



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MECANISMO PARA LA APLICACIÓN
DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES

**Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de
Abogada**

Línea de Investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus aplicaciones

Autora:

Liseth Fernanda Salinas Angulo

Directora:

Nathalia Viviana Lescano Galeas Dra. Mg.

Ambato - Ecuador
Julio 2015

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE AMBATO**

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

“LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MECANISMO PARA LA APLICACIÓN
DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES.”

Línea de Investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus aplicaciones

Autora:

Lisseth Fernanda Salinas Angulo

Nathalia Viviana Lescano Galeas, Dra. Mg.
CALIFICADORA

f. _____

Edwin Iván Gavilanes Paredes, Ab. Mg.
CALIFICADOR

f. _____

Emilia Fernanda Alvarado Sevilla, Ab. Mg.
CALIFICADORA

f. _____

Juan Carlos Manjarrés Buenaño, Ab. Mg.
DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

f. _____

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.
SECRETARIO GENERAL PUCESA

f. _____

Ambato – Ecuador
Julio 2015

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, LISSETH FERNANDA SALINAS ANGULO, portador de la cédula de ciudadanía No. 0502890239, declaro que los resultados obtenidos en el proyecto de titulación y presentados en el informe final, previo a la obtención del título de ABOGADA, son absolutamente originales, auténticos y personales.

En tal virtud, declaro que el contenido, las conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto de investigación y luego de la redacción de este documento, son y serán de mi sola y exclusiva responsabilidad legal y académica.

Lisbeth Fernanda Salinas Angulo

CI.0502890239

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por permitirme ser fuerte y constante para seguir a delante día a día y no darme por vencida pese a las adversidades de la vida, a mis padres quienes me acompañan en los triunfos y derrotas brindándome palabras de aliento y apoyo incondicional y finalmente a mis queridos maestros y maestras universitarias especialmente a mi Directora de Tesis Dra. Viviana Lescano, por su paciencia, tiempo, conocimiento transmitido y por enseñarme el arte de amar la profesión del Derecho.

Lisseth Fernanda Salinas Angulo.

DEDICATORIA

A mi mamá Alexandra y a mi papá Víctor, por su sacrificio constante para permitirme alcanzar mis sueños, por su apoyo desinteresado, por el amor que me tienen, por los consejos que me dan día a día, por los valores que me enseñaron y por ser los mejores padres.

Liseth Fernanda Salinas Angulo.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es establecer a la custodia compartida como un mecanismo para la aplicación del principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual se empleó la metodología bibliográfica-documental y de campo; a través de la recopilación de documentos jurídicos nacionales e internacionales, fue posible analizar figuras paterno-filiales, especialmente la tenencia y la custodia compartida, además a la corresponsabilidad paterno-materno y el interés superior del niño; seguido del estudio del caso Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y entrevistas dirigidas a las autoridades y especialistas que intervienen directamente en el caso procesado. Se pudo obtener datos estadísticos y criterios acerca de la realidad ecuatoriana en cuanto a la situación de los hijos e hijas tras el divorcio, sus efectos negativos y posibles soluciones; de ahí que evidenciando la falta de cumplimiento del interés superior del niño y la corresponsabilidad de los progenitores, y se determina la necesidad de proponer se incorpore en la legislación especial ecuatoriana mediante reforma, un medio que garantice el cumplimiento de este principio constitucional y la igualdad en el ejercicio de los deberes y derechos paterno-materno.

Palabras Claves: custodia compartida, corresponsabilidad de los progenitores, y, interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

ABSTRACT

The aim of this study is to establish joint custody as a mechanism to apply the constitutional principle that aims the best interest on children and adolescents, for which bibliographic-documentary and field research was applied. Through national and international legal documents gathering, it was possible enabling to analyze parental figures, especially custody and joint custody besides shared parental-maternal responsibility and the best interest of children, along with cases of study at the Family, Women, Adolescents and Childhood Court and interviews directed to the judges and consultants that are directly involved in the case that is analyzed. It was possible to gather statistical data and opinions about the situation in Ecuador regarding children's circumstances after divorce, plus its negative effects and possible solutions. Therefore, it is clear that there is non-compliance between parental responsibilities and children's best interests and adolescents; consequently it is necessary to include a special law in Ecuador through a reform, as a mean to guarantee the compliance of this constitutional principle and conformity during the course of parental-maternal duties and rights.

Keywords: joint custody, parental responsibility, and best interest of children and adolescents.

INDICE DE CONTENIDOS

Preliminares

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT	vii
INDICE	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.....	3
FUNDAMENTOS TEÓRICOS	3
1.1 Antecedentes.....	3
1.2 Descripción del Problema.....	4
1.3 Preguntas Básicas	5
1.4 Objetivos.....	6
1.4.1 Objetivo General.....	6
1.4.2 Objetivos Específicos.	7
1.5 Meta	7
1.6 Estado del Arte	7
1.7 Desarrollo de los Fundamentos Teóricos.	10
1.7.1 La Familia.....	10
1.7.1.1 Conceptualización de la familia	10
1.7.1.2 Conformación de la Familia	11
1.7.1.2.1 Tipos de Familia	12
1.7.1.3 Matrimonio.....	13
1.7.1.4 Unión de Hecho.....	14
1.7.1.5 Desintegración de la Familia.....	14
1.7.1.5.1 Problemas Familiares.....	15
1.7.1.6 Separación	16
1.7.1.7 Divorcio.....	17

1.7.1.7.1 Divorcio por Mutuo Consentimiento	18
1.7.1.7.2 Divorcio Contencioso	19
1.7.2 Relaciones Paterno Filiales.....	20
1.7.2.1 La formación del individuo entorno a la influencia familiar	20
1.7.2.2 La Patria Potestad.....	23
1.7.2.3 Tenencia en el Ecuador	26
1.7.2.4 Régimen de Visitas.....	29
1.7.2.5 Diferencias entre Patria Potestad y Tenencia	31
1.7.3 La Custodia.....	32
1.7.3.1 Clases de Custodia	34
1.7.3.1.1 Custodia Paterna	34
1.7.3.1.2 Custodia Partida.....	35
1.7.3.1.3 Custodia Exclusiva.....	35
1.7.3.1.4 Custodia Residencial.....	36
1.7.4 Realidad Ecuatoriana en cuanto al cuidado de los hijos.....	36
1.7.4.1 Análisis comparativo de la custodia unipersonal, partida y compartida.	39
1.7.5 Síndrome de Alienación Parental (SAP)	39
1.7.6 Custodia Compartida	42
1.7.6.1 Conceptualización de la Custodia Compartida	42
1.7.6.2 La Igualdad de Género y la Corresponsabilidad de los Progenitores en la Custodia Compartida.....	43
1.7.6.3 Aspectos Positivos de la Custodia Compartida.....	45
1.7.6.4 Dificultades de la Custodia Compartida.....	46
1.7.6.5 Regulación Jurídica Referente a la Custodia Compartida en la legislación nacional.....	51
1.7.6.5.1 Constitución de la República del Ecuador	51
1.7.6.5.2 Convención de los Derechos del Niño.....	54
1.7.6.5.3 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia	55
1.7.7 Regulación Jurídica específica con respecto a la Custodia Compartida en el Derecho Comparado.....	58
1.7.7.1 La Custodia Compartida en Colombia	58

1.7.7.2 La Custodia Compartida en Perú	61
1.7.7.3 La Custodia Compartida en Chile	62
1.7.7.4 La Custodia Compartida en Brasil	63
1.7.7.5 La Custodia Compartida en Estados Unidos	64
1.7.7.6 La Custodia Compartida en España	66
1.7.7.7 La Custodia Compartida en Francia	67
1.7.7.8 Análisis General de la Custodia Compartida en el Derecho Comparado	68
1.7.8 Normativa vigente en el Ecuador respecto al Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes	69
1.7.8.1 Constitución de la República del Ecuador	69
1.7.8.2 Normativa Internacional	70
1.7.8.3 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia	71
1.7.9 Interés Superior	72
CAPITULO II	76
METODOLOGIA	76
2.1 Metodología de Investigación	76
2.1.1 Método General	77
2.1.2 Método Especifico	77
2.1.3 Técnica e Instrumento	78
CAPITULO III	79
RESULTADOS	79
3.1 Estudio de Casos y Entrevistas	79
3.1.1 Estudio de Caso: Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón	79
3.1.2 Entrevistas	86
3.1.2.1 Entrevista al Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia	86
3.1.2.2 Entrevista a Jueces de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia	92
3.2 Análisis del Caso y Entrevistas	103

3.2.1 Análisis General: Caso Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Latacunga.	103
3.2.2 Análisis de entrevista dirigida al Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Latacunga.	106
3.2.3 Análisis entrevista dirigida a Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Latacunga.....	108
3.3 Evaluación Preliminar.....	111
3.4 Propuesta.....	111
CONCUSIONES Y RECOMENDACIONES	121
CONCLUSIONES.	121
RECOMENDACIONES	123
BIBLIOGRAFÍA	125
APENDICE	131
Apéndice N° 1: Entrevista Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia	131
Apéndice N° 2: Entrevista Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.....	133
Apéndice N° 3: Evaluación Preliminar Dr. Galo Salguero.....	135
Apéndice N° 4: Evaluación Preliminar Ab. Amanda Gálvez	136
Apéndice N° 5: Evaluación Preliminar Psicólogo Mario Sinchiguano	137

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.1 Ventajas y desventajas de la custodia unipersonal, partida y compartida.	39
Tabla 1.2 Análisis de la Custodia Compartida en el Derecho Comparado.....	68
Tabla 3.1 Resultados del Análisis de casos, Juez – a.....	79
Tabla 3.2 Resultados del Análisis de casos, Juez – b.	81
Tabla 3.3 Resultados del Análisis de casos, Juez – c.....	83
Tabla 3.4 Resultados del Análisis de casos, Juez – d.	84
Tabla 3.5 Análisis de entrevista dirigida a Psicólogo.	106
Tabla 3.6 Análisis de las entrevistas dirigidas a Jueces.....	108

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, previo a la obtención del título de Abogada titulado “La Custodia Compartida como mecanismo para la aplicación del Principio Constitucional del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes”, tiene como finalidad garantizar el respeto y cumplimiento del Interés Superior del Niño, ya que en la actualidad la tenencia unipersonal no lo satisface, así como tampoco contribuye en la corresponsabilidad de los progenitores, generando ciertas desigualdades en el ejercicio de sus deberes y derechos de ahí la necesidad de incorporar en nuestro sistema normativo el medio que viabilice el cumplimiento de dichos preceptos legales. El presente trabajo de investigación, cuenta con los siguientes capítulos en su estructura:

En el Capítulo I, Fundamentos Teóricos, encontramos los antecedentes, que son las motivaciones sociales y jurídicas del trabajo de investigación; seguido hallamos el estado del arte, que consiste en el recuento de las investigaciones que se han realizado sobre la temática; tenemos además la descripción del problema, que es la exposición de causas y consecuencias de la investigación; posteriormente las preguntas básicas, las cuales contribuyen a la comprensión del problema; seguido constan los objetivos, tanto el general como los específicos; a continuación encontramos la meta de estudio que contiene el propósito que se pretende alcanzar con la investigación; y, finalmente el desarrollo de los fundamentos teóricos, en el cual consta los temas y subtemas referentes a la investigación.

En el Capítulo II, Metodología, se describe la metodología de la investigación, en donde se identifica el enfoque, la modalidad y tipos de investigación empleados en el desarrollo del trabajo, las fuentes de investigación y las técnicas e instrumentos utilizados.

En el Capítulo III, Resultados, se encuentra el análisis y la interpretación de los resultados, se establecen las tablas, en donde se encuentra plasmado aquello que recibimos como consecuencia y como respuesta a la aplicación de los instrumentos de investigación. Se establece el Caso Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; así como también entrevistas a Jueces y Psicólogo; y, la propuesta, producto de la investigación.

Posteriormente Conclusiones y Recomendaciones, se encuentran las conclusiones y recomendaciones a las que se ha llegado en la investigación.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1 Antecedentes.

La familia ha constituido a lo largo de la historia la institución más importante de la sociedad, es aquí donde la persona se desarrolla y crece en beneficio propio y colectivo, es preciso manifestar que el rol que desempeña cada miembro que la conforma permite su funcionalidad o a su vez su disfuncionalidad (Chavarría, 2004).

En tiempos anteriores se creía rotundamente que las actividades desempeñadas por quienes la integran estaban sujetas al sexo que estos tenían, en este sentido existió un pensamiento patriarcal guiado a que la madre es quien cuida a los hijos y el padre es el que provee en el hogar, lo cual evidentemente se reflejó en las normas, principalmente aquellas que regulan la situación de los hijos e hijas menores de dieciocho años frente al divorcio o separación de los progenitores (Pérez, 2004).

No obstante, las sociedades han evolucionado y con ello se han quedado a tras todo tipo de segregaciones, especialmente aquellas que tienen su origen en razón del sexo; es así como se busca que los derechos consagrados en la Constitución de la República del

Ecuador (2008), se materialicen permitiendo de esta forma una vigencia plena de los mismos más aun en lo que se refiere a los niños, niñas y adolescentes.

En tal sentido se procura que frente al divorcio o separación de los padres existan los mecanismos adecuados que sin discriminar a los progenitores en razón del sexo, se les incline a velar por el interés superior de sus hijos e hijas, a través del cumplimiento de la corresponsabilidad de sus derechos y deberes como tal, procurando así la materialización de los derechos consagrados en el ibídem (2008), en detrimento de disposiciones legales en contraria.

1.2 Descripción del Problema

La familia constituye la base fundamental de la sociedad, sin embargo debido a diferentes circunstancias los padres pueden llegar a separarse o incluso al divorcio; siendo necesario la vigencia plena y real no solo de los derechos, sino también el cumplimiento de las obligaciones de manera equitativa entre los progenitores.

A raíz de la separación o divorcio de los padres, la tenencia de los hijos e hijas se otorga preferentemente a la madre de conformidad con el Art. 106 numeral 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) y el Art. 108 numeral 1 del Código Civil (2003), quien desempeña el rol de representante, protectora y cuidadora, mientras que el padre en la mayoría de casos se ve limitado a una obligación monetaria y visitas establecidas que se originan en un juicio de divorcio y de alimentos, esta situación provoca desequilibrio frente a los roles que por ley les corresponden a los progenitores, el Art. 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece

que la corresponsabilidad materna y paterna se fundamenta en la equidad del ejercicio de los derechos y cumplimiento de deberes, en pro del fortalecimiento de los vínculos familiares. Además se ha evidenciado en las familias que atraviesan por estas situaciones, un desapego emocional según sostiene Bolaños (2002), que la Alienación Parental provoca el inicio de una batalla de presión psicológica entre los padres, ocasionando la aceptación hacia un progenitor y el rechazo hacia el otro siendo este el proceso crítico que atraviesan algunas familias.

Por todo lo mencionado con el presente trabajo se busca establecer mecanismos jurídicos que permitan la Custodia Compartida a fin de obtener el pleno ejercicio de los derechos y el cumplimiento de obligaciones de los progenitores en equidad ante la ley. De esta manera se dará cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño (1989).

1.3 Preguntas Básicas

¿Qué lo origina?

El problema central lo origina la falta de regulación de la “Custodia Compartida” en la Legislación Nacional, ya que al no existir el mecanismo óptimo para compensar la separación de los padres, los niños, niñas y adolescentes no logran un desarrollo integral por verse afligidos afectiva-emocionalmente, ya que cuando se le asigna a un solo progenitor el cuidado y crianza de su hijo mientras que al otro se le da la carga monetaria, se crea un desbalance en la familia dando lugar a la desigualdad en cuanto a los derechos y obligaciones de los padres, puesto que la tenencia y la patria potestad cuando son ejercidas por un solo progenitor de acuerdo a las reglas de las que nos habla

el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no desarrollan la corresponsabilidad materna-paterna, sino únicamente continúan con preceptos ambiguos donde se asignan a los padres roles preestablecidos en una sociedad sin vigencia de igualdad.

¿Cuándo se origina?

A partir del divorcio o separación de los padres se empiezan a vulnerar una serie de derechos en cuanto al Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes, ya que el cuidado y protección que este grupo recibe es desequilibrado en virtud a que lo ejerce prioritariamente la madre, siendo el padre excluido de esta realidad y proceso de desarrollo de sus hijos o hijas, viéndose obligado a pasar una pensión alimenticia y con el derecho a periodos cortos de visitas, lo cual es una vulneración al derecho a la igualdad, ya que padre y madre se encuentran en iguales condiciones para desarrollar sus roles que como padres les compete, más la Ley manifiesta discrepancia en cuanto al padre para ejercer la Patria Potestad o la Tenencia de sus hijos ya que si bien no se le prohíbe se antepone a la madre y con ello no cumple a plenitud con la corresponsabilidad paterno-materno y el derecho a la convivencia familiar.

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo General.

- Establecer la Custodia Compartida como un mecanismo para la aplicación del Principio Constitucional de Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes.

1.4.2 Objetivos Específicos.

- Diagnosticar la situación de la custodia de los niños, niñas y adolescentes.
- Analizar la Legislación Nacional e Internacional con respecto a la Institución de la “Custodia Compartida”.
- Proponer la “Custodia Compartida” como un mecanismo para la aplicación del Principio Constitucional de Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes.
- Realizar una propuesta de Reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en la cual se contenga la Custodia Compartida.

1.5 Meta

Desarrollar un procedimiento que viabilice la custodia compartida como mecanismo para la aplicación del principio constitucional de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

1.6 Estado del Arte

La Custodia Compartida, ha venido revolucionando la concepción de los roles parentales, en virtud a la igualdad y no discriminación del sexo sobre la corresponsabilidad paterno-materno que se procura alcanzar a través de su vigencia en las legislaciones nacionales, por ello ya ha sido contemplada en varios códigos del mundo, tales como: España, Francia, Italia, Colombia, Perú, entre otros., puesto que constituye un mecanismo para garantizar el Interés Superior de los Niños, Niñas y

Adolescentes así como también el cumplimiento de las obligaciones de manera equitativa entre los progenitores (Chavarría, 2004).

Para conseguir la incorporación de la “Custodia Compartida” en las legislaciones nacionales se ha requerido de investigaciones previas, en Colombia Morales y Castillo (2011), realizaron un análisis sobre la custodia compartida en el que se establecen parámetros básicos para conferir dicha figura jurídica, entre ellos están: la aptitud de los padres, la edad de los hijos y el periodo de tiempo, los casos en los que no procede la Custodia Compartida como por ejemplo, el caso de maltrato. Este trabajo concluye con la necesidad de proponer una Reforma a la Ley para así contar con la Custodia Compartida en la Legislación Colombiana.

Cuando este mecanismo se encuentra vigente en la legislación nacional se efectiviza el Interés Superior, Rapallini (2011), habla sobre la importancia de la igualdad en el desempeño de la custodia compartida no solo en cuanto a los derechos de los padres sino también respecto a sus deberes u obligaciones en pro de la familia pero sobre todo el desarrollo integral de los hijos e hijas.

En España la custodia compartida ha tenido un gran desarrollo no solo en el aspecto normativo sino además desde la perspectiva investigativa, esto se debe a la importancia y protección que se le da a la familia, según Clavijo (2008), mediante esta Institución se garantiza la corresponsabilidad de padre y madre, pues al convivir con sus hijos desarrollan funciones conforme al cuidado y protección, cumpliendo así en igualdad de

condiciones con sus deberes y derechos de acuerdo a la ley, lo cual en la práctica refleja el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En la familia, la igualdad es un derecho fundamental puesto que los padres poseen aptitudes naturales para desempeñar tal calidad, por esta razón no es concebible que la madre tenga preferencia para ejercer la custodia de sus hijos tras el divorcio, independientemente de factores sociológicos o culturales, en este país la Custodia Compartida se ha desarrollado de tal forma que busca y a su vez permite que los padres acuerden los términos para la custodia compartida y en caso de no llegar a ella, el Juez/a decide en virtud al interés que presta cada progenitor respecto del cuidado, educación, desarrollo u otros aspectos en que incluyen el desarrollo integral de los hijos e hijas, de esta forma no solo se garantizan los derechos, sino además se alcanza una cultura de paz entre los padres (Cremades, 2012).

En el Ecuador la Institución de la Custodia Compartida ha sido objeto de investigaciones como la realizada en la Universidad de las Américas, donde Martínez (2013), evidencia que en el Ecuador existen rasgos marcados de desigualdad para otorgar la tenencia, esto en virtud a la preferencia que existe hacia la madre, lo cual desvincula al padre del cuidado y crianza de sus hijos, obligándolo únicamente en el aspecto monetario. Este tipo de situaciones atentan al derecho de igualdad, ya que se genera una desigualdad jurídica y discriminación por el sexo que tienen los padres, a pesar de ser ambos aptos para desarrollar sus roles que les corresponden, los que incluyen el cuidado y crianza de sus hijos (Penechy y Petracci 2006). A partir del proceso o propiamente la separación o divorcio de los padres, los integrantes de la familia empiezan a sufrir un desequilibrio

emocional para el cual no existe un mecanismo legal que consiga aliviarlo, Ormaza (2013), considera que la norma no alcanza la corresponsabilidad paterna y materna debido a su ambigüedad, pues únicamente reconoce la custodia monoparental, en la que el impacto psicológico que sufren los miembros de la familia es más alto, especialmente el que sufren los hijos. Por estas razones es indispensable promover medidas de protección en favor de la niñez y adolescencia, así como también la distribución del cuidado de los hijos e hijas en beneficio de las relaciones de los miembros de la familia que se encuentren en este tipo de situaciones (Pérez, 2004).

De las investigaciones ya mencionadas se puede determinar que la Custodia Compartida trae consigo beneficios para el ejercicio del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes, así como también las relaciones de los miembros de la familia respecto de sus deberes y derechos, la corresponsabilidad de padre y madre en atención con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, lo cual da como resultado una convivencia familiar óptima y evidencia la necesidad de esta Institución en el Ecuador.

1.7 Desarrollo de los Fundamentos Teóricos.

1.7.1 La Familia

1.7.1.1 Conceptualización de la familia

El término familia deriva de varias voces: Famulia, famulus, famel y vama, los mismos que dan un significado asociado al conjunto de personas que habitan con el señor de la casa, sin embargo en la actualidad el término representa mucho más, ya que en el aspecto jurídico se refiere al conjunto de personas que tienen vínculos en común, ya sea

el matrimonio o el parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción. La familia juega un papel importantísimo en el Estado pues es el núcleo fundamental de la sociedad, de ahí que es su deber proteger y procurar el fortalecimiento de esta Institución (Ramos, 2014).

En el aspecto jurídico, el Artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), reconoce a la familia en sus diferentes tipos, además la protege y garantiza sus fines; sus integrantes están relacionados por vínculos jurídicos y de hecho basados en la igualdad en cuanto a sus derechos y oportunidades. De igual modo la Declaración de Derechos Humanos (1948), se refiere a la institución de la familia como, “elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Art. 16 núm. 3). En definitiva, la familia es la Institución que permite el progreso del Estado y en consecuencia el Estado debe velar por su integro desarrollo y protección.

1.7.1.2 Conformación de la Familia

La familia se puede conformar de diferentes formas: respecto a la sangre, con predominio de lo afectivo, por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica, por destacarse los fines genéticos, de crianza y formación de la descendencia, entre otras acepciones encaminadas a denotar quienes la conforman y respecto a que vínculos se relacionan sus miembros, sin embargo independientemente de estas diversas maneras de conformarla la familia va estar basada en valores éticos y morales así como también relaciones en común (Cabanellas, 2009).

1.7.1.2.1 Tipos de Familia

La Constitución de la República del Ecuador (2008), nos dice que la familia se reconoce en sus diversos tipos, esto se debe a que existen diversas clases, las mismas que se desarrollan a continuación:

Familia Adoptiva, es aquella conformada por el adoptado y los adoptantes que en este caso vienen a ser los padres, en esta clase de familia a pesar de no existir un vínculo de sangre, existe un vínculo jurídico, el mismo que surge a partir de la voluntad de los padres.

Familia Consular, llamada así por estar integrada por un cónsul de estado, lo cual en la antigua Roma significaba que la familia en su conjunto se encontraba aventajada por cierto estatus o rango social predilecto, similar nombre se le asigna a las familias de diplomáticos por integrarse de un agente diplomático.

Familia de Naciones, es la que se ha formado por varias nacionalidades sociales de un mismo estado.

Familia Empadronada, integrada por individuos consanguíneos o afines en tal sentido se refiere a todos aquellos que conviven bajo un mismo techo.

Familia Estricta, conformada por los padres e hijos que aún se encuentran solteros y viven en un mismo hogar.

Familia Extensa, se refiere a aquella donde residen de forma habitual otras familias.

Familia Ilegítima, llamada así en virtud a existir un hijo que únicamente guarda relación consanguínea con uno de los progenitores, es decir un hijo o hija fuera del matrimonio.

Entre otras familias como: Matriarcal, Natural, Numerosa, Obrera, Patriarcal, Pontifical, Real, Rural, Rustica, Típica, Truncal y Urbana (Cabanellas, 2009).

1.7.1.3 Matrimonio

Para adentrarnos a hablar sobre este tema es preciso establecer que no todas las familias se desarrollan, crecen u originan desde un matrimonio, sin embargo la familia más común que conocemos es aquella que nace a raíz del vínculo matrimonial.

El matrimonio ha sido determinado de diversas formas en relación al enfoque que se da al momento de definirla, ya sea este civil o religioso. El término proviene de la voz latina *matrimoniun*, que además proviene de las voces *matris munium* que significa cuidado de la madre, sin embargo desde una perspectiva jurídica al referirse al matrimonio se entiende que es un contrato solemne (ya que debe cumplir ciertos requisitos que le dan validez), a través del cual dos personas, un hombre y una mujer (se entiende por lo tanto que debe existir diferencia de sexos y al hablar de forma singular se descarta la poligamia y la poliandria) se unen para ayudarse mutuamente, vivir juntos y

procrear, que básicamente vienen a ser los fines del matrimonio (Ramos, 2014). En efecto la Constitución de la República del Ecuador (2008), añade a este concepto aspectos fundamentales que se deben tener presente en un Estado de derechos y justicia, ya que manifiesta que es la unión de un hombre y una mujer basada en el libre consentimiento de la partes quienes se encuentran en igualdad de derechos obligaciones y capacidad legal. De manera que la igualdad resulta fundamental en las relaciones de familia, es decir no incluye exclusivamente a los conyugues, puesto que esta relación se basa en la reciprocidad sobre los deberes y derechos de los conyugues y los demás integrantes.

1.7.1.4 Unión de Hecho

Existen además familias que se originan a raíz de la convivencia de la pareja lo cual se lo denomina Unión de Hecho, la misma que además se encuentra reconocida en las leyes ecuatorianas y da como resultados los mismos efectos del matrimonio, sin requerir todas las solemnidades que se deben cumplir para la celebración de este. No obstante la unión de hecho como fuente de la familia no garantiza la unión estable de la pareja y la protección de los hijos, ya que al no estar la pareja sujeta al matrimonio como tal, los progenitores están en la libertad de abandonar a la familia que tiene y formar otra cosa que no ocurre en el matrimonio civil donde la familia se une por este laso tan importante que ampara a la familia, brindando además seguridad a padres, hijos y en definitiva a la sociedad. (Aguirre, 2007).

1.7.1.5 Desintegración de la Familia

La familia se ha convertido a lo largo de la historia en una institución permanente y fundamental en la sociedad, sin embargo producto de diversas situaciones sociales u otra índole esta puede llegar a separarse e incluso desintegrarse, quedando únicamente vínculos familiares entre los miembros que la conforman.

1.7.1.5.1 Problemas Familiares

Hoy en día es frecuente encontrarse con familias que atraviesan dificultades en el diario vivir, lo cual se debe a diversos factores, de acuerdo con el estudio de García, Rivera y Días (2006), en la actualidad el índice de divorcios ha aumentado, debido a circunstancias asociadas a las relaciones extramaritales, el choque de intereses entre la pareja sobre el amor, la familia y la libertad personal, los desacuerdos respecto a los roles de género, entre otros aspectos que en fin pretenden alcanzar la equidad de género (citado en Montalvo, Espinosa y Pérez, 2013).

Las crisis familiares causan inestabilidad respecto a los miembros de la familia, así como también a las relaciones entre sí, Patterson, expresa que este tipo de situaciones provocan desorganización familiar y requieren de cambios para alcanzar la organización de la estructura y cumplimiento de las reglas familiares, frente a lo cual se debe olvidar el sistema familiar que se estaba utilizando para dar paso a nuevos mecanismos de interacción entre los miembros de la familia (citado en Gonzáles, 2000).

Este tipo de crisis familiares, no siempre significan una disfuncionalidad en la familia, ya que existen casos en los que esta reestructuración fortalece las relaciones familiares,

dando como resultado el desarrollo y fortalecimiento familiar (Gonzales, 2000). Aun así no siempre se puede obtener este resultado ya que la familia puede no soportar los problemas o crisis familiares ante lo cual se llegaría a la separación e incluso al divorcio.

1.7.1.6 Separación

La separación matrimonial consiste en la suspensión de la vida en común de la pareja, la misma que puede tener lugar a partir de una sentencia judicial o a su vez se puede dar la separación de hecho. Las parejas que optan por esta medida tienen diversos motivos, como la discreción ante la sociedad respecto a la quiebra matrimonial, el estrés del proceso judicial, la rapidez, el ahorro económico, entre otros. Esta separación judicial o de hecho, puede dar como resultado dos consecuencias, por un lado una pasajera separación, en la que queda abierta la posibilidad de reconciliación de la pareja o, por otro lado desembocar en el divorcio (Lasarte, 2013).

Existen diversos tipos de separación, a continuación se enuncian dos clases de separación:

La separación judicial, resulta evidente asociar este término al ámbito legal, de acuerdo con Ragel (2003): “La ruptura matrimonial puede haber obtenido el referendo judicial al existir sentencia que declara la separación, en cuyo caso se habla de separación judicial. A la separación judicial se llega por vía consensual o por vía contenciosa” (p. 10). Es decir podemos entender que para que tenga lugar este tipo de separación se necesitó la

intervención de un Juez/a quién se encuentra en la facultad de conceder o negar esta situación avocada de mutuo acuerdo por los conyugues o a su vez por una parte.

De manera similar encontramos a la “Separación de Hecho”, Según Ragel, (2003):

La Separación Matrimonial, es toda situación jurídica caracterizada por la ruptura o cese efectivo de la convivencia conyugal.

La Separación de Hecho es el cese efectivo de la convivencia que no ha obtenido el referendo judicial, ya sea en forma de sentencia de separación o de auto que admite la demanda de nulidad, separación o divorcio. Esta separación puede ser, a su vez, convencional o unilateralmente impuesta por uno de los cónyuges.

La separación de hecho está motivada por la intención de no compartir el hogar, los pensamientos y las preocupaciones. La causa del distanciamiento es interna, porque afecta directamente a la voluntad de uno o ambos cónyuges, ya que no tienen el deseo de convivir maritalmente. (p.9)

En este tipo de separación se omite la intervención de una autoridad judicial, en virtud a que la pareja ha decidido de forma convencional o unilateral el cese de la convivencia.

1.7.1.7 Divorcio

Existen parejas que a partir de los distintos problemas familiares que a traviesan optan por la separación ya sea judicial o de hecho y posteriormente cuando esta separación no

funciona eligen el divorcio, no obstante también existen casos en los que los conyuges deciden sin previa separación divorciarse.

La palabra divorcio proviene del latín Divortium que a su vez proviene del verbo divertere que expresa separación, es decir cada uno toma un nuevo rumbo o camino (Acedo y Pérez, 2010). El concepto de este término, determina, “la disolución del matrimonio o rompimiento del vínculo conyugal” (Ribó, 2012, p. 429). Es decir a través del divorcio se rompe el lazo que une a la pareja en el aspecto legal, permitiendo de tal forma que ambos puedan contraer nuevas nupcias si así lo desearan.

Nuestro Código Civil (2003), establece que a través del divorcio se disuelve el vínculo matrimonial que une a los cónyuges, facultándolos para contraer un nuevo matrimonio con las únicas excepciones que la ley señale para el efecto.

El divorcio se puede dar de dos formas, por mutuo acuerdo de las partes o a través de las causales que la ley pone de manifiesto para que se presente la acción y se pueda disolver el vínculo matrimonial.

1.7.1.7.1 Divorcio por Mutuo Consentimiento

El divorcio por mutuo consentimiento tiene por objeto agilizar el trámite judicial, puesto que al estar ambas partes de acuerdo con divorciarse se omiten etapas tales como la prueba y los alegatos, ya que únicamente se requieren tres meses para que posteriormente tenga lugar la audiencia de conciliación donde de no haber conciliado y ratificando su decisión de divorciarse, previo a determinar la situación económica y la

protección en general de los hijos menores de edad, el juez pronunciara su sentencia, en el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo respecto a la situación de los hijos el juez concederá el término de 6 días en los que las partes presentarán las pruebas que permitirán resolver el cuidado y situación económica de los hijos (Código Civil, 2003). Además el divorcio por mutuo consentimiento puede tramitarse a través de una Notaría, siempre y cuando los conyugues no tengan hijos e hijas que no hayan cumplido 18 años bajo su dependencia (Ley Notarial, 2006).

1.7.1.7.2 Divorcio Contencioso

Por otro lado tenemos al divorcio por causal o contencioso que es aquel en donde una de las partes demanda a la otra el divorcio fundamentado en una de las 11 causales que el Artículo 110 de nuestro Código Civil establece, es decir no existe un acuerdo en las partes para disolver el vínculo matrimonial, esta modalidad de divorcio se diferencia del consensual, por cuanto las causales para divorciarse están expresadas en la ley, cosa que no pasa en el divorcio por mutuo, es decir el motivo para divorciarse debe necesariamente estar expresado en la ley, otro aspecto diferenciador es el tiempo que tiene el demandante para interponer la acción y finalmente su carácter de litigioso, estos son algunos de los elementos que contrastan estas dos modalidades de divorcio que rigen en nuestro sistema civil (Parraguez, 2004).

Finalmente sobre el divorcio podemos decir que no siempre es la peor decisión ya que en muchos casos la familia podría llegar a perder los valores y el respeto, siendo imposible la convivencia pacífica y feliz entre los miembros de la familia, por ello los

efectos que trae consigo el divorcio contribuirían en la conducta de los hijos pues el hecho de pasar de una situación conflictiva y abusiva a una armoniosa traería consigo previo a la adaptación a esta nueva situación, menos problemas en su comportamiento (Cantón y Justicia, 2000).

1.7.2 Relaciones Paterno Filiales

Las relaciones paterno-filiales constituyen aquellos deberes, derechos, obligaciones, así como también las instituciones y aquellos principios que guían el comportamiento de los miembros de la familia, es decir progenitores, hijos e hijas frente a figuras jurídicas como: tenencia, patria potestad, régimen de visitas, entre otros (Durán y Durán, 2014).

Las Relaciones entre los miembros de la familia constituye la base de la misma, esto se debe a que mientras más correlación exista los lazos familiares podrían fortalecerse y por ende contribuir en una mejor comunicación, armonía, trato, apoyo, entre otros aspectos que permitirán el desarrollo de la familia así como también el desarrollo personal de cada uno de sus miembros. El afecto y la comunicación son dos aspectos claves en cuanto a las relaciones paterno-filiales, por cuanto si estos se desarrollan de manera óptima provocaran entre los integrantes de la familia relaciones estrechas, sólidas y perdurables (Oliva, 2006).

1.7.2.1 La formación del individuo entorno a la influencia familiar

La familia sin lugar a dudas juega un papel relevante en cuanto a la formación de la persona, esto se debe a que somos seres sociales y el mayor aprendizaje que adquirimos

y que en muchos casos nos representa está basado en aquellos conocimientos, hábitos y costumbres que aprendemos en el hogar y que principalmente fueron o son enseñados por nuestros padres.

En la infancia y adolescencia el sujeto sufre diversos cambios que no solo se evidencian físicamente sino también emocionalmente, en esta etapa tan importante la relación de padres a hijos tiene que estar encaminada a un estilo parental que faculte el desarrollo y bienestar emocional no solo de los hijos sino también de los padres, en el rol parental es importante combinar el aspecto afectivo, la buena comunicación, confianza, apoyo y a su vez procurar la autonomía e individualidad. Otro de los roles importantes que cumple la familia en la formación de la persona de acuerdo a su comportamiento, tiene mucho que ver con el sistema de reglas que se apliquen en el hogar, es decir los padres al desempeñar el papel de guías del hogar deben saber establecer límites que sin convertirse en un control excesivo, autoritario o poco dialogante, procure el respeto, la responsabilidad, los buenos hábitos y la confianza (Oliva, 2006). Cuando los aspectos anteriormente mencionados funcionan correctamente, los padres e hijos podrían adoptar actitudes y desarrollar actos en base a principios y reglas de comportamiento fundados en bases sólidas, así pues encontrándose dentro o fuera del hogar existirían lineamientos que faculten su desarrollo personal, social, educativo y en el entorno familiar.

Cuando existen problemas familiares entre los conyugues o pareja y estos deciden separarse o a su vez divorciarse, la relación entre los miembros de la familia evidentemente se podría ver afectada, sin embargo el comportamiento individual que

adopte cada miembro de la familia en este proceso, es decir durante y después, dependerá mucho de la perspectiva o forma de asimilar la situación que tenga cada sujeto considerando además los términos en los que termine la relación, es decir en la separación o divorcio donde la pareja simplemente dejó de funcionar y tomaron la decisión de ya no estar juntos por acuerdo mutuo, esto traería consigo aspectos positivos en cuanto al ámbito personal y además en el ámbito familiar podrían llegar a ser mejores padres que cuando se encontraban juntos y los hijos e hijas conservaran buenas relaciones con sus progenitores pudiendo así existir atenuantes en el impacto que podría ocasionar la separación o divorcio. No obstante en los casos donde la ruptura de la pareja fue conflictiva es muy probable que el divorcio o separación no traiga consigo el inicio de un estado de armonía entre las relaciones de los integrantes de la familia sino más bien intensifique los problemas familiares más aun cuando existen asuntos por resolver en cuanto a la situación de los hijos y los aspectos económicos (Cantón y Justicia, 2000). De esta forma podemos establecer que las relaciones parentales que se formaron con anterioridad al proceso de divorcio o separación constituyen un punto clave en permitir que las relaciones padres a hijos perduren y continúen siendo sólidas, ya que en esta etapa crítica es muy probable que los padres que se encuentran con los hijos sugestionen o manipulen a sus hijos para que estos tomen actitudes negativas contra el progenitor con el cual ya no se encuentran conviviendo, de ahí la importancia de las buenas relaciones paterno filiales y por ello la necesidad de Instituciones que fortalezcan los vínculos entre los padres a hijos.

1.7.2.2 La Patria Potestad

Esta Institución pertenece al derecho romano, donde significaba los derechos y poderes que se atribuían al pater familia sobre su cónyuge e hijos de ahí que proviene del latín: Patria Potestas, que significa autoridad paterna. Esta figura jurídica es propia del derecho de familia e incluye los deberes y derechos de los padres respecto a sus hijos no emancipados para su educación y cuidado, es decir en relación a su persona y también en lo que se refiere a sus bienes (Durán y Durán, 2014). De igual manera O'Callaghan, en su investigación sobre la patria potestad establece que esta figura jurídica no solo se refiere a las necesidades jurídicas del hijo o hija menor de edad, sino también sus aspectos patrimoniales y personales, por consiguiente constituye un poder integral que acorde a la ley tienen los padres respecto a sus hijos (citado en García, 2013)

La Patria Potestad en la legislación ecuatoriana se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijas e hijos que no han cumplido dieciocho años, en aspectos tales como: “cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 105).

De acuerdo con el concepto anteriormente señalado podemos decir que la Patria Potestad la ejercen los padres en conjunto los padres, es decir este es un derecho y deber constante que tienen los padres sobre los hijos que continúa aun después de su separación o divorcio, la patria potestad también tiene limitaciones en los casos donde

los padres incurran en circunstancias que afecten su interés superior se les puede suspender o en circunstancias más graves pueden perder la patria potestad sobre sus hijos e hijas.

Las resoluciones judiciales por las que se suspende la patria potestad, no causan ejecutoria, esto se debe a que la circunstancia que motive la suspensión podría no ser permanente, sino temporal de igual forma mencionábamos que este es derecho constante de los padres ya que cuando es suspendida a uno de los progenitores puede ejercerla quien no se halle suspendido, no obstante en los casos donde ambos padres se hallan suspendidos de dicho derecho, la ley faculta conferirla a un tutor quien hará las veces de uno de los progenitores en cuanto a los deberes y derechos respecto a los hijos e hijas, entre las causas que provocan dicha suspensión encontramos: el abandono del progenitor de forma injustificada por un periodo mayor a seis meses; el maltrato; la interdicción de uno de los progenitores; la privación de la libertad de uno de los padres condenada en sentencia ejecutoriada; el alcoholismo, así como también dependencia drogas que puedan poner en riesgo la integridad del hijo; y, cuando uno de los progenitores incentive, provoque o permita que su hijo o hijos desempeñen actos que perturben su integridad (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La pérdida de la patria potestad en uno o ambos progenitores, podría ser resuelta por el juez cuando existan alguna de las siguientes circunstancias que enuncia el

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija;

2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija. (Art. 113)

El *ibídem*, 2003, señala varias consideraciones para conferir la patria potestad, el acuerdo de los padres es una de ellas lo cual consiste en que ambos deciden de forma libre y voluntaria que uno ellos desempeñe este papel, para ello debe siempre tenerse en cuenta que no se atente contra los derechos de los hijos e hijas. En casos donde los progenitores no llegan a acuerdo alguno o dicho acuerdo resulta perjudicial a su interés superior, se confiará a la madre la patria potestad de los hijos o hijas que no han cumplido doce años. En casos donde las hijas e hijos son menores de 12 años, se concederá la patria potestad al padre o madre que evidencie tener mayor madurez psicológica, estabilidad emocional y además este en mejor situación para dedicarse y prestarles a sus hijos e hijas un ambiente adecuado que contribuya a su desarrollo integral. Cuando ambos progenitores se encuentran en iguales condiciones se preferirá a la madre. La opinión de los hijos e hijas será valorada por la autoridad teniendo en cuenta su grado de madurez o desarrollo esto respecto a los menores de doce años, más

cuando se trata de adolescentes es obligatorio para el Juez tener presente su opinión a menos que esta perjudique su desarrollo integral. Para confiar la patria potestad los progenitores debe ser aptos, esto es no encontrarse inhabilitados de acuerdo a la ley, no obstante en caso de inhabilidad o ausencia de los progenitores el Juez deberá nombrar un tutor.

En cuanto a lo antes mencionado podemos decir que el *ibídem* realiza una discriminación en cuanto al sexo para el ejercicio tanto de la patria potestad cuanto de la tenencia, ya que las mismas reglas son aplicables en las dos instituciones; en virtud a que ambos progenitores poseen cualidades naturales que los hacen aptos para ejercer el cuidado y educación de sus hijos es decir este derecho y obligación debe ser compartida de forma igualitaria por los progenitores, además que la Constitución de la República del Ecuador, 2008, habla sobre la corresponsabilidad paterna y materna, así como también la igualdad de género, sin ningún tipo de discriminación. Por esta razón se considera que es preciso formalizar y materializar esta igualdad y así romper esquemas de antaño que en la actualidad atentan a los derechos fundamentales de las personas.

1.7.2.3 Tenencia en el Ecuador

De acuerdo al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, la tenencia en el Ecuador, es una Institución a fin al cuidado y crianza de los hijos e hijas que la ejerce solo un progenitor, esto sin alterar el ejercicio de la patria potestad en conjunto que desarrollan los padres. En efecto Durán y Durán, 2014, manifiestan que la tenencia es el encargo que la jueza o el juez da a uno de los progenitores en cuanto a aspectos relativos

a criar y educar a sus hijos e hijas; además se debe respetar el ejercicio conjunto de la patria potestad.

En lo referente a la tenencia nuestra legislación especial no señala mucho, ya que estipula que se siguen las mismas reglas para otorgar la patria potestad así como también para suspender o privar de la misma, la tenencia únicamente la desempeña el padre o madre con quien se hallen los hijos e hijas, por ejemplo, una vez separados o bien divorciados el juez está en la obligación de resolver sobre la situación de los hijos en nuestro país principalmente es la madre quien conserva la tenencia mientras es el padre quien se obliga a pasar una pensión económica.

Según el Estudio de Chunga, sobre tenencia en el campo jurídico esta se refiere al poder que tienen los padres o guardadores sobre sus hijos o sobre el niño, niña o adolescente que se encuentre en su poder, además consiste en un derecho para tener consigo a sus hijos y en algunos casos podría otorgarse dicho derecho a quién tiene legítimo interés. (Citado en Ling, 2011).

Por otra parte podemos mencionar que el término tenencia en concreto y no como sinónimo de otro término, significa tener o poseer mayormente utilizado para referirse a bienes u objetos y no a personas, más aun cuando hablamos de este grupo de interés superior que lo son los niños niñas y adolescentes conforme a la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo en el Ecuador se lo empleado como sinónimo de tuición para que así pueda significar protección y cuidado.

La Norma Suprema de nuestro país, 2008, en cuanto a niñez y adolescencia se trata menciona mucho, esto se debe a que lo considera como un grupo que merece atención prioritaria de ahí que se procura que tanto el Estado, la sociedad como la familia, contribuyan en su desarrollo integral así como velar por su interés superior, atendiendo a su derecho a tener una familia y no solo ello sino también disfrutar de la convivencia en familiar, ya que este punto es fundamental y frente al divorcio o separación de los padres no se cumple puesto que en lugar de compartir sus roles de padres se les asignan funciones de forma indistinta y no conjunta como debería de ser acorde al ibídem, donde se establece la promoción de una corresponsabilidad entre derechos y deberes de los progenitores respecto a sus hijos y en definitiva recíprocamente entre los miembros de la familia, lo cual incluye aspectos referentes al cuidado, alimentación, educación y asistencia que evidentemente lo desarrollaran los padres sobre sus hijos, esto no impide que en un momento determinado sean los hijos quienes procuren esta ayuda en sus padres.

Como mencionábamos anteriormente pese a que la patria potestad es un derecho constante que le pertenece a ambos progenitores frente a la separación de los padres o divorcio propiamente se le concede la tenencia a uno solo, este acto lo realiza el juez mediante resolución judicial y no implica que el padre que la ejerce lo hará de forma perpetua e irrevocable ya que la ley especial determina que esta puede ser suspendida o privada, conforme a las situaciones que se mencionaron en el caso de la patria potestad son aplicables también en lo que refiere a la tenencia; y, aun en los casos donde no se suspenda o pierda este derecho puede el padre o madre que no ejerce la tenencia de sus

hijos o hijas solicitar a la autoridad competente la modificación de tenencia, por ello en cumplimiento a lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, se realiza un estudio que abarca el aspecto, psicológico, social y económico del padre que lo solicita, considerando además los motivos que promueven dicha solicitud y un seguimiento constante de igual forma psico-social que se aplica en padre e hijo para velar el proceso de adaptación y así procurar que no existan complicaciones psicológicas en los hijos e hijas.

1.7.2.4 Régimen de Visitas

Las visitas consisten en un derecho que tiene, el padre, la madre, ascendientes, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de línea colateral y/u otras personas, sean o no parientes que tengan vínculos afectivos con el niño, niña o adolescente. La forma como debe regularse las visitas puede sujetarse al convenio de los padres, siempre y cuando este acuerdo no perjudique al niño, niña o adolescente, además en los casos donde no existe acuerdo alguno el Juez o Jueza es la persona encargada de regular este régimen de visitas y a pesar de que consiste en un derecho puede estar sujeto a limitaciones o restricciones para la persona que lo va ejercer, puesto que en algunos casos la separación de la familia podría haberse causado por violencia intrafamiliar y por ello para procurar el Interés Superior del niño, niña o adolescente se aplican estas medidas (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

A través del régimen de visitas nuestra legislación prevé que no se rompan los vínculos familiares, sin embargo con este tipo de medidas no se cumple realmente una

corresponsabilidad de los padres en virtud a que mientras uno de los progenitores tiene todos los derechos y obligaciones que incluyen la patria potestad respecto a los hijos e hijas es decir se dedica a la educación, crianza y cuidado de los hijos, el otro únicamente se ve obligado de forma monetaria a través de una pensión alimenticia y tiene derecho a visitas donde los hijos comparte pocos momentos de su vida junto a su padre o madre y en algunos casos al ser este un derecho más que una obligación, los vínculos afectivos entre los miembros de la familia van desapareciendo.

Sobre la Sociología del derecho a visitas Badaraco (2011):

La realidad social presenta gran parte de conflictos en el coma del derecho de visitas y relaciones personales que emanan de la crisis matrimonial.

La separación de los cónyuges en matrimonio o uniones de hecho con hijos determinan la necesidad de dos acciones puntuales:

1. Custodia de los hijos
2. El derecho de visitas

El derecho de visita puede considerarse como el reverso de la custodia de los hijos que surgen de la separación matrimonial.

La mayoría de resultados realizados tanto en Europa como en Norte América especifican que alrededor del 90% de los casos de custodia pasa o recae en la madre, mientras que un 8 y 9 % es otorgada al padre. Las relaciones que se ven alteradas por la falta de convivencia ordinaria requieren de un tratamiento especial, no obstante, en la práctica aparecen serias dificultades

entre las que se puedan señalar: La delimitación de la periodicidad más adecuada en la rotación de convivencia normal y visitas. (p. 91)

Frente a esto podemos señalar que no debería existir este tipo de circunstancias discriminatorias en cuanto al sexo de los progenitores, para otorgar el cuidado de los hijos, más bien es preciso establecer un mecanismo igualitario para el ejercicio de los derechos y obligaciones que procure el fortalecimiento de los lazos que unen a los miembros de la familia frente a la corresponsabilidad de los padres.

1.7.2.5 Diferencias entre Patria Potestad y Tenencia

La Patria Potestad y la Tenencia son figuras Jurídicas diferentes no obstante, eso no quiere decir que se hallen desvinculadas por completo ya que de acuerdo a lo que estipula nuestra legislación nacional, existen reglas que rigen para ambas figuras jurídicas. Entre las diferencias más evidentes que encontramos dentro del cuerpo normativo, podemos señalar que mientras la Patria Potestad se ejerce en conjunto, es decir es un derecho constante que tiene los padres a pesar de encontrarse separados, la Tenencia únicamente es ejercida por un progenitor, que será con quien se encuentren los hijos.

La patria potestad, comprende una serie de derechos y obligaciones que los padres tienen respecto de sus hijos e hijas mientras estos son niños, niñas y adolescentes; una figura que si bien es cierto no se tipifica en nuestra legislación nacional si se comprende en términos generales es lo concerniente a la Guardia, que se considera como todos

aquellos derechos y deberes que tienen los miembros de la familia de forma recíproca en la relación parental, esta figura se podría considerar contenida dentro de lo que refiere a la patria potestad.

La Tenencia, en el Ecuador se emplea para referirse al cuidado que de forma permanente y constante un padre o madre desarrolla respecto de sus hijos e hijas, sin embargo no altera el ejercicio conjunto de la patria potestad que ambos progenitores poseen, es decir aun cuando es uno de los padres quien convive permanentemente con sus hijos y por ende, cuida, educa, cría, protege, entre otros aspectos, este hecho y circunstancia no desvincula al progenitor que no convive permanentemente con su hijo e hija o no participa constantemente en la toma de decisiones que impliquen el desarrollo del hijo o hija (Cabrera, 2008).

Por consiguiente, en relación a lo referido anteriormente podemos determinar que aun cuando las instituciones de patria potestad así como de tenencia, tienen ciertas similitudes por comprender especialmente responsabilidades de los padres a los hijos, existen aspectos que las caracterizan y las diferencian como los que hemos enunciado.

1.7.3 La Custodia

El término custodia se refiere a la protección, guarda, tutela o curaduría vinculado al deber de los padres en cuidar y proteger a sus hijos e hijas, en algunas legislaciones la palabra se ha asociado a la termino tenencia y de igual forma a la figura jurídica de la patria potestad (Ambrosioni, 1982).

En nuestro marco jurídico el vocablo que se utiliza para referir al cuidado es el de tenencia, no obstante es importante señalar que dicha terminología es más a fin al derecho de propiedad, también para referir a objetos y no como para tratar a un grupo tan importante dentro de la sociedad como son los niños, niñas y adolescentes. Es por ello que en algunos textos, cuando se habla de tenencia dentro del derecho de familia se tiende a mencionar que este término se asemeja a la palabra tuición y de ahí la referencia que se le da en cuanto tiene que ver con defender, guardar y cuidar al hijo o hija, así como también propiamente hacer referencia a los deberes y derechos que tiene el progenitor con quien permanece el hijo o hija.

Es por ello que la custodia no es lo mismo que la tenencia, ya que cuando nos referimos al término custodia, entendemos que se va a guardar, cuidar, proteger o amparar, por ello resulta tan adecuado cuando nos vamos a referir a los niños, niñas y adolescentes (Cabanellas, 2006). Por otro lado tenemos el concepto de tenencia, Cabanellas (2006), nos manifiesta: “La simple posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual, sin título que permita disfrutarla ni adueñarse de ella” (p. 35), es decir refiere a objetos o bienes mas no a personas; no obstante en el mismo texto precisa la tenencia de los hijos, para de esa forma poder aducir que se trata de la custodia personal que padres tiene respecto a los hijos, es por ello además se le relaciona con el termino tuición, para así referir a una defensa, protección jurídica o amparo. Con lo expuesto anteriormente podemos entender que si existen diferencias en cuanto a las terminologías y por ello en el presente trabajo se habla de custodia.

1.7.3.1 Clases de Custodia

La Custodia en términos generales como se indicaba anteriormente hace referencia al cuidado, en el ámbito del derecho de familia se refiere a aquel que ejercen los progenitores respecto de los hijos ya sea ambos o solo uno, de ahí que podemos mencionar que existen varias clases de custodia.

1.7.3.1.1 Custodia Paterna

La Custodia Paterna de acuerdo con Cantón, (2000):

El mejor funcionamiento de las familias con la custodia a cargo del padre se puede deber no solo a su mayor capacidad para ejercer las prácticas de la crianza, sino también a otros factores como un declive menor en su bienestar económico y al hecho de que las madres que no obtienen la custodia suelen mantener más contacto con sus hijos que los padres en estas condiciones (lo que puede significar una ayuda emocional para el niño o una ausencia de conflictos entre los ex cónyuges). (p. 210)

Del presente concepto podemos evidenciar que se pretende atribuir una responsabilidad tan importante como el cuidado de los hijos en base a presunciones que podrían ser discriminatorias, por considerar el sexo para atribuir la custodia y perjudiciales en el ejercicio de los derechos ya que en lugar de garantizar una ayuda en el desarrollo integral podrían provocar lo contrario.

1.7.3.1.2 Custodia Partida

Conforme a la investigación de Justicia y Cantón (2002):

La custodia partida consiste en que uno o más hijos quedan a cargo de un progenitor y el resto con otro. En general, este tipo de custodia está contraindicando (por los sentimientos de abandono y celos que se pueden crear en los menores), a no ser que se den relaciones fraternales destructivas, en cuyo caso se debe arbitrar sistemas de visitas que permitan la interacción entre hermanos. (p. 302)

En la clasificación estipulada, evidentemente existe vulneración de derechos, ya que los hijos e hijas, en este caso hermanos o hermanas no solo sufren la separación de sus padres sino además estos van a tener que sobrellevar su separación lo cual sin lugar a dudas es un acto cruel el cual podría afectar en mayor medida a los niños, niñas y adolescentes.

1.7.3.1.3 Custodia Exclusiva

Según sostiene Justicia y Cantón (2000), “la custodia exclusiva consiste en que la representación legal del menor la asume un solo progenitor y, normalmente, la custodia residencial” (p. 302), esta clase de custodia consiste en que los hijos o hijas viven y además están bajo la completa representación legal de un solo progenitor, así pues, podría entenderse como aquella que desempeñan el padre o la madre que posee de forma única la custodia, ya sea porque el otro progenitor ha perdido la patria potestad, ha fallecido u otra circunstancia para que se provoque la exclusión de este.

1.7.3.1.4 Custodia Residencial

En la custodia residencial primaria conforme a lo señalado por Herherington y Stanley Hagan (1999), los dos ex cónyuges mantienen la responsabilidad legal, aunque el menor convive prioritariamente con uno. Se base en el concepto de coparentalidad, es decir, igual implicación de ambos progenitores en la crianza de los hijos. (Citado en Cantón y Cortés, 2000, p. 302). Básicamente se trata de que, si bien el hijo o hija no convive con ambos padres sino únicamente con uno, con el cual no convive no se ha desvinculado las responsabilidades en su totalidad, ya que aún posee los derechos que incluye la patria potestad y con ello la toma de decisiones sobre aspectos que involucren su desenvolvimiento.

Las Clases de custodia que han sido mencionadas hasta aquí corresponden a un grupo que se le podría llamar unipaternal, ya que únicamente se involucra de forma directa a un progenitor en absolutamente todos los aspectos de la vida del hijo, es decir convivencia, cuidado, educación, etc.

1.7.4 Realidad Ecuatoriana en cuanto al cuidado de los hijos

Evidentemente en el Ecuador no existe una clasificación en cuanto a la custodia o como se le denomina en la ley especial tenencia, no obstante de acuerdo con lo estipulado en el Art. 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, podría considerarse dentro del grupo unipaternal ya que es únicamente a un progenitor al que se faculta el

cuidado y la crianza de los hijos frente a la separación o divorcio a través de la figura jurídica de la tenencia.

Sobre la custodia unipaternal, Cabrera (2008), expresa que, “es el otorgamiento de la permanencia general del menor a uno de los padres, aduciéndose que el padre poseedor de la tenencia, es aquel que preste los mejores rasgos de responsabilidad y aptitud; rasgos que ayudarán al desenvolvimiento del menor” (p. 33), sin embargo no se precisa de dicha forma en nuestra realidad jurídica, puesto que no siempre podría ser el padre o madre con mayor aptitud para la crianza y educación de los hijos el que tenga su custodia, esto por cuanto si bien es cierto se ha mejorado el lenguaje ya que en la actualidad no existen sesgos de género en las leyes ecuatorianas ya que se refiere a padre o madre, así como también hijo o hija y en definitiva hombre o mujer, aun cuando esto sucede, existen reglas que podrían considerarse discriminatorias y de alguna forma lograrían ser machistas, especialmente en lo que se refiere al cuidado de los hijos, dado que se creería que las mujeres son más aptas para el cuidado de los hijos y los padres más aptos para proveer, aun cuando la naturaleza los haya hecho tanto a hombres como a mujeres aptos para responder frente a cualquiera de las dos situaciones planteadas; no obstante es justo establecer que las sociedades han venido desarrollándose en todos los aspectos, especialmente en el campo del conocimiento y como consecuencia tanto hombres como mujeres se desempeñan hoy en día en el ámbito laboral y profesional, de ahí que no debería existir ningún tipo de desvinculación como podría considerarse en cuanto al género masculino, para desempeñar los roles de padre, es decir aquellos vinculados al cuidado, educación, crianza y en definitiva todo aquello que implica el

desarrollo de un hijo o hija, por ello podríamos decir que equívocamente el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, prefiere a la madre sobre el padre para otorgar la custodia de los hijos.

El sistema que se maneja en nuestro país para otorgar el cuidado de los hijos e hijas podría traer consecuencias en estos, que no siempre resultarían positivas, ya que especialmente en los procesos de divorcio cuando estos no se tramitan por mutuo acuerdo podrían aun empeorarse los problemas que ya existían previo a este proceso; esto se debe a la dificultad que tiene el hecho de resolver la situación de los hijos mientras de alguna forma la familia se desfragmenta, pudiendo provocar la vulneración de derechos y el desequilibrio emocional, además de convertirlos tanto hijos como hijas en víctimas; al respecto Pérez (1994), nos manifiesta que en muchos casos los hijos e hijas son utilizados por los padres que están divorciados o separados para herirse o destruirse involucrándolos en sus problemas, de ahí que es preciso la existencia de medios que apacigüen los conflictos o por lo menos no permita que los hijos se conviertan en una arma o mecanismo para que los padres o madres logren sus fines personales.

1.7.4.1 Análisis comparativo de la custodia unipersonal, partida y compartida.

Tabla 1.1 Ventajas y desventajas de la custodia unipersonal, partida y compartida.

	Custodia Unipersonal	Custodia Partida	Custodia Compartida
Ventajas	En situaciones de abandono, impedimento o pérdida de la custodia por parte de un progenitor faculta al otro u otra a cuidar al hijo o hija.	Permite que los progenitores, estén acompañados permanentemente de uno de sus hijos e hijas.	Permite a los hijos e hijas crecer y relacionarse permanentemente junto a la figura materna y paterna. Evita la discriminación por el sexo que tenga padre o madre. Los progenitores desarrollan sus roles parentales a diferencia de únicamente cumplir funciones.
Desventajas	El hijo o hija crece sin una figura ya sea del padre o la madre. Impide el cumplimiento de los roles parentales. Provoca desigualdad en el cumplimiento y respeto de los deberes y derechos de padre y madre. Discrimina en razón del sexo, por cuanto se cree que el padre es proveedor y la madre cuidadora.	Separar a los hermanos podría afectar la integridad emocional y psicológica de los hijos e hijas.	Existe un ligero riesgo en provocar desestabilidad emocional por el hecho de tener más de un hogar.

Elaborado por: La Investigadora

Fuente: Información procesada

1.7.5 Síndrome de Alienación Parental (SAP)

Uno de los temas de los que hoy en día se ha hablado con frecuencia es lo que respecta al síndrome de alienación parental, en adelante (SAP), esto se debe a que es uno de los efectos del divorcio o separación de los padres, que se podría presentar en algunos casos, principalmente cuando no existe acuerdo de los progenitores para decidir quién será el

que tenga la custodia, en este caso el asunto se volverá contencioso y será un juez quien decidirá y evidentemente no se trata de la situación del padre o de la madre, aquí el punto de interés debe estar en el hijo o hija.

La forma en cómo se maneje esta problemática, estará influida en gran parte por el juez o jueza responsable de otorgar la custodia del hijo o hija ya que este podría escuchar la opinión de él o ella aun cuando tenga menos de 12 años, es decir que sea un niño o niña, si se encuentra en condiciones de expresar su criterio, ya que la opinión del adolescente siempre será tomada en cuenta y con más fuerza del que aún no ha llegado a la adolescencia, por ello es tan necesario su opinión ya que contribuye a que la autoridad pueda decidir al respecto. No obstante, el SAP podría provocar que el criterio que emita el o la adolescente, niño o niña, no sea en realidad lo que este piensa sino más bien el inconsciente del pensamiento de uno de los progenitores.

Para comprender un poco mejor es preciso definir al SAP, congruentemente al criterio de Orpeza, 2007, este aparece en el conflicto por definir el otorgamiento de la custodia de los hijos, de ahí que los padres empiezan un proceso de deshonra contra el ex cónyuge o la ex pareja, sin justificación alguna y de esta forma lograr que su pensamiento se refleje en el criterio del hijo o hija, provocando desde un desapego hasta llegar en algunos casos a provocar que un hijo o hija odie a su padre o madre; decimos que de forma injustificada ya que son sentimientos impulsivos de venganza, inseguridad, paranoia, narcisismo, etc., los que podría sentir el padre o madre afectado, provocando así este síndrome.

El padre o madre que aliena a sus hijos podría llegarse a sentir satisfecho o realizado al evidenciar que sus objetivos se han alcanzado, sin embargo el SAP, trae consigo efectos psicológicos que en muchos casos llegan afectar el desarrollo integral, y de ahí derivar en una serie de problemas, Bautista (2007), al respecto manifiesta que el SAP consiste en, “la predisposición negativa que ejerce el progenitor que tiene la custodia de los hijos en contra del otro progenitor, mediante la influencia maliciosa y malintencionada, manipulación mental, hacia los hijos” (p. 66), es el mismo autor quien además señala que con esto se logra que los hijos rechacen, censuren y en definitiva descalifiquen a uno de sus padres; esto que para el progenitor que lo desarrolla podría considerarse una meta, pese a todo y sin lugar a dudas este debería ser considerado un delito, ya que se está utilizando la violencia psicológica y así agrediéndose integralmente al hijo o hija debido a varias circunstancias, entre ellas: el acoso, la manipulación y en definitiva la artimaña encubierta que se emplea; esta agresión a la integridad, además causa un detrimento psíquico y social en la personalidad de los hijos o hijas, hallándose así presionado social y psicológicamente (Bautista, 2007), frente a todo lo acotado esta es una realidad en nuestra sociedad para la cual no existe una solución jurídica, ya que la normativa vigente no prevé este tipo de situaciones, ni tampoco presta alguna solución cuando se presentan. A pesar de todo lo mencionado, en nuestro país rigen normas que en cuanto a la presente temática, desarrollan los derechos que este grupo de atención prioritaria y principalmente se hayan contenidos en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, los Tratados y Convenios Internacionales principalmente de Derechos Humanos y aquellos especializados en niñez y adolescencia, y el Código Orgánico de la Niñez y

Adolescencia del 2003; sin embargo a pesar que los derechos existen la problemática podría estar en la falta de mecanismos que viabilicen la aplicación de estos derechos.

1.7.6 Custodia Compartida

De acuerdo con Cremades (2012), existen altos porcentajes donde a raíz del divorcio, la custodia de los hijos es adjudicada a la madre, esto se debe a aspectos sociológicos y culturales que consideran que es la madre quién debe encargarse del cuidado, educación y crianza de los hijos mientras que suponen que al padre le competen roles de manutención; sin embargo, estas consideraciones son ajenas a una realidad donde los progenitores deben desarrollar de forma corresponsable sus derechos y obligaciones respecto a sus hijos frente a la separación o divorcio. Por ello una solución deseable a este problema social es sin lugar a dudas la custodia compartida, donde se prevé que papa y mama ejerzan en igualdad de condiciones los derechos y los deberes respecto a sus hijos e hijas para así fortalecer los lazos afectivos entre los miembros de la familia, impidiendo la presencia del síndrome de alienación parental y garantizando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

1.7.6.1 Conceptualización de la Custodia Compartida

La custodia compartida según Muñoz, consiste en:

Aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa

comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro. (Citado en Clavijo, 2008, pp. 73-74)

Entre los aspectos que contempla la custodia compartida podemos señalar que consiste en la responsabilidad que tienen ambos progenitores respecto a sus hijos para el ejercicio de los derechos y obligaciones que como padres les corresponden y que a partir de la separación o divorcio no dejan de existir, además mediante esta figura jurídica se procura que el padre, madre, hijo e hija fortalezcan sus vínculos afectivos con lo cual además se cumplen sus roles de forma justa, equitativa y en igualdad de condiciones sin ningún tipo de discriminación, por ello acorde al concepto que acertadamente establece Clavijo, 2008, mediante esta figura jurídica se procura una cultura de dialogo que mucha falta hace frente al divorcio o separación de los padres, ya que si bien las relaciones sentimentales y el vínculo conyugal en lo que refiere a la pareja se pierde; los lazos familiares perduraran por la eternidad y ello conlleva asumirlos con corresponsabilidad entre padre y madre para que se procure el respeto y garantía de los derechos de los hijos e hijas.

1.7.6.2 La Igualdad de Género y la Corresponsabilidad de los Progenitores en la Custodia Compartida

El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia donde se reconoce y además se garantiza a todas las personas el derecho a la igualdad tanto formal, esto es ante la ley; y, la igualdad material, es decir en la práctica diaria, en virtud a esto no debe existir discriminación de ninguna clase. Pensando en lo mencionado uno de los propósitos de nuestra Norma Suprema es conseguir la igualdad de género entre hombres y mujeres más aun en las relaciones de familia. En consecuencia se establece que tanto madre como padre tienen la obligación y derecho en igual proporción de cuidar, educar, criar, fomentar el desarrollo integral y proteger los derechos de sus hijos e hijas más aun cuando se encuentren separados de ellos, esto significa que ambos progenitores ejerzan sus derechos y obligaciones de forma recíproca entre madres, padres, hijas e hijos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De modo semejante el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), establece aspectos fundamentales referentes a la corresponsabilidad existente entre el Estado, la sociedad y la familia para la plena vigencia y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes igualmente nos habla de la corresponsabilidad parental que en suma significa que ambos son iguales en cuanto a las responsabilidades para con el hogar y derechos de sus hijos e hijas.

De lo manifestado anteriormente resulta admitir que la Custodia Compartida no realiza distinción alguna en cuanto al sexo para el ejercicio de los derechos y obligaciones sobre los hijos e hijas ya que padre y madre son corresponsables en cuanto al cuidado, educación, crianza y en definitiva todos los deberes que abarca la custodia de los hijos e

hijas así como los derechos que tiene respecto de los mismos, sin ninguna distinción, precautelando de esta forma los derechos de los hijos e hijas y respetando los preceptos legales que además amparan al padre y a la madre.

1.7.6.3 Aspectos Positivos de la Custodia Compartida

Conforme a la investigación de Cremades, 2012 sobre los beneficios de la custodia compartida se determina lo siguiente:

Sin lugar a dudas la custodia compartida pretende ser el reflejo del cambio social en el concepto de las relaciones familiares, por eso el Preámbulo de la Ley Argonesa cifra las ventajas de la misma en los siguientes extremos:

- Los hijos mantiene lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres.
- Permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos.
- Ambos padres se implican de una manera afectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos.
- Se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchos casos acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos
- Por último, la custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres. (p. 165)

De lo manifestado anteriormente podemos determinar al respecto que, a través de la custodia compartida, los lazos afectivos no se rompen ya que cuando no se separa a los

progenitores de sus hijos e hijas estos mantienen una relación continua de afecto, lo cual podría dar como resultado una buena, duradera y afectuosa relación entre los miembros de la familia, teniendo en cuenta que el divorcio o separación de los progenitores resulta perjudicial y podría desestabilizar en el campo, educativo, afectivo, social, etc., especialmente a los hijos e hijas ya que afrontar una nueva realidad en sus vidas podría causar un impacto poco positivo, no obstante mediante esta figura jurídica se disminuye el impacto provocado por la constante relación entre los miembros de la familia; asimismo, con la custodia compartida se procura que padre y madre dialoguen fomentando una cultura de paz aun encontrándose estos inmersos en un proceso legal, contribuyendo así en la decisión de la autoridad judicial y los términos bajo los que se adopte la custodia compartida para finalmente darle lugar a sus derechos y obligaciones en igualdad y corresponsabilidad.

1.7.6.4 Dificultades de la Custodia Compartida

Sin duda las ventajas de la custodia compartida son muchas, ya que los hijos podrían disfrutar de la compañía de ambos padres, verse menos afectados en el campo emocional, social, educativo, garantizar la aplicación de la corresponsabilidad entre otras ventajas que ya han quedado enunciadas; no obstante es preciso mencionar que también existen riesgos e inconvenientes en la aplicación de esta figura jurídica, como por ejemplo el continuo cambio de domicilio, la integración en el lugar de residencia o, si los padres tienen nueva descendencia, se puede producir un choque con los nuevos miembros de la familia, otros. (Cremades, 2012 p. 165)

Evidentemente para los hijos e hijas dejar de vivir en un solo hogar y empezar a residir en dos hogares significaría un cambio que puede no ser positivo, esto teniendo en cuenta algunos aspectos, especialmente lo que se refiere a las reglas del hogar, ya que cuando estas son diferentes en cada residencia el comportamiento que adopten los hijos podría basarse en conveniencias y traer consigo malas conductas; es preciso establecer que sin reglas las sociedades no funcionarían de forma adecuada, en la familia sucede igual y por ello este es un aspecto clave e importante que se debe tener en cuenta al momento de acordar la custodia compartida, consisten en las reglas del juego las mismas que abarcan varios aspectos, entre ellos podemos mencionar: los niveles permisivos y niveles restrictivos en cuanto a los comportamiento; horarios de clases, de tareas y de estudio en el ámbito educativo; actividades de ocio en lo que refiere al tiempo libre; unificar criterios para distinguir los hábitos buenos de los malos y así establecer las formas de solución a los problemas en cuanto a los correctivos, entre otros. Considerando estos enunciados se prevé que en cualquiera de los dos hogares que se halle el hijo o hija, este va tener un mismo comportamiento guiado por directrices claras que favorecerán en su desarrollo; en este punto no se establece lo referente al ámbito económico o situación en la que se haya cada padre es decir si existen nuevas parejas o más hijos, porque si bien cierto será relevante, no es trascendental ya que lo necesario es que en cada uno de los hogares se proporcionen aspectos básicos y necesarios para que este tenga una vida digna, de ahí que si en un hogar existen lujos y en el otro no; o, si en el uno existen más integrantes de la familia y en el otro un padre o madre soltera, esto no ocasionará que el un progenitor sea mejor que el otro o que en un hogar se garanticen los derechos y en el

otro no se los garanticen, simplemente es preciso lograr un buen entendimiento, educación y respeto que favorezca además en el proceso de adaptación.

A forma de contra argumento a lo manifestado, Mizarahi (1998), manifiesta que existe doctrina y sentencia donde no se aprueba la custodia alternada, en virtud a que perjudica la estabilidad, seguridad y formación del hijo o hija, considerando que no es saludable el hecho de tener que estar con un progenitor y luego pasar a estar con otro, finalmente acota que produce una desconcierto totalmente contraproducente respecto a los roles ya que la madre tendrá que cumplir funciones paternas y viceversa.

Con respecto a este criterio, evidentemente se observa signos marcados de desigualdad, un pensamiento sesgado y patriarcal, ello por cuanto anteriormente se ha establecido que si bien existen riegos o dificultades mediante el dialogo y una aplicación de reglas se encuentra la solución a este dilema; de manera similar sucede con lo que respecta a los roles paternos, ya que resulta discriminatorio considerar que el padre tiene una serie de funciones diversas a las de la madre, puesto que, es cierto por naturaleza son distintos no obstante ello no los convierte en desiguales, lo óptimo resulta hablar de roles que incluyen aspectos generales que principalmente abarcan el cuidado, educación, crianza, alimentación, otros., que evidentemente tanto hombre como mujer, en este caso padre tanto madre pueden desenvolver.

No se puede dejar de lado aquellas tesis que consideran que los cambios de residencia pueden perjudicar a los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, frente a este criterio es

preciso establecer que en la vida de los hijos e hijas es fundamental la presencia continua de la figura paterna y materna, involucrándoles a los progenitores en todos los aspectos de su vida, además mediante la figura jurídica de la custodia compartida, se elimina el cliché machista que tanto permanece en la sociedad sobre el padre proveedor y la madre cuidadora, permitiendo de esta forma una inclusión social de los roles parentales en detrimento de las funciones paternas y funciones maternas.

Entre otra de las dificultades, encontramos a la distancia, es decir cuando los padres residen en distintas lugares que no sean cercanos, frente a ello podemos decir que mediante el dialogo se pueden llegar a acuerdos que atenúen este inconveniente, logrando así que uno de los progenitores traslade su residencia al lugar del otro, es decir es fundamental que a pesar de encontrarse separados tengan su domicilio cuando mínimo en una misma provincia o en ciudades cercanas que permitan el traslado sin mayor dificultad y principalmente sin tener que cambiarles de institución educativa constantemente; Aun cuando no se posible que vivan en una misma ciudad o provincia, se puede buscar soluciones que permitan la custodia compartida bajo otros términos, permitiendo así que sea uno de los progenitores el que tenga la custodia mientras el niño, niña o adolescente se encuentre en clases y otro mientras tenga vacaciones; definitivamente dependerá mucho del buen dialogo que se establezca complementado por la predisposición de los progenitores y el interés superior del niño.

Los aspectos que han sido mencionados constituyen dificultades en el desarrollo de la custodia compartida de los progenitores, a pesar de ello existen casos específicos en los

que no se podría aplicar esta figura jurídica que por regla general se recomienda; de igual forma hay circunstancias que provocarían la suspensión y pérdida de la misma. A continuación se enuncian algunas de las causales por las que termina el divorcio o separación de los padres e impiden aplicar la custodia compartida: el maltrato intrafamiliar; la sevicia, injuria, amenazas y en definitiva los malos tratos cuando estos están direccionados a los hijos al punto que impidan la convivencia, de acuerdo a un estudio psicológico aplicado por el departamento competente del órgano judicial; cuando uno de los progenitores sea quien corrompe o pervierte a los hijos agrediendo así su integridad física, psíquica y moral; cuando se encuentra privado de la libertad; cuando el divorcio se da por abandono; y, cuando uno de los progenitores es ebrio consuetudinario o toxicómano, de aquí que es importante señalar que estas circunstancias, especialmente las tres últimas podrían estar sujetas a cambios y por ende facultar a que una vez desaparecida la causal o rehabilitado el padre o madre facultar la aplicación de la custodia compartida. Por otro lado tenemos los casos en los que aplicada esta figura legal puedan existir circunstancias que provoquen la suspensión o pérdida de la misma, en las que indiscutiblemente se hallaría las ya enunciadas, adicional a estas se encontraría el abuso sexual, la explotación sea esta sexual, laboral o económica y falta de cumplimiento de los deberes que deben cumplir los padres que se contemplan en las normas.

Es muy importante considerar los aspectos que se han establecido pues si bien es cierto la figura jurídica de la custodia compartida se convierte en un mecanismo fundamental para garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al igual que sucede

en la realidad jurídica con lo que respecta a la tenencia existen límites, aspectos por los que se suspende y otros los que se pierde, claramente establecidos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003).

1.7.6.5 Regulación Jurídica Referente a la Custodia Compartida en la legislación nacional.

Las normas que rigen nuestro sistema jurídico, evidentemente son garantistas de derechos, tal como se mencionaba en líneas anteriores en cuanto a niñez y adolescencia se establecen una serie de derechos, los que están contemplados en diversas leyes; el dilema radica en la falta de mecanismos que viabilicen la aplicación de los mismos, a continuación enunciaremos algunos preceptos contenidos en la Constitución de la República del Ecuador, Convención de los Derecho del Niño y finalmente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que respaldan la incorporación de la figura jurídica de la Custodia Compartida, lo realizamos así en virtud al orden de aplicación jerárquica de las normas que rige en nuestro país.

1.7.6.5.1 Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador (2008), es la Norma Suprema de nuestro país, ya que en ella se estipulan una serie de principios y derechos que permiten el respeto a la integridad de las personas, los límites al poder y además garantizan la aplicación directa e inmediata de los derechos, procurando alcanzar así la justicia.

En lo que se refiere a niñez y adolescencia este texto normativo los contempla dentro de un grupo de atención prioritaria de acuerdo al Art. 35, lo cual implica que existirán medidas y se incorporaran mecanismos que aseguren la no vulneración de los derechos.

Consecuentemente, la Constitución de la República del Ecuador (2008), manifiesta:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Art. 44)

De lo estipulado podemos señalar que en efecto el Estado, la sociedad y la familia somos corresponsables en procurar el ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia fomentando así su desarrollo integral que comprende el aspecto físico, social, emocional y cognoscitivo a fin de alcanzar su interés superior; más adelante en cuanto a los derechos que este grupo tiene el ibídem (2008), prescribe: “a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar” (Art.45), este es un aspecto que a raíz del divorcio o separación no se cumple a cabalidad en virtud a que únicamente es un progenitor el que

disfruta de la convivencia, teniendo en cuenta que a través de un régimen de visitar resulta inconcebible pensar que se alcance este precepto constitucional, al respecto Cabrera (2008), expresa que existen muchos padres que guiados por sus intereses personales utilizan a los hijos como mecanismos de presión y tortura contra el otro progenitor, pretendiendo privarle del trato con su hijo, sin darse cuenta que lo que realmente sucede es que se le priva a un hijo de su padre, evidentemente esta falta de afectividad trae consecuencias reflejadas en un desapego y en un olvido.

Frente a esto en el mismo texto normativo se contemplan aspectos fundamentales ya que la familia es considerada como el núcleo fundamental de la sociedad y por ende es el Estado responsable de implementar mecanismos que procuren sus fines, promoviendo la igualdad entre de los derechos y oportunidad por parte de sus integrantes.

El Artículo 69 de la Norma Suprema (2008), establece los aspectos que se vigilarán a fin de garantizar los derechos de los integrantes de la familia, mediante lo establecido en este artículo, se evidencia que existe un desarrollo normativo que procura la igualdad de género en cuanto a los roles parentales, entre los aspectos que podemos destacar de este artículo se encuentran los siguientes: el promover responsablemente la maternidad y paternidad, esto en virtud a que son ambos progenitores los que deben cuidar, criar, educar, alimentar, proteger los derechos y desarrollo integral de sus hijos e hijas y todo esto con mayor interés cuando no estén juntos es decir cuando ha sucedido la separación o divorcio, más adelante en el mismo artículo se menciona que es el Estado quien promoverá la corresponsabilidad de madre y padre y además será quien vigile el

cumplimiento de los deberes y derechos que les corresponden de forma recíproca a los integrantes de la familia.

Al respecto es importante señalar que no existe el medio ni tampoco la promoción de la que se habla, ya que a raíz del divorcio o separación de los padres es un progenitor quien ejerce la tenencia mientras el otro tiene derecho a un tiempo reducido el cual se cumple un régimen de visitas así como también está en la obligación de prestar una pensión alimenticia; es decir en la práctica es uno o una el que cuida y es otro u otra la que provee, de ahí la necesidad de incorporar el medio o mecanismo que alcance la verdadera corresponsabilidad paterno-materno en base a lo que estipula la Constitución y con ello garantizar el Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes y además la igualdad de género en cuanto a los roles parentales entre hombres y mujeres.

1.7.6.5.2 Convención de los Derechos del Niño

En nuestro país además de las normas estipuladas en los cuerpos legales nacionales rigen Tratados y Convenios de carácter internacional, en el tema que se refiere a Derechos, el Ecuador ha suscrito varios tratados y convenios; la Constitución de la República del Ecuador (2008), los contempla en segundo lugar de acuerdo al orden de jerárquico de aplicación de la normas, no obstante aquellos que desarrollan de mejor forma los derechos que establece la Norma Suprema están incluso sobre ella, un convenio muy importante frente a los derechos de la niñez y adolescencia es la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

En el año 2005 se publica en el registro oficial dicha convención por parte del Ecuador, entre los aspectos que podemos destacar, este cuerpo normativo internacional menciona que se establece que es el Estado quien debe implementar medidas que garanticen el interés superior del niño, además compromete a que sean ellos quienes aseguren la protección y el cuidado a fin de que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean garantizados, especialmente por sus progenitores; además estipula que los Estados están encargados que asegurarse que los niños, niñas y adolescentes se mantengan junto a sus padres, existan relaciones personales y contacto de forma directa con ambos padres a pesar de encontrarse estos divorciados; en cuanto a las responsabilidades de los padres y madres, el ibídem señala que ambos progenitores están obligados a en la crianza y desarrollo de sus hijos en consecución a su interés superior.

1.7.6.5.3 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), constituye la normativa especial para el tratamiento de lo que se refiere a la niñez y adolescencia. En su libro primero, encontramos la finalidad de este cuerpo legal de lo cual podemos denotar que corresponde alcanzar el desarrollo integral e interés superior de los niños, niñas y adolescentes a través de medios que permitan el goce pleno de sus derechos, deberes y responsabilidades en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Este cuerpo legal manifiesta claramente que es deber del Estado, la sociedad y la familia en forma corresponsable garantizar, proteger, exigir y velar por el cumplimiento

de todos los derechos que les corresponden a este grupo de atención prioritaria, para ello principalmente el Estado a través de sus funciones correspondientes se encuentra en la potestad de entre otras adoptar medidas legislativas que viabilicen el cumplimiento de estos derechos.

La familia constituye la base fundamental para alcanzar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes; son los padres y madres prioritariamente quienes comparten las responsabilidades en cuanto al respeto, el cuidado, la protección, la promoción y la exigibilidad de los derechos de sus hijos e hijas. Es decir no es una función independiente de la madre o del padre el cuidado de sus hijos sino más bien son los roles de ambos, de ahí que no se puede pensar que a raíz de la separación o divorcio es uno el que cuida y otro el que provee, ya que es responsabilidad de ambos.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), habla sobre la importancia que tienen las relaciones padres a hijos señalando a demás, “ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia” (Art.21), más adelante además se habla sobre la importancia de la convivencia familiar, de ahí que podemos señalar que el divorcio o separación es un hecho o circunstancia que si bien es cierto dificulta no impide que se cumpla con el respeto a las relaciones paterno –materno y la convivencia familiar, pues es un aspecto importantísimo que permite alcanzar el cumplimiento de interés superior del niño.

El libro segundo del ibídem (2003), nos habla sobre las relaciones de familia, indica además que esta constituye el eje fundamental para la formación social, es medio natural y además necesario para el desarrollo integral esencialmente de este grupo de atención prioritaria, acerca de la corresponsabilidad de los progenitores se establece que: “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.” (Art. 100), con ello podemos observar que son ambos los obligados en el cumplimiento de sus roles, más los mismos no se cumplen, cuando mediante el divorcio o separación es un el cuide y otro el que garantice una pensión alimenticia.

De lo manifestado anteriormente podemos notar que en efecto existen una serie de preceptos que amparan los derechos de los niños, niñas y adolescentes y además obligan tanto al Estado, la sociedad y la familia en adoptar, medidas, mecanismos u otros que procuren la vigencia plena de estos derechos; la familia representa el núcleo primordial para la realización del desarrollo integral de este grupo de atención prioritaria, además son los padres los corresponsables en cuidar, educar, alimentar, criar, responder por sus necesidades afectivas, emocionales, materiales, intelectuales, espirituales y además garantizar las relaciones permanentes entre progenitores e hijos en un marco de convivencia familiar.

La figura jurídica de la custodia compartida ha demostrado traer consigo grandes beneficios ya que mediante esta se consolidan las relaciones afectivas, la protección, el desarrollo y en definitiva de ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas, y

adolescentes así como también en lo que corresponde a los deberes, responsabilidades e igualdad entre padre y madre (Clavijo, 2008); de ahí que varias países han decidido incorporar dentro de su legislación a esta figura jurídica para así garantizar de mejor forma los derechos de este grupo de atención prioritaria y además la igualdad y cumplimiento de los roles parentales.

1.7.7 Regulación Jurídica específica con respecto a la Custodia Compartida en el Derecho Comparado

1.7.7.1 La Custodia Compartida en Colombia

Proyecto de Ley No. 005 de 2008, aprobado el 22 de abril de 2009, por medio del cual se establece el Régimen de Custodia Compartida de los hijos menores en Colombia, sin lugar a dudas constituye un progreso en la legislación del país vecino ya que con ello evidentemente se busca que ambos padres garanticen los derechos de sus hijos y cumplan en reparto igualitario sus obligaciones

El ibídem, en su artículo 1, principalmente manifiesta que el cuidado le corresponde a los padres o al padre o madre sobreviviente y a los demás familiares o personas a quienes la ley les ha encomendado dicha facultad, la custodia compartida es una de las formas de custodia la misma que puede ser acordada por los progenitores de mutuo acuerdo o a su vez por la autoridad competente que corresponde exclusivamente al Juez de Familia.

El Artículo 2 de la presente ley manifiesta entre otros los siguientes aspectos: en cuanto a los periodos, estos estarán encaminados a la igualdad en el tiempo que cada padre o madre comparta con su hijo o hija, los mismos podrán ser mutuamente acordados, sin embargo a falta de dicho convenio será la autoridad competente quien determine el régimen de Custodia que más favorezca en base a criterios de igualdad; en el aspecto económico se establece que son ambos los encargados de asumir los gastos que existan en el tiempo que convivan con sus hijos, no obstante el padre o madre con mayor capacidad económica contribuirá al que no se halle en la misma situación a fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los hijos e hijas; en los casos de custodia referente a lactantes se establecen contactos frecuentes, régimen de visita y salidas del país.

El artículo 3, sobre el ejercicio de los derechos y obligaciones tipifica que estos serán en igualdad tanto para padre como para madre, quienes poseen derecho a comunicarse y este será inalienable e irrenunciable, debiendo existir circunstancia de extrema gravedad para suspender, disminuir o restringir este derecho.

El artículo 4, en lo referente a la residencia contempla que la misma estará guiada a que se mantengan los vínculos y las relaciones personales, para cambiar la residencia o salir del país los progenitores deberán mantenerse en contante comunicación para que de esta forma no se afecte la custodia compartida, ya que de llegar a un desacuerdo el padre o madre afectada recurrida a la autoridad a fin de que adopte una decisión que beneficie al interés superior del niños; los actos que se tomen de forma arbitraria y contraria a la ley

condujeran a la pérdida de la custodia compartida y a otras sanciones que la ley tiene previstas.

El artículo 5, enuncia las causales para la pérdida de la Custodia Compartida, aclarando además que son independientes de las establecidas para la patria potestad, custodia y cuidado personal, entre ellas básicamente se refiere: al abandono, maltrato, depravación, explotación, en el caso de fallecimiento de uno de los progenitores, por la interdicción cuando esta afecte el ejercicio de la custodia, la renuncia expresa, porque uno de los padres sea toxicómano, entre otras.

El artículo 6, faculta a los progenitores el cederse por un tiempo determinado la custodia bajo la autorización del Juez de Familia, bajo términos que permitan el contacto constante entre padres a hijos.

El artículo 7, establece las sanciones frente al incumplimiento del régimen de custodia compartida, el cual podrá acarrear desde una sanción económica hasta incurrir en un delito, para ello además se establece plazos para resolver el acontecimiento de forma ágil y rápida.

El artículo 8, contempla que para el establecimiento del proceso de custodia compartida será necesario estudios previos, realizados a través de un psicólogo y además un trabajador social, mediante sus informes el juez competente tendrá una emitirá una decisión más clara.

Finalmente, el artículo 9 estipula que el presente texto tendrá vigencia a partir de su promulgación y deroga toda disposición en contrario.

Del análisis que antecede se desprende que la legislación colombiana en lo que refiere a la custodia compartida pretende que esta se dé no solo con el pedido de las partes sino además mediante informes de psicólogo y trabajo social para así decidir en base a criterios especializados que apoyen el cumplimiento material del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, además se fomenta aspecto consensual facultándoles a los progenitores el dialogo para la toma de decisiones, esto sin dejar de lado que el juez puede tomar decisiones de oficio; abarca además aspectos importantes en lo referente al ámbito económico y residencial así como también establece las causales para la perdida, suspensión y limitación de esta figura jurídica.

1.7.7.2 La Custodia Compartida en Perú

En Perú mediante la Ley N° 29269 de octubre de 2008, se modificó el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida, sin embargo muy poco se ha desarrollado lo referente a ella ya que únicamente se establece que en el caso de que los padres se encuentren separados el juez podrá disponer una tenencia compartida a fin de garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente. De lo manifestado podemos destacar que a pesar de no establecer reglas, parámetros o guías para el ejercicio de la custodia compartida, es importante el enfoque que se establece ya que independientemente del acuerdo al que puedan llegar o no los padres, la autoridad

competente de este país actúa de oficio pues el fin mismo es lograr el cumplimiento del Interés Superior.

Al respecto, Fernández (2014), considera que en Perú la tenencia compartida, es un deber del Estado ya que mediante este se garantiza el Interés Superior del niño, niña o adolescente, además mediante ella ambos padres son responsables en el cuidado, protección y atención de sus hijos e hijas teniendo así el Juez especializado el deber de disponer una tenencia compartida, a través de una resolución judicial, que se encuentre motivada y respete las garantías que incluye el debido proceso, a fin de que las relaciones familiares sobretodo afectivas se fortalezcan, ya que entre los derechos que incluyen la niñez y adolescencia, está en tener una familia y permanecer junto a ella ya que es ahí donde se desarrollan las necesidades afectivas, materiales y psicológicas que permiten el buen desenvolvimiento y bienestar, fundamentalmente de los niños, niñas y adolescentes

1.7.7.3 La Custodia Compartida en Chile

En la República chilena mediante la Ley N° 20.680 publicada el 20 de junio de 2013, se establecen modificaciones a varios cuerpos legales especialmente al código civil, a fin de precautelar la integridad de los niños, niñas y adolescentes frente al divorcio o separación de los padres para los cual mediante la promulgación de tres artículos se contempla la custodia compartida.

Entre lo que podemos destacar de la presente ley, se manifiesta que el cuidado de los hijos estará basado en el principio de corresponsabilidad, entendiendo que aun cuando los progenitores se encuentren separados, estos deberán participar en igualdad y equidad en la educación y crianza de sus hijos, pudiendo acordar mutuamente que el cuidado lo ejercerán ambos en forma compartida y se les proporciona a los padres la facultad de convenir sobre la custodia compartida.

En esta ley, en efecto no se desarrolla a gran magnitud todo lo que abarca un régimen de custodia compartida, sino más bien se da únicamente espacio para considerar la importancia que tiene la corresponsabilidad de los padres en cuanto a la crianza y educación de sus hijos pudiendo o no estos de común acuerdo solicitar el cuidado personal compartido, sin embargo no se establecen límites, facultades, procedimiento, ni tampoco se le concede al juez la facultad de resolver de oficio esta figura jurídica.

1.7.7.4 La Custodia Compartida en Brasil

En Brasil, hace menos de un año se promulgo la Ley N° 13.058, la cual tiene como finalidad incorporar en la legislación civil de dicho país la figura jurídica de la custodia compartida y además estipular sus parámetros de aplicación mediante seis artículos.

Entre los aspectos que podemos destacar de la presente ley se examina lo referente al tiempo en que cada progenitor desarrollará sus roles, contemplando que se dividirá de forma equitativa entre ambos progenitores, y además vigilará el cumplimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, también nos habla sobre el lugar de

residencia el mismo, el cual será el que apoye a los intereses de este grupo tan importante en la sociedad.

Un aspecto muy importante es el poder que la autoridad competente, ya que a pesar de no existir acuerdo en cuanto a la custodia por parte de los padres y encontrándose ambos en condiciones de ejercerla, el Juez de oficio aplicará la custodia compartida, siempre y cuando uno de ellos no la rechace, así mismo a falta de acuerdo en cuanto a los tiempos la autoridad a través de orientación técnica y especializada podrá resolver en igualdad el tiempo que le corresponde respecto de sus hijos tanto al padre como a la madre.

La modificación de la residencia además deberá realizarse de forma autorizada so pena de que se limiten los derechos referentes a la custodia del progenitor que así lo realizará. Entre los aspectos que destacamos del documento en mención, podemos decir que si bien es cierto no se establecen situaciones que, suspendan o priven de la custodia a uno de los progenitores si se encamina el texto al cumplimiento del interés superior del niño, a través de la corresponsabilidad de los padres.

1.7.7.5 La Custodia Compartida en Estados Unidos

En los Estados Unidos de Norteamérica la custodia compartida ha sido adoptada en varios Estados tales como: Indiana, Montana, Iowa, Maine y Missouri, Alabama, California, Kansas, Texas, Florida y Michigan; realizándose una diferenciación entre lo que refiere a la custodia legal conjunta y la custodia física conjunta, siendo la primera similar a la patria potestad en virtud a que les corresponden a ambos progenitores, la

toma de decisiones, la responsabilidades y autoridad respecto de sus hijos, mientras que la segunda corresponde a que los hijos comparten tiempo de residencia junto a sus progenitores (Clavijo, 2008).

En el Estado de California, la custodia compartida es un aspecto que se puede considerar como obligatoria ya que no necesita ser pedida, por cuanto por regla general se aplica a raíz del divorcio o separación, al contrario la custodia monoparental, o sea la que solo la ejerce un progenitor debe ser justificada en caso de que uno de los progenitores no se encuentre de acuerdo con la custodia compartida; En el Estado de Iowa, de igual forma se aplica frente al divorcio o separación rige la custodia conjunta, sin embargo esta legislación contempla los casos por los que podría suspenderse o perderse que básicamente son aquellos que refieren a la violencia y el maltrato, pero los mismos deben comprobarse ante la autoridad competente; En el Estado de Missouri, la custodia compartida tiene mucha fuerza, ya que pese a que uno de los progenitores presente su negativa en la aplicación de esta figura jurídica, la autoridad competente analiza minuciosamente los motivos de la negativa y si estos no atentan al interés superior, el magistrado persuade a fin de que estos cesen, puesto que este mecanismo permite un cuidado efectivo de los niños, niñas y adolescentes; Finalmente, el Estado de Montana, contempla en su legislación tanto la custodia monoparental cuanto la posibilidad de otorgar la custodia conjunta a petición de uno o ambos progenitores, no obstante el Tribunal que resuelva al respecto, deberá motivar su resolución evitando todo tipo de arbitrariedad y precautelando los derechos de los hijos e hijas e igualdad de los padres.

De lo acotado podemos concluir que en los Estados Unidos existe un desarrollo en cuanto al derecho de familia pues esta figura jurídica cada vez tiene más fuerza e importancia, de ahí que haya sido incorporada en varios textos normativos, lo cual va evidenciando que la custodia monoparental se encuentra en decadencia (Clavijo, 2008).

1.7.7.6 La Custodia Compartida en España

En España se contempla en su legislación civil a la custodia compartida, la misma que fue estipulada a través de la Ley 15 de 2005 de 8 de julio para incorporarse al Código Civil de Dicho país.

En lo principal sobre esta figura jurídica se establece que nace de la voluntad de los padres el ejercer de forma compartida o exclusiva la guarda o custodia, preocupándose por el principio de corresponsabilidad que les compete a los progenitores la ley en mención estipula la facultad de los padres para ejercer esta jurídica en igualdad de derechos y oportunidades, siendo el Juez quien una vez solicitada la guarda compartida resuelva las medidas cautelares para que se cumpla lo que los padres han acordado y no se separe a los hermanos.

Previo a resolver la custodia compartida, la autoridad competente deberá analizar los informes que de oficio o a solicitud de parte se incorporen provenientes del fiscal, técnicos judiciales y el criterio del niño, niña o adolescente que tenga el suficiente juicio para emitirlo. Además se estipulan los factores para que la custodia compartida no

proceda, entre los que se encuentran principalmente aspectos que realizados por un progenitor afecten el interés superior de niño, como maltrato y violencia.

Al respecto de dicha ley, Echevarria (2011), manifiesta que la presente es poco clara y expresa desconfianza, puesto que los términos bajo los cuales está regulada únicamente permiten que se establezca si los progenitores así lo deciden, dejando fuera el criterio o facultad que tiene el operador de justicia para decretarla automáticamente.

1.7.7.7 La Custodia Compartida en Francia

En el gobierno francés, el 5 de marzo del 2002, entró en vigencia la Ley sobre autoridad parental, en la que se establece de forma innovadora que por medio del convenio de los padres se puede conceder la residencia alternada o lo que entendemos por custodia compartida.

En el derecho francés, la Ley N° 2002-305 (2002), sobre la custodia compartida manifiesta lo siguiente:

La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.

Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos. (Art. 373-2-9)

Al respecto Pérez (2007), considera que existen distintos sistemas de manejar la custodia compartida o conjunta, ya que cada familia se encuentra en diferente circunstancia y ello implica un supuesto diferente, siendo los más usuales los siguientes: la custodia compartida simultánea, consiste en que existiendo una misma vivienda con varios departamentos los hijos e hijas comparten en una misma habitación la residencia junto a sus progenitores; la custodia compartida que se desarrolla por periodos parciales de tiempo sin necesidad de que los hijos e hijas cambien de domicilio, conlleva a que existe una residencia familiar donde permanecen los hijos y son los padres quienes trasladan su domicilio de forma constante; y, la custodia compartida por periodos parciales de tiempo donde los hijos e hijas cambian su residencia, implica que de acuerdo a lo establecido durante ciertos periodos determinados el hijo o hija permanece en la residencia del padre, concluido el periodo permanece en la residencia de la madre y así sucesivamente.

1.7.7.8 Análisis General de la Custodia Compartida en el Derecho Comparado

Tabla 1.2 Análisis de la Custodia Compartida en el Derecho Comparado

Países	Situación
COLOMBIA	La custodia compartida, se ha desarrollado ampliamente, promueve el convenio de las partes, ello no le impide al juez actuar de oficio; involucra el trabajo psicosocial.
PERU	La tenencia compartida no se desarrolla ampliamente, promueve el convenio de las partes, pero el juez puede actuar de oficio, se interesa por el Interés Superior del Niño.
CHILE	La Custodia compartida no se desarrolla en gran medida, únicamente puede ser acordada por convenio de las partes, da énfasis a la corresponsabilidad de los padres.
BRAZIL	Si se desarrolla la custodia compartida por cuanto es el Juez quien actúa bajo pedido de las partes y también lo hace de oficio, precautela los intereses del niño, niño, niña y adolescente.
ESTADOS UNIDOS	La custodia compartida se ha promovido en los Estados Unidos de Norteamérica legislar sobre la custodia compartida de tal forma que está vigente en más de diez Estados, existe variedad en cuanto a la forma de otorgar principalmente se lo realiza de

	oficio, sin embargo también se considera la opinión de las partes, el que la rechaza debe sustentar el porqué.
ESPAÑA	La custodia compartida no se desarrolla mayormente, se otorga únicamente mediante el convenio libre y voluntario de las partes se escucha la opinión del hijo o hija.
FRANCIA	La custodia compartida si se desarrolla, se promueve el dialogo de los padres y se le da mucho interés a la residencia de los hijos

Elaborado por: La Investigadora

Fuente: Derecho comparado

1.7.8 Normativa vigente en el Ecuador respecto al Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes

1.7.8.1 Constitución de la República del Ecuador

Constitución de la República del Ecuador (2008) sobre el Interés Superior del Niño manifiesta lo siguiente:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Art. 44)

Es fundamental el concepto que nos manifiesta la Norma Suprema por cuanto, en el mismo se establece que el interés superior contempla una serie de elementos y aspectos en el ámbito afectivo, social, familiar, intelectual, educativo, y en definitiva todos los aspectos de la vida de los niños, niñas y adolescentes a fin de garantizar la vigencia plena de sus derechos.

1.7.8.2 Normativa Internacional

Declaración de los Derechos del Niño (1959):

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. (Principio 2)

Convención Sobre los Derechos del Niño (2005):

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los

derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de el ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (Art. 3)

En cuanto a los instrumentos internacionales estipulados, es importante recalcar que estos complementan y nutren la legislación ecuatoriana, considerando además que muchas de figuras jurídicas que en nuestro país rigen tienen su origen en estos tratados y convenios que procuran respeto y desarrollo de las garantías que el Estado ofrece a sus ciudadanos, además dan la facultad de recurrir a instancias superiores a las que existen dentro de nuestro país a fin de que se reconozca y se respete un derecho.

1.7.8.3 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), define al Interés Superior del Niño como:

El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas

y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Art. 11).

La presente ley orgánica, es aquella especializada en la presente temática, ya que en esta se desarrolla de mejor forma lo que establece la constitución más en cuanto se refiere al principio del interés superior puesto que la serie de derechos referentes a este grupo de atención prioritaria van encaminados a alcanzar su cumplimiento y desarrollarse de manera progresiva.

1.7.9 Interés Superior

El principio del interés superior del niño, es fundamental dentro del sistema jurídico de un estado, es preciso entender que este desde su definición misma refleja su importancia.

Según Sostiene, Cabrera (2010):

Interés deviene del latín *interesse*, palabra que en su esencia significa “importar”, lo cual refleja la intrínseca categoría que atañe la invocación del principio; ya que el importe obedece la idea de llevar un valor dentro de sí mismo. Segundo el beneficio por su parte, es un bien que se recibe; para el caso, es la prevalencia de un derecho otorgado. Tercero se deduce que es dentro de la órbita del orden moral en donde debe actuar esta categoría. (p. 20)

Sin lugar a dudas el término se encuentra en el lugar correcto ya que los niños, niñas y adolescentes merecen un tratamiento especial que permita que la no vulneración de sus derechos de ahí que Cabrera (2010), manifieste que el término superior está encaminado a interponerse frente a cualquier desmedro. De acuerdo a la Convención de los Derechos del niño (2005), “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Art.1), por ello es que el nombre específico de este principio es Interés Superior del Niño; con lo manifestado se ha desglosado y con ello interpretado el significado que abarca cada palabra que compone a este tan importante principio eje del ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia.

En cuanto al concepto del interés superior del niño en el campo doctrinario, existen varios autores que conciben al Interés Superior de lo cual podemos citar a los siguientes:

Concepción del Interés Superior del Niño por Cabrera (2010):

La concepción del “interés superior del niño”, inviste una compleja circunscripción, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en

teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que además, posee orden de prevalesencia frente a cualquier otro derecho que se le acoteje. Haciendo mención a la creación del principio, se puede apuntar en términos generales, que con su institución, se ha buscado fundar en el contexto mundial el verdadero poder del menor para reclamar la satisfacción de sus derechos esenciales. (p.23)

El presente autor concibe al interés superior como un aspecto que abarca en la totalidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además mediante este faculta la exigibilidad de las garantías en cuanto a su desarrollo integral y en definitiva los derechos que la ley les ha otorgado, siendo estos sumamente amplios y garantistas.

Concepción del Interés Superior del Niño por Facio y Fries (1999):

Este concepto del derecho incluye tres componentes: componente formal-normativo que se refiere a la norma agedi (ley nacional o tratado internacional); componente estructural que esté referido al contenido que se le da a la norma al momento de interpretarla o aplicarla (legisladores/as, jueces, policías, etc.); y componente político cultural que es el significado que se le va dar a la norma por otros agentes a través de la creación de doctrina jurídica, costumbres y tradiciones. (Citado en Cabrera, 2010. p. 25)

Para los presentes autores el interés superior está dividido en tres grupos, el primero considerado como formal, en cuanto al conjunto de leyes que rigen en un país siendo estas nacionales o internacionales, el segundo material, puesto que va ser la aplicación

que se realice por parte de los jueces e interpretativo por parte de los legisladores y el social que serán el significado que se le dé mediante la apreciación y aplicación diaria que se convertirá en costumbres y tradiciones.

En definitiva podemos mencionar que el interés superior es sumamente amplio ya que es una garantía, un principio y un derecho en todos los aspectos del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, mediante el cual se hace responsable al Estado, la sociedad y la familia en promover el cumplimiento de este a través de los distintos mecanismos que viabilicen su vigencia y respeto, para ello se pueden emplear medios sociales, económicos, administrativo, políticos, culturales, etc.

Decimos que la custodia compartida constituye un mecanismo para la aplicación del principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto si bien se garantizan una gama de derechos que protegen a este grupo de atención prioritaria antes, durante y después de la separación o divorcio de los padres no existe o se ha implementado un medio que frente a esta situación viabilice la aplicación de la gama de derechos referentes a los hijos e hijas, al contrario en la práctica se vulneran sus derechos; contemplando las normas que todos y todas somos corresponsables, es justa la implementación de esta figura jurídica que permite la el respeto y garantía no solo formal sino material de los derecho.

CAPITULO II

METODOLOGIA

2.1 Metodología de Investigación

La investigación se realizó desde un enfoque crítico positivo, de carácter cuali-cuantitativo, el mismo que tuvo la modalidad de bibliográfica-documental, porque en la investigación se revisó información contenida en normas y cuerpos legales; así como también de libros, revistas, ensayos y tesis, tanto físicas como obtenidas a través de medios electrónicos fiables. La recopilación de normativa sobre la custodia compartida en relación con el Interés Superior en la legislación nacional e internacional permitió determinar, el fundamento legal existente en la Constitución de la República del Ecuador, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Ecuador que viabiliza la custodia compartida y además la revisión de la legislación comparada lo cual permitió analizar la forma en cómo se maneja esta figura jurídica en otros países; por otro lado se obtuvo datos a partir del trabajo de campo realizado por la investigadora en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en esta dependencia se ejecutó el análisis del caso pudiendo a partir de este determinar los casos referentes a divorcio que fueron procesados en el año 2014, mediante el cual fue posible además de observar la realidad ecuatoriana y obtener datos estadísticos. Mediante entrevistas dirigidas a los Jueces y al

Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia se extrajo información necesaria sobre el sistema que se maneja actualmente, las falencias que este tiene, la necesidad de una Custodia Compartida, los beneficios que trae consigo la Custodia Compartida, Los aspectos que se deben tener en cuenta sobre la misma y finalmente mediante la propuesta se propone la incorporación de la custodia compartida en la legislación especial mediante una reforma que procura el Interés Superior del Niño y la corresponsabilidad de los padres.

2.1.1 Método General

El método general aplicado a la investigación fue el inductivo, pues permitió el estudio y análisis de una serie de hechos y acontecimientos de carácter particular para llegar a entenderlo y terminar en una posible generalización que sirvan como referente en la investigación; básicamente permitió establecer las necesidades familiares que tienen los niños, niñas y adolescentes frente al divorcio o separación de sus padres, así como también la falta de cumplimiento de la corresponsabilidad de los progenitores en igualdad de derechos.

2.1.2 Método Específico

El método específico empleado fue el dogmático, por cuanto hemos realizado la revisión del marco jurídico ecuatoriano y extranjero, referente a la problemática y al planteamiento de custodia compartida, y de esta forma se ha podido determinar la necesidad de incorporar a nuestra legislación especial un mecanismo para la aplicación del principio constitucional del interés superior del niño, así como la corresponsabilidad

paterno-materno, en virtud a que la tenencia unipersonal que se aplica en nuestro país no satisface en el cumplimiento de deberes y derechos de los miembros de la familia

2.1.3 Técnica e Instrumento

La técnica empleada como mecanismo de recolección de información fue el análisis de caso y la entrevista. La primera consistió en realizar el análisis del caso Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez y Adolescencia, donde se extrajo resultados estadísticos referentes a la tenencia tras el divorcio en el año 2014. La segunda consistió en la entrevista a tres de cuatro Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, (por cuanto no hubo disponibilidad por parte de una de ellos); y, al único Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con la finalidad de conocer los criterios y argumentos sobre la realidad que se vive en cuanto a la tenencia de los hijos tras el divorcio o separación, los aspectos positivos de la custodia compartida y las recomendaciones y parámetros sobre los cuales se debe elaborar una propuesta la incorporar la figura jurídica de la custodia compartida en el Ecuador.

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1 Estudio de Casos y Entrevistas

3.1.1 Estudio de Caso: Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón

Latacunga.

Tabla 3.1 Resultados del Análisis de casos, Juez – a.

CASOS DE DIVORCIO PROCESADOS EN LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON LATACUNGA EN EL PERIODO 2014						
Juez a)	Causas Resueltas	Tipo de Divorcio	Progenitor al que se le asigna la tenencia	¿Se establece Régimen de visitas para el progenitor que no tiene la tenencia?	Se establece pensión alimenticia	Progenitor encargado de brindar pensión alimenticia
Dr. Galo Salguero	2014 68	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014 138	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014 320	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre

	2014	339	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	358	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	388	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	723	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	728	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	798	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	802	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	807	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	919	Mutuo Consentimiento	Padre	Si	Si	Madre
	2014	952	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1010	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1405	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1433	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1488	Mutuo Consentimiento	Tenencia Partida	Visitas mutuas	Si	Padre
	2014	1535	Mutuo Consentimiento	Padre	Si	No	Ninguno
	2014	1547	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1678	Mutuo Consentimiento	Padre	Si	No	Ninguno
	2014	1726	Mutuo Consentimiento	Tenencia Partida	Visitas mutuas	No	Ninguno
	2014	1806	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1828	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1916	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1919	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2064	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2342	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2536	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
TOTAL	28 CAUSAS		23: Mutuo Consentimiento	23: Madre	26: Si	25: Si	24: Padre

RESUELTAS	5: Por Causal	3: Padre	2: Visitas mutuas	3: No	1: Madre
		2: Tenencia Partida			3: Ninguno
PORCENTAJE 100%	82% Mutuo Consentimiento	82% Madre	93% Si	89% Si	86% Padre
	18% Por Causal	11% Padre	7% Visitas Mutuas	11% No	3% Madre
		7% Tenencia Partida			11% Ninguno

Elaborado por: La Investigadora
Fuente: Casos procesados de divorcio

Tabla 3.2 Resultados del Análisis de casos, Juez – b.

CASOS DE DIVORCIO PROCESADOS EN LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON LATACUNGA EN EL PERIODO 2014						
Juez b)	Causas Resueltas	Tipo de Divorcio	Progenitor al que se le asigna la tenencia	¿Se establece Régimen de visitas para el progenitor que no tiene la tenencia?	Se establece pensión alimenticia	Progenitor encargado de brindar pensión alimenticia
Dr. Ricardo Viera	2014 114	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014 260	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014 290	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014 303	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014 313	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014 325	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014 382	Mutuo Consentimiento	Padre	Si	Si	Madre
	2014 427	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014 447	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014 464	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014 471	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre

	2014	502	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	569	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	603	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	656	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	739	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	782	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	863	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	940	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1246	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1346	Mutuo Consentimiento	Padre	Si	Si	Madre
	2014	1405	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1531	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1605	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1622	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1797	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1899	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2625	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2705	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2711	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2715	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2864	Mutuo Consentimiento	Padre	Si	Si	Madre
	2014	2909	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	3095	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	3153	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
TOTAL	35 CAUSAS		26: Mutuo Consentimiento	32: Madre	35: Si	35:Si	32: Padre
	RESUELTAS		9: Por Causal	3: Padre	0: No	0: No	3: Madre

	100%	74% Por Mutuo Consentimiento	91% Madre	100% Si	100% Si	91% Padre
		26% Por Causal	9% Padre	0% No	0% No	9% Madre

Elaborado por: La Investigadora
Fuente: Casos procesados de divorcio

Tabla 3.3 Resultados del Análisis de casos, Juez – c.

CASOS DE DIVORCIO PROCESADOS EN LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON LATACUNGA EN EL PERIODO 2014							
Juez c)							
Dr. Hernández Milton	Causas Resueltas		Tipo de Divorcio	Progenitor al que se le asigna la tenencia	¿Se establece Régimen de visitas para el progenitor/s que no tiene la tenencia?	Se establece pensión alimenticia	Progenitor encargado de brindar pensión alimenticia
	2014	81	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	267	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	268	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	391	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	392	Por Causal	Otro Familiar	Si	Si	Madre y Padre
	2014	556	Mutuo Consentimiento	Tenencia Partida	Si	No	Ninguno
	2014	557	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	649	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	675	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	767	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	856	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	904	Mutuo Consentimiento	Padre	Si	Si	Madre
2014	951	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre	

	2014	1533	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1595	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1611	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1784	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1825	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1911	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2542	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2602	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2687	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
TOTAL	22 CAUSAS RESUELTAS		17: Mutuo Consentimiento 5: Por Causal	19: Madre 1: Padre 1: Otro Familiar 1: Tenencia Partida	22: Si 0: No	21: Si 1: No	19: Padre 1: Madre 1: Madre y Padre 1: Ninguno
	PORCENTAJE		77% Mutuo Consentimiento 23% Por Causal	86% Madre 5% Padre 5% Otro familiar 4% Tenencia Partida	100%: Si 0% No	95% Si 5% No	86% Padre 5% Madre 5% Madre y Padre 4% Ninguno
	100%						

Elaborado por: La Investigadora
Fuente: Casos procesados de divorcio

Tabla 3.4 Resultados del Análisis de casos, Juez – d.

CASOS DE DIVORCIO PROCESADOS EN LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON LATACUNGA EN EL PERIODO 2014							
Juez d)		Causas Resueltas	Tipo de Divorcio	Progenitor al que se le asigna la tenencia	¿Se establece Régimen de visitas para el progenitor/s que no tiene la tenencia?	Se establece pensión alimenticia	Progenitor encargado de brindar pensión alimenticia
Dr. Juan Jaramillo	2014	128	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre

	2014	252	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	310	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	318	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	322	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	501	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	546	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	588	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	600	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	687	Por Causal	Padre	Si	Si	Madre
	2014	736	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	766	Por Causal	Madre	Si	Si	Padre
	2014	949	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1149	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1283	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1404	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1532	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1603	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1636	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	1657	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
	2014	2641	Mutuo Consentimiento	Madre	Si	Si	Padre
TOTAL	21 CAUSAS		16: Mutuo Consentimiento	20: Madre	21: Si	21: Si	20: Padre
	RESUELTAS		5: Por Causal	1: Padre	0: No	0: No	1: Madre
	PORCENTAJE		76% Mutuo Consentimiento	95% Madre	100%: Si	100% Si	95% Padre
			24% Por Causal	5% Padre	0% No	0% No	5% Madre

Elaborado por: La Investigadora
Fuente: Casos procesados de divorcio

3.1.2 Entrevistas

3.1.2.1 Entrevista al Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia.

Psicólogo Mario Alberto Sinchiguano Dibujes

¿Desde su experiencia, cuales son los principales efectos del divorcio en los hijos e hijas menores de 18 años?

Los efectos varían dependiendo del tipo de familia, el nivel cultural, los motivos del divorcio; si hubo un divorcio producto de la falta de comprensión y las discrepancias llevaron a la pareja a la toma de esta decisión, esto resulta ser positivo para los niños, ya que existen estudios en los cuales se ha comprobado que ciertas personas son mejores padres cuando están divorciados que cuando están casados, esto tomando en cuenta que existió un acuerdo y mutuo consentimiento para la toma de dicha decisión; también existen otros casos más complejos, ya sea porque tal vez existió violencia intrafamiliar, este tipo de situaciones genera conflictos, ya que en los hijos e hijas se manifiesta un condicionamiento, piensan que la violencia es algo normal, que es algo propicio o adecuado y ven al divorcio como una manera de escapar de sus problemas, entonces crecen con una idea errónea si no se recibe el tratamiento psicológico adecuado; hay otros casos en los que no existe violencia intrafamiliar, sin embargo si existe descuido de los padres, cuando los hijos crecen con un solo progenitor sea el padre o la madre, generando cierto tipo de rechazo de ideas equivocadas y erróneas acerca del otro progenitor que no convive con ellos o simplemente les abandono.

¿Los efectos que provoca el divorcio o separación de los padres en los hijos e hijas menores de 18 años, disminuye cuando existe un Régimen de Visitas que se cumple?

Para contestar esta pregunta es importante basarse en cuál es la relación que tienen los padres, si una vez que se separaron se comunican frecuentemente, si existen diálogos respecto a sus hijos e hijas, si pueden saludarse, y si son capaces de mantener una relación de respeto esto es muy bueno, por el mismo hecho de que los niños pueden observar que dialogan y existe una buena relación, ellos pueden dialogar también con ambos progenitores y al observar que los padres acuerdan las reglas y tomar las decisiones en conjunto, es un aspecto positivo, puesto que ya no ven las discrepancias que veían entre sus padres, ahora ven dos padres que a pesar de estar separados se llevan muy bien; en otro tipo de situación, en el caso de que los padres simplemente no pueden verse ahí si la separación complica todo, por cuanto podría aparecer la alienación parental, el padre o la madre empiezan hablar mal del otro o algún familiar también empieza hablar mal de alguno de los progenitores y los niños crecen con una idea errónea, es el hecho de que el padre con el que conviven frecuentemente será considerado como estricto, el que pone las reglas y evidentemente resulta así pues al ser quienes conviven con los hijos están imposibilitados en complacerles en todo, lo que no pasa con el padre o madre al que solo le ven periodos limitados de tiempo que en muchos casos se traducen en horas en las que se cumple un régimen de visitas, este progenitor en consentir más a su hijo o hija podría generar una contradicción en las reglas, entonces este se transforma en el “bueno” siendo el otro el “bravo”, empezando a generarse así una confusión en lo que refiere a las normativas parentales.

¿En qué medida favorece al desarrollo integral de los hijos e hijas menores de 18 años la comunicación constante entre los padres separados o divorciados?

La comunicación favorece principalmente en lo que se refiere a las reglas y normas, ya que a falta de una comunicación adecuada, en situaciones de divorcio, los hijos e hijas empiezan a tener dos hogares, reglas diferentes y empiezan a tener confusión, para los hijos e hijas será sencillo tomar las reglas que menos les perjudiquen, cuando se tienen dos hogares, no obstante existirán casos en los que hayan más de dos hogares, esto en virtud a que lamentablemente existen casos en que las visitas están mal direccionadas, ya que los progenitores lo que hacen es llevarles a sus hijos a pasar junto a sus abuelos, sean estos maternos o paternos y generando un tercer hogar, la comunicación ayudaría en si a establecer reglas para todos los hogares en los que se encuentren los hijos e hijas, con esto se puede controlar y establecer los castigos adecuados cuando este está desobedeciendo, entonces él va estar más claro en cuanto a las normativas del hogar y de la sociedad, permitiéndole esto ser un mejor ente productivo.

¿Sabe usted en que consiste la Custodia Compartida?

Según mi entendimiento la Custodia Compartida es un acuerdo entre los dos padres, en el cual el niño, la niña no está limitado por horas o días para poder ver a su padre o su madre, existe un acuerdo que permite compartir con ambos pudiendo estar un día con el padre y otro día con la madre, eso sí respetando ciertas reglas y normas y evitando además la alienación parental.

¿En qué medida considera usted que beneficiaría al desarrollo integral de los hijos e hijas la Custodia Compartida?

Siempre y cuando exista un buen acuerdo entre los padres, una buena comunicación, no existan resentimientos y problemáticas que no hayan sido resueltas adecuadamente la custodia compartida ayudaría bastante, indicándole al adolescente o niño que a pesar de tener a sus padres separados, este puede contar con los dos no solo con uno, contribuyendo además en el desarrollo, ya que la figura paterna viene siendo, además de la parte afectiva, aquella que emana autoridad y reglas y la figura materna además de ser también una figura de autoridad viene a ser la parte más afectiva; para el desarrollo adecuado de un niño es importante contar con ambas figuras, ya que si se carece de una podría generar distintos inconvenientes, la custodia compartida permite hablar de estos dos factores que serán que van a ser muy buenos y provechosos para el desarrollo.

¿Qué piensa usted de las sociedades que han adoptado la Custodia Compartida?

Es muy bueno, siempre que se haga un seguimiento correcto y adecuado; ya que se puede dar una custodia compartida pero si no la respetan no servirá de nada; lo referente a la custodia compartida en otros países es muy bueno, puesto que permite que los hijos se relacionen con los padres y exista un mejor nivel de comunicación

¿Cuáles considera usted que serían las dificultades para la aplicación de la Custodia Compartida en nuestro país?

Básicamente el desconocimiento, ya que en nuestro país existe ignorancia en cuanto algunos temas y de hecho inclusive respecto a nuestras emociones y sentimientos, ya

que el hecho de que tengamos resentimiento contra nuestras ex-parejas, produce que no se pueda ejercer de la forma más correcta, ya que las parejas se vuelven egoístas y empiezan a tomarle al niño, niña o adolescente como su herramienta para hacer daño a la otra persona; el área cultural también influye considerando que somos un estado pluricultural y multinacional, ya que dependiendo de esta podemos encontrarnos con feministas, machistas, liberales y eso produce inconveniente, ya que no existe una normativa en forma general ni un entendimiento para que todos lo ejerzan de una sola forma, cada quien lo ve de su manera y ese es el aspecto que complica la situación.

¿Qué sería necesario para poder otorgar la Custodia Compartida?

Es importante para que se otorgue esta figura jurídica debe resolverse los conflictos que existieron entre la ex pareja, a través de tratamiento psicológico, enfocado en los roles parentales, en la resolución de conflictos y en las reglas y normas dentro del hogar; en cuanto a los roles por cuanto en ocasiones simplemente se los deja a un lado, considerando que la madre es la encargada del cuidado y el padre el proveedor o el que tiene que mantener el hogar, entonces se preocupan por estos aspectos y no se centran en sus roles, los cuales deben estar enfocados en que la prioridad para la vida serán los hijos, su alimentación, educación, enseñar valores morales, formas de correcta comunicación, el ser sociables, dichos aspectos están en detrimento ya que de lo que más se preocupan es la parte económica; la resolución de conflictos, es importante, el divorcio aparece precisamente por esta razón y muchas veces lamentablemente la mayor parte de veces terminan en malos términos, lo cual convierte a los niños en una herramienta para hacer daño, primero se deben resolver los conflictos, asimilar que el

matrimonio ha terminado y que ahora son padres y como tal deben hablar al respecto de sus hijos; en la custodia compartida, es importante que existan reglas claras que no provoquen confusión ni manipulación por parte de los hijos, porque en muchas ocasiones en la actualidad el hijo es quien manipula a los padres.

¿En caso de incorporarse la Custodia Compartida en nuestro país, para su aplicación debería existir un seguimiento en las familias donde se haya otorgado y cómo se debería realizar?

Una vez realizado el tratamiento en los padres, se debe tomar en cuenta el informe que emite el psicólogo, esto a fin de demostrar que conflictos están pendientes en resolver o si ya se encuentran resueltos, a partir de ahí hacer un seguimiento de cada tres meses que permita ver la evolución que tiene la situación; además denotar si los niños, presentan alienación parental, si tienen más apego a un progenitor y porque, verificar si los padres están cumpliendo de forma adecuada sus roles.

De los casos que se tramitan en la Unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿existe seguimiento psicológico, en alguno de ellos, en cuál?

Los seguimientos se realizan únicamente en situaciones de riesgo, por ejemplo frente a la denuncia de un padre por existir maltrato o violencia, este departamento emprende un seguimiento cuyos tiempos pueden ser trimestral, mensual, etc.; en casos donde se conoce de la vulneración de un derecho del niño o adolescente se realiza el seguimiento, el mismo que permite verificar la resolución del juez

¿Considera usted que la Custodia Compartida se podría acordar en mediación?

Observando los casos que se han tratado aquí difícilmente se lo podría realizar por esta vía ya que podrían existir conflictos no resueltos, resentimientos, no obstante con un tratamiento psicológico de un a tres meses se podría utilizar la mediación, en los divorcios por mutuo acuerdo la mediación sería adecuada ya que permitiría que los niños, los adolescentes, observen de otra manera la situación ya que el campo legal produce maltrato psicológico, lo que no sucedería si los padres deciden utilizar una medida extrajudicial evitando la revictimización de sus hijos.

3.1.2.2 Entrevista a Jueces de la Unidad Judicial de Familia Mujer Niñez y Adolescencia

Dr. Milton Calle

¿Considera usted que la tenencia unipersonal permite el cumplimiento del Interés Superior del Niño?

Depende del caso, es preciso analizar cada situación tanto de los niños, como de los padres, ya que existen casos donde la madre no cumple su rol y el padre sí, pero en definitiva, considero que la tenencia sea de ambos.

¿Cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los niños y niñas y cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los adolescentes?

La ley es muy clara, cuando son niños de 12 años se les puede escuchar su criterio, esto es fundamental, todos los menores de doce años van con la madre, la misma ley así lo

faculta y en los demás casos habrá que respetar la voluntad del adolescente y también la voluntad de los padres.

¿Qué opina usted sobre el principio de igualdad y no discriminación que establece el numeral 4 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador frente al numeral 2 y 4 del Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el que se prefiere a la madre sobre el padre para el ejercicio de la tenencia respecto de los hijos?

Si bien la Constitución garantiza la igualdad de todos, en lo que se refiere al Código de la Niñez y Adolescencia, donde se prefiere a la madre, este presupuesto es encaminado a que la madre tiene la mayor capacidad de cuidado a sus hijos en mejores condiciones, con el amor de madre, en este sentido se ha regulado de esta manera, en efecto se lo considera al padre como proveedor.

¿Existe algún mecanismo jurídico para velar el cumplimiento del Interés Superior del Niño, después de que por el divorcio o separación de los padres?

Legalmente ninguna norma existe, lo que sí se puede hacer por medio de medidas de protección que contempla el mismo código de la niñez y adolescencia en el caso de que tengan algún inconveniente los menores, pero expresamente para regular después del divorcio no.

¿Conoce usted en que consiste la Custodia Compartida?

Sí, es entre los padres, ambos están en las mismas condiciones por lo tanto sería beneficioso que se regule en este sentido.

¿Considera usted que mediante la Figura de la Custodia Compartida se garantiza el Principio del Interés Superior?

Sí, porque el niño va tener un mayor desarrollo psicológico, es muy importante la presencia de ambos progenitores, y por ello sería positivo.

¿Cuáles serían los beneficios que aportaría la Custodia Compartida en el desarrollo de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes?

El niño, crecería con mayor seguridad y protección, en presencia de sus padres, ya que es importante el cuidado de ambos.

Considerando que las leyes apuntan a realidades sociales actuales y prevén situaciones futuras ¿En el Ecuador se podría incorpora de forma expresa mediante reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la Custodia Compartida como un mecanismo de progreso en igualdad, no discriminación y respeto del Interés Superior del Niño?

Sí, soy partidario de incorporar dicha figura para beneficiar a los niños y adolescentes.

Considerando nuestra realidad social ¿Cuáles serían las limitantes que podría tener la Custodia Compartida en el Ecuador?

En especial, el padre es el proveedor y esa sería una de las limitantes a pesar de que hoy en día, ambos son iguales y la mujer tiene derecho en salir a trabajar este sería un obstáculo.

¿Una vez incorporada la Custodia Compartida, podría ser acordada por los padres en mediación o de oficio o a petición de uno de los progenitores o a petición de ambos progenitores?

Lo más procedente es que esta surja del acuerdo de los padres, también considerando la opinión del hijo o hija que este en condición de hacerlo pero fundamentalmente el acuerdo de los padres.

Juez, Dr. Galo Salguero

¿Considera usted que la tenencia unipersonal permite el cumplimiento del Interés Superior del Niño?

En consideración a lo expuesto en el Art. 11 del Código de la niñez y adolescencia que específicamente habla del interés superior del niño, el cual está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de niños, niñas y adolescencia, esto en concordancia con lo que disponen los artículos 44, 45 y 46 de la Constitución de la Republica y principalmente en lo atinente a nuestro Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 100 habla de la corresponsabilidad parental y específicamente en el caso de que los padre no convivan debe mantenerse el ejercicio

efectivo de la corresponsabilidad en cabeza de los dos progenitores, pueden ser estos cónyuges o no, ello que sin perjuicio de que por voluntad de las partes o a su vez por decisión judicial se atribuya el ejercicio de la tenencia a solo uno de los padres, ya que con esto se preserva el fin querido de la ley, es decir que no sea solo uno de los padres el que tenga la tenencia o como se le llama custodia compartida, siendo ambos padres los que ejerzan en igualdad los deberes y derechos respecto a sus hijos.

¿Cuáles son los limitantes de la tenencia unipersonal?

Existe una desvinculación de los progenitores hacia los hijos, especialmente el padre ya en la mayoría de casos, la madre ha sido quien tenga el derecho primordialmente dejándole de lado al padre; el hombre se ha convertido en dador, proveedor, intermitente y esto ha permitido que se distancie de sus hijos y dejar de lado incluso la responsabilidad alimentaria y podemos ver en mayoría de casos que cuando la tenencia se la da única y exclusivamente a la madre, esta se siente agobiada, presionada, tensa, con problemas psicológicos, psiquiátricos, porque no es nada fácil criar sola a sus hijos, esta responsabilidad debería ser compartida y afrontada no solo por la madre sino también por el padre, en lo referente a la crianza y manutención de sus hijos.

Desde la perspectiva de los niños, niñas y adolescentes, ¿cuál sería la ventaja de que ellos crezcan con las figuras paterna y materna?

Especialmente se crea un clima donde el niño siente que no pierde a ninguno de sus progenitores, desarrollándose así con valores, con necesidades, e inclusive estos van a ser guiados sobre las esferas sexuales que tanto se habla en la actualidad.

Considerando que las leyes apuntan a realidades sociales actuales y prevén situaciones futuras ¿En el Ecuador se podría incorporar de forma expresa mediante reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la Custodia Compartida como un mecanismo de progreso en igualdad, no discriminación y respeto del Interés Superior del Niño?

En nuestro derecho comparado podemos observar países como Francia, España, que existe esta custodia compartida, y sería importante recogerla en sus partes pertinentes porque es importante que el niño crezca en un ambiente de conocimiento entre los dos padres, de crianza, manutención entre ambos progenitores, por ello es indispensable que se acoja a la legislación comparada y se la incorpore a nuestro código de la niñez y adolescencia.

¿Cuál cree usted que sería la forma más viable para conceder la custodia compartida?

En la actualidad existe la mediación y la custodia compartida de incorporarse en la legislación nacional, esta podría ser acordada por los padres, sin perjuicio de que se lo haga también por la vía judicial.

Dr. Juan Alfredo Jaramillo

¿Considera usted que la tenencia unipersonal permite el cumplimiento del Interés Superior del Niño?

De ninguna manera otorga garantías o ventajas para el desarrollo integral del niño que exista una tenencia unipersonal, la legislación actual, de acuerdo a los que establece el

Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia: “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.”, en este orden se encargaría de la siguiente manera: primero si es que tenemos un acuerdo, entre los padres pueden acordar quien de los dos va a ejercer la tenencia de los hijos tomando en cuenta que esta es exclusiva de los progenitores no entre parientes; cuando existe falta de acuerdo de los progenitores, establece la norma que mirando el interés superior del hijo o de la hija, de acuerdo a las reglas de la patria potestad se asignara la tenencia. Sobre la patria potestad, este es un derecho latente que ambos progenitores lo poseen de forma activa a pesar de estar separados o divorciados siempre que no se les haya suspendido, limitado o privado de este derecho, de los que no han cumplido 12 años se confiará a la madre. Nuestra legislación tienen un claro sesgo de acuerdo a una orientación que busca generar una especie de estabilidad psicológica en los niños, diciéndole tu madre te cuida y tu padre te garantiza lo necesario para tus necesidades. En otros países del mundo existe un desarrollo de la normativa y en realidad este es un aspecto muy bueno, muy humano, la tenencia compartida es importante, pero para que esta exista es necesario analizar aspectos psicológicos, materiales y logísticos. En lo psicológico, necesitamos que el niño este adaptado a la situación que viven sus padres, es decir a tener un hogar disfuncional, saber que tiene una madre un padre pero que estos están separados, en segundo punto es importante que el niño no haya sido influenciado o tenga una carga psicológica negativa, sesgada sobre odios, venganza, desquites y ese tipo de situaciones ya que el niño no es un trofeo para ninguno de los padres. Pero en otros países del

mundo las legislaciones están más avanzadas y en realidad esto es mucho más humano, la tenencia compartida. Depende del caso, es preciso analizar cada situación tanto de los niños, como de los padres, ya que existen casos donde la madre no cumple su rol y el padre sí, pero en definitiva, considero que la tenencia sea de ambos

¿Cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los niños y niñas y cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los adolescentes?

La ley es muy clara, cuando son niños de 12 años se les puede escuchar su criterio, esto es fundamental, todos los menores de doce años van con la madre, la misma ley así lo faculta y en los demás casos habrá que respetar la voluntad del adolescente y también la voluntad de los padres

¿Qué opina usted sobre el principio de igualdad y no discriminación que establece el numeral 4 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador frente al numeral 2 y 4 del Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el que se prefiere a la madre sobre el padre para el ejercicio de la tenencia respecto de los hijos?

Si bien la Constitución garantiza la igualdad de todos, en lo que se refiere al Código de la Niñez y Adolescencia, donde se prefiere a la madre, este presupuesto es encaminado a que la madre tiene la mayor capacidad de cuidado a sus hijos en mejores condiciones, con el amor de madre, en este sentido se ha regulado de esta manera, en efecto se lo considera al padre como proveedor, ya que los hijos son una responsabilidad para los

padres y si lo asumimos desde esta lógica entonces deberíamos comprender que el hijo en estado de salud mental y equilibrio emocional tranquilamente puede compartir con su papa y su mama siempre y cuando las condiciones sean iguales en los lugares donde se va encontrar ya que si se va a dar la custodia compartida, es importante observar la capacidad económica de los padres, la logística, la infraestructura, ya que las disparidades podrían afectar gravemente y se refiere no a lujos sino a dar cumplimiento a las necesidades y comodidades para el desarrollo de los hijos e hijas, entonces se estaría alterando su ciclo de vida y desarrollo personal. Compartir la tenencia encaminada a que no existan padres solos, que a causa de esta situación se provoquen suicidios o se vean inmersos en el alcoholismo o drogadicción, al contrario a través de esta figura de la custodia compartida los padres asumen un compromiso con sus hijos y ello permite que se encuentren activos y lleven una vida saludable no solo para sus hijos sino para en si ellos mismos ya que existirían un porque, un para que, una motivación; es decir con el divorcio no se ha acabado el mundo, al contrario inicia una nueva vida diferente en la que definitivamente encajaran los hijos que existieron en el matrimonio.

En nuestro sistema si el padre o madre abandona el hogar u opta por el divorcio se provoca que este sea perseguido y también agredido psicológicamente por toda su familia, es decir no se ven los problemas con objetividad ni se asume esta clase de fenómenos sociales, más bien se es apasionado en este tipo de situaciones, existe intromisión en este tipo de problemas por parte de otras personas, este tipo de actitudes impiden que nuestra legislación avance hacia la figura planteada de la custodia compartida. En países sobre todo europeos el comportamiento social ha superado, su

mentalidad les permite afrontar de mejor forma este tipo de situaciones y les permite no ser tan apasionados, tan radicales, más bien se respeta al individuo, su integridad. Considero desde el punto de vista legal que si cabe una reforma, previamente debe existir un informe de trabajo social a través del órgano judicial u otras instituciones del Estado a fin de determinar que los hogares tanto del padre como la madre permitirían un desarrollo, procurando que exista similitud en ambos hogares y no se habla de igualdad porque resulta realmente imposible, es decir se habla de infraestructura.

¿Cuáles son los aspectos que se deben tener en cuenta para otorgar la custodia compartida?

Frente al divorcio, en la junta de menores donde se va a resolver la situación de los hijos, es decir la tenencia compartida. Biopsicosocial, que determine desde la esfera psíquica, psicológica y social la factibilidad de llegar a esta. Ver la actitud que tiene el hijo o hija frente a esto, ya que el divorcio de acuerdo a la forma en cómo se haya llegado a este le afectara y es indispensable analizar la causa del divorcio, por un lado, en el caso de violencia sin lugar a dudas lo hijos no querrán un régimen de visitas mucho menos una custodia compartida, por otro lado, si se llegó al divorcio de una forma dialogada y en definitiva como solución acordada por ambos progenitores, procurando lo mejor para los miembros de la familia, en este último supuesto el hijo o hija no tendrá carga negativa, le dará lo mismo compartir con el padre que con la madre, porque para el ambos tendrán el mismo valor un referente de protección, cariño, seguridad ya sea el padre o la madre. Los niños desde los 7 años tienen uso de razón y por ello su opinión sobre este tema será indispensable, entonces a través del departamento psicológico se puede determinar que

la opinión que emita, el niño, niña o adolescente está libre de manipulación o influencia lo cual es sumamente necesario al respecto. Los padres que propongan una custodia compartida deben estar con equilibrio emocional. El hijo en definitiva es un ser independiente, que no puede estar sujeto a empoderamiento por parte de otros familiares que no son los progenitores, esto impide que los progenitores cumplan sus roles, ya que estos son los directamente obligados el padre y la madre.

¿Una vez incorporada la Custodia Compartida, podría ser acordada por los padres en mediación o de oficio o a petición de uno de los progenitores o a petición de ambos progenitores?

Lo óptimo a través del nuevo Código Integral de Procesos, dentro del mismo proceso judicial, no obstante, descartar la mediación así como el proceso judicial es inaudito e inclusive se puede tener en cuenta el acuerdo extrajudicial y el acuerdo extra mediación, esto evidentemente dentro de un juicio sea dentro o fuera del proceso legal. La legislación contempla al Interés Superior del niño, su pensamiento crítico, frente a una situación será lo que motive una decisión. La opinión del niño es basa la piedra angular. Determinar si el niño tiene criterio formado, si no está influenciado o alienado, para que así con un pensamiento puede decidir con quién y porque, el juez siempre tendrá que escuchar la opinión del niño la cual es fundamental. De nada sirve la opinión de los de los padres, si el que va a vivir que es el niño no está a gusto con la persona que va a vivir. La limitación que no existe la tenencia compartida en el ecuador existe, los hijos generalmente se van con la madre, no obstante hay casos en los que las madres se aferran a sus hijos a pesar de no ser mejores que los padres, estamos en un Estado de

derechos en el que a pesar de que la legislación manifieste que los niños menores deben estar con su madre, ello no impide que en atención al interés superior se le conceda la tenencia al padre, ya que no existe norma que pueda restringir los derechos de las personas, en este caso su expresión libremente.

Considerando que las leyes apuntan a realidades sociales actuales y prevén situaciones futuras ¿En el Ecuador se podría incorporar de forma expresa mediante reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la Custodia Compartida como un mecanismo de progreso en igualdad, no discriminación y respeto del Interés Superior del Niño?

Sí, es muy racional, viable, si alguien lo propone deberían los legisladores con criterio abierto reformar el artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, porque es la forma de garantizar los derechos de una forma válida y eficaz, la reforma es necesaria y útil porque fortalecerá la situación del hijo, podrá crecer con equilibrio emocional atendido por ambos progenitores y entendiendo sus roles lo cual le permitirá tener un respecto hacia ambos sexos en un mundo de equilibrio y respeto.

3.2 Análisis del Caso y Entrevistas

3.2.1 Análisis General: Caso Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Latacunga.

En el presente punto de la metodología se realizó el análisis de casos, para ello se tomaron en cuenta las causas referentes a divorcio pertenecientes a la Unidad de Familia Mujer Niñez y Adolescencia de la ciudad de Latacunga provincia de Cotopaxi, en el

periodo Enero 2014 a Diciembre 2014. Podemos determinar que en total se procesaron 699 causas, no obstante, 519 no se encontraban resueltas o fueron abandonadas y en 74 de causas resueltas, los conyugues no procrearon hijos e hijas o a sus vez estos ya son mayores de 18 años por lo que no se resuelve sobre dicha situación.

Por lo expuesto, se determina que para la obtención de los resultados tabulados, se requirió de 106 causas que representan el 100%, representándose de la siguiente forma: el 82% de los divorcios se tramitaron por mutuo consentimiento, mientras que el 23% a través de la vía contenciosa o por las causales que para el efecto estipula el Código Civil (2003), en cuanto al progenitor u otro al que la ley faculta ejercer la tenencia de los hijos a raíz del divorcio, en 89% se le otorgó a la madre, en 7% al padre, en 3% se repartió la tenencia y en 1% se otorgó a otro familia, que en este caso se trató de la tía. En 100% de los casos, los progenitores, el padre o la madre al que no se le confirió la tenencia de su hijo o hija, tuvo derecho a un régimen de visitas. En cuanto a la pensión alimenticia en un 96% se regulo, mientras que un 4% no se estableció. Finalmente el 89 % de los procesos es el padre el encargado de pasar una pensión alimenticia, el 6% de los casos la madre está obligada a garantizar una pensión alimenticia, en 1% ambos padres deberán pasar alimentos a la persona que se encarga del cuidado de su hija o hijo y en un 4% no se establece pensión alimenticia.

A partir de las presentes cifras, se determina que es a la madre a quien preferentemente el Juez especializado en familia, mujer, niñez y adolescencia, otorga la tenencia de los hijos a raíz del divorcio o separación, obligando al padre a conferir una pensión

alimenticia; con ello se ha comprobado que efectivamente en nuestro país, se considera que la madre es la encargada de la crianza, mientras el padre es el proveedor, esto en virtud a que en las resoluciones analizadas no se da mayor importancia al interés superior del niño, a la corresponsabilidad de los padres, a la igualdad de derechos y deberes que la ley estipula para los progenitores, es así como los jueces sin motivación legal resuelven la situación de los hijos e hijas tras el divorcio, vulnerando así los derechos de este grupo tan importante dentro de la sociedad como lo son los niños, niñas y adolescentes.

Por esta razón es evidente y urgente implementar el medio que viabilice la aplicación de los derechos y deberes entre padres e hijos, los cuales sean aplicados de oficio por las autoridades judiciales y además invocados por las partes en el caso de que la autoridad competente los haya omitido.

3.2.2 Análisis de entrevista dirigida al Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Latacunga.

Tabla 3.5 Análisis de entrevista dirigida a Psicólogo.

PREGUNTA	RESPUESTA	ANÁLISIS
¿Desde su experiencia, cuales son los principales efectos del divorcio en los hijos e hijas menores de 18 años?	Los efectos varían dependiendo del tipo de familia y el nivel cultural; así como también los términos del divorcio.	Es inaudita una posición radicalista, ya que cada familia y cada ser humano es un mundo diferente, el nivel de educación y tipo de cultura jugaran un papel indispensable en la forma en cómo se asimile el divorcio, además los términos en los que este concluye serán indispensables, considerando que ante un divorcio por mutuo acuerdo ha existido un dialogo, lo que muchas veces no existe en los divorcios contenciosos.
¿Los efectos que provoca el divorcio o separación de los padres en los hijos e hijas menores de 18 años, disminuye cuando existe un Régimen de Visitas que se cumple?	Dependerá de la clase de relación que mantengan los padres, como es su comunicación y como manejan el acuerdo de reglas hacia su hijo e hija en común.	El Régimen de visitas constituye una figura paterno- filial encaminada a que se mantengan las relaciones afectivas-familiares entre el hijo o hija y su progenitor que no posee la tenencia; de ahí que independientemente de las relaciones que tengan los padres entre sí, esta figura podría beneficiar al desarrollo integral del hijo o hija.
¿En qué medida favorece al desarrollo integral de los hijos e hijas menores de 18 años la comunicación constante entre los padres separados o divorciados?	Una adecuada comunicación permite la aplicación de reglas claras, en cualquier lugar o circunstancia en la que se halle el niño, niña o adolescente.	Definitivamente, una adecuada comunicación entre los padres va permitir la resolución de conflictos respecto de los hijos de la forma más óptima por ende es importante que la pareja deje de lado sus intereses personales y se asuma como padre o madre.
¿Sabe usted en que consiste la Custodia Compartida?	Es un acuerdo entre los padres, a través del cual mediante un acuerdo ambos comparten con sus hijos e hijas.	Es importante que los especialistas que trabajan directamente con este grupo de atención prioritaria tengan conocimiento sobre esta figura jurídica ya que la misma aporta al desarrollo de los derechos de la niñez y adolescencia.
¿En qué medida considera usted que beneficiaría al desarrollo integral de los hijos e hijas una Custodia Compartida?	Los hijos e hijas pueden contar con ambos progenitores, esto promueve su desarrollo integral y fortalece su vida afectiva.	Evidentemente esta figura del derecho traerá beneficios que principalmente garantizaran el cumplimiento del interés superior de niño y la corresponsabilidad de los progenitores.

<p>¿Qué piensa usted de las sociedades que han adoptado la Custodia Compartida?</p>	<p>Es muy bueno por cuanto permite que los hijos se relacionen con los padres, pero su cumplimiento será fundamental sino de nada servirá haberla acordado.</p>	<p>Las sociedades que han adoptado esta figura jurídica evidentemente tienen un mayor grado de desarrollo que el que existe en nuestro país ya que eso es lo que les permite dejar a un lado sus diferencias y velar por el cumplimiento de los derechos de sus hijos de una forma más objetiva.</p>
<p>¿Cuáles considera usted que serían las dificultades para la aplicación de la Custodia Compartida en nuestro país?</p>	<p>El desconocimiento, debido a la ignorancia que existe acerca de estos temas. Los resentimientos de pareja.</p>	<p>Básicamente se concentra en el pensamiento poco flexible y en alguna medida sesgado.</p>
<p>¿Qué sería necesario para poder otorgar la Custodia Compartida?</p>	<p>Resolver los conflictos que tenga pendiente la pareja. Realizar un seguimiento institucional a la familia donde se ha otorga la custodia compartida.</p>	<p>Son una serie de aspectos los que hay que examinar, empezando por la aptitud en que se encuentran los progenitores y también las hijas e hijos; la predisposición por aplicar la custodia compartida y los términos en los que se acuerde.</p>
<p>¿En caso de incorporarse la Custodia Compartida en nuestro país, para su aplicación debería existir un seguimiento en las familias donde se haya otorgado y cómo se debería realizar?</p>	<p>Se debe tener en cuenta un informe emitido por el psicólogo, en el cual consta que conflictos están pendientes por resolver si ya sean resuelto y a partir de ello acordar un seguimiento que procure perdurar las relaciones</p>	<p>Al ser una medida nueva es indispensable que se le dé el debido seguimiento especialmente a través de un departamento psicológico que mediante el análisis y observación determine los beneficios que este provoca en la vida de las familias, en especial de los hijos e hijas.</p>
<p>De los casos que se tramitan en la Unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿existe seguimiento psicológico, en alguno de ellos, en cuál?</p>	<p>Los seguimientos se realizan únicamente en situaciones de riesgo, en casos donde se conoce la vulneración de un derecho.</p>	<p>Al respecto se puede observar que el departamento psicológico debería realizar seguimiento en más situaciones especialmente aquellas que deriven del cuidado de los hijos.</p>
<p>¿Considera usted que la Custodia Compartida se podría acordar en mediación?</p>	<p>Previo a un tratamiento psicológico que faculte un comportamiento y toma de decisiones con claridad podría ayudar.</p>	<p>Las medios extrajudiciales procuran a través del dialogo llegar a soluciones a los problemas existentes, en tal razón es importante tener en cuenta este medio para de ser necesario acordar la custodia de los hijos.</p>

Elaborado por: La Investigadora

Fuente: Los entrevistados

3.2.3 Análisis entrevista dirigida a Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Latacunga.

Tabla 3.6 Análisis de las entrevistas dirigidas a Jueces.

PREGUNTAS	RESPUESTAS			ANALISIS
	Dr. Milton Calle	Dr. Galo Salguero	Dr. Juan Jaramillo	
¿Considera usted que la tenencia unipersonal permite el cumplimiento del Interés Superior del Niño?	Es importante analizar cada caso, sin embargo la tenencia debería ser de ambos.	La ley señala que en el caso de que los padres no convivan debe mantenerse el ejercicio efectivo de la corresponsabilidad de los progenitores.	De ninguna manera otorga garantías o ventajas para el desarrollo integral del niño que exista una tenencia unipersonal.	En efecto podemos determinar que existen diversas situaciones que afrontan las familias en las que la tenencia de los hijos la tiene únicamente un progenitor, no obstante es indispensable observar la legislación donde claramente se habla de la corresponsabilidad la misma que no se cumple efectivamente cuando solo un padre o madre es el encargado de cuidar, educar, y en definitiva atender todas las necesidades de sus hijos e hijas, por ello debe procurarse que ambos progenitores desempeñen efectivamente sus roles.
¿Cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los niños y niñas y cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los adolescentes?	De acuerdo a lo que establece la ley, los menores de doce años con la madre y los adolescentes en base a su decisión.	La tenencia se la otorga principalmente a la madre.	Cuando son niños menores de 12 años van con la madre y de 12 en adelante se respeta su voluntad y la de los padres.	Los aspectos que las autoridades competentes principalmente observan es la edad de los hijos, ya que aplican lo que establece la legislación, otorgando la tenencia de los menores de doce años a la madre y respetando la decisión de los que ya son adolescentes.
¿Qué opina usted sobre el principio de igualdad y no discriminación que establece el numeral 4 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador frente al numeral 2 y 4 del Artículo 106 del Código de la Niñez y	La Constitución considera que todos son iguales, sin embargo el Código le prefiere a la madre porque tienen mejores condiciones para el	Existe una desvinculación del padre por cuanto la madre tiene derecho primordialmente a recibir la tenencia de los hijos.	Se prefiere a la madre porque esta tiene mayor capacidad de cuidar a sus hijos en mejores condiciones, en efecto se lo considera al padre como proveedor.	Evidentemente la legislación especial prefiere a la madre para otorgar la tenencia de los hijos e hijas menores de 18 años, no obstante las autoridades también consideran que es la madre quien tiene mejores capacidades y condiciones para ejercerla, encontrándose el padre desvinculado de esta obligación lo cual genera desigualdad entre los progenitores para el ejercicio de este derecho.

Adolescencia, en el que se prefiere a la madre sobre el padre para el ejercicio de la tenencia respecto de los hijos?	cuidado que el padre quien es un proveedor.			
¿Existe algún mecanismo jurídico para velar el cumplimiento del Interés Superior del Niño, después de que por el divorcio o separación de los padres?	No existe ningún mecanismo.	No se señala ningún mecanismo.	No se señala ningún mecanismo.	No existe ningún mecanismo que procure el cumplimiento del principio del interés superior del niño, ya que a raíz del divorcio o separación no existe seguimiento alguno que permita observar el cumplimiento de los derechos de los hijos mucho menos el de los derechos y deberes de los padres.
¿Conoce usted en que consiste la Custodia Compartida?	Si, resulta beneficioso se debería regular en ese sentido.	Si conoce.	Si conoce.	Todos los entrevistados conocen sobre la figura jurídica de la custodia compartida.
¿Considera usted que mediante la Figura de la Custodia Compartida se garantiza el Principio del Interés Superior del Niño?	Si, contribuye al desarrollo.	Si, está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derechos de niños, niñas y adolescencia.	Sí, es una forma de garantizar los derechos con validez y eficacia.	Todas las autoridades exponen que mediante la custodia compartida se garantiza el interés superior del niño ya que este garantiza el desarrollo y los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes.
¿Cuáles serían los beneficios que aportaría la Custodia Compartida en el desarrollo de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes?	La presencia de ambos padres. Mayor seguridad y protección para los hijos e hijas.	El niño no siente que pierde a ninguno de los progenitores	Los hijos podrán crecer con equilibrio emocional atendido por ambos progenitores y entendiendo sus roles.	Que no es uno o una sino ambos progenitores los que asumen sus responsabilidades y roles como padre o madre respecto a sus hijos e hijas, otorgándoles cariño, seguridad, atención y permitiendo que crezcan con seguridad, equilibrio emocional y observando que no han perdido a ninguno de sus padres ya que ambos están ahí cumpliendo sus roles como tal.

<p>Considerando que las leyes apuntan a realidades sociales actuales y prevén situaciones futuras ¿En el Ecuador se podría incorporar de forma expresa mediante reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la Custodia Compartida como un mecanismo de progreso en igualdad, no discriminación y respeto del Interés Superior del Niño?</p>	<p>Si soy partidario de incorporar dicha figura jurídica para el beneficio de los niños y adolescentes.</p>	<p>Es indispensable que se acoja a la legislación comparada y se incorpore en nuestro código de la niñez y adolescencia.</p>	<p>Considero desde el punto de vista legal que si cabe una reforma, es necesaria y útil porque fortalecerá la situación del hijo.</p>	<p>Todos los jueces consideran que en el Ecuador debería existir una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin incorporar a la Custodia Compartida.</p>
<p>Considerando nuestra realidad social ¿Cuáles serían las limitantes que podría tener la Custodia Compartida en el Ecuador?</p>	<p>El hecho que se considera al padre como proveedor.</p>	<p>El hombre se ha convertido en dador, proveedor, intermitente.</p>	<p>Es necesario analizar aspectos psicológicos, materiales y logísticos.</p>	<p>Las limitantes principalmente están enfocadas en el pensamiento que existe en nuestro país respecto a que los padres tienen funciones de acuerdo al sexo se cree que la madre es quien cuida y el padre quien provee, pero los aspectos que se deben considerar de acuerdo a uno de los entrevistados corresponde a situaciones, estructurales, reglas y logística.</p>
<p>¿La Custodia Compartida podría ser acordada por los padres en mediación o de oficio o a petición de uno de los progenitores o a petición de ambos progenitores?</p>	<p>Se debe realizar con el acuerdo de los padres y también considerar la opinión del hijo.</p>	<p>Se debe considerar la opinión de los padres, existe la mediación sin perjuicio de hacerlo por la vía judicial.</p>	<p>Lo óptimo dentro del mismo proceso judicial, no obstante no se puede descartar la mediación.</p>	<p>La opinión de los padres es muy importante ya que se necesita mucho el acuerdo y la voluntad de ambos en ese sentido se puede acordar mediante la vía judicial pero sin descartar el acuerdo extrajudicial.</p>

Elaborado por: La Investigadora

Fuente: Los Entrevistados

3.3 Evaluación Preliminar

El presente trabajo de investigación, previo a la obtención del título de Abogada, cuya propuesta es una reforma de ley al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para la incorporación de la custodia compartida, ha sido validado de forma exitosa por parte de tres expertos, quienes ejercen dentro de la Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia.

3.4 Propuesta

Desarrollar un procedimiento que viabilice la custodia compartida como mecanismo para la aplicación del principio constitucional de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Considerandos:

Que, el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que los niños, niñas y adolescentes constituyen un grupo de atención prioritaria dentro de la sociedad.

Que, el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador establece la importancia del interés superior, en tal razón es el Estado, la sociedad y la familia los encargados en promover el desarrollo integral de este grupo de atención prioritaria.

Que, el Art. 69 de la Constitución de la República del Ecuador protege a las personas integrantes de la familia, promoviendo la corresponsabilidad materna y paterna así como también vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijas.

Para la vigencia del Interés Superior los derechos de los niños, niñas y adolescentes así como también la corresponsabilidad y la igualdad de los padres frente a sus responsabilidades se sugiere la siguiente reforma:

**PROPUESTA DE REFORMA DE LEY AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PARA LA INCORPORACIÓN DE LA CUSTODIA
COMPARTIDA**

Título II

DE LA PATRIA POTESTAD

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:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- Refórmese del siguiente modo:

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 al progenitor que demuestre mejores condiciones para ejercerla;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Deróguese el artículo 4 por ser inconstitucional.

“Ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”; **(DEROGADO)**

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será

obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

Título III

DE LA Custodia

Art. 118.- Refórmese el artículo 118 del siguiente modo:

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 o ambos progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Para confiar Custodia 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 lo siguiente.

Art. 119.- Sustitúyase el artículo 119 del siguiente modo:

Art. 119.- Reglas para confiar el ejercicio de la Custodia Compartida.- Para el ejercicio de la Custodia Compartida, se confiará a ambos progenitores el cuidado, educación y crianza de los hijos e hijas observando las siguientes reglas:

Añadir los siguientes numerales:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- El progenitor que no esté de acuerdo con la custodia compartida deberá fundamentar válidamente sus razones; por regla general se atribuirá la custodia a ambos progenitores.

3.- Antes de fijar el régimen de la Custodia Compartida, el Juez o la Jueza deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de los lactantes permanecerán con la madre durante el primer año de vida. En los casos de los niños o niñas que no hayan cumplido los 12 años se establecerá un régimen de convivencia compartida de cuya extensión no será mayor a un mes.

b) La opinión de los hijos que hayan cumplido 12 años deberá ser valorada por el Juez o Jueza.

c) Los resultados de los exámenes psicológicos y socioeconómicos a los que deberán someterse necesariamente ambos progenitores.

d) Cualquier otra circunstancia que sea necesaria para otorgar el ejercicio de la Custodia Compartida a los progenitores.

4.- La Jueza/Juez designará un especialista en Trabajo Social y Psicológica a fin de determinar las circunstancias particulares en las que se encuentren los niños, niñas y adolescentes, quienes deberán emitir informes mensuales durante los tres primeros meses y trimestrales hasta los dos primeros años, sobre la situación familiar, social, económica y psicológica que afrontan los niños, niñas y adolescentes en el desarrollo de la custodia compartida, pudiendo la autoridad reformar el régimen de convivencia compartida cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior.

5.- En los casos donde exista una única vivienda familiar se respetará lo que acuerden los progenitores, en caso de no existir acuerdo la autoridad la otorgará en función de lo que más convenga al ejercicio de los derechos de los hijos e hijas. Para otorgar la vivienda se preferirá al progenitor que objetivamente tenga mayores dificultades para el acceso a otra vivienda, de igual manera se considerará la situación económica que presente cada progenitor. La disposición sobre la atribución del uso de la vivienda por un progenitor podrá ser derogada, suspendida o modificada si cuando concurren circunstancias que expongan un uso indebido de la misma.

6.- Los gastos sobre la alimentación y vivienda deberán ser asumidos de forma independiente por los progenitores, sin embargo estos deberán compartir los gastos en lo concerniente a: educación, salud, vestuario u otros que se originen de forma extraordinaria.

7.- Las resoluciones sobre Custodia Compartida no causan ejecutoria. En tal virtud el Juez o Jueza podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al efectivo goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

8.- Los padres están en la obligación de cumplir de forma inmediata las disposiciones sobre la custodia compartida, pudiendo recurrirse al allanamiento de la vivienda.

Art. 120.- Sustitúyase el artículo 120 del siguiente modo:

Art. 120.- Reglas para suspender o extinguir el Ejercicio de la Custodia Compartida.- La Custodia Compartida de los padres podrá ser suspendida, modificada o extinguida a uno o ambos progenitores mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causales:

Añadir los siguientes numerales:

1.- La Custodia compartida podrá suspenderse por los siguientes motivos:

- a) Ausencia injustificada del progenitor por más de dos meses;
- b) Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la pérdida de la Custodia Compartida;
- c) Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
- d) Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
- e) Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,
- f) Cuando se incite, cause o permita al niño, niña o adolescente a ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectada podrá solicitar al Juez la restitución de la custodia compartida.

Suspendida la custodia respecto de uno de los progenitores, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor nombrado por la autoridad.

2.- La Custodia podrá perderse por uno o ambos progenitores, mediante resolución judicial en los siguientes casos:

- a) Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, del hijo o hija;
- b) Abuso sexual del hijo o hija;
- c) Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
- d) Interdicción por causa de demencia;

- e) Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a cuatro meses;
- f) Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que manifiesta este Código; y
- g) Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

Privado uno de los progenitores de la Custodia, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adaptabilidad del niño, niña o adolescente.

Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso penal.

Título IV

DEL DERECHO A VISITAS

Art. 122 Refórmese el artículo 122 del siguiente modo:

Art. 121.- Obligatoriedad.- Las visitas podrán regularse del siguiente modo:

- 1.- En lo referente al Régimen de Visitas dentro de la Custodia Compartida se respetará el acuerdo de los padres siempre que este no perjudique el Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes.

- 2.- En los casos donde la Custodia se ejerce de manera compartida por periodos menores a una semana no se regulará el régimen de visitas
- 3.- En los casos donde la Custodia se ejerce de manera compartida por periodos de una semana a un mes se regulará de forma optativa el régimen de visitas.
- 4.- En los casos donde la Custodia se ejerce de manera compartida por periodos mayores de un mes el régimen de visitas deberá ser regulado de forma obligatoria.
- 5.- En todos los casos en que el Juez confíe la custodia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intrafamiliar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Deróguese el Artículo 123.

Art. 124.- Extensión.- El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no, ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

Refórmese el Art. 125 de la siguiente manera:

Art. 125.- Retención indebida del hijo o la hija.- El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, Custodia, Custodia Compartida o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice este régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente a fin de entregar de inmediato a la quien deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

DISPOCIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas las disposiciones legales que atenten al ejercicio conjunto de la Custodia de los padres.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. Se ha evidenciado que la custodia de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador se otorga preferentemente a la madre, esto se debe a criterios patriarcales en los que se pretende atribuir funciones en razón al sexo, considerando que es la madre quien debe cuidar, educar y convivir con los hijos e hijas frente a la separación o divorcio mientras es el padre quien está catalogado como proveedor esto indudablemente genera criterios de segregación y discriminación que se legitiman a través de los presupuestos legales que constan en el artículos 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.
2. Nuestra legislación nacional en la cual incluimos los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Ecuador tiene un fuerte progreso en reconocimiento de derechos para los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su cuidado; así mismo se establecen preceptos con los que se les atribuyen responsabilidades a los progenitores respecto de sus hijo e hijas, de ahí que se puede determinar que el reconocimiento de derechos está estipulado en las normas, principalmente en la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia, no obstante la figura jurídica de la custodia compartida como tal no se estipula, sino más bien una tenencia atribuida a un

solo progenitor, lo cual transgrede el ejercicio de los derechos de los hijos e hijas y evade las responsabilidades de los progenitores.

3. La custodia compartida hoy en día representa una necesidad latente, puesto que tanto hombres como mujeres desarrollan diversos tipos de actividades, ya sean estas económicas, laborales, estudiantiles, etc., de ahí que a falta de la existencia de la figura jurídica de la custodia compartida ha generado que a raíz del divorcio se empleen otros medios para realizar el cuidado de los hijos en forma equitativa y responsable, se refiere a la tenencia partida, a través de la cual se ha tenido que separar a los hermanos siendo este un trato acto que va contra la integridad emocional de estos niños, niñas y adolescentes.

4. Por los antecedentes expuestos y estableciendo que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al respeto de su interés superior, así como los padres a ser tratados con igualdad ante la ley sin discriminación por razones de sexo u otra y a cumplir con sus responsabilidades paterno-materno en equidad se elabora el texto de propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida en la legislación nacional.

RECOMENDACIONES

1. Se debe reconocer que todas las personas a pesar de ser diferentes merecen ser tratadas como iguales, por ello independientemente del sexo de una persona no se le puede atribuir una característica que subestime o impida el desempeño en una determinada actividad, más cuando se trata de los roles parentales se debería atribuir en igualdad de condiciones el cuidado de los hijos a ambos progenitores.
2. La importancia que tienen las normas de un Estado no radica únicamente en el hecho de que se encuentren prescritas, ya que su verdadera efectividad se halla que estas se materialicen o sean aplicadas en la práctica, es importante con base al fundamento legal que existe en nuestro país respecto a al interés superior del niño y a la corresponsabilidad de los padres, atribuir la custodia de forma compartida y así precautelar el efectivo ejercicio de los derechos y deberes de los progenitores e hijos e hijas.
3. Se debe tener presente las necesidades que tanto padre como madres tienen en cuanto a su desarrollo personal y en respecto a la protección de la familia, por ello si es factible una custodia partida que afecta mayormente a la familia que una custodia compartida debería impedirse que los hermanos sean separados sino más bien fomentarse la unión familiar y el fortalecimiento de los lazos familiares.

4. Finalmente se considera que la custodia compartida aporta con grandes beneficios para los miembros de la familia, especialmente los derechos de los hijos e hijas, además permite el fortalecimiento de sus lazos afectivos y el cumplimiento de las responsabilidades que les competen a los progenitores, por estas razones debería atenderse a la propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia e incorporarse en nuestra legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, R., Aguirre, R. Aguirre, M., Aguirre, V. (2007). *La Tenencia de Menores en el Ecuador*. (1ª. Ed). Quito: Editorial Gráfica Cárdenas.
- Ambrosioni, C. (1982). *Enciclopedia Jurídica OMEBA TOMO VIII-I*. (S/E) Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina.
- Badaraco, V. (2011). *La mediación en el régimen de visitas: manual de orientación familiar proyectado hacia el fortalecimiento de las relaciones interpersonales*. (1ª. Ed). Quito: Biblioteca Jurídica.
- Bautista, C. (2007). *Síndrome de Alienación Parental: Efectos Psicológicos*. (S/E). ISSN: 1909-8391. Recuperado de <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=139012670007>.
- Bolaños, I. (2012). *El síndrome de alienación parental descripción y abordajes psicológicos*. Recuperado el 28 de agosto de 2014 de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf>
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II*. (29ª. Ed). Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII*. (29ª. Ed). Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2009). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV*. (31ª. Ed). Buenos Aires: Heliasta.
- Cabrera, J. (2008). *Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica*. (S/E). Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Cabrera, J. (2010). *Interés Superior –El Adendum a los Libros Escritos Sobre el Derecho de Menores-*. (S/E). Quito: Cevallos Editora Jurídica.

Cantón, J., Cortés, M. y Justicia, M. (2000). *Conflictos Matrimoniales, Divorcio y Desarrollo de los Hijos*. (S/E). Madrid: Ediciones Pirámide.

Chavarría, A. (2004). *Derecho sobre la familia y el niño*. (1ª. Ed). San José: EUNED.

Clavijo, J. (2008). *El Interés del Menor en la Custodia Compartida*. Universidad de Salamanca, Salamanca. Recuperado de: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18496/1/DDP_Interes%20menor%20custodia%20compartida.pdf

Código Civil. (2003). Registro Oficial N: 46 del 24 de Junio.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Registro Oficial N: 3 de Enero.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial N: 449 de 20 de octubre.

Convención Sobre los Derechos del Niño. (2005). Registro Oficial Suplemento N: 153 del 25 de Noviembre.

Cremades, G. (2012). *Hacia la Protección de la Familia*. (S/E). Navarra: Aranzadi

Declaración de los Derechos del Niño. (1959). Resolución 1386 (XIV) del 20 de Noviembre de 1959.

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Registro Autentico 1948. Resolución 217 A (II), de 10 de diciembre de 1948.

Durán, M. y Durán, A. (2014). Relaciones Paterno Filiales. Recuperado el 22 de Octubre del 2014 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodefamilia/2014/06/30/relaciones-paterno-filiales>

Echevarría, K. (2011). *La Guarda y Custodia Compartida de los hijos*. Universidad de Granada, Granada. Recuperado de: <http://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf>

Fernández, A. (2014). *La Familia y la Coparentalidad en el Perú*. Recuperado de: http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA

García, I. (2013). *La Patria Potestad*. (S/E). Madrid: Dykinson S. L. Recuperado de: http://books.google.es/books?id=3grdBAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

González, I. (2000). *Las crisis familiares. Revista Cubana de Medicina General Integral*. ISSN 1561-3038. Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-21252000000300010&script=sci_arttext

Lasarte, C. (2013). *Compendio de Derecho de Familia, Trabajo Social y Relaciones Laborales*. (2ª. Ed). Madrid: Dykinson S. L.

Ley Notarial. (2006). Registro Oficial N: 406 del 28 de Noviembre.

Ley N° 2002-305. (2002). Boletín oficial francés de 5 de marzo.

Ley N° 15. (2005). España, 8 de Julio.

Ley N° 29269. (2008). Perú, 4 de octubre.

Ley N° 005. (2009). Gaceta del Congreso Colombiana 271 del 5 de mayo.

Ley N° 13.058. (2014). Boletín oficial de Brasil de 24 de diciembre.

Ling, F. (2011). *Resumen de la Tenencia en el Código del Niño y el Adolescente Perú*. Recuperado de: <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>

- Martínez, E. (2013). *Propuesta de Incorporación de la Figura de la Tenencia Compartida en la Legislación Ecuatoriana*. Universidad de las Américas, Quito. Recuperado el 3 de septiembre de 2014 de <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/150>
- Mizrahi, M. (1998). *Familia, matrimonio y divorcio*. (S/E). Buenos Aires: Astrea
- Montalvo, J., Espinosa, M., Pérez, A. (2013). *Análisis del ciclo vital de la estructura familiar y sus principales problemas en algunas familias mexicanas*. Revista Semestral de la Facultas de Estudios Superiores Iztacala- UNAM. Recuperado de: <http://alternativas.me/attachments/article/37/7.%20An%C3%A1lisis%20del%20ciclo%20vital,%20de%20la%20estructura%20familiar%20y%20principales%20proble~.pdf>
- Morales, H. y Castillo, J. (2011). *La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y derecho*. Recuperado el 25 de agosto de 2014 de <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia/article/viewFile/163/160>
- Ormaza, V. (2013). *Necesidad de regular la Custodia Compartida en caso de divorcio en los Arts. 108 y 115 del Código Civil Ecuatoriana*. Universidad Nacional de Loja, Loja. Recuperado el 6 de septiembre de 2014 de <http://hdl.handle.net/123456789/149>
- Parraguez, R. (2004). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia*. (7ª Ed). Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Pecheny, M. y Petracci M. (2006). *Derechos Humanos y sexualidad en la Argentina*. Recuperado el 1 de septiembre de 2014 de http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010471832006000200003&script=sci_artext&tlng=es
- Pérez, A. (1994). *Derecho de Familia*. (1ª Ed). Distrito Federal de México: Fondo de Cultura Económica.

- Pérez, J. (2007). *Tratado de Derecho de Familia*. (1ª. Ed). España: Lex Nova.
Recuperado de:
https://books.google.com.ec/books?id=3YxVzm_D5S0C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false
- Pérez, L. y Acedo, A. (2010). *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Buenos Aires: Editorial Reus. Recuperado de: http://books.google.com.ec/books?id=pO-7cFbzSRcC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Pérez, R. (2010). *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. (S/E). Quito: Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma.
- Ragel, L. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*. (S/E). Madrid: Editorial Reuz. Recuperado de: <http://books.google.es/books?id=oGnlW8c1uQC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
- Ramos, R. (2014). *Derecho de Familia, Tomo I*. (7ª. Ed). Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rapallini L. (2011). *Perspectivas De La Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias. Seminario De Derecho Internacional En Materia De Derecho De Familia Y Niñez*. Recuperado el 29 de agosto de 2014 de https://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_lilian_a_rapallini.pdf
- Ribó, L. (2012). *Diccionario de Derecho*. (4ª. Ed). Barcelona: Bosch.
- Simón F. (2008). *Derechos de la niñez y adolescencia: la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. (S/E). Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Oliva, A. (2006). *Relaciones Familiares y desarrollo adolescente*. Anuario de Psicología de la Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona. Vol. 37, Nº 3, 209-223. Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/anuariopsicologia/article/viewFile/61838/82584>

Oropeza, L. (2007). Síndrome de Alienación Parental, Actores Protagonistas. (2^a Ed).
ISSN 1818-1023. Recuperado de:
<http://revistapsicologia.org/index.php/revista/article/view/47/44>



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL ECUADOR
SEDE AMBATO
SERÉIS MIS TESTIGOS

APENDICE

Apéndice N° 1: Entrevista Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

CUESTIONARIO DIRIGIDO AL DEPARTAMENTO DE PSICOLOGIA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA.

**Sr. Psicólogo de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón
Latacunga**

1. ¿Desde su experiencia, cuales son los principales efectos del divorcio en los hijos e hijas menores de 18 años?
.....
2. ¿Los efectos que provoca el divorcio o separación de los padres en los hijos e hijas menores de 18 años, disminuye cuando existe un Régimen de Visitas que se cumple?
.....
3. ¿En qué medida favorece al desarrollo integral de los hijos e hijas menores de 18 años la comunicación constante entre los padres separados o divorciados?
.....
4. ¿Sabe usted en que consiste la Custodia Compartida?
.....
5. ¿En qué medida considera usted que beneficiaría al desarrollo integral de los hijos e hijas una Custodia Compartida?
.....
6. ¿Qué piensa usted de las sociedades que han adoptado la Custodia Compartida?
.....

7. ¿Cuáles considera usted que serían las dificultades para la aplicación de la Custodia Compartida en nuestro país?
.....
8. ¿Qué sería necesario para poder otorgar la Custodia Compartida?
.....
9. ¿En caso de incorporarse la Custodia Compartida en nuestro país, para su aplicación debería existir un seguimiento en las familias donde se haya otorgado y cómo se debería realizar?
.....
10. De los casos que se tramitan en la Unidad de familia mujer niñez y adolescencia, ¿existe seguimiento psicológico, en alguno de ellos, en cuál?
.....
11. ¿Considera usted que la Custodia Compartida se podría acordar en mediación?
.....



Apéndice N° 2: Entrevista Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

**CUESTIONARIO DIRIGIDO A LOS JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA,
MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA**

Sr. Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Latacunga

1. ¿Considera usted que la tenencia unipersonal permite el cumplimiento del Interés Superior del Niño?
.....
2. ¿Cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los niños y niñas y cuáles son los aspectos legales que usted considera para otorgar la tenencia en el caso de los adolescentes?
.....
3. ¿Qué opina usted sobre el principio de igualdad y no discriminación que establece el numeral 4 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador frente al numeral 2 y 4 del Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el que se prefiere a la madre sobre el padre para el ejercicio de la tenencia respecto de los hijos?
.....
4. ¿Existe algún mecanismo jurídico para velar el cumplimiento del Interés Superior del Niño, después de que por el divorcio o separación de los padres?
.....
5. ¿Conoce usted en que consiste la Custodia Compartida?
.....
6. ¿Considera usted que mediante la Figura de la Custodia Compartida se garantiza el Principio del Interés Superior?

-
- 7.** ¿Cuáles serían los beneficios que aportaría la Custodia Compartida en el desarrollo de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes?
-
- 8.** Considerando que las leyes apuntan a realidades sociales actuales y prevén situaciones futuras ¿En el Ecuador se podría incorporar de forma expresa mediante reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la Custodia Compartida como un mecanismo de progreso en igualdad, no discriminación y respeto del Interés Superior del Niño?
-
- 9.** Considerando nuestra realidad social ¿Cuáles serían las limitantes que podría tener la Custodia Compartida en el Ecuador?
- 10.** ¿La Custodia Compartida podría ser acordada por los padres en mediación o de oficio o a petición de uno de los progenitores o a petición de ambos progenitores?
-



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL ECUADOR
SEDE AMBATO
SERÉIS MIS TESTIGOS

Apéndice N° 3: Evaluación Preliminar Dr. Galo Salguero

EVALUACIÓN PRELIMINAR

Latacunga, 12 de Junio de 2015

De acuerdo al requerimiento de la señorita LISSETH FERNANDA SALINAS ANGULO, con cédula de ciudadanía 050289023-9, manifiesto lo siguiente:

La propuesta del trabajo de investigación, previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, titulado “La Custodia Compartida como mecanismo para la aplicación del Principio Constitucional del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes”, aporta al derecho ya que mediante esta se recomienda que ambos progenitores ejerzan en igualdad los deberes y derechos respecto a sus hijos aun cuando estos se encuentren separados o divorciados a través de la Custodia Compartida y con ello se cumpla la corresponsabilidad paternal.

Atentamente,

Dr. GALO ANTONIO SALGUERO BARBA
JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA



Apéndice N° 4: Evaluación Preliminar Ab. Amanda Gálvez

EVALUACIÓN PRELIMINAR

Latacunga, 15 de Junio de 2015

De acuerdo al requerimiento de la señorita LISSETH FERNANDA SALINAS ANGULO, con cédula de ciudadanía 050289023-9, manifiesto lo siguiente:

La propuesta del trabajo de titulación, previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, titulado "La Custodia Compartida como mecanismo para la aplicación del Principio Constitucional del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes", constituye un aspecto positivo dentro del derecho de familia, niñez y adolescencia, por cuanto a través del mismo se sugiere un medio como lo es la Custodia Compartida para garantizar de mejor forma la aplicación Principio Constitucional del Interés Superior de niño.

Atentamente,



AB. AMANDA LISETTE GALVEZ DIAZ
SECRETARIA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL ECUADOR
SEDE AMBATO
SERÉIS MIS TESTIGOS

Apéndice N° 5: Evaluación Preliminar Psicólogo Mario Sinchiguano

EVALUACIÓN PRELIMINAR

Latacunga, 12 de Junio de 2015

De acuerdo al requerimiento de la señorita LISSETH FERNANDA SALINAS ANGULO, con cédula de ciudadanía 050289023-9, manifiesto lo siguiente:

La propuesta del trabajo de titulación, previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, titulado "La Custodia Compartida como mecanismo para la aplicación del Principio Constitucional del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes", se presenta como un tema muy valioso que aporta elementos fundamentales para el adecuado desarrollo emocional de los niños, niñas y adolescentes, ya que está encaminado en fortalecer los lazos afectivos paterno y materno filiales.

Atentamente,


 CONSEJO DE LA JUDICATURA DE COTOPAXI
 Unidad de la Familia
 PSCL. Mario Sinchiguano
 Niñez y Adolescencia
 PSICÓLOGO

PSICÓLOGO PERITO DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA