

**Análisis de la tenencia compartida de los hijos
menores de edad en la legislación ecuatoriana**

**Analysis of shared possession of minor
children in ecuadorian legislation**

Viviana Veronica Verduga-Rios¹
Universidad Bolivariana del Ecuador - Ecuador
vvverdugar@ube.edu.ec

Lissette Amelia Alvarado-Ajila²
Universidad Bolivariana del Ecuador - Ecuador
lalvaradoa@ube.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2024.2.2296

V9-N2 (mar-abr) 2024, pp 154-161 | Recibido: 19 de diciembre del 2023 - Aceptado: 09 de enero del 2024 (2 ronda rev.)

1 ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0918-8429>

2 ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7050-1451>

Cómo citar este artículo en norma APA:

Verduga-Rios, V., Alvarado-Ajila, L., (2024). Análisis de la tenencia compartida de los hijos menores de edad en la legislación ecuatoriana. 593 Digital Publisher CEIT, 9(2), 154-161, <https://doi.org/10.33386/593dp.2024.2.2296>

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo, es fundamentar la inclusión de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, a partir de un estudio teórico y exegetico, para obtener una mayor materialización del principio del interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En este trabajo se realizó una investigación descriptiva, encargada de hacer un análisis de todos los aspectos concernientes a la investigación. Una ventaja que puede ser analizada en el presente caso es el fortalecimiento del vínculo familiar entre los padres, ya que al tener una tenencia compartida existe una mayor relación entre los padres y el menor.

Si bien se indica que la tenencia compartida busca repartir la responsabilidad entre padres, manteniendo una relación cordial y estar presentes equitativamente de las actividades cotidianas del niño o adolescente, en la actualidad la tenencia es netamente de la madre, los jueces deciden que el padre sólo podía tener la tenencia de un hijo o hija cuando cumpla 12 años porque carece de potestad para decidir o en su defecto cuando exista acuerdo entre los progenitores, sin embargo, hoy en día se ha planteado la figura de la tenencia compartida sin problema alguno siempre y cuando se justifique las condiciones sociales, económicas entre otras respecto del progenitor que pretende la misma, de alguna manera se está buscando garantizar el derecho a la igualdad.

Palabras claves: tenencia, compartida, igualdad, legislación ecuatoriana

ABSTRACT

The objective of this work is to support the inclusion of shared custody in the Code of Children and Adolescents, based on a theoretical and exegetical study, to obtain a greater materialization of the principle of the best interest of the child in the Ecuadorian legal system.

In this work, a descriptive research was carried out, in charge of analyzing all aspects related to the research. An advantage that can be analyzed in the present case is the strengthening of the family bond between the parents, since by having shared custody there is a greater relationship between the parents and the minor.

Although it is indicated that shared custody seeks to distribute responsibility between parents, maintaining a cordial relationship and being equally present in the daily activities of the child or adolescent, currently custody is purely the mother's, judges decide that the father only could have custody of a son or daughter when they turn 12 because they lack the power to decide or failing that when there is an agreement between the parents, however, today the figure of shared custody has been raised without any problem as long as When the social, economic, and other conditions of the parent seeking it are justified, in some way the right to equality is being sought.

Keywords: tenure, shared, equality, ecuadorian legislation

Introducción

El tema que se abordará en el presente artículo es la tenencia compartida de los hijos menores de edad en la legislación ecuatoriana, donde el problema de la investigación es la posible vulneración de los derechos de igualdad de los progenitores y su afectación en el principio del interés superior del niño, ya que siempre se tomará como base el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por lo que, a nivel mundial se ha generado un gran interés, ya que los progenitores que proceden a divorciarse o están separados pueden estar atentos al cuidado y necesidades de sus hijos en igualdad de condiciones, sin generar problema alguno, a nivel local se ha vuelto complicado este tema, dado que muchos jueces no están considerando esta situación, porque tienen el criterio de que cuando el niño es de muy corta edad debe quedarse con la madre.

Con las disputas sobre la tenencia del menor se deja a un lado el principio de la corresponsabilidad parental, que consiste en la participación activa y permanente de los progenitores a pesar de la ruptura sentimental, ya que al otorgarse la tenencia a uno de los progenitores no se estaría cumpliendo con este principio, generando una desigualdad entre los padres, y sobre todo causando una inestabilidad emocional a los menores.

Es por ello que, la tenencia compartida además permitiría la igualdad de derechos y obligaciones del padre como de la madre en especial el cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes, tomando estas consideraciones como un elemento fundamental para las propuestas a las reformas del Código de la Niñez y Adolescencia, en beneficio de los intereses de los menores y que se cumpla el tan mencionado interés superior del niño.

Parafraseando a Pérez (2013), quien indica que a nivel mundial la custodia compartida es un tema que ha ido generando mucho interés por parte de las sociedades en general, ya que de esta manera los padres divorciados o separados pueden estar al tanto de los cuidados

y necesidades que sus hijos requieran, todo esto en igualdad de condiciones, sin necesidad de generar conflictos entre ellos. De esta manera el interés superior del menor es el punto clave dentro del cual sus derechos están siendo protegidos y precautelados.

Tomando como referencia lo escrito por Castells (2012), quien manifiesta que, en la legislación extranjera la custodia compartida se ha convertido en un tema de vital importancia y de gran trascendencia en referencia al derecho de familia, ya que, al ir adoptando estas normativas no sólo garantizan la protección integral de los derechos de los menores, sino que fomentan a la participación y el cuidado de los progenitores. En ciertos condados de Estados Unidos el tema de familia está **aún más evolucionado**, un claro ejemplo es el Estado de Washington, donde se ha erradicado completamente el término de custodia compartida o visitas compartidas, introduciendo un nuevo tipo establecido como un plan de crianza o plan parental y de educación de hijos, el cual consiste en que desde el momento de presentar el divorcio o la separación de los padres, deberá contener con quién y de qué manera van a estar organizados los niños, en cuanto al desarrollo del ámbito educativo, salud, recreación, formas de gastos, y uno de los más importantes es de qué manera se va a solucionar los posibles conflictos que se presentaren en el futuro.

Como la inclusión de la tenencia compartida en el CNA contribuirá una mayor materialización del principio del interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

VI: la tenencia compartida (objeto de investigación y la variable independiente) VD: el principio de interés superior del niño.

Algunos tratadistas ya hacen alusión a este problema desde mucho tiempo atrás como es el caso de CHILE: que expidió la ley de Tuición Compartida a 20.680, la cual tuvo como objetivo principal la igualdad entre los progenitores al momento de adjudicar la tenencia a uno de los progenitores en caso de divorcio o separación, dado que también en este caso se refería a la madre en caso de igualdad de condiciones

conforme lo establece el artículo 255 la cual expresaba que: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos” (LEY DE TUICIÓN COMPARTIDA, 2013, art. 255).

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

Así también, Argentina a través de su Código Civil (1869) especifica un elemento muy importante como lo es la distribución de funciones al momento de acudir a un juzgador para la determinación de la tenencia compartida en caso de conflicto entre el padre y madre, donde expresa en su artículo 264, que si existe un desacuerdo entre los padres, esta disputa se puede resolver de manera judicial, cuando se evidencie lo más conveniente para el interés superior de los niños y adolescentes, este procedimiento es breve y se realizará mediante audiencia y con la presencia de un tutor o lo que se conoce como ministerio popular, en esta normativa también se refleja la necesidad de escuchar al menor, quien debe tener suficiente juicio o lo que se puede denominar también madurez psicológica y asimismo mediante este proceso se pueda distribuir las diversas funciones entre los progenitores.

Incluso en España a través de la Ley Nro. 15, de 2005, se incorporó en el ordenamiento jurídico de dicho país la custodia compartida, si bien desde dicha fecha entró en vigencia, la misma no surtió efectos de manera inmediata, esto debido a que, los juzgadores de familia no estaban preparados para asumir este cambio, pues al ser una norma de nueva creación, ella trajo consigo más incógnitas que soluciones, tal es el caso de que los jueces no sabían si dicha figura debía ser preferente o subsidiaria en temas

de pensiones de alimentos y/o vivienda familiar, etc.

Con este breve antecedente se puede concluir que España va en el mismo camino que los países occidentales, es decir mantiene un interés real en la tenencia compartida y preferente ante una ruptura conyugal; sin embargo, aquella transformación de cambio de custodia es lenta y contiene múltiples barreras, incluida la ideológica. Es normal que, también en este caso, sea necesario un periodo de debate, análisis, normalización y generalización social. A pesar de lo aquí analizado resulta claro que España evoluciona normativamente para que se dé una custodia compartida, misma que pretende ser homogénea en todo el país y participada por los distintos actores sociales. Es evidente que muchos países ya se encuentran tratando de regular la tenencia compartida con el afán de precautelar los derechos del menor, sin embargo, en Ecuador si bien se reconoce la figura jurídica de la tenencia de los menores, el cual la encontramos regulada en el título III del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; mientras, que la doctrina muestra que la tenencia compartida debe ser una responsabilidad y obligación entre ambos progenitores, en todos los aspectos.

La tenencia de los menores ha provocado una variedad de criterios y se considera que se podrían enfrentar situaciones de vulnerabilidad en los menores; es por ello, que es importante que el poder judicial regule de mejor manera la normativa y logre enfocar sus actuaciones en pro del bienestar de los niños, niñas y adolescentes, y de esta manera, se logre que ambos padres tengan los mismos derechos y responsabilidades, pues esta corresponsabilidad parental dentro del ordenamiento jurídico es un aspecto relevante de estudio, dado que la figura de la tenencia surge con la separación familiar, provocando un conflicto entre la justicia y la igualdad de derechos que deben tener ambos progenitores, para ejercer la responsabilidad de la crianza de los menores.

La principal problemática es la ejecución de la normativa al momento de existir la

disolución del vínculo conyugal, dejando al menor en una situación de vulnerabilidad por la decisión de quién va a ejercer su tenencia; siendo importante que el juzgador evidencie y valore todos los elementos que conllevan a que los menores se encuentren en un lugar de libre desarrollo emocional, económico, entre otros aspectos familiares, pero obligando a los dos progenitores en iguales condiciones (Pico, 2023).

Por lo tanto, es necesario preguntarnos ¿Cómo afecta al interés superior del niño la falta de normativa legal del Código de la Niñez y Adolescencia, que regule la tenencia compartida de ambos progenitores? Para responder a esta pregunta, analizaremos criterios doctrinales, exegéticos y jurisprudenciales que aborden el régimen de la tenencia compartida.

Método

Según Yépez et al (2015) “al método se debe entender como la reconfiguración sucesiva de los procesos involucrando con diferentes técnicas y herramientas que le dé validez a lo investigado” (p.26).

Por lo tanto, se manejó un método analítico- sintético, el primero para el proceso teórico de la literatura encontrada de la variante dependiente, con el objetivo de descomponer el todo en sus diversas partes y cualidades y luego combinar esas partes analizadas anteriormente y descubrir las características comunes y las relaciones esenciales entre ellas.

Además, de acuerdo a la literatura contenida en el marco conceptual con relación a la población estudiada se empleó un método inductivo-deductivo, con la inducción para observar, estudiar y aprender las características comunes del fenómeno estudiado, asimismo, se evidencia como un conglomerado de hechos para construir una proposición científica o una ley de carácter general (Abreu, 2015) y lo deductivo para determinar la ausencia de normativa legal en cuanto a la tenencia compartida.

Por otro lado, se utiliza el método comparado ya que permite analizar la aplicación

de las diferentes normas jurídicas a los hechos que se presentan, lo cual permite y a su vez origina el bienestar para los hijos sobre el respecto a los derechos, evitando aspectos negativos ocasionados por la separación de sus padres; por lo que, en diferentes países europeos se ha demostrado una gran efectividad sobre la custodia compartida, donde se ha comprobado mediante estudios que tanto el bienestar psicológico, como el afectivo no han sufrido modificaciones en cuanto a los aspectos negativos, sino al contrario, ha permitido un mejoramiento en su autoestima, y un fortalecimiento en la relación con ambos progenitores, coadyuvando a que los menores tengan mayores oportunidades de crecer en un ambiente de armonía y sobre todo sano, donde ambos padres sean responsables y cuiden de ellos.

Desarrollo

En este trabajo se realizó una investigación descriptiva que según Torrico y González (2018) es la que se encarga de hacer una explicación pormenorizada de todos los aspectos concernientes a la investigación, en cuanto detalla aspectos relevantes, datos, tópicos, entre otros, en función de un fenómeno que ha sido sometido a interpretación; ya que, según Marroquín (2012) al abordar este tipo de trabajo permite identificar y analizar con exactitud las peculiaridades de la problemática de la población afectada” (p.12).

La misma que llevará a elaborar una base de datos y sintetizar la información seleccionada para luego ejecutar las acciones pertinentes y necesarias, con el fin de lograr desintegrar la información y los datos encontrados en sus diversas partes y cualidades, para luego hacer una división mental de sus variadas combinaciones y elementos y con el resumen para volver a unir esas aspectos anteriormente interpretados para lograr captar sus elementos definitorios más notables y su vinculación con otros aspectos.

Por otro lado, se utilizó un enfoque mixto, entendido como enfoque la guía metodológica encargada de construir una estrategia general en el desarrollo y plantear el problema de

investigación (Vega, 2014). Por un lado, una indagación cuantitativa para medir a través de la observación, los datos y la información obtenida, en cuanto al estudio de la normativa vigente, aplicable y a la ausencia de la misma que hace relación a la tenencia compartida es decir el estudio del fenómeno que provoca la problemática, y el cualitativo para el análisis, sistematización y comparación de la información literaria y la relación con el problema que se evidencia en nuestro país, para luego explicar y elaborar la reforma del Art. 118 del *Código de la Niñez y Adolescencia* vigente.

Resultados

La tenencia compartida en el ámbito jurídico constituye un mecanismo por medio del cual, se pretende regular el cuidado de los hijos menores, dentro de un proceso de divorcio, esto con la finalidad de que ambos padres tengan los mismos derechos sobre la crianza de los menores (Chaca y Vázquez, 2022). He ahí la importancia trascendental de tratar este tema para encontrar alternativas o formular normativa legal que ayuden constitucionalmente a encontrar la igualdad para los dos progenitores, sin importar el rango de edad, o género de los hijos menores; es decir, se garantice el fortalecimiento de las relaciones familiares luego de una separación y predomine el principio de corresponsabilidad en la crianza de los menores, determinando que ambos padres tengan derechos y obligaciones comunes en lo que respecta al cuidado, protección, desarrollo de los niños y adolescentes, por ende que los hijos tengan contacto continuo con sus padres, dando un cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 67 de la Constitución del Ecuador, esto es, proteger a la familia. Torres (2020), al referirse a la tenencia compartida expone que esta es una figura que no se encuentra establecida y normada dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, pero, en la práctica en algunas ocasiones es usada siempre que haya un acuerdo entre los progenitores. La tenencia compartida significa la lucha por la igualdad de género, porque asigna las responsabilidades de los hijos de manera equitativa, tanto en tiempo, manutención y convivencia.

Una vez planteadas las normativas o las reformas legales, para lograr la igualdad de ambos progenitores en cuanto a la tenencia, se daría mayor cumplimiento a disposiciones constitucionales a más de fortalecer los lazos familiares, no solo monoparentales, sino también los diversos tipos de familia que tenemos en Ecuador. Alarcón-Cedeño & Suárez (como se citó en Montes Nancy Cárdenas, et al, 2021) quien manifiesta que familia se debe entender no solo de una pareja, sino también la descendencia de ellos ya que, la importancia de la familia radica que constituye la primera institución social y creadora de relaciones poder que está principalmente en juego una actividad económica que es realizada principalmente por uno de sus miembros

Así también Espinosa (2020), en su artículo denominado la custodia compartida un paliativo al Síndrome de alienación parental ya sugiere que corresponsabilidad parental se debe considerar como la ponderación de los intereses de los menores de edad, donde el padre y madre deben cumplir con sus derechos y deberes como progenitores para ejercer funciones que fortalezcan la relación con sus hijos. En el artículo se define la tenencia compartida como la equitativa responsabilidad de la crianza de los hijos. “La corresponsabilidad parental traducida en los derechos y deberes de los progenitores se convierte en el ejercicio de cada una de las funciones parentales en relación con los hijos, enfatizando el Interés Superior del menor” (p.1). Fortaleciendo aún más esta figura. Wallertein y Blakeslee (2012) al exponer que la tenencia de los hijos de familia es:

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

Conclusiones

La tenencia compartida en Ecuador a diferencia de otros países, es un poco selectiva en cuanto al progenitor que obtenga la tenencia de los menores, que por lo general en Ecuador es la madre, esto conyeva a vulnerar el derecho de igualdad entre los progenitores, considero que para evitar esta situación se debe elaborar bases legislativas que incluya el tema de la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia, donde se pueda compartir la tenencia de los menores por ambos progenitores, en igualdad de condiciones, teniendo en cuenta que esto favorece al fortalecimiento del vínculo familiar entre los padres.

Además, esto conllevaría a que prime de mejor manera el interés superior del menor, como así lo manda la ley, es por ello que es de suma importancia la tenencia compartida, donde los menores podría desarrollarse de mejor manera, sin afectar su desarrollo y su núcleo familiar, como sucede cuando ocurre la separación de los padres del menor. La Convención de los Derechos del Niño (2006), expresa que, las medidas que deben tomar, tanto los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, que tengan incidencia con asuntos de los menores, será fundamental y primordial atender al principio del interés superior del niño.

De modo que, en el tema jurídico, se deberá aplicar la normativa que más favorezca a las condiciones del menor, para un mejor desarrollo, a fin de buscar que se cumpla de manera eficaz el ejercicio de los derechos de los niños, para mantener una adecuada vinculación con el núcleo familiar, asimismo, lograr que los padres hagan uso efectivo de la patria potestad y de la responsabilidad que esto conlleva, encargándose de manera conjunta del cuidado, crianza y desarrollo integral de los menores (Vélez, 2010).

Discusión

Si bien se indica que la tenencia compartida busca repartir la responsabilidad entre padres, manteniendo una relación cordial y estar presentes equitativamente de las actividades cotidianas del niño o adolescente, en la actualidad

la tenencia es netamente de la madre, los jueces deciden que el padre sólo podía tener la tenencia de un hijo o hija cuando cumpla 12 años porque carece de potestad para decidir o en su defecto cuando exista acuerdo entre los progenitores, sin embargo, hoy en día se ha planteado la figura de la tenencia compartida sin problema alguno siempre y cuando se justifique las condiciones sociales, económicas entre otras respecto del progenitor que pretende la misma, de alguna manera se está buscando garantizar el derecho a la igualdad.

Por eso, es importante que las normas legales se ajusten a la constitución para que el poder judicial logre enfocar sus actuaciones al momento de administrar justicia en la búsqueda del bienestar del menor, adjudicando la tenencia en beneficio del menor que queda en una situación de vulnerabilidad, imposibilitando un desarrollo de calidad y calidez dentro de la sociedad que pertenece.

Una línea de investigación se entiende como un eje temático mono o interdisciplinario que incluye un conjunto de objetivos, políticas y metodologías científico-técnicas encaminados a la solución de uno o varios problemas identificados en las áreas y que permite generar nuevo conocimiento.

Línea: La tenencia compartida de los hijos menores de edad en la legislación ecuatoriana.

Sublínea: Ventajas y desventajas en la tenencia compartida y el impacto en el vínculo familiar.

Una ventaja que puede ser analizada en el presente caso es el fortalecimiento del vínculo familiar entre los padres, ya que al tener una tenencia compartida existe una mayor relación entre los padres y el menor.

Referencias bibliográficas

Camacho de Báez, B. (2008). *Metodología de la investigación científica: un camino fácil de recorrer para todos*. Editorial UPTC.

- Código de la Niñez y Adolescencia [CNA]. Ley 100 de 2003. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003 (Ecuador).
- Código Civil [CC]. Ley 340 de 1869. Registro Oficial de 29 de septiembre de 1869 (Argentina).
- Chaca, M. A. y Vázquez, S. M. (2022). Tenencia compartida. *Dominio de las Ciencias*, 3 (8), pp. 2217-2234.
- Langedac, D. (1999). Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental. *Francia*.
- Llanos, B. A. (2009). La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. *Derecho & Sociedad*, (32), 191-197.
- LEY DE TUICIÓN COMPARTIDA. (2013). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Vega-Malagón, G., Ávila-Morales, J., Vega-Malagón, A. J., Camacho-Calderón, N., Becerril-Santos, A., & Leo-Amador, G. E. (2014). Paradigmas en la investigación. Enfoque cuantitativo y cualitativo. *European Scientific Journal*, 10(15).
- Yáñez, N. S. C., Paucay, V. S., Coronel, L. Á., Guerrero, M. E. C. (2021). La familia en Ecuador: Un enfoque desde lo jurídico. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*, 6(11), 129-146.
- Herbas Torrico, B. C., & Rocha Gonzales, E. A. (2018). Metodología científica para la realización de investigaciones de mercado e investigaciones sociales cuantitativas. *Revista Perspectivas*, (42), 123-160.
- Pico, A. (2023). Análisis Doctrinario de la Tenencia Compartida en el Ecuador: Criterios y Factores de Valoración. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(2), 5423-5439.
- Jordán Yépez, A. E., Contreras Cruz, G. A., & Camacho Tovar, G. L. (2017). Metodología de la investigación educacional.
- Vélez, J. C. (2010). Interés Superior del Niño. Editorial Jurídica, 96.