



1859

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO.**

TITULO

**“NECESIDAD DE REGULAR LA CUSTODIA
COMPARTIDA EN CASO DE DIVORCIO EN LOS ARTS.
108 Y 115 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”**

**TESIS PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL TITULO DE
ABOGADO**

AUTOR:

Víctor Manuel Estuardo Ormaza Cruz

DIRECTOR:

Dr. Mario Chacha Vásquez

LOJA-ECUADOR

2013

CERTIFICACIÓN

Dr. Mario Chacha Vásquez, Docente de la carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la Universidad Nacional de Loja.

CERTIFICO:

Haber revisado prolijamente la Tesis de Grado bajo el título **“NECESIDAD DE REGULAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE DIVORCIO EN LOS ARTS. 108 Y 115 DEL CODIGO CIVIL ECUATORIANO”** realizado por el postulante Víctor Manuel Estuardo Ormaza Cruz, por cuanto reúne los lineamientos metodológicos de la Universidad Nacional de Loja; Autorizo su presentación para la defensa y sustentación ante el tribunal correspondiente.

Atentamente,



Dr. Mario Chacha Vásquez

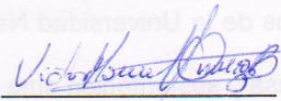
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, **Víctor Manuel Estuardo Ormaza Cruz**, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

Firma:



Cédula:

1708896368

Fecha:

10 de Mayo del 2013

Autor:

Víctor Manuel Estuardo Ormaza Cruz

AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, a la Carrera de Derecho, al Dr. Mario Chacha Vásquez, Director de la Tesis y a todos los docentes que compartieron con esmero y desinterés sus experiencias en el campo del derecho hasta lograr alcanzar mi sueño anhelado.

Víctor Manuel Estuardo Ormaza Cruz

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo, lo dedico a Dios, dador de la vida, a mi cónyuge y a mis hijos quienes supieron darme fuerzas para culminar mi carrera.

A todos ellos muchas gracias.

Víctor Manuel Estuardo Ormaza Cruz

TABLA DE CONTENIDOS

Portada

Certificación

Autoría

Agradecimiento

Dedicatoria

1.- TITULO

2.- RESUMEN

2.1 ABSTRACT

3.- INTRODUCCIÓN

4.- REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Matrimonio

4.1.2 Divorcio

4.1.3 Progenitores

4.1.4 Hijos

4.1.5 Custodia legal

4.1.6 Custodia monoparental

4.1.7 Custodia compartida

4.1.8 Corresponsabilidad de los progenitores

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 La custodia de menores.- Generalidades.- Tipos de custodias

4.2.2 La Custodia y las Visitas

4.2.3 Patria potestad vs. Custodia

4.2.4 La disputa legal por la custodia afecta negativamente a los hijos

4.2.5 La custodia compartida de los hijos pasará a ser "preferente" en separaciones y divorcios

4.2.6 Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia

4.2.7 Tipos de custodias compartidas, ventajas y requisitos formales

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1 La Constitución de la República del Ecuador

4.3.2 Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez

	y Adolescencia
4.3.3	Código Civil
4.4.	LEGISLACION COMPARADA
4.4.1	Legislación Colombiana
4.4.2	Legislación Costarricense
4.4.3	Legislación Salvadoreña
5.	MATERIALES Y MÉTODOS
5.1.	Materiales
5.2.	Métodos
5.3.	Técnicas
6.	RESULTADOS
6.1.	Resultado de la aplicación de la encuesta
7.	DISCUSIÓN
7.1.	Verificación de Objetivos
7.2	Constatación de la Hipótesis
7.3.	Fundamentación Jurídica de la Reforma Legal
8.	Conclusiones
9.	Recomendaciones
9.1.	Propuesta Jurídica
10.	Bibliografía
11.	ANEXOS
	Anexos 1
	Anexos 2
	Índice

1. TITULO

**“NECESIDAD DE REGULAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE
DIVORCIO EN LOS ARTS. 108 Y 115 DEL CODIGO CIVIL
ECUATORIANO”**

2. RESUMEN

La norma contenida en el artículo 69, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado protegerá a los progenitores y a los jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

Sin embargo dentro del Código Civil no se regula la corresponsabilidad de los progenitores en caso de divorcio, puesto solo se reconoce la custodia monoparental, cuando la norma constitución reconoce la custodia compartida como el mecanismo más idóneo que causa menos impacto en los hijos en los casos de separación de sus progenitores.

Ante la problemática antes descrita decidí elaborar el presente trabajo investigativo titulado: "NECESIDAD DE REGULAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE DIVORCIO EN LOS ARTS. 108 Y 115 DEL CODIGO CIVIL ECUATORIANO" en el que realizo un análisis doctrinario de la custodia de menores.- Generalidades.- Tipos de custodias, La Custodia y las Visitas, Patria potestad vs. Custodia, La disputa legal por la custodia afecta negativamente a los hijos, La custodia compartida de los hijos pasará a ser "preferente" en separaciones y divorcios, Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia, Tipos de custodias compartidas, ventajas y requisitos formales; así también se analiza jurídicamente en la Constitución de la República del Ecuador, Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil, la corresponsabilidad de los progenitores logrando demostrar la falencia de la ley y la necesidad urgente de reformar la norma contenida en los artículos 108 y 115 del Código Civil, con la finalidad de regular la custodia compartida al tenor de lo que dispone la norma constitucional.

Por consiguiente dentro de este trabajo se recogen los argumentos teóricos, resultados de la investigación de campo, en cuyo análisis se demuestra la necesidad de establecer el mecanismo que permita aplicar la custodia compartida, siendo esta la idea principal de mi trabajo de tesis, con lo que espero se contribuya a solucionar esta problemática.

2.1 ABSTRACT

The rule contained in Article 69, paragraph 5 of the Constitution of the Republic of Ecuador provides that the State shall protect the parents and heads of household, in the exercise of their duties. Promote maternal and paternal responsibility and monitor the implementation of reciprocal rights and duties of parents and children.

However within the Civil Code does not regulate the responsibility of the parents in case of divorce, since only recognized sole custody when the constitution recognizes standard joint custody as the best mechanism that causes less impact on the children in cases separation of their parents.

Given the problems described above decided to develop this research paper entitled: "need to regulate joint custody in divorce in Arts. 108 and 115 of the Ecuadorian Civil Code "on the doctrinaire I perform an analysis of child custody. - General. - Types of custody, custody and visitation, custody vs. Custody, the legal dispute over custody negatively affects the children, joint custody of the children will be "preferred" in separations and divorces, custody: an alternative that focuses on family dissolution not, Types of joint custody , advantages and formal requirements legally well analyzed in the Constitution of the Republic of Ecuador Reform Act Title V, Book II of the Code of Children and Adolescents and the Civil Code, the responsibility of the parents making the failure to demonstrate of law and the urgent need to reform the rule laid down in Articles 108 and 115 of the Civil Code, in order to regulate the custody tenor of what has the constitutional provision.

Therefore in this paper reflected the theoretical arguments, results of field research, in which analysis shows the need for the mechanism to implement joint custody, being the main point of my thesis work, so I hope it helps to solve this problem.

3. INTRODUCCIÓN

Custodia de menores es un término legal que se utiliza para describir la relación y las obligaciones entre uno de los padres y el hijo en vista de situaciones en las que ambos padres del niño no desean más compartir la relación entre sí. Dicha situación puede implicar un divorcio, una anulación o una separación, en la que los niños presentes en la relación no pueden vivir con ambos padres y deben estar bajo el cuidado primario de uno de ellos, quien tomará las decisiones por el niño y cuidará de él.

Una de las partes más difíciles y dolorosas para una madre o un padre que cría solo a sus hijos es el tema de la custodia y el de las visitas. Los padres tienen que llegar a un acuerdo en cuanto a las responsabilidades de cada uno, a la custodia y a los derechos de visita hasta que el hijo tenga 18 años, pero si no se ponen de acuerdo, el juez tiene que decidir.

Uno de cada cuatro niños cuyos padres se encuentran en proceso de separación con conflictos por su custodia padece el Síndrome de Alienación Parental o SAP, un estado provocado por la manipulación de los hijos por parte de uno de los progenitores (normalmente el o la que tiene la custodia) en contra del otro progenitor y que provoca, en mayor o menor grado, el rechazo de los hijos hacia este último.

En esas circunstancias surge la custodia compartida que es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.

Al respecto el artículo 69, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado protegerá a los progenitores y a los jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, por lo tanto establece la custodia compartida, de allí la necesidad de regular esta figura jurídica dentro del Código Civil en los artículos 108 y 115 en los casos de divorcio.

El presente trabajo investigativo titulado: **“NECESIDAD DE REGULAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE DIVORCIO EN LOS ARTS. 108 Y 115 DEL CODIGO CIVIL ECUATORIANO”**, analiza la insuficiencia de la norma que no permite aplicar la custodia compartida en los casos de divorcio, comenzando por conceptualizar: Matrimonio, Divorcio, Progenitores, Hijos, Custodia legal, Custodia monoparental, Custodia compartida y Corresponsabilidad de los progenitores; desde un marco doctrinario se analiza: La custodia de menores.- Generalidades.- Tipos de custodias, La Custodia y las Visitas, Patria potestad vs. Custodia, La disputa legal por la custodia afecta negativamente a los hijos, La custodia compartida de los hijos pasará a ser "preferente" en separaciones y

divorcios, Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia, Tipos de custodias compartidas, ventajas y requisitos formales; así también se analiza jurídicamente se analiza la corresponsabilidad de los progenitores dentro de la Constitución de la República del Ecuador, Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil, las obligaciones y derechos que genera y desde el derecho comparado con legislaciones de Colombia, Costa Rica y El Salvador, con el objetivo principal de armonizar la normativa en relación a la custodia compartida y sobre todo para proteger los intereses de los menores en caso de divorcio de sus progenitores; es así que a través de los referentes teóricos y la correspondiente investigación de campo se ha determinado que:

La norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, es por ello que se hace necesario establecer nuevos mecanismos legales en caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, a efecto de regular la custodia de los hijos; en esas circunstancias surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los mismos; lo que ha sido plasmado en la propuesta de reforma jurídica que pongo a consideración.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

Para comenzar a abordar el desarrollo del presente trabajo investigativo considero que, en primer lugar es necesario tener una idea clara sobre lo que significan: matrimonio, divorcio, progenitores, hijos, custodia legal, custodia monoparental, custodia compartida, corresponsabilidad de los progenitores, por lo que a continuación me permito citar algunas definiciones sobre estos temas.

4.1.1 Matrimonio

Luis Martínez Vázquez de Castro, define al matrimonio de la siguiente manera:

“El matrimonio es tradicionalmente la unión legal entre un hombre y una mujer, que adoptan una vida juntos, guiados por el amor mutuo, como marido y mujer, con el fin de la procreación; aunque actualmente en algunos países la ley permite y avala el matrimonio homosexual, es decir, entre personas del mismo sexo. El vocablo matrimonio viene de “matrimonium”, palabra que en latín significa “madre”, lo cual expresa la importancia de la maternidad y la procreación, como fin supremo, en esta unión. La procreación no es

posible en el caso de los matrimonios homosexuales, no obstante, en algunos países tienen la posibilidad de adoptar, para poder constituir una familia¹”.

Por consiguiente puedo decir que el matrimonio es una institución legal que da efectos jurídicos al derecho natural de unión amorosa y sexual entre dos seres para llevar adelante una vida en común y constituir una familia, teniendo como uno de sus principales fines, la procreación y la educación y el cuidado de la prole. Con la legalización de los matrimonios homosexuales, tendría más bien que aceptarse otra definición que no incluiría el fin de la procreación, aunque sí la de educación de los hijos, que podrían adoptarse, si la ley lo permitiera.

Uno de los primeros esfuerzos del pensamiento ilustrado fue explicar que el mundo no significa un orden, una fatalidad recibida por mandato divino. La organización de la convivencia sólo depende de las leyes humanas. Asumir esta verdad supuso que el matrimonio dejase de ser un sacramento para convertirse en un contrato, un medio de equilibrar los intereses de la sociedad y las llamadas de la naturaleza, las leyes y los orgasmos.

En conclusión puedo decir que el matrimonio es la palabra que nos permite designar a la unión que se produce entre un hombre y una mujer a través de diferentes ceremonias o prácticas.

¹VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez, El concepto de matrimonio en el Código Civil, Editorial Civitas, Madrid-España, 2008, pág. 29.

Existen dos tipos de matrimonios ampliamente extendidos en nuestra sociedad, el matrimonio religioso, que es aquel que se celebra de acuerdo a lo que dispone la ley eclesiástica y por otra parte, el matrimonio civil, que es aquel que se contrae y celebra ante el consentimiento de una autoridad civil.

Entonces, el matrimonio civil, una vez que es contraído, impondrá a cada una de las partes tanto derechos como obligaciones que deberán sí o sí ser observados porque de lo contrario implicarán reclamos ante el órgano o autoridad competente. Por tratarse de una unión celebrada ante el estado como garante, éste debe velar porque los derechos y obligaciones de los involucrados se cumplan efectivamente; en aquel caso en el cual el cónyuge no cumpla con sus obligaciones podrá ser demandado ante la justicia para que respete la obligación aceptada oportunamente.

4.1.2 Divorcio

El Diccionario Jurídico Mexicano al referirse al matrimonio, manifiesta:

“El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento.²”

²UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 2001, pág. 61.

Por lo tanto puedo decir que el divorcio es la consecuencia de la decisión acordada entre los dos cónyuges o tan solo la voluntad de uno de ellos, según corresponda el caso, de disolver el vínculo matrimonial por las diferencias irreconciliables que se suscitaron en la pareja.

Desde que existe la figura del matrimonio ha existido a su lado la del divorcio, aunque claro, en los tiempos más remotos era más común que tanto el hombre o la mujer solicitasen el mismo como consecuencia del adulterio de la otra parte y no como se ha hecho común hoy en día, más que nada entre las celebrities, por diferencias irreconciliables surgidas de la convivencia.

El divorcio deberá ser pedido y tramitado ante un tribunal que se ocupa de las cuestiones civiles o de familia y como decía más arriba, puede ser pedido por los dos cónyuges luego de un acuerdo previo o solicitada por una sola de las partes. Luego de la sentencia favorable, la persona no vuelve al estado civil de soltero, sino de divorciado, pero de todos modos esto es por ejemplo lo que le permitirá poder casarse nuevamente.

Pero el divorcio trae aparejado algunas cuestiones que una vez que queda instituido deberán resolverse también sí o sí como consecuencia de este, como ser, en el caso de haber bienes en común deberán ser divididos en partes iguales y en la circunstancia que haya hijos en común lo que se hará es dirimir, también en un tribunal, la patria potestad de los chicos y luego

establecer un régimen de visitas para aquel cónyuge que no se haya quedado con la tenencia pero que quiere por supuesto cumplir su rol de padre/ madre.

4.1.3. Progenitores

En el sitio web divorcieitor.com, se da la siguiente definición de progenitores:

“Son los padres respecto de sus hijos. Los progenitores en los procedimientos de separación o divorcio con hijos o guarda y custodia pueden tener una custodia compartida, o tener la custodia atribuida a uno de los progenitores, el derecho de visitas y la obligación de prestar alimentos al otro³”.

De acuerdo a la definición anotada podemos decir que progenitores son los que procrean o engendran, esto es el padre o la madre; por extensión cualquier otro ascendiente en línea recta.

En conclusión se le denomina progenitores a los parentales de un individuo. Siempre y cuando estos hayan sido los contribuyentes genéticos. Sólo son progenitores los padres con los cuales un hijo comparte información genética.

³[Divorcieitor.com](http://divorcieitor.com).

4.1.4. Hijos

El diccionario jurídico de Anbar nos da la siguiente definición de hijos:

“Se llama a aquel individuo o animal respecto de su madre y de su padre. De alguna manera, todos los seres humanos somos hijos, ya que todos tenemos padres, aunque los mismos ya hayan fallecido o se encuentren lejos de sus hijos porque viven en un lugar lejano⁴”.

Por consiguiente el hijo es el descendiente en primer grado de una persona. De la relación paternofilial se deriva una larga serie de derechos y obligaciones, algunos de los cuales afectan exclusivamente al concepto padre (o madre, en su caso) e hijo.

Los hijos pueden ser de distintas calificaciones legales, originadas en la situación de sus progenitores en el momento de la concepción y del nacimiento, principalmente según que esas circunstancias ocurriesen dentro o fuera del matrimonio.

4.1.5. Custodia legal

Raquel Castillejo Manzanares en su obra Guardias y Custodia de hijos menores, define a la custodia legal de la siguiente manera:

⁴ANBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca Ecuador 2001, pág. 31.

“En el ámbito del derecho familiar se designa como custodia legal a la situación jurídica que se desarrolla a partir de la sentencia que emite un tribunal o un juez y que le otorga a un individuo o a varios, la guarda y custodia de un menor de edad o de un individuo con discapacidad y que por tanto es incapaz de valerse por sí mismo. Esta situación habitualmente se da en casos de separación matrimonial o divorcio de los padres, en cuyo caso es necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (muy distinto a la patria potestad)⁵”.

Se denomina custodia legal o guardia legal, en derecho de familia, a la situación jurídica que se da cuando un tribunal otorga mediante una sentencia la guarda y custodia de un menor de edad o incapacitado a una o varias personas.

Esta situación se puede presentar en diversos casos, aunque habitualmente se da en casos de: separación matrimonial o divorcio de los padres, siendo necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (no confundir con la patria potestad); orfandad, en los que es necesario buscar a una persona o entidad que se haga cargo de la debida protección de los niños.

La custodia legal supone una serie de deberes y responsabilidades del adulto con respecto al menor o incapaz. Tiene deber de manutención y cuidado del mismo, y asume las responsabilidades que ello conlleva.

⁵CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guardia y Custodia de Hijos Menores: Las Crisis Matrimoniales y de Parejas*, Editorial La Ley, Madrid-España, 2007, pág. 78.

En ocasiones también puede suceder que alguien que ostenta la custodia legal quiera deshacerse de dicha obligación, ya sea por incapacidad económica (por ejemplo, madres sin recursos que dan al hijo en adopción) o por no verse capaces de educar correctamente a un hijo problemático.

4.1.6. Custodia monoparental

El diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, define a la custodia monoparental en los siguientes términos:

“Se entiende aquella que está compuesta por un solo miembro de la pareja progenitora (varón o mujer) y en la que los hijos, de forma prolongada, pierden el contacto con uno de los padres. Aunque la crianza de un niño puede ser llevada a cabo tanto por hombres como mujeres, en esta materia, según demuestra las estadísticas, no ha habido grandes cambios. Entre un 80 y un 90% de los hogares monoparentales tienen a la madre (biológica o adoptiva) como responsable⁶”.

Por lo tanto puedo decir que la custodia monoparental consiste en los casos de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, en darle la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos. En algunos casos esta solución del conflicto posconyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Sin embargo, hay muchos otros casos en que puede fracasar.

⁶ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000, pág. 19.

La custodia monoparental impuesta ha animado así a todo padre o madre despechado que se ha encontrado en posición ventajosa para ser el ganador, a poner demanda judicial para que al otro se le retirara la custodia. Casi siempre ganaría. Conseguiría, no sólo succulentos beneficios materiales sino, de paso, hundir al otro en la ruina moral. La madre (o padre) que ha vislumbrado probabilidades de ser el perdedor, se ha visto empujada a alejarse emocionalmente de sus hijos si quería no sufrir. De todos los elementos que hay en esta ley, el más aberrante es que, una vez producida una demanda, el Juez ha tenido que interpretarla como un derecho de cualquier progenitor a vetar la posibilidad de que ambos conserven la custodia legal; esto significa que por esta ley, se ha obligado al juez a respetar el “litigien a muerte: uno perderá la custodia”.

La custodia monoparental es la usual en países de raigambre latina.

4.1.7 Custodia compartida

Ivars Ruiz, en su obra *Guarda y Custodia Compartida* nos da la siguiente definición:

“La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos⁷”.

⁷IVARS RUIZ, J, *Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2008, pág. 62.

Igual que se ha superado el estereotipo de que el hombre es el que proporcionaba el sustento familiar y la mujer debería ocuparse de las tareas domésticas y los hijos, ahora es ya de superar otro estereotipo que existe cuando las parejas se separan. A saber, que es la madre la que ha de mantener la guarda y custodia del hijo, por ser madre y el padre tener un régimen de visitas que no va más allá de ver al hijo fines de semana alternos y medias vacaciones. Como si por ser madres cumplieren cien por cien y los padres fuesen unos despreocupados e irresponsables, aunque exista algún caso. Hay que tender a la guarda y custodia compartida que no quiere decir exactamente que el hijo pase semanas o meses alternos con uno de los dos, sino que debe haber reparto equitativo y más proporcionado del tiempo en que gozan del hijo, con matices y variedades en la guarda y custodia según dónde y cómo vivan los padres.

Así mismo deberían repartirse las cargas económicas que la educación y la crianza llevan consigo y no hacerlas recaer sobre el padre, sobre todo, como viene ocurriendo. Esto es una antigualla. Los padres se pueden separar pero eso no significa que los hijos deban separarse más de un progenitor que del otro, pues los padres los son al cincuenta por ciento, o sea a partes iguales. Se puede argumentar que hay casos en el que el padre no está por la labor de ocuparse de la labor educativa y sus cuidados en igualdad de circunstancias, si esto se demuestra, pero también hay madres ya que no cumplen sus responsabilidades conforme a lo esperado.

En ambos casos, si no se ponen de acuerdo ambos progenitores, debería ser el juez quien decidiese, a la vista de cada caso y sus peculiaridades, qué criterio o qué pautas seguir, pero en principio la guarda y custodia compartida evitaría muchos abusos como se han dado y dan por parte del progenitor que la detenta y los hijos gozarían de ambos padres a partes iguales o casi iguales en beneficio de su salud, su educación y su estabilidad emocional que bien se lo merecen puesto que no son culpables de que sus padres se lleven tan mal que se hayan separado. Parece que poco a poco el tema de la guarda y custodia compartida va calando en la sociedad afortunadamente.

4.1.8 Corresponsabilidad de los progenitores

El diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche, manifiesta:

“Es la que obliga a compartir o repartir equitativamente las funciones de cuidado, educación y crianza en ambos padres, sin perjuicio que sea uno de ellos el que tenga la custodia o tenencia⁸”.

Esto es importante, puesto que en el régimen actual, el padre no custodio se limita básicamente a proveer y a mantener una relación directa y regular, pero a la hora de la toma de decisiones en cosas tan importantes como en que colegio ha de estudiar, que religión ha de profesar u otras similares,

⁸ESCRICHE Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición aumentada, Editorial de Eduardo Cuesta, Madrid-España, 2001, pág. 15.

pareciera ser que no tiene nada que decir, versus el padre a quien se ha confiado el cuidado personal. De otra parte, al separar “Cuidado personal” de “Custodia” se permite que mientras la primera sea compartida, la segunda pueda no serlo si ello es mejor para la estabilidad y los intereses superiores del niño o niña. Sin embargo, la idea de “Corresponsabilidad” obliga de todos modos a delimitar o a convenir de qué modo se compartirán o repartirán las funciones por los padres, lo que presupone una posible mayor judicialización.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 La custodia de menores.- Generalidades.- Tipos de custodias

“Custodia de menores es un término legal que se utiliza para describir la relación y las obligaciones entre uno de los padres y el hijo en vista de situaciones en las que ambos padres del niño no desean más compartir la relación entre sí. Dicha situación puede implicar un divorcio, una anulación o una separación, en la que los niños presentes en la relación no pueden vivir con ambos padres y deben estar bajo el cuidado primario de uno de ellos, quien tomará las decisiones por el niño y cuidará de él. Los tribunales estatales tienen jurisdicción para decidir si el niño vivirá con el padre o la madre basándose en los mejores intereses del niño⁹”.

Comúnmente, al decidir los arreglos de custodia, cada estado tiene en cuenta factores que de una u otra forma incluyen lo siguiente:

- Edad y sexo del niño.
- Vínculos afectivos entre las partes implicadas y el niño.
- Relación entre el niño y sus hermanos, si tiene alguno.
- La capacidad de las partes que solicitan la custodia para brindar un entorno de crianza afectivo para el niño.

⁹ JUSTICIA, M.D., y CANTÓN, J., Disposiciones de custodia y adaptación de los hijos al divorcio, Editorial pirámide, Madrid-España, 2000, pág. 102.

- La capacidad y medios para brindarle al niño comida, vestimenta, atención médica y otros cuidados necesarios.
- Las características de las partes que solicitan la custodia: edad, salud física y mental, estabilidad, carácter.
- El efecto de la continuación o interrupción propuesta del hogar existente del niño.
- Las preferencias del niño, si el juzgado considera que el niño es lo suficientemente maduro física y mentalmente para tomar dichas decisiones.
- La capacidad de las partes implicadas de llegar a un arreglo aceptable con respecto al régimen de visitas al niño.
- Abuso o violencia doméstica presenciada por el niño cometida por cualquiera de los padres hacia el niño, hacia otro hermano/pariente cercano o entre los padres.
- Otros factores importantes propios del conflicto de la custodia de un menor.

La doctrina y algunas legislaciones reconocen los siguientes tipos de custodia:

Custodia física

Uno de los padres tendrá derecho a que el niño viva con él/ella. Cuando el niño vive la mayor parte del tiempo con uno de los padres y tiene derechos de régimen de visitas con el otro, el padre con el que el niño vive

principalmente tiene custodia física única. En situaciones en las que existe una custodia física conjunta, ambos padres tienen derecho a pasar mucho tiempo con el niño y a que el niño viva con ellos, siempre que los padres vivan en la misma área.

Custodia legal

Esto significa que uno de los padres tendrá el derecho y la responsabilidad de tomar decisiones sobre el cuidado y la crianza del niño, incluyendo educación, atención médica, religión, etc. Si los padres comparten una custodia legal conjunta, ambos tendrán la oportunidad de ser partícipes de la toma de decisiones sobre el bienestar de su hijo. Sin embargo, si los padres tienen opiniones divergentes acerca del bienestar de su hijo, es posible que sea necesaria la intervención del juzgado.

Custodia conjunta

Esto significa que los padres comparten la responsabilidad de cuidar al niño y tomar decisiones sobre cuestiones respecto a educación, salud, etc. La mayoría de los estados reconoce dos tipos de custodia conjunta: custodia física y custodia legal.

Custodia única

En este arreglo, el juzgado concede solamente a uno de los padres la custodia legal y/o física del niño. Lo más probable es que el otro padre tenga derechos de régimen de visitas. Dicha situación puede surgir si el juzgado

considera que el otro padre es incompetente, debido a abuso sustancial, antecedentes de abuso físico u otros factores decisivos.

¿Cuál es la diferencia entre custodia conjunta y única?

“El eje central de la custodia conjunta, tras una separación o divorcio, es la coparentalidad, es decir, "ambos deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían sobre sus hijos antes de la separación, y sin olvidar que hablamos de un derecho del niño.

El objetivo es que los hijos puedan disfrutar el mayor tiempo posible de ambos, con un compromiso por parte de los padres de crear una atmósfera civilizada y respetuosa el tiempo que pasen con ellos. Al mismo tiempo hay que decir que no existe un patrón de alternancia estandarizado, ya que de él dependerá la situación familiar de cada caso.

La legislación vigente no hace mención expresa a la custodia de ningún tipo, sólo que, a falta de acuerdo entre los progenitores, será el juez quien, pensando en los intereses del niño, decida con quién vivirá. Del mismo modo ocurre con el régimen de visitas de aquel progenitor con el que no resida, normalmente el padre¹⁰”.

¹⁰PÉREZ MARTÍN, Javier, “El Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, en Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial, Asociación Española de Abogados de Familia, editorial Dykinson, Madrid-España, 2002, pág. 120.

Este creciente interés por la custodia compartida surge por varios motivos, entre los que se encuentran la investigación psicológica y sus hallazgos con respecto a los efectos negativos que la falta de la figura paterna tienen sobre el niño.

En cuanto a los criterios en los que habría que fijarse para decidir si es aconsejable o no, según los casos, tendríamos que tener en cuenta los siguientes:

Ninguno de los progenitores debe presentar características que lo incapaciten para ejercer el rol parental, como pueda ser sufrir una enfermedad.

Es necesario que los domicilios del padre y de la madre estén próximos, para intentar evitar los cambios de rutina de los niños, entre otros.

Es necesario que ambos progenitores puedan seguir cooperando como padres, independientemente de su fracaso como pareja.

Es necesario que los estilos educativos del padre y de la madre sean similares, para que los hijos tengan un referente normativo común.

Es necesario que ambos progenitores dispongan de una adecuada disponibilidad horaria para hacerse cargo de su hijo.

Es necesario adaptar el patrón de alternancia entre ambos domicilios a la edad de los hijos: cuando son más pequeños es aconsejable que la estancia en cada domicilio sea más frecuentes pero cortos.

Hay que prestar atención al efecto que la alternancia de domicilio tiene sobre el niño.

Existen opiniones a favor y en contra de ese tipo de custodia, pero resultados de investigaciones al respecto señalan:

Aumenta el contacto entre padre e hijo lo que conlleva que haya una mayor implicación en su cuidado.

Es aconsejable en familias con un nivel de conflicto entre bajo y moderado ya que al aumentar el grado de contacto entre ellos, puede desembocar en un mayor conflicto y ser, por tanto, más perjudicial para los niños.

Mejora el efecto negativo del divorcio sobre los hijos varones, quienes expresan con mayor probabilidad que las niñas reacciones negativas ante la ruptura de sus padres.

Si nos fijamos en los efectos de la custodia conjunta en aquellos países en los que lleva tiempo instaurada, debemos comenzar a cambiar nuestra visión sobre las separaciones y divorcios así como comenzar a hablar de "coparentalidad" en vez de utilizar otros términos, en pro de los hijos.

Tendremos que empezar a pensar que la batalla legal es un mal campo para ejercer el rol parental y, antes que al juzgado, habrá que acudir a un mediador familiar que ayude en la configuración de un contexto que favorezca las relaciones familiares tras el divorcio.

“En ocasiones la corte podría otorgar a un padre la custodia física o legal única. La custodia física única es generalmente otorgada a un padre si el otro padre no es apto o es incapaz de ejercer la responsabilidad paterna. Un padre puede ser considerado no apto o incapaz de ejercer la responsabilidad paterna por muchas razones incluyendo el maltrato infantil, delinquir habitualmente, adicción a sustancias, mudarse con un compañero que podría dañar al niño, etc¹¹”.

La tendencia en estos días es otorgar la custodia legal conjunta cuando un padre recibe la custodia física única del niño. Generalmente cuando un padre posee la custodia física única, las cortes tienden a ser muy indulgentes en cuanto a los derechos de visita del otro padre.

Sin importar cuán amargo sea su divorcio nunca use a su niño como la moneda de cambio o como un “arma” en su lucha en contra de su ex cónyuge. Recuerde que la custodia única podría no ser la mejor para el interés del niño.

¹¹RÍOS GONZÁLEZ, Mercedes, “Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos”, Revista de Derecho de Familia, n°27, Abril-Junio 2005, pág. 60.

4.2.2 La Custodia y las Visitas

“Una de las partes más difíciles y dolorosas para una madre o un padre que cría solo a sus hijos es el tema de la custodia y el de las visitas. Los padres tienen que llegar a un acuerdo en cuanto a las responsabilidades de cada uno, a la custodia y a los derechos de visita hasta que el hijo tenga 18 años, pero si no se ponen de acuerdo, el tribunal tiene que decidir.

La responsabilidad parental se refiere a los derechos y responsabilidades de ambos padres en los asuntos relacionados a los hijos. La responsabilidad parental puede ser compartida o única¹²”.

Responsabilidad parental compartida significa la relación, ordenada por el juez, donde ambos padres tienen todos los derechos y responsabilidades con respecto a sus hijos sin necesidad de consultar a la otra parte. Ambos padres deciden asuntos como la educación, la religión o las necesidades médicas que afectan al bienestar de los hijos.

Responsabilidad parental única significa la relación, ordenada por el juez, en la cual un solo padre toma las decisiones relativas a los hijos menores. Esto se concede únicamente si la responsabilidad parental compartida resultaría en detrimento del niño, por ejemplo, debido a cuestiones de violencia doméstica o maltrato infantil.

¹²AGUILAR CUENCA, José Manuel, Con mamá y con papá, Editorial Almuzara, Granada, 2006, pág.78.

Es política pública de algunos estados garantizar que cada menor tenga contacto frecuente y continuado con ambos padres después de que estos se hayan separado o que el matrimonio se haya disuelto, y para instar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza del niño.

“La custodia o residencia primaria es donde el niño vive permanentemente. El tribunal decida cuál va a ser la residencia primaria basándose en el mejor interés del menor. Los mejores intereses del niño en una situación dada, dependen de muchos factores, entre ellos:

- La edad, el sexo, la salud mental y física del niño.
- La salud mental y física del padre o la madre.
- El estilo de vida del padre o la madre y otros factores sociales, incluyendo si el niño estará expuesto al humo de segunda mano o si existe algún historial de maltrato infantil.
- El vínculo emocional entre padre/madre e hijo, así como su capacidad para educarlo.
- La capacidad del padre/madre para proveer alimento, alojamiento, ropa y cuidados médicos.
- Los patrones establecidos en la vida del niño (escuela, casa, comunidad, institución religiosa).
- La calidad de la educación del niño en su situación actual.
- El impacto que puede causar en el niño el cambio de situación.

- La preferencia del hijo, si éste tiene más de cierta edad (normalmente sobre los 12 años)¹³.

Si el juez encuentra que ninguno de los dos padres reúne estos requisitos, podría conceder la custodia de los niños a una tercera persona.

Después de que el juez determina quién tiene la custodia principal, deberá tomar la decisión sobre un esquema razonable de visitas del padre que no tiene la custodia principal. Cuando el juzgador determina los derechos de visita del padre que no tiene la custodia, generalmente ordena visitas "razonables", dejando a los padres la tarea de determinar hora y lugar de las mismas. Esto permite a los padres ser flexibles tomando en consideración las actividades, tanto del padre como de los niños. Sin embargo, el padre que tiene la custodia física tiene mayor control sobre las fechas, horas y duración de las visitas. Ni él ni ella están legalmente obligados a acceder a ningún horario particular, pero los jueces sí tienen en cuenta quién es flexible y quién no.

Algunas veces los jueces preparan un programa detallado de visitas con el padre o madre que no ostenta la custodia, que incluye horas y lugares como, por ejemplo, fines de semana alternos o los martes y los jueves por la tarde. El tribunal ordenará un horario fijo si los padres no se ponen de acuerdo o si es en el mejor interés del niño.

¹³DE TORRES PEREA, José Manuel, Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar, Editorial Iustel, Madrid-España, 2009, pág. 92.

Cuando el padre o la madre que no tiene la custodia tienen antecedentes de violencia o de conducta destructiva, especialmente hacia el menor, el juez a menudo solicita que la visita entre ese padre y el niño sea supervisada. Quiere decir que un adulto, que no sea el padre que tiene la custodia, tiene que estar presente todo el tiempo que dure la visita. Ese adulto puede ser conocido o no del niño, y puede ser alguien que tenga el consentimiento de ambos padres o designado por el juez. Independientemente de cómo se haya escogido el adulto, éste debe ser aprobado por el tribunal que ordenó la visita supervisada.

4.2.3 Patria potestad vs. Custodia

“Cuando a un progenitor se le atribuye la guarda y custodia de un hijo, se le da a entender que en la práctica dicho progenitor está ejerciendo las funciones habituales de la patria potestad y el otro progenitor queda relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para el hijo¹⁴”.

Esta categorización ha creado unos tremendos perjuicios a las relaciones paterno-filiales pues ha contribuido a establecer padres de primera y segunda categoría.

¹⁴PÉREZ GALVÁN, María, “Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida”, Revista Jurídica La Ley (Diario La Ley), núm. 7206, 2009, pp. 1 y ss.

Los juzgados se están esforzando cada día más en aclarar en sus resoluciones que una cosa es la patria potestad y otra el reparto del tiempo de convivencia con cada uno de los progenitores y que ambos están en misma categoría y deben asumir por igual sus obligaciones frente a los hijos.

Las funciones de la «patria potestad» o de la «responsabilidad parental» comprenden los siguientes deberes: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

“En el plano de la responsabilidad civil, los padres son responsables de los hechos cometidos por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Tras el cese de la convivencia conyugal todas las funciones siguen inalterables a excepción de una de ellas, la de tener a sus hijos en su compañía. Lógicamente, si los padres fijan sus residencias en domicilios distintos es obvio que los hijos comunes no pueden estar al mismo tiempo con el padre y con la madre, esto únicamente es posible cuando todos conviven en un mismo domicilio. Por ello, en los casos de cese de convivencia entre los padres, la función de la patria potestad que consiste en «tener a los hijos en su compañía» se desdobra en dos nuevas funciones:

- la atribución de la custodia a un progenitor —o a ambos si se acuerda la custodia conjunta o compartida—

- y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor.

Por tanto, los términos «guarda y custodia» y «régimen de visitas y estancias» no son sino dos conceptos temporales de la función de tenerlos en su compañía¹⁵.

La custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el progenitor que ejerce las visitas. Es decir, la separación de los padres lo único que implica es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos.

4.2.4 La disputa legal por la custodia afecta negativamente a los hijos

“Uno de cada cuatro niños cuyos padres se encuentran en proceso de separación con conflictos por su custodia padece el Síndrome de Alienación Parental o SAP, un estado provocado por la manipulación de los hijos por parte de uno de los progenitores (normalmente el o la que tiene la custodia) en contra del otro progenitor y que provoca, en mayor o menor grado, el rechazo de los hijos hacia este último¹⁶”.

¹⁵IBIDEM, pág. 4.

¹⁶ CORTÉS, María Rosario, DOLORES JUSTICIA, María y CANTÓN DÍAZ, José, Conflictos entre los padres, divorcio y desarrollo de los hijos, Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Granada, Granada, 2007, pág. 110.

Esta realidad es la que refleja un libro titulado « Conflictos entre los padres, divorcio y desarrollo de los hijos», escrito por los profesores María Rosario Cortés, María Dolores Justicia y José Cantón Díaz, del Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Granada. La obra salió publicada originalmente en el año 2000, pero ha sufrido revisiones posteriores acordes con los continuos cambios sociales en lo referente al divorcio en España en los últimos años, por lo que en 2007 volvió a publicarse con nuevos datos.

El SAP es un término cargado de cierta polémica. Con él se define el proceso destinado a romper el vínculo de los hijos con uno de sus progenitores y fue propuesto por primera vez en 1985 por el también controvertido psiquiatra de la Universidad de Colombia, Richard A. Gardner. Hoy día, la existencia de este síndrome está de hecho muy cuestionada por los profesionales: la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Asociación Americana de Psicología, las dos instituciones más importantes del mundo en términos de salud y trastornos mentales, no reconocen su existencia.

De cualquier forma, tal y como declaró Rosario Cortés a Tendencias, más allá de las polémicas “lo que sin lugar a dudas sí existen son las interferencias parentales, las situaciones en que uno de los progenitores interfiere en la relación de su hijo o hija con el otro progenitor. Esto es una realidad¹⁷”.

¹⁷ IBIDEM, pág. 115.

Estas interferencias consisten en que uno de los padres, al que se denomina «alienante», se sirve de la custodia del hijo para realizarle un lavado de cerebro en toda regla, basado en el dogmatismo, poniéndole en contra del otro progenitor, el “alienado”. En la mayoría de los casos, este proceso se produce de forma muy sutil, siendo frecuente que estos padres empleen frases del tipo “si yo te contara cosas de tu padre/madre...”, o hagan sentir culpables al menor por "abandonarles" simplemente por cumplir el régimen de visitas.

Los investigadores de la Universidad de Granada señalan que hay otras circunstancias que influyen en el desarrollo del SAP en los niños: su vulnerabilidad psicológica, la conducta y la personalidad de ambos progenitores, las dinámicas fraternales o los conflictos entre ambos padres. Con frecuencia, suele ocurrir que el niño no sólo llegue a rechazar a su padre, sino también a toda la familia y al entorno de éste. Abuelos, tíos, primos y las nuevas parejas del alienado se ven también afectados por este síndrome, llegando a ser prácticamente “borrados del mapa” por el niño que padece el SAP.

Los científicos aseguran que algunos síntomas en los niños permitirían detectar esta interferencia de uno de los progenitores entre la relación de sus hijos y el otro progenitor: justifican continua y sistemáticamente la actitud del padre alienante, denigran al progenitor alienado, no presentan ambivalencia en los sentimientos negativos hacia dicho progenitor, afirman

que nadie los ha influenciado y que han llegado solos a adoptar esta actitud, la ausencia de culpabilidad por la denigración del progenitor 'alienado' o contar hechos que manifiestamente no han vivido ellos mismos sino que han escuchado a otros

Este problema se da sobre todo en niños de entre nueve y 12 años, y no se han detectado diferencias significativas por sexos, señalan los investigadores.

El Síndrome de Alienación Parental se produce con mucha mayor frecuencia en una situación concreta de divorcio: cuando éste es contencioso, es decir, no es de mutuo acuerdo. En casi el 25% de esos casos los niños son obligados a odiar, aunque sea injustificadamente o sin razón, a uno de sus progenitores por medio de manipulaciones. Al menos, según Cortés, “aunque los divorcios aumentan vertiginosamente en nuestro país, la cantidad de divorcios contenciosos ha disminuido en un 10% en los últimos años¹⁸”.

Cortés señala que, en su opinión y en la de los otros autores, “la solución al problema de las interferencias parentales radicaría en otorgar a los padres la custodia compartida en todas las situaciones, incluso cuando los padres no estén de acuerdo con esta medida”. Según la autora, “de la revisión de estudios llevados a cabo al respecto de la situación de los niños tras el

¹⁸ IBIDEM, pág. 116.

divorcio se concluye que la custodia compartida es la mejor solución y que los niños se adaptan bien a ella¹⁹.

Una vez que el SAP ha sido detectado, Cortés recomienda la mediación social para el tratamiento del problema o que el juez proponga la asistencia del niño o afectado a terapia.

4.2.5 La custodia compartida de los hijos pasará a ser "preferente" en separaciones y divorcios

La custodia compartida consiste en un reparto equitativo entre los progenitores del cuidado de los hijos, de tal forma que la mitad del tiempo esté con el padre y la otra mitad con su madre.

“Al tiempo de regular la guarda compartida, se tiene que atender a dos aspectos muy importantes, el tiempo y el domicilio. En relación al tiempo, se puede establecer una custodia compartida por noches, (lunes y martes con el padre, miércoles y jueves con la madre y fines de semana alternos), por semanas (una semana con cada progenitor), por quincenas (quince días con el padre y quince con la madre) o por meses (un mes con cada uno). Se debe regular igualmente, un régimen de visitas a favor del otro progenitor mientras no tenga bajo su guarda a los menores.

¹⁹ IBIDEM, pág.117.

También se tiene que indicar la vivienda en que se ejercerá la custodia compartida; por una parte, tenemos el régimen californiano, en que cada progenitor tiene su propio domicilio y los menores viven en un tercer domicilio, por lo que serán los padres los que se trasladen al domicilio de los menores cuando les corresponda ejercer la custodia, o bien el régimen europeo en que cada progenitor tiene su domicilio y serán los hijos los que se desplacen a uno u otro domicilio²⁰.

La novedad principal es que los padres deberán presentar ante el Juez un plan de parentalidad, en el que se incluya, entre varios aspectos, el domicilio en el que residirán los hijos y la responsabilidad de cada progenitor respecto al quehacer diario de los hijos.

Esta regulación entiendo que es muy avanzada a los tiempos actuales, quizá dentro de 30 años será una normativa que regulará a la perfección las necesidades de la sociedad; sin embargo, hoy en día, para que se pueda ejercer correcta y satisfactoriamente esta modalidad de custodia compartida deben concurrir tres requisitos imprescindibles: cercanía entre los domicilios de los progenitores; una economía solvente en el núcleo familiar y, lo más importante de todo, un gran entendimiento y buena relación entre los progenitores. Por lo que serán muy excepcionales los casos en los que se den todos y cada uno de los requisitos antes mencionados, por cuanto, si

²⁰PINTO ANDRADE, Cristóbal, La custodia compartida, Editorial Bosch, Barcelona-España, 2009, pág. 68.

bien los 2 primeros requisitos, pueden concurrir muy fácilmente, el tercero de los requisitos es el que existe de forma muy puntual.

De los numerosos divorcios puedo bien asegurar, que son muy aisladas las rupturas, por causa imputable única y exclusivamente a “se acabó el amor”, y en donde el cariño y el respeto mutuo, prevalece sobre cualquier desavenencia; la mayoría de las causas de las rupturas son imputables a infidelidades, adicciones, desavenencias graves en el núcleo familiar, alteraciones psíquicas, por uno de los cónyuges, y en estos casos existe tal hostilidad y resentimiento entre las partes que ni tan siquiera pueden mantener un diálogo en privado, por lo que será muy difícil que se pueda ejercer satisfactoriamente la guarda y custodia compartida.

Por ello, quizá me puedo precipitar demasiado al hacer esta afirmación, pero la reforma introducida respecto a la custodia compartida no creo que altere, de forma notoria, las concesiones de la misma por parte de los jueces, ya que si bien hasta la fecha la misma no se había regulado legalmente, ya se han tramitado numerosos procedimientos en los que se ha concedido, siempre y cuando concurren los mencionados requisitos, por lo que en los procedimientos de divorcio de mutuo acuerdo, la práctica continuará siendo la misma, con la salvedad que, los progenitores, deberán presentar los planes de parentalidad.

“Sin embargo, y por lo que respecta a los procedimientos contenciosos, (en donde no existe acuerdo entre las partes, y un Juez decide las medidas a

adoptar), atendiendo a que la ley establece que en todo caso, los jueces deben velar por garantizar que ambos progenitores asuman idénticas funciones en el cuidado de los hijos. Cuando no concurren los requisitos mencionados, difícilmente un Juez la concederá²¹”.

En mi opinión, hasta la fecha y en la gran mayoría de los casos, la solicitud de una custodia compartida en procedimientos contenciosos tenía intereses económicos escondidos, ya que en caso de compartir dicha custodia, no habían pronunciamientos respecto al uso y disfrute del domicilio familiar, ni respecto a pagos de pensiones alimenticias, por cuanto cada progenitor se hace cargo de los gastos del menor, mientras esté bajo su guarda. Y no quiero precipitarme en adelantar acontecimientos, pero si bien hasta la fecha esta modalidad era un arma de doble filo, por cuanto en muchos casos prevalecían en la reclamación de una custodia compartida los intereses económicos frente al bienestar de los menores, esta nueva regulación pueden incrementar, de forma notoria, los casos en los que se reclame una custodia compartida con segundos intereses.

4.2.6 Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia

“El término "Custodia Compartida" -también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta- parece atentar contra las leyes físicas del espacio y el tiempo, bien es sabido que no

²¹ IBIDEM, pág. 70.

se puede estar en dos lugares a la vez; sin embargo ese sería el razonamiento de los neófitos en este artificio virtual que es el Derecho²²".

Una apropiada definición, para los que gustan de no dejar escapar ningún elemento, puede ser: "La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales²³". Otras disquisiciones más pragmáticas podrán encontrarse en la legislación de los estados norteamericanos, donde resaltan las expresiones "igualdad de derechos y responsabilidades" (Alabama, Michigan), "contacto continuo, frecuente y significativo" (Louisiana, Idaho, Montana), "bajo su cuidado y supervisión" (Missouri) y "acceso material a ambos (padres)" (Pensilvania). De cualquier modo todas las definiciones redundan en reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales.

No obstante no creo que se trate de redefinir nada, sino de aplicar a uno y otro padre el antiquísimo concepto de custodia.

²²SILLERO CROVETTO, Blanca, "Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida", Artículo 14, Una perspectiva de género. núm. 35, diciembre de 2010, pág. 4.

²³SALBERG, Beatriz. "Los niños no se divorcian", Beas edic. 4º ed., Buenos Aires-Argentina, 2003, pág.79.

“Incluso algunos optan por obviar el vocablo, tal es el caso de la legislación francesa donde no encontraran los términos garde (custodia) en toda la Ley sobre la Autoridad Parental que entró en vigor el 5 de marzo de 2002 mientras que solo se habla de autoridad parental (autoritéparentale) ejercida en coparentalidad (coparentalité). De modo similar sucede en las recomendaciones de su Comité redactor canadiense (puntos 5, 6 y 7) y que han desahuciado las palabras "custodia" y "acceso" por el de "coparentalidad". Durante el debate parlamentario francés su principal promotora Sra. Segolène Royal -Ministra Delegada de la Familia- en su proyecto titulado "La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias" se deshizo de algunas otras categorías: "es preciso desterrar de nuestro vocabulario esa noción tan absurda como obsoleta del "derecho de visita y alojamiento". ¿Qué puede significar hoy para un padre el derecho de "visitar" a su hijo? ¿Cómo explicar a cualquier padre que no se trata de una prerrogativa discrecional, que su hijo le espera el tercer sábado del mes y que una falta a esa cita será vivida por el niño como un abandono?". Esta posición se fundamenta en hacer nacer la institución de Custodia Compartida sobre la negación de todo concepto anterior respecto a custodia y así liberarla de ataduras retrógradas²⁴”.

²⁴ ESPINOSA CALABUIG, R., Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 145.

Sospecho que lo incomprensible no hay que buscarlo en las disquisiciones doctrinales, sino en la rica realidad, donde todo se entrelaza y es considerablemente difícil acotar términos.

“La legislación que reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida, aunque establece la obligación del juez de orientar y recomendar la alternativa Compartida (Francia Art. 373-2-12, Suecia). Hoy son incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial²⁵”.

Existen tantas modalidades de Custodia Compartida como se pretenda, ya decía que es bien difícil acotar la realidad. Cada caso es muy particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, etc. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras y es la que dirime entre:

Custodia Física Conjunta: Cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo con uno u otro progenitor. A la vez esta puede tomar muchas manifestaciones, llegando incluso a situaciones tan creativas como que el menor habite en una misma casa y sean los padres quienes roten de domicilio. Es más usual en Francia. La legislación norteamericana impone

²⁵IBÁÑEZ-VALVERDE, Vicente J., El laberinto de la custodia compartida, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2006, pág. 91.

un mínimo de 35% de convivencia con cada uno de los padres a raíz de un estudio realizado por el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias que encontró gran disparidad en tales por cientos y propuso fijar una cifra mínima; actualmente los estados de más altos resultados son Montana (44.0%), Kansas (43.6%) y Connecticut (36.4%).

Custodia Legal Conjunta: El menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Específicamente en las normas norteamericanas tenemos que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños de 1997.

En el caso de las Uniones de Hecho –heterosexuales, puesto que las homosexuales se encuentran en total desamparo- al nacer el niño se le reconoce la custodia a la madre o, de mediar acuerdo y se confirme la

paternidad, se podrá establecer la custodia conjunta con iguales requisitos que la que se dictamina posterior al divorcio. Pero siempre debe regir el principio de protección a ambos padres, ejemplo de ello es el caso ELSHOLZ (2000) donde las Cortes Europeas condenaron a la Alemania a pagar 47 600 DEM por los daños morales causado a un padre al que se le negó el derecho de visita a su hijo nacido fuera del matrimonio; pese a que el Código alemán (Art. 1626) establece el ejercicio conjunto de la tenencia del hijo nacido bajo tales circunstancias. Las leyes suecas suman otra exigencia al asunto, al reconocer la custodia compartida en uniones de hecho solo cuando ambos padres sean de nacionalidad sueca.

El derecho de todo niño a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona debe tener fuerza de ley.

El interés del menor es un principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema, en concordancia con Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular²⁶". Es este también un principio consagrado por muchas constituciones, algunas de las cuales hacen de ello letra muerta el establecer en la legislación complementaria la sola posibilidad de la custodia exclusiva; tal es el caso de México que dispone en su carta magna "Los infantes tienen el derecho de convivir de manera plena con sus

²⁶ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 1990, art. 9.3

padres y madres, con su familia extendida, a menos que un juez determine lo contrario²⁷", mientras se ponen trabas a las propuestas legislativas que se expresan en ese mismo sentido y que defienden la custodia compartida. Al respecto existe un histórico fallo de la Excm. Cámara Civil de la Capital Federal argentina (1998), "Nuestra Constitución Nacional ha consagrado en la cúspide de la pirámide los convenios y tratados internacionales al considerarlos complementarios de las disposiciones de la ley fundamental (Art.75 inc. 22) Los señores magistrados deben operar considerando modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin necesidad de que tales disposiciones infra constitucionales sean expresamente abrogadas o reformadas²⁸", exhortando a los jueces a no seguir plenamente el Art.264.2 del Código Civil argentino, el cual sin llegar a prohibir la custodia compartida no la legisla; esto parece un acertado paso de respeto al principio de jerarquía de las normas, sin embargo es reconociblemente precario que este asunto tenga como única solución la vía jurisprudencial y no la legislativa.

Según doctos estudios sociológicos la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el menor, lo que si puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de unos de los padres durante la infancia y la adolescencia. "Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y

²⁷ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE MEXICO, art. 4.

²⁸ FALLO DE LA EXCMA. CÁMARA CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL ARGENTINA, 1998

conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres²⁹".

En efecto, importante doctrina y especialistas en psicología familiar como Richard A. Gardner, habían advertido sobre el denominado "Parental Alienation Syndrome" (Síndrome de Alineación Monoparental, PAS), fenómeno que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su custodia. El síndrome de alienación parental puede inducir en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica, inclinación al alcohol y a la droga y otros síntomas de un profundo malestar. Así la Corte Suprema de Ohio (EEUU) planteo "Es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como la dejación en proporcionarle alimentación, vestido, o cobijo. Quizás es más dañino porque no importa cómo de bien alimentado o vestido pueda estar, un niño no puede ser feliz si no se siente amado por uno de sus dos padres³⁰". Matt O'Connor, fundador de los Padres-por-la-Justicia, en Inglaterra se ha expresado al respecto ante

²⁹KELLY, Joan PhD., Examen de la resistencia a la custodia compartida, Monografía incluida en el libro *Joint Custody and Shared Parenting*, quinta edición, Guilford Pres, 2004, pág. 51.

³⁰ CORTE SUPREMA DE OHIO, EEUU.

la morosidad de los legisladores británicos para asumir definitivamente la custodia conjunta, "Los Ministros no logran contrastar la orfandad de los niños y la explosión de la criminalidad de los jóvenes.³¹"

Otras regulaciones se apresuraron en resaltar este principio. Así el Código de los Niños y los Padres sueco ha introducido la siguiente disposición: "el mejor interés del niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier arbitraje relacionado con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres³²". Canadá, intensamente conmocionada por el caso Clayton Gilles, ha llegado a recomendar medidas específicas que permitan viabilizar este principio -que los niños sean oídos cuando se adopten decisiones en materia de responsabilidad parental que les afecten, que si es necesario sean representado por algún miembro de la familia extensa, etc.- y de forma general ha acreditado que "las determinaciones de coparentalidad (...) se basen en el mejor interés del niño". Las leyes anglosajonas han llegado a establecer la presunción de que la custodia compartida es siempre coincidente con el mejor interés del menor (California Art. 3080, Louisiana 131c, Idaho, Missouri, Nevada 125.490.1); por supuesto, sujeto a pruebas en contrario. Otros estados -sin llegar a la presunción- manifiestan su beneplácito por la Joint Custody o Shared Custody (Alaska, Texas, Florida) y reconocen su estrecha relación con el interés del hijo, "El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la

³¹ O'CONNOR, Matt, fundador de los Padres-por-la-Justicia, Inglaterra.

³² CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y LOS PADRES, Sueco.

custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño" (Art. 153.002, Texas).

La jurisprudencia también se ha expresado al respecto, marcando pautas el caso Elche donde el juez definió que la chica "ha sufrido la ausencia de una figura paterna que le ha ocasionado en la infancia déficit de desarrollo afectivo y en la adolescencia un daño psíquico-moral", reconociendo dicho fallo que la obligación de paternidad se extiende a aspectos no materiales y que el contenido de esta relación jurídica no es transformada por el hecho que haya acontecido un divorcio. O sea, la ley respalda el derecho y el deber de custodia como uno de los atributos de la Patria Potestad, a la vez que establece que el este derecho no se verá afectado por el divorcio de los padres; por lo tanto sería una incongruencia legal pensar que posterior a la separación un padre solo quedará obligado a la atención económica o fruslerías similares. Este conflicto de derecho fue uno de los argumentos más debatidos por los legisladores franceses, entre los cuales la parlamentaria Nelly Olin destacó por sus palabras: "La puesta en práctica de la residencia alterna permitiría a los padres ejercer realmente la patria potestad, aun cuando se piense que su aplicación será difícil. En efecto, no entiendo cómo puede ejercerse plenamente la patria potestad cuando sólo se ve al hijo un fin de semana cada quince días. No basta con ser titular de esa potestad", en consecuencia el artículo modificado del Código Civil francés esclareció "La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad³³".

³³OLIN, Nelly, Discurso de la parlamentaria Francesa 2009.

El separar el menor de uno de sus padres implica someterlo a una semiorfandad artificial que bajo ninguna percepción lógica puede ser favorable a este. Personalmente considero que no debemos hacer a nuestros hijos sufrir por nuestra rusticidad e incapacidad de conciliación; apuesto por la Custodia Compartida como el mejor reflejo del interés del menor. Si dudan, prueben a preguntarle a un niño con que padre desea estar tras el divorcio.

“Ciertos especialistas catalogan de nociva la custodia compartida en párvulos, esto se conoce como "tender years doctrine" (Principio de la corta edad). Se resalta el papel de la madre como irremplazable en los primeros años de vida y se considera al padre como una figura secundaria y superflua. Así es el caso de la investigación "Joint Custody and the Preschool Child" (Custodia compartida y el niño en edad preescolar) la cual concluyó defendiendo la necesidad de establecer una edad mínima como límite para ser alcanzado por dicha institución (WALLERSTEIN y MCKINNON). Sin embargo recientes estudios lo contradicen, alegando que el contacto frecuente –aunque sean cortos- es aún más necesario en edades tempranas, en vista que se tiene menos desarrollada la memoria a largo plazo y se corre el riesgo de que haya un retroceso en las relaciones; aún cuando es imposible negar la necesidad biológica que une al menor con su madre. Este último es también el criterio de los legisladores, particularmente constatado en la reforma canadiense respecto a la custodia, titulado Informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y

Acceso "Forthe sake of children" (Por el bien de los niños), el cual aclaró "La corta edad del niño no debe ser excusa para limitar su contacto con ninguno de sus progenitores" (Punto 8); de modo similar se plantea en los estatutos de Kansa "En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (infant) o del niño de corta edad (youngchild)" (Art. 16.3)³⁴.

Otros han referido a la adolescencia como la edad en que los hijos requieren de patrones de conductas precisos y por lo tanto consideran contraproducente esta dualidad de custodias, sin embargo la tesis doctoral del California Adaptación de los niños en situaciones de custodia compartida y exclusiva: estudio científico refutó esta posición al realizar su análisis en niños de 12 años y apreciando más altos niveles de autoestima y adaptación en los niños en situación de custodia compartida.

4.2.7 Tipos de custodias compartidas, ventajas y requisitos formales

“La custodia alternativa -comúnmente conocida como custodia compartida- es el sistema de custodia alternado entre los progenitores separados o divorciados.

³⁴ IVARS RUIZ, Joaquín, GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA 2ª. Edición, Editorial: Tirant lo Blanch, Madrid-España, 2008, pág. 120.

En principio en función del formato organizativo de la custodia de los menores, la custodia compartida se puede sistematizar en tres modelos:

a.- Custodia de alternancia de los menores: En este sistema serán los menores quienes trasieguen de la vivienda en la que el padre y la madre hayan fijado sus residencias tras la separación o divorcio.

b.- Custodia de alternancia de padres: En este formato de custodia, serán los progenitores quienes alternen la residencia en la vivienda habitual, que es ocupada de forma estable por la prole.

c.- Sistema mixto: Aunque son los padres quienes alternan el uso de la vivienda habitual, ocupada por los menores custodiados, los progenitores también alternan el uso de una sola vivienda que sirve de residencia de ambos en los periodos no custodios³⁵.

Especialmente si es el menor o menores quienes alternen su residencia cambiando de forma semanal o quincenal entre la paterna y la materna, deben procurarse los siguientes elementos y disponerse las siguientes dotaciones que garanticen la estabilidad de los hijos custodiados:

a.- Se deben mimetizar los enseres y medios de los menores en ambas residencias -paterna y materna- a fin de minimizar el impacto del cambio de la vivienda.

³⁵LATHROP GOMEZ, Fabiola, Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid-España, 2008, pág. 85.

b.- Ambas viviendas de los progenitores deben encontrarse equidistantes del Centro Escolar de los menores.

c.- Se deben adecuar los horarios de la cotidianeidad de los menores en ambas residencias, homogeneizando las entradas y salidas, horas de estudio, comidas, etc. A fin de unificar la costumbre y el ritmo vivencial de los menores en ambas viviendas.

La custodia alternativa -o compartida- ofrece numerosas ventajas en relación, ya no solo con la necesaria protección de los menores, sino con el incentivo a los padres por permanecer atentos a la evolución personal y afectiva de los hijos.

Este sistema exige la cuasi permanente presencia activa de ambos padres en la vida de los hijos, frente a una clara descompensación de las atribuciones y responsabilidades de la que adolece el sistema tradicional de custodia individual.

Con el originario sistema de atribución individual de la custodia, uno de los progenitores viene a delegar toda la responsabilidad en el otro cónyuge, debiendo permanecer cuando menos distanciado, si no ajeno, al desarrollo cotidiano de sus propios hijos.

“En cualquier caso, para que la custodia de los hijos sea compartida, se requerirá la concurrencia de algunos requisitos formales.

a.- En primer lugar deberá ser prioritariamente acordada entre los progenitores -con autorización judicial y desde luego ser organizada y propuesta con plenas garantías de bienestar para los hijos- a través de un convenio de mutuo acuerdo que regule -con todas las prevenciones de aseguramiento de la estabilidad de los hijos- la adecuada alternancia de los padres en el cuidado de los hijos y especialmente la correcta educación de los menores, bajo un mismo criterio o método de apoyo domiciliario a la docencia escolar.

b.- Debe ser informada favorablemente por el Ministerio Fiscal

c.- Habrán de darse, o al menos serán recomendables, unas condiciones que habiliten este sistema de custodia como el más eficiente en términos prácticos. Para ello, el nivel de conflicto entre los progenitores deberá ser el menor posible y habrá que existir una comunicación entre ellos adecuada al interés común en el que van a participar de forma estable y conjunta.

d.- Que ambos progenitores dispongan de la capacidad, disponibilidad y especialmente idoneidad para ejercer la custodia de forma ordenada y diligente.

e.- Ambos progenitores deberán disponer de los medios y recursos suficientes para sufragar todos los costes de manutención de los hijos custodiados durante los periodos en los que estos permanezcan bajo

su guarda, además de los recursos suficientes para contribuir en los gastos de educación u otras necesidades de los hijos de coste periódico, especialmente los derivados de la escolarización y gastos conexos³⁶”.

Deberán en todo caso ser adecuadamente valorados por los Equipos psicosociales adscritos a los Tribunales de Justicia especializados en familia, la idoneidad, la capacidad y la disponibilidad de ambos progenitores para ejercer un derecho principal al que aspiran, y otorgar a los hijos otro derecho de idéntica magnitud, ordenando sistemas eficientes de custodia alternativa, como una verdadera opción de normalidad, muchas veces ignorada por una legislación impropia de una sociedad libre, abierta, plural y avanzada, que pudiendo mantener vigentes los principios inspiradores de protección de la familia, puedan a su vez, preservar los intereses de los menores, y los derechos de los hijos a mantener una presencia conjunta y lo más plena posible de ambos progenitores tras el divorcio, como medida también de protección de los principios inspiradores de la construcción celular de la sociedad a través de la familia.

³⁶ IBIDEM, pág. 88.

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. La Constitución de la República del Ecuador

La norma constitucional en el artículo 67 nos habla de la familia, al respecto manifiesta:

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal³⁷”.

La norma señalada en su primera línea señala “Se reconoce la familia en sus diversos tipos”, o sea que además de la familia matrimonial, cuya fuente sin lugar a dudas es el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer, que se comportan ante los demás como esposos.

³⁷CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.

En la actualidad como podemos constatar, la estructura de la familia ha cambiado su vida y pensamiento y si bien la Constitución en el artículo 67 señala que el Estado le protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de esos fines, éste mismo artículo reconoce que la familia se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes; y esto el legislador constituyente lo ha señalado frente a la realidad social en que vive la humanidad, con permanente cambio y evolución, dándose una transformación al derecho de familia que es consecuencia lógica de los cambios sociales y el Ecuador sin duda alguna es un ejemplo de una realidad social que no se ve en otros países.

En el artículo 69 nos habla de la maternidad y paternidad responsables, así como de corresponsabilidad compartida entre el padre y la madre, al respecto manifiesta:

“Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos³⁸.

Según este artículo pone en igualdad de deberes y derechos a padres y madres y al momento de manutención ambas partes deben aportar con la misma cantidad para la crianza del infante sin tomar en cuenta que la madre, en la mayoría de los casos, se encarga del cuidado del menor y esta actividad no se reconoce económicamente; esto es se reconoce la corresponsabilidad compartida entre los progenitores.

Esto conlleva a que ambos padres deben darles a sus hijos, no solo su preservación, vigilancia y seguimiento de un buen cuidado, sin afecto, que se entrega con compartimiento de gran tiempo, cariño, ternura y protección, sin poderse alegar que uno debe dar más que el otro por tener la custodia y tenencia, ni porque uno de ellos tiene mejor situación económica o intelectual.

³⁸CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.

4.3.2 Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Art. Innumerado 2.- Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios...³⁹”

La relación parento-filial implica períodos de alternancia, la facultad de acceder al niño cuando se encuentre enfermo, que el hijo comparta en la época vacacional con ambos progenitores, en las festividades de fin de año, en los cumpleaños de los padres y coparticipar en su propio cumpleaños y especialmente ambos padres podrán sin más en las actividades programáticas como extra-programáticas que digan relación directa e indirecta con el ejercicio educacional de los hijos comunes, como asimismo en las circunstancias en que la salud e integridad de los hijos estén enfermos y/o hospitalizados.

El modelo propende la integración activa de ambos progenitores en el ámbito de la salud y educacional, al constituirse en apoderados correpresentativos y coprotagonicos en el proceso educacional del hijo.

³⁹ LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.

El modelo establece la colaboración equitativa en los gastos que devengue el niño, con la posibilidad de ajustar la cuota alimentaria del progenitor que se encuentre en dificultad o mayor debilidad económica.

El ejercicio coparental contempla que el régimen de residencia se efectúe con todos los hijos, respeta también que durante el período de la lactancia, el lactante quede al cuidado materno, contando con la presencia cotidiana del padre, con la posibilidad de tener un tiempo de convivencia en acuerdo solo en cuanto a las fechas y no en cuanto a la cantidad de tiempo.

“Art. Innumerado 5.- Obligados a la prestación de alimentos.- Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad....⁴⁰.”

La norma plantea que el padre y la madre, biológicos o adoptivos son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad. Sin embargo, en caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada por uno o más de los obligados subsidiarios en su orden: los abuelos/as; los hermanos/as que hayan cumplido dieciocho años; los tíos/as.

⁴⁰LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.

4.3.3 Código Civil

La norma contenida en los artículos 108 y 115 del Código Civil en relación a la guarda en los casos de divorcio manifiestan:

“Art. 108.- Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a

solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda.

Art. 115.- Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento.

En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación⁴¹”.

La situación en nuestro país merece una consideración particular: formalmente coexisten dos cuerpos legales que regulan esta situación: El Código Civil y el Código de Niñez y Adolescencia.

⁴¹ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.

No obstante esta dicotomía, las normas respectivas pueden compatibilizarse: los hijos menores de 12 años quedarán preferentemente a cargo de la madre; por arriba de esa edad, con el padre más apto, y en igualdad de condiciones, la madre vuelve a ser preferida.- Una nota distintiva que introduce el Código de Niñez consiste en la obligación del Juez de oír a los hijos adolescentes, y las niñas y niños que estén en condiciones de expresar su opinión, previo a decidir el ejercicio de la patria potestad.

El progenitor a cuyo respecto no se le adjudica la custodia de los hijos, conserva el derecho de relación, de contacto o de adecuada comunicación con ellos; así como también la facultad de oposición a los actos del padre guardador, si ello va en detrimento de los hijos.

Esta solución no surge, en general, de manera explícita de los textos legales, pero puede inferirse en la medida que la tenencia puede ser readjudicada al otro padre bajo ciertas circunstancias, a pedido del progenitor no custodio.- Quien puede lo más, puede lo menos.-

Una tendencia saludable de las legislaciones más modernas consiste en legislar con cierto detenimiento el régimen y las garantías para un eficaz ejercicio del derecho de "visitas", superando los modelos estáticos que ofrecen los Códigos Civiles, en los cuales este aspecto trascendental apenas tiene un tratamiento expreso. Un crecimiento de la tasa de divorcios, y la compleja conflictividad que la adecuada comunicación genera en los

tribunales, provoca la necesidad de otorgarle a este derecho-deber un contenido normativo más preciso.

Si bien la guarda de los hijos se delegará en el padre según las reglas de aptitud o preferencia, en algunos códigos subsiste aún una indiscriminación entre los diferentes niveles familiares: la conyugalidad y la parentalidad.

Clara muestra de esta confusión consistió en descartar al cónyuge culpable de la separación personal o del divorcio vincular, por causas que no comprometían la relación y cuidados hacia los hijos. Este resabio del “divorcio-sanción” ha sido superado por la mayoría de las legislaciones. Si ambos cónyuges son culpables, la ley divide la custodia: los hijos varones mayores de siete años estarán a cargo del padre; los menores de edad y las hijas menores de edad, a cargo de la madre. Lo salomónico de la solución legal se advierte apenas se imagine la situación en que quedaría un grupo de hermanos, atravesado por las diferentes edades a que se refiere la ley. Sin embargo, la ley atenúa su rigor, otorgando al Juez amplias facultades para resolver lo mejor para las niñas y niños.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.

Para el desarrollo de este punto he considerado conveniente analizar legislaciones en materia de la custodia compartida de países que están acorde con nuestra realidad más próxima.

4.4.1 Legislación Colombiana

En Colombia existe la Ley No. 249, por medio de la cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores, la cual en su parte pertinente manifiesta:

“Artículo 1º. Custodia y Cuidado personal de los Hijos. La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente.

Artículo 2º. Custodia en Caso de Separación, divorcio o nulidad del matrimonio. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplado en la ley 640 de 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia

Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores.

Artículo 3º. Reparto de la Custodia y Cuidado Personal de los Hijos. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el juez de familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales.

Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijaran por mitad.

Parágrafo. Al establecer el reparto de los periodos a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta, entre otros, el interés de los menores de cero (0) a siete (7) años de edad, pero permitiendo hasta donde sea posible, contactos cortos pero más frecuentes con cada uno de los progenitores.

Artículo 4º. Aplicación a procesos Anteriores. Al momento de entrar a regir ésta ley, en los casos en que hubiera sentencia en firme y ejecutoriada, a

petición de parte, se buscará el acuerdo de los padres para conocer quién de los dos comienza con el período de Custodia Alternada. A falta de acuerdo se fijará según lo que estime el Juez de Familia de conformidad con lo establecido en el artículo anterior.

Artículo 5º. Igualdad de derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre no custodio y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

Artículo 6º. Pérdida de la Custodia y Cuidado Personal. La Custodia y el Cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacía los menores por parte de quien la tiene.
3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.

5. Incumplimiento de la ley de custodia compartida, cualquiera sea la forma de entorpecer el derecho que le corresponde al otro progenitor.
6. Fallecimiento del progenitor Tutor.
7. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor.
8. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
9. P Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
10. Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.
11. Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre no tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.
12. Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

Artículo 7º. Acuerdo de Cesión Temporal de la Custodia. El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor.

Artículo 8º. Pérdida temporal de la Custodia. El progenitor que provoque maltrato cualquiera que éste sea, legalmente comprobado, obligue o induzca a la prostitución o incite a la delincuencia perderá por dos (2) años la

custodia de sus hijos, sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes.

No obstante el Juez de Familia atendiendo al interés superior del menor podrá otorgar condiciones especiales para que éste, periódicamente se relacione con el progenitor en aras de no perder el lazo filial y afectivo.

Artículo 9º. Incumplimiento del Régimen de custodia compartida. El progenitor que incumpla el régimen de custodia compartida perderá la Tuición de sus hijos, según la evaluación que para el caso efectúe el Juez de Familia e incurrirá en el delito de “Ejercicio Arbitrario de la Custodia⁴²”.

En Colombia se busca que la custodia compartida se aplique en aquellos casos en los que parejas con hijos se separen o divorcien. Lo fundamental es que los padres (hombres), que no viven con sus compañeras, puedan participar más en la educación de los niños y niñas, y no solamente puedan hacerlo a través de visita cada ocho o 15 días. La misma también busca hacer respetar el derecho de los niños a seguir manteniendo vínculos estrechos y asiduos con sus padres tras el divorcio, así como los derechos de los progenitores a seguir asistiéndolos luego de una separación de hecho.

⁴² LEY NO. 249, Colombia.

La norma establece que el Defensor de familia, el Comisario o el Juez de familia, sean quienes regulen la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad cuando los padres no cohabitan y no han logrado llegar a un acuerdo sobre el ejercicio de sus derechos y responsabilidades parentales, también se garantiza el derecho de los niños y niñas a tener contacto frecuente y continuo con ambos padres, quienes cumplirán con las obligaciones concernientes al cuidado, educación, formación armónica e integral en un ambiente de respeto a su dignidad humana; cuya aplicación es fundamental para el desarrollo emocional de los niños, que éstos pasen igual tiempo con las madres y los padres.

Les corresponde a los jueces tomar la determinación con un criterio técnico, apoyado por un equipo interdisciplinario conformado por sociólogos, sicólogos y abogados.

La custodia compartida es necesaria para incentivar la paternidad y la maternidad; la garantía de los niños, niñas y adolescentes; así como fortalecer los vínculos entre padres e hijos.

El Artículo 10º. El artículo 230 A del Código Penal, establece:

ARTÍCULO 230-A. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por

ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma se aplicaran las penas previstas en este artículo al progenitor que valiéndose de la custodia, utilice o manipule a sus hijos menores para obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor⁴³”.

Con la finalidad de evitar se haga mal uso de la custodia compartida por parte de uno de los progenitores, se han establecido sanciones de tipo penal que impone penas privativas de la libertad y multa, lo que permite regular de mejor manera esta figura legal.

4.4.2 Legislación Costa Rica

En el caso de Costa Rica, La Ley de Paternidad Responsable (aprobada en el año 2001), inspirada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, 1948, “exige que todo niño/a tenga derecho efectivo a inscribirse legalmente (derecho a una identidad, un nombre y un registro ciudadano), con dos adultos responsables (padre y madre), que se comprometan a, en caso de separación o divorcio, mantener en las mejores condiciones para los hijos/as, el régimen igualitario de responsabilidad, tutela compartida y convivencia alterna⁴⁴”.

⁴³ CODIGO PENAL, Colombia.

⁴⁴ LEY DE PATERNIDAD RESPONSABLE, Costa Rica.

La Ley busca hacer posible que toda persona menor de edad, tenga una filiación legal. Exige a los varones hacerse una prueba de ADN en caso de que se opongan a la inscripción de una hija o hijo con sus apellidos. También promueve la toma de conciencia, en la sociedad, de las responsabilidades derivadas de la paternidad. La paternidad responsable no sólo supone la dotación de ayuda económica para la manutención de una criatura, sino que implica compromisos afectivos y participación en la guarda y crianza de un hijo o hija. Este aspecto implica importantes transformaciones culturales encaminadas, sobre todo, a responsabilizar a los hombres de su prole.

4.4.3 Legislación Salvadoreña

En el Salvador existe la LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA, la cual obliga a ambos progenitores por igual a lavar la ropa de los hijos y a todas y cada una de las tareas y responsabilidades. Cuando esa ley entró en vigor desaparecieron espectacularmente los litigios. Se le acusa de “ley salomónica” y esa es, precisamente, su virtud: el acuerdo y la cordialidad surgen espontáneamente; pues la inmensa mayoría de madres y padres tienen en común el amor y la entrega a los hijos de ambos.

“El “progenitor” natural de todo recién nacido es, inicialmente, la madre; no sólo desde el punto de vista biológico, sino legal, pues la madre es quien decide si se queda embarazada. Pero cuando dos padres firman en el

Registro Civil, si no hay un acuerdo que diga lo contrario, saben que asumen al 50% todas y cada una de las facetas de la crianza, cuidados, manutención y educación y, por tanto, saben que asumen, al 50%, la custodia de sus hijos pase lo que pase entre ellos; y, consecuentemente, desarrollan su vínculo emocional con el menor en igualdad con el otro progenitor. Para que esto estuviera aún mejor clarificado, es obligatorio que toda pareja que acude al Registro Civil con un recién nacido aportara un acuerdo sobre el plan de reparto responsabilidades sobre ese hijo, que sirve para el caso de no convivencia entre ellos⁴⁵. Por ejemplo, un buen plan de custodia compartida para un niño (no bebé) sería tener una “vivienda principal” y pasar la tercera semana de cada mes en una “segunda vivienda”. Porque tener una vivienda principal y una segunda vivienda es algo que entre adultos se considera un privilegio, y para un niño es una fuente de riqueza. La vivienda principal podría ser la de la madre durante la educación infantil, la del padre durante la primaria, la de la madre durante la secundaria y la del padre después. Y los gastos del niño podrían ser administrados mediante una cuenta bancaria en la que el que el cuidador “principal”, decidiera lo que ambos, por igual, han de poner. Este sería un ejemplo de un buen acuerdo que fomentaría los vínculos entre todos los miembros de la familia de este niño.

⁴⁵ LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA, El Salvador.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1 MATERIALES

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo en lo referente a la revisión de literatura, se utilizó básicamente textos relacionados con el Derecho Constitucional y Derecho Civil en relación a la custodia compartida, así como el servicio de internet, también se emplearon las fichas para extraer lo más importante de la información analizada.

Por otro lado para procesar y ordenar la información de campo obtenida se utilizó una computadora, para el análisis y procesamiento de datos se utilizó la calculadora, de igual forma se utilizaron algunos otros recursos materiales como papel, copiadora, grabadora y otros materiales de oficina.

5.2. MÉTODOS

De acuerdo a lo previsto en la metodología de la investigación jurídica, en lo general estuvo regido por los lineamientos del método científico.

Como métodos auxiliares contribuyeron en este estudio el método inductivo-deductivo y deductivo inductivo, que fueron utilizados según las circunstancias que se presentaron en la sustentación del eje teórico del

trabajo; el método bibliográfico descriptivo y documental, fue de singular valía en la elaboración de la revisión de literatura de la tesis.

En la presentación y análisis de los datos obtenidos en el trabajo de campo se utilizaron los métodos de análisis y síntesis, que permitieron presentar los resultados obtenidos a través de frecuencias y porcentajes ordenados en las respectivas tablas, y representados en gráficos estadísticos que permitieron realizar el análisis comparativo.

5.3. TÉCNICAS.

Para la recolección de la información que sustenta la parte teórica del trabajo se utilizó la técnica del fichaje, a través de la elaboración de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

En el trabajo de campo para la obtención de datos empíricos acerca de la problemática estudiada, se procedió primero a aplicar una encuesta a un universo de treinta profesionales del derecho de la ciudad de Quito, quienes dieron sus criterios y que estuvieron orientados a recabar sus opiniones acerca de la temática propuesta.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Con la finalidad de obtener una información actualizada acerca de la problemática investigada, se realizó la investigación de campo, en base a la aplicación de una encuesta a treinta profesionales del derecho, quienes supieron brindar valiosos aportes para la realización del trabajo de campo y cuyos resultados presento a continuación:

Encuesta

1.- **¿Considera Ud. que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, contempla la custodia compartida al establecer en el artículo 69, numeral 5 la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos?**

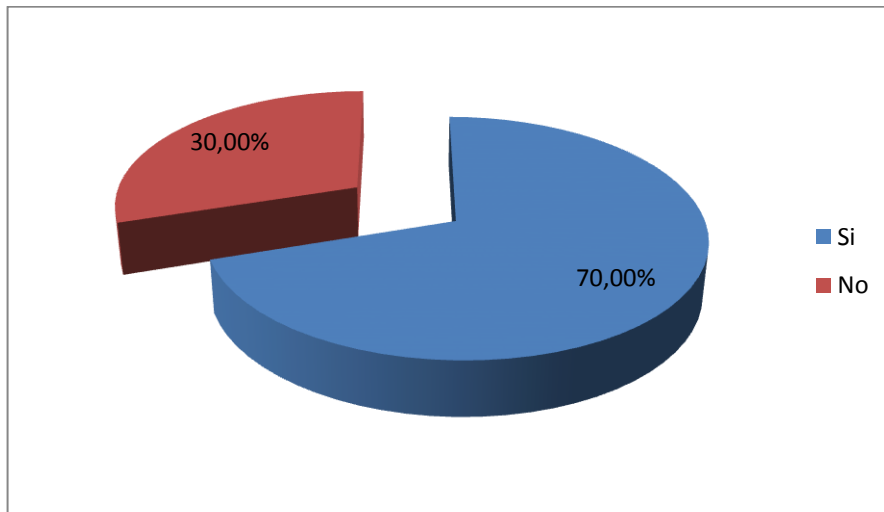
CUADRO Nº 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	21	70%
No	9	30%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho

ELABORACIÓN: Víctor Manuel Ormaza Cruz

GRAFICO # 1



INTERPRETACIÓN:

Del universo encuestado, observamos que veintiún profesionales que representan el 70% consideran que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, contempla la custodia compartida al establecer en el artículo 69, numeral 5 la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos; mientras que nueve profesionales que representan el 30% manifiesta que no, que la norma establece la obligación que tienen los progenitores en el cuidado y alimentación de los hijos, las cual también se encuentra regulada en la Ley.

ANÁLISIS:

La mayoría de los encuestados manifiestan, que la Constitución de la República del Ecuador, cuando determina la corresponsabilidad compartida

de los progenitores en el artículo 69, numeral 5 nos habla de la custodia compartida como mecanismo para el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

2.- ¿Cree Usted que la custodia monoparental de los hijos que reconoce la norma contenida en nuestro Código Civil en los casos de divorcio, permite el desarrollo pleno de los hijos al estar separado de uno de sus padres?

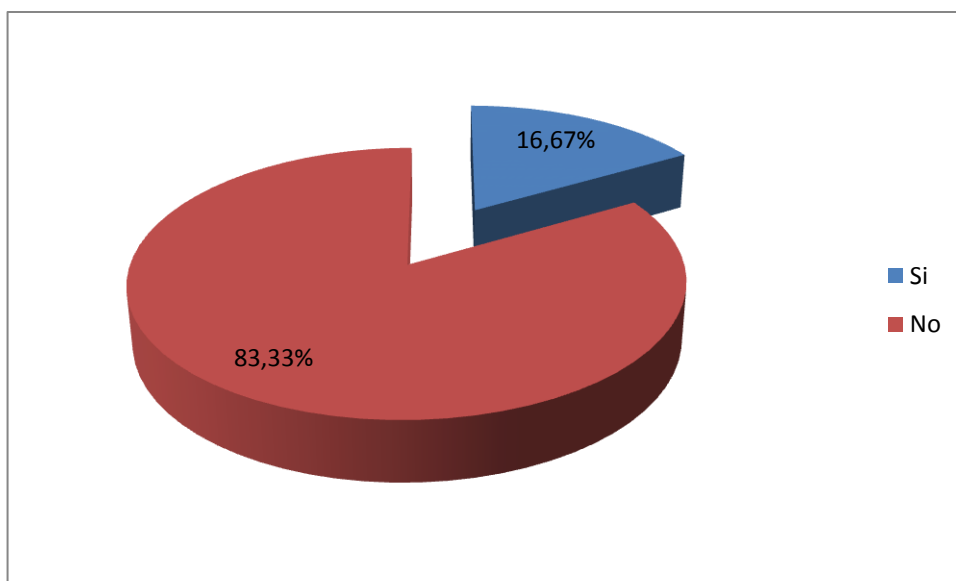
CUADRO NRO. 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	5	16,67%
No	25	83,33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho

ELABORACIÓN: Víctor Manuel Ormaza Cruz

GRAFICO # 2



INTERPRETACIÓN:

Con respecto a ésta interrogante las profesionales encuestados respondieron, veinticinco profesionales que representan el 83,33 % que la custodia monoparental de los hijos que reconoce la norma contenida en nuestro Código Civil en los casos de divorcio, no permite el desarrollo pleno de los hijos al estar separado de uno de sus padres; mientras que cinco profesionales que representan el 16,67 % manifiestan que si permite el desarrollo pleno de los hijos la custodia monoparental, por cuanto el Juez regula el horario de visitas y la pensión alimenticia a pasar por parte del otro progenitor que no tiene la custodia de los menores.

ANALISIS

La mayoría de los encuestados se pronuncian en el sentido de que la custodia monoparental reconocida dentro del Código Civil en los casos de divorcio, no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, por cuanto se establece una disputa entre los progenitores por ganar la custodia lo que lleva a que los hijos vivan en un ámbito hostil que perjudica su desarrollo normal.

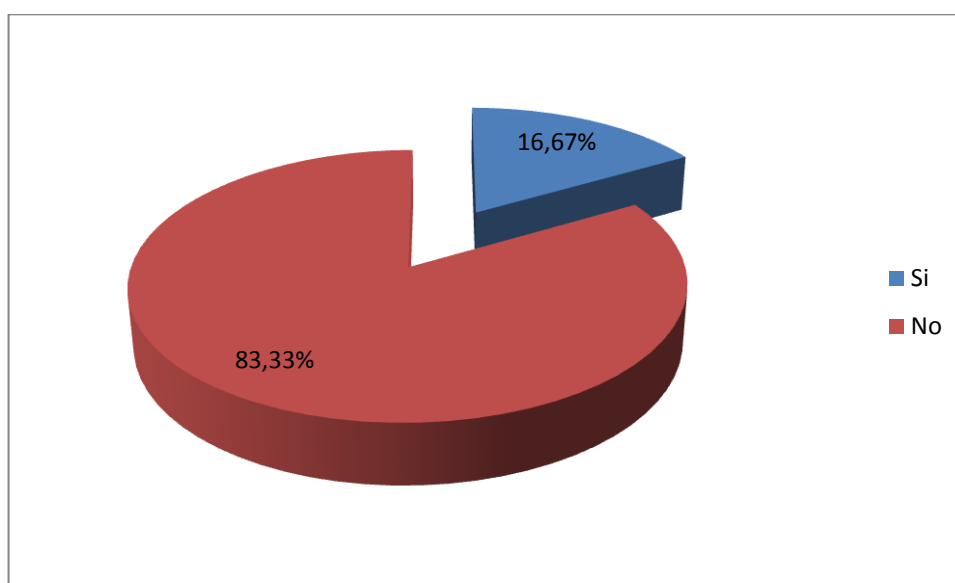
3.- ¿A su criterio cree usted que la custodia monoparental o única permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores?

CUADRO NRO. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	5	86.67%
No	25	13.33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho
ELABORACIÓN: Víctor Manuel Ormazza Cruz

GRAFICO # 3



INTERPRETACIÓN

Con respecto a esta pregunta debo señalar que veinticinco profesionales que representan el 13,33% opinan la custodia monoparental o única no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores; mientras que cinco profesionales que

representan el 86,67% manifiestan que si, por cuanto en la sentencia ya se regula el horario de visita lo que permite el contacto de los hijos con los dos progenitores.

ANÁLISIS

De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de la mayoría de los profesionales encuestados, se llega a determinar la custodia monoparental o única no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores, por cuanto en este tipo de custodia se establece una batalla por ganar la tenencia de los hijos lo que crea un ambiente de hostilidad entre los progenitores que involucra a la prole.

4.- ¿Las legislaciones actuales en materia de custodia de los hijos se inclina por la custodia compartida puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos en el caso divorcio de sus progenitores, considera que esa es la tendencia por lo tanto se hace necesario introducir en nuestra legislación civil esta figura jurídica?

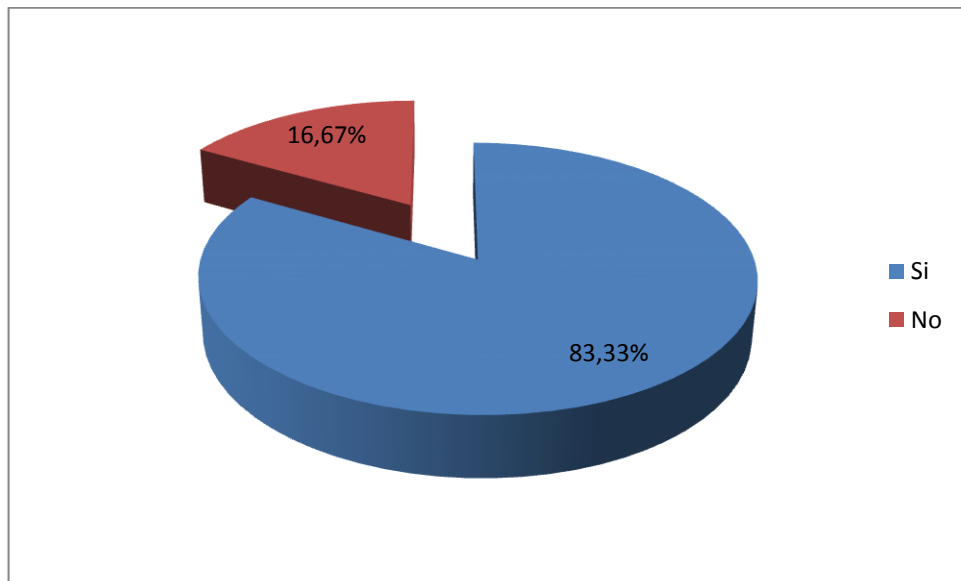
CUADRO NRO. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	86,67%
No	5	13.33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho

ELABORACIÓN: Víctor Manuel Ormaza Cruz

GRAFICO # 4



INTERPRETACIÓN:

Del universo consultado se observa que, veinticinco profesionales que representa el 86,67% consideran que se hace necesario introducir en nuestra legislación civil la custodia compartida puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos en el caso divorcio de sus progenitores; mientras que cinco de los encuestados que representan el 13,33% manifiestan que no es necesario introducir en nuestra legislación la custodia compartida, por cuanto la custodia en la forma como esta contemplada en la ley permite la relación permanente con el otro padre que no tiene la tenencia de los menores.

ANÁLISIS:

De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los profesionales del derecho, la mayoría coinciden plenamente que es necesario introducir en nuestra legislación civil la custodia compartida puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos en el caso divorcio de sus progenitores.

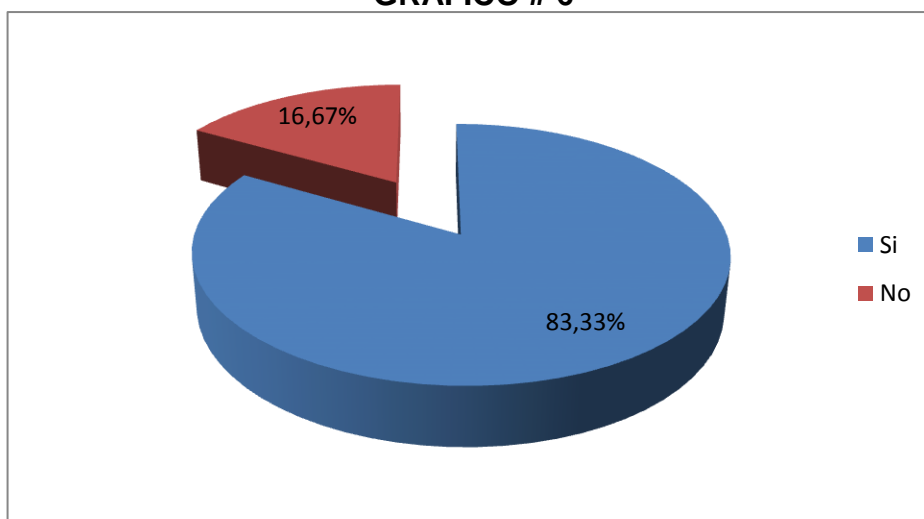
5.- ¿Apoyaría usted una propuesta de reforma a los artículos 108 y 115 del Código Civil, a fin de introducir la custodia compartida de los hijos en los casos de divorcio?

CUADRO NRO. 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	86,67%
No	5	13,33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho
ELABORACIÓN: Víctor Manuel Ormaza Cruz

GRAFICO # 6



INTERPRETACIÓN:

Respecto a la última interrogante planteada de la presente encuesta se puede observar que la mayoría, es decir veinticinco profesionales que representan el 86,67 % consideran que es necesario reformar la norma contenida en los artículos 108 y 115 del Código Civil con la finalidad de introducir en este cuerpo legal la custodia compartida en los casos de divorcio; mientras que solo cinco profesionales que representan el 13,33% opinan que no es necesario reformar la norma por cuanto la custodia en la forma como está regulada en la ley, si permite la relación parento-filial.

ANALISIS:

De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los profesionales del Derecho encuestados, la mayoría manifiestan que si apoyarían un proyecto de reforma a los artículos 108 y 115 del Código Civil puesto que resulta necesario introducir en este marco legal la custodia compartida como el mecanismo que menor impacto causa en los hijos en caso de divorcio de sus progenitores.

7. DISCUSION

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Como autor del presente trabajo investigativo, me formulé algunos objetivos que fueron presentados en el respectivo proyecto de tesis, y que a continuación procedo a verificar:

OBJETIVO GENERAL:

“Realizar un estudio jurídico, doctrinario y de campo de la norma contenida en el artículo 69, numeral 5 de la constitución de la República del Ecuador que establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos”.

Este objetivo se cumple, por cuanto a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo se ha abordado de forma jurídica, crítica y doctrinaria la normativa legal referente a la corresponsabilidad paterna y materna tanto como un derecho y el ámbito de aplicación, abordado desde la revisión de literatura como desde el estudio de campo, determinando que la norma constitucional contempla la custodia compartida de allí la necesidad de regularla dentro del Código Civil.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

“Demostrar que los avances del mundo globalizado determinan la necesidad de establecer nuevos medios de custodia legal de los hijos en caso de divorcio de los progenitores al tenor de lo que dispone la norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador”.

Este objetivo ha sido cumplido en su totalidad, con el análisis de los contenidos doctrinarios que se han escrito en materia de la custodia compartida, lo que ha sido reforzado con la verificación de la norma legal contenida en la Constitución de la República del Ecuador, Las reformas introducidas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia y El Código Civil, así como del análisis de la legislación comparada, lo que me ha permitido determinar como una de sus fortalezas, que si bien la corresponsabilidad o custodia compartida está contemplada en la Constitución de la República del Ecuador, pero no se ha regulado en el Código Civil esta figura jurídica lo que constituye una de sus debilidades.

“Determinar que la custodia compartida en los casos de divorcio constituye el mecanismo legal que permite que ambos padres sigan sosteniendo y criando a sus hijos”.

Del análisis de la doctrina y de la legislación comparada, ha sido posible despejar este objetivo en forma positiva, puesto que se he logrado demostrar que el derecho como toda ciencia no se estanca, sino que se encuentra en constante evolución, por lo tanto los cambios que se producen en la sociedad inciden en las normas legales, especialmente en las que regulan la custodia de los hijos menores de edad; así como también de la investigación de campo en base a las respuestas a las preguntas 1 y 4 de la encuesta.

“Sugerir un proyecto de reforma a la norma legal contenida en los arts. 108 y 115 del Código Civil, a efecto de regular la custodia compartida en los casos de divorcio”.

Este objetivo se verifica en base al análisis de jurídico de la ley, así como del trabajo de campo en relación a la pregunta 5 de la encuesta, en donde se deja entrever la necesidad de regular en el Código Civil específicamente en los artículos 108 y 115 la custodia compartida de acuerdo con el avance de la sociedad y de las exigencias que en materia de derecho civil se ha logrado determinar en relación a la problemática que es materia de la presente investigación.

7.2 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el proyecto de investigación de igual forma realicé el planteamiento de una hipótesis, la cual sería contrastadas una vez desarrollado todo el proceso investigativo. La hipótesis sujeta a contrastación fue la siguiente:

“La norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, es por ello que se hace necesario establecer nuevos mecanismos legales en caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, a efecto de regular la custodia de los hijos; en esas circunstancias surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los hijos”.

La presente hipótesis se contrasta positivamente por cuanto en la parte teórica dentro del marco doctrinario así como en los resultados obtenidos en la investigación de campo en las respuestas a las preguntas 1, 4 y 5 de la encuesta se ha corroborado que:

La norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, en esas circunstancias surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los mismos, de allí la necesidad de regular en el Código Civil la custodia compartida.

7.3 FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA JURÍDICA

El Derecho por excelencia es un instrumento de seguridad jurídica. Por lo tanto es el que encausa a los gobernantes y gobernados a respetar sus derechos, deberes y obligaciones. De ahí que puedo concluir diciendo de que mientras más segura jurídicamente es un estado, la población se convierte automáticamente en una sociedad más justa y equilibrada.

La seguridad jurídica constituye un principio a cuyo respeto aspira toda sociedad, por ello la certeza, la vigilancia plena y efectiva de las normas legales son condiciones indispensables para la seguridad jurídica.

Seguridad que en términos de la aplicación de la custodia compartida de los progenitores, reconocida en forma legal en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República que establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, por lo tanto la norma constitucional reconoce plenamente a esta figura jurídica, de allí la necesidad de regularla dentro de la Ley.

La protección de los derechos a través de leyes adecuadas es deber primordial del Estado ecuatoriano, pero esto ha sido descuidado, al no establecer dentro del ordenamiento legal la custodia compartida tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador, puesto que la norma

existe resulta ambigua e ineficaz, a efecto de proteger los derechos de los menores a la estabilidad emocional en caso de divorcio de sus progenitores.

Por esto y otras razones de carácter constitucional y legal, mi propuesta es que se debe reformar la norma contenida en los artículos 108 y 115 del Código Civil a efecto de regular la custodia compartida de los hijos en caso de divorcio de sus padres, con la finalidad de aplicar en forma eficaz el mandato constitucional en relación a la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos entre padres e hijos, acordes a las necesidades actuales de la sociedad.

8. CONCLUSIONES

La presente investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Que si bien la norma Constitucional reconoce la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, pero su aplicación no ha sido regulada en la ley.
- Que la norma contenida en los artículos 108 y 115 del Código Civil resulta ineficaz para la aplicación de la corresponsabilidad paterna y materna, por la ambigüedad de la norma.
- Que la norma contenida en el Código Civil, no abarca la custodia compartida de los hijos, solo reconoce la custodia monoparental en los casos de divorcio de los progenitores.
- Que se hace necesario establecer en la ley nuevos mecanismos legales en relación a la custodia de los hijos, que causen menor impacto psicológico en los mismos en caso de divorcio de sus padres.
- Que los avances del mundo globalizado determinan la necesidad de establecer nuevos mecanismos de custodia legal de los hijos en caso de divorcio de los progenitores al tenor de lo que dispone la norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.

- Que se hace necesario regular en los artículos 108 y 115 del Código Civil la custodia compartida como mecanismo de protección de los hijos menores de edad en los casos de divorcio de sus progenitores.

9. RECOMENDACIONES:

Como producto de la investigación podemos establecer las siguientes:

- Que la Asamblea Nacional proceda a regular en la ley la custodia compartida, como mecanismo de protección de los menores en caso de divorcio de sus progenitores en cumplimiento de lo que determina la norma constitucional en el artículo 69, numeral 5.
- Que es necesario que nuestro ordenamiento jurídico tenga relación con las disposiciones constitucionales, a efecto de que no exista contraposición de la norma.
- Que los jueces ordenen a los padres a asistir a un seminario para padres divorciados, para que aprendan a ser padres divorciados, y buscar mejores soluciones a sus conflictos en especial en las relaciones parento-filial.
- Que se obligue a los progenitores a formular una declaración de los derechos de sus hijos frente al divorcio, para que sea admitida la demanda, comprometiéndose a no utilizar a los niños en estos casos, y declarando conocer las consecuencias legales (pérdida de la custodia) en caso de hacerlo.
- Que uno de los mayores avances en la legislación de divorcios con hijos en los últimos años, es el requisito del plan parental o plan de crianza de los hijos, por lo tanto se recomienda su regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

- Que las partes acudan de forma obligatoria a un servicio de mediación previo en caso de divorcio, antes de tener que acudir ante el Juez.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

QUE, es necesario adecuar el marco jurídico a las actuales condiciones de la vida social y política de nuestro país.

QUE, se hace necesario regular en la ley el derecho consagrado en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República que establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

Que el marco legal que regula la custodia de los hijos en caso de divorcio de sus progenitores resulta ambigua en relación al avance de la sociedad, por lo tanto se hace necesario crear un marco legal que permita su aplicación eficaz.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 120, numeral 6, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA DEL CÓDIGO CIVIL

A continuación del artículo 108 agréguese los siguiente innumerados:

Artículo innumerado (1) LA CUSTODIA COMPARTIDA.- Si los padres se ponen de acuerdo al divorciarse. Si no es así, excepcionalmente, el juez, a instancias de una de las partes, con informe favorable del equipo técnico del Juzgado de la Mujer, la Familia, Niñez y la Adolescencia, podrá acordar la guardia y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta manera, se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Artículo Innumerado (2).- Reparto de la Custodia y Cuidado Personal de los Hijos. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el juez de familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales.

Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijaran por mitad.

Al establecer el reparto de los periodos a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta, entre otros, el interés de los menores

de cero (0) a siete (7) años de edad, pero permitiendo hasta donde sea posible, contactos cortos pero más frecuentes con cada uno de los progenitores.

Artículo Innumerado (3).- Igualdad de derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre no custodio y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

Artículo Innumerado (4).- Pérdida de la Custodia y Cuidado Personal. La Custodia y el Cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacía los menores por parte de quien la tiene.
3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.

5. Incumplimiento de la ley de custodia compartida, cualquiera sea la forma de entorpecer el derecho que le corresponde al otro progenitor.
6. Fallecimiento del progenitor Tutor.
7. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor.
8. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
9. Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
10. Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.
11. Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre no tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.
12. Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

Artículo Innumerado (5).- Acuerdo de Cesión Temporal de la Custodia. El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor.

Artículo Innumerado (6).- Pérdida temporal de la Custodia. El progenitor que provoque maltrato cualquiera que éste sea, legalmente comprobado, obligue

o induzca a la prostitución o incite a la delincuencia perderá por dos (2) años la custodia de sus hijos, sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes.

No obstante el Juez de Familia atendiendo al interés superior del menor podrá otorgar condiciones especiales para que éste, periódicamente se relacione con el progenitor en aras de no perder el lazo filial y afectivo.

Artículo Innumerado (7).- Incumplimiento del Régimen de custodia compartida. El progenitor que incumpla el régimen de custodia compartida perderá la Tuición de sus hijos, según la evaluación que para el caso efectúe el Juez de Familia e incurrirá en el delito de Ejercicio Arbitrario de la Custodia.

OCTAVA.- Las normas contenidas en los siguientes artículos innumerados se aplicarán para los casos de divorcio contencioso, contenido en el artículo 115.

NOVENA.- Normas derogatorias

Derogase todas las disposiciones contempladas en el Código Civil y todas aquellas disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

A continuación del artículo (528.13), agréguese el siguiente

ARTÍCULO... (528.13.1). EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma se aplicaran las penas previstas en este artículo al progenitor que valiéndose de la custodia, utilice o manipule a sus hijos menores para obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

Artículo Final: La presente Ley reformativa del Código Civil y Código Penal, entraran en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, a los.....días del mes de..... del año.....

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CUENCA, José Manuel, Con mamá y con papá, Editorial Almuzara, Granada, 2006.
- ANBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca Ecuador 2001.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, Guardia y Custodia de Hijos Menores: Las Crisis Matrimoniales y de Parejas, Editorial La Ley, Madrid-España, 2007.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.
- CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.
- CODIGO PENAL, Colombia.
- CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y LOS PADRES, Sueco.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 1990.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE MEXICO.
- CORTE SUPREMA DE OHIO, EEUU.
- CORTÉS, María Rosario, DOLORES JUSTICIA, María y CANTÓN DÍAZ, José, Conflictos entre los padres, divorcio y desarrollo de los hijos, Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Granada, Granada, 2007.

- DE TORRES PEREA, José Manuel, Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar, Editorial Iustel, Madrid-España, 2009.
- Divorcieitor.com.
- ESCRICHE Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición aumentada, Editorial de Eduardo Cuesta, Madrid-España, 2001.
- ESPINOSA CALABUIG, R., Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, Editorial Marcial Pons, 2007.
- FALLO DE LA EXCMA. CÁMARA CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL ARGENTINA.
- IBÁÑEZ-VALVERDE, Vicente J., El laberinto de la custodia compartida, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2006.
- IVARS RUIZ, J, Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2008.
- JUSTICIA, M.D., y CANTÓN, J., Disposiciones de custodia y adaptación de los hijos al divorcio, Editorial pirámide, Madrid-España, 2000.
- KELLY, Joan PhD, Examen de la resistencia a la custodia compartida, Monografía incluida en el libro Joint Custody and Shared Parenting, quinta edición, Guilford Pres, 2004.
- LATHROP GOMEZ, Fabiola, Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid-España, 2008.

- LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.
- LEY NO. 249, Colombia.
- LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA, El Salvador.
- LEY DE PATERNIDAD RESPONSABLE, Costa Rica.
- O'CONNOR, Matt, fundador de los Padres-por-la-Justicia, Inglaterra.
- OLIN, Nelly, Discurso de la parlamentaria Francesa 2009.
- PÉREZ MARTÍN, Javier, “El Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, en Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial, Asociación Española de Abogados de Familia, editorial Dykinson, Madrid-España, 2002.
- PÉREZ GALVÁN, María, “Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida”, Revista Jurídica La Ley (Diario La Ley), núm. 7206, 2009.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, La custodia compartida, Editorial Bosch, Barcelona-España, 2009.
- RÍOS GONZÁLEZ, Mercedes, “Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos”, Revista de Derecho de Familia, nº27, Abril-Junio 2005.
- SALBERG, Beatriz. “Los niños no se divorcian”, Beas edic. 4º ed., Buenos Aires-Argentina, 2003.

- SILLERO CROVETTO, Blanca, “Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida”, Artículo 14, Una perspectiva de género. núm. 35, diciembre de 2010.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 2001.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez, El concepto de matrimonio en el Código Civil, Editorial Civitas, Madrid-España, 2008.

11. ANEXOS

11.1 Formulario de encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
CARRERA DE DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, solicito a Usted muy comedidamente se digne dar respuesta a las preguntas contenidas en la siguiente encuesta técnica, cuyas respuestas será de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo de Tesis de Abogado titulada: “ANALISIS DOCTRINARIO Y JURIDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO”

1.- ¿Considera Ud. que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, contempla la custodia compartida al establecer en el artículo 69, numeral 5 la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

2.- ¿Cree Usted que la custodia monoparental de los hijos que reconoce la norma contenida en nuestro Código Civil en los casos de divorcio, permite el desarrollo pleno de los hijos al estar separado de uno de sus padres?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

3.- ¿A su criterio cree usted que la custodia monoparental o única permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

4.- ¿Las legislaciones actuales en materia de custodia de los hijos se inclina por la custodia compartida puesto que genera menor impacto psicológico en los hijos en el caso divorcio de sus progenitores, considera que esa es la tendencia por lo tanto se hace necesario introducir en nuestra legislación civil esta figura jurídica?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

5.- Apoyaría usted una propuesta de reforma a los artículos 108 y 115 del Código Civil, a fin de introducir la custodia compartida de los hijos en los casos de divorcio?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

GRACIAS

11.2 PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1. TEMA

NECESIDAD DE REGULAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE DIVORCIO EN LOS ARTS. 108 Y 115 DEL CODIGO CIVIL ECUATORIANO

2. PROBLEMÁTICA

La norma contenida en el artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado protegerá a los progenitores y a los jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

En esas circunstancias se hace necesario regular dentro del ordenamiento legal el mecanismo que asegure el cumplimiento de este principio constitucional como es la corresponsabilidad de los progenitores en sus obligaciones para con sus hijos en caso de divorcio, siendo uno de los mecanismos legales que permite cumplir de mejor manera dicho fin, la custodia compartida que no es otra cosa que la situación legal mediante la cual, en caso de divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En

el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos. Este tipo de custodia la establece, en su caso, el juez, en la sentencia que dicte las medidas aplicables al divorcio.

Se contrapone a la figura de la custodia monoparental, que es la usual en países de raigambre latina y en nuestra legislación civil. En caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos de conformidad con lo que determina el artículo 108 y 115 del Código Civil. En algunos casos esta solución del conflicto pos conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. pero hay muchos otros casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el alejamiento del padre visitante, un síndrome de alienación parental del que termina criando solo a sus hijos y el dolor de los menores por no contar con uno de sus progenitores.

Es por ello que surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. El concepto, inspirado en las leyes anglosajonas (jointcustody), aún no está legislado en muchos casos, aunque cada vez son más los países que lo van adoptando.

3. JUSTIFICACIÓN

La problemática materia de la presente investigación abarca un problema de actualidad, tomando en consideración que el divorcio es el mecanismo legal para dar por terminada la relación conyugal, en cuyo caso los hijos quedan al cuidado de uno de los progenitores, es por lo tanto la custodia compartida una alternativa legal viable, que permite una solución del conflicto pos conyugal satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a la materias de Derecho Civil, para poder optar por el grado de Abogado.

Por otro lado me propongo demostrar la necesidad de la tutela efectiva del Estado en la protección de los Derechos individuales de las personas, puesto que hacen falta disposiciones legales que reconozcan sus derechos, a fin de precautelar las normas fundamentales.

Socio-Jurídicamente la investigación es necesaria para lograr que las personas gocen de seguridad jurídica y que no se violenten sus derechos constitucionales contemplados en la Constitución de la República del Ecuador, estudiando y mejorando el régimen normativo de la custodia de los hijos en caso de divorcio de sus padres.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico en relación a la custodia compartida; y, sus efectos socio-jurídicos que produce.

La presente investigación científica servirá para brindar un aporte a la colectividad y contribuirá a acoplar nuestros cuerpos legales a los cambios y transformaciones que sufre la sociedad dentro del constante proceso dialéctico por el que atraviesa.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo General

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y de campo de la norma contenida en el artículo 69, numeral 5 de la constitución de la República del Ecuador que establece la corresponsabilidad

paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

4.2. Objetivos Específicos:

- Demostrar que los avances del mundo globalizado determinan la necesidad de establecer nuevos mecanismos de custodia legal de los hijos en caso de divorcio de los progenitores al tenor de lo que dispone la norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.
- Determinar que la custodia compartida en los casos de divorcio constituye el mecanismo legal que permite que ambos padres sigan sosteniendo y criando a sus hijos.
- Sugerir un proyecto de reforma a la norma legal contenida en los arts. 108 y 115 del Código Civil, a efecto de regular la custodia compartida en los casos de divorcio.

5. HIPOTESIS

La norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, es por ello que se hace necesario establecer nuevos mecanismos legales en caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, a efecto de regular la

custodia de los hijos; en esas circunstancias surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los hijos.

6. MARCO TEÓRICO

“Cuando alguien se inicia en ese acuerdo que llamamos matrimonio, está entrando en algo que es, cuando menos, aventurado. Cuando una pareja se casa, hace algo sobre lo que no sabe nada. Y de acuerdo con todos los indicios, cuando alguien lo hace más de una vez, no sabe más la segunda vez que la primera.

El matrimonio es la base de la unidad familiar. En esta sociedad y en esta época, la familia es la unidad más integrada, la que mejor logra perpetuarse y la que se auto protege mejor. Tal y como está establecida en la actualidad, es necesaria para la sociedad; tanto desde el punto de vista económico como el de cualquier otro. La cultura se desintegraría si su piedra angular, la familia, dejara de tener validez como tal. Podríamos decir con bastante seguridad que aquel que destruye el matrimonio destruye la civilización⁴⁶”.

Básicamente, la relación matrimonial, es una relación postulada; un postulado es una conclusión, decisión o resolución sobre algo. Cuando las

⁴⁶BORDA Guillermo, MANUAL DE DERECHO DE LA FAMILIA, Editorial Emilio Perrot, Decima Edición actualizada, Buenos Aires – Argentina, 2005, pág. 32.

personas dejan de postular un matrimonio, este deja de existir. Es lo que sucede a la mayoría de los matrimonios; y no todo lo contrario. No es que todos los hombres sean malos, y por esa razón los contratos como el matrimonio acaben generalmente en infidelidad y se desintegren. Eso no es verdad; lo que es verdad es lo contrario. Cuando usted tiene una relación puramente postulada, debe continuar creándola; y una familia que no continúa creándose como tal dejará de existir como familia. Prácticamente eso es todo lo que debe saber al respecto.

Cuando las personas tienen problemas con el matrimonio, es que esperan que funcione automáticamente. Creen que seguirá existiendo sin ningún esfuerzo de su parte; por desgracia, no es así. Se tiene que crear.

Un matrimonio es algo que existe en primer lugar porque cada cónyuge ha postulado su existencia y la continuación de esa existencia. Los matrimonios tienen éxito sólo cuando estos fundamentos están donde deben de estar.

“El divorcio es la disolución total y definitiva del vínculo matrimonial, ya sea por un acuerdo mutuo entre las partes para tal efecto o por la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges al haber incurrido el otro en cualquiera de las causales previstas en la ley, que hacen imposible y/o inconveniente el mantenimiento de una vida común.

Para que surta efecto debe ser declarado expresamente por la autoridad competente, previo proceso iniciado por uno de los cónyuges.

El divorcio es pues una solución ofrecida a los cónyuges para poder fin a la convivencia y demás deberes conyugales, y de esta manera poder rehacer su vida.

Existen dos formas de divorcio, el que se da por mutuo consentimiento y el divorcio controvertido.

El primero se da cuando los cónyuges tienen la voluntad o un acuerdo mutuo de divorciarse, por lo cual deberán presentar por escrito el deseo de romper el vínculo matrimonial ante un juez de lo civil o por un procurador especial.

En cuanto a divorcio controvertido, es cuando uno de los cónyuges no está de acuerdo con la ruptura del vínculo matrimonial, este proceso se caracteriza por que hay una etapa de prueba donde las partes pueden exponer sus razones⁴⁷.

Los padres que se están divorciando se preocupan a menudo acerca del efecto que el divorcio tendrá en sus hijos. Los padres se preocupan principalmente por sus propios problemas, pero a la vez están conscientes de que son las personas más importantes en la vida de sus hijos.

Los padres se pueden sentir o desconsolados o contentos por su divorcio, pero invariablemente los niños se sienten asustados y confundidos por la amenaza a su seguridad personal. Algunos padres se sienten tan heridos y

⁴⁷ GARCIA FALCONI, José C., El juicio de divorcio consensual o por mutuo consentimiento, Editorial GEMAGRAFIC, Quito-Ecuador, 2002, pág. 22.

abrumados por el divorcio que buscan la ayuda y el consuelo de sus hijos. Los hijos no pueden entender el divorcio y los padres deben explicarles lo que está pasando, cómo se afectan y cuál será su suerte.

Los niños pueden creer que son la causa del conflicto entre sus padres. Muchos niños tratan de hacerse responsables de reconciliar a sus padres y muchas veces se sacrifican a sí mismos en el proceso. La pérdida traumática de uno o de ambos padres debido al divorcio puede hacerlos vulnerables a enfermedades físicas y mentales.

Los padres deben percatarse de las señales de estrés persistentes en sus hijos. Estas señales pueden incluir la falta de interés en la escuela, por los amigos o aún al entretenerse. Otros indicios son el dormir muy poco o demasiado y el ser rebeldes y argumentativos con los familiares.

Los niños han de saber que su mamá y su papá seguirán siendo sus padres aún si el matrimonio se termina y los padres no viven juntos. Las disputas prolongadas acerca de la custodia de los hijos o el presionar a los niños para que se pongan de parte del papá o de la mamá le pueden hacer mucho daño a los hijos y puede acrecentar el daño que les hace el divorcio.

La continuación de la obligación de los padres por el bienestar de los hijos es vital. Si el niño parece tener indicios de estrés, los padres deben consultar con su médico de familia o pediatra para que lo refiera a un psiquiatra de

niños y adolescentes. El psiquiatra podrá evaluar y darle tratamiento al niño para aliviar las causas del estrés. Además, el psiquiatra podrá aconsejar a los padres ayudándolos a minimizar los problemas que causa el divorcio en la familia.

Para los psicólogos, la separación y el divorcio son alternativas por las cuales puede pasar la pareja en un momento dado de su vida. Lamentablemente, existen circunstancias que, en ocasiones, escapan al control emocional y racional de los cónyuges y la separación y/o el divorcio, se convierten en herramientas que pueden evitar un mal mayor.

Fomentamos la familia y procuramos resolver los problemas de pareja que puedan conducir a una separación, sin embargo, existen sin duda circunstancias que obligan al terapeuta familiar a considerar, en ocasiones, estas posibilidades.

En los Estados Unidos, uno de cada dos matrimonios se divorcia. En Inglaterra y Francia, uno de cada tres. Ejemplos que son significativos de cómo el divorcio avanza en los países desarrollados. Más del 40% de los niños de estos países, vivirán con sus padres durante su primera etapa de la niñez y -luego de un divorcio- con uno de sus padres y su nueva pareja, en la segunda etapa de su vida.

La intensidad de las emociones, el dolor, las ofensas, el rencor y otros sentimientos provocan un daño profundo en la pareja difícil de recuperar. Por otro lado, la victimización de los hijos atrapados en la "batalla conyugal", produce deterioros psicológicos irreparables en la psiquis de los menores.

En el Departamento de Psiquiatría de la Universidad de Michigan se encontró que los hijos de divorciados eran tratados en una proporción de dos a uno con la población general. Estos niños sufrían, en la mayoría de los casos, síntomas asociados a la falta de control en la agresión. En los más pequeños, la agresividad era contra los padres separados y los hermanos. En los mayores, ya adolescentes, el problema tomaba forma de actos antisociales y de delincuencia, así como alcoholismo y adicción a las drogas.

En los casos de las hijas de divorciadas adolescentes se encontró frecuencia de promiscuidad sexual, en mayor proporción que las hijas de matrimonios no divorciados.

Otros autores han enfatizado la importancia de la depresión en el cuadro clínico de los niños de padres divorciados. En una investigación, también en los Estados Unidos, entre niños tratados como pacientes psiquiátricos ambulatorios de depresión media y severa, un alto porcentaje de la muestra era de niños de padres divorciados.

En esas circunstancias surge la problemática de la "Custodia de menores", es un término legal que se utiliza para describir la relación y las obligaciones entre uno de los padres y el hijo en vista de situaciones en las que ambos padres del niño no desean más compartir la relación entre sí. Dicha situación puede implicar un divorcio, una anulación o una separación, en la que los niños presentes en la relación no pueden vivir con ambos padres y deben estar bajo el cuidado primario de uno de ellos, quien tomará las decisiones por el niño y cuidará de él. Los jueces de la familia tienen jurisdicción para decidir si el niño vivirá con el padre o la madre basándose en los mejores intereses del niño. Comúnmente, al decidir los arreglos de custodia, cada estado tiene en cuenta factores que de una u otra forma incluyen lo siguiente:

Edad y sexo del niño.

Vínculos afectivos entre las partes implicadas y el niño.

Relación entre el niño y sus hermanos, si tiene alguno.

La capacidad de las partes que solicitan la custodia para brindar un entorno de crianza afectivo para el niño.

La capacidad y medios para brindarle al niño comida, vestimenta, atención médica y otros cuidados necesarios.

Las características de las partes que solicitan la custodia: edad, salud física y mental, estabilidad, carácter.

El efecto de la continuación o interrupción propuesta del hogar existente del niño.

Las preferencias del niño, si el juzgado considera que el niño es lo suficientemente maduro física y mentalmente para tomar dichas decisiones.

La capacidad de las partes implicadas de llegar a un arreglo aceptable con respecto al régimen de visitas al niño.

Abuso o violencia doméstica presenciada por el niño cometida por cualquiera de los padres hacia el niño, hacia otro hermano/pariente cercano o entre los padres.

Otros factores importantes propios del conflicto de la custodia de un menor.

“Hay algunos tipos de custodia a saber:

Custodia física: uno de los padres tendrá derecho a que el niño viva con él/ella. Cuando el niño vive la mayor parte del tiempo con uno de los padres y tiene derechos de régimen de visitas con el otro, el padre con el que el niño vive principalmente tiene custodia física única. En situaciones en las que existe una custodia física conjunta, ambos padres tienen derecho a pasar mucho tiempo con el niño y a que el niño viva con ellos, siempre que los padres vivan en la misma área.

Custodia legal: esto significa que uno de los padres tendrá el derecho y la responsabilidad de tomar decisiones sobre el cuidado y la crianza del niño, incluyendo educación, atención médica, religión, etc. Si los padres comparten una custodia legal conjunta, ambos tendrán la oportunidad de ser

partícipes de la toma de decisiones sobre el bienestar de su hijo. Sin embargo, si los padres tienen opiniones divergentes acerca del bienestar de su hijo, es posible que sea necesaria la intervención del juzgado.

Custodia conjunta: esto significa que los padres comparten la responsabilidad de cuidar al niño y tomar decisiones sobre cuestiones respecto a educación, salud, etc. La mayoría de los estados reconoce dos tipos de custodia conjunta: custodia física y custodia legal.

Custodia única: en este arreglo, el juzgado concede solamente a uno de los padres la custodia legal y/o física del niño. Lo más probable es que el otro padre tenga derechos de régimen de visitas. Dicha situación puede surgir si el juzgado considera que el otro padre es incompetente, debido a abuso sustancial, antecedentes de abuso físico u otros factores decisivos⁴⁸.

En Texas, el término curatela se utiliza en lugar de la palabra custodia. En la paternidad compartida, ambos padres comparten la toma de decisiones respecto del niño. Se supone que la custodia conjunta salvaguarda los mejores intereses del niño. Por lo general, las situaciones de custodia única se limitan a situaciones que implican violencia entre las partes u otras circunstancias que hacen que la toma de decisiones en forma conjunta sea inviable. La custodia conjunta no elimina las obligaciones de manutención del menor ni afecta considerablemente los programas de visitas. Los

⁴⁸TRUCCO, Julio, Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida, Ediciones B, Barcelona-España, 2010, pág. 67.

curadores primarios determinan dónde vivirá principalmente el niño, aunque, por lo general, esto se limita al área geográfica o al distrito escolar. Ambos padres conservan el derecho a asistir a los actos escolares, reunirse con los maestros, médicos y a ser contactados en caso de emergencia.

Debido a que los arreglos de custodia de menores pueden resultar difíciles, tener un programa sirve de mucho. El juzgado puede imponer un arreglo de algún tipo, si ambas partes no pueden acordar un programa. Es común alternar las semanas y los meses para el régimen de visitas o, de lo contrario, reservar los fines de semana para el otro padre. Sin embargo, también sirve de mucho tener en cuenta cómo se siente el niño al llevarlo de un lado a otro. En la mayoría de los casos, los arreglos se hacen amigablemente debido a que ambos padres se preocupan por su hijo.

La Constitución de la República del Ecuador al referirse a la familia establece los siguientes principios básicos, en orden a proteger a esta célula de la sociedad y a sus miembros.

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos⁴⁹.

Considero que uno de los mecanismos legales que permite cumplir con los principios antes anotadas es la custodia compartida, puesto que obliga a ambos progenitores a cumplir con su responsabilidad en partes iguales y a mantener viva la relación entre padres e hijos.

El Código Civil al referirse a la custodia en caso de divorcio manifiesta:

⁴⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011.

La tenencia es una institución del derecho de familia que permite que uno de los padres, cuando éstos se encuentren separados por las causales que prescribe el artículo 333 del Código Civil, mantengan la custodia de sus hijos menores, ello podría ser motivado por acuerdo mismo de los padres, quienes de manera conciliatoria pueden decidir sobre quien se hará cargo del cuidado del menor o, cuando existe discrepancia al respecto será el Juez quien decida sobre la tenencia del menor. Según corresponda en aplicación a lo dispuesto por el artículo 108 y 115 del Código Civil.

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o invalidación de matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido de su ejercicio. Y si en caso decidiera iniciar una acción legal de pretensión de tenencia, las argumentaciones y valoraciones con respecto al tema resultarían complejas para resolver el caso concreto, máxime cuando ahora se permite a los hijos declarar con respecto a su propia custodia.

Los procesos sobre patria potestad y tenencia en nuestro medio judicial son de larga duración, sin embargo el Código Procesal Civil, permite antes o en el mismo proceso dictar medidas cautelares, que orientan una futura decisión judicial con respecto al tema controvertido, sin embargo es de recalcar que las decisiones con respecto a la tenencia de los menores de edad, no son definitivas, es decir, la motivación con respecto a la custodia de los menores respecto de sus padres puede cambiar de decisión, siempre y

cuando el padre y/o madre que mantenga la custodia de sus menores hijos, no se encuentren en condiciones económicas y/o morales, para mantener la custodia de los mismos.

La tutela es una institución del amparo familiar y conforme lo señala el artículo 502 del Código Civil prescribe "Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes⁵⁰ⁿ.

En cambio en la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Este ejercicio de patria potestad la ejerce el padre y la madre de manera conjunta durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento resuelve el Juez de Familia, conforme al proceso sumarísimo.

En caso que el padre a quien se confió el cuidado de su hijo, no cumpliera con hacerlo, resulta necesaria su variación, ordenando el juez una evaluación a través de un equipo multidisciplinario. Y en caso existiera peligro en la integridad física del menor, el fallo se realizará de manera inmediata.

⁵⁰CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.

7. METODOLOGÍA

La investigación a realizarse es de tipo bibliográfica y de campo, para ello utilizare el método científico y sus derivaciones, con la finalidad de descubrir la verdad o confirmarla de ser el caso.

Para la realización del presente proyecto de investigación me apoyare en:

Método Científico

El método general del conocimiento nos permitirá llegar a conocer lo que ocurre con la custodia monoparental y la necesidad de establecer la custodia compartida.

Además el método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinaremos el tipo de investigación socio-jurídico que se concreta en una investigación del derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico esto es relativo al efecto social que produce el vacío jurídico al no estar especificada la regulada la custodia compartida en caso de separación matrimonial o divorcio.

Método Inductivo Deductivo

Me permitirá conocer la realidad del problema que investigo, partiendo de lo particular para llegar a lo general, en algunos casos desde lo general para arribar a lo particular, también nos servirá para señalar el camino a seguir en

la investigación socio-jurídico propuesta, y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales se hará el análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad problemática de la investigación.

Método Materialista Histórico

Por medio de este método conoceré el origen el pasado y la evolución del problema para hacer una diferenciación con lo que en este momento se vive.

Método Descriptivo

Sirve para hacer una descripción objetiva de la realidad actual de la problemática a investigar.

Procedimientos y Técnicas

Estudiaré el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político, económico para analizar los efectos que produce.

La observación, el análisis y la síntesis serán los procedimientos que requiere nuestra investigación jurídica propuesta que nos harán encontrar semejanzas diferencias y podremos inclusive realizar comparaciones y encontrar a lo mejor algunas normas jurídicas comunes.

Técnicas

En cuanto a técnicas realizare la encuesta a treinta profesionales del derecho.

Los resultados de la investigación se presentaran en tablas, barras, centro gramas, como mejor resulte la presentación y entendimiento de los mismos, en forma discursiva las deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos que servirán para la verificación de objetivos y deducción de hipótesis, luego arribar a conclusiones y recomendaciones.

8. CRONOGRAMA

AÑO 2013

MESES	ENERO			FEBRERO			MARZO			ABRIL			MAYO			JUNIO			JULIO		
ACTIVIDADES																					
<i>Aprobación del proyecto de tesis</i>			*																		
<i>Desarrollo de la Tesis</i>				*	*	*															
<i>Investigación de campo</i>							*	*	*	*	*	*									
<i>Presentación de análisis de resultados</i>													*	*	*						
<i>Aprobación de la tesis</i>																*					
<i>Defensa de la tesis</i>																			*		

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. RECURSOS Y COSTO.

9.1.2. RECURSOS HUMANOS:

- Proponente del Proyecto: Víctor Manuel Ormazza Cruz
- Director de Tesis: Por designarse

9.1.3 RECURSOS MATERIALES

Entre los recursos materiales utilizaré:

- Útiles de Oficina: Papel, esferográficos, carpetas; Cds, Memory flash
- Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, grabadora, calculadora, cassettes;
- Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, servicio de Internet.

DETALLE	COSTO EN DÓLARES
Material de escritorio	\$200,00
Material bibliográfico	\$100,00
Fotocopias	\$100,00
Reproducción y empastado de tesis	\$100,00
Derechos y aranceles	\$300,00
Internet	\$60,00
Movilización	\$60,00
TOTAL	\$920,00

La presente investigación se financiará exclusivamente con recursos propios del postulante.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALBAN. Fernando. LA SOCIEDAD CONYUGAL: Su Inventario, tasación y Liquidación.
- ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 3
- BORDA Guillermo, MANUAL DE DERECHO DE LA FAMILIA, Editorial Emilio Perrot, Décima Edición actualizada, Buenos Aires – Argentina, 2005.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011.
- CÓDIGO CIVIL CON JURISPRUDENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I. Quito Ecuador 2010.
- DICCIONARIO RUY DIAZ, Edición Rafael Zuccotti y Gustavo Zuccotti, Colombia, 2005.
- GARCIA FALCONI, José C., El juicio de divorcio consensual o por mutuo consentimiento, Editorial GEMAGRAFIC, Quito-Ecuador, 2002.
- TRUCCO, Julio, Los Hijos del Divorcio. Guía de Tenencia Compartida, Ediciones B, Barcelona-España, 2010.
- ZICAVO, N., Crianza Compartida, Síndrome de Alienación Parental y Padrectomía, Ed. Trillas, México, 2010.
- <http://www.monografias.com/>
- www.derechoecuador.com/index.

ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
TABLA DE CONTENIDOS	vi
1.- TITULO	1
2.- RESUMEN	2
2.1 ABSTRACT	4
3.- INTRODUCCIÓN	5
4.- REVISIÓN DE LITERATURA	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL	8
4.2. MARCO DOCTRINARIO	20
4.3. MARCO JURÍDICO	55
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA	66
5. MATERIALES Y MÉTODOS	75
5.1. Materiales	75
5.2. Métodos	75
5.3. Técnicas	76
6. RESULTADOS	77
6.1. Resultado de la aplicación de la encuesta	77
7. DISCUSIÓN	86
7.1. Verificación de Objetivos	86

7.2	Constatación de la Hipótesis	88
7.3.	Fundamentación Jurídica de la Reforma Legal	90
8.	CONCLUSIONES	92
9.	Recomendaciones	94
9.1.	Propuesta Jurídica	96
10.	Bibliografía	102
11.	ANEXOS	106
	Anexos 1	106
	Anexos 2	108
	Índice	132