



Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Sede Ibarra

ESCUELA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA:

Análisis al Principio Parental en la ciudad de Ibarra en el año 2019

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

Abogado

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN:

Inequidades, Exclusiones, Desigualdades y Derechos Humanos

AUTOR: Isaac Israel Marroquín Rueda

ASESORA: Dra. María Isabel Tobar

IBARRA, Junio– 2021

Ibarra, 6 de Agosto del 2021

Dra. María Isabel Tobar Subía Contenido

ASESORA

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia (EJ), de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.



(f).....

Dra. María Isabel Tobar Subía Contenido

C.C: 1002444188

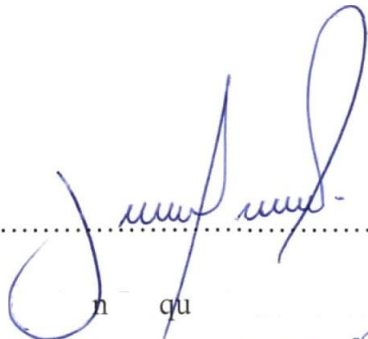
PÁGINA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI):

(f.) 
.....

Dra. María Isabel Tobar Subía Contento

C.C: 1002444188

(f.) 
.....
n qu
1001 77230 8

(f.) 
.....

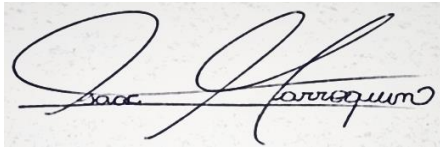
Mgs. Ana Gabrielá Pozo Pantoja

C.C: 100298142-6

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Isaac Israel Marroquín Rueda, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 165 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que manifiesta textualmente: “Se reconoce facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilidades de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia”.

Ibarra, 6 de Agosto del 2021

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is cursive and appears to read 'Isaac Israel Marroquín Rueda'.

(f.).

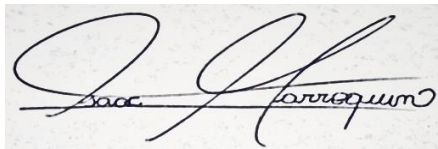
Isaac Israel Marroquín Rueda

C.C.: 1003766092

AUTORIA

Yo, Isaac Israel Marroquín Rueda, portador de la cédula de ciudadanía N.º 1003766092, declaro que la presente investigación es de total responsabilidad del autor, y eximo expresamente a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra de posibles reclamos o acciones legales.

(f:)

A rectangular box containing a handwritten signature in black ink. The signature is cursive and appears to read 'Isaac Israel Marroquín Rueda'.

Isaac Israel Marroquín Rueda

C.C.: 1003766092

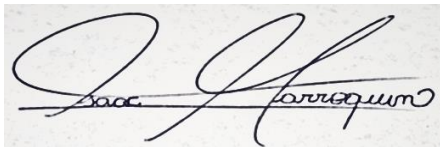
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Isaac Israel Marroquín Rueda, portador de la cédula de ciudadanía N.º 1003766092, autor del trabajo de grado titulado “Análisis al Principio Parental en la ciudad de Ibarra en el año 2019”, previo a la obtención del título profesional de Abogado, en la escuela de Jurisprudencia.

1.- Declaró tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que se ha integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizó a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra a difundir a través del Repositorio Digital de la PUCESI el referido trabajo de graduación respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, 05 de agosto de 2022

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is cursive and appears to read 'Isaac Israel Marroquín Rueda'. Below the signature, the name 'Isaac Israel Marroquín Rueda' is printed in a smaller, sans-serif font.

(f.).

Isaac Israel Marroquín Rueda

C.C.: 1003766092

DEDICATORIA

Dedico con todo mi corazón mi tesis a Dios primeramente, ya que a pesar de todo y de las adversidades siempre está conmigo, a mi madre Marisol que siempre ha estado ahí para nosotros y por el enorme sacrificio que a hecho por intentar darnos una mejor vida, a mi padre Juan Carlos que a pesar de todo lo que hemos vivido me demostró que la familia siempre esta y supo estar conmigo en el peor momento de mi vida, a mis hermanos Esteban, Benjamín y Mateo que son mis pilares de vida, mis compañeros y mis mejores amigos, a mis abuelitas y al resto de mi familia, ya que sin su apoyo a lo largo de mis estudios esto no habría sido posible, a pesar de las adversidades que se me han presentado han sabido estar a mi lado o a la distancia, siempre pendiente de mi cuando estuve muy mal de salud, estuvieron ahí cuidándome, orando por mí, y gracias a Dios y a mi familia pude seguir adelante, por todo aquello les doy mi trabajo como ofrenda por su paciencia, por su amor, por el granito de arena que han puesto siempre en mi vida, por los consejos que me han brindado para formarme primero como persona, como hijo, como hermano, los amo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco principalmente a Dios y a mi familia por a verme forjado como la persona que soy, nunca asido fácil lidiar conmigo pero han sabido tener paciencia y guiarme por el buen camino, sus consejos, sus esfuerzos, sus regaños este día están dando fruto, y no me cansare de decir que no podre pagarles en vida lo que han hecho por mi cuando estuve muy mal de salud, a mis amigos más cercanos por estar conmigo en las buenas y en la malas, y sobre todo a mi negrita, ya que asido mi compañía estos últimos años, enseñándome a ser más responsable y por nunca dejarme solo a pesar de todo.

Los amo familia.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| LISTADO DE ABREVIATURAS | 1 |
| I. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE..... | 1 |
| II. ABSTRACT..... | 2 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 3 |
| 2. ESTADO DEL ARTE | 4 |
| 3. MATERIALES Y MÉTODOS..... | 15 |
| 6. RESULTADOS: | 19 |
| A) DESCRIBIR EL STATUS JURÍDICO DE LA CUSTODIA MONOPARENTAL Y COMPARTIDA A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL Y SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS Y DERECHOS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA | 19 |
| <i>a. 1. Concepto de custodia monoparental y custodia compartida. Relación de éstos con otros principios y derechos en materia de Niñez y Adolescencia</i> | <i>19</i> |
| <i>a. 2. Normativa aplicable a Nivel Internacional y nacional</i> | <i>26</i> |
| <i>a. 3. Normativa Aplicable a Nivel Nacional.....</i> | <i>36</i> |
| B) IDENTIFICAR LOS POSIBLES PROBLEMAS JURÍDICOS Y DE OTRA ÍNDOLE DERIVADOS DE LA CUSTODIA MONOPARENTAL..... | 40 |
| C) DETERMINAR SI LA CUSTODIA COMPARTIDA PODRÍA SER UNA ALTERNATIVA VIABLE PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CUSTODIA MONOPARENTAL | 45 |
| <i>c.1. Los argumentos a favor de la custodia compartida</i> | <i>45</i> |
| <i>c.2. Análisis de las entrevistas realizadas a los jueces de familia en torno a la custodia compartida.....</i> | <i>50</i> |
| 7. DISCUSIÓN | 70 |
| 8. CONCLUSIONES | 89 |
| 9. RECOMENDACIONES..... | 91 |
| 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 93 |

11. ANEXOS 96

LISTADO DE ABREVIATURAS

| ABREVIATURA | SIGNIFICADO |
|--------------------|---|
| CDN | Convención sobre los Derechos del Niño |
| CONA | Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia |
| CRE | Constitución de la República del Ecuador |
| UJFMNA | Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia |

I. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El presente proyecto de investigación se titula “*Análisis al Principio Parental en la ciudad de Ibarra en el año 2019*”. Este principio, también es denominado en la doctrina, en la jurisprudencia y en la normativa como “Corresponsabilidad Parental” y se encuentra consagrado en el art. 100 del Código de la Niñez y Adolescencia. Para este trabajo, se ha tomado a la custodia compartida como punto de partida, siendo así una opción positiva para que ambos progenitores cumplan en igualdad de condiciones, el deber jurídico de convivencia y cuidado del menor, lo que, en la literatura actual, se establece como una alternativa más beneficiosa para el Interés Superior del Niño que la custodia exclusiva. Con base a esto se tiene como objetivo general proponer la Custodia Compartida como un principio eficaz alternativo dentro de la Legislación Ecuatoriana, tomando en cuenta la relevancia del Principio Constitucional del Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes, y del Principio Parental; para ello se han planteado tres objetivos específicos que son: a) Describir el status jurídico de la custodia monoparental y compartida a nivel internacional y nacional y su relación con otros principios y derechos en materia de Niñez y Adolescencia; b) Identificar los posibles problemas jurídicos y de otra índole derivados de la custodia monoparental; y, c) Determinar si la custodia compartida podría ser una alternativa viable para solucionar los problemas jurídicos derivados de la custodia monoparental. Para dar respuesta a estos objetivos se aplicaron las técnicas de análisis documental y la entrevista, siendo la primera, para revisar sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia No. 28-15- IN/21 y la segunda, para determinar si la custodia compartida vendría a ser una solución a dichos problemas, obteniendo como principal resultado, que la custodia compartida sí es una solución adecuada, en tanto que fortalece el principio de corresponsabilidad parental, evita las peleas entre progenitores que afectan psicológicamente al niño; y disminuyen la continuidad de los estereotipos de género respecto a los roles de padre y madre.

Palabras Clave: *custodia compartida, Interés Superior del Niño, Corresponsabilidad Parental.*

II. ABSTRACT

The former research project is entitled "*Analysis of the Parental Principle in the city of Ibarra in 2019*". This principle is also referred to in doctrine, jurisprudence and regulations as "Parental Responsibility" and is enshrined in art. 100 of the Code on Children and Adolescents. For this work, shared custody has been taken as a starting point, thus being a positive option for both parents to fulfill on equal terms the legal duty of coexistence and care of the child, what in the current literature, is established as an alternative more beneficial to the Best Interests of the Child than sole custody. Based on this, the general objective is to propose the Shared Custody as an effective alternative principle within Ecuadorian law, taking into account the relevance of the Constitutional Principle of the Best Interest of Children and Adolescents, and the Parental Principle; to this end, three specific objectives have been set: a) To describe the legal status of single and shared custody at the international and national levels and its relationship with other principles and rights relating to children and adolescents; b) Identify possible legal and other problems arising from single-parent custody; and, c) Determine whether joint custody could be a viable alternative for solving legal problems arising from single-parent custody. In order to respond to these objectives, documentary analysis techniques were used and the interview, the first being to review article 106 of the Code on Children and Adolescents No. 28-15-IN/21, and to determine whether joint custody would be a solution to these problems, the main result being that shared custody is an appropriate solution, while it strengthens the principle of parental co-responsibility and avoids disputes between parents which affect the child psychologically; and diminish the continuity of gender stereotypes regarding the roles of father and mother.

Keywords: shared custody, Best Interests of the Child, Parental Responsibility.

1. INTRODUCCIÓN

El título de la investigación es “*Análisis al Principio Parental en la ciudad de Ibarra en el año 2019*”, en donde los actores principales son los padres divorciados y los hijos en común. A través de esta investigación se pretende determinar la importancia que tiene la implementación de la custodia compartida en Ecuador y por qué todavía no ha sido contemplada en la legislación ecuatoriana, teniendo como objetivo general proponer la Custodia Compartida como un principio eficaz dentro de la Legislación Ecuatoriana, tomando en cuenta la relevancia del Principio Constitucional del Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes, y del Principio Parental; esto se logrará mediante tres objetivos específicos que son: a) Describir el status jurídico de la custodia monoparental y compartida a nivel internacional y nacional y su relación con otros principios y derechos en materia de Niñez y Adolescencia; b) Identificar los posibles problemas jurídicos y de otra índole derivados de la custodia monoparental; y, c) Determinar si la custodia compartida podría ser una alternativa viable para solucionar los problemas jurídicos derivados de la custodia monoparental.

Todo ello partiendo del conocimiento de que en Ecuador la tenencia de los hijos comunes es otorgada a uno de los progenitores; generalmente la madre por lo cual ella se encargaría del cuidado, crianza y desarrollo integral del niño limitando las funciones del padre a un proveedor económico, y que en la actualidad en varios países es tomada en cuenta la custodia compartida como un principio enfocado a velar por el derecho a la familia, y de igual forma contemplar a los dos progenitores en igualdad de derechos y obligaciones frente a sus hijos comunes posteriormente a la disolución del matrimonio.

La importancia de este tema radica en que en la actualidad se ha vuelto necesario contemplar a la custodia compartida como un principio jurídico alternativo y eficaz capaz de garantizar igualdad de derechos y obligaciones de los dos progenitores, pues en este sentido no se verían

vulnerados los derechos de padres y se protegería sobre todo el interés superior del niño, ya que para un desarrollo adecuado del menor juega un rol muy importante la presencia igualitaria de la figura materna y paterna, y así también se están haciendo efectivos los principios. Parental y de interés superior del niño.

A través de este proyecto investigativo se espera determinar la importancia que tiene el establecimiento del principio de la custodia compartida dentro de la Legislación Ecuatoriana, para que de esta forma se dé cumplimiento a la igualdad de derechos y obligaciones para los progenitores tal como establece el Principio Parental.

Este proyecto investigativo tiene relación directa con el “Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una vida”, puesto a que lo establecido en este tema se basa en el Eje 1 de dicho Plan referente a Derechos para Todos Durante Toda la Vida, dentro del cual el Objetivo 1 hace énfasis en la igualdad de oportunidades; en este caso se trataría de igualdad de trato ante la ley tanto al padre como a la madre, siempre y cuando no se demuestre una afectación en el niño pues sobre todo prima su bienestar. Dentro de las líneas de investigación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador el presente tema de investigación se relaciona con el apartado de Política y derecho para la participación social y el establecimiento de las relaciones justas, específicamente en la línea de investigación de Inequidades, Exclusiones, Desigualdades y Derechos Humanos.

2. ESTADO DEL ARTE

A lo largo de la historia se ha considerado al núcleo familiar como la base de la sociedad, sin embargo, las situaciones adversas que presenta la vida han ocasionado en varias ocasiones que los padres de familia tomen la decisión de que sea disuelto el vínculo matrimonial. En estos casos, en Ecuador, cuando los padres tienen hijos comunes se le otorga la tenencia de los niños

a uno de los progenitores; en la mayoría de los casos es la madre a quien se le otorga la tenencia de los hijos, por lo cual la madre es la que cumple la función de protectora y guardiana del niño encargándose de su cuidado y crianza, mientras que el padre se ve limitado a cumplir con el régimen de visitas que ha sido establecido por el Juez y con la obligación monetaria que tiene con el niño en cuestión de pensión de alimentos.

Lo antes mencionado evidencia una inestabilidad en el Principio de Corresponsabilidad Parental establecido en el Art. 100 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en adelante CONA, en el cual se establece que los dos progenitores tienen igualdad de responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos comunes (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2014). Al otorgarse la tenencia únicamente a uno de los progenitores tanto el peso de responsabilidades como de derechos se ve desbalanceado dejando claro el incumplimiento de lo que explícitamente expresa este Principio.

En Ecuador no se contempla la tenencia compartida lo que vulnera el interés superior del niño pues según el Art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN, los Estados parte deben promover que los dos progenitores tienen obligación en el cuidado y crianza de los hijos, en este sentido el niño tiene derecho a que sus dos padres estén presentes en su desarrollo (Convención sobre los Derechos del Niño, 2006).

Además, por muchos años los especialistas de la psicología y otras disciplinas han enfatizado lo importante que es para un niño en sus primeros años de vida tener una relación cercana y segura con la madre. Sin embargo, desde hace un tiempo esta mirada se ha ampliado, reconociendo que el padre es también una figura central para el desarrollo físico y emocional de un niño.

Para poder desarrollar el presente proyecto de investigación es de suma importancia precisar los conceptos principales que engloba la problemática, ya que en base a ellos se desarrollará la investigación. Dentro de ellos se encuentran: Interés Superior del Niño y la tenencia. En el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se define al interés superior del niño como el principio orientado a satisfacer el ejercicio de los derechos del niño, además de imponer a las autoridades administrativas y judiciales a ajustar sus decisiones para su cumplimiento. Inclusive es necesario mencionar que siempre debería tomarse en cuenta la voluntad del niño que esté en condiciones de expresar su opinión (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Así mismo, en el antes mencionado cuerpo normativo también se hace referencia a la tenencia como la responsabilidad que asume uno de los progenitores para velar por el desarrollo integral y el ejercicio de los derechos de sus hijos (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2014).

Debido a esto varios investigadores han desarrollado un análisis de la importancia de la incorporación de la custodia compartida, teniendo en cuenta los roles que tienen en el desarrollo integral del niño tanto el padre como la madre, a través de sus estudios psicológicos y legales han determinado la viabilidad y lo aconsejable de que la custodia compartida sea tomada en cuenta en la legislación de los diferentes países con el fin de precautelar el principio de interés superior del niño.

Por su parte, Silva (2016), en su trabajo de titulación denominado “La custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas”, con el objetivo de indagar la incidencia de este régimen en el principio de interés superior del niño realizó una investigación tanto documental como de campo, obteniendo como resultado que de los 317 abogados en libre ejercicio encuestados la mayor parte considera que no existe igualdad de condiciones entre los dos progenitores pues generalmente las decisiones sobre los hijos recaen en la madre, así mismo el 88% no considera

adecuada la tenencia exclusiva a la madre después de una separación familiar y así mismo están en desacuerdo con la fijación de un régimen de visitas estricto. Los profesionales del Derecho encuestados están completamente de acuerdo en que la custodia compartida se instaurada y regulado en la normativa de Ecuador para que de esta forma se vele y proteja el desarrollo integral de los menores, además han estado de acuerdo en la existencia de la viabilidad de la implementación de este régimen en nuestra legislación pues la Constitución de la República, en adelante CRE, lo posibilita.

De igual forma a través de una entrevista aplicada a la Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, (en adelante UJFMNA), en Ambato se obtuvo que es extremadamente necesaria la regulación de la custodia compartida en Ecuador para que de esta manera se deje un lado el trato a los niños como un objeto y se dé paso a su garantía de derechos (Silva, 2016).

La conclusión de esta investigación es que la disolución del matrimonio debe ocurrir únicamente entre los progenitores y no deben verse afectados los hijos y para que dejen de ocurrir estas afectaciones es necesario que se incorpore la custodia compartida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano con la finalidad de velar por el interés superior del niño para que los dos progenitores se vean involucrados en su vida (Silva, 2016).

En relación a la problemática expuesta, Marín, Dujó y Horcajo (2017), hicieron una investigación denominada “Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida” en el que demostraron que en este país se realiza un análisis de la custodia compartida en cada caso determinando de esta forma una sentencia a favor o en contra de dicha figura jurídica.

Los casos en los que las sentencias han fallado a favor de otorgar custodia compartida se evidencian que ha sido debido a la relevancia especial que se le da a lo aportado en los informes psicosociales dándole más importancia a lo que se refiere al bienestar de menor y el posible impacto de la custodia compartida en cada caso. Dado el lugar de que entre los padres exista una relación conflictiva esto no puede ser causante de no otorgación de la custodia compartida, siempre y cuando no se vea afectado el bienestar del niño (Marín, Dujo y Horcajo, 2017).

España para determinar que es viable otorgar la custodia compartida a los padres divorciadas aparte de lo antes mencionado también analiza las capacidades parentales como la vinculación parentofilial, la localización geográfica, los horarios de los padres y la posibilidad de los progenitores para tener figuras de apoyo (Marín, Dujo y Horcajo, 2017).

También toman en cuenta la edad del menor, puesto a que a partir de los 12 años de edad el niño puede expresar su opinión con respecto a la permanencia o no con los dos progenitores (Marín, Dujo y Horcajo, 2017).

En esa misma línea, Pérez (2017) en su proyecto de investigación denominado “Custodia compartida: Un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en al Legislación Ecuatoriana” y con objetivo de analizar la incidencia de la custodia compartida en el régimen de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; obtuvo como resultado que con base al pensamiento de 5 jueces entrevistados se ha podido determinar que en nuestro país el tema de la custodia está normado a favor de la madre y que aunque se trata de compensar estableciendo un régimen de visitas para el otro progenitor esto genera un desequilibrio puesto a que tanto el padre como la madre tiene el papel fundamental de guía para sus hijos. Finalmente se ha obtenido que se considera favorable que se implementa la custodia

compartida dentro de los cuerpos normativos de ecuatorianos fundamentándose en el Principio Parental que establece la CRE.

Partiendo de lo mencionado, se infiere que la custodia compartida no tiene un enfoque en la cantidad de tiempo que pasa el menor con cada uno de sus padres, sino que tiene por finalidad velar por el interés superior del niño, en el que los dos progenitores se vean involucrados directamente en la vida de sus hijos; haciendo evidente que la custodia compartida genera varios beneficios para el desarrollo adecuado del menor (Pérez, 2017)

Por otra parte, Morgan (2017) en su proyecto de grado titulado “La custodia compartida del menor después de la separación de sus progenitores”, tuvo como objetivo analizar la custodia compartida desde la perspectiva que esta no vulnera los derechos del menor.

Los resultados de esta investigación se obtuvieron a través de encuestas a abogados y a usuarios, teniendo que el 55% de abogados encuestados están totalmente de acuerdo en la instauración de la custodia compartida, mientras que el 45% están de acuerdo pero consideran necesario un control minucioso en casos especiales. De igual forma, el 92% de los encuestados han considerado que la custodia compartida podría ser beneficiosa tanto para el menor como para el progenitor que ha quedado excluido de la tenencia exclusiva de menor, pues en su mayoría piensan que la custodia exclusiva está vulnerando los derechos del menor y del padre, ya que los abogados encuestados han corroborado la discriminación que sufre el padre en los casos de separación con hijos comunes (Morgan, 2017).

En cuanto a los resultados obtenidos mediante encuestas a 291 usuarios se plantea que el 82% de ellos están de acuerdo con los beneficios que tendría para el menor la implementación de la

custodia compartida en Ecuador. De igual manera del total de usuarios solo el 17.5% considera que la custodia siempre le debe ser otorgada a la madre pues desde su perspectiva solo la madre le podría dar al niño el cuidado adecuado (Morgan, 2017).

A través de los resultados que obtuvo Morgan (2017), llegó a la conclusión de se se podría implementar la custodia compartida en Ecuador, mas sin embargo existe un menor porcentaje de población que no está educada y preparada para este tipo de sistema, por lo que es necesario tomar en cuenta varios factores que dirijan a una situación afirmativa de los niños. También es necesario que la gente tenga conocimiento respecto a la custodia compartida y las ventajas que trae este sistema tanto para el menor como para los progenitores.

De igual forma, Acosta (2017) en su trabajo de graduación denominado “El interés superior del niño y la custodia compartida” obtiene información a través del objetivo de su proyecto que es regular dentro de la Legislación de Ecuador la custodia compartida para que de esta forma no se vulnere el principio de interés superior del niño, teniendo como resultado que la mayor parte de la población considera que es de gran importancia implementar la custodia compartida en Ecuador pues manifiestan que los dos progenitores tiene el mismo nivel de responsabilidad en la crianza de sus hijos conjuntamente con la evidente oportunidad de compartir el crecimiento y desarrollo de sus hijos; además consideran que no es adecuado para un niño tener un régimen de visitas restringido con su padre pues perjudica el acercamiento adecuado del menor con sus padre. La custodia compartida tiene una favorable aceptación en la población pues consideran que psicológicamente es beneficioso para el niño que los padres compartan la custodia del mismo, así mismo consideran que la custodia monoparental vulnera el interés superior de niño pues se le quita la oportunidad de una infancia plena. Se recalca que la mayoría de las personas concuerda en que la CRE, siendo un cuerpo jurídico garantista hace posible que se contemple la custodia compartida como una figura jurídica dentro del CONA.

Este proyecto tiene como conclusión que en Ecuador por lo general cuando existe la disolución de vínculo matrimonial la tenencia le es otorgada a la madre dejando de lado el principio de interés superior del niño, por lo que el 98.8% de la población en estudio considera que es necesaria la implementación de la custodia compartida en la Legislación Ecuatoriana a fin de garantizar el interés superior de los menores, a que actualmente con la aplicación de la custodia monoparental se afecta la relación padre-hijo. En concordancia con ello tanto los Jueces como los abogados en libre ejercicio en materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en su mayoría considera que la custodia monoparental vulnera el principio de interés superior del niño (Acosta, 2017).

En esta misma línea, Ortega (2017) en su tesis de grado denominada “Análisis de la custodia compartida en Ecuador” que tenía por objeto establecer la situación actual de esta figura jurídica en nuestro país, a través de encuestas a 200 personas de Quito obtuvo que existe un desconocimiento de la figura de la custodia compartida y que las personas en su mayoría consideran que después de la disolución de vínculo matrimonial no existe una relación adecuada para la aceptación de dicho principio. Estos resultados ratifican la necesidad de implementar procedimientos judiciales especiales en los que se resguarde el interés superior de niño y la inviolabilidad de los derechos de menor, puesto a que en los casos de disolución del vínculo matrimonial en más del 90% la custodia se le otorga a la madre desencadenando problemas como la alienación parental que ocasiona problemas entre los progenitores y los menores.

Finalmente, a través de la recopilación de información, se pudo obtener que el régimen de custodia monoparental es una de las principales causas de altercados entre los progenitores de los niños, desatención a los hijos y conflictos legales entre los excónyuges, por lo cual se vuelve necesario que se contemple la custodia compartida como un principio para solucionar estos problemas garantizando la participación equitativa del padre y la madre en el cuidado y atención del menor (Ortega, 2017).

En relación a lo analizado, Barcia (2018), en su artículo científico denominado “Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo”; con el objetivo de analizar dos modalidades de custodia compartida, primero como régimen legal general y supletorio y después como régimen especial en regímenes de custodia unilateral, obteniendo como resultado que al establecerse deberes y facultades al padre no custodio se ha conducido a que este régimen vaya en constante evolución inicialmente hacia regímenes de responsabilidad conjunta y posteriormente a regímenes de custodia compartida.

La custodia compartida se ha estado imponiendo como régimen legal en varios países poniendo en marcha los Principios de Coparentalidad y Parental, además también se ha fundado básicamente en estudios que han revelado que los hijos de padres separados, que mantienen regímenes de custodia compartida, se desarrollan de mejor forma que los que tienen regímenes de cuidado exclusivo (Barcia, 2018).

En la segunda parte de su artículo científico obtuvo que el derecho de la infancia debe hacer partícipe al padre no custodio en la vida diaria de su hijo haciendo énfasis en lo que respecta a crianza y educación; así mismo se debe posibilitar a los Jueces a decidir lo que vaya en beneficio de los niños, niñas y adolescentes (Barcia, 2019).

Finalmente, se ha concluido que independientemente si en los países se instaure o no la custodia compartida en cualquiera de las dos modalidades, la psicología se ha inclinado notoriamente a favor de este régimen. La custodia compartida es la manifestación más clara del Principio Parental y de Interés superior del niño, a eso añadiéndole que se respeta el derecho de los padres a participar activamente en la crianza y educación de sus hijos. La regulación de este régimen en Latinoamérica ha sido escasa debido a que no se faculta al Juez para conceder custodias compartidas, sobre todo en los casos de oposición del otro progenitor (Barcia, 2019).

Vistín (2019), realizó una investigación denominada “Ventajas de la custodia compartida en tiempos de desintegración familiar en el Ecuador”, con el objetivo de analizar las ventajas de la custodia compartida existente en el Derecho para ser implementadas en el sistema de justicia de Ecuador. Sus resultados afirman que dentro de Latinoamérica países como Perú, México, Chile, Argentina y Bolivia, han incorporado el cuidado compartido, siendo éste hasta ahora, un proceso efectivo a la hora de tomar decisiones acerca de la estabilidad y tranquilidad de los niños que hacen parte del proceso de separación de los padres.

Además, sostiene que en el caso de Chile existe la Ley 20 680 en la que se reconoce la figura de la custodia compartida haciendo referencia al interés superior del niño. Esta Ley que también se lleva el nombre de Ley Amor de Padre tiene por objetivo equilibrar la posición que tiene cada uno de los padres divorciados en cuanto a sus hijos con respecto al cuidado de los menores, visitas y patria potestad. Dicha Ley se basa en que los dos padres ya sea que vivan juntos o separados deben participar activamente en igual proporción en la educación de los hijos (Vistín, 2019).

Otro ejemplo es Bolivia, en este país la custodia compartida es contemplada como una figura jurídica de carácter familiar que se activa al momento de existir una ruptura conyugal en la que existen hijos en común. El objetivo de esta Ley es que en los casos de disolución del vínculo matrimonial los padres son corresponsables del cuidado, educación y crianza de sus hijos durante un periodo de tiempo específico y de manera alternada de acuerdo a como lo establezca el Juez considerando el principio de interés superior del niño y la edad de menor. En Bolivia la figura de la custodia compartida ha tenido éxito en gran medida debido a la comunicación adecuada que existe entre los dos progenitores, ya que esto facilita el traslado de los hijos de un lugar a otro sin ningún efecto psicológico no deseado, garantizando la estabilidad emocional del menor (Vistín, 2019).

Ahora bien, en el caso de Ecuador no se contempla la custodia compartida dentro del marco jurídico, lo que ha arraigado que después de la disolución del vínculo matrimonial se generen problemas sociales, psicológicos, económicos, y principalmente jurídicos, donde los más perjudicados resultan los hijos, siendo estas víctimas colaterales de los problemas que mantienen sus progenitores. La fundamentación de que en Ecuador no se contemple esta institución jurídica es que por naturaleza el cuidado de los hijos le es atribuido a las madres y por ende se considera únicamente la tenencia unipersonal. Al momento de producirse la separación marital en la actualidad se crea un proceso de desigualdad en cuanto al cuidado del niño donde en primera instancia los hijos se quedan bajo la custodia unipersonal de la madre, y el padre no custodio tiene a ser alejado de su hijo, lo que da lugar a un desapego forzoso que desencadena en la separación del padre y de hijo (Vistín, 2019).

Como instancia final concluyó que los motivos psicológicos como la base para el desarrollo integral del niño dan la pauta de que la tenencia unipersonal no cumple con los requerimientos básicos determinados por el principio de interés superior del niño; de igual forma al otorgarse la custodia únicamente a uno de los padres ocasiona que se genere una figura de mayor respeto a quien tiene la tenencia y una figura de proveedor económico a quien no la tiene, por tales motivos se debe tomar en cuenta la custodia compartida como un principio para encontrar la solución más adecuada que erradique estos desfases de desigualdad para los padres y que garanticen el ejercicio de derechos del niño (Vistín, 2019).

En igual forma, Espinosa, Pucha y Ramón (2020), en su artículo científico denominado “La custodia compartida un paliativo al Síndrome de Alienación parental” tuvieron el objetivo de establecer varias consideraciones de relevancia que tengan relación con la custodia de los hijos a través del análisis de información bibliográfica.

Obtuvieron como resultado que la disolución de vínculo matrimonial siempre tiene afectación directa en los niños física, psicológica, social y escolarmente desencadenando condiciones de salud graves. También se ha evidencia la presencia del Síndrome de Alienación parental que ocurre cuando un menor que está bajo el cuidado de uno de sus progenitores genera sentimientos negativos hacia el otro. En cuanto a esto el Estado es el encargado de promulgar normas para el cuidado de cada uno de los miembros del núcleo familiar, para que aun en situación de disolución del vínculo matrimonial no se afecte a ninguno sin olvidar que existe el principio de interés superior de niño, por ello se vuelve primordial que a través de la custodia compartida se logre que el menor no se vea afectado en el aspecto psicológico, físico y en su desarrollo dentro de la sociedad; por ende se evidencia que el régimen de custodia compartida tiene un enfoque hacia la mejora de las relaciones familiares. En cuanto al análisis de ordenamiento jurídico ecuatoriano se obtiene que exista un vacío legal puesto a que no se contempla la custodia como tal, por tal motivo se ha considerado la patria potestad para la aplicabilidad de la custodia de los hijos (Espinosa, Pucha y Ramón, 2020).

En última instancia concluyen que a pesar de que en nuestro país se salvaguarda el principio de interés superior del niño este se ve vulnerado debido al vacío legal existente referente a custodia compartida lo que con frecuencia provoca la aparición de todo tipo de patologías en los niños, consecuentemente ocasionando un déficit en su desarrollo integral (Espinosa, Pucha y Ramón, 2020).

3. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1.Métodos

Esta investigación tendrá un enfoque tanto cualitativo como cuantitativo; cualitativo porque se van a analizar las condiciones reales entorno a la temática planteada en la que se desenvuelve la población actual y cuantitativo porque la información obtenida a través de ello se verá reflejada

a través de datos estadísticos otorgando una ponderación numérica; por ende, el nivel de profundidad que se le dará será descriptivo. Lo que se busca con este proyecto de investigación es proponer la custodia compartida como un principio jurídico alternativo y eficaz dentro del marco normativo en Ecuador a través de cual se garantice el cumplimiento de los Principios de Interés superior del niño y el Parental.

Es oportuno describir la población con la que se va a trabajar, los instrumentos utilizados para su desarrollo y el procedimiento a seguir para la obtención de datos:

3.2.Población y muestra

Este trabajo investigativo propone estudiar como muestra significativa a la sentencia No. 28-15 IN/21 expedida por la Corte Constitucional el 10 de diciembre del año 2021, además de recolectar y analizar las opiniones de tres jueces especializados en Derecho de Familia, que a través de sus experiencias y conocimientos han realizado distintos análisis sobre la Custodia Compartida, y sobre la importancia que requiere este tema y de cómo solventaría las problemáticas a lo que refiere a la tenencia monoparental, ya que consideran que existen falencias y discriminación a ambos progenitores, causando involuntariamente que los hijos sufran trastornos psicológicos durante el proceso de separación de los padres.

Por ello consideran oportuno la implementación de la Custodia Compartida como un mecanismo alterno dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, cabe recalcar que los tres jueces nombrados desempeñan sus labores en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ibarra, provincia de Imbabura, respecto a la custodia compartida. Estos jueces son: el Doctor William Pazmiño, la Doctora María Isabel Tobar Subía y la Doctora Lilian Enríquez.

Todas estas características que van a ser analizadas son información que funcionan como un punto de partida para el desarrollo investigativo de este proyecto. En el caso de los Jueces de la

Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia mencionados, las entrevistas se les realizará a ellos por ser personas que se desenvuelven en esta área específica, y esto se lo hace con la finalidad de recolectar información referente a su percepción respecto a la problemática planteada.

3.3.Instrumentos

La investigación tiene dos mecanismos de obtención de datos, el primero es en base a un registro de información ya existente y el segundo es en base a la recolección de información nueva.

La recolección de información ya existente es a través del método de investigación documental en el que se recogerá información de los cuerpos legales y de la sentencia No. 28-15 IN/21. En cuanto al registro de información nueva se van a utilizar métodos cualitativos, por lo que se van a realizar entrevistas a tres jueces especializados en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia que serán: el Doctor William Jiménez, la Doctora María Isabel Tobar Subía y la Doctora Lilian Enríquez.

Tanto los métodos como los instrumentos utilizados para el desarrollo de esta investigación serán detallados en el siguiente apartado referente al procedimiento.

3.4.Procedimiento

Inicialmente se aplicará el método normativista a través de la técnica de investigación documental analizando la información contenida en cuerpos legales, así como también revistas

científicas y libros. Con estos documentos se realizará un análisis de los conceptos básicos en los que se funda la problemática de esta investigación también se analizará los cuerpos legales de otros países en los que se contemple o no la institución jurídica de la custodia compartida, así como también los motivos que llevaron a tomar dicha decisión en cada país. Por último, se analizará la normativa nacional; y, dentro de ello, se tomará en cuenta la CRE y el CONA ya que en base a lo expuesto en dicho marco jurídico el Juez toma las decisiones en cuanto a la situación de los niños en los casos de la disolución del matrimonio de sus progenitores.

Luego, dentro de la misma técnica de investigación documental se analizará la Sentencia de Inconstitucionalidad del art. 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia de la Corte Constitucional, con la finalidad de identificar todos los posibles problemas jurídicos de la custodia monoparental. Esta información será utilizada para determinar si la custodia compartida vendría a ser una solución eficiente para dichos problemas, y para ello, se utilizará el método socio-jurídico, mediante la técnica de la entrevista, con el instrumento del cuestionario de preguntas estructuradas. Las entrevistas que se van a realizar están enfocadas a recoger información por parte de los operadores de justicia para conocer su visión con respecto a la tenencia de los hijos y su grado de conformidad con la tenencia unipersonal contemplada en la Legislación Ecuatoriana, además de las falencias que este sistema tiene y su punto de vista referente a las ventajas de puede traer la implementación de la custodia compartida.

Toda la información que es recolectada a través de estos diferentes instrumentos será utilizada para plantear de manera pertinente una propuesta de reforma del CONA, es importante mencionar que el enfoque no es a todo el cuerpo jurídico sino únicamente hacia una perspectiva de reestructuración al tema de tenencia del niño. La propuesta que se va a realizar estará basada en los criterios legales necesarios para poder dar cumplimiento al Principio de Interés superior de niño y al Principio Parental.

Todo lo propuesto estará fundamentada en la CRE y en los Tratados internacionales ratificados por Ecuador que recopilan el Principio de Corresponsabilidad Parental y con ello, hacen posible una Reforma que contemple la custodia compartida. Estos Tratados son: la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924; la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y, la Convención de los Derechos del Niño de 1989; los cuales serán analizados a lo largo de esta investigación en el acápite que versa sobre el status jurídico de la custodia monoparental y la custodia compartida.

6. RESULTADOS:

a) Describir el status jurídico de la custodia monoparental y compartida a nivel internacional y nacional y su relación con otros principios y derechos en materia de Niñez y Adolescencia

a. 1. Concepto de custodia monoparental y custodia compartida. Relación de éstos con otros principios y derechos en materia de Niñez y Adolescencia

Para dar inicio al presente acápite, es menester primero recopilar una serie de conceptos sobre el significado de custodia. Para ello, la Real Academia Española (2022) otorga la siguiente definición:

Organización del cuidado, guarda y visita de los hijos adoptada en interés de los menores en caso de ruptura de la convivencia entre los padres, que se constituye en garantía del derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores cuando sea posible. (Real Academia Española , 2022)

De acuerdo con este concepto, la custodia es una organización entre los progenitores separados para garantizar la guarda, cuidado y visita de sus hijos, a la vez que el derecho de los mismos a relacionarse con sus padres en todo momento que sea posible. No obstante, la academia también aporta un concepto adicional que es el siguiente: “Cuidado del hijo asumido por ambos progenitores que puede ser alternado o indistinto.” (Real Academia Española , 2022).

A su vez, la palabra “cuidado” se extiende a garantizar todos los derechos (generales y específicos de acuerdo a su condición) que le permitan al niño tener una vida digna y que sean posibles satisfacer por parte de los padres, mismos que se traducen a: derecho la alimentación nutritiva, salud, vestuario adecuado, educación, vivienda segura, transporte, cultura, recreación, rehabilitación, entre otros que se encuentran en el art. 105 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003).

Dicho de otro modo, la custodia viene a ser ese cuidado que los padres les dan a los hijos de forma indistinta o alterna con la finalidad de precautelar el principio de Interés Superior del Niño, para que el hijo pase un tiempo determinado por el juez con cada progenitor, anulando así el régimen de visitas.

Ahora bien, ¿qué significa custodia compartida?, para dar respuesta a esta interrogante se pueden recopilar las siguientes definiciones:

Custodia conjunta o compartida, definida como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc. (Ibañez, 2004, citado en Catalán, y otros, 2007, p. 134)

A su vez, Catalán y otros (2007) distinguen dos formas de custodia compartida: la física y la legal. En cuanto a la física, se puede decir que:

[...] significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. (Entendida muchas veces en los estudios como una distribución del tiempo de convivencia nunca inferior al 30-35% con uno de los padres). La división de los tiempos puede variar, (semanas, meses, etc.) y o bien ser el niño el que va cambiando de casa o los padres los que acuden al domicilio del niño por periodos. En estos casos son frecuentes los repartos al 50 %. (Catalán, y otros, 2007, p. 134)

En cuanto a la legal en cambio, se menciona que:

Custodia compartida legal, con la madre o con el padre como principal cuidador, con la libre relación de los menores con el otro progenitor, implicándose éste en las atenciones diarias de los hijos (llevarlos al cole, comer con ellos,...) distribuyéndose el tiempo de manera similar a como se venía haciendo antes de la ruptura. Puede asimilarse este término al contenido que en España soporta Catalán, y otros, 2007, p. 134)

En otras palabras, lo principal que se destaca dentro de la custodia compartida es que tanto el padre como la madre pasan el mismo tiempo con el hijo, y se implican en las actividades de cuidado, guarda, protección y educación del mismo tal y como si fueran una familia intacta, existiendo igualdad en cuanto a la carga de responsabilidades que tiene cada uno con respecto al hijo. Esta modalidad puede darse o bien de forma diaria, o bien que el hijo permanezca un determinado tiempo con su papá (ejemplo, 6 meses) y luego permanezca el mismo tiempo con su mamá (6 meses).

Esta sería la principal diferencia con respecto a la otra modalidad imperante en la mayoría de países del mundo, que es la custodia monoparental, ya que ésta es:

[...] el régimen que se establece con la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores custodios. Incluye esa custodia sus cuidados, educación, bienestar y la convivencia habitual.

Se genera así un derecho de visitas hacia el otro progenitor en función del desarrollo de las obligaciones cotidianas de los hijos. En cambio, en la custodia compartida, la guarda es de ambos progenitores por igual, por períodos de tiempo iguales, siempre que atienda a los intereses de los hijos. (Conceptos Jurídicos, 2022)

A su vez, tanto la custodia compartida como la custodia monoparental encierran el derecho que tiene el hijo a la convivencia familiar y a vivir en un ambiente de paz y armonía que le permita alcanzar su máximo bienestar y su libre desarrollo de la personalidad, atendiendo a las necesidades afectivas del niño y garantizando otros derechos.

Precisamente por ello es que, la convivencia familiar se relaciona con el derecho a la patria potestad, siendo éste una parte de la misma, en tanto que esta abarca todo el conjunto de obligaciones que tienen los padres con respecto a sus hijos para garantizar sus derechos específicos, debido a que la patria potestad:

No solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa

de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Asamblea Nacional, 2003)

Ahora bien, desde un punto de vista más concreto, la palabra “custodiar” implica: “Mantener [una persona], con su presencia, vigilada a otra para protegerla [...]” (Oxford Languages , 2022), por lo que la palabra “custodia compartida” implica la vigilancia y el cuidado presencial, afectivo, económico y físico del niño por parte de padre y madre en igualdad de condiciones.

De allí también deriva el principio de corresponsabilidad parental, el cual:

significa que ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación [...]

En la línea que propongo, alguna normativa interna referida a la responsabilidad parental alude a la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, lo que incluiría la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos (San Martín, 2013, pág. 25)

Dicho de otro modo, la corresponsabilidad parental es la responsabilidad compartida, equitativa y equilibrada entre ambos progenitores o entre padre y madre para garantizar los derechos del niño antes mencionados, e incluso el deber de cuidarlo y custodiarlo físicamente.

Cuando ambos progenitores se separan, para que exista corresponsabilidad parental, en la custodia monoparental, el cónyuge con quien vive el hijo cumple la obligación de cuidado y el deber de convivencia y guarda mediante la institución jurídica de la tenencia, pero en la custodia compartida, no se trata de establecer una tenencia para que el niño permanezca de forma permanente con uno de los progenitores mientras el otro le visite, sino que la idea es que ambos

progenitores permanezcan el mismo tiempo con sus hijos, ya sea de forma diaria compartiendo ambos como si aún fuese una familia intacta, o de forma prolongada con uno y con otro respectivamente en tiempos definidos mediante el juez en sentencia.

En si el deber de cuidado y convivencia de los padres con los hijos consiste en que éstos cuiden y tengan al niño en igualdad de condiciones, para que ambos puedan repartirse las responsabilidades sobre sus hijos de forma equitativa. A su vez, respecto a la convivencia, se debe mencionar que:

Es fundamental que se entienda que la convivencia del niño, niña y adolescente con sus padres es su derecho, pero también será un deber de los progenitores para con ellos.

En casos de excepción, los términos de la convivencia pueden variar, como cuando se indica que los hijos pueden vivir separados de uno o ambos padres, [...] Tienen derecho a vivir con sus padres: Artículo 9o. 1. ...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 [...] Este derecho implica el tiempo de convivencia frecuente y continuo del menor con ambos padres (Contreras, 2013, pág. 1159)

De lo dicho hasta ahora, una cuestión fundamental es que la convivencia y el cuidado del niño es un deber que tienen ambos progenitores, pero que en la custodia monoparental, la carga de trabajo y funciones se acentúa más en el progenitor que sea titular de dicha custodia; mientras que en la custodia compartida, la responsabilidad de ambos sobre sus hijos se acentúa de forma más equilibrada y perfecta entre ambos progenitores, cumpliendo así con el deber de convivencia por igual en ambos casos y esto solo cuando el Interés Superior del Niño así lo amerite.

Pero, ¿qué significa el principio de interés superior del niño (por sus abreviaturas, ISN)? Existen autores que mencionan lo siguiente:

El ISN se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña [...] En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños, niñas o adolescentes (Contreras R. E., 2015, pág. 55)

Por tanto, el principio de Interés Superior del Niño viene a ser un mecanismo para asegurar que cualquier decisión judicial que afecte a la niña, niño o adolescente, sea la más efectiva para garantizar e impulsar la efectiva vigencia de los derechos específicos relativos a su condición como son: alimentación nutritiva, salud, vestuario adecuado, educación, vivienda segura, transporte, cultura, recreación, bienestar y ambiente sano, además de todos los derechos humanos que poseen las personas en general por el simple hecho de ser seres humanos (integridad física, psicológica, sexual, etc.).

A su vez, estos derechos son el fin de la patria potestad y, por ende, el fin de la corresponsabilidad parental acentuada en la custodia compartida; como el fin de la tenencia y el régimen de visitas en la custodia monoparental. Esta inferencia surge de que la patria potestad es el conjunto de deberes de los padres con respecto a sus hijos, y entre esos deberes, está el deber de cuidado y de convivencia. Por consiguiente, si el fin de la patria potestad es proteger el Interés Superior del Niño, también éste será el fin de la tenencia en la custodia monoparental o el fin en sí mismo de la custodia compartida.

Dicho de otro modo y recapitulando todo lo que se ha mencionado hasta ahora en este apartado, se entiende que la custodia compartida es un mecanismo en el que se asegura el deber de convivencia que tienen los progenitores de cuidar de sus hijos de forma igualitaria y equilibrada, y éste a su vez se guía por el principio de corresponsabilidad parental, en tanto que ambos padres están obligados a convivir con sus hijos y garantizar su cuidado, lo que a su vez tiene como fin el cumplimiento del principio de Interés Superior del Niño y, por ende, cualquier decisión que tome el juez y las partes y que pueda afectarle al niño, sea por custodia monoparental o compartida, deberá tener como fin el garantizar de la mejor manera posible los derechos mencionados en el párrafo anterior por encima de cualquier otra prioridad.

a. 2. Normativa aplicable a Nivel Internacional y nacional

Como se mencionó en el apartado anterior, el fin de la patria potestad y, por ende, tanto de la custodia monoparental como de la compartida es de los hijos, es asegurar el Principio de Interés Superior del Niño, pero esta regla no siempre fue apreciada a lo largo de la historia de la humanidad, sino que “la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.” (Cavallo, 2008, p. 227). En este documento se adoptaron una serie de principios, de entre los cuáles, para el tema del presente trabajo, podrían destacar los siguientes:

II. El niño debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia.

III. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.

IV. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos. (Soriano, 2011, pág. 24)

Si bien es cierto que en este documento aún no se plasma las responsabilidades que tienen los padres con respecto a los hijos, sí que se establecen las directrices de lo que más adelante vendría a ser el Principio de Interés Superior del Niño, razón por la que queda plasmado de forma evidente que los Estados parte de la Declaración tendrían que cumplir con estos principios previo a emitir una resolución judicial respecto a la tenencia y al régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes, por lo que es considerado el primer antecedente. Además, el hecho de plasmar el respeto por la integridad de la familia, establece ya el derecho a la protección familiar del niño para satisfacer educado, alimentado y ser cuidado en cuanto a su salud física y mental.

Unos cuantos años más tarde, específicamente el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagraba los derechos de todos los grupos humanos, incluyendo los niños, donde en el art. 16, numeral 3, ya se reconocía que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) y algunos derechos similares a los que hoy en día se protege de forma especial para los niños, niñas y adolescentes en el art. 25, numeral 1:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

No obstante, no fue sino hasta 1959 cuando en la Post- Guerra, se desarrolló un documento titulado *Decálogo de los Derechos del Niño*, que también se lo conocía popularmente como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En ella, se recogió de forma más amplia y a la vez detallada, el Principio de Interés Superior del Niño:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959)

Queda claro entonces de forma expresa que cualquier decisión sobre la tenencia, régimen de visitas, régimen de alimentos, entre otros, debería tener como prioridad y único fin el Interés Superior del Niño, y este se traduciría según la norma a que el niño pueda desarrollarse plenamente en todos los ámbitos, que vendrían a ser el físico en cuanto a salud y alimentación, moral en cuanto a su integridad psicológica y al libre desarrollo de su personalidad y finalmente, espiritual.

De igual manera, dentro de la misma Declaración, en el principio 6, ya se establece un indicio de lo que sería la responsabilidad de los padres con respecto a los hijos, al señalar que:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959)

Es aquí donde surge el deber implícito de convivencia entre padres e hijos, señalando que el niño, para poder desarrollar su personalidad, necesita afecto, amor, seguridad moral y comprensión, además de mencionar que no debería ser separado de su madre a corta edad. Sin

embargo, desde este punto de la historia es donde legalmente comienza a darse una preferencia a la madre en el deber de cuidado de los niños, y esto en sí responde a la doctrina del *Tender Years*, la cual:

[...] afirma que la madre tiene una conexión biológica con sus hijos. Así, en virtud de sus habilidades de cuidado y su instinto maternal, debe obtener la tenencia de NNA. Esta teoría considera que las madres pueden proveer a los hijos menores de cuatro años un bienestar físico, emocional y psicológico que no podría ser brindado por el padre. Esta perspectiva fue desarrollada en 1881 en Estados Unidos cuando la sociedad reflejaba un estereotipo por el que los hombres salían de sus casas a trabajar y las mujeres se quedaban al cuidado del hogar. (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021)

Precisamente es aquí donde comienza a surgir la idea de la custodia monoparental y la preferencia de la madre al otorgar la tenencia hacia los hijos, mientras que aún no se había visualizado bajo ningún concepto el tema de la custodia compartida para la época. Además, antes de la incorporación de la mujer al mercado laboral, el rol que asumía esta era del cuidado y crianza de los hijos y del hogar, lo cual se fortalecía aún más con la doctrina de los *Tender Years*:

A lo largo de muchos años, el rol que ha ejercido la mujer dentro de la sociedad se ha relacionado con labores domésticas y de crianza de los hijos, mientras que el del hombre tiene directa relación con el de proveedor y sostenedor de la familia. (Ortega Farías, Rodríguez Soto, & Jiménez Figueroa, 2013, pág. 56)

Otra de las razones por las que la doctrina del *Tender Years* habría tomado fuerza para la época vendría a ser la Revolución Industrial y las Guerras Mundiales, en tanto que la Industria

automovilística significó en gran medida la mano de obra y el trabajo masculino, y en las Guerras Mundiales, los soldados eran en esencia hombres, mientras que las mujeres ocupaban el rol de cuidar de los hijos en el hogar.

Sin embargo, años más tarde, surgiría en Estados Unidos la primera manifestación de la custodia compartida, y con ello, una nueva oleada que cambiaría la doctrina de los *Tender Years*, abriendo paso a la posibilidad de que exista un régimen de custodia compartida:

El primer estatuto de custodia conjunta fue aprobado en el estado norteamericano de Indiana en 1973” (Ibáñez, 2004). Por consiguiente, más adelante en los años 1980 y 1990, se realizó una constante evolución en el desarrollo de la aplicación de la custodia compartida en relación con el aumento de los hogares monoparentales y las consecuencias que de ella se derivan en el proceso de crianza de los menores, motivo por el cual, el tema de la custodia compartida fue utilizándose cada vez más de forma paulatina. (Ibáñez, 2004, citado en Corzo, 2018, p. 47)

Esto a su vez fue una causa para que en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se estableciera por primera vez de forma directa y amplia el principio de corresponsabilidad parental, el cual se encontraba plasmado en el art. 18, numerales 1 y 2:

Art. 18 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. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

El hecho de señalar que ambos padres tienen obligaciones comunes en el cuidado y crianza de los hijos ya establece el principio de corresponsabilidad parental, incluso apuntando a que el fin último de este es el Principio de Interés Superior del Niño, tal y como se lo había empezado a desarrollar en anteriores Tratados Internacionales. Además, la inserción de la mujer al mercado laboral habría cambiado los roles que desempeñaban hombres y mujeres, equilibrando las tareas de padres y madres con respecto al cuidado y crianza de los hijos:

Asimismo, la incorporación de la mujer al mercado laboral generó que dentro de la conformación familiar ocurrieran cambios, los cuales tienen directa relación con el equilibrio que ambos padres deben tener respecto a sus obligaciones laborales y familiares. (Ortega Farías, Rodríguez Soto, & Jiménez Figueroa, 2013, pág. 56)

De igual manera, dentro de la misma Convención de los Derechos del Niño, se encuentra el art.9, numerales 1 y 3, mismos que señalan lo siguiente:

Art. 9 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, 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 [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

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

Por tanto, haciendo una interpretación integral del art. 9. 1 y 3, y 18.1 y 2; se entiende que el deber de convivencia que tienen los padres (que a su vez es derecho de los hijos) se refuerza con el derecho del niño a no ser separado de los mismos, salvo que el Principio de Interés Superior del Niño así lo amerite, en cuyo caso el niño podrá mantener comunicación o contacto con ellos, pese a estar separados, salvo que a su vez esto sea contrario al bienestar. A su vez, si se interpreta de forma integral el deber de convivencia con el principio de corresponsabilidad parental del art. 18. 1 y 2, se infiere que el deber de convivencia debe ser mutuo para ambos padres o progenitores en igualdad de condiciones, lo cual podría verse reflejado con la custodia compartida:

En tales circunstancias, el niño que vive en el seno de una familia conformada por unos padres que viven juntos, tiene los mismos derechos fundamentales para convivir, formar lazos afectivos y relaciones paterno filiales con sus padres, que cualquier otro cuyos progenitores se encuentran separados o divorciados, por ello, no debe darse un trato distinto a estos últimos respecto de los primeros, [...] porque el niño tiene derecho a ser criado, a ser educado y a convivir plenamente con ambos padres, [...] el divorcio o separación de sus padres no debe ser una causa forzosa para que el niño sea apartado de su padre o de su madre, sino que, por el contrario, en atención al interés superior del menor, debe darse preferencia en la medida de lo posible a un régimen de guarda y **custodia compartida**, a efecto de que el niño pueda permanecer al cuidado de ambos padres, [...] (PÉREZ, 2022)

En efecto, el principio de corresponsabilidad, tal y como se pudo apreciar en el primer acápite de esta sección, conlleva que ambos progenitores o padres tienen un reparto equitativo e igualitario en la mayor medida de lo posible de los deberes de cuidado, protección, guarda y

convivencia con respecto a sus hijos, pero a pesar de que este principio esté integrado en el Derecho Internacional, no siempre puede verse cumplido, especialmente cuando existe situación de divorcio o separación de sus padres, porque usualmente los ordenamientos jurídicos prevén una forma de custodia monoparental que consiste en que se le otorga la tenencia a uno de los padres (usualmente a la madre), mientras que el otro progenitor se ajusta a un régimen de visitas en el que tiene que ver a su hijo dos veces por semana, por lo que la convivencia entre ambos con su hijo no es igualitaria, lo cual desequilibra por completo el deber de convivencia.

Por tanto, para algunos países, a fin de que se garantice el principio de corresponsabilidad parental y a fin de que se precautele el interés superior del niño ante la separación de los padres, ha encontrado como solución a la custodia compartida. Así, por ejemplo, de acuerdo con Corzo (2018), el Instituto de Bienestar Colombiano define a la Custodia Compartida como:

Un acuerdo mediante el cual los hijos pasan parte de su tiempo con cada uno de los progenitores. Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sostener visitas con el otro, hasta dividir el tiempo entre los padres, ya sea por semanas o por meses. Los jueces pueden determinar el ejercicio de la patria potestad y custodia entre los padres, dentro de un proceso de separación o de divorcio o dentro de un proceso independiente de los anteriores. El criterio que debe orientar la decisión del juez necesariamente tiene que ser el bienestar del menor de edad; no obstante, antes de disponer el ejercicio de la custodia compartida o el ejercicio de la misma por uno de los padres (p. 50)

Pero dicho organismo no solo habría establecido una definición, sino que habría sugerido una serie de parámetros y factores a considerar antes para otorgar la custodia compartida:

1. Se debe determinar si los padres son conscientes de la responsabilidad de la custodia y si están dispuestos a asumir dicha responsabilidad, superando los problemas personales.

2. Si existen discusiones entre los padres, se debe determinar si estos problemas son pasajeros o no y si estos ocasionan hostilidades.
 3. La posibilidad que dicho acuerdo que se piensa establecer se pueda quebrantar o deshacer.
 4. Tener en cuenta si el trabajo o la ocupación profesional, le permite al padre hacerse responsable del menor.
 5. La disponibilidad económica del padre, hace posible la custodia compartida.
 6. Si la ubicación de los hogares de los padres, puede o afecta de forma directa o indirecta a la educación del menor.
- (Corzo, 2018, pág. 50)

Asimismo, en México también se contempla la custodia compartida, institución jurídica que estaba establecida desde el Código Civil del Estado de Puebla de 1989, de acuerdo con el art. 463, numeral I, el cual señala lo siguiente:

Artículo 463.- El Juez tendrá amplias facultades para determinar al momento de dictar la sentencia de divorcio, en su prudente arbitrio, tomando en cuenta las circunstancias especiales de cada caso oyendo a los cónyuges, a los menores y al Ministerio Público, la situación de los hijos; para lo cual, deberá resolver todo lo relativo a la custodia, guarda, derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso, para lo cual observará las siguientes:

I.- Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los menores permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee después de los siete años, podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de estos y aquellos, así como que no exista, con alguno de los progenitores, peligro alguno para su normal desarrollo (Congreso Constitucional, 1989)

Hoy en día, incluso en Nuevo México, la custodia compartida se encuentra como opción principal en los casos en los que ambos padres dispongan de tiempo y voluntad para compartir diariamente o de la misma forma con sus hijos, priorizándola incluso antes de la custodia monoparental (como se pudo apreciar en el párrafo anterior), desglosando así que custodia compartida significa que:

- cada padre tiene horarios programados en los cuales son responsables de el/la menor;
- cada padre/madre tiene permitido y se espera que sea responsable de las necesidades financieras, físicas, emocionales y de desarrollo de el/la menor; y
- los padres se consultan entre sí respecto de decisiones importantes que afecten a el/la menor y llegan a un acuerdo antes de tomar tales decisiones. (WomensLaw, 2021)

Y no son los únicos países en aceptar el régimen de custodia compartida, pues los cambios se siguen proliferando:

En América Latina, los artículos 70 del Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, 1632 del Código Civil de Brasil, 252 y 275 CC de Uruguay y 641 del CC y C argentino se inclinan por la responsabilidad conjunta de los padres. Argentina adopta recientemente un sistema muy similar al italiano. Así, el nuevo artículo 641.b) del CC y C, promulgado el 7 de octubre de 2014, consagra una responsabilidad parental conjunta, aún si los padres están separados.

En Puerto Rico se establece la custodia compartida de forma legal y supletoria y se exige probar la inconveniencia del régimen por el padre recurrente mediante la Ley núm. 223 Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, del 21 de noviembre de 2011. (Lehmann, 2019, pág. 22)

Así las cosas, pareciera que la custodia compartida vendría a ser una solución a diversos problemas como el reparto inequitativo de responsabilidades de los padres a los hijos en la custodia monoparental (lo cual es contrario a la corresponsabilidad parental), o quizá incluso evitaría que la separación de los padres y sus diferencias, se acentúen, en tanto que ambos deben tomar decisiones sobre aspectos como la educación de sus hijos, su alimentación, entre otras cosas. Además, podría incluso llegar a evitar que se refuercen roles de género que oprimen a la mujer, en tanto que ésta no tendría una sobrecarga de responsabilidades con los hijos y no se reforzaría el rol de “ama de casa” o “cuidadora del hogar”, sino que serían ambos progenitores, los encargados de dicha tarea en una distribución más equitativa. Sin embargo, todas estas cuestiones serán analizadas en apartados posteriores, tanto cuando se hable de los posibles problemas jurídicos y de otra índole que presenta la custodia monoparental, como cuando se determine si realmente la custodia compartida podría o no ser una solución para dichos problemas y en qué casos podría ser aplicable.

a. 3. Normativa Aplicable a Nivel Nacional

En Ecuador, no existe un régimen de custodia compartida, sino únicamente se presenta en la normativa la modalidad de custodia monoparental con las figuras de tenencia y régimen de visitas, pero a su vez existe todo un marco normativo amplio para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante, NNA).

La Constitución de la República, en su art. 35, señala a los NNA como grupo de atención prioritaria, y manifiesta lo siguiente: “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.” (Asamblea Constituyente, 2008).

De igual manera, el art. 44, inciso segundo, y el 45, inciso segundo, de la misma Carta Magna, establecen que el niño tiene derecho a gozar del afecto y cuidado de una familia, así como el derecho a la convivencia con la misma y con sus progenitores o padres:

Art. 44.- [...] 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.

Art.45 [...] Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; **a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria**; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (Asamblea Constituyente, 2008).

Los deberes y derechos de los padres con respecto a los hijos se encuadran, como se dijo en el primer acápite de este apartado, en la institución de la Patria Potestad, que según el art. 283 del Código Civil Ecuatoriano:

Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres con relación a ellos, padres de familia. (Asamblea Nacional, 2019)

El mismo concepto se ve ampliado de mejor manera en el art. 105 del Código de la Niñez y de la Adolescencia:

Art. 105.- Concepto y contenidos. - La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Asamblea Nacional, 2003)

Estos deberes específicos emanados de la patria potestad, según el Código de la Niñez y Adolescencia, se sintetizarían en el art. 102, y de estos deberes, los numerales 6 y 7 destacarían por ser inherentes a la convivencia familiar:

Art. 102.- Deberes específicos de los progenitores. - Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece este Código.

En consecuencia, los progenitores deben: [...]

6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo;

7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica; (Asamblea Nacional, 2003)

Pero este derecho se encuentra más concretamente establecido en el art. 22 del Código de la Niñez y Adolescencia, incisos: primero, segundo y tercero, el cual establece de forma implícita el deber de los padres de convivir con el hijo de manera equitativa:

Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. (Asamblea Nacional, 2003)

Este derecho, como se analizó en epígrafes anteriores, sería materializado en Ecuador por medio de la tenencia y el régimen de visitas, debido a que en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no se contempla la figura de la custodia compartida, sino únicamente la custodia monoparental:

Art. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior. (Asamblea Nacional, 2003)

Por consiguiente, lo que queda por analizar son los problemas jurídicos y de otra índole que podrían presentarse al establecer como único mecanismo para garantizar el deber de convivencia de los padres con respecto a sus hijos a la custodia monoparental, y, en el siguiente apartado, determinar si la custodia compartida podría llegar o no a ser una solución para garantizar y potenciar los principios del Interés Superior del Niño y de la Corresponsabilidad Parental.

b) Identificar los posibles problemas jurídicos y de otra índole derivados de la custodia monoparental

Para identificar los problemas jurídicos y de otra índole derivados de la custodia monoparental, es preciso destacar las consideraciones realizadas en la Sentencia No. 28-15- IN/21 emanada por la Corte Constitucional del Ecuador, respecto a la Inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, mismo que enuncia lo siguiente:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas: [...]

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; [...]

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija [...] (Asamblea Nacional, 2003)

Los argumentos presentados en contra de estos numerales que se dieron en la audiencia del 10 de diciembre de 2021 fueron: que el texto legal violentaba el principio de Igualdad y no Discriminación, que eran contrarios al principio de Interés Superior del Niño, que eran contrarios al principio de Corresponsabilidad Parental y que reforzaban estereotipos ya superados como lo eran los de la doctrina del *Tender Years*.

Como se puede apreciar, el artículo 106 propende a la custodia monoparental de los niños, niñas y adolescentes en caso de divorcio o separación de los padres, y específicamente uno de los problemas era la presunción de que la madre era la más idónea para obtener la tenencia a su favor antes que el padre. Incluso la Asamblea Nacional llegó al punto de decir que “durante el contexto histórico social, se ha demostrado que, por motivos antropológicos, culturales, biológicos, y jurídicos, la madre responde de mejor manera al laso parental” (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021, pág. 9), lo cual definitivamente es desacertado, pues la lactancia si bien es necesaria para el niño, esto no quiere decir que la madre ha demostrado sin lugar a oposición que es la más idónea para el cuidado de los niños por el simple hecho de ser mujer.

Otro de los argumentos planteados a favor de que se mantenga la redacción del texto legal fue el del *Amicus Curiae* de María José Machado Arévalo y Carlos Andrés Isch Pérez, quienes supieron manifestar que la mayoría de las madres y en general, de las mujeres en Ecuador, tienen menos acceso al mercado laboral que los hombres y mayor cantidad de obstáculos para su crecimiento profesional, por lo que son más propensas a sufrir violencia vicarial, en el sentido de que los hombres se presentarían quizá como una mejor alternativa en cuanto a ingresos para el Interés Superior del Niño y las mujeres serían separadas de sus hijos por ser víctimas de violencia vicarial.

La custodia compartida está siendo utilizada por los padres agresores como un mecanismo potente para seguir ejerciendo violencia hacia las mujeres, pudiendo estas ceder a sus "pretensiones", por el miedo a perder a sus hijos/as, o con la esperanza de que así cese la violencia.

Considera que, dentro de procesos judiciales, las mujeres se encontrarían en una desventaja, por su situación económica en relación a los padres, y debido a que "la mayoría de jueces son hombres por los estereotipos de género". Indica que: Si bien, en abstracto, la eliminación de la

preferencia materna podría contribuir a desterrar estereotipos de género, la realidad de los sectores más deprimidos y empobrecidos del país impone desventajas adicionales a las mujeres racializadas, en situación de movilidad humana, con discapacidad, en trabajo sexual/prostitución, lesbianas o trans. Perder la tenencia de hijas e hijos no sería difícil para las mujeres más empobrecidas y precarizadas, por carecer de medios para el acceso a la justicia y a un patrocinio adecuado y porque la mentalidad de las y los jueces sigue siendo predominantemente patriarcal. (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021, pág. 15)

Finalmente, la Corte Constitucional ante los argumentos presentados, resolvió que se declare la inconstitucionalidad de fondo de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, ya que, tras el análisis, los jueces constitucionales demostraron estar de acuerdo en que se vulneraba el derecho a la Igualdad y No Discriminación, el principio de Corresponsabilidad Parental; y el Interés Superior del Niño. Esto último en tanto que, si se presume que la madre es la más idónea para el cuidado del menor, se invierte la carga de la prueba, lo que conlleva a que el padre tenga que demostrar que la madre no es la persona más apta para asumir ese deber y, por tanto, se acentuaría más la separación familiar, lo cual es contrario al bienestar del niño:

Ambos padres eran igualmente aptos, por lo que la preferencia materna por la doctrina de los años tiernos imponía al padre una carga probatoria para demostrar la ineptitud positiva de la madre. En consecuencia, la Corte estableció que la doctrina generaba una clasificación basada en el sexo y que impedía que el interés superior de NNA se aplique en su totalidad (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021, pág. 41)

Ahora bien, el lector hasta el momento debe estarse cuestionando el porqué de que se haya revisado brevemente esta sentencia y resumido sus argumentos, y es que algunos de estos argumentos vendrían a ser los problemas jurídicos y morales de la custodia monoparental,

independientemente de se haya declarado la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, y esto en virtud de las siguientes situaciones:

Primero, el deber jurídico de convivencia no está del todo equilibrado entre padre y madre, ya que en cualquiera de los casos, el mismo hecho de que ambos progenitores tengan que demostrar cuál es el más apto para el cuidado y guarda del niño en detrimento del otro, lleva a acentuar la separación familiar entre ambos y esto particularmente le afecta al niño, en tanto que la educación que recibe con su padre puede que sea distinta a la de su madre, así como puede obstaculizar el derecho al libre desarrollo de su personalidad al momento en el que su padre le dé una enseñanza y su madre otra.

No conforme con eso, si el juez no resuelve otorgar la tenencia a uno de los progenitores amparando su decisión verdaderamente en el principio de Interés Superior del Niño, o si el pensamiento del niño no es escuchado por considerar que se trata de un discurso repetido por alguno de los progenitores, esto conllevaría a una discriminación hacia el padre de su derecho y deber de convivir con su hijo, ya que éste solo puede adaptarse a un régimen de visitas, lo cual implica verlo tan solo dos veces por semana, mientras que su madre lo ve 5 de 7 días.

Además, acentuar la separación de los padres en este tipo de procesos implica una vulneración del derecho del niño a la convivencia familiar con armonía y paz, porque si se profundizan los conflictos entre padre y madre o padres, el hijo ve constantemente como ambos se maltratan y por la empatía que siente con ambos, puede sufrir de depresión o diversos trastornos.

Por otro lado, la violencia vicarial es una realidad ante la cual no es fácil luchar, ya que para que sea tomada en cuenta dentro de un proceso de tenencia, debe existir previamente una sentencia en materia penal, dentro de la cual se haya declarado en firme la culpabilidad del agresor por violencia física o psicológica a la mujer o miembros del núcleo familiar, por lo que, en este tipo de procesos, la violencia puede ser invisible a los ojos del juez, en tanto que la víctima no haya acudido a denunciar por miedo a no recibir una respuesta favorable del sistema de

administración de justicia; y si a eso se le suma que el agresor jamás haya cometido un delito anteriormente o que éste tenga condiciones económicas propicias para la crianza y cuidado de los hijos; y que se muestre ante el juez como un padre ideal (puede que las agresiones no ocurran en presencia de los niños y la madre reciba las agresiones en secreto, por lo que el hijo también puede que lo considere un padre afectuoso), la violencia se acentuaría aún más cuando en un régimen de custodia monoparental, el padre le quite la tenencia a la madre víctima de violencia de género.

En otras palabras, puede darse el caso de que exista violencia física o psicológica del padre contra la madre del niño, sin que éste último ni el juez puedan percibirlo, en tanto que las agresiones no se den en presencia del niño y la madre decida no denunciar por temor al agresor, en cuyo caso, quitarle la custodia del niño a la madre sería un escenario terrible para ésta si de por sí ya es víctima de violencia física o psicológica de género.

Incluso, otro de los problemas son los estereotipos de género. En la misma sentencia de la Corte Constitucional (2021), se pudo evidenciar que los Asambleístas justificaban la razón por la que los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia no deben ser declarados inconstitucionales debido a que la madre es la más idónea para cuidar al niño porque se desempeñaba mejor en las tareas del hogar, y es difícil creer que no existan muchos jueces a nivel nacional que manejen ese criterio, y que por el solo hecho de ser mujer, la vean como la opción más idónea para el cuidado y tenencia de los niños. En este sentido, la custodia monoparental no es la causa directa, pero al ser el único mecanismo disponible para garantizar el derecho a la convivencia familiar que existe para los padres en Ecuador, lo que trae como consecuencia es que se afiancen los roles de género y que la madre siga siendo en la mayoría de las circunstancias, la más idónea para tener la custodia bajo el criterio judicial tradicional. A su vez, esto trae consigo el fortalecimiento de los roles de los padres u hombres como las personas que mantienen el hogar, pero que no brindan suficiente atención a los niños, tal como se pudo evidenciar en la sentencia antes mencionada (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021)

Por todo lo dicho anteriormente, los problemas jurídicos y de otra índole de la custodia monoparental se podrían resumir en los siguientes: primero, en la custodia monoparental, no existe una igualdad en el goce del derecho a la convivencia familiar de los padres con los hijos, ya que uno de los progenitores se queda sin la tenencia y tiene que adecuarse únicamente a un régimen de visitas; segundo, en muy pocos procesos de custodia monoparental, los progenitores están de acuerdo con la custodia de los hijos, y por lo general se enfrentan en juicio, teniendo que demostrar cuál de ellos es el más apto para cuidar y tener físicamente al niño, en detrimento del otro, por lo que este tipo de procesos acentúan y profundizan la separación familiar; la custodia monoparental no siempre obedece al Interés Superior del Niño, por lo que, tenerla como única vía para que los padres ejerzan su deber de convivencia después de la separación o el divorcio no favorece al menor; finalmente, existe el problema de la custodia monoparental tiende a favorecer a las mujeres por considerarlas, bajo los criterios judiciales tradicionales, las más idóneas para ejercer el cuidado, la guarda y la convivencia con el niño, por lo que se afianzarían los estereotipos de género de la mujer como cuidadora del hogar y el hombre como el encargado de traer sustento económico a la familia, y a su vez esto traería consigo el hecho de que los padres sigan sin pasar suficiente tiempo con sus hijos y la madre siga sobrecargada de estas labores. Sin embargo, ante esta situación, la custodia compartida podría presentarse como una alternativa que minimice estos problemas, por lo que cada una de las circunstancias citadas en este párrafo deben ser analizadas bajo esta forma de custodia.

c) Determinar si la custodia compartida podría ser una alternativa viable para solucionar los problemas jurídicos derivados de la custodia monoparental

c.1. Los argumentos a favor de la custodia compartida

El primer problema que se resaltó en el apartado anterior fue que no existe igualdad en el goce del derecho a la convivencia familiar de los padres con los hijos, lo cual a su vez es un problema jurídico porque representa un desequilibrio en el reparto de tareas de ambos progenitores con

respecto al menor. No es difícil dilucidar que, si el niño permanece 5 días a la semana con su madre y solo 2 con su padre, la madre será quien más tenga que velar por las necesidades del hijo y el diario vivir.

A su vez, esto trae consigo el problema jurídico de que no se estaría cumpliendo con el principio de corresponsabilidad parental, ya que no hay igualdad ni equilibrio en el reparto de tareas y funciones de los padres con respecto a los hijos, considerando el corto período de tiempo que el padre pasaría con el menor.

Ante esto, la custodia compartida, como bien se ha mencionado en apartados anteriores, vendría a surgir como una especie de solución para que ambos progenitores puedan seguir cuidando del menor con un equilibrio en cuanto a tareas y responsabilidades, tal y como si la familia no estuviera separada. Así, por ejemplo, se podría llegar a realizar una distribución diaria de tareas, como que el padre es quien retira al niño de la escuela y convive con él a ciertas horas, o incluso que en ciertos días la madre se encargue de hacer seguimiento de las tareas que desempeña el niño en la escuela y en otros días el padre, pero que pueda convivir con ambos diariamente.

En este sentido, existen varios posicionamientos que también lo verían como una solución para garantizar la Corresponsabilidad Parental, tales como el del Consejo de Europa (2015) en la resolución 2079:

Recientemente, el Consejo de Europa (2015), en la Resolución 2079 sobre igualdad y corresponsabilidad, se posiciona a favor de la custodia compartida, como se puede apreciar claramente en el punto 5.5, cuando señala que hay que introducir en la “legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación”. Obviamente, establece excepciones cuando existe abuso o negligencia en la atención a los hijos o violencia doméstica y señala que hay que ajustar el tiempo de estancia de los menores con los progenitores de acuerdo a sus necesidades e intereses. (Fariña, Seijo, Arce, & Vázquez, 2017, pág. 108)

El propio Consejo de Europa, a través de su Resolución 2079 de 2015 sobre igualdad y corresponsabilidad, se ha posicionado claramente en favor de la custodia compartida, pidiendo a los estados miembros que introduzcan en su legislación el principio de alternancia de la custodia de los hijos después de una ruptura conyugal (artículo 5.5). Los países latinoamericanos, aunque a un ritmo desigual, también caminan hacia una realidad jurídica dominada por el principio de corresponsabilidad parental y un sistema de custodia compartida, reflejo de la situación que rige a nivel cultural, social y familiar. (Hernández, 2021, págs. 101 - 102)

Precisamente por la alternancia de la custodia es que se puede compartir responsabilidades entre los padres con respecto a los hijos, y, tal y como lo señala el Consejo de Europa en la Resolución 2079, la custodia compartida se presenta como una solución, ya que propende a que las decisiones relativas a la educación (tanto académica como en cuanto a cuestiones humanas o valores) deban de ser tomadas por ambos progenitores. Además, cada padre tendría horas establecidas en las cuales son responsables del niño, y se les distribuye a ambos progenitores las necesidades económicas, físicas, afectivas y de desarrollo de la personalidad del niño, y de esta manera se aseguraría también el principio de Interés Superior del Niño.

El segundo punto es que, en la custodia monoparental, los padres tienen que enfrentarse para evidenciar ante el juez cuál de ellos es el más apto para la crianza y el cuidado de los hijos, lo cual acentúa sus diferencias ya que tienen que demostrar a la vez que el otro progenitor no es el adecuado para la crianza, resaltando algún defecto o carencia del mismo que puede ser necesaria para la custodia del menor. Por tanto, esto incrementa los sentimientos negativos entre los padres y puede tener repercusiones graves, al punto de que incluso el niño puede llegar a tomar distancia con uno de los progenitores por lo que escucha al de quien está bajo su custodia o incluso ser testigo de violencia psicológica o física entre ellos. Esto a su vez traería consigo la vulneración del derecho del niño a una convivencia familiar con armonía que favorezca el libre desarrollo de la personalidad.

En cambio, un régimen de custodia compartida obligaría a los padres del menor a permanecer tiempo juntos y en familia, compartiendo tareas y tomando decisiones con ambos criterios para favorecer el bienestar de sus hijos, tal y como lo señala el Tribunal Supremo de España:

La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. (Sentencia de Custodia Compartida en el Tribunal Supremo de España, 2015, citado en Armijos, 2021)

En muchos casos, quizá la custodia compartida resulte más positiva para el Interés Superior del Niño que la custodia monoparental. Sin embargo, también hay que analizar si existe un conflicto muy grave entre los padres o si ese mismo conflicto se produjo por situaciones de violencia física o psicológica a la mujer o miembros del núcleo familiar, en cuyo caso la custodia compartida sería contraria al Interés Superior del Niño ya que expone al menor a un entorno lleno de violencia en donde hasta él mismo puede ser víctima de la misma.

Precisamente por ello, Armijos (2021) ha señalado una serie de preguntas que determinarían si la custodia compartida sería aplicable, de acuerdo a cada caso:

1.- Tu puesto de trabajo: ¿viajas mucho? ¿tienes horario nocturno, incompatible con el horario escolar? ¿tu sueldo es suficiente como para criar a tus hijos en condiciones? Tienes que tener en cuenta el horario de tu jornada, viajes, posibles desplazamientos, si estás lejos del colegio... En este punto, considera cambiar de trabajo si es necesario.

2.- Tu residencia: ¿vives cerca del colegio o de tu expareja? Si por ejemplo vives en Madrid y tu expareja en Barcelona, será más difícil lograr una custodia compartida. ¿Cómo es tu casa? ¿Cuenta con las condiciones adecuadas?

3.- ¿Cómo es tu entorno familiar? ¿Te apoyan y te ayudan en los momentos complicados? ¿Hay abuelos o tíos que vivan cerca? ¿Cómo son tus relaciones sociales? (Armijos, 2021)

De igual manera, la custodia compartida eliminaría de raíz el problema de que ambos progenitores compitan en procedimientos legales para ver cuál de ellos es más apto para merecer la tenencia del niño, y así no tengan que estar demostrando que el otro progenitor no puede o no debe cuidar al niño, y esto a su vez evitaría que se profundice el conflicto entre padre y madre o padres. Además, analizando los parámetros brindados por Armijos, se tendría una alternativa que quizá podría favorecer de mejor manera el principio de Interés Superior del Niño, en tanto que éste no sufre a profundidad la pérdida que significaría la separación de sus padres, porque bajo este régimen se intenta que la familia parezca intacta en cuanto a la convivencia de padre y madre con los hijos.

Por otra parte, en lo que respecta al afianzamiento de roles de género, la custodia compartida se presentaría como una alternativa incluso positiva, debido a que el rol de cuidar al hijo y encargarse de las tareas del hogar no recaería exclusivamente sobre la madre, sino que vendría a ser compartido con el padre, a tal punto que, como se menciona en la Sentencia de la Corte Constitucional respecto a la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia:

Desde el lado de los hombres, y esta es una deuda enorme que tenemos los hombres, ejerceríamos más el rol de cuidado y disfrutaríamos de los efectos de la construcción de vínculos afectivos; al mismo tiempo que sabríamos lo difícil y sacrificado que es cuidar, y de este modo valoraríamos más esta esfera social que ha sido tan importante en la preservación de la vida cotidiana, y que ha sido históricamente marginada y sub valorada. (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021, pág. 69)

Finalmente, en lo que respecta a la violencia vicarial de género, está claro que sería un caso en el que la custodia compartida resultaría contrario al Interés Superior del Niño, debido a que poner a los progenitores juntos, sabiendo que existían antecedentes de violencia, pone en riesgo a la madre y vulnera el derecho del niño a vivir en un ambiente sano y apto para el libre

desarrollo de su personalidad, a más de poner en peligro su misma integridad física o psicológica. El niño incluso podría ser utilizado como instrumento para ejercer violencia contra la madre, amenazando a la víctima con llevarse al niño o incluso hacerle algo.

Por todo lo dicho anteriormente, se puede determinar que la custodia compartida sí podría ser una solución ante la mayoría de problemas jurídicos y de otra índole que presenta la custodia monoparental, pudiendo incluso ser una opción dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que permita garantizar el principio de Interés Superior del Niño y el principio de Corresponsabilidad Parental, pero no por ello se debe tampoco asumirla como la única solución, sino como una opción que puede potenciar los principios antes mencionados de mejor manera que lo puede hacer la custodia monoparental, pero siempre tomando en cuenta las circunstancias individuales de cada caso. Quizá las cuestiones clave al evaluar la posibilidad de que se aplique la custodia compartida serían: saber si los progenitores viajan mucho y si disponen de tiempo para cuidar al niño, saber cómo es el entorno familiar de los progenitores, si el horario de trabajo de los progenitores es compatible con el horario escolar del niño, si la residencia de ambos progenitores es cercana al colegio o en la misma localidad, o si se trata de residencias separadas por localidades o incluso provincias, ciudades, o países; y saber si el entorno familiar es favorable al derecho del niño a una convivencia familiar pacífica y armoniosa; si los padres pueden cubrir entre ambos los gastos materiales para garantizar al niño todos sus derechos, apuntando a su desarrollo mental y biológico pleno.

c.2. Análisis de las entrevistas realizadas a los jueces de familia en torno a la custodia compartida

Dicho esto, ahora es menester colocar la opinión de tres jueces especializados en Derecho de Familia, que a través de sus conocimientos profesionales han realizado distintos análisis jurídicos sobre la Custodia Compartida, sobre su importancia y sobre su implementación en la Legislación Ecuatoriana, ya que desde su punto de vista objetivo consideran que existen falencias y discriminación en la tenencia monoparental, cabe recalcar que los tres jueces nombrados desempeñan sus labores en la Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y

Adolescencia del cantón Ibarra, provincia de Imbabura, siendo estos: la Doctora María Isabel Tobar Subía, Doctora Lilian Enríquez y Doctor William Jiménez, todos especializados en Derecho de Familia.

Pues bien, la primera pregunta que se les realizó a los entrevistados fue: ¿Qué implica para usted el término “Interés Superior del Niño”?, de lo cual, el 100% de los entrevistados manifestó que se trataba de un principio que consistía en colocar al niño y sus derechos como parte medular de cualquier proceso susceptible a afectarlo, siendo él/ella, la prioridad de estos litigios, por lo que a la vez resulta ser un criterio orientador para que el juez, al momento de motivar la sentencia y decidir en justicia, tenga siempre presente que la resolución debe ser la más favorable al efectivo derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes. Sin embargo, en cuanto a esta pregunta, cada entrevistado realizó consideraciones adicionales que valen la pena analizar, y en algunos casos, cuestionar.

Así las cosas, la primera consideración que vale la pena destacar es la de la Doctora María Isabel Tobar, quien menciona que independientemente de quién tenga mayor capacidad económica, ambos tienen que buscar la manera de satisfacer las necesidades materiales o económicas del menor en búsqueda de que éste tenga un desarrollo integral pleno, tanto físico como mental, por lo que las deudas del alimentante no se vinculan directamente con el interés superior del niño:

El Interés Superior del Niño significa poder atender los temas en los que se encuentre involucrado el niño dentro de un proceso [...]es decir, si hay una causa de alimento no interesa y para explicarlo dentro de un ejemplo práctico, no interesa la capacidad económica del alimentante o el incumplimiento del padre, lo que más interesa al Interés Superior del Niño, es que haya alguna forma de satisfacer la necesidad económica del menor [...] (Tobar Subía, 2022)

En otras palabras, lo que más importa es que el deber jurídico de cuidado y protección que tienen los padres con respecto a sus hijos, se cumpla en igualdad de condiciones para ambos progenitores, por lo que hacerlos competir por ver cuál de ellos sería el más apto para custodiarlo y vivir con él en los procesos de custodia exclusiva o monoparental, no beneficia al Interés Superior del Niño, sino que, al contrario, lo perjudica:

[...] por ello los progenitores al ser sujetos procesales (en un proceso contencioso), [...] van a intentar pelearse, haciendo muchas cosas que no benefician al proceso, sino que, al contrario, van en contra de la mismo; ya que el objetivo es que el menor salga como principal benefactor del proceso con una decisión que favorezca sus intereses, y no la de los progenitores. (Tobar Subía, 2022)

Por otro lado, el Doctor William Jiménez señala que este principio solo puede ser invocado y utilizado cuando no exista disposición contraria al mismo, por lo que, según él: “*si es que existe un juicio de alimentos o existe una fijación de pensión alimenticia no puedes determinar que bajo el interés superior de niño se puede incrementar esa pensión alimenticia solo porque se te plazca*” (Jiménez, 2022), lo que trae a colación que para el Doctor, el principio de Interés Superior del Niño supera los intereses de los padres, y de hecho, en concordancia con lo dicho por la Doctora Tobar, al decir que no se puede aumentar las pensiones alimenticias sin motivo, está mencionando que el motivo, de forma obligatoria, tiene que ser proteger el Interés Superior.

De igual manera, respecto a la segunda pregunta: ¿Cuál es su opinión respecto al segundo inciso del art. 106 del código de la niñez y adolescencia donde se hace referencia a una preferencia a la madre para otorgar la patria potestad de los menores en caso de que el hijo todavía no ha cumplido 12 años? Todos los entrevistados coinciden en que se trata de una norma discriminatoria, y el 100% de ellos aseguran no estar de acuerdo con pensar que la madre deba ser la mejor cuidadora de los hijos.

De entre estas consideraciones, resalta la de la Doctora María Isabel Tobar, quien hace mención a los antiguos roles que tuvieron las madres como cuidadoras de los hijos y los padres como proveedor económico del hogar, aludiendo, aunque no con esas palabras exactas, a la arcaica doctrina del *Tender Years*, la cual señala que es obsoleta, pues el texto legal necesita conocer las nuevas dinámicas familiares de la sociedad moderna:

[...] desde mi punto de vista esta si es una norma que necesita reconocer las nuevas dinámicas de la sociedad y también necesita reconocer que las madres y los padres han cambiado respecto a sus roles antiguos, por ello personalmente no te puedo decir quien es mejor padre, pero si estoy de acuerdo en que ambos padres pueden desarrollar habilidades parentales de madre y de padre se pueden ejercer plenamente por ambos géneros, por ello pienso que es una norma que necesita actualizarse y reconocer los cambios de la sociedad, las dinámicas propias del sistema laboral capitalista en el que nos encontramos sobre todas las cosas. (Tobar Subía, 2022)

Algo similar señala la Doctora Lilian Enríquez, quien menciona que no siempre la madre es la más idónea para tener la custodia o cuidado de los hijos, pues:

[...] no todas las realidades de las familias se componen de los mismos miembros, por ejemplo, tenemos casos en los que la progenitora abandona el hogar y es el padre el que se queda con los hijos, sin embargo, luego aparece la madre y solicita al juez la recuperación de los hijos, la tenencia, la patria potestad, pese a que la madre no es la que estaba al cuidado de sus hijos. (Enríquez, 2022)

Otra consideración interesante es la que realiza el Doctor William Jiménez, quien al respecto menciona que la custodia no puede ser vista como un triunfo para el progenitor que la tiene, porque esto sería el equivalen a ver al niño como un instrumento para satisfacer los intereses de los padres, ya que el niño es un ser autónomo y, como bien lo supo manifestar anteriormente la Doctora Tobar Subía, esto solo reforzaría la desunión que tienen los padres, lo cual, en lugar de favorecer el interés superior del niño, sería contrario al mismo:

Recordemos que el cuidado, la custodia y la tenencia es un sistema de protección mediante el cual se determina con cuál de los dos progenitores, el menor de edad está más estable. No es que realmente [...] la mamá es la que deba tener el cuidado. Entonces, la Corte Constitucional hace un muy buen análisis sobre cuáles son las condiciones para que un niño pueda estar en tenencia en uno de los dos. (Jiménez, 2022)

Con respecto a la tercera pregunta, ¿cuál es su opinión respecto al cuarto inciso del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia donde se hace referencia a una preferencia a la madre para otorgar la patria potestad de los hijos que han cumplido 12 años, aunque los dos progenitores demuestren iguales condiciones?, el 100% de los entrevistados, señaló que se trata de una norma discriminatoria, y que ninguna norma puede determinar cuál de los dos progenitores es el más idóneo para el cuidado y crianza de los niños, destacándose las intervenciones de la Doctora Tobar Subía y la Doctora Enríquez.

La Doctora Tobar Subía añade a lo mencionado en el párrafo anterior, que el Estado, al otorgar una preferencia a la madre respecto a la custodia exclusiva en los casos en los que el niño no ha cumplido 12 años, vendría a ser una forma del Estado de intentar decidir cuáles seguirían siendo los roles de cada uno de los progenitores, reforzando la idea de que el padre es el proveedor económico del hogar y la madre es la cuidadora de los niños, lo cuál es un estereotipo de género errado:

[...] el Estado no puede decidir si las mujeres tienen que ser madres y los padres tienen que ser proveedores, ya que esa no es su facultad. El Estado debe garantizar imparcialmente a los progenitores el derecho de ser padres, sin ver el género ni el nivel socio-económico en el que se encuentran. Por ello, esta norma debe reformarse y adaptarse a las nuevas necesidades en las que la sociedad se encuentra. (Tobar Subía, 2022)

De igual manera, otra consideración a tener en cuenta es la de la Doctora Enríquez, quien señala que una norma no puede determinar cuál es el progenitor más idóneo para cuidar al niño antes de que éste cumpla los 12 años, sino que se debe evaluar las circunstancias, las pruebas, los informes técnicos y la opinión del niño:

En este caso realmente depende como le dicho anteriormente de las circunstancias, de lo que se pruebe a través de los informes técnicos, y si ambos progenitores desean la tenencia, en primer lugar, primero suelo escuchar a los hijos, en el sentido de porque ellos prefieren quedarse con tal progenitor, así que por ello estas reglas realmente, a mi criterio serian hasta inconstitucionales [...]. (Enríquez, 2022)

Dicho esto, y siguiendo con este análisis, respecto de la pregunta cuatro, que quizá es la más importante de entre las consideraciones expuestas por los entrevistados, ésta dice lo siguiente: Con base a su opinión ¿Considera usted que la custodia exclusiva vela por el interés del menor, de modo que satisfaga la exigencia de presencia en equilibrio tanto de la figura paterna como de la materna? Sobre esta cuestión, existen diversas respuestas. La primera de ellas es la de la Doctora Tobar, quien tajantemente responde que: “No, pienso que es necesario una custodia compartida.” (Tobar Subía, 2022).

La segunda es la de la Doctora Lilian Enríquez, quien señala que existen situaciones en las que la custodia compartida puede ser aplicable y otros en los que la custodia exclusiva, sería la mejor alternativa. Por ejemplo, ella cita los casos en donde ha suspendido o privado de patria potestad a los progenitores que no demuestran ningún tipo de interés en el cuidado o crianza de los hijos, o, sobre todo, cuando uno de los progenitores vive en el exterior y casi no tiene contacto con sus hijos:

[...] yo he suspendido o limitado la patria potestad o incluso privado de la tenencia o patria potestad, [...] cuando el progenitor está ausente, en el sentido de que he tenido personas que son extranjeras que vivieron aquí, pero el padre luego abandona el país, y la madre se queda con los hijos y cuando quiere salir del país no le permiten sacar a sus hijos del país porque necesita la autorización del padre para poder sacarlos, [...] en los temas de salida del país con hijos es necesaria la patria potestad exclusiva, entonces en esos casos yo considero que si es necesario que un solo progenitor el que la ejerza, pero siempre valorando cada caso en particular. (Enríquez, 2022)

La tercera consideración es la del señor William Jiménez, quien señala que sí está de acuerdo con el régimen actual, y no con la custodia compartida, pues considera que el deber de cuidado y guarda de los padres se cumple de todas maneras en una custodia exclusiva, ya que el régimen de visitas cumple con esta función para el progenitor que no tenga la custodia de sus hijos, mientras que la custodia compartida implicaría que el niño tenga dos domicilios, lo cual podría afectarlo psicológicamente, pues alteraría su sentido de pertenencia:

[...] a mi criterio muy personal, no podríamos tener un tema de custodia compartida por cuanto esto afectaría lo que es el principio de pertenecía del niño, el niño debe saber

dónde está su domicilio, no podría tener dos domicilios el niño y eso lo aclaran los psicólogos también necesitamos tener el principio de pertenencia entonces considero en mi opinión personal que no debe estar determinado lo que es la custodia compartida.
(Jiménez, 2022)

Al respecto de ello, quizá lo que el Doctor Jiménez quiso decir es que la custodia compartida afectar su sentido de pertenencia y su identidad, pero aquí hay que hacer un pequeño análisis partiendo de lo que significa sentido de pertenencia. Éste consiste, según Infante (2022) en lo siguiente:

La pertenencia es el sentimiento que surge al saber que formas parte de un grupo. En la pirámide de Maslow podemos comprobar cómo, tras tener cubiertas las necesidades más básicas (supervivencia y seguridad), la pertenencia y la afiliación constituyen el punto más importante para un ser humano.

La pertenencia está íntimamente ligada con nuestra identidad, pues el grupo es, para nosotros, un referente de quiénes somos [...] (Martín, 2022)

De igual manera, Infante (2022) señala al respecto del sentido de pertenencia que:

El sentido de pertenencia se refiere a sentirse parte de un grupo o de una sociedad, y su origen está en la familia, pues es el primer grupo al que pertenecemos¹.

Los niños, desde que nacen, necesitan pertenecer, sentir que forman parte de la familia, sentirse queridos, protegidos y amados (Infante, 2022)

Por tanto, el sentido de pertenencia en las relaciones familiares implica que el niño, niña o adolescente se sienta identificado con ambos progenitores, y con toda su familia en general, sintiéndose orgulloso de pertenecer a la misma, por lo que la pertenencia también genera en el niño, un sentido de identidad, ya que el grupo familiar con el que convive es un referente de sí mismo y su personalidad.

En este sentido, según las palabras del Doctor Jiménez, el niño tendría problemas de identidad y de sentido de pertenencia, porque tendría que vivir en dos domicilios, tendría que adaptarse a distintas costumbres, tendría que convivir con los dos progenitores de forma independiente, etc. En cambio, en la custodia exclusiva, según el Doctor, esto no ocurriría, en tanto que el niño tendría estabilidad con alguno de los progenitores, además de que el deber de convivencia de ambos progenitores se cumpliría por medio del régimen de visitas.

Ante esta alegación, viene a ser pertinente citar las palabras del autor Gándara (2018) quien pareciera que hubiese respondido directamente a este argumento:

En algunos casos la custodia monoparental cumple con su cometido beneficiando a las hijas y los hijos y a la madre y el padre; sin embargo, según las estadísticas, realizadas en países como los Estados Unidos, en la gran mayoría de los casos es deficitaria y negativa a los objetivos que persigue generando consecuencias negativas para los menores, como es la evasiva del pago de alimentos, el alejamiento del padre o la madre visitante, según sea el caso, provocando en el o la menor el “síndrome de alienación parental” (Gadner) esto es, el rechazo del menor para uno de los padres (generalmente el papá o la mamá ausente) como consecuencia de la censura aviesa del progenitor presente, quien deliberadamente cultiva en los hijos el desprecio por el padre o madre ausentes.

La custodia compartida no es el ejercicio inicuo de “una temporada con uno y otra temporada con el otro”, eso es “custodia repartida” que, sin desdeñar el hecho que en algunas situaciones

ello funciona, las conclusiones estadísticas muestran su escasa efectividad comparada con la custodia compartida.

Según las estadísticas judiciales la custodia monoparental se otorga al menos en un noventa por ciento de los casos a la madre. Ello trae como respuesta el alejamiento abrupto o de manera paulatina del padre de la vida del o la menor. Según los estudios hechos al respecto, la custodia compartida es la institución familiar, aunque no la única, que disminuye de manera importante esa situación, al facilitar que ambos padres tomen parte en la vida de sus hijos e hijas, pues conforme a los acuerdos alcanzados entre ellos, los niños y niñas tendrían periodos de atención similares en calidad y tiempo con uno y otro. (Gándara, 2018)

Lo dicho por Gándara (2018) contestaría a algunos argumentos planteados por el Doctor Jiménez, siendo el primero de ellos el del doble domicilio, en tanto que la custodia compartida no vendría a ser lo mismo que la custodia repartida, debido a que en esta, no se intenta que el menor tenga dos domicilios ni dos formas de educación diferentes, porque la custodia compartida incluso no pretende que el domicilio viva un período de tiempo con uno de los progenitores y otro con otro, sino que intenta que el menor permanezca en un solo domicilio pero puede tener contacto con ambos progenitores a diario.

Además, lo mencionado por Gándara (2018) reforzaría el argumento de que la custodia compartida eliminaría muchos problemas como es el desapego familiar, la acentuación de la separación familiar, la falta de atención de uno de los progenitores, etc., ya que la custodia compartida, al contrario de ser perjudicial para el sentido de pertenencia del menor o su identidad, lo refuerza y protege, en tanto que, el sentido de pertenencia al entorno familiar implica sentirse parte de la familia e identificado con todos los miembros de la misma. La identidad del niño se construye en base a su entorno, por lo que, al menos en la mayoría de los casos, el entorno no debe encontrarse dividido o disgregado, por lo que esto podría causar un síndrome de alienación parental.

De hecho, este síndrome es justamente lo contrario al sentido de pertenencia, pues hace que el menor tenga una desunión con el progenitor que no se encuentra presente en la familia, y esto es mucho más probable que ocurra en la custodia exclusiva o monoparental, antes que en la custodia compartida. Además, la custodia compartida pretende replicar el ambiente familiar que existía antes de la separación, por lo que, con disciplina y cuidado, el menor puede que mediante este régimen, no sufra los efectos de la separación de sus padres y de su familia.

Ahora bien, no por esto se puede decir que la custodia compartida siempre va a ser la mejor opción, ya que en los ambientes en donde no hay armonía, o donde uno de los progenitores vive fuera del país y casi no comparte el tiempo con los hijos, o donde existe violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, no serían una buena opción, ya que aplicar la custodia compartida allí podría ser contrario al Interés Superior del Niño.

Pues bien, habiendo mencionado estas cuestiones relevantes, es momento de continuar con las entrevistas, siendo la siguiente que atañe a este trabajo de investigación, la quinta, misma que dice lo siguiente: ¿Ha podido usted evidenciar falencias en este tipo de régimen? Al respecto, el 100% de los entrevistados considera que sí existen falencias.

La Doctora Tobar Subía considera que las falencias se encuentran en que los procesos judiciales de tenencia y las audiencias, giran más entorno al patrimonio y bienes del alimentante que hacia el propio Interés Superior del Niño, y que en la custodia monoparental, al ser un procedimiento contencioso, profundiza la desunión familiar, ya que ambos progenitores tienen que competir para demostrar cuál de ellos es el más idóneo para custodiar al hijo y al hacer esto, tienen que desvirtuar al otro progenitor:

[...] entonces los padres empiezan a tener una especie de guerra para intentar demostrar quién es el padre más idóneo, y quien no es el progenitor más idóneo, por ello no estoy de acuerdo en que se etiqueten a los padres en buenos, en malos, en que los padres solo pagan, y las madres se quedan en su casa cuidando a los hijos, ya que la sociedad no funciona así, ya que las mujeres tienen derecho a salir y divertirse, pero cuando las madres con hijos lo hacen, le persigue la policía, la DINAPEN le visita su domicilio, le cuestionan la crianza de sus hijos, y cuando el padre no paga las pensiones alimenticias porque no tiene dinero ahí también le persigue [...] el Estado. (Tobar Subía, 2022)

En cambio, la Doctora Lilian Enríquez menciona que sí hay falencias en cuanto a que aún no se ha implementado la custodia compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, sino que únicamente surge una especie de custodia compartida a raíz de los procesos de mediación; y, por último, en cuanto a esta pregunta, el Doctor Jiménez considera que sí hay falencias en cuanto a que la norma que antes estaba establecida en el Código de la Niñez y Adolescencia (art. 106. 2 y 4) era discriminatoria, y pese a que ha sido declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, no se ha realizado aún la respectiva reforma.

Con respecto a la sexta pregunta: ¿Cree usted que el régimen de custodia compartida podría ser beneficioso para la protección de Interés Superior del Niño? 2 de los 3 entrevistados respondieron que sí (la Doctora Tobar Subía y la Doctora Enríquez) y uno respondió que no.

La Doctora Tobar Subía manifestó estar absolutamente de acuerdo en que la custodia compartida es beneficiosa para el Interés Superior del Niño, y la Doctora Enríquez incluso hizo una consideración adicional y es que en un régimen de custodia monoparental, la persona que justifica ser titular del derecho a la tenencia del niño, es quien demanda el derecho de alimentos al padre, y al no vivir juntos, el progenitor que cumple con la pensión alimenticia, muchas veces desconoce a detalle cuáles son las necesidades diarias del menor, por lo que se rehúsa a incrementar los valores de la pensión y allí es donde surgen los conflictos. En cambio, en un

régimen de custodia compartida, ambos progenitores están conscientes de las necesidades del niño diariamente, y ambos pueden realizar el pago de las pensiones de forma directa, por lo que ni siquiera es necesario justificar cuál de los dos progenitores es el más idóneo para la custodia y cuidado de los hijos en función del patrimonio económico:

[...] la mayoría de personas prefieren adoptar el régimen de la custodia compartida, para que así las personas puedan realizar los pagos de la pensión de alimentos de directa forma, porque eso es una de las razones por las que se quiere promover la custodia compartida, ya que la persona que justificaba tener la tenencia es que la demandaba la pensión de alimentos, entonces en el momento que existe este régimen la fijación de la pensión alimenticia sería de manera directa, ya que cada progenitor asumiría los gastos de manutención mientras su hijo este con él. (Enríquez, 2022)

Sin embargo y a pesar de todo lo dicho anteriormente, el Doctor Jiménez manifiesta en cambio que no considera que la custodia compartida es una buena alternativa porque considera que ésta vulnera el sentido de pertenencia del niño; y además, hace mención a la retrógrada doctrina del *Tender Years*:

No, como te dije igual es necesario que tengan un principio de pertenencia más aun el principio de los años tiernos, recuerda si tu estas investigando vas a observar el principio de los años tiernos, hay niños menores de 4 o 5 años que necesita definitivamente estar con la madre por el tema de lactancia, por el tema de su cuidado, de ese vínculo materno filial que existe con el niño, por más padre que sea, por más persona idónea que sea el progenitor considero que cuando existe años tiernos cuando están 1 o 2 años o meses debe estar necesariamente con la madre (Jiménez, 2022)

Por tanto, la postura del Doctor Jiménez se reduce a la siguiente: que el niño antes de los 5 años necesita permanecer con la madre por tres cuestiones: la lactancia, el cuidado y el vínculo materno- filial, y además decide citar a la doctrina de los años tiernos como un principio, cosa que evidentemente no es así (es toda una doctrina que vino desde la Revolución Industrial, y no es un principio). Resulta contradictorio que en la pregunta de si el régimen actual de custodia monoparental presenta falencias (pregunta 5), él haya respondido que sí las presenta, y que es discriminatorio, para después seguir manteniendo la creencia de que la madre sigue siendo la más idónea para la crianza y el cuidado de los niños en los años tiernos. En otras palabras, ¿cómo puede alguien estar de acuerdo con que algo es discriminatorio si es que la misma persona apoya esa discriminación?

También resulta contradictorio que el Doctor considere que la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la Inconstitucionalidad del art. 106, numerales 3 y 4, haya sido “muy acertada”, si en dicha sentencia se plasma que, las cuestiones de lactancia pueden ser cubiertas por la madre sin necesidad de que por ello se prefiera a la madre como el progenitor más idóneo para merecer la custodia:

Si bien la madre, por razones biológicas como la lactancia, puede encontrarse cerca del hijo o hija; esto no conlleva una justificación absoluta para que preferentemente se le encargue la tenencia. No es posible concebir que la madre, en todas las situaciones, será más idónea o estará más capacitada que el padre (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021, pág. 40)

Estos argumentos, tanto respecto a la lactancia como respecto a los años tiernos, la vulneración al sentido de pertenencia, al igual que el vínculo materno- filial, ya han sido desvirtuados tanto en el presente trabajo como en la sentencia de la Corte Constitucional, por lo que llama la atención que hoy en día, un profesional del derecho siga considerando a la doctrina de los años tiernos como principio orientador en materia de Niñez y Adolescencia.

La siguiente pregunta también es crucial: ¿Debería ser la custodia compartida sustitutiva del régimen actual o debería ser complementaria; pero preferente? Al respecto, dos de los entrevistados respondieron que debería ser complementaria y preferente en ciertos casos, mientras que uno de ellos respondió que no debería ser ni preferente ni sustitutiva.

La primera intervención que cabe destacar es la de la Doctora Tobar, quien señala que pueden existir familias donde aún funcione el modelo tradicional en el que el padre es el proveedor económico de la familia y la madre es la cuidadora del hogar, pero en cambio, habrán modelos más modernos de familia en donde ambos progenitores compartan las funciones de cuidado con el hijo, sin cumplir con un rol específico, aduciendo incluso lo dicho en párrafos anteriores, acerca de que el niño necesita de ambos progenitores para desarrollar su identidad, formándose en valores, aumentando su autoestima y también, desarrollando vínculos afectivos sanos:

[...] también habrá familias bajo un modelo más moderno donde tengan otros niveles de comunicación y en donde en efecto cuenten con este modelo de custodia compartida para que cada progenitor este con absoluta libertad de encontrarse con su hijo, sin encontrar ningún tipo de reproche, en donde pueda desarrollar sus habilidades emocionales y afectivas con sus hijos, ya que la ley les garantiza un espacio absolutamente pleno, idóneo para que se encuentre madre, padre e hijos, después un proceso de separación, ya que psicológicamente no está recogido en la ley pero el papel de ambos progenitores en la formación de un niño, niña o adolescente es determinante para la generación de valores, para el fortalecimiento del autoestima y también para entender una estructura de emociones que sean sanas para los niños más adelante en sus vidas de adulto. (Tobar Subía, 2022)

Complementando lo anterior, la Doctora Enríquez señala que la custodia compartida debería ser preferente en donde ambos ex cónyuges demuestran igualdad de condiciones para criar y cuidar

al niño, siempre y cuando no existan situaciones de abandono o uno de los progenitores se encuentre en el exterior:

[...] debería ser preferente para los casos de matrimonio que se disolvieron, donde los dos ex cónyuges demuestren igualdad de condiciones y derechos, pero en otros casos no podría ser preferente por que por lo general en los casos en los que el padre no reconoce a su hijo voluntariamente, no ha vivido nunca con él, entonces no podríamos hablar de una custodia compartida. (Enríquez, 2022)

Ahora bien, en relación a la penúltima pregunta: Desde su punto de vista ¿Pudiese ser la figura jurídica de la custodia compartida implementada en la Legislación Ecuatoriana? Dos de los entrevistados respondieron que sí y uno de ellos respondió que es debatible.

Lo que menciona al respecto la Doctora Tobar es que ésta debe ser implementada por medio de una reforma legal, ya que, por el momento, no existe ninguna ley que integre la custodia compartida ni su regulación en el Ecuador. Además, la reforma se vuelve necesaria para garantizar el derecho de los niños a la convivencia familiar con ambos progenitores por las razones antes expuestas en cuanto a identidad y sentido de pertenencia:

Sí, pero con una reforma legal, ya que no existe en nuestra legislación y lo que hasta ahora se ha dado a través de la mediación son acuerdos en las que las partes establecen común acuerdo, el régimen de visitas, y la manera en la que van a satisfacer las necesidades económicas, por ello se necesita una reforma legal y también se necesita que se incorpore en el Código de la Niñez y Adolescencia para garantizar que los niños, niñas y adolescentes puedan vivir plenamente con sus padres no obstante a la separación [...] (Tobar Subía, 2022)

Algo similar opina Lilian Enríquez, quien también manifiesta que la custodia compartida no solo subsanaría conflictos de carácter familiar sino jurídico, pues puede ocurrir que el padre tenga una orden de cuidado a su favor por parte de la junta en tanto que la madre no puede pasar mucho tiempo con el niño y no puede cuidarlo, pero luego la madre se opone a esta orden por ser la titular del derecho a la tenencia, y el niño se envuelve en medio de todo este conflicto:

Considero que sí debería ser implementada dentro de la Legislación Ecuatoriana, ya que muchas veces la madre tiene la tenencia porque el juez lo determinó, pero el padre tiene una orden de cuidado que la junta le ha dado por que el hijo corre el riesgo de estar con la madre ya sea porque le deja solo en su casa al cuidado de otras personas, o porque ha sufrido maltratos, y luego resulta que la madre se opone al orden de cuidado por parte del padre aludiendo que ella tiene la tenencia del hijo, entonces se genera un conflicto, pero si se adoptara el régimen de custodia compartida incluso el padre podría controlar estas situaciones de conductas atípicas, se rectifica, ya que no solo la madre tiene estos derechos sobre sus hijos, sino que lo van a compartir y así también las responsabilidades. (Enríquez, 2022)

Sobre la opinión de la Doctora, quizá solo cabe acotar que la custodia compartida es idónea en la mayoría de los casos, salvo en los que el niño corre el riesgo de ser maltratado por la existencia de violencia intrafamiliar. Cuando existen órdenes de alejamiento por este motivo, lo más idóneo vendría a ser la custodia monoparental.

La tercera intervención es la del Doctor Jiménez, quien supo manifestar que el hecho de que se pueda integrar la custodia compartida en el Ecuador es debatible, pues si ésta fuera integrada en

el Código de la Niñez y Adolescencia, no se sabría quién sería el legitimado activo del derecho a la pensión de alimentos:

[...] uno de los progenitores debe tener el cuidado porque eso va desarrollando otro tipo de derechos por ejemplo el de demandar un juicio de alimentos, si revisas el enumerado 6 de la ley de la materia te dice claramente que quien es el legitimado activo para poder reclamar los derechos es el progenitor con el que viva el menor [...]
(Jiménez, 2022)

Sobre esta situación, nuevamente se vuelve a hacer énfasis en el hecho de que los procesos contenciosos por pensiones alimenticias casi no existirían en el régimen de custodia compartida, o si existieran, fueran casos muy reducidos. Precisamente esto es una de las razones para integrarlo en el ordenamiento jurídico, ya que no habría una “demanda de pensiones alimenticias” cuando ambos progenitores cumplen con la obligación de cubrir las necesidades económicas del niño. Incluso, si esto no fuera posible, en el acuerdo de custodia compartida, ambos progenitores establecerían cuál de ellos es el encargado de cumplir con esta función y en el caso de incumplimiento, las acciones que podrían tomar para hacer valer este derecho, incluyendo la demanda de pensiones alimenticias, de ser el caso, por lo que el problema planteado por el Doctor Jiménez, quedaría resuelto de manera muy sencilla.

Por último, en lo que respecta a la novena pregunta: ¿Qué criterios deberían ser tomados en cuenta para regular la custodia compartida en nuestro país? Dos de los entrevistados señalaron algunos criterios y uno de ellos, señaló que no debería existir custodia compartida, por lo que tampoco deberían implementarse criterios para ello.

Así las cosas, la Doctora Tobar Subía señala tres criterios objetivos bastante interesantes a tomar en cuenta al momento de desarrollar la futura reforma: *“Primero, la voluntad de los padres, segundo, las condiciones de vida de cada uno de los padres, tercero, la posibilidad de que los padres pueda mantener en términos idóneos a sus hijos el tiempo que comparta con ellos [...]”* (Tobar Subía, 2022)

De igual manera, la Doctora Enríquez señala como criterio a la Sana Crítica (que es un criterio subjetivo), estableciendo que *“el juez determina en torno a la situación en la que ha vivido el niño, niña o adolescente, sumando también los informes de los equipos técnicos, incluso la opinión del hijo, ya que él es el que decide si está de acuerdo o no en que se establezcan estas regulaciones”* (Enríquez, 2022)

Son de suma importancia ambas aportaciones, ya que, por un lado, lo primero que debe existir es la voluntad de los padres, en virtud de que la custodia compartida no es una imposición, sino un acuerdo al que ambos progenitores tienen que llegar en donde establecerán el reparto de tareas y la forma en la que la realizarán, al igual que el tiempo que le dedicarán a cada una de ellas. En este sentido, quizá lo que se puede aportar a este criterio es que en el momento en el que los padres estén acordando las tareas, el juez debe verificar que este acuerdo no vaya en contra del principio de corresponsabilidad parental ni en contra del principio de igualdad y no discriminación.

Luego, la Doctora Tobar Subía establece que otro criterio rector e importante debe ser las condiciones de vida de cada uno, por lo que aquí juega un rol importante no solo el patrimonio de los progenitores, sino la disponibilidad de tiempo que tenga cada uno de ellos, y por ello, también se le podría añadir como requisito que cada uno de los acuerdos a los que lleguen los padres, deberá ser verificado por el juez para determinar si es posible cumplirlos en razón de las condiciones de vida de cada progenitor. Por ejemplo, alguien que trabaja en una institución

educativa como docente a medio tiempo, pero que también desempeña la labor de fiscal, y que en las noches se capacita estudiando una maestría, no tiene una condición de vida apta para la crianza y el cuidado de un niño, y más aún si tiene varios hijos (lo cual también abarcaría el tercer criterio).

A ello se le puede añadir algunos criterios más, como, por ejemplo: que, en las condiciones de vida de cada uno, se verifique la existencia de armonía en el hogar constantemente por parte de visitas periódicas de trabajadoras sociales (como ocurre en Estados Unidos de Norteamérica); que ninguno de los progenitores tenga una orden de alejamiento en su contra por violencia intrafamiliar y que ninguno de los progenitores se encuentre habitando en el extranjero, como lo señaló previamente la Doctora Enríquez

Al respecto del criterio sobre violencia intrafamiliar, puede que éste sea debatible, ya que también existe el principio de no discriminación por pasado judicial, pero en ese caso, compete al juez hacer un análisis de ponderación de derechos o principios como el De No Discriminación por pasado Judicial vs el principio De Interés Superior Del Niño, en el que tienen que analizarse los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para determinar si restringir el principio de no discriminación por garantizar el derecho al Interés Superior del Niño, compensa, pero eso se realiza tanto en abstracto, como concretamente de acuerdo a cada caso (en donde se aplica el criterio de la Sana Crítica determinado por la Doctora Enríquez).

Además, se pueden implementar los criterios antes mencionados por Armijos (2021), tales como la necesidad de que ambos progenitores vivan cerca de la institución educativa en donde estudia el niño, y sino, al menos que tengan la disponibilidad de tiempo suficiente. Otra alternativa incluso puede ser aplicar el cuestionario señalado por la autora respecto al criterio de las condiciones de vida y la disponibilidad de tiempo:

1.- Tu puesto de trabajo: ¿viajas mucho? ¿tienes horario nocturno, incompatible con el horario escolar? ¿tu sueldo es suficiente como para criar a tus hijos en condiciones? Tienes que tener en cuenta el horario de tu jornada, viajes, posibles desplazamientos, si estás lejos del colegio... En este punto, considera cambiar de trabajo si es necesario.

2.- Tu residencia: ¿vives cerca del colegio o de tu expareja? Si por ejemplo vives en Madrid y tu expareja en Barcelona, será más difícil lograr una custodia compartida. ¿Cómo es tu casa? ¿Cuenta con las condiciones adecuadas?

3.- ¿Cómo es tu entorno familiar? ¿Te apoyan y te ayudan en los momentos complicados? ¿Hay abuelos o tíos que vivan cerca? ¿Cómo son tus relaciones sociales? (Armijos, 2021)

7. DISCUSIÓN

A lo largo del presente trabajo, se ha podido evidenciar la existencia de diversas normas que protegen el derecho de los niños a la convivencia familiar, el derecho a vivir en un ambiente de armonía, y los derechos inherentes a sus necesidades económicas y de desarrollo físico y mental que estarían sintetizadas en la normativa ecuatoriana en todo lo que comprende el derecho de alimentos. Todo esto, con la finalidad de precautelar un principio y a la vez un ideal de todo el ordenamiento jurídico, que consiste en el Interés Superior del Niño.

Se ha podido apreciar que el primer Tratado Internacional que existió a lo largo de la historia fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, en el cual ya se integraba una disposición en la que se enunciaba que el niño debe ser puesto en condiciones en las que se fomente su desarrollo integral, tanto mental como físico y espiritual, lo cual vendría a ser uno de los primeros antecedentes que existió respecto al principio de Interés Superior del Niño.

Le siguió la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la cual ya integraba el principio de corresponsabilidad parental, pues establecía la necesidad de que el niño crezca en un entorno armonioso bajo el cuidado, protección y responsabilidad de sus padres, para que así se fomente el desarrollo de su personalidad.

Seguido de este Tratado, vendría la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en la que se desarrollaría de forma explícita la obligación de ambos progenitores de cuidar y velar por las necesidades afectivas y materiales del niño, y que vale la pena volver a citar, pues consagraría el principio de corresponsabilidad parental:

Art. 18 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. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

En tales circunstancias, el niño que vive en el seno de una familia conformada por unos padres que viven juntos, tiene los mismos derechos fundamentales para convivir, formar lazos afectivos y relaciones paterno filiales con sus padres, que cualquier otro cuyos progenitores se encuentran separados o divorciados, por ello, no debe darse un trato distinto a estos últimos respecto de los primeros [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

De igual manera, en cuanto a legislación nacional, el art. 102 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 6 y 7, consagrarían dicho principio, estableciéndolo también como obligaciones comunes de ambos progenitores. Esto también vale la pena señalarlo nuevamente:

Art. 102.- Deberes específicos de los progenitores. - Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están

obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece este Código.

En consecuencia, los progenitores deben: [...]

6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo;

7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica; (Asamblea Nacional, 2003)

Ahora bien, además de la normativa, también se ha verificado que han existido diversas corrientes y doctrinas que analizan la estructura del hogar de diversas formas. Así, por ejemplo, se tendría la Doctrina de los Años Tiernos, conocida desde sus inicios como *Tender Years*, que buscaría la protección y el cuidado de los niños en torno a las estructuras familiares que se han desarrollado de facto a lo largo de la historia; y que no hacen otra cosa que defender la idea de que la madre es la más idónea para cuidar al niño en sus años tiernos (de 0 a 5 años). Así por ejemplo, la Doctrina del *Tender Years*, no fue desarrollada desde un principio bajo una construcción intelectual, sino que se desarrolló de facto, en vista de que los diversos modos de producción, en la Primera Revolución Industrial del sistema capitalista, dieron apertura total al hombre en el campo laboral, y como consecuencia de ello, la única progenitora que ha tenido que hacerse cargo de los hijos por dicha situación ha sido la mujer, por lo que, no solo en ese período, sino también en la Primera y Segunda Guerra Mundial, al igual que en la Segunda Revolución Industrial, la mujer ha sido quien ha tenido que adaptarse al rol de cuidadora del hogar, y el hombre, el rol de proveedor económico.

Como consecuencia, los psicólogos y sociólogos comenzaron a intentar entender las cualidades de la mujer que le permitían tener un mayor vínculo con los hijos del que podría llegar a tener el hombre, siendo así que incluso lo que comenzó siendo un hecho, terminó intentándose sustentar con ciencia. Así, por ejemplo, hubo creencias como el hecho de que, si el niño se

desarrollaba dentro de la madre, encontraría en ella una protección especial que no la encontraría en el padre, además de que la madre al tener al hijo durante 9 meses en su vientre, comenzaría a desarrollar un instinto de protección hacia el niño que no lo tendría tan desarrollado el padre por circunstancias biológicas. Además, otra de las cosas que incluso, como se pudo observar, hasta el mismo Doctor Jiménez arguye, es que por el hecho de que la madre es quien debe dar de lactar al niño, significa que éste debe estar bajo el cuidado de la misma hasta antes de los 5 años. Por eso se le denominan los “Años Tiernos”. A la par, estas creencias seguirían reforzándose hasta el ingreso de la mujer al campo laboral y a otros campos de la vida social y económica.

Cuando la mujer ingresó al campo laboral, ya la forma de organización de la sociedad comenzó a cambiar, siendo así que se necesitaba de alguien que cuide a los niños, en tanto que mujeres y hombres se volvieron proveedores económicos del hogar, por lo que muchos niños se criaron sin la compañía y convivencia necesaria de sus padres, pero al estar desde hace años atribuidos estos roles de forma tan acérrima, la sociedad comenzaba a culpabilizar a la mujer por no cumplir con su rol de cuidadora del hogar en lugar de buscar una solución, y esto es una costumbre que lamentablemente subsiste hasta el día de hoy, lo cual se puede ver evidenciado en uno de los puntos señalados por la Doctora Tobar Subía en las entrevistas: “[...] *las mujeres tienen derecho a salir y divertirse, pero cuando las madres con hijos lo hacen, le persigue la policía, la DINAPEN le visita su domicilio, le cuestionan la crianza de sus hijos [...]*” (Tobar Subía, 2022)

En consecuencia, la creencia del *Tender Years*, pese a ser algo inaplicable el día de hoy, sigue siendo difundida y aceptada por una gran cantidad de la población, y esto simplemente se pudo evidenciar en la sentencia No. 28- 15- IN de la Corte Constitucional, en la cual, se le cuestionó a la Asamblea el por qué quería mantener la preferencia a la madre en la custodia exclusiva de acuerdo al art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia y éstos supieron responder que: “la preferencia materna es necesaria ya que *durante el contexto histórico social, se ha demostrado*

que por motivos antropológicos, culturales, biológicos, y jurídicos, la madre respnde de mejor manera al laso parental” (Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, 2021, pág. 6)

Pues bien, la Corte, al respecto de esta sentencia, declaró la inconstitucionalidad de fondo de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia al considerarla contraria al Interés Superior del Niño y al principio de Igualdad y No Discriminación. Sin embargo, en lo que se refiere a la Corresponsabilidad Parental, la Corte supo manifestar que el artículo no es causal directa para que no exista corresponsabilidad en el cuidado del niño, porque independientemente de que a la madre se le tenga preferencia al momento de decidir a quién se le otorga la custodia, el padre tiene que cumplir con el deber de convivencia y con el cuidado del niño mediante la satisfacción de las necesidades económicas del menor que estén a su alcance.

Sin embargo, aquí hay que hacer una consideración, y es que a lo largo de la presente investigación se pudo dilucidar que si bien estos artículos no eran causales directas para que el padre incumpla con sus obligaciones, lo que sí es cierto es que el artículo contribuye a que se siga fomentando la doctrina del *Tender Years*, de tal manera que se siga viendo al padre como el proveedor económico, en lugar de impulsar, desde la legislación, los cambios estructurales en la familia necesarios para que se fortalezca el deber y derecho de convivencia de los padres con los hijos en igualdad de condiciones; y, de esta manera, asegurar la participación tanto de madre como padre o de ambos padres o progenitores, en el cuidado y protección del niño.

Por tanto, de la doctrina del *Tender Years* reflejada en el art. 106, numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, y a través del análisis de la sentencia 28- 15- IN/21 de la Corte Constitucional, se pudieron identificar ciertos problemas tanto jurídicos como sociales y estructurales. Entre ellos, el obvio problema de que la legislación seguía dando preferencia a la

madre en la custodia exclusiva del niño, tanto en situaciones donde ambos progenitores tuvieran igualdad de condiciones, como en el caso de que el niño no haya cumplido los 12 años de edad, y, además, que:

Primero, en la custodia monoparental, no existe una igualdad en el goce del derecho a la convivencia familiar de los padres con los hijos, ya que el régimen de visitas es restrictivo a pocas horas o momentos a la semana que no son suficientes para garantizar que el niño desarrolle un sentido de pertenencia con ambos progenitores. Es más, el hecho de que el niño solo pueda ver a uno de los progenitores por pocas horas en pocos días a la semana, mientras que el otro progenitor que es titular de la tenencia del niño, pueda verle todos los días, implica una desigual distribución en las tareas de cuidado que recae sobre la madre o el progenitor que tenga la custodia exclusiva.

Por consiguiente, el niño vendría a desarrollar problemas psicológicos como el desapego hacia uno de los progenitores, denominado el “síndrome de alienación parental”, ya que la relación con el padre que esté restringido a ver a su hijo únicamente bajo el régimen de visitas, sería muy distante, lo cual afecta a la identidad del niño y, por ende, a su sentido de pertenencia y al Principio de Interés Superior del Menor.

Segundo, en muy pocos procesos de custodia monoparental, los progenitores están de acuerdo con la custodia de los hijos, y por lo general se enfrentan en juicio, lo que implica que ambos se confronten con el objetivo de obtener la custodia monoparental o exclusiva, privándole al otro progenitor de la misma. Esto a su vez, obviamente acentúa la separación familiar y los sentimientos negativos entre los ex cónyuges, que se verán reflejados a la hora de criar al niño, y que posiblemente, también sean causa del síndrome de alienación parental, por lo que si el padre vive con resentimiento de no poder ver a sus hijos a diario, y culpabiliza a la madre, incluso podría llegar a influir en el menor con esos sentimientos negativos hacia su ex pareja, y viceversa, que, también afectaría a la identidad y el sentido de pertenencia del menor.

Además, tal y como se indicaba en la sentencia 28- 15- IN/21 de la Corte Constitucional, la madre no siempre sería la más idónea para cuidar del niño, especialmente porque puede que tenga una vida tan ocupada por su trabajo, que no siempre podrá atender al niño y cuidarlo de la manera en la que se merece, y, aun así, esto sería solucionado por la Custodia Compartida. Es más, este análisis, que fue hecho antes de obtener los resultados de las entrevistas, sería concordante con una de las opiniones manifestadas por la Doctora Lilian Enríquez, misma que señalaba que

Muchas veces la madre posee la tenencia porque el juez lo ha determinado, pero el padre tiene una orden de cuidado que la junta le ha dado debido a que el hijo corre riesgo al estar con la madre, ya sea porque le deja solo en su casa al cuidado de otras personas, o porque ha sufrido maltratos, y luego resulta que la madre se opone al orden de cuidado por parte del padre aludiendo que ella posee la tenencia del hijo [...]
(Enríquez, 2022)

Finalmente, el tercer problema vendría a ser que la custodia monoparental refuerza los estereotipos de género. Considerando que muchos jueces hoy en día piensan como el Doctor Jiménez, y no muchos de ellos son especializados en materia de Niñez y Adolescencia en Ecuador, si se sigue manteniendo a la custodia exclusiva o monoparental como primera y única opción, lo más probable es que se siga repitiendo el mismo patrón y que los jueces tiendan a seguir favoreciendo a la madre, incluso cuando pueda que ésta no llegue a ser la más idónea para satisfacer el Interés Superior del Niño.

A la par, este comportamiento por parte de los operadores de justicia, terminaría por reforzar los roles de género de la doctrina del *Tender Years*, que, a todas luces, se intenta abolir o

erradicar, para que así ambos progenitores puedan compartir las mismas responsabilidades y funciones en el cuidado y crianza de los niños, en igualdad de condiciones o al menos, lo más próximo al ideal del Principio de Corresponsabilidad Parental. La idea es desarrollar cambios sociales desde la legislación nacional, para que se pueden crear entornos inclusivos que permitan la inserción de ambos progenitores al campo laboral, sin que, por ello, se deje en estado de abandono a los niños, niñas o adolescentes; y esto solo sería posible intentando que ambos progenitores compartan funciones de cuidado del menor diariamente.

Pero estos tres problemas estructurales, jurídicos y sociales, encontrarían una vía de solución en la custodia compartida, y esto se puede analizar de forma clara en cada uno de los puntos mencionados en párrafos anteriores.

Respecto al primer problema, de que, en la custodia monoparental, no existe una igualdad en el goce del derecho a la convivencia familiar de los padres con los hijos, la solución vendría a ser establecer un régimen en donde ambos progenitores puedan realizar todas las tareas de cuidado y protección del niño diariamente tal y como si la familia aún estuviera intacta, y ese régimen es el de la custodia compartida.

Si se quiere ser más específico, la forma de concretar la idea del anterior párrafo vendría a ser mediante la exigibilidad de ciertos requisitos, como los señalados en apartados anteriores por Corzo (2018):

1. Se debe determinar si los padres son conscientes de la responsabilidad de la custodia y si están dispuestos a asumir dicha responsabilidad, superando los problemas personales.
2. Si existen discusiones entre los padres, se debe determinar si estos problemas son pasajeros o no y si estos ocasionan hostilidades.

3. La posibilidad que dicho acuerdo que se piensa establecer se pueda quebrantar o deshacer. (Corzo, 2018)

Para complementar estos numerales, vale la pena acotar que sería prudente aplicar un cuestionario a los progenitores similar al que planteaba Armijos (2021), como si es que el progenitor viaja constantemente, si tiene un horario compatible con el horario escolar de su hijo o las actividades diarias e importantes que éste desempeña, si el progenitor vive cerca del colegio o qué tan rápido puede llegar en función de las horas que disponga para hacerlo, o si su residencia es cercana al lugar donde vive el otro progenitor. Incluso se puede aplicar ciertas preguntas del cuestionario al niño y al padre, preguntándole cómo es su entorno familiar, si se siente apoyado cuando se siente triste o mal, y cómo han incentivado los padres del niño a las relaciones sociales de éste con sus amigos y el resto del mundo.

Además, adicional a todas esas cosas, el juez debe evaluar que los ingresos de ambos progenitores puedan satisfacer económicamente las necesidades del niño, tanto materiales como inmateriales. Es decir que, bajo este régimen, en principio, no debería existir la necesidad de realizar demandas de pensiones alimenticias, en tanto que esto lo establece el juez por falta de acuerdo y por asegurar el principio de Interés Superior del Niño, pero si ambas partes llegan a un acuerdo de custodia compartida voluntariamente, se entiende que ambos han establecido los montos que los dos aportarán, destinados a satisfacer dichas necesidades económicas que devienen en la educación, salud, alimentación nutritiva, vestuario, vivienda, transporte, recreación, cultura y deporte.

Respecto al segundo problema de que, en muy pocos procesos de custodia monoparental, los progenitores están de acuerdo con la custodia de los hijos y, por tanto, el proceso implica una contienda entre padre y madre para saber cuál de ellos es el más idóneo para el cuidado y crianza de los hijos, en detrimento del otro, la solución nuevamente viene a ser la custodia compartida,

ya que ésta representa lo opuesto a la contienda, que vendría a ser un acuerdo entre ambos para dicho fin. Es decir que este proceso se rige por el principio de voluntariedad, siendo así que ninguno de ellos tiene que demostrar que es mejor que el otro para cuidar al niño, sino que, lo que tienen que demostrar ante el juez, es que ambos, al trabajar en equipo, pueden garantizar mejor el principio de Interés Superior del Niño que si lo hicieran de forma independiente. Esto claro, exceptuando los casos en los que exista violencia intrafamiliar, en los que uno de los progenitores viva en otro país, en los que uno de los progenitores manifieste de forma clara el no querer hacerse cargo del niño, entre otros.

Respecto al tercer problema, de que la custodia monoparental vendría a reforzar los estereotipos de género porque muchos jueces hoy en día mantienen la misma creencia que la doctrina del *Tender Years*, independientemente de que, en la legislación, los numerales 2 y 4 hayan sido declarados inconstitucionales; la custodia compartida viene a ser nuevamente la solución.

Esto en cuanto a que dicho mecanismo, además de ser un proceso más rápido y menos engorroso, por manejarse por mutuo acuerdo (que se lo tendría que tramitar por procedimiento voluntario, lo cual asegura de mejor manera la celeridad de la causa), esto también deviene en un incentivo para los hombres de poder trabajar conjuntamente con sus ex parejas en el cuidado del niño, y a la par, permitiría que tanto hombres como mujeres, puedan integrarse de mejor manera al mercado laboral. El solo hecho de imaginar que exista en la legislación ecuatoriana un cambio en lo que respecta a la custodia compartida, implicaría también que a futuro, incluso el Código del Trabajo pueda cambiar las horas en las que las personas se dedican a sus labores, en beneficio también de que exista tiempo para que los padres puedan compartir con sus hijos (ambos, no solo uno de ellos); por lo que, este cambio profundo, implicaría quizá a futuro, una sociedad más inclusiva y con más cohesión familiar.

Ahora bien, dicho esto, ya solo queda recapitular los resultados obtenidos en las entrevistas, señalando y sintetizando cada una de las consideraciones realizadas por los entrevistados a lo largo de este trabajo.

Respecto a la primera pregunta, ¿Qué implica para usted el término “Interés Superior del Niño”? el 100% de los entrevistados señaló que se trata de un principio que consiste en colocar al niño y sus derechos (tanto generales como específicos) como centro de todo proceso o litigio, por lo que acotaron que en todo proceso en donde se dispute la tenencia o custodia exclusiva, no se puede tomar en cuenta los intereses de los padres por encima de las necesidades del niño, siendo así que incluso la Doctora Tobar Subía señalaba que el patrimonio económico de los progenitores no era la única cosa a tomar en cuenta en estos procesos, sino que también se debe considerar qué tanto favorece el ambiente del progenitor al niño, cuanto tiempo de disponibilidad tiene éste para compartir con el niño, entre otras cuestiones.

De igual manera, respecto a la segunda pregunta, ¿Cuál es su opinión respecto al segundo inciso del art. 106 del código de la niñez y adolescencia donde se hace referencia a una preferencia a la madre para otorgar la patria potestad de los menores en caso de que el hijo todavía no ha cumplido 12 años? Todos los entrevistados coinciden en que se trata de una norma discriminatoria, y el 100% de ellos aseguran no estar de acuerdo con pensar que la madre deba ser la mejor cuidadora de los hijos, acotando que no siempre la madre es la más adecuada para cuidar a los niños, y que también pueden existir familias más modernas y menos tradicionales donde ambos progenitores compartan funciones en el cuidado y crianza de los niños.

Con respecto a la tercera pregunta, ¿cuál es su opinión respecto al cuarto inciso del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia donde se hace referencia a una preferencia a la madre para otorgar la patria potestad de los hijos que han cumplido 12 años, aunque los dos progenitores demuestren iguales condiciones?, el 100% de los entrevistados, señaló la misma respuesta que

en el caso anterior, en tanto que esta disposición también resultaba discriminatoria y también tendía a favorecer a la madre sin ninguna razón sustancial. De hecho, fue en ambas preguntas (tanto en la segunda como en ésta) que el Doctor Jiménez, reiteró que la sentencia de la Corte Constitucional estuvo bien aplicada.

En cuanto a la cuarta pregunta, ¿Considera usted que la custodia exclusiva vela por el interés del menor, de modo que satisfaga la exigencia de presencia en equilibrio tanto de la figura paterna como de la materna? La Doctora Tobar Subía pudo responder que no vela por el Interés Superior, y esto en gran medida se debe a que los procesos de custodia compartida son contenciosos, lo cual es concordante con el análisis que se ha realizado en párrafos anteriores, ya que estos procesos implican que los progenitores tienen que enfrentarse en audiencia para demostrarle al juez que uno de ellos es el idóneo para obtener la custodia, en detrimento del otro, lo cual solo acentúa la separación y desunión familiar, y esto termina vulnerando el principio de Interés Superior del Niño. Por ello, la Doctora Tobar Subía manifestó que es necesario que se implemente un régimen de custodia compartida.

En cambio, la Doctora Enríquez había manifestado que la custodia compartida podría aplicarse en aquellos casos donde ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones, y que exista armonía y convivencia en el hogar, pero no en los casos donde el padre resida en el extranjero o siempre se encuentre ausente en las cuestiones relativas a su hijo.

Por otro lado, en cuanto a la quinta pregunta, ¿Ha podido usted evidenciar falencias en este tipo de régimen? Al respecto, el 100% de los entrevistados considera que sí existen falencias. La Doctora Tobar habría señalado que una de ellas era fijarse en cuestiones que no tienen que ver directamente con el objeto del proceso o que no son las únicas que tienen relevancia. Así, por

ejemplo, señalaba que, en muchos procesos de tenencia y custodia compartida, pareciera que, en lugar de discutirse todas las cuestiones relativas al bienestar del niño, se discutía solo las cuestiones económicas, al punto de que estas audiencias parecían girar más en torno al patrimonio económico del alimentante, antes que al niño en sí mismo. Además, señalaba que este régimen reforzaba los estereotipos de género que se intentaban cambiar, como el hecho de que la madre no puede salir a divertirse porque tiene que cuidar al niño, mientras que el padre solo es bueno si es que satisface las necesidades económicas del menor.

De igual manera, la Doctora Enríquez consideraba que la falencia es no implementar la custodia compartida en el régimen jurídico vigente, mientras que el Doctor Jiménez, consideraba que la falencia radica en que la norma sigue siendo discriminatoria.

Respecto a la sexta pregunta: ¿Cree usted que el régimen de custodia compartida podría ser beneficioso para la protección de Interés Superior del Niño? 2 de los 3 entrevistados respondieron que sí (la Doctora Tobar Subía y la Doctora Enríquez) y uno respondió que no. Éste último era el Doctor Jiménez, quien supo manifestar que el régimen de custodia compartida implicaba que el niño tuviera dos domicilios, dos modelos de educación diferentes, dos formas de crianza diferentes, y no tuviera estabilidad en ninguno de ellos, lo que afectaría su identidad y su sentido de pertenencia, llegando incluso a señalar que esto último estaba comprobado científicamente, citando al “principio” de los Años Tiernos.

Al respecto, en este trabajo se hizo un análisis, llegando a comprobar todo lo contrario, debido a que en realidad, la custodia monoparental era la que afectaba a la identidad y sentido de pertenencia del niño, porque en los procesos de custodia exclusiva, al confrontarse los progenitores para obtener la tenencia, el que no la tuviera, quizá desarrollara un sentimiento de rencor hacia el que sí la tuvo, y culparía al otro progenitor de haberle quitado a su hijo, lo que devendría en que estos inculquen en el niño, sentimientos negativos hacia el otro progenitor, y

causando que el niño rechace al padre que no obtuvo la custodia, generando así el síndrome de alienación parental.

En cambio, la custodia compartida es una forma de evitar que el niño sufra la separación de sus padres, puesto que la idea de esto es mantener las funciones y roles de ambos progenitores, tal y como si la familia estuviera intacta y nunca se hubiera separado. Incluso esto es favorable porque en la custodia compartida, ambos progenitores deben tomar conjuntamente decisiones sobre cuestiones importantes para la vida y el bienestar de sus hijos, lo que significa que ambos decidirán sobre su educación moral y académica, ambos decidirán sobre su salud, entre otras cuestiones, que, a la final, en lugar de dañar la identidad del menor, la refuerzan, porque éste se sigue sintiendo parte de esa familia unida.

Respecto a la séptima pregunta, ¿Debería ser la custodia compartida sustitutiva del régimen actual o debería ser complementaria; pero preferente? Al respecto, dos de los entrevistados respondieron que debería ser complementaria y preferente en ciertos casos, mientras que uno de ellos respondió que no debería ser ni preferente ni sustitutiva. Nuevamente, aquí se refuerzan los argumentos antes señalados, puesto que ésta debería ser preferente en los casos en los que ambos progenitores estuvieran en igualdad de condiciones para criar al niño, ambos vivieran en la misma ciudad, y ambos tuvieran la disponibilidad de tiempo necesaria para realizar dicha tarea, mientras que no sería procedente en los casos donde uno de los progenitores se encuentra viviendo en el exterior, o casos donde no exista armonía en el hogar o exista violencia.

La octava pregunta dice así: Desde su punto de vista ¿Pudiese ser la figura jurídica de la custodia compartida implementada en la Legislación Ecuatoriana? Dos de los entrevistados respondieron que sí y uno de ellos respondió que es debatible. Quienes respondieron que es factible implementar dicha figura jurídica, lo hicieron por las mismas consideraciones antes mencionadas, mientras que, el Doctor Jiménez, respondió que era debatible porque no se sabría

entonces quién sería el titular del derecho a alimentos. Respecto a esta cuestión, lo que quizá no queda claro para el entrevistado es que, con una custodia compartida, lo ideal sería que ambos progenitores puedan contribuir en las necesidades económicas y materiales del niño, incluyendo con esto salud, educación, vestuario, vivienda digna, transporte, recreación y cultura. No habría un obligado principal a cumplir con todas estas tareas mediante el tradicional régimen de pensiones alimenticias, sino que lo que se pretende es que ambos puedan contribuir a este fin. De lo contrario, si mediante el acuerdo de custodia compartida, se establece que uno de los progenitores debe cubrir algunas de estas necesidades y no lo hace, y en el mismo acuerdo se señala qué hacer en esos casos, se deberá proceder conforme al acuerdo, y si aun así, no se cumple con la obligación, se podrán manejar estas cuestiones de la misma manera en la que se procede en los juicios de pensiones alimenticias o considerar reemplazar esta opción por la custodia monoparental.

Finalmente, respecto a la novena pregunta, ¿Qué criterios deberían ser tomados en cuenta para regular la custodia compartida en nuestro país? Dos de los entrevistados señalaron algunos criterios y uno de ellos, señaló que no debería existir custodia compartida, por lo que tampoco deberían implementarse criterios para ello. Así las cosas, de entre los principales criterios se encuentran, según la Doctora Tobar Subía: *Primero, la voluntad de los padres, segundo, las condiciones de vida de cada uno de los padres, tercero, la posibilidad de que los padres pueda mantener en términos idóneos a sus hijos el tiempo que comparta con ellos [...]* (Tobar Subía, 2022).

Otro de los criterios fue el presentado por la Doctora Enríquez, quien supo manifestar que el juez debía, mediante la sana crítica, analizar las circunstancias particulares de cada caso para ver si es idónea y posible la custodia compartida, mientras que el Doctor Jiménez se negó a dar criterios, porque él no se encuentra de acuerdo con implementar la custodia compartida en Ecuador.

Así las cosas, a raíz de todos los resultados obtenidos, se pudo analizar que todos o al menos, la mayoría de los problemas estructurales, jurídicos y sociales que presenta la custodia monoparental o exclusiva, podrían verse subsanados por la custodia compartida, siendo así que ésta garantizaría la igualdad en el goce del derecho a la convivencia familiar de los padres con los hijos a ambos progenitores, a la par que permitiría garantizar el principio de Corresponsabilidad Parental, pues bajo este régimen, ambos progenitores participan en las funciones del cuidado y crianza del niño por igual, o al menos, de forma equitativa, siendo así que ambos pueden pasar gran cantidad de tiempo con su hijo, y ambos contribuyen para satisfacer las necesidades económicas del menor.

De igual manera, respecto al segundo problema, la custodia compartida representa una solución, pues en ella se sustituye la tradicional contienda entre los progenitores por demostrar cuál de ellos es más idóneo para ser titular de la tenencia del niño, por el trabajo conjunto de ambos para demostrarle al juez que los dos, trabajando en equipo, pueden satisfacer las necesidades económicas y afectivas del niño de mejor manera a que si lo hicieran de forma independiente.

Por último, respecto al tercer problema de que la custodia monoparental refuerza los estereotipos de género, ya que la mayoría de los jueces, probablemente sigan prefiriendo a la madre en los procesos de custodia monoparental, en cambio, la custodia compartida podría representar un cambio significativo de la sociedad que se construya desde la legislación, pues implica que ambos progenitores se hagan cargo de las necesidades de su hijo en igualdad de condiciones, o de forma más equitativa, participando ambos de las tareas del hogar, ambos en los juegos con el niño, ambos dándole tiempo al menor, ambos acudiendo a los eventos importantes de la escuela, ambos encargándose de su transporte en distintos días a la semana, ambos tomando decisiones importantes sobre su educación y salud; y, ambos aportando económicamente para satisfacer necesidades materiales del niño.

A la par, esto significaría también que se facilitaría el acceso de la mujer al mercado laboral, pues ésta ya no se vería limitada por asumir las tareas del cuidado del hogar, e incluso, como se mencionó antes, puede que en un futuro se contemple una reforma al Código del Trabajo en la que se reduzcan las horas para que las personas puedan pasar mayor tiempo con sus hijos, o que lo puedan hacer en intervalos de tiempo (así como se considera necesaria la hora de almuerzo, podría considerarse necesario también ciertas horas de recreación con los hijos).

Por todo lo dicho anteriormente, se determina que la custodia compartida sí es una solución, y que sí debería ser implementada en la legislación ecuatoriana mediante una reforma legal, por lo que el texto sería el siguiente: colocar al final del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, un título que diga: “Disposiciones Reformatorias”, y en él, colocar el siguiente texto:

En el artículo 106, agréguese el siguiente inciso final:

La custodia compartida es la institución jurídica en virtud de la cual, ambos progenitores pueden ejercer la tenencia del niño en igualdad de condiciones y derechos. Ésta será preferente en los casos en los que se favorezca al Interés Superior del Niño y, siempre y cuando ambos progenitores o padres, lo hayan decidido de forma libre y voluntaria mediante un acuerdo firmado delante del juez competente.

En dicho acuerdo, con la asistencia de un miembro de la Oficina Técnica de Niñez y Adolescencia, deberá tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

1.- *La Voluntariedad: que se verificará mediante Declaración Juramentada de que ambos padres del progenitor, están firmando un acuerdo de forma libre y voluntaria, y sin ningún tipo de coacción.*

2.- *Las condiciones de vida de cada uno de los padres. Para este criterio, un funcionario de la Oficina Técnica de la Niñez y Adolescencia aplicará un cuestionario a ambos progenitores, en donde, como criterios mínimos, deberá tomarse en cuenta:*

- *Primero, si el progenitor viaja mucho en su puesto de trabajo;*
- *Segundo, si su horario de trabajo es compatible con el horario escolar del niño y con los tiempos que ordinariamente se dedica a la recreación;*
- *Tercero, si los ingresos de ambos progenitores conjuntamente, son idóneos para satisfacer las necesidades del niño en lo que respecta a los criterios establecidos en el art. 2 de este Código, esto es, alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; salud integral, prevención, atención médica y provisión de medicinas; educación; cuidado; vestuario adecuado; vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; transporte; cultura; recreación y deportes; y, rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.*
- *Cuarto, si ambos progenitores no pueden satisfacer todas estas necesidades, se establecerá en dicho acuerdo, teniendo en cuenta el principio de voluntariedad y de corresponsabilidad parental, las necesidades que le competen satisfacer a cada uno.*
- *Quinto, preguntar si se tiene en cuenta, por parte de ambos progenitores, la posibilidad de viajar, de que pueda cambiarse el horario de la jornada laboral, de que puedan existir posibles desplazamientos.*
- *Sexto, preguntar a ambos progenitores si viven cerca el uno del otro, y determinar con qué frecuencia uno de ellos puede acudir al domicilio del otro y cuál de los dos tiene más facilidad para transportarse de un sitio a otro. Este criterio determinará el sitio de permanencia del niño.*
- *Séptimo, preguntar a ambos progenitores si es que ambos viven en un ambiente de paz y armonía dentro de sus hogares, y si es que existe apoyo por parte de los demás miembros de la familia en los momentos más complicados. Para este criterio, un*

trabajador o trabajadora de la Oficina Técnica y un psicólogo infantil, acudirán al domicilio de ambos progenitores y verificarán que sea un ambiente propicio para favorecer el Interés Superior del Niño.

3.- Opinión del Niño: será determinante, escuchar la opinión del niño sobre si es que éste siente que existe un ambiente de paz, armonía y apoyo en el domicilio de ambos progenitores, y no solo con ellos, sino con los demás miembros de la familia de éstos.

4.- Decisiones conjuntas: se establecerá una cláusula en el acuerdo respecto a las decisiones que deberán ser tomadas en conjunto obligatoriamente por parte de ambos progenitores, teniendo en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño y el Principio de Voluntariedad.

5.- Solución de Controversias: se establecerá cuál será el medio idóneo para resolver controversias que se susciten por presuntos incumplimientos de dicho acuerdo durante el tiempo en el que los progenitores sean titulares del derecho a la custodia compartida, dando prioridad específicamente a los métodos alternativos de resolución de conflicto, y de no resolverse la controversia, el juez podrá proceder a las reglas de la custodia monoparental, de conformidad con lo establecido en los numerales 1, 3, 5 y 6 de este artículo.

6.- Cláusula sobre los tiempos de convivencia: Se establecerá en el acuerdo, una cláusula en la que se determine cuáles serán los tiempos mínimos de convivencia en los que cada progenitor compartirá con sus hijos: cuántas horas al día, de qué hora a qué hora; o qué días a la semana y a qué hora en cada día. Todo esto se lo hará atendiendo al Principio de Corresponsabilidad Parental y al Principio de Interés Superior del Niño, intentado, en la mayor medida de lo posible, que ambos progenitores cumplan con el deber jurídico de convivencia en las circunstancias más igualitarias y equitativas posibles.

7.- Procedimiento: la Custodia Compartida será tramitada por procedimiento voluntario, de conformidad con las reglas del Código Orgánico General de Procesos.

8.- Procedencia: la Custodia Compartida procederá en todos los casos, exceptuándose los siguientes: cuando uno de los progenitores tenga una sentencia ejecutoriada en su contra por el delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; cuando uno de los progenitores viva en el exterior; cuando uno de los progenitores sea ebrio consuetudinario o toxicómano, declarado judicialmente; cuando uno de los progenitores atente contra la vida del otro o del niño; y, en cualquier caso en el que se logre demostrar que la custodia compartida es contraria al Interés Superior del Niño.

8. CONCLUSIONES

a) Se ha logrado describir el Status Jurídico de la Custodia Monoparental y Compartida, siendo así que los principales Tratados Internacionales encontrados que regulan el tema, a lo largo de esta investigación, fueron los siguientes: la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924; el *Decálogo de los Derechos del Niño*, que también se lo conocía popularmente como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y, la Convención de los Derechos del Niño de 1989. En estos convenios, se establecían los principios de Interés Superior del Niño y Corresponsabilidad Parental, además de que, en la Convención de 1989, se establecieron las obligaciones que tenían ambos progenitores con respecto a sus hijos, lo que daba paso a que existan dos mecanismos para garantizar este derecho: la custodia monoparental y la compartida, siendo la segunda, la más idónea para favorecer los derechos del niño.

b) De igual forma, el Consejo de Europa y países como México y Colombia, contemplan la Custodia Compartida como una institución que permite que ambos progenitores sean titulares del derecho a la tenencia del niño en igualdad de condiciones, oportunidades, derechos y obligaciones (pese a que en Colombia aún no se desarrolla esta institución en la legislación, pero existe un proyecto de desarrollo), por lo que vendría a fortalecer el Principio de Corresponsabilidad Parental.

c) En cuanto a la legislación nacional, no se ha podido encontrar legislación que tutele la custodia compartida, ya que ésta no está aún establecida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, tanto la Constitución de la República, como el Código de la Niñez y Adolescencia, recogen los principios de Corresponsabilidad Parental e Interés Superior del Niño, por lo que sí es viable establecer este régimen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

d) De igual manera, se ha logrado identificar los posibles problemas jurídicos de la custodia monoparental, siendo éstos: primero, que en la custodia monoparental, no existe una igualdad en el goce del derecho a la convivencia familiar de los padres con los hijos; segundo, en muy pocos procesos de custodia monoparental, los progenitores están de acuerdo con la custodia de los hijos, por lo que se genera un conflicto entre ellos que acentúa sus diferencias y resentimientos; y tercero, la custodia monoparental refuerza los estereotipos de género.

e) Por último, se ha logrado determinar que la custodia compartida sí sería la solución a los tres problemas mencionados en la conclusión anterior, siendo así que: primero, se garantizaría la igualdad en el goce del derecho a la convivencia familiar a ambos progenitores, pues ambos podrían convivir con el niño diariamente y cuidarlo, cumpliendo así con el principio de Corresponsabilidad Parental y logrando que el niño fortalezca su identidad y su sentido de pertenencia hacia su familia, lo cual sería una forma de garantizar el principio de Interés Superior del Niño; segundo, ya no habrían diferencias y resentimientos, pues la custodia

compartida es un procedimiento voluntario en el que ambos progenitores se comprometen, mediante una serie de acuerdos, a cumplir con las tareas de cuidado y protección del niño, lo que implica que en lugar de competir para ver cuál de ellos es merecedor de la tenencia ante el juez, los progenitores trabajan en equipo para demostrarle al juez que ambos, haciendo un esfuerzo conjunto, son capaces de satisfacer las necesidades del niño; y, tercero, ya no se reforzarían los estereotipos de género, pues con la Custodia Compartida, se alternarían los roles entre ambos, a tal punto que las mujeres podrían tener mayor acceso al mercado laboral, sin preocuparse porque no haya nadie que cuide a sus hijos, ya que mientras ellas lo hagan, los hombres podrían desempeñar esta tarea, y viceversa. Todo esto a la vez produce dos resultados positivos: un cambio estructural en los roles asumidos a lo largo de la historia por la sociedad ecuatoriana y; mayor unión familiar, por el hecho de involucrar a ambos progenitores en el cuidado y crianza del niño bajo las mismas condiciones, garantiza que el niño se sienta identificado con ambos padres, y que se minimice el riesgo de que el menor padezca del síndrome de alienación parental.

9. RECOMENDACIONES

- La Asamblea Nacional debe reformar el Código de la Niñez y Adolescencia, de tal manera que se pueda integrar la reforma propuesta en este proyecto de investigación, para que así se encuentre incluida a la Custodia Compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, revisando cuáles serían las cuestiones o aspectos que haga falta colocar en el modelo presentado.
- Pese a la declaratoria de inconstitucionalidad de fondo de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, probablemente, por la costumbre social de considerar que las mujeres son las progenitoras más idóneas para el cuidado y crianza

de los hijos, tal y como lo viene afirmando la doctrina del *Tender Years* (teoría que considera que los niños tienen una conexión biológica y afectiva con su madre que no puede ser reemplazada por la de su padre, durante el período en el que el niño tiene de 0 a 5 años); muchos jueces hoy en día todavía sigan otorgando la custodia exclusiva a la madre; por lo que, se recomienda brindar mayor capacitación a los profesionales del derecho en esta área, sobre todo en cuanto a la custodia compartida y a la posibilidad de que en muchos casos, no solo la madre sea la progenitora más idónea para garantizar el cuidado del niño, sino que se debe atender las circunstancias particulares de cada caso.

- En Ibarra, existe un número de 10 jueces especializados en Familia, Niñez y Adolescencia, por cada 100 000 habitantes, por lo que, en todos los cantones del país, debería existir un número igual para que se pueda garantizar los derechos del niño adecuadamente.
- Debe existir mayor reconocimiento de la familia como unidad básica y fundamental de la sociedad, tanto en la Constitución de la República (a más de los artículos 44 y 45) y el Código de la Niñez y Adolescencia, para que, de esta manera, todas las decisiones que afecten a las niñas, niños y adolescentes respecto a la tenencia, procuren la cohesión familiar, así como la igualdad en cuanto a deberes y responsabilidades en el cuidado y protección de las niñas, niños y adolescentes; no solo por parte de sus progenitores, sino de todas aquellas personas que vivan con el niño y sean parte fundamental de su entorno familiar, tales como abuelos, tíos, hermanos, entre otros.
- Si se implementa la Custodia Compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se debería evaluar la posibilidad de que, en el Código del Trabajo, se establezcan períodos de tiempo diarios donde los padres puedan pasar con sus hijos, así como se implementan horas de almuerzo y descanso (y no solo limitarla a los padres, sino que, a falta de éstos, o para apoyarlos, intervengan también las personas que forman parte principal del entorno familiar del menor, como abuelos, tíos, etc.). Esto, contrariamente a lo que se piensa, podría mejorar la productividad de los trabajadores y a su vez, permitiría una mayor conexión entre padres e hijos, ya que muchas veces, el tiempo que disponen éstos

es después de su trabajo para compartir con sus hijos, es en los horarios donde el niño debe descansar o hacer deberes, por lo que la comunicación es casi nula. En cambio, con un régimen diferente, se fortalece la unión de la familia ecuatoriana, se mejora la productividad laboral y se erradican poco a poco los estereotipos de género de la madre como cuidadora del hogar y el padre como proveedor económico

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta. (2017). El interés superior del niño y la custodia compartida.

Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 223 - 247.

ALBSDOASNH, G. D. (2019). "...". ASB DILASND.

Armijos, C. R. (21 de abril de 2021). *CUSTODIA COMPARTIDA: REQUISITOS PSICOLÓGICOS*. Obtenido de Psicolegalmente. Perciales y Psicológicas: <https://www.psicolegalmente.es/guarda-y-custodia/requisitos-custodia-compartida/#:~:text=La%20custodia%20compartida%20conlleve%20como,se%20mantenga%20un%20marco%20familiar>

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial No. 449.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: ONU.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). *Decálogo de los Derechos del Niño*. San Francisco, Estados Unidos de América: ONU.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención de los Derechos del Niño*. República Dominicana: ONU.

Asamblea Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial No. 737.

- Asamblea Nacional. (2019). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial No. 46.
- Barcia. (2018). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo [primera parte].
- Barcia. (2019). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (segunda parte).
- Catalán, M. J., Begoña García, M., de la Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, M. D., . . . Soler, C. (2007). LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO, EXTENSIÓN Y BONDAD DE SU PUESTA EN ESCENA. DEBATE ENTRE PSICOLOGÍA Y DERECHO. *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 17, 131 - 151.
- Còdigo Orgànico de la Niñez y Adolescencia. (2014). Ecuador.
- Conceptos Jurídicos. (6 de junio de 2022). *Custodia Compartida*. Obtenido de Conceptos Jurídicos: <https://www.conceptosjuridicos.com/ec/custodia-compartida/>
- Congreso Constitucional. (1989). *Codigo Civil para el Estado Soberano de Puebla*. Puebla, México: Oficio Número 6621.
- Contreras, M. d. (2013). EL ENTORNO FAMILIAR Y LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES: UNA APROXIMACIÓN. *Bol. Mex. Der. Comp.* vol.46 no.138, 1151 - 1168. Obtenido de SCIELO.
- Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, núm. 1, 51 - 70.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (2006). España.
- Corzo, S. M. (2018). La custodia compartida en Colombia: mecanismo jurídico de protección del derecho a la igualdad de los padres y de los menores a tener una familia. *Revista Innovando en la U. No. 10. Año 9*, 47 - 51.
- Enríquez, L. (28 de junio de 2022). Entrevista sobre la Custodia Compartida. (I. Marroquín, Entrevistador)
- Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., & Vázquez, M. J. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, 107-113.
- Gándara, R. P. (9 de febrero de 2018). *Custodia compartida en el derecho familiar*. Obtenido de Revistas Jurídicas UNAM: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12013/13750>

- Hernández, M. A. (2021). La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico. *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 1, 95 - 120.
- Ibañez, V. (2004). EL LABERINTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. Claroscuros de un solo nombre con varios significados. *Boletín de Derecho de Familia*, año 4, n° 40 y 41, 1 - 15.
- Infante, R. R. (27 de abril de 2022). *El sentido de pertenencia en niños, ¿por qué es tan importante?* Obtenido de International Montessori Institute Barcelona:
<https://montessorispace.com/blog/el-sentido-de-pertenencia-en-ninos/#:~:text=El%20sentido%20de%20pertenencia%20se,sentirse%20queridos%2C%20protegidos%20y%20amados.>
- Jiménez, W. (28 de junio de 2022). Entrevista sobre custodia custodia compartida. (I. Marroquín, Entrevistador)
- Lehmann, R. B. (2019). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo. *Boletín mexicano de derecho comparado*. vol.52 no.154, 15 - 38.
- Marín, D. y. (2017).
- Martín, E. S. (3 de febrero de 2022). *El sentimiento de pertenencia en la familia*. Obtenido de ERESMAMÁ: <https://eresmama.com/el-sentimiento-de-pertenencia-en-la-familia/>
- Morgan. (2017). La custodia compartida del menor despues de la separacion de sus progenitores.
- Ortega. (2017). Análisis de la custodia compartida en Ecuador. Quito, Ecuador.
- Ortega Farías, A., Rodríguez Soto, D., & Jiménez Figueroa, A. (2013). Equilibrio trabajo-familia: corresponsabilidad familiar y autoeficacia parental en trabajadores de una empresa chilena. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, vol. 9, núm. 1, 55-64.
- Oxford Languages . (6 de junio de 2022). "*Custodiar*". Obtenido de Oxford Languages : <https://languages.oup.com/google-dictionary-es/>
- Pèrez. (2017). Custodia compartida: Un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en al Legislación Ecuatoriana.
- PÉREZ, J. S. (21 de junio de 2022). *La Convención sobre los Derechos del Niño en relación con la guarda y custodia del menor*. Obtenido de edk publicaciones:

<https://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-en-relacion-con-la-guarda-y-custodia-del-menor#sdfootnote1sym>

Real Academia Española . (19 de junio de 2022). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Obtenido de Real Academia Española : <https://dpej.rae.es/lema/custodia-compartida>

San Martín, M. A. (2013). EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, vol. 20, núm. 2, 21 - 59.

Sentencia de Custodia Compartida en el Tribunal Supremo de España, Sentencia 96/2015 (Tribunal Supremo de España 15 de febrero de 2015).

Sentencia de Inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4, Sentencia No. 28- 15- IN (Corte Constitucional 24 de noviembre de 2021).

Silva. (2016).

Soriano, R. O. (2011). *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección los Derechos Humanos*. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Subía, M. I. (28 de junio de 2022). Entrevista a Jueces de Familia sobre la custodia compartida. (I. Marroquín, Entrevistador)

Vistìn. (2019). Ventajas de la custodia compartida en tiempos de desintegración familiar en el Ecuador.

WomensLaw. (27 de diciembre de 2021). *¿Qué es la custodia compartida?* Obtenido de Información Legal: Nuevo México: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/DI2005/pdf/PUE1.pdf>

11. ANEXOS