRIL Julio, Derecho de Familia, p.282

<sup>7</sup> FARITH Simon, Derechos de la niñez y adolescencia, tomo II , p. 537

<sup>8</sup> FARITH Simon, Derechos de la niñez y adolescencia, tomo II , p. 539

potestad. Una vez concluido el tiempo le corresponde en iguales condiciones al otro progenitor.

Para el Dr. Carlos Arianna, “es un mecanismo novedoso que se generó por la demanda de los progenitores para continuar asumiendo su responsabilidad. Estamos convencidos de que habiendo niños involucrados lo verdaderamente atendible no son las palabras sino los hechos. Y la tenencia compartida se comprueba cualquiera sea su designación si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso sino también la atención del niño en sus actividades diarias”<sup>9</sup>.

### **2.3 Cambio social y tenencia compartida**

La transformación económica, industrial y tecnológica en el mundo; la multiplicación de la pobreza; y, el acceso a la educación y a la profesionalización de las mujeres, han determinado una inserción cada vez más creciente de las mujeres al trabajo remunerado. Según el Ministerio Relaciones de Trabajo, con referencia al año 2009, la tasa ocupacional del género es del 88,3%, incluido el rango de subempleo. Esta circunstancia ha alterado el nivel de interrelación que existía entre las madres como sujetos permanentes en la crianza de los hijos.

En la actualidad, 15 lideresas tienen las riendas del poder en países del mundo. La mayor representación femenina en espacios de poder político porcentualmente lo encabeza Ruanda con el 56,3% le sigue Suecia con 46,4; en América es Cuba con 43,2 seguida de Costa Rica con 40,0. Si revisamos los datos de Suecia y Cuba, son dos naciones con distintas tendencias ideológicas, la primera socialista y la segunda capitalista neoliberal, es decir con sostenida vocación política a través del tiempo; por lo tanto los porcentajes demuestran una tendencia creciente de la participación femenina en los asuntos de gobierno, independiente del factor ideológico.

América del Sur, registra dos hechos históricos respecto al tema, con la llegada a la Primera Magistratura de Michelle Bachelet y Cristina Kirchner, en Chile y Argentina. El Ecuador

---

<sup>9</sup> ARIANNA Carlos, Régimen de visitas, derecho de familia N°2, p.119

ha dado pasos importantes y se puede notar por ejemplo en la integración de los Ministerios de Estado, el número de Asambleístas, Alcaldesas y Prefectas. En fin, todos los ámbitos han recibido la savia nueva de las mujeres, para nutrir las tareas y el desarrollo de los pueblos. En contrario sensum, los padres han abandonado paulatinamente el rol exclusivo de proveedores y renunciado significativamente a conductas machistas para compenetrarse directamente con las tareas de crianza de los hijos. Aquello ha permitido una relación más entrañable entre padre e hijo. Esa interacción ha creado lazos más fuertes entre los dos y fortalecidos el desarrollo de los hijos<sup>10</sup>.

Así los padres, cada vez con mayor participación han ido asumiendo nuevos roles en la crianza y custodia de los hijos. Es decir los roles clásicos establecidos en el Código Civil ecuatoriano –que privilegian o descalifican sin considerar las circunstancias de cada caso– han sido alterados y rebasados por la realidad. “En la ley no se considera el estado emocional en el que quedan los hijos después de una separación. Ellos son los más afectados, necesitan una cobertura materna y paterna. Tampoco la solución está en asignar la tenencia al padre. El 3% de las demandas por tenencia de hijos se otorga al padre en los Juzgados de la Niñez”.<sup>11</sup>

Otro factor determinante, es la tasa siempre creciente de divorcios, que según datos del INEC para el año 2008 llegaron a 17.111, únicamente de los inscritos en el Registro Civil, quedando por fuera las separaciones y las uniones de hecho fallidas. Con lo inscrito y comparando los datos de la misma fuente, en un rango de diez años, se han duplicado los divorcios, en cambio los matrimonios se mantienen en el mismo nivel porcentual. Un último dato que debe tenerse en cuenta es el que aporta la sostenida y cada vez creciente e indetenible migración, 295.191 personas en el año 2009 salieron del país con otro objetivo que no es turismo, negocios, o estudios según el INEC. Está claro que este rango es superado con largueza por la migración ilegal. Con esta circunstancia quedan así mismo familias divididas e hijos encargados por terceras personas cuya tenencia es siempre irregular por no responder a un estudio técnico y jurídico.

---

<sup>10</sup>El Universo, Mujeres en el Poder un Grupo que crece, domingo 14 de febrero de 2010, pág. 11, Guayaquil

<sup>11</sup> El Comercio, La Justicia ampara a la madre en una demanda por custodia, lunes 19 de abril de 2010, pág. 5, Quito

Consecuentemente con lo inscrito, la noción de tenencia compartida surgió como una secuela del desequilibrio de los derechos parentales, en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, con un Código Civil anquilosado, que se preocupa más de la pensión alimenticia que de las relaciones parentales, las visitas o la tenencia. La injusta preferencia reconocida a la madre para la tenencia, que viene siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros.

La tenencia compartida, busca preservar y reorganizar las relaciones entre padres e hijos dentro de la familia desunida, disminuyendo los traumas consecuentes del alejamiento de uno de los padres. Las relaciones parentales abarcan todo el ejercicio de la autoridad parental, incluyendo la tenencia, la educación, la asistencia, la representación, la vigilancia y la fiscalización; atributos controlados por el Estado para la protección integral de los menores.

Mientras la familia subsistía unida, el menor disfruta de los dos progenitores, su ruptura crea una nueva estructura y la responsabilidad parental se concentra en apenas uno de los padres, quedando el otro reducido a un papel secundario, insignificante, que con el paso de los días es cada vez menos activo y que finalmente desaparece, quedando una pensión alimenticia como exclusivo recuerdo de una relación que antes era de amor y compromiso.

En la realidad social, surgen cada vez más conflictos que involucran las relaciones entre padres e hijos, hoy existen incluso sitios en el ciber espacio como “padrespor siempre.org” donde se organizan las personas que reclaman un trato diferente del sistema legal respecto de sus responsabilidades y derechos en la tenencia; sin embargo, son escasas y arcaicas las normas legales en relación. Por eso, le cabe, -mientras las leyes se actualizan- a la doctrina, al derecho comparado y a la jurisprudencia internacional establecer soluciones que prioricen los lazos familiares, en acuerdo con el texto constitucional, los instrumentos internacionales, privilegiando el interés superior del niño.

Pero, cómo convencer a nuestros jueces legalistas (aferrados a la letra de la Ley) de abandonar la seguridad aparente de lo escrito y navegar por mares desconocidos para finalmente, allende las leyes, encontrar orientaciones y tomar decisiones, para dar pasos hacia una nueva forma de tenencia, la compartida, respetando ese interés superior.

El problema a resolver abarca dos aspectos:

a).-Que los hijos tengan la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse, puesto que si eran idóneos juntos para ejercerla conjuntamente, también se les debe reconocer esa idoneidad, cuando se separan por la causa que sea, sin perder de vista, que los hijos son las víctimas del conflicto y no sus generadores.

b).-Que los padres puedan continuar cumpliendo su rol plenamente, sin contaminar la relación paterno-filial con los conflictos derivados del fracaso matrimonial, del cual son los únicos responsables. Así como compartieron la patria potestad estando juntos, se debe buscar la posibilidad de que compartan el ejercicio de la tenencia estando separados, siempre que no perjudique insistimos aquel sagrado interés superior del niño.

El objetivo es entonces, generar una corriente que propicie el cambio, un cambio y reestructuración de las relaciones familiares preservando la paterno-filial. Por eso surge y urge la necesidad de humanizar el procedimiento, devolviendo a los miembros de la familia en conflicto la responsabilidad, la dignidad y la importancia de la familia.

## CAPITULO III

### LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

#### 3.1 La normativa nacional

Para Farith Simon, “en principio parecería que en nuestro país esta modalidad de tenencia no es posible ya que el artículo 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece que se debe “confiar su cuidado y crianza a uno de sus progenitores”. No obstante la norma no impide que la asignación de tiempos y condiciones para el régimen de visitas sea largo y permita el compartir las decisiones relevantes de la vida de los hijos por tanto se otorgue por esta vía una suerte de tenencia compartida así como tampoco sería extraño que las partes lleguen a un acuerdo que tenga esta modalidad”<sup>12</sup>.

El artículo 106 del mismo cuerpo legal, establece las reglas de la tenencia, disponiendo que luego de oír al adolescente, niño o niña que estén en condiciones de expresar – aquí valdría una breve digresión, para preguntarnos, si por decisión del menor se podrá establecer una tenencia compartida?, claro demás está decir, que a esa voluntad original se tendrá que sumar el acuerdo de los padres, es por eso que deben confluir la voluntad del menor y la de los progenitores- su opinión observará las siguientes reglas:

“1. Se respetarán lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o hija”<sup>13</sup>. Queda claro entonces que la resolución de los padres y de los hijos que estén en condición de opinar o decidir puede establecer una tenencia compartida.

Sin embargo nuestro Código Civil continúa haciendo asignaciones fatalistas respecto a la tenencia: Artículo 108 numeral primero “A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo y de las hijas en toda edad”<sup>14</sup>.

Corresponde entonces encaminar una investigación por otras disposiciones legales que partiendo de la Carta Magna, abran paso para que ésta alternativa de tenencia pueda aplicarse con la voluntad de los progenitores o por resolución judicial a petición de alguno de aquellos.

---

<sup>12</sup> FARITH Simon, Derechos de la niñez y adolescencia, tomo II , p. 540

<sup>13</sup> Código de la Niñez y la adolescencia, Art.106, N°1, p.44

<sup>14</sup> Código Civil, Art. 108, N°1, p49

La Constitución de la República del Ecuador, en el capítulo tercero, referido a los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, Sección quinta, de las Niñas niños y adolescentes, en el Art. 44 manda “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”<sup>15</sup>. Y para mayor precisión, continúa el Art. 45 “Las niñas niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica... a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar... a ser consultados en los asuntos que les afecten...”<sup>16</sup> resaltemos de los textos transcritos, el interés superior de que gozan, el derecho a una familia, a disfrutar de la convivencia familiar y a ser consultados. Nada impide aquí, más por el contrario se franquea la posibilidad de intentar una vía como la tenencia compartida. En el Art. 424 inciso segundo manda “ la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”<sup>17</sup> y continúa en el siguiente artículo, al establecer el orden jerárquico de aplicación de las normas que será el siguiente: la constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas y así sucesivamente; es decir, hay reconocimiento expreso, de la validez y aplicabilidad de los instrumentos internacionales; es más, el artículo 426 ibidem, formalmente obliga a las juezas y jueces para aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, y lo que es más

---

<sup>15</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 44

<sup>16</sup> Ibidem, Art. 45

<sup>17</sup> Ibidem, Art. 424

importante todavía, “aún que las partes no los invoquen expresamente”<sup>18</sup> ya que serán de inmediato cumplimiento y aplicación. Tampoco podrá, alegarse por tanto falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, o para desechar la acción interpuesta en su defensa, y tampoco para denegar el reconocimiento de tales derechos. Aquí se faculta y más que eso se impone al Juez la necesidad de convertirse en legislador, de crear derecho, en los casos sometidos a su arbitrio. Deja finalmente por fuera, cualquier tipo de evasión de la responsabilidad judicial, por normas internas vigentes, cuando en el artículo 428, impone que de oficio o a petición de parte cuando se considere que una norma jurídica es contrario a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos debe suspender la tramitación de la causa, para realizar una consulta. Por último el artículo 417, ratifica la cláusula Constitucional abierta para que los instrumentos internacionales de derechos humanos se activen en forma directa y expresa. “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”<sup>19</sup> ya que “El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”.<sup>20</sup>

### **3.2 La normativa internacional**

Así las cosas, revisaremos pues algunos instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador y que dicen relación con el asunto en reflexión:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 17 referido a la protección a la familia dice: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el

---

<sup>18</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 426

<sup>19</sup> Ibidem, Art. 169

<sup>20</sup> Ibidem, Art. 1

matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”<sup>21</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 18 manda: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”<sup>22</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 3: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Artículo 5: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Artículo 9: numeral 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos,

---

<sup>21</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 17

<sup>22</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 18

excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.<sup>23</sup>

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en el Artículo 17. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado... en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Art. 19. Derechos del Niño, expresa: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”<sup>24</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de la ONU, en el artículo 10, numeral 1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: ... Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles... en el numeral 3: Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”<sup>25</sup>.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el Artículo 15, Derecho a la constitución y protección de la familia. Numeral 1 “La familia es el elemento natural y fundamental de

---

<sup>23</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Arts. 3, 5, 9

<sup>24</sup> La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Art. 17

<sup>25</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de la ONU, Art. 10, N° 1

la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material... numeral 3 “Protección del Estado al grupo familiar y en especial a: la madre antes y durante un lapso razonable después del parto, a los niños, adecuada alimentación, tanto la época de lactancia como durante la edad escolar; medidas especiales de protección a los adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; y, ejecutar programas especiales de formación familiar para crear un ambiente estable y positivo en el que los niños desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”. Artículo 16, Derecho de la niñez. “Medidas de protección por su condición de menor, por parte de la familia sociedad y Estado. Derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres salvo circunstancias especiales. Derecho a la educación gratuita y obligatoria al menos en su fase elemental...”<sup>26</sup>

### **3.3 Normas que viabilizan**

Volviendo al sistema jurídico nacional, particularmente al propio Código de la Niñez y Adolescencia, su artículo 1 al referirse a la finalidad de la Ley: “dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral”<sup>27</sup>. El Artículo 9: Función básica de la familia.- “La ley reconoce protege a la familia como un espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponden prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos”<sup>28</sup>. Artículo 10: Deber del Estado frente a la familia.- “El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar las políticas, planes y programas que

---

<sup>26</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Art. 15

<sup>27</sup> Código de la Niñez y la adolescencia, Art.1

<sup>28</sup> Ibídem, Art. 9

apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior”<sup>29</sup>. Seguidamente el Artículo 11: explicita como ha de entenderse ese interés superior cuando prescribe: “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; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías”<sup>30</sup>. El último inciso del Art. 12 dice “En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los derechos de los demás”<sup>31</sup>. Y el corolario lo impone la norma del Artículo 14 que señala “Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente. Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”<sup>32</sup>.

El Código Orgánico de la Función Judicial en el Artículo 234: referido a las Atribuciones y Deberes.- escribe: Las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia conocerán y resolverán, en primera instancia, las siguientes causas: numeral 4 “ todo lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes de conformidad con la constitución de la República, los convenios internacionales, el Código de la Niñez y la Adolescencia y más disposiciones legales vigentes, excepto lo relativo a adolescentes infractores.”<sup>33</sup>

Importante es, dejar inscrito los mandatos que respecto al derecho de familia y otros temas relacionados con los menores, consagrados en la Carta Fundamental; así, el artículo 67 “reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y que garantizará condiciones que favorezcan integralmente la

---

<sup>29</sup> Código de la Niñez y la adolescencia, Art.10

<sup>30</sup> Ibídem, Art. 11

<sup>31</sup> Ibídem, Art. 12

<sup>32</sup> Ibídem, Art. 14

<sup>33</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, Art.234, N°4

consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se pasarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes<sup>34</sup> dos aportes significativos son los que nos trae este texto, el primero es el reconocimiento de los diversos tipos de familia, es decir le devuelve, o más bien entrega y reconoce las formas alternativas de familia que existen en nuestro país, y una de ellas claro está, es la que pervive después de la ruptura de una relación conyugal o hecho, y que se constituye con los hijos y la madre; y, con los hijos y el padre. Después, está la igualdad de derechos de sus integrantes, es decir, los hijos y cada uno de sus progenitores. Y continúan, en el segundo inciso, cuando en forma reiterativa al referirse al matrimonio indican la igualdad de derechos obligaciones y capacidad legal que tienen ese hombre y esa mujer que han establecido, aquella figura de integración familiar. Converge en el mismo sentido, el artículo 68 cuando expresa: “la unión estable y monográfica entre dos personas libre de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”<sup>35</sup>. En el artículo 69: numeral 1 “se promoverá la maternidad y paternidad responsables, la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. El numeral 4, “El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa”. Numeral 5 “El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”<sup>36</sup>. El Artículo 70: “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”<sup>37</sup>. El Artículo 35 secunda todavía, cuando se indica, entre otras personas para los

---

<sup>34</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 67

<sup>35</sup> Ibídem, Art. 68

<sup>36</sup> Ibídem, Art. 69

<sup>37</sup> Ibídem, Art. 70

niños y niñas y adolescentes, “el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”<sup>38</sup> aquí la doble vulnerabilidad se constituye por el hecho de su niñez o adolescencia y por haberse fragmentado su hogar.

Por su claridad estas reglas, no dejan espacio para mayor comentario de nuestra parte. Simplemente diremos que, de lo anotado se desprende que el interés superior del niño, está por encima de los textos del Código Civil, en lo atinente a la tenencia, la filiación, entre otros; y así no deja duda, sobre la conveniencia del niño, niña o el adolescente.

La Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema, considera en una de sus Resoluciones, que todo menor tiene derecho a ser criado en el seno de su familia natural y en un ambiente de respeto a sus derechos, pero sobre todo la nueva orientación aspira que el Juez, de una solución al problemas de menores, entre ellos la filiación. El juzgador debe tratarlos como problemas humanos y no como litigios, por tanto el interés del menor primará sobre cualquier otra consideración en la recolección de pruebas, en los informes periciales y en la resolución adoptada. Puede por lo tanto, al menos es nuestro modesto criterio , llegarse a imponer mediante resolución del Juez la tenencia compartida cuando se demuestre que para ese caso en particular será beneficiosa para el menor, prevaleciendo así la primacía de sus intereses frente al de sus propios progenitores.

No debe escapar al presente estudio, el citar la Resolución Administrativa, número 039-CNM, del 30 de mayo de 1995, de la entonces Corte Suprema de Justicia, donde su Sala Especializada de Menores, acordó: “1. La tenencia compartida sólo puede tener su efecto como consecuencia de la aplicación del Art. 52 de éste Código, en virtud del acuerdo a que lleguen los padres y, en casos excepcionales que el tribunal considere necesario”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 35

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia , Resolución Administrativa, número 039-CNM, 30 de mayo de 1995

## CAPITULO IV

### LA TENENCIA COMPARTIDA Y LA DOCTRINA FAVORABLE

#### 4.1 Análisis positivo

Frente a la aún dominante posición en el Ecuador, que expresa que la tenencia debe ser otorgada unilateralmente, ante el divorcio o separación de los progenitores, aparece otra corriente que cuestiona este principio, y rebasando el legalismo simplista, aparece como una realidad y necesidad de los distintos involucrados. Al desarrollo de esta nueva visión han asistido las teorizaciones de la psicología, la sociología, y la doctrina.

“El deseo de compartir ambos padres- aún siendo no convivientes- lo relativo a la educación y crianza de los hijos, y el de éstos últimos, de tener un adecuado vínculo con los progenitores, motivó que en los hechos apareciera esta nueva forma de tenencia”<sup>40</sup>.

Cuando hay acuerdo entre los padres, son ellos los que están en condiciones de establecer cuál es el mejor interés del hijo, basados en su autonomía personal para diseñar el proyecto de vida pensado para su hijo menor.

“Las forma de llegar a este tipo de tenencia son:

- a) Por decisión judicial, sin que los padres lo hayan requerido,
- b) Por petición de uno solo de los padres;
- c) Por acuerdo de ambos;
- d) Cuando es la forma que la ley establece para la tenencia de los hijos”<sup>41</sup>.

La figura de la tenencia compartida aparece ya lo hemos dicho, como una respuesta a una realidad sociológica de las familias de nuestro tiempo. Así como se han modificado las funciones y roles de la familia dentro del matrimonio, ésta también seguramente ha sufrido los mismos cambios cuando el vínculo conyugal está disuelto. Las funciones de cuidado de

---

<sup>40</sup> OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana, “Partir o compartir la tenencia” ¿Es posible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio?. Revista de Derecho de Familia nº 5, pág. 76.

<sup>41</sup> *Ibíd*em, pág.77.

los hijos ya no sólo están a cargo de la mujer, sino de ambos progenitores, dado que la mujer ahora también aporta al hogar con su trabajo dentro y fuera del él.

Se puede encontrar en este sistema una forma de promover la coparentabilidad. “Es un camino mucho más difícil de seguir, la responsabilidad es compartida en lo emocional y físicamente. Los dos deberán atender a sus necesidades primarias, ser un “papá” con algo de “mamá”. Sobre todo si el hijo es muy pequeño. Pero no hay que desmerecer al hombre, que también “puede”, cuando el amor por su hijo lo impulsa<sup>42</sup>. Pese a la separación, intentan mantener un funcionamiento que garantice a los vástagos una socialización construida sobre la base de las dos figuras parentales. “La asunción compartida de algunos derechos-deberes originados en el vínculo paterno-filial o efectuar una división pormenorizada de actividades a cargo de uno y otro de los progenitores<sup>43</sup>”.

El proyecto de compartir las responsabilidades paternas sobre los hijos, es mucho más que la elección del lugar de residencia, puesto que la reconocida necesidad de estabilidad de un menor, debe ser redefinida más en términos de interrelaciones y seguridad afectiva que en términos geográficos, económicos y temporales.

Esta tenencia de acuerdo a sus más apasionados examinadores –todos extranjeros- tiene ventajas y desventajas para los padres y para los hijos. “Las ventajas para los padres son: que ambos son guardadores, calificación en la aptitud, equiparación en el tiempo libre, comparten gastos de manutención y hay mayor cooperación. Las desventajas son: mayores costos; permanencia en el mismo lugar o ciudad; constante adaptación y necesidad de un empleo flexible. Con respecto a los hijos, las ventajas se traducen en: convivencia igualitaria con sus padres; inclusión en el nuevo grupo familiar de cada padre; no hay padres periféricos; mayor comunicación; menos problemas de lealtades y buen modelo de roles parentales. En cuanto a las desventajas se refieren a adaptación a dos casas y problemas prácticos y logísticos<sup>44</sup>”.

---

<sup>42</sup> YARKE, María del Carmen, p. 1042

<sup>43</sup> GROSMAN, Cecilia, *El proceso de divorcio. Derecho y realidad*, p. 807

<sup>44</sup> OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana, “Partir o compartir la tenencia” ¿Es posible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio? *Revista de Derecho de Familia* n° 5, p.78

La doctrina favorable a esta tenencia compartida es analizada por distintos autores, entre ellos, la Dra. Cecilia Grosman, cuando desarrolla el tema sosteniendo: que “ante la falta de prohibición legal es facultativo para los cónyuges efectuar acuerdos de este tipo, siempre y cuando no fueren perjudiciales para el menor<sup>45</sup>.- En igual sentido, el Dr. Carlos Arianna expresa: “...los acuerdos de esta naturaleza inhiben en los hijos la angustia producida por el sentimiento de pérdida del padre que no tiene la custodia, también los ex cónyuges obtienen ventajas del sistema...”ya que”...aligera las sobrecargas de responsabilidades que aflige comúnmente al cónyuge que detenta la guarda...”<sup>46</sup>. El Prof. Enrique Díaz de Guijarro se pronuncia por una “permanente y efectiva relación de los hijos con ambos progenitores después del divorcio o separación, y que ambos participen de la organización y vigilancia de los hijos. Que no se debe modificar ninguno de los derechos y obligaciones de la patria potestad, y que la tenencia no constituye una restricción a la educación compartida y a la compañía del otro progenitor, por ser la esencia única y común de la filiación”<sup>47</sup>. Hace también referencia al tema el Dr. Carlos Vidal Taquini, cuando comenta: “la salud física, moral y espiritual de los menores es el aspecto primario por el cual se debe velar y, en tanto no se vea afectado, también se debe considerar como principio no absoluto el de la tenencia única, por más que esta sea la más deseable, aceptándose la tenencia compartida o la alternada, una de sus formas, en la medida que no sea perjudicial para la estabilidad del hijo, admitiéndose que los padres puedan formular acuerdos en tal sentido, en tanto éstos no utilicen el sistema para un hostigamiento recíproco”<sup>48</sup>.

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires, en el año 2003, cita el Dr. Carlos Vidal sobre el tema: “La autonomía de la voluntad en las relaciones entre padres e hijos” se resolvió puntualmente sobre este tema: 1.-“Los acuerdos de tenencia compartida no violan en orden público, sin perjuicio del control judicial en cada caso concreto relativo al respeto de los derechos constitucionales de las partes involucradas. La función estatal a través del órgano jurisdiccional debe limitarse a controlar que el interés del menor de edad sea el que prime en dichos acuerdos. Resulta imperativo el pleno

---

<sup>45</sup> GROSMAN, Cecilia, El proceso de divorcio. Derecho y realidad, p. 132

<sup>46</sup> ARIANNA, Carlos, Régimen de visitas, Revista de Derecho de Familia Nº 2, p.122

<sup>47</sup> DIAZ de GUIJARRO, Enrique, La patria potestad compartida. Principios y consecuencias, p 45

<sup>48</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos, Ob.cit., pág.432.

reconocimiento del hijo como individuo autónomo que, más allá del conflicto de sus padres, tiene derecho a acceder, a ejercitar y a obtener la ayuda y colaboración para preservar el vínculo con ambos. 3.-Se incorpore expresamente a la legislación la figura de la tenencia compartida”.

Por sentir en mi propia piel y por llevar en la crianza de mi hijo un esquema similar aunque sin la determinación judicial de tal, sino bajo un “régimen abierto de visitas”, coincido con la doctrina favorable a la tenencia compartida, en virtud de ser una modalidad que beneficia en primer lugar, a los hijos, pues la interacción permanente con sus padres contribuye a su formación. Para los padres, es la oportunidad para demostrarse y demostrarles a sus hijos que son capaces y responsables de mantener un contacto pacífico entre aquellos que un día fueron pareja, para continuar juntos la formación y educación del mismo, en el respeto como ejemplo de adultez. Para los jueces, es la ocasión de abrirse y aprender, así dictarán resoluciones más ajustadas a la realidad y acorde con las necesidades de los niños y sus padres, teniendo en la mira el interés superior de niño, único referente a seguir, en todos los conflictos de tenencia.

“...Compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo, es mucho más que la elección de un lugar de residencia del mismo. Un niño necesita continuar el contacto que tenía antes de la separación de sus padres. Ello no solo porque mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre el niño, quien no debe elegir entre sus padres, sino porque también le garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas. La tenencia compartida, no consiste ni en partir al niño, ni en la igualdad matemática alguna entre los padres. No se trata de pasar necesariamente tantos días con uno y otros tantos con el otro, para que exista una distribución equitativa de responsabilidades. Consiste, si en cambio en reconocer a ambos padres el derecho de tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, sus posibilidades y características personales las responsabilidades y deberes.”<sup>49</sup>

Muchos tribunales justifican la no adopción de la tenencia compartida, supliéndola por un régimen amplio de visitas, que daría por un lado estabilidad y por el otro la posibilidad de contacto fluido.

---

<sup>49</sup> GROSMAN, Cecilia, Partir o compartir a los hijos, p. 132

Consideramos que los efectos de ambos son totalmente distintos. Quien ejerce la tenencia será el que tome las decisiones más importantes en la vida diaria, y a su vez ello implica que asuma todas las responsabilidades incluso por los cuasi delitos que cometan los menores a su cargo. Deberá tenerse en cuenta al otro, sólo si el hijo quiere salir del país, si quiere contraer matrimonio, autorizarlo para estar en juicio, disponer de bienes muebles registrables, todo lo demás lo puede resolverlo unilateralmente. Como dice Stilerman “las decisiones operativas están exclusivamente a cargo de quien ejerce la tenencia y su enumeración sería interminable”<sup>50</sup>.

Es frecuente el desacuerdo entre los padres no convivientes, porque quien no ejerce la tenencia desea materializar su derecho de vigilancia sobre el hijo y de transmisión de valores u opiniones. Los conflictos de esta naturaleza en general fueron resueltos por la jurisprudencia a favor del padre conviviente porque se considera “que está en mejores condiciones de valorar la conveniencia del hijo”<sup>51</sup>.

El niño necesita seguridad, entendida como “conjunto de condiciones necesarias para una buena evolución afectiva”, pero ello no implica que él solo se mueva al arbitrio de uno solo de los padres. Sumado a ello, es indeseable dar a un padre o madre el título de “visitante”, que implica “transitoriedad”, “fragilidad”, “fugacidad” y por ende falta de compromiso.

Los encuentros paterno-filiales no deben estar limitados a un tiempo y espacio, se debe procurar el mayor contacto posible, y éste debe dar la oportunidad de dialogar, compartir vivencias, actividades y eso no se logra en breves lapsos. Debe ser lo más semejante posible a la forma de vida que tenían antes de la ruptura matrimonial. Se justifica como beneficiosa la idea del régimen de visita amplio comparándolo con uno restringido o fijo, pero en realidad lo es solo para el adulto, que puede acomodar mejor sus horarios y deseos, con una complicación ¿cómo exigir después el cumplimiento de este régimen? Muchos padres que tienen regímenes fijos, cuando no cumplen son denunciados por falta de cumplimiento de los deberes familiares; sin embargo cuando se pacta un régimen amplio no

---

<sup>50</sup> STILERMAN Marta, Menores Tenencia, Régimen de Visitas, p. 68

<sup>51</sup> DOCTRINA JUDICIAL, Argentina, t.1990-I, p. 34

es posible hacer la denuncia ya que el incumplidor se ampara justamente en la amplitud. Cecilia Grosman cita algunos resultados de su estudio: “De entrevistas con hijos de padres no convivientes, hoy adultos, surgió el comentario de la insuficiencia de las visitas, (“cuando más lo necesitaba no estaba” “debía esperar hasta el Domingo para preguntarle una inquietud de lunes o martes pasado” “no pude compartir mis sentimientos” “tenía miedo y mi papá no estaba)”<sup>52</sup>.

#### **4.2 Superar la detención civilista**

En nuestro Código Civil, la tenencia monoparental, parece tener como propósito someter al hijo a una “unidad de criterio” en cuanto a su formación, educación y estabilidad. La experiencia demuestra que el padre que no posee la tenencia, se halla menos dispuesto al contacto con sus hijos con el transcurrir del tiempo, y la falta de cotidianidad en la convivencia y de responsabilidad en el cuidado del hijo, determinan que ese padre empiece disminuyendo hasta eliminar por completo el cumplimiento de sus obligaciones parentales. Consecuentemente, “el hijo pierde al padre en su rol proteccionista, siente el abandono y más todavía cuando éste constituye una nueva familia. Y esa comunicación que la ley desea defender en su normativa legal se disminuye ante las variaciones insospechadas que suele tener la realidad en sus nuevos matices”<sup>53</sup>.

Como la legislación no contempla otras formas de ejercer la tenencia, obliga a echar mano de la doctrina y la jurisprudencia para colocar sobre la mesa, el tema de la tenencia compartida. Por tal razón, considero que debe propiciarse un debate legislativo, para adaptarse a los tiempos. Si bien la tenencia compartida no es la panacea en todas las situaciones, en los casos que es posible, permitiría a los hijos demostrarles que el nuevo estado de familia no significa mayor cambio para ellos.

El asunto podría inclusive pasar por un tema de derogación de las normas que en el Código Civil, quebrantan la igualdad de géneros al declarar la aptitud e ineptitud para la tenencia, sin un análisis real y de cada caso, por ser de suyo inconstitucionales. Desde la Declaración

---

<sup>52</sup> GROSMAÑ, Cecilia, Partir o compartir a los hijos, p. 201

<sup>53</sup> YARKE, María el Carmen, Un derecho del menor: la tenencia compartida, pág.1039

Universal de Derechos, que proclama en su primer artículo, que todos los hombres nacen libres e iguales; y, hasta la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, para citar otro ejemplo paradigmático, en su Artículo 2, en el que se consagran los compromisos de los Estados partes, en la letra a) manda: “Consagrar, sin aún no lo han hecho en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio”. Es decir, incluso por la designada vía se podría incoar una acción ante la Corte Constitucional, para lograr la declaratoria de inaplicabilidad, cuando menos.

## CAPITULO V

### LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA JURISPRUDENCIA

#### 5.1 El interés superior del niño

Al igual que todos los demás principios jurídicos, el interés superior del niño, es aplicable como un modo de interpretación de las demás normas y reglas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente al momento de presentarse una confrontación entre derechos. La jurisprudencia venezolana ha dicho que: “El concepto ‘interés superior del niño’ constituye un principio de interpretación del Derecho de Menores (...) conceptos jurídicos indeterminados como ‘... conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma.’ El ‘interés superior del niño’, (...) tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal...”. La aplicación de este principio es directa, es decir su inobservancia no puede justificarse por la falta de normativa expresa o ambigüedad de la existente.

#### 5.2 Los fallos para compartir la tenencia

Inicialmente, la jurisprudencia juzgó negativo el deseo del padre de gozar de la tenencia compartida, aplicando sólo la regla de la tenencia unilateral, regulada por la ley, mediante la homologación de los acuerdos presentados por los esposos o por decisión de los jueces. Ahora, “la situación de tenencia compartida no es la más frecuente y fallos sobre el particular no abundan. Sin embargo, se pueden recoger una jurisprudencia vacilante, que en los últimos tiempos parece orientarse a homologar acuerdos de progenitores que satisfaciendo el interés filial, resuelve la tenencia compartida”<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *“El interés de los hijos como valor superior en los acuerdos sobre tenencia y patria potestad”*, L.L.1997-E, pág.427.-

La jurisprudencia ecuatoriana, ha elaborado en el transcurso del tiempo, pautas para la atribución de la tenencia que tienden a preservar el interés superior del niño y se resumen en los siguientes factores: 1.- El mantenimiento del lugar físico, la situación existente, el barrio y la escuela. 2.- La improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados, salvo poderosas razones que así lo aconsejen. 3.-La preservación de la convivencia con los hermanos para no distorsionar el grupo familiar. 4.- Las incidencias de factores económicos.5.- La edad, condiciones de vida materiales y espirituales de los progenitores. Todas deben ser analizadas y valoradas por el juez, sin perder de vista el interés superior del niño, buscando el justo equilibrio. 6.- La opinión del niño, es un deber para el juez oírlo, cuando la edad lo permita, por ser la persona sobre cuya existencia va a tomar decisiones trascendentales. Para valorar esa opinión debe tenerse en cuenta la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus manifestaciones.

### **5.3 Fallo sobre tenencia compartida distrito judicial de Dolores, Argentina**

En la Ciudad de Dolores, a los 18 días del mes de marzo del año dos mil ocho, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° 85.890. caratulada: “M., G. R. C/ E., A. I. L. S/ “En la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta primordialmente el beneficio del menor, debiendo supeditarse los reclamos de las demás personas a éste superior interés (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En efecto, el art. 3 de la citada Convención establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por su parte, el art. 3 de la ley 26.061 al respecto dispone que “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a Su condición de sujeto de derecho; b El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e El equilibrio

entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. El interés superior del menor, ha dicho nuestro superior Tribunal, es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (SCBA, Ac. 92.267 sent. Del 31/10/2007). La atención primordial al “interés superior del niño” a que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño (SCBA, Ac. 87.832 sent. Del 28/7/2004). Hoy, sin duda, se encuentra firmemente arraigada la concepción del menor como sujeto y nunca como objeto de derechos. Sin embargo, en franca oposición con este verdadero apotegma del derecho minoril, en ciertas ocasiones, no se trepida en disponer del niño como si se tratara de un bien mueble que se cambia de lugar y se traslada de acuerdo a los humores de su progenitor o del funcionario de turno, pasándolo de mano en mano, sin reparar en que con cada desarraigo al que se le somete se le cercena irreparablemente una porción de su identidad y se le ocasiona un gravísimo trastorno psicológico en su esfera afectiva (SCBA. Ac. 66.519, sent. Del 26/X/1999; Ac. 71.303, sent. Del 12/IV/2000; AC. 78.726, sent. Del 19/II/2002 votos del Dr. Pettigiani). Dos elementos primordiales para la resolución justa del conflicto humano traído a conocimiento de esta Cámara lo constituyen

sin duda, los nuevos informes periciales practicados a instancia de este Tribunal como así también la entrevista desarrollada en esta sede con la joven C., en tanto ellos nos han permitido acercarnos a la realidad vital de la niña y vivencial del grupo familiar. En este último orden, es dable expresar que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño le reconoce a los menores el derecho a ser oídos. Prerrogativa que a nivel local ha sido receptada en el art. 24 de la ley 26.061, en cuanto dispone que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquéllos que tengan interés; b Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelvan las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”. Cabe aclarar que lo expuesto no conlleva a que haya que aceptar incondicionalmente el deseo del niño si ello puede resultar perjudicial para su formación (SCBA, sent. Del 2V2003, “La Ley”, 2003<sup>a</sup>425); su palabra no es vinculante y debe valorarse con los restantes elementos del juicio (C. N. Civ., Sala H, 20X1997, “La Ley”, 1998D261). Sin embargo, se exige que su opinión sea considerada en la decisión (C. Civ. Y Com., San Isidro, sala I, 27VIII1999). Asimismo cabe especialmente recordar que, en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (del voto del doctor Pettigiani en Ac.78099, sent. Del 28III2001)”... “Así el 30 de octubre de 2000, el padre de la menor, Sr. M., inicia una pretensión judicial reclamando el régimen de visitas de su hija C (fs. 5/6 del expte. 6496). Luego, en dicha causa, el citado progenitor hace saber al juzgado, el 21 de marzo de 2002, sobre malos tratos de parte de la madre sobre la niña (fs. 16). Posteriormente, a fs. 77 adopta igual temperamento tuitivo requiriendo la custodia de la menor, conforme denuncia policial que realizara el 29 de enero de 2003 (fs. 67, erróneamente en la misma se ha consignado 2002; fotografías de fs. 68/75 y certificado médico de fs. 76). Previo dictamen del Asesor de incapaces, quien recomienda se otorgue la guarda provisoria de la menor a su padre, el juzgado interviniente con cita en los arts. 198, 202 del CPCC y 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, y 11 de la ley 12.569 resolvió el 6 de febrero de 2003 la entrega de la guarda en forma provisoria al Sr. M. (fs. 80/81). A fs. 114 la Sra. E. madre la niña a su vez denuncia malos tratos propinados a la joven C. por

parte de su padre, solicitando la restitución de la misma (fs. 124). Se ordenó y produjo prueba con un paso también por esta alzada, fs. 184. Finalmente el 14 de noviembre de 2006 se hace lugar al reintegro de la menor peticionada por su progenitora y ordena a las partes la realización de tratamiento terapéutico tendiente a revincular a la menor con sus padres (fs. 239/241). Fallo éste puesto en crisis, motiva la nueva y actual intervención de este Tribunal. De igual modo, es dable referir que el Sr. M., el 20 de octubre de 2006, inició demanda de tenencia de su hija C. en expediente 23.909 (fs. 21/26) que se encuentra acollorado a las actuaciones sobre las que la Cámara debe emitir sentencia. Causa en la que no se ha producido aún la prueba ofrecida (ver proveído de / fs. 82 del cit. Expte.). En definitiva, ya se ha señalado la provisoriedad que signa la materia de menores (con cita del voto del doctor Pettigiani en Ac. 78.099, sent. Del 28III2001; entre otros), circunstancia que a su vez se denota potenciada en la especie puesto que lo que se trae a revisión es el reintegro de la custodia de la menor, adoptada en contexto cautelar, y dictada en el trámite de una causa iniciada por régimen de visitas. C. El informe socio ambiental refleja que la casa donde habitaba C. consta de tres dormitorios y el de la menor se encuentra instalado con una cama de una plaza, placar y con adornos típicos de una niña de su edad (fs. 306 vta./307). Asimismo refiere el asistente social que posteriormente al Día de la Madre 22/10/2007 la menor decidió ir a vivir momentáneamente con su madre aunque el Sr. M. se comunica periódicamente con la joven como también la visita (fs. 306; el resaltado no es del original). Situación ésta que se prolongó hasta cinco días antes de la realización de la audiencia que se mantuviera con la niña en este Tribunal el 21 de febrero de 2008. El informe psicológico del progenitor, en lo que resulta de interés, referencia que “desde la vertiente afectiva, se visualiza preocupación y capacidad empática aceptable en la percepción de los deseos e intereses de la menor; en este sentido denota angustia frente a la modificación en la convivencia de la niña, que reside con la madre, no obstante puede aceptar esta variante en tanto y en cuanto ello redunde en beneficio de la menor” (fs. 312 vta). De su lado, en relación a la madre, se afirma que, “respecto a la modalidad de vínculo con la menor se advierte una limitada capacidad empática y de expresión afectiva, en donde la niña estaría ubicada en un lugar de objeto, antes que como sujeto de necesidades y deseos, con autonomía y discriminación del lugar de hijo, diferenciado de la pareja parental” (fs. 312 y vta.). En lo que hace a C. se sostiene que, “los núcleos conflictivos que

presenta la niña están directamente relacionados con la situación parental la falta de acuerdo entre los adultos ...; ello en función del lugar en que ha sido ubicada por ambos padres, en tanto `objeto´ de disputas” (fs.312 vta./313).C “evidencia la búsqueda de identificaciones y necesidades que tienen que ver con la femineidad, desde la función materna” (fs 313, el remarcado es propio); y “pone de manifiesto vínculos afectivos con ambos progenitores. De lo cual se infiere la importancia de mantener ambos vínculos (paterno filial materno filial) de manera estable, sostenido y con acuerdos en el mundo adulto” (últ. Fs. Cit.; idem). D. Muy oportuno, en mi criterio, es referenciar los principales fundamentos –aplicables mutatis mutandi a estos obrados brindados en una muy reciente y valiosa sentencia dictada por nuestro superior Tribunal (SCBA, C. 87.970, sent. Del 5122007) los que sirven de orientadores e inspiradores para dar una justa solución al presente, luego de meritar las especiales características de autos conforme la valoración de las probanzas realizadas en el punto antecedente (arts. 384, 474 del CPCC). En el citado fallo el distinguido Dr. De Lázzari expresó que “Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, la pareja parental, pese al divorcio –en nuestro caso, separación, debe actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos”. Igualmente sostuvo “Si el nuevo paradigma en las organizaciones familiares es construir nuevos ciudadanos, `respetar los derechos del niño no implica ir en detrimento de los padres, existiendo un equilibrio entre su libertad educativa y representación, con la posibilidad de ejercer sus derechos de acuerdo con su edad. Se trata de una educación hacia la responsabilidad. Dentro de un grupo familiar cada miembro debe saber respetar los derechos de los demás. La familia no puede defender su estabilidad sobre la base de la degradación de sus integrantes. Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol´ (cfr. Pietra, María, “El interés superior del niño y la atribución de tenencia a los abuelos maternos. Un fallo poco convencional”, LNBA, 200691108 y sigts.)”. Asimismo afirmó el citado magistrado “en el marco de este proceso siguiendo a Enrique Cárdenas `sólo es útil un juez que se instale con su imperio en medio de la crisis de la familia, y que la apoye, acompañe y entrene en el proceso de organización o reorganización en que se encuentra´ (“La familia y el sistema judicial una experiencia

innovadora”, Buenos Aires, 1988). En este acompañamiento, juzgó que el interés de los niños (art. 3 de la Convención), ligado a los derechos derivados de la relación paterno filial, se construye a través de la aplicación de los siguientes principios: a) Los padres deberán procurar la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la autoridad, ante el esquema de organización familiar surgido después del divorcio iter, en la especie, separación (arts. 5, 9.3, 18.1 y 27 de la Convención de los Derechos del niño, 14 bis, 16, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 7 de la ley 26.061); b) en este cometido les viene impuesto: 1. Efectivizar el mejor grado de desarrollo personal de los niños (arts. 6.2 y preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño; 3 inc. C) y d) y 9 de la ley 26.061), en particular los deberes de educación y crianza estarán focalizados a satisfacer sus necesidades; 2. Respetar las diferentes etapas evolutivas de los niños con sus propios requerimientos y expectativas (arts. 5, 14.2 y 18.1 y preámbulo de Convención de los Derechos del Niño); 3. Garantizar que los niños, por la madurez alcanzada, puedan expresar sus opiniones y ser escuchados (arts. 5 y 12, 1er. Párrafo de la Convención de los Derechos del Niño)”. Este supremo interés consideró debe ser atendido y protegido por los progenitores a lo largo de la existencia del menor, entendiendo que las acciones y responsabilidades derivadas de la relación paterno filial representan mucho más que el simple contacto físico derivado de la convivencia con el mismo. Cualquiera de los padres el que tiene la guarda o el que no la conserva puede desplegar una suerte de cuidados, protección y actividades en relación al hijo que no exigen necesariamente la vida en común. En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir. En su significación implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores. De tal modo, se acepta el preconcepto existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente (conf. “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, Cecilia Grosman, en “La Ley”, Tomo 1984B, página 806; cfr. También Grosman, Cecilia; Scherman, Ida, “Criteria for children custody Decisionmaking upon Separation and Divorce”, quienes hacen una reseña actualizada sobre las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales respecto al tema tenencia compartida en nuestro país, en Rev. Family Law Quarterly, vol. 39, summer 2005, 543).”En otro tramo de su esclarecedor

voto refirió “En los hechos, en la realidad de las cosas, por encima del rigorismo formal de las actividades procesales y aún por encima de premisas legales enarboladas en abstracto, ha tenido lugar un nuevo punto de enlace de la organización familiar, un nuevo sistema cointegrado de relaciones paterno filiales, un mecanismo emergente de la propia fuerza de los acontecimientos cuyos resultados aparecen, al menos a este tiempo, como los mejores para los niños, lo que se ha vislumbrado en la entrevista realizada” (como aconteció de igual modo en la especie). “Para preservar y promover la plena realización de los derechos de los niños (arts. 4 de la Convención de los Derechos del niño y 29 de la ley 26.061), estimo necesario remarcó ordenar que se mantengan las circunstancias actuales, con más el agregado ya expuesto de que no es el padre el único titular de la tenencia como tampoco lo es la madre. Ambos son los titulares. Corresponderá entonces la residencia dividida de los niños en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, atribuyendo el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores (arts. 3, 5, 9 de la Convención de los Derechos del Niño; cfr. Mi voto Ac. 78.446, sent. 27VI2001; Fallos 318:1269, especialmente considerando 10, de todo lo cual resulta la primacía de lo dispuesto en los Tratados aún sobre pasando pautas establecidas en la legislación vigente)”. Juzgó que las especialísimas circunstancias del caso imponían trascender la solución corriente establecida en el inc. 2 del art. 264 del Código Civil –en la especie, el art. 264 inc. 5 “porque el camino marcado por esta norma, confrontado con las pautas privilegiadas por la Convención, se revela aquí como insuficiente para el logro de la prevalencia del interés de los menores... No se trata de descalificar el criterio del Código Civil en forma omnicomprendiva porque, ciertamente, existirán supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad en cabeza exclusiva de uno de los progenitores resulte el mejor arbitrio para la consagración de aquel interés superior, y en tales condiciones ninguna objeción podrá encontrarse a esa manera de resolver la situación. ...reconocida la disposición de ambos, sus respectivas instalaciones y los demás elementos anteriormente analizados, la forma compartida del ejercicio es la que mejor garantiza la satisfacción de la premisa que preside el sistema”. Asimismo, el distinguido Dr. Genoud, en la misma causa citada SCBA, C. 87.970 sent. Del 5122007 abundó a su vez en que “el principio general es el ejercicio compartido de la patria potestad si los padres viven juntos y unilateral si viven separados. Sin embargo, ésta no es, en la actualidad, la opción que mejor protege el derecho de los niños a tener dos padres que

asuman la responsabilidad de su crianza y educación. Cobran aquí relevancia los tratados internacionales incorporados a la Constitución con la reforma introducida en el año 1994 (art. 75, inc. 22; Chechile, Ana María; López, Cecilia, “El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos”, LNBA, 2006 133)”. En ese sentido especificó que “La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el preámbulo que ‘... la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...’, reconociendo que el niño ‘... debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...’. El art. 18.1, de la citada convención, dispone: ‘Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño’; y el art. 9.3 expresa que ‘Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño’. Por su parte, el inc. 4 del art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que: ‘Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos’.” Ya hace casi dos décadas refirió el citado magistrado y marcando un hito en el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, aunque los padres vivían separados, afirmó la sala F de la Cámara Nacional Civil, que: ‘Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores extramatrimoniales, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y, además, preserva

el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones expresa o tácitamente atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos' (C.N.Civ., Sala F, octubre 23 de 1987, "La Ley", 1989 A94). Más tarde, recordó fueron varias las sentencias que homologaron los acuerdos que los padres presentaban en este sentido (C.N.Civ., Sala D, noviembre 21 de 1995, "La Ley", 1996D678; íd., Sala J, noviembre de 1998, "Jurisprudencia Argentina", 1999IV603, "La Ley" , 1999D477). La responsabilidad parental compartida de los padres que viven separados –sostuvo es ampliamente aceptada por la doctrina (Barbero, Omar U., "Padres que dejan de convivir pero acuerdan seguir coejerciendo la patria potestad: ¿lesión al orden público?, "La Ley" , 1989<sup>a</sup>94; Zannoni, Eduardo A., "La autonomía privada en la solución de conflictos familiares", en Zannoni, Eduardo A.; Ferrer, Francisco A. M.; Rolando, Carlos H., Coords., Derecho de Familia, Rubinzal Culzo ni, Sta. Fe, 1991, p. 195; íd. Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 4<sup>a</sup> ed., Astrea, Bs.As., 2002, T° 2, p. 726; Grosman, Cecilia P., "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño", en el Libro de Ponencias del Congreso Internacional "La persona y el Derecho en el fin de siglo", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, p. 244; Mizrahi, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 1998, p. 424; Iñigo, Delia B., "Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida", "La Ley", 1999D477; Chechile, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", "Jurisprudencia Argentina", 2002/III/1308.)". Refirió luego que "En el derecho comparado se observa una tendencia creciente a que la separación de los padres no altere los postulados de la corresponsabilidad, así, por ejemplo regulan la patria potestad compartida frente a la no convivencia el art. 207 del Código de Familia del Salvador, el art. 70 del Código de la Niñez y adolescencia del Paraguay, el art. 21 del Estatuto del Niño y adolescente de Brasil en concordancia con los arts. 1631 y 1632 del Código Civil, el art. 3732 del Código Civil francés ("La separación de los padres no incide sobre las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental) y el art. 156 del Código Civil español, con matices ("La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro..." "... Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la

patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”). “Cecilia Grosman expone que la guarda compartida es la que mejor asegura el cumplimiento del art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto que garantiza el derecho del menor `a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño´ (Grosman, Cecilia P., “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, “La Ley”, 1984B806). La jurisprudencia, lentamente, indicó ha ido receptando este tipo de custodia resaltando los beneficios que representan para los niños que se encuentran inmersos en el proceso de separación de sus padres (C.N.Civ., Sala J, “Jurisprudencia Argentina” , 1999IV603; íd., sala H, abril 28 de 2003, RDF, 252003187. En similar sentido S.T. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, octubre 8997, “La Ley”, 1998F569). En el derecho comparado –continuó su análisis el Dr. Genoud se la ha comenzado a legislar expresa mente.”. A título ejemplificativo cita las reformas operadas en este siglo XXI en países como Francia y España. Finalmente sostuvo que “se conceda la custodia compartida no significa igualdad matemática de tiempo con cada uno de los padres. Su principal objetivo es implicar e incluir a ambos instando a la colaboración en las principales actividades de los menores, sin desmerecer al otro. El vocablo ‘compartida’ “... denota en una de sus acepciones participar uno en alguna cosa, concepto que trasladado a la materia en estudio implica que las partes (padre y madre) se vinculen para participar en el cuidado y formación de los hijos...” (Arianna, Carlos, “Régimen de visitas”, RDF, 21989119; C.N.Civ., sala F, 14II2002, “Jurisprudencia Argentina” , 2002/II/666)”. Por su parte, el distinguido magistrado de la SCBA, Dr. Pettigiani, especialista en la temática abordada y reconocido docente en la materia, remarcó que “Entre esas ventajas se ha señalado que la tenencia compartida: permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extra doméstico de ambos padres (Grosman, Cecilia, ‘La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia’, “La Ley”, 1984B, 806);

evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder (Chechile, Ana M., 'Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental', "Jurisprudencia Argentina", 2002/III/1308); la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos (Medina, Graciela y Hollweck, Mariana, 'Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares', "La Ley Buenos Aires", 20011425); el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él (Schneider, Mariel, 'Un fallo sobre tenencia compartida', "La Ley Buenos Aires", 20011443); se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual (Mizrahi, Mauricio L., 'Familia, matrimonio y divorcio', Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 422)... y se promueve y alienta la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en lo que se refiere a la crianza de los hijos, generando así una mayor equidad genérica en el interior de la familia" (Zalduendo, Martín, 'La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño', "La Ley", 2006E 512)". Especificó el Dr. Pettigiani que "Tenencia compartida implica reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, sus responsabilidades y deberes (conf.: C.N.Civ., sala J, "La Ley", 1999 D, 479). No implica afirmó necesariamente tenencia alter nada sino la asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño, el respeto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre (conf.: Salzberg, Beatriz, "Los niños no se divorcian", p. 161, BeaS Ediciones, Buenos Aires, 1993). Lo esencial de la tenencia compartida es participar con amplitud y activamente de las decisiones respecto del hijo, aun cuando la custodia física estuviera en cabeza sólo de uno de los progenitores (conf. Jones, Freed Doris y Foster, Henry H. "Family Law in the Fifty States" An Overview. Family Law Quarterly, vol. XVI, p. 289 y sigts., núm. 4, Winter 1983; Jay, Folberg, H. and Graham, Marva, "Joint Custody of Children following Divorce", vol. 12, p. 523, núm. 2, U. C. A. Law Review, University of California, Davis, Summer, 1979, citados por Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", "La Ley", 1984B 806).

Así, en general, continuó los es posos pueden convenir la división de la guarda por ciertos períodos, es decir, ‘repartirse el cuidado del hijo’ o bien mantener en cabeza de uno de ellos la custodia física del hijo, es decir, la convivencia con el menor, con un régimen de visitas para el otro, pero asumir en forma compartida las responsabilidades de educación y formación del hijo ... No debe olvidarse que en el régimen vigente, no obstante conservar quien no ostenta la tenencia del hijo el ejercicio de la patria potestad si se otorga al otro progenitor su custodia, aquél pierde muchas de las facultades que asume la guardadora, razón por la cual podría interesar a ambos progenitores participar conjuntamente en el ejercicio de los poderes paternos..., que formaliza una necesidad de participación que si bien puede llevarse a cabo sin una manifestación expresa y así acontece muchas veces dentro del modelo ordinario, también a veces es deseada y requerida como un reconocimiento externo de que persiste la relación paterno filial cuyo menoscabo se teme (conf. Grosman, Cecilia, “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, “La Ley”, 1984B, 806)”. E. He abundado en la transcripción de tan aleccionador fallo –en el orden de emisión de los votos por la claridad expositiva de sus fundamentos, puesto que más allá que nos enfrente a un nuevo paradigma en la materia de marras, entiendo, como lo anticipara, que las circunstancias comprobadas de auto, abordadas en el punto C. del presente, reclaman igual resolución. No se trata como en la fábula de comprobar quien es el/la verdadero/a y real progenitor/a de C., ni de comprobar quién es mejor que quién mediante una descalificación continua y recíproca de cada uno. En el medio se encuentra la joven C. cuyo superior interés debemos satisfacer. Y C., reclama mantener ambos vínculos de manera estable (ver fs. 313). Del informe psicológico surge que su padre se encontraría en mejores condiciones de detentar la custodia, mas no se puede soslayar que C. “evidencia la búsqueda de identificaciones y necesidades que tienen que ver con la feminidad, desde la función materna” (fs 313) propias de su edad. Y tan es así que ha estado conviviendo voluntariamente este último tiempo cuatro meses- con su madre, sin por ello renegar, por el contrario, de su padre. La realidad se impone por sobre cualquier especulación dogmática y ficticiamente preciosista. Por su parte, su madre ha realizado esfuerzos para no ser descalificada en su función maternal, tales como solicitar ayuda terapéutica, contratar una niñera para que la cuidara a C. mientras ella cumple con sus funciones laborales. Oportunamente reconoció su error e identificó su causa. Han

pasado cinco años de tan lamentable y deplorable suceso. Hoy la justicia de Familia, como justicia de acompañamiento, debe contribuir eficazmente a que la progenitora ejerza en plenitud su rol de madre. Así lo reclama C. y si la misma tiene deficiencias de vinculación con su hija (ver fs. 312 y vta.) se le debe asegurar, fundamentalmente por C., los medios para revertir tal situación. Así lo voto”... “POR SUS FUNDAMENTOS CON LO QUE TERMINO EL PRESENTE ACUERDO, FIRMANDO LOS SEÑORES JUECES DE ESTA EXCMA.CAMARA DE APELACION. Dolores, de marzo de 2008. Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, se resuelve: 1º) hasta tanto se decida la causa iniciada de tenencia y de la que ut supra se hiciera mención (expte. 23.909), y mientras se mantenga y respete este estado de cosas, que ambos padres ejerzan la tenencia y correspondiente guarda compartida de la menor (como de hecho acontece) mediante acuerdos adultos y equilibrados que privilegien el bienestar de su hija. 2) deberá la niña permanecer durante los días de semana con su padre y los días feriados y/o festivos con su madre. 3) disponer que el Juzgado interviniente oficie al Director del Hospital del lugar de residencia de la familia para que se le provean a ambos progenitores –particularmente a su madre ayuda terapéutica para el mejor ejercicio de los roles filiales en forma conjunta y responsable”<sup>55</sup>.

Resolución del Juez Segundo de la Niñez y la Adolescencia de Cuenca, causa N° 130-09

-Causa n°:49.690.-Cnac. Civ.,Sala J, noviembre 24-1998-P.,F. E. y P.,E.N. s/ divorcio art.215-Proceso Especial. “Patria Potestad: Tenencia compartida: procedencia; fundamento; interés de los menores”.ED-185-103.-

-Causa n°:98.213.-ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, octubre 8-997-B.A. c.T.,M.H. LL-1998-F-569.-

-Causa n°:42.616-C.Apel.Civ. y Com. De Azul, Sala II, junio 4-2001-T.,C.A. c/M.,J.R. s/Incidente tenencia y régimen de visitas”.- L.L.Buenos Aires 2001:pág.1429.

---

<sup>55</sup> Fallo sobre Tenencia compartida, Distrito Judicial de Dolores, Argentina,

## CAPITULO VI

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 6.1 Determinaciones finales

Tomando en cuenta que en materia de tenencia no es posible manejarse con criterios generalizados y uniformes, por lo cual la conveniencia y eficacia de un régimen de tenencia dependerá de la particularidad de cada familia y de cada caso en especial.

a) El principio de ejercicio unilateral de la tenencia en el caso de padres no convivientes es injusto, pero también inconstitucional, por violar las normas del derecho a la igualdad y de los derechos de los niños a gozar de la convivencia familiar.

b) Es positivo el estimularse la participación activa de los padres, para que los hijos pueden entablar luego de la separación o divorcio lazos paterno-filiales más seguros.

c) Los padres pueden realizar acuerdos sobre tenencia compartida, que deben establecidos por los jueces previa evaluación del Equipo Técnico, respetándoles la autonomía personal, siempre que no perjudique a los hijos.

d) Se pueden bosquejar algunos principios como bases o guías para una nueva concepción de la tenencia, así diremos:

- Se le debe otorgar tanto a los padres y como a las madres el mismo status en relación a la crianza de sus hijos. Consecuentemente, deben tener también igualdad de responsabilidades y de derechos.
- Cuando los padres no puedan llegar a un acuerdo en relación al tiempo de convivencia con los hijos luego de la separación, los niños deberán gozar de igual tiempo de convivencia con ambos.
- La paternidad y la maternidad pueden basarse solamente en la calidad de las relaciones padres-hijos y no en la calidad de las relaciones que mantienen los cónyuges separados entre sí. Los niños tienen el derecho de tener un vínculo con ambos padres y viceversa.

e) Plantearse una reforma para que el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 118 que diga: “De oficio o a pedido de parte, el Juez podrá otorgar la

tenencia compartida de los hijos a ambos progenitores, teniendo siempre en consideración el superior interés del niño y el mantenimiento de una relación regular y equilibrada con ambos padres” y siga lo que actualmente dice, para los casos en que no sea posible aplicar la primera posibilidad.

## **6.2 Conclusión final**

En el Ecuador los jueces de acuerdo con la Constitución 2008 (Art.- 172) vigente si pueden legislar, y pueden sentenciar interpretando las leyes existentes e instrumentos internacionales. Es más existen ya casos ejemplares donde se han dictado sentencias de tenencia compartida. Hay que romper con nuestra tenencia post-conyugal es monoparental pues la ley sólo piensa en que el niño debe de convivir con un progenitor luego del divorcio. Para hijos mayores de cinco años la tenencia se le otorga al más idóneo pero ¿cómo pueden compararse las idoneidades complementarias de madre y padre?

## BIBLIOGRAFÍA

Arianna Carlos. RÉGIMEN DE VISITAS, DERECHO DE FAMILIA. Editorial. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Buenos Aires. 1989

Belluscio Augusto César. MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA. Editora Depalma. Buenos Aires. 1986

CÓDIGO CIVIL. Edi-Gab. Quito. 2006

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Gráficas Iberia. Quito. 2003

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2008

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Díaz de Guijarro, Enrique, LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA. PRINCIPIOS Y CONSECUENCIAS J. A.,29/6/83.

Fallo sobre Tenencia compartida, Distrito Judicial de Dolores, Argentina

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “El interés de los hijos como valor superior en los acuerdos sobre tenencia y patria potestad”, L.L.1997-E,

Grosman Martínez Alcorta. VÍNCULO ENTRE UN CÓNYUGE Y LOS HIJOS DEL OTRO EN LA FAMILIA ENSAMBLADA. Buenos Aires. 1995

Grosman Cecilia. LA TENENCIA COMPARTIDA DESPUES DEL DIVORCIO.

Grosman, Cecilia , EL PROCESO DE DIVORCIO. DERECHO Y REALIDAD. Abaco, Buenos Aires. 1985.

López del Carril Julio. DERECHO DE FAMILIA. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1999

OPPENHEIM, Ricardo y SZYLOWICKI, Susana, PARTIR O COMPARTIR LA TENENCIA. ¿ES POSIBLE COMPARTIR LA TENENCIA DE LOS HIJOS EN CASO DE DIVORCIO Revista de Derecho de Familia n° 5, Editorial. Abeledo-Perrot, Buenos.Aires.1991.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES y  
CULTURALES, DE LA ONU  
PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS  
HUMANOS, EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES y  
CULTURALES

Resolución del Juez Segundo de la Niñez y la Adolescencia de Cuenca, causa N° 130-09

Simon Farith. DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. TOMO II. Cevallos  
Editora Jurídica. 2009

Schneider, Mariel V, UN FALLO SOBRE TENENCIA COMPARTIDA, L.L. Buenos  
Aires. 2001

Stilerman Marta. MENORES TENENCIA, REGIMEN DE VISITAS. Editorial  
Universidad. Buenos Aires. 2002

Vidal Tarquini, Carlos.

Yarke, María del Carmen, UN DERECHO DEL MENOR: LA TENENCIA  
COMPARTIDA, L.L., 1993

Zannoni Eduardo. DERECHO DE FAMILIA. Astrea. Buenos Aires. 1981

