



Universidad
Nacional
de Loja

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Estudio jurídico del principio de corresponsabilidad parental y la factibilidad de incorporar la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Trabajo de Integración Curricular previo a la obtención del título de Abogado

AUTOR:

Pablo Andrés Malla Medina

DIRECTOR:

Dr. José Alexi Erazo Bustamante Ph.D.

Loja – Ecuador

2023

Loja, 25 de agosto de 2022

Dr. José Alexi Erazo Bustamante. Ph.D.

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

CERTIFICO:

Que he revisado y orientado todo el proceso de la elaboración del Trabajo de Integración Curricular denominado: **“Estudio jurídico del principio de corresponsabilidad parental y la factibilidad de incorporar la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”** de autoría del estudiante Pablo Andrés Malla Medina, previa a la obtención del título de Abogado, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja para el efecto, autorizo la presentación para la respectiva sustentación y defensa.

JOSE ALEXI
ERAZO
BUSTAMANTE

Firmado digitalmente
por JOSE ALEXI
ERAZO BUSTAMANTE
Fecha: 2022.08.25
18:52:46 -05'00'

Dr. José Alexi Erazo Bustamante. Ph.D.

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Autoría

Yo, **Pablo Andrés Malla Medina**, declaro ser autor del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Trabajo de Integración Curricular en el Repositorio Digital Institucional-Biblioteca Virtual.



Firmado electrónicamente por:
**PABLO ANDRES
MALLA MEDINA**

Firma-----

Cédula: 1150454740

Fecha: Loja, 20 de enero de 2023.

Correo electrónico: pablo.malla@unl.edu.ec

Teléfono: 0962670149

Carta de autorización por parte del autor, para la consulta, reproducción parcial o total y publicación electrónica de texto completo, del Trabajo de Integración Curricular.

Yo, **Pablo Andrés Malla Medina**, declaro ser autor del Trabajo de Integración Curricular denominado: **“Estudio jurídico del principio de corresponsabilidad parental y la factibilidad de incorporar la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”**, como requisito para optar al título de **Abogado**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los veinte días del mes de enero de dos mil veinte y tres.



Firmado electrónicamente por:
**PABLO ANDRES
MALLA MEDINA**

Firma-----

Autor: Pablo Andrés Malla Medina

Cédula No: 1150454740

Dirección: Cdla. La Tebaida, calles: Manuel Agustín Aguirre y Manuel Zambrano.

Correo electrónico: pablo.malla@unl.edu.ec

Teléfono Celular: 0962670149

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director del Trabajo de Integración Curricular: Dr. José Alexi Erazo Bustamante. PhD.

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación va dedicado con incondicional amor y gratitud a Dios, quien es dador de vida y fortaleza para el desarrollo de nuestros anhelos. A mi madre, Sra. Rosa Herminia Medina Armijos, a mis hermanos Luis Eduardo y María Fernanda Malla Medina, quienes han sido mi principal fuente de apoyo e inspiración en el transcurso de esta etapa que culmina con el logro de este gran objetivo para mi vida.

Pablo Andrés Malla Medina

Agradecimiento

Al haber finalizado el presente Trabajo de Integración Curricular, agradezco a la Universidad Nacional de Loja, y a cada uno de los docentes por haber impartido sus conocimientos durante toda la formación académica.

De manera especial agradezco al Dr. José Alexi Erazo Bustamante Ph. D., quien con su sabiduría, abnegación y profesionalismo dirigió la investigación social y jurídica del presente trabajo, aportando en todo momento para la mejor realización del mismo.

En similar forma agradezco a todas las personas que me brindaron su apoyo para la realización de este trabajo, de manera especial a cada docente de la carrera de Derecho que me colaboraron con sus criterios y conocimientos en la elaboración de esta investigación.

Pablo Andrés Malla Medina

Índice de Contenidos

Portada.....	i
Certificación.....	ii
Autoría.....	iii
Carta de autorización.....	iv
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento.....	vi
Índice de contenidos.....	vii
1. Título	1
2. Resumen.....	2
2.1. Abstract	3
3. Introducción	4
4. Marco Teórico	7
4.1. Antecedentes de la custodia compartida.	7
4.2. Corresponsabilidad parental.	13
4.3. Patria potestad.....	18
4.4. Custodia.	22
4.5. Tipos de custodia.....	26
4.5.1. Custodia exclusiva.	27
4.5.2. Custodia partida.....	29
4.5.3. Custodia compartida.	30
4.6. Igualdad y no discriminación en el entorno familiar.	36
4.7. Filiación.	37
4.8. Matrimonio.	40
4.9. Divorcio.	44
4.10. Unión de hecho.....	48
4.11. Convivencia familiar.	49
4.12. Interés superior del niño.....	52

4.13.	Régimen jurídico de visitas.	55
4.14.	Régimen de visitas en el Ecuador.....	57
4.15.	La familia.	60
4.16.	Tipologías de la familia.	62
4.16.1.	Familia nuclear.	62
4.16.2.	Familia recompuesta.	63
4.16.3.	Familia uniparental.	64
4.16.4.	Familia extensa.	64
4.17.	Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.....	64
4.18.	Importancia de la corresponsabilidad parental desde la perspectiva de la custodia compartida.	68
4.19.	Normas jurídicas del Ecuador.	74
4.19.1.	Constitución de la República del Ecuador.	74
4.19.2.	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.	81
4.19.3.	Código Orgánico General de Procesos.....	86
4.19.4.	Código Civil.....	88
4.20.	Derecho Comparado.....	89
4.20.1.	Código Civil, España.....	89
4.20.2.	Ley 20680, Chile.	91
4.20.3.	Código de las Familias y del Proceso Familiar, Bolivia.....	93
4.20.4.	Ley Contra la Alienación Parental, Brasil.....	97
5.	Metodología.....	99
5.1.	Materiales utilizados.	99
5.2.	Métodos.	100
5.3.	Técnicas.....	101
5.4.	Observación Documental.	102

6. Resultados.....	103
6.1. Resultados de las Encuestas.	103
6.2. Resultados de las Entrevistas.	114
6.3. Estudio de Casos.....	129
7. Discusión.	142
7.1. Verificación de Objetivos.	142
7.1.1. Verificación de objetivo general.....	142
7.1.2. Verificación de objetivos específicos.....	142
7.2. Contrastación de la Hipótesis.	155
7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal.	156
8. Conclusiones.	163
9. Recomendaciones.	164
9.1. Proyecto de Reforma Legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	165
10. Bibliografía.....	173
11. Anexos.	179

Índice de Tablas

Tabla 1. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 1	103
Tabla 2. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 2	105
Tabla 3. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 3	107
Tabla 4. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 4	108
Tabla 5. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 5	110
Tabla 6. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 6	112

Índice de Figuras

Figura 1. Representación Gráfica – Pregunta N° 1	103
Figura 2. Representación Gráfica – Pregunta N° 2	105
Figura 3. Representación Gráfica – Pregunta N° 3	107
Figura 4. Representación Gráfica – Pregunta N° 4	109
Figura 5. Representación Gráfica – Pregunta N° 5	111
Figura 6. Representación Gráfica – Pregunta N° 6	112

Índice de Anexos

Anexo 1. Formato de encuesta.	179
Anexo 2. Formato de entrevista.	182
Anexo 3. Certificación de traducción de Abstract.	183
Anexo 4. Certificación de tribunal de grado.....	184

1. Título

“Estudio jurídico del principio de corresponsabilidad parental y la factibilidad de incorporar la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”

2. Resumen

El presente trabajo de integración curricular lleva por título “Estudio Jurídico del Principio de Corresponsabilidad Parental y la Factibilidad de Incorporar la Custodia Compartida en el Código Orgánico de La Niñez Y Adolescencia”, el interés que conduce a desarrollar esta investigación es debido a que en la sociedad ecuatoriana aún preexiste una férrea y marcada preasignación de roles respecto a las madres y padres a la hora de asumir obligaciones y responsabilidades respecto a sus hijos, provocando así, patrones negativos en el núcleo familiar en el que se perpetúan estereotipos y prejuicios en torno a los progenitores, ya que se ha normalizado el hecho de que a la madre se la asocie únicamente con actividades del hogar o con la responsabilidad de crianza y cuidado de los hijos, mientras que al padre, se lo tiene como un mero proveedor económico en relación con la familia. En virtud de ello, frente a escenarios de crisis matrimonial en donde existen hijos menores de por medio, se debe priorizar el bienestar y desarrollo integral de estos últimos, puesto que su condición de niña, niño o adolescente amerita que su interés superior sea una consideración primordial y un principio que irradie todos los procesos, de manera que sus intereses primen sobre los de las demás personas. Por el estudio realizado se evidenció que en el Ecuador, el modelo de custodia monoparental no es el más idóneo para garantizar a los niños su estabilidad en las distintas etapas de su vida, dado que al interior de este modelo se suelen generar múltiples irregularidades que van desde el incumplimiento al régimen de visitas, hasta incidentes de alienación parental, además de que dicho modelo que rige en la actualidad no guarda armonía con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual se identificaron y analizaron las falencias existentes en la práctica judicial ecuatoriana en el sentido de que no se llega a considerar ciertos principios constitucionales, entre ellos el de igualdad y no discriminación, interés superior del niño y el de corresponsabilidad parental, provocando así, graves vulneraciones a los derechos de niñas, niños y adolescentes al momento de resolver el encargo judicial de la tenencia, lo cual dificulta el adecuado ejercicio de los derechos.

Para el desarrollo de este trabajo se requirió de los siguientes métodos: científico, inductivo, deductivo, analítico, exegético, hermenéutico, mayéutica, comparativo, estadístico y sintético. Como técnicas se utilizaron las encuestas y entrevistas lo cual permitió obtener criterios de profesionales y especialistas de la materia para constatar el problema y sugerir una solución que es incorporar la custodia compartida a la legislación ecuatoriana con la finalidad de que la separación o el divorcio de los progenitores no conculque derechos connaturales de los niños, niñas y adolescentes, y que ello no suponga un desbalance de los derechos y la asunción de responsabilidades entre progenitores. Se trata en sí, de llegar a reafirmar principios de carácter constitucional e internacional en un marco de respeto e igualdad.

Palabras clave: Corresponsabilidad Parental; Custodia Compartida; Interés Superior del Niño; Crianza; Núcleo Familiar; Alienación Parental.

2.1. Abstract

The present work of curricular integration is entitled "Legal Study of the Principle of Parental Co-responsibility and the Feasibility of Incorporating Shared Custody in the Organic Code of Childhood and Adolescence", the interest that leads to develop this research is due to the fact that in Ecuadorian society there is still a strong and marked pre-assignment of roles regarding parents when it comes to assuming obligations and responsibilities towards their children, Thus, causing negative patterns in the family nucleus in which stereotypes and prejudices are perpetuated around the parents, since it has been normalized the fact that the mother is associated only with household activities or with the responsibility of raising and caring for the children, while the father is considered as a mere economic provider in relation to the family. Therefore, in the case of marital crisis scenarios involving minor children, priority should be given to the welfare and integral development of the latter, since their status as children or adolescents merits that their best interests be a primary consideration and a principle that radiates all processes, so that their interests take precedence over those of other persons. From the study conducted, it became evident that in Ecuador, the single-parent custody model is not the most suitable to guarantee the stability of children in the different stages of their lives, given that within this model multiple irregularities are usually generated, ranging from non-compliance with the visitation regime, to incidents of parental alienation, in addition to the fact that the model currently in force is not in harmony with the provisions of the Constitution of the Republic of Ecuador, Therefore, we identified and analyzed the existing shortcomings in Ecuadorian judicial practice in the sense that certain constitutional principles are not considered, including equality and non-discrimination, the best interests of the child and parental co-responsibility, thus causing serious violations of the rights of children and adolescents at the time of resolving the judicial assignment of custody, which hinders the proper exercise of their rights.

For the development of this work, the following methods were required: scientific, inductive, deductive, analytical, exegetical, hermeneutic, mayeutic, comparative, statistical and synthetic. Surveys and interviews were used as techniques, which allowed obtaining criteria from professionals and specialists in the field to verify the problem and suggest a solution, which is to incorporate shared custody to the Ecuadorian legislation so that the separation or divorce of parents does not violate the connatural rights of children and adolescents, and that this does not imply an imbalance of rights and the assumption of responsibilities between parents. It is a matter of reaffirming constitutional and international principles within a framework of respect and equality.

Keywords: Parental Co-responsibility; Shared Custody; Best Interests of the Child; Parenting; Family Nucleus; Parental Alienation.

3. Introducción

El presente trabajo de integración curricular titulado “Estudio jurídico del principio de corresponsabilidad parental y la factibilidad de incorporar la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”; el interés por desarrollar la presente investigación se debe a la vulneración de principios constitucionales por parte de los operadores de justicia al resolver la situación jurídica de las niñas, niños y adolescente respecto de la tenencia puesto que al determinarla no se llega a sopesar adecuadamente el interés supremo del niño y la corresponsabilidad parental.

Al no contar con la figura jurídica de la custodia compartida en el Ecuador, se refleja la imperante necesidad de legislarla, pues países como Chile, Bolivia o Brasil dentro de sus respectivas normativas ya se encuentra consagrada tal figura jurídica y los resultados obtenidos en materia de niñez y adolescencia han sido bastante favorables, sobre todo porque lo que se busca con ello es garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a mantener una familia, a disfrutar de la convivencia familiar, conocer a los progenitores y mantener relaciones afectivas con ellos bajo un marco de igualdad y equivalencia. En el caso de los padres, la custodia compartida contribuye a un adecuado equilibrio en las responsabilidades parentales de manera que no se sobrecargue a un solo progenitor el cuidado y crianza de los hijos, sino más bien, que ambos participen de forma activa y equitativa en el desarrollo de los menores en atención al principio constitucional de corresponsabilidad parental contemplado en el artículo 69 y 83 de la Constitución de la República del Ecuador.

En el presente trabajo de integración curricular se verificó un objetivo general que consiste en: “Realizar un estudio conceptual, doctrinal, jurídico y comparado del principio de corresponsabilidad parental en la custodia de los niños, niñas y adolescentes”

Además, se verificó los objetivos específicos que se detallan a continuación: primer objetivo específico: “Demostrar que en el Ecuador existe la tenencia uniparental que contraviene los derechos de supervivencia de niñas, niños y adolescentes”; segundo objetivo específico: “Señalar que la custodia compartida garantiza en niñas, niños y adolescentes el derecho a la familia y la convivencia familiar”; tercer objetivo específico: “Proponer una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el que se establezca la institución jurídica de la custodia compartida para garantizar el principio del interés superior del niño”

La hipótesis que se planteó para la contrastación es: “El modelo uniparental de la tenencia que rige en Ecuador no es lo más idóneo para garantizar el interés superior del niño puesto que permite que se violen derechos connaturales del niño, niña y adolescente como el derecho a la familia, la convivencia familiar y en el caso de los progenitores, no se cumple con la corresponsabilidad parental, es por ello que, una vez que se tenga incorporada la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se estaría supliendo esta situación para lograr que las asimetrías en el ámbito jurídico y social cambien en función al bienestar de los menores”.

El trabajo de integración curricular se encuentra estructurada de la siguiente manera: Marco Teórico, donde se desarrollan diferentes categorías: Antecedentes de la Custodia Compartida, Corresponsabilidad Parental, Patria Potestad, Custodia, Tipos de Custodia, Filiación, Igualdad y no Discriminación en el Entorno Familiar, Matrimonio, Divorcio, Unión de Hecho, Convivencia Familiar, Interés Superior del Niño, Régimen Jurídico de Visitas, Régimen de Visitas en el Ecuador, La Familia, Tipologías de la Familia, Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos de Derechos, Importancia de la Corresponsabilidad Parental desde la Perspectiva de la Custodia Compartida. En el Marco Jurídico se contemplaron: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico General de Procesos, Código Civil; en el Derecho Comparado se procedió a establecer las semejanzas y diferencias de leyes extranjeras en relación con la ley ecuatoriana, utilizando las siguientes legislaciones: Código Civil de España, Ley 20680 de Chile, Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, Ley Contra la Alienación Parental de Brasil; de igual forma se cuenta con instrumentos internacionales ratificados y suscritos por el Ecuador que guardan relación a la temática estudiada, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

En similar forma, para la realización del presente trabajo de investigación se utilizaron varios materiales y métodos que sirvieron para la obtención de información, así mismo las técnicas de la encuesta y entrevista, también el estudio de casos que contribuyeron con la información óptima y pertinente para fundamentar el desarrollo del trabajo de integración curricular, así

también se ha contrastado la hipótesis cuyos resultados ayudaron a la fundamentación de la propuesta de reforma legal.

En la parte final del trabajo de investigación se expone las conclusiones y recomendaciones, mismas que se lograron extraer durante todo el desarrollo de la investigación, y con ello también se presentó el proyecto de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de poder establecer reglas claras y aplicables que permitan a los jueces valorar adecuadamente las circunstancias de los niños y adolescentes al momento de resolver los casos de tenencia, de tal manera que se pueda privilegiar el interés supremo del niño en todas las esferas de su desarrollo y a su vez dar un fiel cumplimiento al principio de corresponsabilidad parental.

De esta manera queda presentado el trabajo de investigación jurídica que versa sobre la incorporación de la custodia compartida al Código de la Niñez y Adolescencia, destinada a garantizar y satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además de llegar a cumplir cabalmente con los principios de corresponsabilidad parental, igualdad formal, material y no discriminación entre progenitores en los distintos ámbitos de la vida. Esperando que el presente documento sirva de guía para los estudiantes y profesionales del Derecho a fin de que pueda constituirse como fuente de consulta y conocimiento; siendo presentado ante el Tribunal de Grado para su corrección y aprobación.

4. Marco Teórico

4.1. Antecedentes de la custodia compartida.

La custodia compartida, prima facie tiene sus orígenes o se logra implementar en el Common Law, concretamente es en Inglaterra a partir del año 1925 donde se expide el primer cuerpo legal denominado The Guardianship of Infants Act, es de primordial trascendencia el prenombrado texto normativo puesto que reconoce mismos derechos y deberes a padre y madre en relación a los hijos de familia. posteriormente, tuvo su influencia en otros países del mundo, en particular Estados Unidos, lo cual constituyó la piedra angular para el desarrollo de su derecho interno.

Esta incipiente consagración legal fue expresión de un fenómeno sociológico que estaba también germinando fuertemente en Estados Unidos. Así, el reconocimiento de un mayor protagonismo de la mujer en la esfera privada intensificó los movimientos sociales que habían nacido inspirados, en su gran mayoría, por diversas ideologías feministas que pretendían alcanzar una igualdad real entre hombre y mujer en el plano familiar (Lathrop, 2008, p. 14).

De lo señalado por la autora se puede evidenciar un importante avance en la lucha por la igualdad de derechos, ya que siempre estuvo presente ese desbalance entre hombre y mujer en los distintos ámbitos o esferas de la vida, entre ellos, claramente el familiar, en donde históricamente al padre siempre se le reconoció una potestad suprema frente a la madre e hijos. Incluso en el antiguo Derecho Romano el pater familias era quien tenía la potestad de adoptar todas las decisiones concernientes a la familia, por lo que todos los miembros que la conformaban estaban subordinados a su autoridad. Además, es necesario hacer hincapié en el Derecho estadounidense ya que éste fue uno de los primeros en promover un estándar más equitativo en el ámbito familiar, dando la oportunidad a ambos padres de ejercer mismos derechos, deberes y responsabilidades.

Evidentemente la figura jurídica de la custodia compartida apunta mayoritariamente al Derecho Anglosajón, en ese sentido Marta Ramírez acota lo siguiente:

En el ámbito internacional el término joint custody – “custodia compartida” – se gestó en Norteamérica a comienzos de la década de 1970. Los países anglosajones distinguen entre “custodia física” – physical custody– y “custodia legal” –legal

custody—. La “custodia legal” hace referencia a la responsabilidad legal de la toma de decisiones relativas al niño/a: educación, salud, formación religiosa, etc. La “custodia física” remite a la persona con quién reside el menor y, por tanto, quién lo cuida y supervisa en la práctica (Alcazar, 2020, pp. 20-21).

De lo señalado es importante resaltar las categorías que bien identifica el autor, esto es, la custodia física y la custodia legal, si bien la primera de ellas se centra en lo cotidiano, en aquellas labores que se enfocan en velar por la crianza del menor a partir del cuidado del progenitor que se encuentra con él físicamente, la segunda categoría alude primordialmente a una relación jurídica existente entre ambos padres frente a los hijos, en este caso el deber de representarlos no solo judicialmente, sino además extrajudicialmente y adoptar las decisiones pertinentes que contribuyan a su adecuada formación dado que se encuentran en una etapa prematura para tomar decisiones por sí mismos.

Pese a que el Derecho Anglosajón ha dado importantes aportes en torno a la participación equitativa de ambos progenitores respecto de los hijos, particularmente en lo relativo a la custodia compartida la tratadista Alfonsina Chavarría manifiesta lo siguiente:

La figura de la custodia compartida ha innovado los conceptos de los roles parentales, en relación a la igualdad y no discriminación en cuanto al sexo, referente a la corresponsabilidad paterno-materno que se espera conseguir por medio de su utilidad y su vigencia dentro de la legislación nacional. Si bien, es preciso señalar que esta figura ya ha sido regulada en diversos códigos a nivel mundial, entre ellos: España, Italia, Francia, Colombia, Perú (Guin & Alvarado, 2021, p. 11).

Ciertamente la importancia de la custodia compartida radica en que ambos progenitores se enmarquen a un escenario de igualdad en el sentido de llegar a ejercer mismos derechos y responsabilidades para con sus hijos, de tal manera que se garantice a estos últimos la relación continua con ambas figuras parentales en aras de alcanzar un desarrollo integral adecuado. Por otra parte, el autor menciona que este tipo de custodia ya ha sido adaptada en varias legislaciones internas, en el contexto latinoamericano se puede observar que Colombia, Perú o Chile han incorporado a sus respectivas normativas la custodia compartida lo cual significa que han avanzado notablemente en el ámbito de la niñez y adolescencia, sin embargo, en la legislación ecuatoriana aún no se ha podido incluir esta

figura jurídica, por lo que el modelo de la tenencia en el Ecuador se encuadra un tipo de custodia exclusiva o monoparental. Anteriormente, la ley confería una preferencia en favor de la madre, es decir, se asumía que la mujer (madre) era la más apta para ejercer tareas de cuidado y crianza, provocando así, graves vulneraciones a los derechos, entre ellos el de igualdad y no discriminación. En la actualidad ambos padres parten de una misma condición que permite evaluar las aptitudes favorables de cada uno y en base a ello determinar que progenitor ejercerá el cuidado y protección del hijo o hija de forma ordinaria.

Se ha podido evidenciar que en varios países de Latinoamérica se mantenía esa presunción de idoneidad en relación a la madre:

Según las estadísticas judiciales, la custodia monoparental se otorga, al menos, en un 90% de los casos a la madre. Ello trae como respuesta el alejamiento abrupto, o paulatino, del padre de la vida del menor. Según los estudios hechos al respecto, la custodia compartida es la institución familiar, aunque no la única, que disminuye de manera importante esa situación, al facilitar que ambos padres tomen parte en la vida de sus hijos, pues conforme a los acuerdos alcanzados entre ellos, los niños tendrían periodos de atención similares en calidad y tiempo con uno y con otro (Pérez, 2017, p.1).

Conuerdo con lo que manifiesta el autor en lo que respecta al alejamiento del padre en la vida de los niños, la custodia uniparental en un primer momento, implica un distanciamiento repentino en la vida del hijo o hija debido a que al establecer un régimen de visitas al progenitor no custodio, este sólo podrá verlo ciertos días y horas determinadas, quedando como mero visitador, además el régimen de visitas suele ser objeto de múltiples abusos y arbitrariedades por parte de los progenitores, en el caso ecuatoriano, resulta alarmante el incumplimiento de este régimen, sobre todo por motivos de índole económica, en donde al primer impago de la obligación de alimentos, como castigo, se restringe la visita, lo cual termina perjudicando directa o indirectamente a los hijos que al propio padre o madre. Otro componente desfavorable en relación a la custodia monoparental es que no promueve un adecuado equilibrio en el cumplimiento de responsabilidades parentales, es por ello que la custodia compartida constituye una alternativa más adecuada y proporcional ya que permite a ambos padres una participación mucho más activa.

En similar forma, en el Ecuador los casos de tenencia resueltos no distan mucho de lo señalado por el autor, ya que en la práctica judicial ecuatoriana el encargo de la tenencia usualmente recaía sobre la madre, y eso precisamente ocurría debido a que en la ley se encontraba establecida tal presunción de favorabilidad, dando a entender que la madre es la más apta para ejercer el rol de cuidado de los hijos frente al padre, dicho de otra manera, a este último se lo tenía como no apto para cuidar y criar a los hijos.

Haciendo hincapié en lo relativo a la preferencia materna:

Esta doctrina, que surgió en Inglaterra aproximadamente en 1880 y fue aplicada con rigor hasta la década de los setenta en Estados Unidos, descansa en la presunción de que toda madre goza per se de las aptitudes suficientes para dispensar los cuidados que requieren los hijos. Bajo este supuesto, los niños de corta edad eran entregados a la madre, a menos que ella presentase una incapacidad manifiesta para desempeñar dicho cometido (Lathrop, 2008, p. 15).

Como bien lo menciona la autora, la preferencia materna fue una regla absoluta en Estados Unidos, específicamente en el ámbito judicial, sin embargo, es imprescindible añadir que con el decurso del tiempo fue perdiendo vigencia hasta el punto de llegarla a descartar, la razón de modificar ese tipo de custodia se debió principalmente a las manifestaciones de los colectivos feministas e incluso de padres que en su gran mayoría eran divorciados, lo que se pretendía era inspirar y fomentar la igualdad ante la ley entre hombre y mujer de tal manera que ninguno sea discriminado, especialmente en el ámbito privado, esto es, que ambos padres tengan las mismas oportunidades en la toma de decisiones dentro de la esfera familiar.

La custodia compartida implica un adecuado equilibrio en las responsabilidades de los progenitores frente a los hijos.

La noción de tenencia compartida surgió como una consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros (Alessio, 2005, p.2).

En el siglo actual llama la atención que algunos ordenamientos jurídicos continúen sin dar ese paso a la igualdad de derechos y oportunidades en lo que respecta a la custodia de los hijos, se debe procurar la mayor estabilidad y tranquilidad de los niños, niñas y adolescentes tras la separación o divorcio de sus padres con el fin de lograr un adecuado desarrollo integral, es por ello que, para conseguir tal cometido es preponderante la participación de los Estados, ya que son ellos los llamados a precautelar los intereses colectivos y brindar especial atención a las familias disgregadas por cualquier circunstancia. Ecuador es uno de los países que no ha podido reconocer oficialmente la custodia compartida, esta institución del Derecho de familia es una utopía en la legislación ecuatoriana, sin embargo, se debe hacer lo posible por incluirla y tratar de adecuarla a la realidad de los casos.

Hay que destacar que detrás de la custodia compartida existe un amplio contingente de eventos que promovieron la igualdad real entre progenitores.

La custodia compartida encuentra sus orígenes remotos en las primeras reformas legales que comenzaron a otorgar a la mujer cierto grado de participación en el conjunto de derechos y deberes respecto de los hijos, que tradicionalmente eran reservados al padre (varón). De esta forma, se inició un lento y largo proceso dirigido a situar ambas figuras parentales en un plano de igualdad en todas las esferas relacionadas con el cuidado y crianza de los hijos (Lathrop, 2008, p. 13).

Juristas ecuatorianos ya se han pronunciado respecto a la mencionada figura jurídica y sus valoraciones han sido muy relevantes.

La custodia compartida en Ecuador, actualmente se encuentra en una situación contradictoria y compleja. Mientras nuestra sociedad crece exponencialmente en todos sus aspectos sociales, existe una legislación judicial un poco atrasada que presenta una dirección contraria, a tal punto, que los tribunales buscan cubrir algunas fallas, mediante otras alternativas que permitan sobrellevar juicios sobre este tema (Vistín, 2019, p. 515).

Lo que refiere el autor es muy conveniente para retratar como se encuentra la legislación ecuatoriana, particularmente en materia de niñez y adolescencia se ha podido verificar que no se ha dado la debida observancia a la normativa correspondiente, en similar forma, la práctica judicial no ha logrado precautelar realmente el interés supremo del niño,

llegando a resolver los casos a partir de la generalidad, lo contraproducente de aquello es que no se llega a poner de relieve los derechos y el bienestar de los niños, provocando así, una administración de justicia rezagada en el sentido de que no llega a amoldarse a lo previsto en la Constitución y los Instrumentos Internacionales.

En el Ecuador ya se ha debatido en el ámbito social como en el jurídico lo relativo a la custodia compartida, sin embargo no se ha llegado a concretar.

En Latinoamérica países como Perú, México, Chile, Argentina y Bolivia, han incorporado el cuidado compartido, siendo éste hasta ahora, un proceso efectivo a la hora de tomar decisiones acerca de la estabilidad y tranquilidad de los niños (as) que se encuentran en proceso de separación matrimonial o conyugal (Vistín, 2019, pp. 518-519).

Los procesos de divorcio per se, constituyen un factor negativo en la vida de los niños, dado que su situación familiar se va a modificar y por ende, la relación con cada uno de los progenitores no va a ser la misma, en razón de ello, Ecuador debe seguir la misma vía de los otros países latinoamericanos con la finalidad de llegar a priorizar los intereses de los menores en un marco de respeto e igualdad, ya que la custodia compartida debe entenderse como aquel mecanismo legal orientado a que el hijo o hija no pierda esa relación afectiva con sus padres.

En suma, Ecuador se encuentra rezagado en materia de niñez y adolescencia, dado que en la actualidad aún no se ha logrado incorporar el cuidado compartido de los hijos, gran parte de países latinoamericanos ya lo han hecho y su efectividad ha dado resultados positivos, sobre todo porque lo que se busca con ello es la seguridad y adecuado desarrollo de niñas, niños y adolescentes al momento de pasar por procesos de ruptura matrimonial, la custodia compartida además garantiza a los niños su derecho a la familia y a la convivencia familiar.

El simple hecho que, en el Ecuador, no exista esta figura jurídica importante y relevante, a pesar de todos los atributos positivos que la misma conlleva, ha provocado que al momento de la aparición de una ruptura marital o conyugal arrastre problemas sociales, psicológicos, económicos, y principalmente jurídicos, donde los más perjudicados resultan los niños (as) víctimas colaterales de los caos presentados

por los padres. El Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano publicado en el Registro Oficial 737, del 03 de enero del 2003 es un cuerpo normativo que regula el ejercicio de los derechos de los niños (as) y adolescentes, pero no regula la figura jurídica del cuidado compartido (Vistín, 2019, p. 523).

De lo afirmado por el autor, es importante destacar que la ausencia de la custodia compartida ha provocado una serie de inconvenientes en distintos escenarios, entre ellos el jurídico, lo cual representa esa recesión en el sistema de justicia ecuatoriano y por otro lado, genera descuido en lo que respecta a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Los antecedentes que giran en torno a la custodia compartida reflejan ese anhelo de llegar a materializar la igualdad parental de tal suerte que ambos progenitores puedan participar activamente en el desarrollo de los hijos y superar estereotipos infundados que aún siguen latentes en la sociedad. La necesidad de incorporar la custodia compartida en el Ecuador es justamente porque la Constitución ecuatoriana propugna el principio de igualdad y corresponsabilidad parental aún cuando los padres ya no convivan juntos, desde la esfera internacional, se debe enfatizar que los Estados deben garantizar sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, mismos derechos y deberes respecto al ejercicio de la custodia de los hijos. Por lo tanto, la adherencia de tal figura jurídica a la legislación ecuatoriana es una legítima forma de reafirmar principios constitucionales e internacionales.

4.2. Corresponsabilidad parental.

El término corresponsabilidad hace referencia a la responsabilidad compartida de una situación o actuación determinada entre dos o más personas. Las personas corresponsables poseen los mismos deberes y derechos en su capacidad de responder por sus actuaciones en las situaciones a su cargo (Secretaría Xeral da Igualdade, 2022, p.1).

La expresión corresponsabilidad alude una situación de carácter bilateral, esto es, implica la participación de dos partes frente a una determinada circunstancia. En el ámbito familiar, claramente se refiere a la cooperación de ambas figuras parentales con la finalidad de ejercer mismos deberes y responsabilidades.

Tomando como referencia lo escrito por Jünemann & Campino (2019), se debe observar con atención que la corresponsabilidad está concebida como un principio en virtud

del cual los dos progenitores, ya sea que convivan juntos o separados, puedan contribuir recíprocamente en aspectos básicos pero muy esenciales para el desarrollo de los hijos, esto es, crianza, educación, protección, diálogo, etc., se trata de que los padres gocen de las mismas condiciones y oportunidades frente a los niños pese a la separación o el divorcio.

La corresponsabilidad parental es la crianza responsable y compartida por parte de los progenitores del menor, encargados de velar por su desarrollo y bienestar, defendiendo los derechos principales que tienen, los cuales son muy importantes en su etapa de crecimiento (Castillo et al. 2020, p. 40).

La corresponsabilidad parental da lugar a que los progenitores asuman roles semejantes en el ámbito familiar, la función que está destinada a concretar es el bienestar de los menores de tal manera que se les pueda garantizar un desarrollo óptimo. Del mismo modo, es importante destacar que la corresponsabilidad parental debe de estar enmarcada siempre a un contexto armonioso entre todos y cada uno de los miembros de la familia puesto que los niños durante esa etapa necesitan interactuar y convivir en un ambiente pacífico, para que progresivamente se vayan potenciando las habilidades socioemocionales.

Es importante considerar que la corresponsabilidad o la crianza se pueden dar, aunque los padres estén separados, ya que el bien común son los hijos, por lo que es importante entender que los hombres ayudan a las mujeres a criar, y ellos son parte de la crianza (Castillo et al. 2020, p. 40).

El autor alude dos elementos sustanciales que se pueden alcanzar con independencia de la situación convivencial de los progenitores, es decir, tanto la crianza como la corresponsabilidad pueden llegar a realizarse de distintas maneras con el objetivo de cumplir ciertos fines en relación a los hijos, en este caso, el deber y responsabilidad de la crianza de forma equivalente y proporcional, puesto que resulta infundado asumir que un solo progenitor será capaz de solventar todas las necesidades del hijo o hija.

La corresponsabilidad parental debe ser propiciada en un primer momento por el Estado, ya que este es el encargado de velar por el cumplimiento efectivo de los derechos y responsabilidades tanto en la esfera pública como la privada, de igual forma, la sociedad debe amoldarse a dicho principio como forma de dar cumplimiento a las normas preestablecidas.

Los progenitores del mismo modo, tienen la responsabilidad primigenia, directa e ineludible de la sobrevivencia de los menores de edad. Es decir, los dos por igual deben asumir esta tarea. Por el solo hecho de existir un hijo en común, no importa si es biológico o doctrinariamente hablando adoptivo, los progenitores responden por su sustento material y moral (Cáceres, 2018, pp. 25-26)

En suma, se atribuye el cumplimiento de la corresponsabilidad parental a varios agentes o partes específicas, por un lado, el Estado en el ámbito de sus competencias, está llamado a cumplir con dicho principio, es decir, adoptar las medidas necesarias para fomentar la corresponsabilidad en todos los escenarios posibles, particularmente en la esfera familiar. En igual forma, la sociedad debe cumplir con lo previsto en las normas, ya que es el segundo entorno en donde se va a desarrollar el niño. Finalmente, los progenitores son quienes deben llevar a cabo de manera corresponsal el adecuado desarrollo de los niños puesto que cada uno cumple un rol esencial en la vida del niño.

Según Lathrop (2008) “el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”(p. 22). En efecto, la idea es precisamente que ningún progenitor quede excluido de cumplir funciones consustanciales de padre y madre respectivamente. es por ello que, la esencia del principio de corresponsabilidad parental estriba fundamentalmente en la proporcionalidad y equivalencia de los derechos, deberes y responsabilidades que tienen los padres para con sus hijos, incluso si ya no conviven juntos en el mismo hogar.

Por consiguiente, la corresponsabilidad consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados.

La centralidad de la corresponsabilidad es la asunción de la responsabilidad común y la consecuente participación en la crianza y educación de los hijos. En consecuencia, si los padres se encuentran separados, no solo mantiene estas funciones o deberes aquel que asume el cuidado personal, sino también aquel que no lo tiene y habrá de arbitrarse los medios para que pueda concretarse (Acuña, 2013, pp. 30-31)

Tal como lo establece la autora, la corresponsabilidad debe mantenerse no solo en las circunstancias de normalidad familiar, sino también frente a la crisis matrimonial que se pueda llegar a presentar, ya que los niños requieren de ambas figuras parentales para

alcanzar su cabal crecimiento, de ahí la importancia de que ambos progenitores participen de forma permanente y equitativa en la crianza y educación de los hijos, los medios para llegar a materializar la corresponsabilidad deben de estar enmarcados siempre a los intereses de los menores, antes que al de los padres.

En Ecuador el principio de corresponsabilidad parental se encuentra contemplado en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 69 en concordancia con el artículo 83, los artículos en cuestión señalan que los padres están obligados a velar por el desarrollo y bienestar de sus hijos, particularmente cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. Por lo tanto, en los casos de separación y divorcio en donde existan hijos de por medio, dicho principio debe ser la base sobre la cual descansa el interés superior del niño, solo a partir de esa regla se puede efectivizar el bienestar y tranquilidad de las niñas, niños y adolescentes en un marco de respeto y equidad. La corresponsabilidad parental constituye un principio de carácter universal que busca la igualdad parental con el fin de precautelar intereses y derechos de los menores en el entorno familiar, particularmente frente a escenarios de ruptura matrimonial o de pareja.

Bajo esa lógica, la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresamente en su artículo 16 advierte:

Los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p. 34).

Al parecer, los padres ya sea que su situación conyugal se encuentre en un estado de ruptura, siguen manteniendo los mismos derechos y responsabilidades en lo que respecta a los hijos, si bien el divorcio pone fin a la relación matrimonial, se debe resaltar que el vínculo existente entre padres e hijos jamás se disolverá, es por ello que ambos progenitores son responsables directos del desarrollo de los menores, aún cuando se encuentren separados por cualquier circunstancia.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su artículo 23 recalca el estándar equitativo en el ejercicio de los derechos entre padres, llegando a establecer que

“es obligación de los Estados Partes, promover y adoptar todas las medidas que estén a su alcance para asegurar la igualdad de los derechos y responsabilidades de ambos esposos en lo que respecta al matrimonio” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, p.10), esto es, durante su concebimiento y en caso de llegarse a disolver, cuando ocurra esto último, se deberá priorizar siempre el bienestar y estabilidad de los hijos puesto que sus derechos tienen mayor prevalencia que el de los demás.

Si se observa detalladamente el contexto internacional se podrá evidenciar que el principio de corresponsabilidad parental busca equilibrar los roles parentales, en ese sentido la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 18 dispone:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, p. 16).

De acuerdo a lo que manifiesta el presente artículo, todas las medidas encaminadas a lograr la equivalencia de responsabilidades en la esfera familiar deben estar supeditadas al interés superior del niño, ello implica que, aún en los casos en donde los padres se encuentren separados, se debe garantizar a las niñas, niños y adolescentes la convivencia con ambos progenitores, dado que los menores a su corta edad requieren de mucha atención en lo referente a sus necesidades, tanto materiales como afectivas, pues de ello dependerá su adecuado desarrollo y desenvolvimiento en la sociedad, es por ello que los padres cumplen una función trascendental en relación a los hijos.

La autora Marcela Acuña afirma que, la corresponsabilidad parental se encuentra íntimamente ligada al interés superior del niño en el sentido de que comprende el efectuar una distribución equitativa de los períodos en que el niño se relacionará con cada uno de sus padres. Sin embargo dicha labor no sólo debe considerar lapsos de temporalidad neutros, matemáticamente equivalentes, sino debe procurar la simetría, en relación a la calidad y utilidad del tiempo para el beneficio del niño, que garanticen la debida oportunidad para el ejercicio de los roles de crianza y de

recreación, a fin de que el niño disfrute de la manera más natural, formadora, sana y afectiva posible a ambos padres, garantizando la mayor cercanía al criterio y expectativa de lo óptimo, siempre considerando su interés superior como el objetivo fundamental, en lo cual los padres deben cooperar y deponer sus propios beneficios (Zamur, 2021, p. 31).

De lo señalado por la autora, es importante hacer énfasis en la simetría que debe lograrse al momento de interactuar con el niño, es decir, si ambos progenitores comparten equilibradamente el cuidado y crianza de los hijos, ello va a permitir un mejor desenvolvimiento de la relación parento-filial, de esa manera el niño podrá asimilar positivamente el divorcio de sus padres, lo cual evitaría sentimientos de culpa o abandono. Es por ello que, la distribución equitativa del tiempo y las responsabilidades terminan favoreciendo al interés supremo del niño, y en general propicia la correcta protección de sus derechos.

4.3. Patria potestad.

Conforme a lo establecido en el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas, la patria potestad es el “conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados” (Cabanellas, 1979, p. 236).

De acuerdo al criterio del autor la patria potestad cumple dos funciones específicas, uno de carácter personal y otro patrimonial, es decir, los progenitores en función a una relación jurídica preexistente con sus hijos no emancipados, adquieren derechos y deberes temporales los cuales tendrán que ser ejercidos hasta un determinado lapso de tiempo.

“La patria potestad versa sobre el conjunto de deberes y derechos que conforme a la ley tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados” (Real Academia Española, 2021, p.38). En efecto, esta definición es más genérica y por lo tanto indica que los derechos y deberes de los padres en cuanto a los hijos, van a estar debidamente regulados en la ley respectiva.

En la actualidad la patria potestad está sujeta a ambos progenitores, esto es, padre y madre, con independencia de su situación convivencial, es por ello que se la debe de ejercer en forma equivalente y proporcional según lo previsto en la ley, además se debe enfatizar que

la regla general es que la misma va a estar vigente hasta que el hijo o hija cumpla la mayoría de edad o en su defecto, la emancipación.

El magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid O'Callaghan Muñoz al referirse a la patria potestad menciona que "se trata de un efecto de la filiación, que supone un sistema de cuidado, protección, asistencia física, moral y educación, así como un medio para suplir la incapacidad del hijo" (Bermúdez, 2019, p. 6). Como se observa, el autor atribuye a la patria potestad una serie de aspectos que en su ejercicio confluyen entre sí, con la intención de asegurar a los hijos su bienestar, sumado a ello, una característica biológica como el de filiación en virtud de la cual se produce un nexo jurídico entre padres e hijos que posibilitará subsanar la incapacidad absoluta o relativa de estos últimos.

Las relaciones familiares deben tener por objeto el desarrollo pleno de la personalidad humana del menor.

La patria potestad consiste en la regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil o familiar sobre los hijos y sus bienes. Los que se encuentran sujetos a la patria potestad son los hijos menores de edad no emancipados, mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla (Pérez, 2010, p. 151).

En consideración a lo referido, la patria potestad es un mecanismo legal preestablecido en la norma que reconoce ciertos derechos y deberes a los progenitores con la finalidad de administrar los bienes que puedan poseer los menores no emancipados, y por otra parte, asistirlos física, emocional y moralmente.

Para Rodríguez (2010) la figura jurídica denominada patria potestad, en la actualidad requiere de ciertas puntualizaciones previas, con la finalidad de evitar incurrir en algún tipo de error. Es así que, en el Derecho chileno no tiene la misma connotación que la patria potestas romana a pesar de que conserva ciertos vestigios de ella. Por patria potestad se debe entender en la contemporaneidad aquella función tuitiva que corresponde a los padres sobre sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal; y que también tiene consecuencias patrimoniales respectivamente. Por tanto, en el ámbito personal, implica mayoritariamente el deber de los progenitores de velar por el cuidado personal de los hijos, esto es, de su crianza, educación y bienestar en general. En el otro extremo se encuentra el ámbito

patrimonial, de manera sucinta se traduce en el cuidado de los bienes de los menores no emancipados, y en el derecho de aprovecharse de los frutos de estos bienes, en los raros supuestos en que los haya, es decir, se convierte en un factor recíproco de sostenimiento puesto que los cónyuges aportan el fruto de su trabajo y los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas de la familia y en similar forma, también los hijos contribuyen con los frutos de los suyos a solventar el mantenimiento de la familia.

La patria potestad tiene sus orígenes primigenios en el antiguo Derecho romano, sin embargo, durante esa época su connotación era distinta a lo que conocemos hoy por hoy, es así que la tratadista Ana Alemán reitera lo siguiente:

La concepción jurídica romana de la familia ha tenido una gran influencia en la configuración del derecho de familia, hasta el punto de que seguimos conservando en nuestro Código Civil instituciones jurídicas provenientes del derecho romano. El paterfamilias era el titular de la patria potestad, y representaba el “reino del padre”, ejerciendo el poder sobre los individuos libres o no libres de la familia, y sobre las cosas. Se convertía en pater el ciudadano que ya no estaba sometido a la potestad paterna de ningún ascendiente masculino, hecho que ocurría habitualmente por fallecimiento del padre o del abuelo. La mujer no podía ejercer la patria potestad, porque se encontraba equiparada a sus propios hijos en la potestad del pater (Reyes, 2017, p. 341).

Desde el punto de vista netamente jurídico, el Derecho romano ha sido el cimiento capital de la gran mayoría de países, ya que ha sido el arquetipo absoluto para la configuración de los distintos cuerpos normativos y las adaptaciones han ido variando gradualmente de acuerdo a la realidad de cada sociedad, ciertamente la patria potestad en el antiguo Derecho romano estaba fuertemente ligada al paterfamilias, en donde era él quien ejercía la autoridad y dominio legal sobre todas las personas integrantes de la familia y los bienes existentes, con lo cual se demuestra que la mujer no se le reconocía una participación inclusiva en la esfera familiar, así pues, todas las decisiones quedaban a cargo del marido. En el contexto actual se ha logrado dar a ambos progenitores mismos derechos y deberes al momento de ejercer la patria potestad de los hijos, lo cual representa un gran avance en lo relativo a la igualdad frente a la ley, si bien el Derecho romano en su momento no fomentaba esa equidad parental, claramente si contribuyó a moldear las instituciones del Derecho.

El tratadista español Rafael de Pinta define a la patria potestad como “el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes” (Hernández, 2010, p. 2). De acuerdo al autor, la patria potestad no necesariamente concierne a los padres, si bien estos son los obligados principales, existe la posibilidad de que otros parientes puedan llegar a ejercer esta facultad que versa sobre la forma en que deben administrar el conjunto de bienes de los menores y en igual forma proveer la debida protección personal.

Si se observa la normativa civil se podrá constatar que en su artículo 283 la patria potestad tiene que ver con “el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (Código Civil, 2021, p. 46).

Desde una óptica general enfocada a las legislaciones latinoamericanas, la figura jurídica de la patria potestad se encuentra establecida principalmente en el Código Civil de los países vecinos, sin embargo, en algunos de ellos, se ha catalogado como responsabilidad parental.

Por su parte el artículo 105 de la normativa de niñez y adolescencia advierte que:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 22).

Cabe resaltar que la patria potestad se la ejerce de manera conjunta por parte de ambos progenitores, ya sea que se encuentren separados o no, es decir, están a cargo del crecimiento y desarrollo de los hijos en forma recíproca, a no ser que, el padre o la madre incurran en las causales establecidas en la ley para su pérdida o suspensión.

Desde la esfera internacional, se ha puesto mucho énfasis en la tutela de los intereses de los niños, a partir del debido cumplimiento de responsabilidades por parte de los progenitores, en ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 14 numeral 2 contempla que los “Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres

y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, p. 14). Es evidente que las reglas que colige la Convención están orientadas a cumplir de manera adecuada con las responsabilidades parentales pese a la separación o el divorcio de los progenitores.

En Ecuador, la patria potestad establece la representación legal del menor y puede ser compartida entre el padre y la madre. Sin embargo, la tenencia la obtiene quien asume el cuidado y crianza de los menores, si se produjera un divorcio sólo uno podría tenerla y la patria potestad, como se ha referido antes, pueden tenerla uno o ambos padres (Espinoza, 2022, p. 153).

Bajo el argumento de la autora, se puede distinguir con claridad la patria potestad y la tenencia, de acuerdo al marco ecuatoriano, en el primer caso, se puede llegar a ejercer de manera conjunta, independientemente de si los padres viven juntos o separados, en el segundo caso, únicamente sólo un progenitor puede ejercitar esa facultad o deber, es decir, aquel que interactúa física y cotidianamente con el niño, al cual se le debe suministrar un adecuado cuidado y crianza. Este último factor opera excepcionalmente cuando los padres han optado en disolver el vínculo matrimonial.

4.4. Custodia.

De acuerdo al diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas:

Se entiende por custodia a aquella situación o efecto de custodiar a alguien, es decir, la persona que realiza tal acción se encarga de guardar a otra persona que necesita de tal cometido, principalmente brindarle protección, amparo y vigilancia de forma diligente (Cabanellas, 1979, p.87).

La expresión custodia versa sobre un tipo de tutela en la que una persona es la encargada de dispensar todos los cuidados necesarios a otra con la finalidad de asegurar su adecuado desarrollo, en el ámbito jurídico generalmente se refiere al cuidado y crianza que se le debe proveer al niño tras la ruptura matrimonial o de pareja, por ende, uno de sus progenitores será el principal encargado de velar por el bienestar del menor y la protección de sus derechos.

Por su parte el Legal Information Institute (1992) señaló que el término custodia se asocia con aquella situación legal entre progenitores y los hijos, por causas externas a la voluntad de estos últimos se producen cambios en la familia, es por ello que es un término legal que se utiliza para describir la situación en la que los padres se separan y uno de ellos asume responsabilidad por su hijo o sus hijos. 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 basando su decisión en los intereses del niño.

La custodia como tal, en el Derecho de familia, claramente se refiere a la situación jurídica de los menores, esto es, al producirse la separación o el divorcio de los padres, el juez debe determinar en función al interés supremo del niño, con cuál de ellos quedará el hijo o hija, de tal forma que, se le pueda garantizar, entre otros, su derecho a la familia, convivencia familiar y a mantener relaciones afectivas con ambos padres. En consideración a lo expuesto, se debe aclarar que solamente uno de los progenitores podrá llevar a cabo lo concerniente a la responsabilidad de cuidado y crianza, en este caso, el progenitor custodio.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2021) realizó una distinción entre la figura jurídica de la patria potestad y la custodia, con respecto al primer escenario, manifiesta que se trata del conjunto de derechos que la Ley les reconoce a ambos padres sobre sus hijos menores de edad no emancipados, particularmente estos derechos se reducen a la administración de los bienes y representarlos judicial y extrajudicialmente. Por el contrario, la custodia gira en torno al cuidado permanente del niño, niña o adolescente y su tenencia, con lo cual para ejercerla se requiere tener físicamente al menor de edad. El progenitor no custodio tiene derecho a ejercer la patria potestad, mientras no exista orden judicial que la suspenda o prive.

Otra de las figuras jurídicas que ha surgido del Derecho romano es precisamente la custodia de los hijos.

Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la custodia y cuidado de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre hasta la

mayoría de edad, ya que la madre carecía y no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía ser objeto de reverencia y respeto, es decir una figura decorativa (Atkinson, 1990 citado por Pérez, 2006, p. 503).

De acuerdo a lo manifestado por el autor, la figura materna no componía un rol trascendente en la familia, específicamente en relación a los hijos, no se le reconocían facultades que le permitan participar en equilibrio frente a la figura paterna, es por ello que, su papel se reducía intrínsecamente a situaciones de sumisión y obediencia al igual que los hijos. Por lo tanto, el encargado de ejercer legalmente la custodia era el padre, al cual se le reconocía una condición única y excluyente.

En el Derecho romano estuvo muy consolidada la imagen paternal en lo relativo a la familia, se creía que el padre era la persona más apta para tomar decisiones, por lo que tenía poder absoluto sobre dicho entorno, es por ello que “el padre tenía, o a él se le otorgaba el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, inclusive el derecho a privar de la vida a los hijos, cuando estos cometían faltas” (Pérez, 2006, p. 503).

En efecto, el ejercicio de la custodia podía llegar a casos muy extremos en aquel tiempo, sin embargo, a medida que iba evolucionando el Derecho se fueron dando modificaciones trascendentales en relación a esta institución jurídica, es decir, se fue constituyendo un estándar más neutral e incluyente.

Con frecuencia, en el lenguaje convencional o cotidiano se suelen utilizar las expresiones de patria potestad y custodia de los menores como sinónimos. Sin embargo, se debe señalar que no poseen la misma connotación jurídica.

De este modo, para Ortiz (2020) la primera se la concibe como un derecho-deber recíproco de los padres con relación a los hijos, tal como lo precisa el Código Civil, implica la obligación de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral adecuada y lógica, además de representarlos y administrar sus bienes. En la línea de lo que arriba se puntualizó, cuando se disuelve el nexo matrimonial, con independencia del régimen de custodia que se determine, la patria potestad no cesa, por tanto, continúan estando vigentes estos imperativos, a menos que se llegue a incurrir en los supuestos para su limitación. Por su parte, la custodia se refiere a la convivencia habitual, esto es, la persona con la que ordinariamente habita el hijo, en ese sentido, la tenencia del menor

conlleva que el progenitor deba tomar ciertas decisiones, entre ellas, el vestido, la alimentación y el cuidado apropiado, no obstante, para aquellas cuestiones más relevantes tendrá que contar con la aprobación del no custodio.

En el Ecuador propiamente el término o la expresión que se emplea es el de tenencia, la misma normativa así lo prevé y responde al cuidado y crianza que se les debe dispensar a los menores, empero, en países como Chile se la conoce cómo cuidado personal de los hijos, México por su parte, en su Código Civil federal la ha establecido como guarda, mientras que en España se ha utilizado el término custodia. Si bien dicha institución jurídica del Derecho varía en cuanto a su terminología, vale aclarar que su matiz es el mismo, es decir, a partir de ella se busca adjudicar a los menores el cuidado y vigilancia cotidiana con la debida diligencia por parte del progenitor que la ejerce.

“La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el menor” (Lucas, 2017, p. 15). Un elemento que se debe resaltar en base a lo manifestado por la autora es que, la tenencia de los hijos procede primordialmente ante escenarios de separación o divorcio de los progenitores, por lo que mientras convivan juntos en el mismo hogar, no tendrá cabida alguna la circunstancia tocante a la disputa del cuidado y crianza del niño o niña.

Desde una óptica nacional y normativa se puede constatar que la tenencia de los hijos se ajusta a un modelo monoparental, en donde le corresponde a un solo progenitor el ejercicio de la misma, en tanto que al otro, se le establece un régimen de visitas, esto último constituye un medio esencial en el desarrollo del niño, niña o adolescente tras la separación de sus padres, de ahí la importancia de cumplirlo de forma consecuente, dado que “el destino de la infancia queda afectado si no se garantiza la responsabilidad de los padres cuando no hay convivencia” (Lucas, 2017, p. 15).

Lo contraproducente de la tenencia es que, adoptar un modelo monoparental como el caso ecuatoriano, en el que se le confiere a un solo progenitor el cuidado y crianza del niño, mientras que al otro se le concede el derecho de visitas, ello implica, de manera directa o indirecta que los hijos se vean impedidos de mantener una interacción continua con alguno de ellos, y eso puede influir negativamente en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

Es importante resaltar que los niños tienen una percepción distinta del tiempo en comparación con un adulto, es decir, para este último puede que el visitar a su hija o hijo los fines de semana o quizás entre semana lo considere adecuado, no obstante, en el caso de los menores es una situación que les resulta ignota, dado que para ellos ver a su padre o madre solamente ciertos días preestablecidos puede generar cierto malestar e incomodidad, por lo tanto, no se va a poder acostumbrar a esa modalidad de visitas, es así que, la interacción diaria con ambos progenitores será lo más sano e idóneo para los menores frente a la separación o divorcio de sus padres, ya que al priorizarse esa frecuencia de convivencia se está garantizando al niño su interés supremo y el cumplimiento de la corresponsabilidad parental.

Se debe iterar que el disímil entre custodia y patria potestad cobra sentido, cuando no son ambos progenitores los que conviven con el hijo.

De esta forma, “patria potestad” resulta un término genérico y el de “guarda”, específico. En este punto, debemos hablar del ejercicio de la “patria potestad” como concepto general, y la “guarda y custodia” como concepto especial, que aparece ante la realidad de la falta de convivencia de los hijos con cualquiera de sus progenitores (Pinto, 2015, p. 146).

De acuerdo a lo que establece el autor, se puede advertir que cada una de las figuras jurídicas prenombradas, adopta un sentido divergente a partir de un factor cardinal, en este caso, la convivencia real entre padre o madre en relación con el hijo o hija, en otras palabras, la categoría es general, si el menor se encuentra habitando con ambos progenitores de forma ininterrumpida, por el contrario, la categoría especial opera cuando la convivencia se ha modificado y producto de ello, el niño queda bajo el cuidado principal de un solo progenitor, con la posibilidad de que el otro lo pueda visitar por intervalos de tiempo previamente señalados.

4.5. Tipos de custodia.

Es de suma importancia exponer las tipologías de custodia que manifiesta la tratadista chilena Fabiola Lathrop, las cuales se clasifican en exclusiva, compartida y partida.

4.5.1. Custodia exclusiva.

También se la conoce con el nombre de custodia unilateral, grosso modo, descansa en la idea de que el padre o la madre será el encargado de ejercitarla previo a la correspondiente sentencia judicial, es decir, el encargo de la misma se la va a conferir a un solo progenitor.

Algunos autores consideran que la custodia exclusiva resulta inoportuna en el sentido de que restringe ciertos derechos y obligaciones para con los hijos.

La solución de otorgar exclusivamente los derechos de filiación a un padre, aun sustentándose en el principio del interés superior del niño, hace algún tiempo en el Derecho comparado se ha calificado como una regla inadecuada, por cuanto el padre no custodio se convierte en un visitador, más que un padre o una madre que participe en la crianza y educación de sus hijos (Barcia, 2018, p. 473).

La custodia exclusiva o monoparental ostenta una naturaleza de carácter excluyente en el sentido de que al ser ejercida por parte de un solo progenitor, supone la ausencia del otro en las actividades cotidianas del hijo o hija, por tanto, la interacción va a estar condicionada a un elemento jurídico.

De acuerdo con Vistín (2019) la custodia exclusiva o monoparental, es aquella convivencia entre el progenitor específico y único respecto del hijo, la idea de este tipo de custodia es mantener las condiciones normales con el otro progenitor, conviniendo un régimen de visitas debidamente controladas, de este modo, se estará atenuando la pérdida de relación, afecto y desapego.

Un punto a resaltar de la custodia exclusiva es que, una vez que se haya resuelto judicialmente la situación de los niños, el régimen de visitas actúa como un mecanismo de resarcimiento en virtud del cual, va a permitir a los menores conservar la relación afectiva a causa de la separación de sus padres. En el Ecuador se mantiene vigente este tipo de custodia, incluso tomando en consideración la normativa de niñez y adolescencia, se puede constatar que se reconoce un patrón uniparental.

La multiplicidad de criterios en lo relativo a la custodia monoparental conducen a una misma finalidad, es decir, “es aquella en la que el niño o niña vive con uno de sus padres, quien le otorga el cuidado directo y provee de todas las necesidades básicas para salir

adelante ante la sociedad” (Lahtrop, 2008, p. 517). En efecto, la separación de los padres no constituye una eximente para dejar de cumplir responsabilidades con los hijos, es por ello que, no solamente el progenitor a cargo de ejercer el cuidado directo debe cumplir con garantizar el bienestar de los hijos, los responsables de satisfacer todas las necesidades materiales y afectivas son ambos progenitores a partir de la modalidad que se haya establecido.

Por su parte Acosta (2017) recalca que el divorcio de los padres implica una serie de consecuencias jurídicas, más aún si están involucrados los hijos, es por ello que la custodia exclusiva se caracteriza principalmente por atribuir su ejercicio a un solo progenitor, estableciendo para el otro el derecho de visitas y a la vez fijándole la obligación de contribuir con el pago de una pensión alimenticia.

Es de suma importancia enfatizar que con frecuencia este modelo de custodia es objeto de múltiples inobservancias, en el caso ecuatoriano, el foco de atención gira alrededor del régimen de visitas y el derecho de alimentos, es decir, no se cumple bajo las condiciones y términos previamente establecidos judicialmente, lo cual acarrea vulneraciones al interés superior del niño.

De acuerdo con Polakiewicz (1998) existe una doble vertiente de vulnerabilidad respecto de la custodia exclusiva, por un lado, el progenitor a quien se le ha otorgado el cuidado personal comienza a apoderarse de los hijos, y el padre no custodio comienza a apartarse del ejercicio cotidiano de la parentalidad y a apoderarse del control del dinero, restringiendo los aportes necesarios para la manutención de los niños.

La forma de romper con este círculo vicioso es establecer un régimen que promueva la participación del padre no custodio en la educación y crianza de los hijos, impidiendo fomentar regímenes desproporcionados para el padre no custodio. A lo que se suma el que el padre no custodio, en la medida en que su fuerza patrimonial lo permita, cumpla con su deber de alimentos en el tiempo que el hijo esté con el padre custodio (Barcia, 2018, p. 480).

El autor señala con mucho acierto lo relativo a que se debe propiciar un régimen en virtud del cual ambos progenitores contribuyan en igualdad de condiciones con el bienestar y el desarrollo de los hijos, puesto que un modelo de custodia monoparental simplemente

impide ciertas facultades entre padres e hijos, lo cual genera un desbalance al momento de participar en la crianza y educación de los menores.

4.5.2. Custodia partida.

La custodia partida es una modalidad “en la que se atribuye la custodia de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro” (Catalán et al. 2007, p. 134). Cabe resaltar que, para llevar a cabo este tipo de tuición, es importante la existencia de dos o más hijos, puesto que cada progenitor tendrá que cumplir una responsabilidad independiente.

Por el contrario, para Vistín (2019) la custodia partida se produce en función al conjunto hijos menores, de manera que, se reparte entre los dos progenitores el ejercicio de la misma. En ese sentido, cada niño queda bajo la responsabilidad del padre que se le accede la custodia, sin embargo, tal circuncidaría debe ser efectuada de manera delicada y prolija, ya que implica privar a cada niño a vivir de manera separada del resto de sus hermanos, es decir, imposibilita compartir y convivir de manera normal con ellos, pudiendo ser perjudicial para el crecimiento de los niños. A pesar de que la custodia partida busca organizar y ordenar de manera equitativa los derechos y deberes que tienen los padres a convivir con sus hijos, puede resultar pernicioso, ya que la separación de la familia es la parte más resaltante que existe en este proceso.

Conforme a la naturaleza de esta figura jurídica se debe advertir que no es una alternativa viable, ya que implica la fragmentación del entorno familiar, lo cual puede generar situaciones de inestabilidad en los menores, es decir, lo más probable es que no se lleguen a adaptar a ese nuevo entorno independiente, por lo tanto, va a influir negativamente en su desarrollo y en otros aspectos importantes de su vida.

Por otra parte, Ruiz (2021) le atribuye el nombre de custodia distributiva y señala que, ante la existencia de dos o más hijos el operador de justicia puede conceder la custodia de unos hijos a un progenitor y la custodia de los restantes al otro, sin embargo, este modelo de cuidado es bastante cuestionado, puesto que contraviene el principio de unidad familiar, de ahí la importancia de que solo deba ser aplicado en casos excepcionales y debidamente justificados.

En suma, se puede destacar que el modelo de la custodia partida no contribuye a privilegiar el interés superior del niño, dado que implica separarlos de sus otros hermanos

con los cuales mantenía una interacción estable, la idea de repartirlos entre los padres presupone un aspecto negativo, ya que implica tratarlos como meros objetos. Las niñas, niños y adolescentes gozan de derechos específicos y consustanciales a su edad, por tanto, todas las decisiones deben estar orientadas a privilegiarlos, puesto que sus derechos prevalecen sobre cualquier otro.

4.5.3. Custodia compartida.

“La custodia compartida es aquella que se caracteriza por atribuir la custodia del menor a ambos progenitores por igual. Encargándose el uno y el otro de la educación, cuidado y atención del menor durante un tiempo concreto” (Vistín, 2019, p. 517). En efecto, la regla general de este tipo de custodia se basa en la asunción continua y equivalente de responsabilidades por parte de madre y padre en relación al niño, niña o adolescente, es decir, ambos progenitores intervienen de manera igualitaria en la vida del menor en aras de lograr su estabilidad y tranquilidad aun cuando sus padres ya no convivan juntos.

Este tipo de figura jurídica busca beneficiar a los niños a partir de una participación recíproca de los padres, de tal forma que los niños se desarrollen en condiciones normales y adecuadas.

La custodia compartida es aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados (Lathrop, 2008, p. 13).

Frente a escenarios de separación y divorcio la custodia compartida juega un rol esencial, ya que permite a ambos progenitores ejercer mismos derechos y oportunidades a la hora de compartir con los hijos, cuyo propósito es garantizar a los niños, niñas y adolescentes su derecho a la convivencia familiar y al mismo tiempo promover la corresponsabilidad materna y paterna en aras de privilegiar el interés supremo del niño.

Por su parte Roizblatt et al. (2018) indican que desde la perspectiva de la psicología la custodia compartida es la autoridad y responsabilidad compartida por el padre y madre en la toma de decisiones respecto a sus hijos, desde esa perspectiva, ambos son igualmente significativos en la vida de ellos.

Ciertamente, el bienestar de los niños no debe de estar subordinado a un factor subjetivo de los progenitores, por lo que ambos deben contribuir equitativamente en su adecuado crecimiento y desarrollo, ergo, el interés superior del niño jamás podrá ser garantizado por un solo progenitor, aducir lo contrario simplemente refleja esa realidad adultocéntrica arraigada en la sociedad.

“La custodia compartida es el compartir la autoridad, responsabilidades, derechos y obligaciones sobre los hijos en común de una pareja que se encuentra separada”(Pérez, 2017, p. 14). En consideración a lo expuesto, se puede destacar que este tipo de figura jurídica implica distribuir una serie de aspectos específicos destinados a favorecer intereses primarios, en este caso, de niñas, niños y adolescentes tras la crisis matrimonial o de pareja, en otras palabras, cubrir las necesidades materiales y afectivas de menores a partir de la custodia compartida conlleva un ejercicio recíproco de derechos y responsabilidades.

Ahora bien, tomando en cuenta el contexto ecuatoriano, la tenencia no debe ser confundida con la custodia, si bien ambas se relacionan, en el primer caso, la autoridad judicial establece con quien se queda legalmente la niña, niño o adolescente, es decir, le otorga a uno de los progenitores, ya sea la madre o al padre el ejercicio de la misma, en otras palabras tiene como finalidad determinar con quien se quedará el menor de forma legal y legítima. El segundo caso implica esa vigilancia, protección y cuidado que se les debe dispensar a los menores de manera constante y diligente de tal forma que su integridad no se vea comprometida.

En ese marco, las disposiciones legales que contemplan lo tocante a la tenencia de los hijos, se la ejerce de manera unilateral, es decir, en el contexto de divorcio o separación, el encargo judicial de la tenencia se atribuye a uno de los progenitores y se establece un régimen de visitas para el otro progenitor que no ejerce la tenencia. De manera que, en la realidad ecuatoriana, quien se queda con la tenencia de los hijos, también es el encargado de la custodia de los mismos, ya que el niño convive en el hogar del progenitor al que se le ha conferido la tenencia.

En el caso de Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021), de manera bastante prolija, ilustra las diferencias existentes entre las instituciones de la patria potestad, tenencia y custodia, en ese orden, la patria potestad consiste en el deber y derecho de los

progenitores para representar legalmente y administrar los bienes del hijo, por otro lado, la tenencia es un atributo de la patria potestad que concede al progenitor el derecho de vivir con sus hijas o hijos, en ese sentido, el padre o madre que no ejerce la tenencia no pierde la patria potestad, por último, la custodia es el deber de quien ejerce la tenencia de vigilar y proteger a sus hijos e hijas, esto último también implica esa crianza y cuidado que requieren los menores.

Desde un contexto netamente jurídico, la tenencia implica esa entrega material del menor o en este caso concreto, del niño, niña o adolescente a un solo padre, no obstante, indistintamente de esa decisión, ambos progenitores deben involucrarse y asumir las obligaciones y deberes que les corresponden por ley, que se traducen en cubrir esas necesidades tanto materiales como afectivas de los hijos. Todo ello está orientado a tutelar los derechos e intereses de los menores, por lo tanto, es fundamental que exista un adecuado y cabal equilibrio a partir de mecanismos eficientes.

En el Ecuador la modalidad de custodia compartida no sería posible ya que el artículo 118 del Código de niñez y adolescencia establece que se debe “confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores”, de ahí la necesidad de reformar la disposición y establecer de manera expresa esta figura en la legislación ecuatoriana por todas las consideraciones expuestas (Pérez, 2017, p. 20).

En nuestra legislación ecuatoriana erróneamente se ha llegado a establecer la expresión “tenencia de los hijos”, como si los hijos fueran meros objetos o cosas en donde un solo progenitor es dueño absoluto del hijo, aun en circunstancias de disgregación familiar se debe garantizar a ambos padres iguales derechos y deberes, particularmente el cuidado y la crianza en igualdad de condiciones cuando esto sea viable.

Desde un sentido genérico, la tenencia implica que una persona posee o es dueño de una determinada cosa o bien, incluso la normativa civil reitera tal alcance. Además, esta tenencia en la normativa de Niñez y Adolescencia se aplica de la siguiente forma.

Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 24).

Como se puede apreciar, la tenencia esta arraigada al cuidado y crianza que se le debe dispensar a los hijos bajo responsabilidad de uno de los progenitores, sin embargo, es preciso advertir que esta expresión termina siendo inadecuada si es que a los niños, niñas y adolescentes se refiere.

Si partimos de una definición simple como la indicada inicialmente, considero se debería cambiar aquello de tenencia por custodia porque cuando se trata de definir tenencia siempre se hace referencia a una cosa, a ser o ejercer la propiedad de esto o de aquello, pero no de cuidar a una persona; probablemente es por el uso de esta palabra que el padre bajo cuya custodia queda el menor, actúa como si fuese dueño del niño, prohibiendo o administrando incluso el tiempo en que el otro progenitor puede compartir con el hijo (Peña, 2014, p. 16).

El autor agrega con acierto la incompatibilidad de las figuras jurídicas, lo cual abre la puerta para que se llegue a cometer múltiples irregularidades o arbitrariedades por parte de los progenitores, es por ello que las normas deben emplear expresiones acordes a la finalidad que se quiere lograr o conseguir.

De acuerdo con Pérez (2017) “en el caso ecuatoriano, la figura legal de la custodia se la conoce como “tenencia” y está relacionada con el derecho-deber de los progenitores” (p. 15). En efecto, en el derecho ecuatoriano prima la figura de tenencia, sin embargo, es fundamental darle un sentido mas auténtico acorde a los estándares internacionales y por su puesto a la perspectiva del derecho comparado, dado que “la tenencia es equivalente a la guarda y custodia de otras legislaciones, ya que tiene que ver con el cuidado y los derechos-deberes que se derivan de la ruptura de las relaciones de pareja o del matrimonio” (Pérez, 2017, p. 16).

En la misma línea argumentativa, el tratadista ecuatoriano Andrés Ortiz, hace una breve, pero muy concreta distinción entre ambas expresiones ya mencionadas.

Luego de la separación, el progenitor sin custodia podría verse sujeto a la voluntad de quien tiene la tenencia legal, y pasará, en el mejor de los casos, a constituirse un personaje al que se le permitirá visitar a sus niños unas pocas horas cada dos semanas, y en el peor de los escenarios, se le impedirá el contacto con ellos de manera completa y de forma indefinida (Ortiz, 2018, p. 32).

De acuerdo a lo señalado, se puede observar que el autor emplea ambos términos, esto es, custodia y tenencia para referirse únicamente a esa situación que involucra estrictamente a los progenitores respecto de los hijos, además refleja esas falencias que suelen ser frecuentes en la realidad ecuatoriana.

En el derecho ecuatoriano existía la regla de preferencia materna en lo relativo a la tenencia de los hijos, sin embargo, el uso de esta expresión ha llegado a variar en el sentido de que varios tratadistas ecuatorianos lo conciben como custodia, por lo tanto desde la perspectiva ecuatoriana estos términos pueden llegar a ser paralelos, “el experto, y constitucionalista Salim Zaidán afirma que preferir a la madre al momento de conferir la custodia no es necesario para lograr el bienestar del niño” (Ortiz, 2018, p. 32). En efecto, además de cuestionar la preferencia materna, se puede apreciar que el autor también emplea el término custodia.

En la sentencia 28-15-IN del 2021, expedida por la Corte Constitucional, se puede apreciar que varios expertos en materia de niñez, quienes participaron en calidad de *amicus curiae* se pronunciaron sobre la mencionada preferencia materna, señalando lo siguiente.

La custodia monoparental materna es contraria a los números 1 y 5 del artículo 69, y al artículo 83 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador. Considera necesario implementar la custodia compartida, para que prime la corresponsabilidad parental y concluye que el padre no puede limitarse a ser un proveedor económico (p. 12).

Se puede afirmar que la custodia adquiere un sentido mas especial, ya que implica esa protección, asistencia y amparo de los hijos, de manera que resulta lógico la posibilidad de que ambos progenitores puedan cumplir con tal cometido en igualdad de condiciones y respetando los preceptos y el lenguaje que establece la Constitución. Por ello, la legislación ecuatoriana debe tratar de adecuar de manera precisa sus expresiones al referirse a las niñas, niños y adolescentes no solo en su sentido formal, sino también material, de manera que, seguir utilizando la expresión tenencia de los hijos resulta anacrónico e inadecuado para dicho grupo humano.

El tratadista ecuatoriano Salim Zaidán enfatiza la idea de que en la legislación ecuatoriana se puede observar esa constante imprecisión de las instituciones en materia de niñez.

Los cambios en el Ecuador deben partir por cambios en el uso del lenguaje, para simbólicamente cambiar creencias y patrones de comportamiento. Ya no hablar de "patria potestad" como la autoridad, el control y el poder sobre los hijos inscrito en un modelo patriarcal o matriarcal, sino adoptar un modelo de paternidad más identificada con una sociedad parental que asegure el acompañamiento conjunto y equilibrado de padres, orientado a satisfacer el interés superior de los hijos (Zaidán, 2016, pp. 29-30).

Concuerdo absolutamente con lo afirmado por el constitucionalista ecuatoriano, ya que seguir utilizando la expresión patria potestad en los ordenamientos jurídicos en el siglo actual resulta bastante inadecuado y discriminatorio, al menos en su sentido formal, ya que solo involucra a la figura paterna.

En similar forma, cuestiona con mucha precisión y objetividad otras instituciones encaminadas al Derecho de la infancia.

Dejar de hablar de "tenencia" porque no están de por medio cosas ni se trata de poseer algo bajo la lógica civilista, de los bienes. Debemos dejar de cosificar a los niños y creer que podemos detentar la posesión de los hijos. La custodia está más identificada con el cuidado y crianza. Ya no hablar de un "derecho de visitas" pues excluye, margina, desplaza a la figura paterna y la reduce a un visitador esporádico que recrea y no cría (Zaidán, 2016, pp. 29-30).

El autor agrega con acierto lo referente a la tenencia, es decir, se deben evitar expresiones que terminen catalogando a los hijos como meros objetos o ciudadanos de segunda categoría, los niños, niñas y adolescentes son seres humanos y por lo tanto son sujetos activos de sus derechos, de modo que, la utilización de un lenguaje acorde y congruente en relación a dicho grupo poblacional es un aspecto que habla muy bien de un Estado.

4.6. Igualdad y no discriminación en el entorno familiar.

La Constitución de la República del Ecuador tiene a la igualdad como eje transversal del ejercicio de los derechos, en el plano familiar es evidente que ambas figuras parentales, esto es, padre y madre deben partir de un mismo plano de igualdad en todo lo relacionado a las obligaciones familiares, ya que los dos son los encargados de la dirección del hogar y de los hijos, particularmente cuando se encuentren separados de ellos.

El texto constitucional, taxativamente contempla que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 9). Explícitamente está ordenando que nadie puede sufrir ningún tipo de discriminación en ningún ámbito, no basta solamente con tener un ordenamiento jurídico justo, sino también llegarlo a materializar de modo adecuado y proporcional para todas las personas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos advierte que “los hombres y las mujeres tienen derecho sin discriminación alguna a fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p. 34).

En la realidad ecuatoriana no es novedad saber que la madre es a quien se le termina sobrecargando de responsabilidades en relación al hogar y a los hijos, de hecho, esto se ha normalizado a tal punto de que solamente el padre es quien debe salir a trabajar y aportar económicamente en la familia, estos patrones negativos terminan institucionalizándose y es ahí donde se generan asimetrías en la administración de justicia. Un claro ejemplo de ello es cuando se produce la disolución del vínculo matrimonial donde existen hijos menores de por medio, frente a ello, por lo general es la madre quien se queda con los hijos y el padre simplemente se lo reduce a un mero proveedor económico respecto de los hijos. por lo que en nuestra sociedad sigue estando presente esa férrea y marcada preasignación de roles donde la madre es la cuidadora absoluta y el padre el proveedor.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer señala que los Estados Partes garantizarán en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares “mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias

relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1979, p. 10).

Lo que establece la Convención es de suma importancia, ya que le está diciendo al Estado ecuatoriano que ambos progenitores deben gozar de los mismos derechos y responsabilidades en relación a los hijos, por lo tanto, es fundamental que en la legislación ecuatoriana existan mecanismos legales orientados a cumplir de manera eficiente con las obligaciones familiares para lograr un óptimo desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, más aún si se trata de la separación de los progenitores.

4.7. Filiación.

Cabanellas (1979) indica que la filiación consiste en la acción y efecto de filiar, es decir, de tomar los datos personales un individuo determinado, y a partir de ellos constatar ciertas características análogas. En igual forma, el término guarda armonía con aquella subordinación o dependencia de personas o cosas, según sea el caso, preservan en relación con otras superiores o principales.

Para la Real Academia Española (2021) la filiación versa sobre conjunto de los datos identificativos de un individuo y, en especial, procedencia de una persona respecto de unos determinados padres.

En efecto, los miembros de un determinado grupo familiar siempre van a provenir de un tronco común, es este caso, los hijos mantienen un vínculo directo con el padre y la madre respectivamente, en similar forma, la filiación puede ser legítima o adoptiva.

La filiación abarca toda una serie de elementos debidamente vinculados entre sí, los cuales determinan ciertas relaciones jurídicas.

La filiación es aquella ligación de índole jurídica que se establece entre los progenitores y los hijos, siguiendo una línea organizada para tal efecto, esto es, un vínculo de generación que los une, asimismo se producen relaciones jurídicas que implican derechos y obligaciones, por tanto, indistintamente del tipo de filiación, es decir, por naturaleza o adopción, los derechos siguen siendo los mismos, ya que la ley

garantiza la igualdad de los hijos con independencia de su filiación (Enciclopedia Jurídica, 2020, p. 162).

A partir de la filiación se van a generar múltiples efectos jurídicos entre determinadas personas que comparten un vínculo específico y semejante, generalmente se asocia con los miembros del entorno familiar en donde cada uno de ellos está sujeto a cumplir con ciertas obligaciones previstas en la ley.

Según el pensamiento de Martínez (2013) la filiación abarca varios factores sustanciales dependiendo del ámbito en que se la quiera estudiar, sin embargo, para llegar a su esencia es necesario principiar enfatizando que su connotación gira en torno a la relación biológica existente entre generantes, es decir, los progenitores y generados, esto es los hijos, esa es la regla general de donde parte, por lo que sin la existencia de esa peculiar relación biológica no cabría hablar de filiación. En esa línea de ideas, se sintetiza que filiación es la procedencia biológica de una persona con respecto a sus progenitores.

Esto último constituye un hecho netamente natural y genuino que se da en todos los seres humanos, no es fruto de la cultura, de la historia ni del derecho positivo, sino de la naturaleza humana como tal. A partir de ello, se producen otros efectos claramente definidos, es así que, este vínculo no es meramente biológico, sino que tiene una indisoluble dimensión de índole jurídica entre quienes son biológicamente procreante y procreado, con lo cual surgen relaciones de justicia que obligan a los padres a prestar a sus hijos la asistencia moral, afectiva y material que precisan para sobrevivir y desarrollarse apropiadamente en todos los niveles, y que dan derecho a los hijos a recibir esa ayuda, por lo tanto, esas relaciones incluyen también el derecho de esos padres, de ser ellos quienes presten a sus hijos esa protección y esa asistencia.

Conocer la procedencia biológica de una determinada persona no siempre fue un aspecto consustancial de la genética.

La filiación es la institución del derecho de familia que ha sufrido la mayor presión hacia los cambios, habiendo evolucionado el pensamiento acerca de las acciones para su determinación judicial. De su prohibición a su aceptación, del formulismo al tecnicismo, de lo teórico a lo práctico, de lo imaginario a lo real, la investigación de la

paternidad es una facultad inherente al ser humano a través de la cual busca establecer de manera cierta la relación jurídica familiar padre-hijo (Varsi, 1999, p. 27).

Por medio de la filiación se puede establecer con claridad que tipo de nexo jurídico existe entre ciertos individuos de la especie humana a partir de un elemento consanguíneo, el cual producirá otros efectos jurídicos que van desde proteger los derechos de las personas integrantes de un linaje concreto, hasta la posibilidad de adoptar acciones legales con el objetivo de llegarla a desvirtuar. Al establecer que la filiación ha sufrido la mayor presión hacia los cambios, evidentemente el autor se refiere a esa situación de reconocimiento legítimo, es decir, antiguamente era inaceptable concebir hijos fuera del matrimonio, sí ocurría aquello simplemente no se llegaba a reconocer esa circunstancia biológica, en la actualidad es posible reconocer la descendencia habida dentro del matrimonio como fuera del mismo, es decir, tal como lo menciona el autor, de la prohibición, finalmente se arribó a la aceptación.

A nivel doctrinal se han constatado diversas acepciones de filiación, tomando en consideración su trascendencia en la persona, familia y la sociedad.

Así tenemos que la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y la filiación, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos (Varsi, 1999, p. 31).

En efecto, la filiación es el nexo o vínculo existente entre padres e hijos, es decir, estos últimos comparten una carga genética precisa en ligación a la figura materna y paterna. Al cumplirse tal situación, se crea un conjunto de relaciones jurídicas entre los miembros del grupo familiar que implican, por un lado, ejercer derechos y por el otro, contraer obligaciones recíprocas.

De acuerdo con Varsi (1999), absolutamente todo ser humano cuenta con una filiación por el mero y único hecho de haber sido engendrado, a esto se le puede denominar filiación biológica, dado que parte de un elemento físico o natural, que surge del acto propio de la concepción con relación a los padres. En ese contexto, la filiación humana tiene su raíz, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación. En la misma línea, Marcial Rubio le da un enfoque netamente jurídico y asevera que, para que la filiación surta efectos legales debe ser conocida conforme a derecho, con lo cual, la filiación legal es aquella

que determina la ley, pudiendo variar de acuerdo a los casos particulares, esto es, presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial, la voluntad procreacional del hombre en razón de reconocimiento expreso o adopción, adquiriéndose la calidad de padre o madre respectivamente.

“La importancia que tiene para el derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial, ya que de este surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones” (Varsi, 1999, p. 33). Efectivamente, la figura jurídica de la filiación da paso al ejercicio legal de las demás instituciones propias del Derecho de familia, el cual, por medio de un contingente normativo, es el encargado de regular los aspectos y circunstancias de todos y cada uno de los integrantes del grupo familiar.

4.8. Matrimonio.

De acuerdo con Pérez (2010), el matrimonio es el acuerdo voluntario, exento de vicios, entre un hombre y una mujer para efectuar la comunidad de vida estable, en virtud del cual, ambas personas se declaran respeto, igualdad, asistencia y auxilio recíproco, pudiendo o no procrear hijos dentro de esa unión jurídica.

Por lo tanto, se trata de un acto jurídico que se encuentra determinado por la voluntad de aquellos que desean contraer matrimonio, y a su vez con la intervención de un tercero legítimo para tal cometido, esto es, la intercesión del Estado, el cual previamente establece los requisitos, las formalidades y la autoridad pertinente ante la que se debe constituir para su existencia y validez legal.

De acuerdo al diccionario jurídico elemental del tratadista Guillermo Cabanellas:

Una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados (Cabanellas, 1979, p. 238).

En consonancia a lo indicado por el autor, es evidente que una de las instituciones más primigenias de la humanidad ha sido el matrimonio, pese a que la forma de celebrarlo puede llegar a variar de acuerdo al lugar o territorio, lo cierto es que la regla general siempre va a coincidir en el sentido de que inicia de la unión entre un hombre y una mujer, de modo que

los hijos nacidos a partir de ella, se les reconoce como descendientes legítimos de ambos cónyuges, esa circunstancia ha dado como resultado la perpetuidad de la especie y su conservación.

En la misma línea, según la Real Academia Española (2021) la idea del matrimonio desde una postura jurídica, consiste en la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales previstos en la normativa correspondiente.

Un matrimonio es legal únicamente cuando se lo ha llevado a cabo conforme a Derecho:

Esto es, observándose todos los requisitos necesarios para su plena validez, por tanto, si el matrimonio se celebra sin infracción legal alguna, se denomina matrimonio lícito, y si existe algún impedimento externo que imposibilite su validación, es matrimonio ilícito. Sin embargo, la clasificación más importante del matrimonio, a efectos de su regulación jurídica, es la que distingue entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso (Enciclopedia Jurídica, 2020, p. 168).

En efecto, el matrimonio al ser un acto jurídico celebrado entre dos personas, requiere de una serie de formalidades para llegar a legalizarlo, en este contexto, la ley colige los requisitos correspondientes para tal efecto, en caso de llegar a inobservar alguno de ellos, dicho acto es objeto de nulidad y por ende no será lícito.

La esencia del matrimonio radica en la voluntariedad que tienen las partes para contraerlo, a partir de ello, se lo va a materializar a través un contrato, ergo, “al ser un contrato genera una serie de derechos y obligaciones que en su mayoría se encuentran consignadas de manera taxativa en la ley” (Rojas, 2011, p. 29). Los derechos y obligaciones a las que el autor acertadamente menciona, son por antonomasia, componentes accesorios producto del matrimonio, los cuales deben ser asumidos de forma recíproca, el incumplimiento de cualquiera de ellos, supone la eventual rescisión del contrato.

Según lo planteado por Pérez (2010) en lo que respecta a la naturaleza jurídica del matrimonio, se ha podido establecer dos momentos a tomar en cuenta para explicarla jurídicamente, el primer momento versa sobre el acto jurídico, así pues, se refiere a que su existencia, reconocimiento y efectos están supeditados al cumplimiento por parte de los

contrayentes, en similar forma, a los requisitos y formalidades que para su celebración se establecen en la ley pertinente. El segundo momento gira en torno a la relación jurídica, la cual implica la necesaria existencia de la manifestación de voluntades, en este caso, de los contrayentes, en otras palabras, en el acuerdo de voluntades para celebrar el matrimonio, que tiene como resultado la creación de una relación jurídica o vínculo familiar debidamente autorizada por el Estado.

Bajo esa lógica, se ha llegado a concebir que el matrimonio es un acto jurídico, que se encuentra determinado por la voluntad de aquellos que desean contraerlo y por la intervención del Estado, encargado de colegir los requisitos, las formalidades y la autoridad competente para poderlo concretar con la finalidad de exteriorizar su existencia y validez.

Desde la sociología, el matrimonio puede definirse como una "estructura compuesta por modelos culturales de comportamiento que determinan el modo de iniciar, mantener y rescindir los emparejamientos sexuales entre adultos, de modo que entre ellos la descendencia ocurra de forma legítima" (López, 2010, p. 12).

Se debe agregar que, el matrimonio siempre va a estar en una continua evolución, no solo a nivel social, sino también jurídico, respecto a este último ámbito, ya se han dado las respectivas modificaciones normativas en los distintos países, llegando a reconocer bajo el marco de la igualdad las mismas oportunidades para contraerlo, es decir, no necesariamente se va a producir entre hombre y mujer, por lo tanto, desde una perspectiva más progresista se podría argumentar que el matrimonio tiene como fin la unión de dos personas procurando lograr la estabilidad y la eventual protección de los descendientes.

En su momento Josefina Rossetti al estudiar la institución del matrimonio desde la óptica latinoamericana aportó nociones bastante interesantes.

Uno de los rasgos más característicos del patrón de nupcialidad latinoamericano es la importancia de las uniones consensuales, las cuales sabemos que pueden constituir una forma de unión conyugal muy común y socialmente aceptada. De hecho, Latinoamérica y el Caribe se caracterizan por ser la región del mundo con mayor proporción de uniones consensuales (Domínguez, 2015, p. 59).

Lo afirmado por la autora, constata claramente que el matrimonio es una institución en constante desarrollo, es decir, con el decurso del tiempo se ha convertido en un elemento dúctil, desde reconocer una figura extramatrimonial, hasta la posibilidad de llegar a formalizarla. Tomando como ejemplo el caso ecuatoriano, es evidente que las uniones consensuales, o particularmente la unión de hecho, está debidamente regulada y aceptada en la Constitución y la ley, lo que significa que surte los mismos efectos legales que el matrimonio.

Tomando como referencia lo escrito por Felsen (2004), se puede destacar que el matrimonio tiene aspectos concretos que lo caracterizan y a su vez, resultan comunes a todos los matrimonios. Un primer aspecto gira en torno a la unidad, la cual está dada por la comunidad de vida a la que se someten el hombre y la mujer, producto del vínculo que los liga, en virtud de ello, para consolidar ese nexo, la ley incorpora una división de facultades recíprocas, lo cual implica adoptar decisiones trascendentales frente a otros sujetos, entre ellas, actos relativos a la patria potestad.

Otra característica sustancial del matrimonio es la monogamia, es decir, la unión entre un solo hombre con una sola mujer. Por lo tanto, el matrimonio excluye toda forma de poligamia, ya sea la unión de un hombre con varias mujeres, o la unión de una mujer con varios hombres.

En el derecho canónico se define el matrimonio como contrato y como institución, en tanto se dirige a la formación de una familia, a la procreación y a la educación de los hijos. Para los bautizados no habrá contrato matrimonial sin sacramento, ni sacramento sin contrato matrimonial, ambos se perfeccionan simultáneamente. De tal modo, el matrimonio es un contrato consensual ritual que se materializa con el consentimiento de los contrayentes ante el párroco (Marquez, 2020, p. 7).

El Derecho canónico implica la autoridad divina ejercida de manera humana, ello supone seguir ciertos preceptos o reglas específicas para lograr el orden dentro de la sociedad, particularmente en la familia, en donde se llegó a proteger las instituciones y los aspectos externos de la Iglesia, entre ellos el matrimonio, es decir, esta institución era concebida como un componente divino, por lo que, para llegar a su realización se debía cumplir los sacramentos fundamentales de la Iglesia. Tal como lo menciona el autor en el

párrafo que antecede, no se podía materializar el contrato matrimonial sin sacramento previo, la razón es precisamente que ambos se perfeccionan simultáneamente, de ahí la importancia de cumplir con los preceptos de la iglesia con el fin de alcanzar la armonía. Otro aspecto importante que el Derecho canónico le atribuye al matrimonio es precisamente esa concepción contractual, la cual implica un compromiso de índole bilateral.

El Royal Anthropological Institute menciona que, “se entiende por matrimonio la unión legítima entre un hombre y una mujer, tal que sus hijos sean reconocidos como descendientes legítimos de los progenitores” (Gómez, 2017, p. 3). En efecto, la idea del matrimonio, gira en torno a la unión legal y socialmente aceptada, usualmente entre hombre y una mujer que está regulada por leyes nacionales e internacionales que prescriben los derechos, deberes y responsabilidades de los contrayentes. Posiblemente, su función más esencial se refiera a la procreación, el cuidado de los hijos y su educación de tal manera que se logre alcanzar la unidad familiar.

En suma, El matrimonio constituye la base de la familia, es por ello que impone mayores deberes a los progenitores para el cuidado de sus hijos, de hecho, se ha visto al matrimonio como la institución más adecuada para cumplir con estos deberes y responsabilidades recíprocas. Matrimonio y familia al estar concatenadas de forma directa, son estructuras clave en la sociedad. Incluso desde la óptica de la sociología se ha llegado a afirmar que los matrimonios son los que crean una familia, y las familias son la unidad social más básica, es por ello que el matrimonio es un elemento sustancial para cumplir con el bien común, ya que a partir de ahí se crean normas, valores y costumbres que van a influir en las sociedades.

4.9. Divorcio.

El divorcio es la antítesis del matrimonio, caracterizada específicamente por la ruptura de la relación entre los cónyuges, “en virtud de una decisión judicial, ya sea a petición conjunta de ambas partes o de uno solo si ha incurrido en la causal preestablecida en la Ley” (Enciclopedia Jurídica, 2020, p. 178). En la práctica, el divorcio se puede impulsar de dos formas, de consuno en donde ambas partes están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial, o en su defecto, por vía contenciosa o unilateral.

De acuerdo al diccionario jurídico elemental del tratadista Guillermo Cabanellas la expresión divorcio “procede del latín *divortium*, del verbo *divertere* que implica separarse, irse cada uno por su lado, por tanto, concierne a los cónyuges, particularmente a la ruptura de un matrimonio legalmente reconocido” (Cabanellas, 1979, p. 108). El divorcio supone la ruptura total y definitiva de un matrimonio que ha sido legalmente reconocido por el Estado, por lo tanto, se produce una modificación en el estado civil y a su vez deja la posibilidad a las partes de contraerlo nuevamente.

En el antiguo Derecho romano Justiniano instaure una nueva regulación concerniente al *divortium*, y distingue cuatro categorías, a saber:

Por un lado, el *divortium ex iusta causa*, el cual versa sobre el adulterio o las malas costumbres de la mujer, o en su defecto, el abandono de la casa del marido, incluso la relación sexual del marido con otra mujer dentro o fuera del domicilio conyugal, Luego está el *divortium sine causa*, es decir, cuando se produce sin que medien justas causas, con respecto al *divortium communi consensu*, se refiere al acuerdo de ambos cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial, por último, el *divortium bona gratia*, se da a partir de una causa independiente de la voluntad de alguno de los cónyuges (Juspedia, 2021, p. 1).

De lo expuesto se derivan cuatro formas de divorcio que en la actualidad siguen vigentes en los distintos cuerpos normativos, en ese sentido, el código civil ha establecido similares conceptualizaciones e incluso se ha previsto algunas otras adicionales, por ejemplo, los tratos crueles o violencia contra la mujer o en su defecto, los miembros de la familia, amenazas graves, tentativa contra la vida del cónyuge, y desde luego el adulterio y el abandono injustificado tal como lo establece el párrafo que antecede.

Por lo regular, al referirse al divorcio, se tiende inmediatamente a asociar a los cónyuges en una situación legal conflictiva destinada a poner fin al matrimonio, y a su vez, da como resultado el cambio de estado de ambas partes, sin embargo, no siempre ocurre de esa manera, dado que existen otros factores adicionales que deben ser tomados en cuenta al momento de incoar el proceso correspondiente, que van desde lo patrimonial, hasta la situación jurídica de los hijos, cuando eso ocurre es evidente que el panorama legal cambia

para todos, es decir, el divorcio ya no solamente implica la terminación de la pareja, sino que también conlleva a modificar la situación familiar.

La normativa civil en su artículo 106 contempla que “el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio” (Código Civil, 2019, p. 21). Es pertinente señalar que, una vez que se ha expedido la sentencia judicial, se debe efectuar los trámites adicionales ante la entidad competente para que el divorcio llegue a surtir los efectos legales correspondientes, es decir, el proceso de divorcio concluye con la comparecencia de cualquiera de las dos partes al Registro Civil con la finalidad de modificar la situación de su estado, en donde se tendrá que presentar la copia certificada de la sentencia ejecutoriada en la cual consta la terminación del vínculo matrimonial y dejando la posibilidad a los ex cónyuges de contraer segundas y ulteriores nupcias.

Es la voz latina *Divortium* la que nos revela el origen etimológico de la expresión Divorcio.

Describe plásticamente la actitud de los cónyuges que, después de haber recorrido unidos un trecho de existencia, se alejan por distintos caminos *Divertere*. Su significado es separación, por lo que no es de extrañar que dicho término haya sido empleado tanto para referirse al divorcio vincular (divorcio propiamente dicho), como también al denominado relativo o separación de cuerpos (Cabello, 1999, p. 31).

De lo expuesto, se debe hacer énfasis en que el divorcio puede llegar a configurarse en vincular o relativo, por cuanto en el primer caso, rompe definitivamente el vínculo marital existente, mientras que, en el otro, simplemente dejan de hacer vida en común, lo que significa que el vínculo matrimonial continúa vigente, en otras palabras, ambos casos cumplen una situación concreta y divergente en lo que se refiere al nexo de la convivencia conyugal.

No obstante, para López (2008) el divorcio es la institución jurídica que pone fin al vínculo matrimonial, a la luz de la legislación interna, puede llegar a ser de dos formas, esto es, por mutuo consentimiento y divorcio por causales.

Vale aclarar que, el divorcio por causales se enmarca a la figura del divorcio unilateral, en ese sentido, si una de las partes resuelve dar por terminado el pacto matrimonial, deberá demostrar su pretensión con base en dichas causales que la ley prevé, solamente a partir de

esos parámetros en los cuales haya incurrido el otro cónyuge se podrá iniciar la acción de divorcio.

El divorcio por mutuo consentimiento, se fundamenta en la verdadera voluntad de las partes para acceder a esta clase de divorcio, lo contrario desnaturalizaría su verdadero propósito, es por ello que algunas legislaciones no lo han considerado como un elemento eficaz de incorporarse al Derecho de familia, pues las que no lo siguen indican que bastaría que los cónyuges pongan su voluntad de acuerdo para afectar a una institución familiar fuerte como es el matrimonio (Zea et al. 2019, p. 454).

Tal como lo mencionan los autores, la esencia del divorcio por mutuo consentimiento radica en que, al momento de llevar a cabo dicho proceso, este no sea objeto de ningún tipo de irregularidades en lo referente a expresar la voluntariedad de las partes, de tal forma que se pueda conseguir el objetivo en legal y debida forma, además se lo debe concebir como un mecanismo adecuado para poner fin a la unión convivencial imperfecta de los cónyuges, puesto que su propósito es evitar situaciones contraproducentes respecto de los demás miembros de la familia.

El divorcio tiene una finalidad legal específica, por lo que no se puede llegar a confundir su naturaleza jurídica con otras figuras contempladas en la ley.

Solo con el divorcio se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causas expresamente establecidas en la Ley, debiendo los hechos que las constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol, de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido (Cabello, 1999, p. 31).

La cualidad de la figura jurídica del divorcio se centra en desvincular legalmente a ambos cónyuges a través de una declaración judicial, especialmente una que libera a los mismos de todas las obligaciones matrimoniales, de esa manera, cada persona vuelve a su estado natural de independencia, la misma que puede llegar a ser absoluta o parcial, es decir, varía según la situación jurídica de las partes. En similar forma, es fundamental identificar cuando estamos frente a la figura del divorcio y las circunstancias de invalidez, puesto que ambas distan en gran medida, así pues, para el primer caso, es evidente que supone la

existencia de un matrimonio válido, esto es, ha sido celebrado con observancia a las solemnidades y requisitos establecidos en la norma correspondiente, sin embargo, durante el matrimonio deviene una circunstancia subjetiva por parte de uno de los cónyuges, la cual se encuadra a las causales que dan origen al divorcio como tal. Por otra parte, la invalidez del matrimonio responde a la inobservancia o falta de un requisito determinado, el cual es necesario y esencial para surtir los efectos legales correspondientes, al ocurrir ese supuesto, se produce la nulidad del matrimonio, ergo, divorcio y nulidad son conceptos absolutamente disímiles.

Otros autores parten fundamentalmente de la doctrina, ya que la legislación interna en ocasiones no tiene la virtud de emitir definiciones.

Divorcio es la disolución del vínculo jurídico matrimonial constituido legalmente, pronunciada mediante sentencia judicial, basada en las causales previstas en la ley, determinando que los ex-cónyuges gocen de libertad de estado, otorgándoles amplia facultad para rehacer sus vidas independientemente conforme a su libre decisión (Paz, 2015, p. 67).

Conforme a lo que señala el autor, se debe precisar que la concesión de un divorcio, cuando hay hijos de por medio, no exime las responsabilidades parentales, es decir, una vez que se ha emitido la sentencia judicial respectiva, lo que se ha producido es simplemente un reconocimiento formal de que el matrimonio ha terminado, no obstante, el vínculo de padres en relación con los hijos se mantiene y, por lo tanto, es indisoluble por cuanto deben seguir cumpliendo facultades recíprocas con el fin de precautelar el bienestar de los hijos menores.

4.10. Unión de hecho.

En el ámbito jurídico la unión de hecho es aceptada como una relación similar al matrimonio, no obstante, en la doctrina este tipo de figura jurídica se la asocia con el concubinato.

El concubinato es la unión de dos personas, un hombre y una mujer, sin impedimento para contraer matrimonio, que hacen vida en común, como si estuvieran casados, por dos años, o antes si han concebido un hijo en común en dicha relación. La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos: alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás reconocidos en las leyes. Rigen todos los derechos

y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables (Pérez, 2010, p. 83).

Para que la unión de hecho se configure en legítima, la pareja debe estar libre de vínculo matrimonial, esa es la regla general que se debe tomar en cuenta, por otra parte, una vez que se ha materializado, se producen ciertos efectos legales similares al matrimonio, es decir, nacen otras figuras jurídicas a partir de dicha unión, entre ellas, lo patrimonial y la responsabilidad en lo que se refiere a los hijos, en caso de existir. La idea es precisamente hacer vida en común sobre la base de la convivencia estable y monogámica.

“El término concubinato significa dormir juntos y conceptualmente alude a una de las vías cómo se forma la familia; y, en este caso, nos referimos a la relación entre un hombre y mujer, que sin estar casados, viven como si lo fueran” (Aguilar, 2015, p. 12). Adicionalmente, se debe puntualizar que, dentro de este tipo de uniones, las personas con independencia de su género, deberán ser mayores de edad, por lo general, este tipo de aspecto se lo encuentra debidamente regulado en la normativa civil o familiar.

4.11. Convivencia familiar.

El autor Jorge Parra manifiesta que la convivencia familiar es más que una relación donde interaccionan varios sujetos.

El Derecho a la convivencia familiar es el eje fundamental en el desarrollo de la relación interpersonal de los miembros de la familia por ende el derecho a la convivencia familiar y comunitaria parte de la necesidad de resguardar los vínculos familiares y comunitarios de los niños, niñas y adolescentes. Se basa en normas manifestadas a través de la Convención de Derechos del Niño, las Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y el Código de Niñez y Adolescencia (Cangas et al. 2019, p. 821).

De acuerdo a lo manifestado por el autor se puede destacar que la convivencia familiar constituye el eje transversal de las relaciones interpersonales, puesto que es ahí donde las personas aprenden una serie de valores, costumbres y principios que les permitirán desarrollarse a nivel personal, familiar y social. De acuerdo a los estándares internacionales, la convivencia familiar está concebida como un derecho que tienen particularmente las, niñas, niños y adolescentes, esto resulta lógico si consideramos la característica etaria de

dicho grupo humano, es decir, el primer entorno en donde crecen los menores es en la familia, por lo tanto, si la convivencia familiar se torna atípica las repercusiones serán desfavorables.

La convivencia familiar es una interacción armoniosa entre todos los miembros de la familia, están en relación a la práctica de valores en la vida cotidiana, convivencia pacífica, compartir en familia basándose en la comunicación, respeto y amor de la familia. Los integrantes de la familia tienen la capacidad de enfrentar positivamente los momentos o periodos de crisis o la presencia de problemas que afectan a cualquier familia. Es el ambiente de respeto, tolerancia, comprensión y cooperación que se da entre los miembros de una familia (Santamaría, 2014, p. 45).

Ciertamente, la convivencia familiar concierne en un primer momento, a todas las personas integrantes de la familia, y por otro lado, se concentra en la forma de interrelacionarse, de tal manera que se logre componer un solo engranaje perfecto que permita un adecuado funcionamiento del entorno familiar, es un sistema complejo en el que se van a confluir una serie de situaciones positivas y negativas, sin embargo, todo dependerá de como esté configurado el núcleo interno de dicho sistema para conservar la unidad familiar.

En similar forma, Santamaría (2014) indica que una buena parte del bienestar emocional de una persona está dado por sostener las mejores relaciones familiares, en la medida de lo posible, a través de reuniones de integración sana que fomenten el diálogo, particularmente con los hijos pequeños como forma de estimular su independencia a nivel personal y social, en igual forma, el acompañamiento y el apoyo en circunstancias adversas son aspectos que se debe de tomar muy en cuenta, más aún en los niños, las celebraciones y detalles de afecto, cariño y solidaridad recíprocas son la base para propender a una buena convivencia familiar.

En el contexto de la separación o divorcio, la convivencia familiar debe estar orientada primordialmente a satisfacer los derechos de los niños, ya que la situación de normalidad familiar de aquellos va a cambiar exponencialmente, en el sentido de que uno de sus padres ya no va a compartir diariamente sus actividades como lo solía hacer. En razón de ello, se debe garantizar en forma categórica su derecho a la convivencia familiar con el objetivo de asegurar su adecuado desarrollo emocional, psicológico y físico.

La convivencia familiar conlleva que niñas, niños y adolescentes compartan relaciones afectivas con todo su entorno familiar, en especial con sus progenitores, a pesar de cualquier circunstancia ajena a su voluntad.

Por lo tanto, todo padre o madre tienen derecho de convivir con sus hijos cuando viven separados de ellos. Podría decirse que no solo es un derecho de los padres, sino también de los hijos, pues esta convivencia refuerza el vínculo emocional y familiar con el progenitor que no vive con ellos. Pero desde luego que hay excepciones, cuando esta convivencia puede resultar peligrosa para los menores, por antecedentes de violencia, abuso, adicciones que ponga en riesgo la integridad física, emocional o psicológica de los mismos (Cangas et al. 2019, p. 824).

Los autores manifiestan claramente que la convivencia no solo abarca el ámbito jurídico, ni que su alcance se extiende a la esfera social, si bien es cierto que las interacciones y actividades estables que una familia comparte influyen substancialmente en la sociedad, hay situaciones en las que esa convivencia llega a ser alterada por circunstancias de carácter legal y al ocurrir eso el panorama se vuelve complejo, el caso más representativo es cuando se producen los divorcios o separaciones de los progenitores, frente a ello, la autoridad judicial debe emplear todos los medios necesarios para tratar de que la convivencia familiar no se vea damnificada, sobre todo porque pueden estar involucrados hijos pequeños de por medio, y frente a eso, es sabido que los derechos de estos últimos siempre van a prevalecer, entre ellos el de mantener relaciones afectivas con ambos padres y disfrutar de la convivencia familiar, sin embargo, muchas de las veces los horarios establecidos judicialmente no resultan oportunos para garantizar la tranquilidad y la continuidad de los niños, es por ello que, lo más factible ante eventos de disgregación familiar es que, los padres actúen con la debida madurez psicológica de tal manera que puedan arribar voluntariamente a un acuerdo en el que todos ganen, especialmente los menores.

Garantizar a los menores el derecho a la convivencia familiar tras el divorcio es una labor bastante ardua en la práctica judicial, por lo tanto, debe ser evaluada de manera prolija con la finalidad de que los niños puedan desarrollarse en un entorno que potencie sus capacidades. En tal sentido, “derivado del derecho a tener una familia nace el correlativo de convivencia de los hijos con sus padres y familiares privilegiando el mejor desarrollo integral de los primeros” (Pérez, 2013, p. 1159).

Cumplir con el adecuado desarrollo de los menores implica una participación activa de todos los miembros de la familia a partir de una base elemental llamada convivencia. En este último entorno generalmente los niños aprenden mediante la observación de la vida cotidiana, en otras palabras, el aprendizaje y la socialización de los niños están más influenciados por su familia, que, por otro ámbito. Un ejemplo hipotético que sirve para comprender esta situación, es el que versa sobre la construcción de una obra, es decir, si se estuviera construyendo un edificio, lo elemental es asegurarse de que tenga una base sólida para que el resto del edificio pueda mantenerse alto y fuerte durante muchos años, en ese contexto, si los cimientos no son lo suficientemente fuertes, el edificio tendrá problemas para sostenerse por sí mismo. Bajo esa lógica, al igual que las personas, si los cimientos no son sólidos, resulta difícil adaptarnos a los diferentes entornos, de ahí la importancia de hacer énfasis en la adecuada convivencia familiar en el desarrollo y crecimiento de las niñas, niños y adolescentes.

4.12. Interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad. La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano (Ravetllat, 2012, p. 90).

Una forma de reivindicar significativamente los derechos de los niños ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, concretamente en su artículo tercero se encuentra contemplado el interés superior del niño como un principio rector de carácter universal que irradia todos los ámbitos del Estado, es decir, se constituye como una regla suprema que deben cumplir los Estados Partes con el ánimo de lograr la máxima satisfacción de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. La justificación lógica precisamente se fundamenta en ese carácter de vulnerabilidad propia de

los niños, es por ello que se deben adoptar todas las medidas necesarias para precautelar su bienestar e integridad.

Así, tal y como afirma O' Donnell (2004), el interés superior del niño consiste en todo aquello que favorezca a su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad, de ahí que su interés deba estar por encima de cualquier otro.

Todo lo que esté orientado a favorecer los derechos de los menores, presupone que su interés está siendo precautelado debidamente. En el Derecho de familia este principio debe ser la base sobre la cual se adopten las decisiones, puesto que, en el ámbito de los conflictos legales como la custodia, manutención, las visitas, etc., se debe procurar que aun en esas circunstancias se ponga de relieve el interés supremo de los niños, antes que el de otras personas, ya que en ocasiones no se llega a sopesar de forma idónea lo conveniente para ellos y se termina descuidando dicho principio.

Algunos autores sostienen que en el Ecuador este principio, a pesar de estar reconocido constitucionalmente, ha sido objeto irregularidades.

En el Derecho ecuatoriano, a pesar de ser recurrente la invocación de este principio al resolver las causas de niñez, veo con preocupación que la vaguedad de su reconocimiento, ha otorgado a los jueces un amplio y preocupante margen de apreciación para darle contenido (Zaidán, 2016, p. 13).

El autor agrega con acierto lo relativo a la vaguedad de dicho principio, particularmente en la práctica judicial ecuatoriana se ha podido evidenciar que el interés superior no es desarrollado en su integralidad, y eso justamente ocurre por el grado de discrecionalidad respecto de los operadores de justicia, al menos en materia de niñez y adolescencia las decisiones no siempre están encaminadas a privilegiar los intereses del menor y por ende los casos se llegan a resolver a partir de la generalidad.

El autor Francisco Rivero en lo relativo al interés superior del niño postula lo siguiente:

Quando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta ese interés nos enfrentamos a una primera divergencia. Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales y jueces, no operan de

manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos (Ravetllat, 2012, p. 91).

De acuerdo al autor, al momento de tomar decisiones concernientes a los niños se tiende a incurrir en varias divergencias que atentan contra el ejercicio de los derechos, en ese sentido, ocurre que no se toma en cuenta la situación real de dicho grupo de atención prioritaria, quedando así, en indefensión el interés superior del niño, este principio debe estar orientado fundamentalmente a garantizar lo mejor para los niños en todos los ámbitos. El autor enfatiza un punto muy importante respecto a la valoración del interés desde una postura individualista, es decir, bajo el argumento de que se está tutelando el interés de los niños, se adoptan todo tipo de soluciones abstractas que no se logran amoldar a las circunstancias concretas de los menores, y frente a esas situaciones, el principio se reduce a la nada, en otras palabras, el interés superior del niño parecería que abre la puerta a que, realmente, a nombre de tal principio se haga cualquier cosa, lo cual no es una interpretación adecuada.

El sistema anglosajón se basaba en el pensamiento de que la familia es el principal pilar para la evolución de una sociedad y que, si los niños eran parte de esta institución social, debían estar sujetos a derechos que los ayuden a desarrollarse de forma adecuada, por lo que, basándose en la idea de tener la solución a los conflictos familiares, se empieza a estudiar al Interés Superior del Niño (Anilema, 2018, p. 17).

Desde la perspectiva del Common Law se ha logrado constatar que siempre fue un sistema innovador en materia de derechos, por esta razón, gran parte de los ordenamientos jurídicos han ido adecuándose a su paradigma normativo con la finalidad de cambiar ciertas posiciones de índole jurídico en aras de alcanzar un adecuado balance en el ejercicio de los derechos, particularmente los relacionados con la infancia y la familia, esto es, reconocer sobre la base de la igualdad mismos derechos, deberes y oportunidades a los progenitores respecto de los hijos y viceversa.

Por otra parte, Navas (2003) afirma que el interés del niño es una garantía que actúa imponiendo una obligación a quien deba tomar una decisión determinada y a su vez, de que la misma debe ajustarse para garantizar ese bienestar, con ello se está precautelando de manera integral dicho interés.

Ciertamente, el interés supremo del menor constituye una regla absoluta en la adopción de alternativas, las cuales deben estar orientadas fundamentalmente a privilegiar el conjunto de los derechos de niñas, niños y adolescentes, es por ello que, el Estado es el llamado a garantizar la prevalencia de los intereses de dicho grupo de atención prioritaria, particularmente los operadores de justicia, puesto que, al ser los garantes de los derechos, están obligados a ajustar sus decisiones a las circunstancias de cada caso concreto con el fin de lograr un desarrollo integral óptimo.

4.13. Régimen jurídico de visitas.

La importancia del régimen de visitas es trascendental para los hijos, porque permite mantener el cariño y la protección de padre, la afectividad no se pierde porque comparten momentos únicos que la madre jamás podrá reemplazar. Lo complejo de la separación es que las visitas resultan insuficientes para los hijos porque los horarios son impuestos por los jueces y en ciertos casos controlados por las madres, lo que produce la vulneración de los derechos del padre (Jordán & Mayorga, 2018, p. 54).

Es evidente que el régimen de vistas es un medio para garantizar la estabilidad a los niños a partir de relaciones afectivas y de protección, además de ello, se evidencia que por lo regular, el régimen de visitas concierne mayoritariamente al padre, inclusive aduce que ese tipo de régimen jurídico llega a ser objeto de múltiples irregularidades, provocando así, menoscabo a los derechos del progenitor, sin embargo, se debe agregar que, el limitar injustificadamente dicho régimen va a generar serias afectaciones principalmente a los menores, antes que al progenitor no custodio.

El régimen de vistas busca estimular la relación sana entre los progenitores tras la separación o el divorcio con la finalidad de no afectar el bienestar de los hijos, es por ello que, se debe procurar un adecuado cumplimiento de dicho régimen, ya que a partir de esas relaciones parento-filiales se podrá proyectar un modelo de cómo serán las relaciones futuras del menor en los distintos ámbitos de su vida.

Está claro que al producirse el divorcio de los padres, la situación cambia rotundamente para todos los miembros de la familia, particularmente la condición de los menores, es por ello que, el régimen de vistas de alguna manera constituye un medio para subsanar parcialmente la estructura familiar.

Así, tal y como afirma Iglesias (2013), la finalidad de este derecho no es satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que resulten beneficiosas para el menor.

En efecto, los niños durante esa etapa de la vida requieren de mucha atención y cuidado por parte de toda la familia en general, y de sus progenitores en particular, es por ello que, si bien el cubrir las necesidades materiales de los menores es fundamental para cumplir con su óptimo crecimiento, las necesidades afectivas también son otro factor clave para su adecuado desarrollo a nivel emocional y social.

A pesar de que en la normativa de niñez y adolescencia no se establezca una definición exacta del régimen de visitas, gran parte de la doctrina sirve de complemento para tratar de darle un sentido netamente jurídico.

Gustavo Bossert afirma que el régimen de visitas consiste en un procedimiento legal bajo el cual se fija judicialmente ya sea en el convenio del proceso de mutuo acuerdo, o sentencia en el contencioso, días y horas en los que el progenitor no custodio podrá disfrutar del cuidado y compañía de los hijos comunes (Cangas et al. 2019, p. 823).

La separación entre progenitores cuando existen hijos de por medio debe ser abordado con la mayor madurez posible, no solo por el hecho de que ello beneficiará a los niños, sino también porque se podrá conservar conexiones de comunicación sanas, lo cual contribuye a que los niños puedan continuar con su vida normal a partir de interacciones familiares positivas. Bajo esa lógica, lo más idóneo es que el régimen de visitas se lo pueda llegar a establecer en función al acuerdo voluntario entre las partes y de ese modo soslayar procesos contenciosos que resultan desgastantes a nivel emocional, tanto en los padres como en los hijos, ya que los jueces no siempre van a lograr adecuar sus decisiones al interés superior del niño.

El Régimen de Visitas más que una garantía es un Derecho que tienen los padres al no tener la patria potestad o la custodia sobre el menor, la legislación ecuatoriana establece un mecanismo legal fundamental en la restauración de las relaciones de parentesco filiales del menor con su padre o su madre dependiendo del caso, es decir mejora las relaciones interpersonales y así garantizar el interés superior del niño y del adolescente, como también el derecho a crecer en un ambiente familiar y bajo el cuidado de sus padres (Cangas et al. 2019, p. 821).

El autor agrega con acierto la idea de que el régimen de vistas busca ajustarse a la realidad de los menores en un marco de proporcionalidad, de tal modo que, ambos progenitores puedan contribuir con el desarrollo de los hijos, ya que la familia es el primer lugar donde los niños aprenden a manejar sus emociones, interactuar con los demás y comunicarse, en otras palabras, el entorno en el que crece el niño influye significativamente, puesto que de ello dependerá la forma de interrelacionarse y actuar ante la sociedad, de ahí la importancia de que los progenitores promuevan una convivencia armónica a pesar de estar separados.

Por otra parte, para Romero (2012), dentro de la jurisprudencia y la doctrina el derecho a visitas también es conocido con otros nombres como derecho de comunicación y estancia, derecho a relacionarse. Se debe precisar que el derecho a visitas limita al progenitor a que solo pueda visitar por ciertas horas a su hijo y en muchos de los casos de acuerdo al horario que la persona que tenga la custodia del niño lo disponga.

El régimen de visitas implica una limitante para el progenitor no custodio, dado que solo podrá interactuar con el hijo o hija ciertas horas a la semana, lo cual termina siendo contraproducente y no contribuye a lograr un adecuado desarrollo, es por ello que, lo más conveniente para los niños al momento de enfrentar situaciones de divorcio o separación de sus padres, es la buena comunicación, ya que a partir de ahí, se va a poder adoptar mejores decisiones coincidentes con el interés superior del niño.

4.14. Régimen de visitas en el Ecuador.

En el Ecuador el régimen de visitas mayoritariamente se ha enfocado en el padre, es decir, en la práctica judicial ecuatoriana se ha normalizado de que dicho régimen recaiga en la figura paterna, de esa manera, en el contexto de la separación o divorcio con hijos de por

medio, era la madre la encargada de ejercer el rol de cuidado y crianza de los hijos, mientras que el padre quedaba sujeto al régimen de visitas en donde se le da la oportunidad y el derecho a interactuar con su hijo o hija unas cuantas horas a la semana.

Lo que resulta cuestionable es que en Ecuador lo relativo al derecho de visitas se ha venido desarrollando de manera inadecuada en el sentido de que este ha sido objeto de muchas arbitrariedades por parte de los progenitores, dando como resultado graves vulneraciones a los derechos de niñas, niños y adolescentes, el caso más representativo posee varios matices, por un lado, el impedimento por parte de la madre a que los niños interactúen con su padre o en su defecto, el padre no cumple con las visitas, es decir, el incumplimiento por parte de ambos progenitores en lo tocante al régimen de visitas resulta en una suerte de inestabilidad para los hijos, vulnerando así, entre otros, el derecho de los niños a mantener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar con ambas figuras parentales en un marco de respeto y proporcionalidad.

Cangas et al. (2019) concluyeron que es fundamental hacer énfasis en que la sociedad y las autoridades competentes tienen la obligación de cuidar especialmente a los niños, niñas y adolescentes en su desarrollo integral, dado que son un grupo de atención prioritaria y se ubican en una situación de desventaja frente a los adultos al momento de exigir sus derechos, de ahí la justificación de la prevalencia de sus derechos.

A la luz de lo anterior, el régimen de visitas busca precautelar el desarrollo del menor, sin embargo, para lograr tal cometido es necesario que el Estado mantenga un equilibrio apropiado a la hora de aplicar decisiones referentes al tema, ya que es preocupante ver que en el Ecuador existe un alto índice de incumplimientos del régimen de visitas, lo cual evidencia una clara vulneración de derechos constitucionales y legales connaturales a la infancia, en similar forma el seguimiento que se debe efectuar por parte de las autoridades correspondientes es deficiente, por lo tanto, esas situaciones a la postre, provocan la limitación para que los menores crezcan dentro de un ambiente sano, sin afectaciones para el crecimiento y desarrollo dentro de su vida futura.

En cuanto a la forma de regular el régimen de visitas existen dos tipos de mecanismos el régimen abierto y el cerrado.

El régimen abierto consiste en que los padres se pone de acuerdo en cuanto al tiempo los días en que el progenitor que tiene la patria potestad del menor puede verle al mismo, en caso de que no exista el acuerdo de por medio o a su vez se haya incumplido el existente el juez podrá modificar este régimen e instaurarlo el mismo lo que se conoce como el régimen cerrado, el juez fija los tiempos y plazos, para fijar el régimen de visitas el juez considera, que el padre o la madre que no tenga la custodia del menor este al día en cuanto al pago de sus obligaciones alimenticias, además se considerara los informes técnicos, emitidos por el equipo técnico con el que cuenta las Unidades Judicial de la Familia Niñez y Adolescencia (Cangas et al. 2019, p. 825).

De acuerdo a lo expuesto, es importante señalar que el ordenamiento jurídico prevé dos modalidades de visitas respectivamente, en lo relativo al régimen abierto, la esencia que lo caracteriza es la convención a la que pueden arribar las partes, es decir, da la posibilidad a los progenitores la elección de alternativas legítimas en función al interés superior del niño, no obstante, en caso de no llegar a convenir la determinación del régimen, es necesario la intervención de un tercero imparcial con la finalidad de fijar el otro tipo de modalidad, en este caso, el régimen cerrado, el cual se centra en la firmeza de los plazos señalados por parte de la autoridad judicial.

En materia de familia varios autores se han pronunciado en torno a las falencias que existen en la regulación del régimen de vistas en el Ecuador.

En nuestra normativa legal, no existe una base de horas de visitas en la que el juzgador pueda basarse para fijar los horarios de visita, es por ello que; el legislador no ha precisado el número de visitas a que tiene derecho uno de los progenitores; podría ser considerado como un vacío legal tomando en consideración que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales y que sus derechos siempre prevalecerán sobre los de cualquier otra persona y si buscamos cumplir con su interés superior es menester que estos crezcan y se desarrollen con sus padres sin restricción alguna (Ortiz, 2017, p. 8).

Lo afirmado por el autor es de suma importancia, ya que al existir tal vacío normativo se está atentando contra los derechos de los menores, particularmente el interés superior del niño, frente a ello, lo idóneo es buscar un mecanismo que procure estimular la participación

activa y equivalente de ambos progenitores con la finalidad de que el niño, niña o adolescente crezca en un entorno seguro que le permita potenciar todas sus facultades y aptitudes. La normativa de niñez y adolescencia ecuatoriana se encuentra rezagada en varios aspectos que versan sobre la esfera familiar, es decir, no promueve un adecuado balance en torno al ejercicio de los derechos, por ende, se terminan afectando importantes principios de alto valor constitucional.

El derecho a visitar es una figura jurídica que se refiere al derecho que tienen los padres o parientes cercanos sobre sus hijos que ya no están viviendo con ellos; en la mayor parte de los casos cuando se produce este derecho, la madre tiene la custodia física es decir la tenencia y al padre el derecho a visita; a pesar de estar regulado por el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, no se cumple con las garantías suficientes para solucionar problemas que se dan debido al número creciente de divorcios (Ortiz, 2017, p. 9).

En efecto, si se quiere dar la máxima satisfacción al interés superior del niño, se debe empezar con la formulación de reglas claras de tal forma que se logren adecuar a las exigencias particulares de cada niño y que ello no suponga la limitación de otros derechos fundamentales. Ante escenarios de disgregación familiar cada progenitor en forma independiente y proporcional debe cumplir en la medida de lo posible con el bienestar general de los hijos a partir de un marco de igualdad y respeto.

4.15. La familia.

De acuerdo al diccionario jurídico elemental del tratadista Guillermo Cabanellas:

Por linaje o sangre la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros (Cabanellas, 1979, p. 162).

La familia está constituida por un grupo extenso de personas, todas ellas comparten un vínculo que les permite interactuar entre sí en un mismo espacio, y en consecuencia cada familia crea su propio sistema de valores, costumbres y creencias.

Por otra parte, desde un enfoque general, “la familia está integrada por un conjunto de individuos que descienden de un tronco común y que se relacionan entre sí por el matrimonio y la filiación” (Enciclopedia Jurídica, 2020, p.120).

Existe una característica particular respecto de la familia, todos los ascendientes y descendientes emergen de un tronco común identificable, a partir de esa circunstancia se producen ciertas consecuencias jurídicas entre todos y cada uno de sus integrantes destinadas a garantizar su resguardo y conservación.

Debemos comenzar señalando que la familia a través de la historia ha sido reconocida como la célula fundamental de la organización social; aquella que ha dado fundamento a todas las demás instituciones, creadas por el hombre y por la mujer; y sin duda alguna, la que ha caminado de la mano de la historia de la humanidad (Hipp, 2017, p. 67).

En efecto, la familia es considerada una de las instituciones más relevantes de la sociedad, ya que constituye el primer entorno de interacción del ser humano, allí es donde se practican los valores y costumbres esenciales para adaptarse al medio social, en similar forma, ha ido evolucionando notablemente a lo largo de la historia, tanto así, que de ella se han derivado otras instituciones consustanciales de la especie humana, entre ellas, el matrimonio, la filiación, patria potestad, etc., y que seguirán transformándose progresivamente.

Según Hipp (2017) “al hablar de familia, también estamos incluyendo al matrimonio, es decir, a los esposos que se unen maritalmente a partir de un contrato sacramental y civil que los mantendrá unidos, al esposo-padre, esposa-madre e hijos” (p. 68). Efectivamente, tal como lo afirma la autora, las instituciones del matrimonio y la familia se perfeccionan recíprocamente, de tal manera que, se tiende a seguir una línea sistemática.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, que como constitucionalmente se establece, requiere de protección al igual que sus integrantes; esto en atención y provecho de los individuos que la conforman, cumpliendo así con la función social que le corresponde (Pérez, 2010, p. 22).

Ciertamente, la familia al ser un elemento fundamental de la sociedad, requiere de una protección absoluta y exclusiva, ya que en ella coexisten diversos factores que pueden

ser objeto de vulneraciones, tal es el caso de niñas, niños y adolescentes, considerado grupo de atención prioritaria dada su condición particular. Otro factor que no se debe descuidar versa sobre el adecuado ejercicio de los derechos en un marco de igualdad y equilibrio para todos quienes la conforman.

Por otro lado, Hernandez (1998) sostiene que la familia es un sistema, en la medida en que está constituida por una red de relaciones; es natural, porque responde a necesidades biológicas y psicológicas inherentes a la supervivencia humana; y tiene características propias, en cuanto a que no hay ninguna otra instancia social que hasta ahora haya logrado reemplazarla como fuente de satisfacción de las necesidades psicoafectivas tempranas de todo ser humano.

Se debe resaltar que la familia es una estructura organizacional en la que confluyen varios individuos cuya finalidad es lograr el desarrollo a nivel, personal, emocional y social de quienes la conforman. Llegar a alterar ese complejo sistema de interacciones implica limitar su función elemental formadora. En igual forma, con independencia de la condición en la que se encuentren, son titulares de derechos y gozan de protección especial derivada de su naturaleza y dignidad.

4.16. Tipologías de la familia.

De acuerdo con Zaidán (2016) la familia constituye el elemento vital de la sociedad, a partir de ahí, comienza la etapa de crecimiento y desarrollo del ser humano, sin embargo, circunstancias imprevistas pueden llegar a alterar la estructura de la misma. A modo ejemplificativo, la separación o divorcio por problemas de pareja o ausencia excedente de uno de los progenitores obliga a cambiar los patrones tradicionales y en consecuencia invita a reconocer otros tipos de familia.

Desde un contexto actual, se ha podido observar que las familias principalmente se clasifican en nuclear, recompuesta, uniparental y extensa.

4.16.1. Familia nuclear.

“El sistema nuclear familiar se define como aislado, constituido a través del matrimonio por esposo y esposa e hijos aún no independientes y que como unidad familiar viven separados de sus familias de origen” (León, 2017, p. 66). La definición que ofrece la autora es bastante precisa, por lo tanto, este tipo de familia es la más elemental o básica en

la sociedad, se constituye de manera independiente, ya que inicia con la relación de una pareja determinada y posteriormente con los hijos.

De acuerdo al pensamiento de Murdock (1960) la clásica conformación nuclear de la familia surge a partir del matrimonio típico con la unión de un hombre y una mujer y la posterior descendencia o prole, se caracteriza por una residencia común en la cual confluyen otros factores importantes para su conservación, entre ellos íntimos, asistencia y cuidado, protección, educación, cooperación económica, etc., en similar forma, el autor precisa que este sistema en lo que respecta a los hijos, no necesariamente debe estar subordinado a una condición de consanguinidad, puesto que, la adopción es otra forma legítima de pertenecer a la familia nuclear.

En suma, la familia nuclear gira alrededor de un elemento independiente para su conformación, es decir, dos personas, hombre y mujer llegan a formar un hogar totalmente nuevo, en el cual surgen otros integrantes en calidad de hijos de familia, al ocurrir tal situación, se producen ciertas relaciones jurídicas entre generantes y generados, en otras palabras, derechos y obligaciones entre padres e hijos.

4.16.2. Familia recompuesta.

Según el Glosario Geografía Humana (2016) este tipo de familia también se la conoce como familia reconstituida, en la cual uno o ambos miembros de la actual pareja tiene uno o varios hijos de uniones anteriores o previas y los hijos de estas. Dentro de esta categoría entran tanto las segundas parejas de viudos como de divorciados y de madres solteras respectivamente, ejemplificando este tipo de familia, se deduce que, después de la segunda guerra mundial, la mayor parte de estos casos la conformaban los viudos de guerra. Desde la perspectiva del mundo occidental, esta categoría la constituyen mayoritariamente los divorciados con hijos, los cuales vuelven a pertenecer a una familia nueva.

Para Balarezo & Eguiluz (2003) la familia recompuesta se la puede describir como la combinación de padres e hijos que se unen para formar y construir un nuevo sistema familiar ya sea que se haya suscitado por un divorcio o separación.

La familia recompuesta tiene que ver con la reciente unión del progenitor, es decir, la nueva esposa o esposo, a partir de la cual se van a generar otros vínculos, en este caso,

padrastrros o madrastras e hijastros, dado que no son hijos biológicos o adoptivos, sino que son producto de relaciones previas.

4.16.3. Familia uniparental.

“Compuesta por uno de los padres y sus hijos. Esta familia puede tener diversas causas: o porque los padres se han divorciado y los hijos quedan con uno de ellos, o por muerte de uno de los cónyuges” (Acevedo, 2011, p. 160). En otras palabras, este tipo de familia se la conoce también como monoparental o unipersonal, la cual concierne a una sola figura parental, es decir, la convivencia cotidiana entre el padre o madre y su hijo o hija producto de separaciones o en su defecto, la defunción del progenitor.

4.16.4. Familia extensa.

“Compuesta por más de una unidad nuclear porque comprende también a los abuelos, tíos, primos y hasta nietos que viven bajo un mismo techo” (Acevedo, 2011, p. 160). En este tipo de familia no existe un orden cronológico, más bien se caracteriza por la variedad de parientes que la constituyen, pueden ser, bisabuelos, tíos, sobrinos, primos, etc., de ahí que se la denomine familia extensa o ampliada.

De acuerdo con Valdivia (2008), los miembros de una familia pueden llegar a pertenecer a diferentes núcleos familiares, como consecuencias de separaciones y reconstrucciones, desde ese enfoque, se advierte que la familia extensa versa sobre una categoría más holgada, ya que desde el eje vertical recoge las sucesivas generaciones de padres a hijos y desde la horizontal, las diferentes familias formadas por los colaterales, en este caso, hermanos de una misma generación con sus respectivos cónyuges e hijos.

4.17. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

Las niñas, niños y adolescentes por lo regular se ubican en una situación de desventaja frente a los adultos al momento de exigir la vigencia de sus derechos, llegar a garantizarlos dependerá en un primer momento, del Estado a través de las instituciones correspondientes de tal forma que se promueva la prevalencia de sus derechos como grupo de atención prioritaria. Por otra parte, la obligación y responsabilidad de garantizar su adecuado desarrollo atañe a la sociedad en general, y a la esfera familiar en particular, esta última constituye el primer escenario de interacción que le va a permitir desplegar sus habilidades y coadyuvar a su sano crecimiento.

Ese enfoque debe ser el que se ponga de relieve para lograr la máxima satisfacción de sus derechos, sin embargo, en sociedades adultocéntricas como la nuestra, se tiende a descuidar el interés supremo de los niños y en consecuencia se termina desnaturalizando el paradigma tutelar como sujetos de derechos y de protección.

Para retratar la idea de que los niños y adolescentes son sujetos propios de derechos es necesario partir de una noción universalista.

Los niños y los jóvenes tienen los mismos derechos humanos generales que los adultos, y también derechos específicos derivados de sus necesidades especiales. Los niños no son propiedad de sus padres ni beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos y titulares de sus propios derechos (Fondo de Naciones Unidas Para la Infancia UNICEF, 2022, p.1).

De lo expuesto se puede destacar que, las niñas, niños y adolescentes, a más de ser sujetos de protección, gozan de otra categoría fundamental, la cual es considerarlos sujetos de derechos, lo cual implica estar en una posición superior a los adultos, puesto que sus derechos siempre prevalecerán sobre los demás. En similar forma, los derechos específicos derivados de su circunstancia responden a deberes que deben cubrir mancomunadamente el Estado, la sociedad y la familia en el ámbito de sus atribuciones.

Tal como lo menciona Venegas (2010), evidentemente con el decurso del tiempo se sabe que la situación jurídica de los menores ha cambiado notablemente, si hacemos hincapié en las épocas anteriores, se podrá constatar que en el derecho romano se confería a los hijos de familia la calidad de personas, sin embargo, esa circunstancia no garantizaba del todo que sus derechos sean tutelados adecuadamente, puesto que este grupo humano no poseía capacidad de goce, aspecto que a día de hoy llama la atención, dado que, en el presente, la infancia ocupa un lugar trascendental, toda vez que se encuentra protegida por una gran cantidad de países, debido a la preponderancia que compone para el desarrollo de la sociedad.

Lo que se debe destacar en relación a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, es precisamente que, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, los niños gozan de una protección suprema justificada en la condición particular como grupo vulnerable, de ahí la importancia de adoptar mecanismos adecuados para

garantizar su estabilidad y bienestar en todos los ámbitos. En similar forma, se pone de relieve la característica fundamental de reconocerlos sujetos de derechos, es decir, son titulares de una personalidad jurídica independiente de la de sus progenitores o cualquier otra persona, por lo tanto, la tutela del contingente de derechos deberá ser asegurado integralmente respetando su dignidad como sujetos propios de derechos.

Gómez (2018) afirma que los niños como sujetos de derechos, se sustenta en la doctrina de la Protección Integral, la cual está orientada a garantizar el efectivo goce de sus derechos, es así que, los Estados iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de dicha doctrina, en la cual se considera al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, modificando notablemente la concepción de que el menor es un simple sujeto pasivo de medidas de protección.

La doctrina de Protección Integral busca ante todo privilegiar los derechos de los menores en el sentido de que puedan llegar a ejercerlos de manera progresiva.

Con la incorporación de la doctrina de Protección Integral, se considera al menor sujeto de derecho, lo que implica que se le reconocen derechos autónomos, con capacidad para ejercerlos por sí mismo, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades (Gómez, 2018, p. 118).

La autora agrega con acierto la idea de que los derechos deben ser ejercidos de acuerdo al grado de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, es así que, la doctrina de protección integral busca dar protagonismo a dicho grupo humano. A modo ejemplificativo, una forma de optimizar el principio del interés superior del niño es precisamente garantizarle su derecho a expresar su opinión de manera libre e independiente, en función al grado de madurez y desarrollo, de tal manera que puedan ejercer derechos por sí mismos y a su vez, cumplir con la categoría de ser sujetos de derechos.

Que los niños, niñas, y adolescentes sean sujetos de derechos implica una serie de factores que deben ser observados de forma prolija, pero sobre todo, reconocer que gozan de autonomía en el ejercicio de sus derechos, si bien es cierto que, durante aquella etapa requiere la presencia tutelar de un adulto, ello implica respetar tal independencia como sujeto propio de derecho, por ende, se debe considerar que, cuando existan situaciones de riesgo, de violencia o cuando se tenga que adoptar algún tipo de medida bajo responsabilidad

de una autoridad, sea judicial o administrativa, se debe propender a evaluar que es lo más favorable para ellos, cuál es la medida que va a permitir un mejor desarrollo y un mejor sistema de protección.

Lamentablemente en el Ecuador se continúa manteniendo la idea de que los niños son meros sujetos de protección y que, por lo tanto, no están en la condición de ejercer derechos, por lo que solo los adultos pueden llegar a decidir que es lo mejor para ellos, sin tomar en cuenta sus deseos, emociones y pensamientos. Tal circunstancia sigue latente no solo en la familia, sino además en la esfera social, en otras palabras, en la realidad ecuatoriana aún sigue vigente esa cosmovisión de que el niño no es una persona capaz de opinar, de decidir o expresar algún tipo de decisión sobre la situación por la que está pasando.

La normativa de niñez y adolescencia en su artículo 15 expresamente declara que “los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 4). Para llegar a materializar el goce efectivo de los derechos específicos de su edad, es necesario que los adultos permitan tal cometido a partir de decisiones coincidentes con el interés superior del niño, de lo contrario, terminaría siendo una mera declaración formal.

No hay razón para que los niños se encuentren en una posición de inferioridad frente a los adultos, de hecho, ni siquiera cabe la comparación, puesto que sus derechos siempre van a prevalecer, el mismo cuerpo legal ha reafirmado la idea de que los niños han dejado de ser objeto de tutela para reconocer su calidad de ciudadano y su calidad de verdadero titular de derechos propios de su situación de niño. El paso que se debe dar en la vigencia de los derechos de este grupo etario, atañe directamente a los adultos o a las instituciones gubernamentales en calidad de garantes, por cuanto si no se llegan a priorizar los intereses de los niños va a resultar complejo que los puedan ejercer.

La condición particular de los niños no atenúa su capacidad para el ejercicio de los derechos, es por ello que, ser sujetos de derechos implica ser ciudadano, el cual se encuentra inserto en una comunidad social, política o cultural, por lo tanto, si los niños son sujetos de derechos, deben ser partícipes de todos esos ámbitos de acuerdo a su etapa de desarrollo y madurez. Garantizar su derecho a ser consultados conlleva al perfeccionamiento de su

desarrollo, ejemplificando esta última línea, en el ámbito familiar debe ser escuchado en todo momento, ya que la toma de decisiones le permitirá ir edificando su autonomía como sujeto activo de sus derechos.

4.18. Importancia de la corresponsabilidad parental desde la perspectiva de la custodia compartida.

El principio de corresponsabilidad parental constituye un elemento axial en las responsabilidades de cuidado y crianza de los padres para con sus hijos, en un primer momento implica que los padres contribuyan en iguales proporciones con la protección y el bienestar de niños, niñas y adolescentes tras la disgregación familiar, por otro lado, resulta viable que en los casos de separación o divorcio lo más factible en función al interés superior del niño, se opte por amoldarse a la figura jurídica de la custodia compartida, es decir, que predomine la proporcionalidad en la tenencia de los hijos, y de esa forma no se llegue a sobrecargar de responsabilidades a un solo progenitor con respecto a sus hijos. Dicho de otra manera, se trata de que aun cuando los padres ya no convivan juntos en el hogar, se les pueda garantizar a los niños el derecho a la convivencia familiar, esto es, a mantener el contacto continuo y estable con ambos progenitores en igualdad de condiciones, bajo esa lógica, a través de la custodia compartida se puede lograr efectivizar la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño que propugna la Constitución de la República del Ecuador.

Espinosa et al. (2020) concluyeron que la custodia compartida coadyuva a la conservación de las relaciones parento filiales del los niños respecto de ambos progenitores, además permite el adecuado equilibrio de las responsabilidades parentales. Partiendo de la realidad ecuatoriana, se debe señalar que en la práctica y en la impartición de justicia a la hora de determinar la custodia se evidencian falencias que provocan trastornos de índole emocional y afectivo como el síndrome de alienación parental, el cual repercute gravemente en el desarrollo de los menores, en consideración a ello, entre los hallazgos más relevantes se encuentra el vacío legal existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto a la figura de la custodia compartida, lo que acarrea la vulneración del principio del interés superior del menor y contribuye a la aparición de dicho síndrome.

En el Ecuador recientemente se llegó a resolver lo relativo a la tenencia de los hijos por parte de la Corte Constitucional a través de la sentencia No. 28-15-IN/21, dado que existía una preferencia en favor de la madre al momento de conferirla, en ese contexto, se puede

evidenciar que la discriminación en función al género de los progenitores y marcados estereotipos que se mantienen en la sociedad, da como resultado la transgresión de principios constitucionales, como el interés supremo del niño, la corresponsabilidad parental y el de igualdad. A pesar de haber establecido parámetros a tomar en cuenta para conferir la tenencia de los hijos al padre o a la madre a partir de un análisis caso por caso. En el Ecuador aún no se ha podido legislar y reconocer oficialmente la figura de la custodia compartida, algunos profesionales en el campo jurídico consideran que es una utopía llegar a ese modelo de tuición, sin embargo, el modelo que se mantiene vigente directa o indirectamente impide el ejercicio equitativo de los derechos y obligaciones entre progenitores, incluso lo relacionado al régimen de visitas continúa siendo objeto de múltiples irregularidades, es decir, en el ámbito de la niñez y adolescencia, y en la práctica judicial siguen existiendo falencias que no se han logrado subsanar, lo cual resulta bastante alarmante, ya que el Estado está obligado a priorizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todos los ámbitos.

Por su parte, Gardner (2002) menciona que en lo referente a la corresponsabilidad parental, la cual versa sobre los derechos y deberes recíprocos de los padres en relación con los hijos, constituye una regla que debe permanecer íntegra a pesar de la separación de los progenitores con la finalidad de tutelar el interés superior del niño, puesto que, frente a esos incidentes se tiende a generar ciertas actitudes perjudiciales en contra del hijo o hija, lo que se traduce en un ambiente de disconformidad y lavado de cerebro de los menores, que conllevan al distanciamiento de uno de los progenitores.

Cuando uno de los progenitores queda a cargo de la tenencia de los niños se llegan a producir situaciones bastante complejas, una de ellas y quizás la más frecuente es la alienación parental, en donde se induce a los hijos a pensar mal del otro progenitor, lo cual repercute enormemente en el desarrollo de los niños, en el Ecuador este tipo de panoramas son recurrentes, de hecho una prueba de ello es el incumplimiento del régimen de visitas, en donde el progenitor encargado del cuidado y crianza del menor tiende a limitar arbitrariamente las visitas al progenitor no custodio, lo cual implica una trasgresión directa al interés superior del niño.

De igual forma, Vistín (2019) afirma que para lograr que la custodia compartida pueda llegar a establecerse en buenos términos sin alterar intereses del niño, es necesario de la comunicación sana por parte de los progenitores, ya que esto contribuye a tomar mejores

decisiones y sobre todo permite alcanzar acuerdos ajustados a las necesidades particulares de los hijos. Además, hace que los menores asimilen de mejor manera el divorcio de sus padres, es por esa razón que se ha llegado a afirmar que los beneficiarios directos de este tipo de custodia son los niños, niñas y adolescentes, ya que necesitan seguir desarrollándose bajo condiciones seguras y con el afecto de sus padres aún en condiciones adversas.

Lo complejo de la separación o divorcio de los padres es que afecta a otros miembros del entorno familiar, es decir, “es inevitable que este hecho genere dolor y afecte a sus integrantes, especialmente a los hijos, que son quienes por lo general sienten más las consecuencias de estos cambios” (Espinosa et al. 2020, p. 436).

En los niños este tipo de incidentes les genera sentimientos de culpa y pérdida, puesto que su entorno ya no volverá a ser el tradicional, por ende, convivir con un solo progenitor les va a resultar insuficiente.

Indudablemente en los casos de separación o divorcio en donde existe hijos menores de por medio, la corresponsabilidad materna y paterna debe prevalecer atendiendo única y exclusivamente al bienestar y el interés superior del niño. Indistintamente de los intereses personales que pueda existir entre los progenitores, se debe anteponer como prioridad la estabilidad de los hijos, ya sea de manera voluntaria en conciliación o contenciosa en proceso judicial.

Si bien la Carta Constitucional en su parte dogmática ubica a niños, niñas y adolescentes en calidad de grupo de atención prioritaria, es evidente que los jueces al ser garantes de los derechos, a la hora de resolver cuestiones de separación o divorcio, están llamados a que toda decisión esté supeditada estrictamente al interés supremo de dicho grupo humano, en otras palabras, la situación jurídica de los menores amerita ser tratada con sumo cuidado y delicadeza, ya que a la postre, quienes terminan siendo afectados producto de estas desuniones son los niños.

Espinosa et al. (2020) destacan que los efectos de la separación de los padres pueden ser diversos en los menores, uno de los más comunes y perjudiciales es el llamado Síndrome de Alienación Parental, reconocido como un trastorno que se presenta en niños, niñas y adolescentes, el cual consiste en programar al niño con el fin de que odie y rechace al progenitor no custodio, en ese sentido, es una situación en donde todos resultan víctimas,

fundamentalmente el menor, puesto que lo hacen partícipe de controversias ajenas a su voluntad, pero sobre todo menoscaban su desarrollo integral.

Es importante enfatizar que el Ecuador al concebirse como Estado constitucional de derechos, está llamado a respetar y hacer respetar lo contemplado en el texto constitucional, particularmente con los grupos de atención prioritaria, es así que, los niños tienen derecho al respeto de su dignidad, disfrutar de la convivencia familiar, cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. La tenencia de los hijos en el Ecuador es una situación en la que no se llega a evaluar cada caso en forma independiente, muchas de las veces se adoptan decisiones a partir de la generalidad, pensando que todos los casos en materia de niñez y adolescencia se resuelven de la misma forma, incurrir en ello, va a provocar más vulneraciones al interés superior del niño.

En la práctica judicial, por tanto, al momento de analizar y resolver temas atinentes a la custodia de los hijos se tendrá que plantear como eje central el interés supremo del niño, y a su vez garantizar el ejercicio igualitario de los derechos y responsabilidades. Es por ello que, la corresponsabilidad parental, solo puede adquirir tal sentido, si se encuentra debidamente equilibrada, esto es, debe de estar situada en un punto equidistante de la balanza, de tal manera que no se incline ni más ni menos hacia un solo progenitor, o en su defecto, en las responsabilidades que deben asumir en relación a sus hijos.

Es importante destacar lo relativo al síndrome de alienación parental que pueden llegar a padecer los niños.

Por lo general este tipo de acontecimiento se evidencia en familias tradicionales que han sufrido la disolución del vínculo matrimonial de los progenitores, estos sentimientos de rechazo o negatividad del niño, niña o adolescente, son generados y prolongados por el progenitor que tiene bajo su responsabilidad la tenencia del menor como consecuencia de su separación (Espinosa et al. 2020, p. 436).

En efecto, luego del divorcio se llegan a presentar otras circunstancias que dificultan el bienestar de los menores, es decir, la alienación parental es frecuente cuando los padres continúan nutriendo sus venganzas personales producto de la disolución del vínculo matrimonial, y para ello precisamente emplean a los niños como medio para cumplir sus fines

individuales, a modo ejemplificativo, el régimen de visitas es un medio que les permite tal cometido en el sentido de que lo llegan a conculcar premeditadamente.

De acuerdo con Espinosa et al. (2020) en varios estudios efectuados alrededor del mundo, se ha comprobado que el divorcio de los progenitores en donde existen hijos menores, desencadena múltiples problemas de índole emocional para todo el núcleo familiar, es decir, este es un mal que afecta al mundo entero y lo más grave es que se está presentando con mayor regularidad, cada año se registra mayor número de divorcios afectando notablemente a las familias, particularmente aquellas con hijos menores de edad.

Explícitamente, el caso ecuatoriano no dista mucho de lo referido en el párrafo superior, cada vez los divorcios son más frecuentes y las cifras demuestran un estrepitoso incremento en los últimos años, lamentablemente en nuestro país y en el mundo la crisis del matrimonio y de la familia como tal está en su auge.

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2021), se ha demostrado que los divorcios en el Ecuador han aumentado drásticamente en un 54,4%, entre el año 2020 y 2021, es decir, de 14.568 han ascendido a 22.488. Por lo tanto, los datos muestran que la tendencia de divorcios va en crecimiento. Por otra parte, en cuanto al comportamiento de los divorcios por regiones, se determina que en el año 2021 la región Sierra, registra el mayor porcentaje de divorcios en un 47,4% con respecto a todo el país, le siguen la región Costa, Amazonía e Insular.

El divorcio es un factor que desencadena una serie de problemas a nivel psicológico y emocional en la esfera familiar, particularmente para los menores, puesto que a su corta edad se ven insertos en situaciones muy delicadas y difíciles de asimilar, las cifras que arroja el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) llama mucho la atención dado que las víctimas directas van a terminar siendo los niños, por cuanto su entorno familiar ya no va a ser el mismo, es decir, dicho entorno va a sufrir una fragmentación considerable, por ende, la relación con ambos padres va a cambiar significativamente, de ahí la importancia de adoptar los mecanismos indicados y proporcionales que permitan atenuar el impacto psicológico y emocional en niños, niñas y adolescentes tras la ruptura de la relación de sus padres, ya que al final de cuentas, lo que se debe priorizar es la estabilidad de los menores y su interés supremo.

Espinosa et al. (2020) han afirmado lo siguiente:

Sin lugar a dudas el divorcio permite que se generen múltiples factores negativos en la familia, especialmente para los niños, de modo que, si el síndrome de alienación parental perjudica notablemente el desarrollo emocional de los hijos, es evidente que se necesita de forma urgente un proyecto de ley que permita evitar y sancionar este tipo de conductas ocasionadas por los progenitores, ya que los niños no pueden ser utilizados para dañar su propio entorno de convivencia (pág. 436).

Para evitar cualquier tipo de situación contraproducente para los niños es necesario crear mecanismos oportunos afianzados en principios constitucionales, bajo esa lógica, el principio de corresponsabilidad parental es una vía funcional para incorporar la custodia compartida, la cual no se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En consideración a lo indicado, lo lógico y objetivo en atención a lo que el texto constitucional consagra respecto de la corresponsabilidad parental, y en base a ello, para que la proporcionalidad en la tenencia de los hijos adquiera un sentido palmario en aras de priorizar los intereses del niño, la custodia compartida como primera opción, es un mecanismo idóneo que permitirá a los niños garantizar su desarrollo integral y el ejercicio efectivo de los derechos.

En la misma línea argumentativa, de acuerdo a la esfera internacional de derechos humanos se debe resaltar lo siguiente:

Los Estados Partes están llamados a poner el máximo empeño para lograr y garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y equivalentes en lo referente a la crianza y el desarrollo del niño, además concierne a los progenitores la responsabilidad sustancial de la crianza, cuidado y bienestar del niño como forma de privilegiar su interés superior (Convención sobre los Derechos del Niño , 1990, p. 6).

La incorporación de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debe entenderse como una forma de reafirmar principios y derechos plasmados no solo en la Constitución ecuatoriana, sino también en los respectivos instrumentos internacionales de derechos humanos, además la prenombrada figura jurídica en lo que respecta a los

progenitores, es fundamental, ya que persigue ese trato equivalente y la participación equitativa frente a los hijos.

La custodia compartida en la legislación ecuatoriana, constituiría un significativo avance en materia de niñez y adolescencia, por ende, adoptarla como primera medida tras la separación o el divorcio de los padres va a permitir y propiciar el adecuado desarrollo de los menores. Dicho de otra manera, la custodia compartida sería un elemento sustancial para que los jueces al momento de resolver la situación de los menores, adopten la mejor decisión y garanticen a los mismos su derecho a la familia, la convivencia familiar, a conocer a sus padres y a mantener relaciones afectivas con ambos. Además, no solo es una alternativa directa para el juez, sino también para los padres en el sentido de que surtiría efectos en los casos de mutuo acuerdo, con el único norte de garantizar el interés superior del niño.

4.19. Normas jurídicas del Ecuador.

4.19.1. Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador tiene a la igualdad como eje transversal del ejercicio de los derechos, pues propugna que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y responsabilidades. En razón de ello, es lógico que se tome como punto de partida tal regla a la hora de dirimir cuestiones de índole jurídico, más aún, si en ellas se encuentran niños de por medio, en consecuencia, privilegiar el interés supremo del niño no debe implicar la vulneración de derechos hacia otras personas, más bien se trata de ajustar las decisiones de manera conveniente y preferente para lograr un equilibrio en todos los ámbitos.

El texto constitucional en su sección concerniente a los derechos de libertad en su artículo 66, numeral 4 dispone que se reconoce y garantiza a todas las personas el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 33). Como se puede observar, el Ecuador al concebirse como un Estado constitucional de derechos y justicia, está llamado a garantizar a todas las personas, sin distinción alguna, mismos derechos y oportunidades, por ende, no es permitida la discriminación en ningún ámbito en nuestro ordenamiento jurídico. Bajo esa lógica, podemos resaltar la importancia de la igualdad formal y la igualdad material que propugna la Constitución ecuatoriana, en el primer caso, se trata de que todas las personas estén sujetas

a las mismas normas jurídicas, es decir, todas las personas son iguales frente a la ley y así se lo debe reflejar en la norma y en el sistema jurídico en general. En el segundo caso, se trata de que la formalidad plasmada en la norma se llegue a materializar a partir de medidas adecuadas, de tal manera que pueda existir una simetría en el ejercicio de los derechos.

Por su parte, la Corte Constitucional al interior de la sentencia 28-15-IN del 2021 sintetizando lo referente a la igualdad formal y material afirma lo siguiente:

En el número 4 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce y garantiza a todas las personas, sin discriminación alguna, el derecho a la igualdad formal y material. Desde su dimensión formal, la igualdad implica la presunción de que todos los sujetos que se encuentran en la misma situación recibirán un trato idéntico. Desde su dimensión material, significa que los sujetos que se encuentran en condiciones diferentes, requieren un trato diferenciado para equiparar el goce y ejercicio de sus derechos. Lo que se pretende es evitar situaciones de discriminación de facto, por lo que los Estados están obligados a tomar “medidas positivas” o acciones afirmativas para revertir estas situaciones discriminatorias (p. 29).

Según lo referido por la Corte Constitucional, son los Estados quienes deben adoptar todas las acciones y medidas necesarias en aras de garantizar una sociedad más uniforme, de tal manera que, todas las personas, sin importar su condición social o económica, tenga la certeza y la convicción de que sus derechos están tutelados y por lo mismo, serán cumplidos en forma cabal en todos los ámbitos. Lograr la igualdad material implica una participación activa de todas las instituciones o los poderes públicos, es decir, intervenir en las circunstancias de inequidad a partir de políticas públicas que procuren erradicarlas y de esa manera garantizar el bien común, en la misma línea, la igualdad formal debe estar orientada a reconocer mismos derechos y oportunidades.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo relativo a la igualdad consagra lo siguiente:

Art. 24.- Igualdad ante la ley. - Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, p. 24).

Lo que manifiesta la Convención es de suma relevancia, puesto que obliga a los Estados suscribientes a cumplir con dicho mandato universal, es por ello que, el ordenamiento jurídico interno de cada país debe procurar en la medida de lo posible, garantizar el ejercicio de los derechos en un marco de igualdad y proporcionalidad.

La Carta Constitucional en el artículo 11, numeral 2 de forma pormenorizada en lo que respecta al ejercicio de los derechos advierte lo siguiente:

Art. 11.- Numeral 2.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 12).

Todo tipo de discrimen en función a las categorías que indica la Constitución ecuatoriana deben ser sancionadas severamente, dado que los derechos se derivan de la dignidad misma de las personas, por ende, ninguna persona es inferior a otra al momento de exigir la vigencia de los derechos, es decir, todos merecen el mismo respeto y trato. En el ámbito familiar se debe promover la igualdad parental con el fin de que los niños, niñas y adolescentes se desarrollen en un ambiente de calidad, inclusivo y participativo. Muchas de las veces los niños crecen en un entorno donde imperan los patrones de desigualdad entre los padres, lo cual influye negativamente en su formación, dado que se configuran criterios erróneos de igualdad y consecuentemente los llevan a la práctica.

Dentro del Título II de la Constitución ecuatoriana se encuentra establecido todo lo referente a los derechos y principios, concretamente en su capítulo tercero se refiere a los

derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, en ese contexto, el artículo 44 advierte lo siguiente:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales, nacionales y locales (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pp. 23-24).

De acuerdo a lo que consagra la Constitución, se debe resaltar que, para alcanzar un adecuado desarrollo y maduración en los niños, niñas y adolescentes es imprescindible la intervención de tres agentes específicos, los cuales componen una tríada destinada a cumplir un fin elemental. Por una parte, el Estado es el primer obligado a garantizar el disfrute pleno de los derechos del mencionado grupo humano con el apoyo de políticas nacionales, económicas y las instituciones correspondientes para tal efecto. La sociedad es otro medio donde los niños aprenden diariamente, por esa razón debe asegurar su adecuado desarrollo en un marco de respeto y primacía, en similar sentido, la familia es la piedra angular en el desarrollo y crecimiento de los niños puesto que constituye el primer escenario de formación, en ese sentido, los padres son los encargados de velar por el bienestar de sus hijos, en consecuencia, están obligados al cuidado, crianza y protección de sus derechos, particularmente cuando se encuentren separados de ellos por cualquier circunstancia. En otras palabras, para asegurar la prevalencia del interés superior del niño se requiere de una participación colectiva en condiciones de libertad y dignidad, ya que los niños, niñas y adolescentes son el pilar del país y el futuro del mismo, por lo cual es sumamente importante vigilar y garantizar que tengan un desarrollo adecuado en su infancia.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contempla que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todos los ámbitos.

Art. 3.- Interés Superior del Niño:

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, p. 10).

El interés superior del niño implica que los Estados Partes deben asumir con responsabilidad el ámbito de la niñez y adolescencia, es decir, lograr la máxima satisfacción de los derechos que reconoce la Convención en todas las esferas o ámbitos, cabe señalar que en la Convención no existen jerarquías de derechos, esto es, no está un derecho por encima de otro, de tal manera que todos los derechos contenidos en ella son iguales por lo tanto, todos responden al interés del niño. En la misma línea se debe enfatizar que, efectivizar el interés superior del niño conlleva una constante participación en conjunto de todas las personas, tanto naturales como jurídicas, es decir, no queda nadie fuera, frente a esa situación, la regla general a considerar es que, todas las medidas concernientes a los niños, presupone cualquier hecho que va a terminar produciendo consecuencias en el niño. En definitiva, la idea de que el interés superior del niño sea una consideración primordial radica en que debe tener un valor especial, por lo tanto, cuando exista algún tipo de colisión de intereses debe prevalecer el de los niños.

Llegar a establecer un concepto taxativo sobre el interés superior del niño resulta complejo, dado que no se puede llegar a definir con exactitud, es por ello que los diversos criterios en relación al mismo fungen como marco para evaluar y determinar el interés superior del niño en una situación concreta.

El interés superior del niño, como principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo (Corte Constitucional, sentencia 207-11-JH, 2020, p. 12).

El interés superior del niño implica tener en cuenta las repercusiones de cualquier decisión que se vayan a adoptar en función a los niños, desde la más simple hasta la más compleja, es un principio que debe de informar a toda la legislación el alcance del mismo, de ahí que imponga a todas las autoridades públicas y privadas la obligación de acatarlo con la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos y además promover un adecuado desarrollo holístico en un marco de respeto y libertad.

La Constitución ecuatoriana en su artículo 69 advierte:

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.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 35).

El artículo 69 en sus respectivos numerales es claro al señalar lo tocante a la maternidad y paternidad responsables, tanto así que, fija un imperativo para ambos progenitores, es decir, atribuye un mandato para el padre y la madre en el sentido de que están obligados mutuamente al cuidado, crianza, educación, desarrollo y protección de los derechos de sus hijos en todas las circunstancias. A modo ejemplificativo, en el caso de la tenencia de los hijos, la cual se la ejerce de manera uniparental y versa sobre la ejecución de

tareas de crianza y cuidado, se debe destacar que, aún frente a esas situaciones el texto constitucional ordena que dichas tareas se las lleve a cabo en un marco de reciprocidad.

En la práctica judicial se debe garantizar de manera plena el adecuado ejercicio de los derechos y responsabilidades entre padres e hijos con la finalidad de cumplir con el principio de corresponsabilidad parental, ya que muchas de las veces este principio no se lo llega a tener en cuenta tras la separación o el divorcio de los padres y en consecuencia se termina conculcando otros principios de valor constitucional.

Por su parte el artículo 17, numeral 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en lo que respecta a la protección de la familia contempla lo siguiente:

Art. 17.- Numeral 4.- Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (Convención Americana sobre los Derechos Humanos, 1969, p. 12).

En los casos de divorcio es fundamental que se pongan de relieve los intereses de los niños, es por ello que, los Estados deben adoptar medidas apropiadas para no interrumpir su desarrollo y estabilidad a partir de un justo equilibrio de derechos y responsabilidades, ya que se debe tomar en cuenta que la disolución del vínculo matrimonial no constituye una exigente en lo referente a las necesidades de los hijos.

La Carta Constitucional en su artículo 83, numeral 16 reitera lo referente a la corresponsabilidad parental con el fin de promover un adecuado desarrollo en los niños, niñas y adolescentes.

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 42).

El principio de corresponsabilidad está diseñado para lograr un adecuado equilibrio de las responsabilidades de los padres para con sus hijos, de tal manera que no se llegue a sobrecargar de responsabilidades a un solo progenitor, se trata en definitiva de que ambos padres posean los mismos derechos, oportunidades y responsabilidades frente a sus hijos a pesar de la separación o el divorcio, ya que se debe tener en cuenta que las víctimas colaterales de tales incidentes son los niños y por ende se debe procurar garantizar su estabilidad y tranquilidad en todo momento.

4.19.2. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En la normativa de niñez y adolescencia el interés superior del niño se lo ha determinado de la siguiente forma:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 4).

En efecto, el interés superior del niño es un principio rector que deberá tenerse muy en cuenta al momento de adoptar cualquier decisión que concierna a niñas, niños y adolescentes, además, cuando exista colisión de intereses, siempre deberá prevalecer el de dicho grupo. En similar forma, la opinión de los niños es un derecho que no debe ser soslayado, ya que al garantizarlo se podrá efectivizar de mejor manera el interés superior. A modo ejemplificativo, en el contexto de la separación o divorcio de los progenitores, las autoridades judiciales deben sujetarse a este principio de tal manera que se les llegue a garantizar una adecuada equivalencia de derechos frente a sus padres, esto es, asegurar la

interacción con ambos progenitores en un marco de proporcionalidad puesto que los niños se encuentran atravesando una etapa muy importante de su vida y por lo mismo requieren de la participación conjunta de sus padres, la ausencia de uno de ellos es irremplazable, es por ello que se debe propender a dar la máxima satisfacción de sus derechos en todas las circunstancias en las que se vean incursos.

La opinión del niño debe ser considerada regla absoluta en todas las circunstancias donde estén en juego sus derechos, ya que a partir de ello se podrá privilegiar el interés superior.

Art. 60.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 12).

El derecho de los niños a ser tomados en cuenta en todas las situaciones que les afecten contribuye a que sean partícipes directos de su desarrollo, por otra parte, la edad y madurez coadyuvan al perfeccionamiento de la decisión o medida que se vaya a tomar, por tanto, el hecho de que sean pequeños no limita ese derecho esencial, dado que existen medios oportunos para hacer efectiva su participación.

La opinión del niño es un derecho trascendental que debe ser garantizado en todos los ámbitos, en ese contexto, la Corte Constitucional al interior de su sentencia 200-12-JH analizando lo relativo a la opinión de los niños manifiesta lo siguiente:

En consecuencia, se insta a las autoridades judiciales y administrativas a considerar la opinión de los niños, niñas y adolescentes en todo momento, sin imponer un límite de edad o valorar cuestiones que restrinjan este derecho fundamental de la niñez. La edad, en sí misma, no puede determinar la trascendencia de las opiniones, por lo que se deben brindar las herramientas, a través de las oficinas técnicas pertinentes, para que los niños, niñas y adolescentes puedan ser escuchados y expresen libremente su opinión (2021, p. 28).

El derecho a ser escuchados es un mecanismo que va a permitir precautelar de mejor forma sus intereses y sobre todo prevenir vulneraciones, es por ello que las autoridades judiciales o administrativas están obligadas a asegurar el ejercicio de este derecho sin condición alguna, ya que tiene a disposición herramientas técnicas que les va a permitir comprender los deseos y pensamientos de los niños, asimismo, es necesario aclarar que el derecho a expresar libremente su opinión implica también respetar su abstención a la misma.

Por su parte el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño advierte lo siguiente:

Art.12.- Opinión del niño:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pp. 13-14).

La edad y madurez constituyen una regla general al momento de considerar la opinión del niño, es por ello que, de acuerdo a esas categorías, la opinión puede llegar a ser referencial o vinculante, con lo cual, todo criterio del niño, niña y adolescente es un elemento fundamental que debe ser garantizado para privilegiar sus intereses. En igual forma, todos los Estados Partes deben asegurar la vigencia de este derecho con la finalidad de promover la participación activa de los niños como sujetos propios de derechos.

La normativa de niñez y adolescencia en su artículo 100 colige lo siguiente:

Art. 100.- Corresponsabilidad parental.- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 20).

Como bien lo señala el artículo en cuestión, es corresponsabilidad de ambos progenitores cumplir con las necesidades básicas que requiere el niño, más aún cuando sus padres ya no conviven juntos, producto de la separación o el divorcio, por lo tanto, frente a esas circunstancias, el principio de corresponsabilidad parental debe ser la base sobre la cual descansa el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Es fundamental recalcar lo relativo a la patria potestad a la que están sujetos los padres respecto de los hijos.

Art. 105.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 21).

No se debe confundir la patria potestad con la figura jurídica de la tenencia, si bien la patria potestad está a cargo de ambos progenitores, esto es, se la ejerce de manera conjunta a pesar de la separación o el divorcio de los padres, la tenencia o custodia de los hijos en cambio, responde a lo cotidiano, es decir, tiene que ver con la ejecución de tareas de cuidado y convivencia diaria, por ende, se la ejerce por parte de un solo progenitor, incluso la legislación ecuatoriana sitúa a la tenencia bajo un modelo uniparental.

El Código de Niñez y Adolescencia no establece un concepto de lo que es la tenencia, sin embargo, establece los parámetros que se deben tomar en cuenta para su concreción.

Art. 118.- Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 28).

En efecto, el artículo 106 versa sobre las reglas concernientes a la patria potestad, sin embargo, al momento de establecer la tenencia de los hijos, el juez tendrá que evaluar y aplicar cada regla o parámetro contenido en el prenombrado artículo, además toda decisión

que se vaya a adoptar en función a las mencionadas figuras jurídicas, estarán precedidas de la opinión del niño.

La Corte Constitucional (2021) al interior de la sentencia 200-12-JH ha reiterado que en todos los procesos judiciales o de otra índole se debe tomar en cuenta el criterio del niño, con el objetivo de generar un escenario en el que se sientan respetados y seguros de exteriorizar libremente su opinión. En procesos de tenencia o régimen de visitas este derecho debe ser la piedra angular de la decisión, con lo cual, no se puede partir de la premisa de que los niños son incapaces de expresar sus propias opiniones, al contrario, se debe considerar que tienen capacidad para formar sus propias opiniones y reconocer que tienen el derecho a expresarlas. En consideración a lo expuesto, la Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido de manera taxativa que se debe garantizar a niños, niñas y adolescente la oportunidad de ser escuchados en todo momento, incluyendo escenarios de separación de los padres en donde se decida sobre el cuidado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en la misma línea, la legislación ecuatoriana obliga a la autoridad judicial a escuchar al niño, previo a confiar la tenencia.

Cabe señalar que las resoluciones que versan sobre la tenencia de los hijos no son definitivas, por cuanto se pueden llegar a modificar.

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia.

Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 28).

Ciertamente, en caso de verificarse que los derechos del menor están en riesgo, se puede solicitar el cambio o modificación de la custodia, este tipo de proceso resulta complejo para los niños, es por ello que se lo debe efectuar con la mayor prolijidad posible para no alterar la estabilidad del menor, por tanto, se debe contar con el apoyo del personal técnico correspondiente.

En lo que respecta al derecho de visitas el Código de Niñez y Adolescencia contempla lo siguiente:

Art. 123.- (...) Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que este ha cumplido con sus obligaciones parentales;
2. Los informes técnicos que estimen necesarios (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2022, p. 30).

Se debe destacar que el régimen de visitas no es un mero derecho de los padres, más bien es el derecho del niño y por lo tanto se lo debe garantizar en un marco de respeto y proporcionalidad. Lo más factible para el desarrollo del niño es que dicho régimen se lo pueda acordar voluntariamente entre los padres a partir de la opinión del niño, sin embargo, en el Ecuador esto no suele pasar, la mayoría de los procesos son de índole contencioso por lo que el juez es el que termina determinando el derecho de visitas y en gran parte de ellos no se lo llega a cumplir adecuadamente.

4.19.3. Código Orgánico General de Procesos.

Frente a los procesos de divorcio es sustancial precautelar la situación de los niños, es por ello que mientras no se resuelva su estatus jurídico no se podrá concretar la disolución del vínculo matrimonial.

Art. 332.- Procedencia. - Se tramitarán por el procedimiento sumario:

4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho (Código Orgánico General de Procesos, 2022, p. 87).

Si bien la separación o el divorcio de los padres hace que la situación familiar cambie para todos sus integrantes, más aún para los niños, es obligación del juez precaver y resolver en forma adecuada tal circunstancia, puesto que los menores son el primer componente a

tomar en cuenta frente a las controversias de los cónyuges, por esa razón, mientras no se haya definido la condición de los menores no se podrá materializar el divorcio.

En lo que respecta a la tenencia y régimen de visitas, el juez primeramente tendrá que evaluar el interés supremo del niño, y en base a ello determinar a qué progenitor le será conferida según las aptitudes y condiciones que permitan asegurar el bienestar del menor. En cuanto al progenitor no custodio, se le tendrá que establecer un régimen de visitas con el fin de seguir manteniendo el contacto frecuente con el hijo o hija.

Art. 333.- Numeral 4.- El procedimiento sumario se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. La segunda fase se desarrollará en el siguiente orden: debate probatorio, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

En materia de niñez y adolescencia y de despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, la audiencia única se realizará en el término máximo de veinte días contados a partir de la citación (Código Orgánico General de Procesos, 2022, p. 86).

Las niñas, niños y adolescentes están en la condición de participar en todas las cuestiones que les puedan afectar directa o indirectamente, en el ámbito procesal se les debe dar mayor protagonismo.

Art. 31.- Capacidad procesal. Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley.

Las y los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley. Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos (Código Orgánico General de Procesos, 2022, p. 15).

La normativa en cuestión da la oportunidad a los niños de efectivizar la capacidad procesal a través de su comparecencia y opinión, por esa razón, se deben emplear los medios apropiados para que los jueces tengan en cuenta esa circunstancia y no se lleguen a vulnerar

derechos. El criterio de los niños es muy relevante, por lo tanto, si se lo llega a descuidar va a resultar difícil tomar una decisión consecuente.

4.19.4. Código Civil.

Es fundamental destacar que la normativa civil concibe a la patria potestad de la siguiente forma:

Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia (Código Civil, 2022, p. 66).

La patria potestad se la ejerce de manera conjunta, esto es, padre y madre están obligados a cubrir todas las necesidades materiales y afectivas de los hijos en un marco de equidad y proporcionalidad, con independencia de su estado civil, dado que la relación entre padres e hijos consiste en una relación jurídica indisoluble.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 16 letra d, advierte:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para garantizar los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979, p. 17).

Promover la equivalencia de las responsabilidades entre los padres respecto de los hijos es fundamental para su adecuado crecimiento y desarrollo, es por ello que esta regla debe permanecer íntegra frente a cualquier circunstancia de separación de los progenitores.

Art. 272.- No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a estos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes (Código Civil, 2022, p. 64).

La normativa civil recalca la importancia del derecho de visitas en el sentido de que ambos progenitores cumplen una función específica en el desarrollo del niño, es por ello que ambos deben contribuir de forma activa y equitativa.

Art. 303.- Procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerza se encuentre en los casos contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia (Código Civil, 2022, p. 70).

A pesar de que la patria potestad se la ejerce de manera conjunta, ya sea que los padres se encuentren juntos o separados, se debe esclarecer que, esta puede ser objeto de suspensión o en casos extremos puede llegar a perderse, todo dependerá de la circunstancia en la que haya incurrido el padre o la madre respectivamente, en consecuencia, el juez podrá limitar una o más funciones de la misma, posteriormente, una vez desaparecido el hecho que ocasionó tal situación el padre o madre podrá solicitar la restauración de la patria potestad.

4.20. Derecho Comparado.

4.20.1. Código Civil, España.

Art. 92.- Numeral 5.- Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento (Código Civil de España, 2005).

Bueno este numeral tiene un carácter convencional, es decir, da la posibilidad a los progenitores para que de manera voluntaria opten por el régimen de guarda y custodia compartida, el cual se enfoca en la convivencia habitual con los hijos menores, lo cual implica esa protección y amparo por parte de ambos padres, de tal forma que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y responsabilidades en un marco de igualdad y proporcionalidad.

En el artículo 92.8 del Código Civil español, se establece una regla específica en la cual se advierte lo siguiente:

Art. 92.- Numeral 8.- Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (Código Civil de España, 2005).

En caso de llegar a disentir, se la podrá fijar judicialmente a petición de una de las partes, siempre y cuando el Ministerio Fiscal emita el informe favorable para tal efecto. En

ese contexto, el Ministerio Fiscal cumple una labor sustancial en cuanto a determinar la custodia de los hijos, puesto que es el encargado de dar los insumos necesarios al juez para resolver de mejor manera la situación jurídica de los hijos, con lo cual, si el informe es negativo, el juez no podrá acordar dicha medida.

Se debe destacar que la guarda y custodia en la legislación española consiste en la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores tras la crisis matrimonial de los padres, por lo tanto, se deberá acordar cómo se organizarán los progenitores para facilitar la guarda y custodia de los hijos. En ese sentido, la normativa ha previsto los medios para orientar de mejor manera a los progenitores pudiendo optar por el régimen de guarda y custodia compartida.

En el caso ecuatoriano, el cuidado y crianza de los hijos se condiciona taxativamente a un solo progenitor, es decir, luego de la separación de los padres, el cuidado y la crianza de los menores se lo asume de manera desproporcionada y se termina menoscabando ese derecho del niño, niña o adolescente a convivir con sus dos progenitores en igualdad de condiciones. De ahí la importancia de establecer mecanismos mas eficientes orientados a lograr un verdadero equilibrio de los derechos y las responsabilidades parentales.

Art. 92.- Numeral 6.- En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad (Código Civil de España, 2005).

Como se puede observar, el régimen de guarda y custodia constituye un abanico de posibilidades de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular, es decir, se debe seguir un proceso minucioso en virtud del cual se va a sopesar el interés superior del niño con la finalidad de fijar el tipo de custodia que se va a ejercer por parte de los progenitores, además en el desarrollo de dicho proceso es evidente el protagonismo que se les da a los menores con la finalidad de escuchar sus opiniones y adoptar una mejor decisión.

En similar forma se debe destacar que la figura de la tenencia en la legislación española se ejerce únicamente en las cosas o animales, así lo ha retratado su normativa civil,

es decir, de ninguna manera se llega a emplear esta misma figura para referirse a instituciones direccionadas a los menores o en este caso concreto, a niñas, niños y adolescentes.

Por el contrario, en Ecuador se ha establecido la figura de tenencia de los hijos, claramente existe un gran distintivo entre tenencia y custodia, por ello en la legislación española se emplea la figura de guarda y custodia de los hijos.

A la luz de lo anterior, se debe tener en cuenta que, particularmente la guarda en el régimen civil ecuatoriano tiene otras aristas, es decir esta figura concretamente se adhiere a las tutelas y curatelas, de modo que, las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.

4.20.2. Ley 20680, Chile.

Chile es otro de los países que ha logrado significativos cambios en su legislación interna, particularmente en la rama del Derecho de Familia, es así que, la Ley 20680 introduce modificaciones al Código Civil con el objeto de proteger la integridad y estabilidad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

La Ley 20680 en su artículo 1 disposición segunda, modifica el artículo 224 del Código Civil, la cual establece lo siguiente:

Art. 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (Ley 20680 de Chile, 2013).

Como se puede divisar, el principio de corresponsabilidad parental ha ido adquiriendo cada vez más acogida en las distintas legislaciones, es decir, tal principio juega un rol fundamental en el desarrollo de los niños, es por ello que, frente a escenarios donde los padres hayan decidido terminar la relación conyugal, este principio debe permanecer inflexible ante cualquier alteración de la convivencia familiar, puesto que los más afectados producto de esas crisis matrimoniales o de pareja terminan siendo las niñas, niños y adolescentes.

En el Ecuador el principio de corresponsabilidad parental está contemplado en la Constitución y en la normativa de niñez y adolescencia, la cual versa sobre la participación equivalente de las responsabilidades entre los padres frente a los hijos, es decir, la educación, cuidado y crianza, sin embargo, aún no se ha logrado implementar la custodia compartida basada en dicho principio, a día de hoy se mantiene un modelo uniparental de custodia, cabe aclarar que en Chile a esta figura jurídica se la denomina cuidado personal de los hijos.

En similar forma, con la vigencia de la presente ley se procede a sustituir el artículo 225 de la normativa civil, estableciendo lo siguiente:

Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior (Ley 20280 de Chile, 2013).

Lo que colige la Ley 20680, es bastante trascendental, ya que agrega varios parámetros que se deben tener en cuenta al momento de fijar la custodia de los hijos, por una parte, vale resaltar que la ley en forma taxativa da la posibilidad a los padres de optar por la custodia compartida en aras de asegurar el bienestar de los hijos, es decir, la custodia compartida se encuentra legislada y por ende reconocida en el ordenamiento jurídico chileno,

además recalca que, el cuidado personal conjunto de los hijos procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados. De esto se puede subrayar la valía que ostenta el principio de corresponsabilidad parental frente a la custodia compartida, ambos factores se encuentran perfectamente concatenados de tal manera que permite a ambos progenitores ejercer la custodia de sus hijos en un marco de proporcionalidad y equivalencia.

La legislación chilena al reconocer el cuidado personal conjunto de los hijos basado en el principio de corresponsabilidad parental, evidentemente ha sido otro de los países que ha logrado reafirmar principios y obligaciones de carácter internacional en el ámbito de niñez y adolescencia, puesto que tal figura jurídica está orientada exclusivamente a privilegiar el interés superior del niño en particular, y lograr la mayor satisfacción del contingente de derechos de niñas, niños y adolescentes.

La legislación ecuatoriana no prevé en forma taxativa la posibilidad de llegar a determinar la custodia compartida, es decir, sin mayor abundamiento contempla que se estará a lo dispuesto a lo acordado por los progenitores siempre que ello no perjudique el interés superior del niño, por tanto, desde esa perspectiva se puede evidenciar que la normativa no brinda alternativas de convenio adecuadas para los progenitores al momento de resolver la custodia de los hijos, en ese sentido, se debe establecer reglas claras para que se pueda arribar a mejores resultados en pos del bienestar de los niños, de tal manera que la intervención judicial no sea absoluta en esas circunstancias.

4.20.3. Código de las Familias y del Proceso Familiar, Bolivia.

La normativa de Bolivia establece importantes disposiciones en relación a la igualdad y no discriminación en el ámbito familiar, una fiel demostración de lo mencionado es el reconocimiento de la custodia compartida como forma de privilegiar el interés superior del niño en un marco de respeto y equilibrio.

Art. 1. (Objeto).- El presente Código regula los derechos de las familias, las relaciones familiares y los derechos, deberes y obligaciones de sus integrantes, sin discriminación ni distinción alguna.

Art.6. (Principios).- Los principios que sustentan el Libro Primero del presente Código son los siguientes:

- a) **Protección a las Familias.** El Estado tiene como rol fundamental la protección integral sin discriminación de las familias en la sociedad, que implica garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y los de sus integrantes para una convivencia respetuosa, pacífica y armónica.
- b) **Solidaridad.** Implica que quienes integran las familias se identifiquen con los derechos, oportunidades, responsabilidades de la vida familiar de cada una de ellas o de ellos, y actúen con comprensión mutua, participación, cooperación y esfuerzo común, a través de la cultura del diálogo.
- c) **Diversidad.** Las diversas formas de familias reconocidas por instancias nacionales e internacionales, gozan de igualdad de condiciones, sin distinción, en función a la dinámica social y la cualidad plurinacional de la sociedad boliviana.
- d) **Interculturalidad.** Se reconoce la expresión, diálogo y convivencia del pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, ideológico, religioso y espiritual en el ejercicio de los derechos de las familias para el Vivir Bien.
- e) **Equidad de Género.** Son las relaciones equitativas e igualitarias entre mujeres y hombres en las familias, en el ejercicio de sus derechos, obligaciones, toma de decisiones y responsabilidades.
- f) **Dignidad.** Las relaciones familiares y la decisión de las autoridades del Estado, deben resguardar de manera permanente los derechos de las y los miembros de las familias sin menoscabar su condición humana.
- g) **Igualdad de Trato.** La regulación de las relaciones de las familias promueve un trato jurídico igualitario entre sus integrantes.
- h) **Integración Social.** Las y los miembros de las familias exigen y utilizan las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales ofrecidas por el Estado para su desarrollo integral, relacionados con el Estado para facilitar el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

- i) **Interés Superior de la Niña, Niño y Adolescente.** El Estado, las familias y la sociedad garantizarán la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad de atención de los servicios públicos y privados. Los derechos de niñas, niños y adolescentes prevalecerán frente a cualquier otro interés que les puede afectar (Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, 2014).

Es fundamental destacar los principios con los que se rige la normativa en cuestión, ya que constituyen la base para resolver los conflictos en la esfera familiar, es decir, los operadores de justicia al conocer este tipo de situaciones deben tener muy en cuenta todos y cada uno de los parámetros señalados con la finalidad de no vulnerar derechos fundamentales.

La equidad de género en los procesos judiciales juega un rol esencial en el ejercicio de los derechos y la asunción de responsabilidades, en el sentido de que ambos progenitores se encuentran en la misma condición para desempeñar actividades relacionadas con el hogar, a modo ejemplificativo, por lo general se tiende a presuponer que la madre es la más idónea para el cuidado y crianza de los hijos, mientras que al padre se lo asocia únicamente con la responsabilidad de manutención, bajo esa lógica, se termina produciendo una serie de transgresiones a los derechos, llegando a restringirlos, o en el peor de los casos, a sobrecargar de responsabilidades a un solo progenitor respecto de los hijos.

El caso más puntual versa sobre la custodia de los hijos, en donde se llega a tomar en cuenta a la mujer-madre como primera opción para cuidar a los hijos, quedando en segundo plano el rol del hombre-padre en calidad de mero visitador o en su defecto, se convierte en un padre periférico. Este tipo de patrones debe abolirse en la práctica judicial de tal forma que ambos padres ejerzan mismos derechos y responsabilidades respecto de los hijos, para ello es necesario la implementación de mecanismos legales adecuados en donde se priorice el interés superior del niño a través de la participación activa de ambos padres.

En el Ecuador se llegó a normalizar esa preferencia en favor de la madre al momento de conferir la custodia de los hijos, lo cual generaba un desbalance en el ejercicio de los derechos y contravenía ciertos principios constitucionales, además se debe aclarar que,

dentro de la legislación ecuatoriana aún no ha sido posible incorporar la figura jurídica de la custodia compartida, el modelo que rige en la actualidad es el monoparental.

Art. 217.- (Guarda Compartida).

I. La guarda compartida es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de las y los hijos comunes, mediante un acuerdo voluntario que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

II. El acuerdo establecerá la frecuencia con la que cada progenitor mantendrá una relación directa y regular con los hijos o hijas y el sistema de asistencia familiar, bajo la supervisión del equipo interdisciplinario de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

III. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia de oficio, la madre, el padre o ambos podrá solicitar el cese de la guarda compartida cuando la situación no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad de las hijas o hijos, en cuyo caso la autoridad judicial tomará las medidas necesarias para la protección de las hijas e hijos (Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, 2014).

Como se puede observar, el Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia cuenta con un amplio conjunto de derechos y principios orientados a dar supremacía al ámbito familiar, es decir, fomenta la estabilidad familiar y la armonía con todos los integrantes que la conforman en un marco de igualdad, respeto y dignidad, además de precautelar en todo momento el interés superior del niño.

El éxito de incorporar la custodia compartida al ordenamiento jurídico boliviano se debe principalmente a la comunicación sana de los padres al momento de resolver la situación jurídica de los hijos en lo referente a la custodia, es decir, con la finalidad de velar por el bienestar de los hijos tras el divorcio o la separación, han logrado arribar a consensos adecuados con el objetivo de priorizar los derechos de los niños, entre ellos, el de garantizar su derecho a mantener una familia, a disfrutar de la convivencia familiar y en general a

mantener relaciones afectivas con ambos progenitores, así pues, la custodia compartida va a permitir una mejor interacción entre padres e hijos luego de la separación.

En el Derecho ecuatoriano se establecen principios específicos encaminados a lograr la equidad en todos los ámbitos, ya en la práctica, se los termina inobservando y como resultado se establecen normas que contradicen preceptos constitucionales y legales, tal es el caso del principio de corresponsabilidad parental, en atención a este principio de alto valor constitucional ni siquiera existen mecanismos legales orientados a darle ese valor o alcance que abarca. Por lo tanto, lo más lógico es llegar a implementar la custodia compartida basado en dicho principio, tal como lo ha hecho la legislación boliviana.

4.20.4. Ley Contra la Alienación Parental, Brasil.

Evidentemente, Brasil cuenta con leyes bastante vanguardistas en materia de niñez y adolescencia, es así que, con la promulgación de la ley contra la alienación parental se busca precautelar la estabilidad de las niñas, niños y adolescentes frente a escenarios de disgregación familiar. Se ha llegado a afirmar que con la vigencia de esta ley se ha logrado notablemente soslayar todo tipo de dramas en la esfera familiar y sobre todo sufrimientos innecesarios en los menores y sus progenitores.

Art. 1.- Se considera un acto de alienación parental la injerencia en la formación psicológica del niño o adolescente, alentado o inducido por uno de los padres, abuelos o por quien tenga autoridad sobre la custodia o vigilancia del niño o adolescente, con el fin de al niño a renunciar al progenitor alienado o que cause un perjuicio al establecimiento o mantenimiento de los vínculos con este último.

Párrafo único. Más allá de los actos declarados como tales por el juez o por un experto, las siguientes son formas típicas de alienación parental, llevado a cabo directamente o con la ayuda de terceros:

- I. Realizar una campaña de descalificación sobre el comportamiento del progenitor alienado en el ejercicio de la paternidad;
- II. Obstaculizar el ejercicio de la patria potestad;
- III. Obstaculizar los contactos con el niño o adolescente con el progenitor alienado;

IV. Obstaculizar el ejercicio del derecho regulado de visitas;

V. Omitir deliberadamente información personal de interés para el progenitor alienado sobre el niño o adolescente, incluidos los datos educativos o médicos y cambios de dirección;

VI. Hacer acusaciones falsas contra el progenitor alienado, en contra de los miembros de su familia o en contra de los abuelos, con el fin de obstaculizar o hacer su interacción con el niño o adolescente más difícil;

VII. Cambiar la dirección a un lugar remoto, sin justificación, con el fin de dificultar la convivencia del niño o adolescente con el progenitor alienado, con su familia o abuelos.

Art. 2.- La realización de un acto de alienación parental perjudica a los derechos fundamentales del niño o adolescente de una vida familiar sana, causa perjuicio a la creación del afecto en las relaciones con el progenitor alienado y el grupo familiar.

Art. 6.- En la cesión o cambio de custodia se dará preferencia a los padres que hacen posible la convivencia efectiva del niño o adolescente con el otro progenitor, en situaciones en que la custodia compartida no es viable.

Párrafo único. Si se determina la custodia compartida, a cada padre se le asignará, siempre que sea posible, la obligación de llevar al niño y adolescente a la residencia del otro padre o en un lugar definido en el momento de la alternancia de periodos de convivencia familiar (Ley Contra la Alienación Parental de Brasil, 2010).

Como se puede apreciar, la Ley Contra la Alienación Parental constituye un gran avance en el derecho de niñez, incluso se puede llegar a afirmar que es un gran referente a seguir para el resto de los países latinoamericanos, dado que los niños, al ser un grupo vulnerable, requieren de una tutela especial de sus derechos, y para ello es necesario establecer normas claras y aplicables tendientes a garantizar el óptimo ejercicio de los mismos en todos los casos donde se vean insertos.

La alienación parental supone una grave vulneración de derechos en contra de los niños, ya que implica inducir al hijo al rechazo de uno de sus progenitores, ocasionando que una parte importante en la vida del niño quede al margen. En virtud de ello, Brasil ha llegado

a tomar muy en cuenta dicho factor, tanto así que lo ha llegado a catalogar como un delito, cuya pena es de seis meses a dos años, dependiendo de la gravedad de la alienación.

En el Ecuador no se encuentra regulado de manera precisa lo relativo al síndrome de alienación parental, lo cual llama la atención, dado que este tipo de situaciones son frecuentes, un ejemplo de ello es el incumplimiento del régimen de visitas, en donde el progenitor que ejerce la custodia del niño obstaculiza arbitrariamente la interacción con el otro progenitor. Otro punto a destacar es la inexistencia de la custodia compartida en la legislación ecuatoriana, lo cual contribuye a que se sigan menoscabando derechos de los niños, por tanto, es necesario que se llegue a regular ambos elementos con la finalidad de tutelar y cumplir de mejor forma con el interés superior del niño y los demás principios informadores de la custodia compartida.

Brasil ha logrado incorporar la custodia compartida atendiendo exclusivamente a una función tridimensional, por un lado, que las niñas, niños y adolescentes crezcan en un ambiente idóneo donde prevalezca la unidad familiar, de igual forma promover la participación activa y equitativa de ambos progenitores en el desarrollo de los hijos y, ante todo, prevenir episodios alusivos al síndrome de alienación parental.

5. Metodología.

5.1. Materiales utilizados.

Entre los materiales utilizados en el presente trabajo de investigación se enuncian los siguientes:

Obras Jurídicas, Leyes, Manuales, Diccionarios Jurídicos, Enciclopedias Jurídicas, Ensayos, Revistas Jurídicas, Obras Científicas y Páginas web de los organismos de justicia de diversos Estados, que se encuentran citadas de manera idónea y que forman parte de las fuentes bibliográficas del trabajo de integración curricular.

Entre otros materiales se encuentran: Laptop, teléfono celular, retroproyector, cuaderno de apuntes, conexión a internet, impresora, hojas de papel bond, fotocopias, anillados, impresión de los borradores del trabajo de integración curricular y empastados de la misma, obras entre otros. Los mismos que permitieron la correcta fundamentación del Trabajo de Integración Curricular.

5.2. Métodos.

El proceso de investigación Socio – Jurídico, se aplicó los siguientes métodos:

Método Científico: El método científico es la guía para encaminarnos a la verdad de un problema determinado; en la presente investigación se utilizó el método científico dado el momento de analizar las obras jurídicas científicas, desarrollados en el marco conceptual, doctrinario y jurídico que constan en las citas y bibliografía correspondiente.

Método Inductivo: Este método se empleó para narrar los antecedentes en torno a la custodia compartida, su origen y de qué manera se fue adhiriendo a los distintos ordenamientos jurídicos de los países europeos y latinoamericanos respectivamente, partiendo desde un enfoque general; es decir, la evolución histórico-jurídica de la prenombrada figura jurídica, para de ahí enfocarlo a una perspectiva a nivel nacional a partir de la realidad actual respecto al modelo vigente de la tenencia en el Ecuador, este método fue aplicado en el desarrollo del Marco Teórico.

Método Deductivo: Este método que se caracteriza por partir de una premisa general para llegar a una particular; fue aplicada en la investigación al momento de analizar y evaluar la factibilidad de incluir y regular la custodia compartida en la legislación ecuatoriana. En este caso, el método deductivo permitió analizar cómo funcionan los procesos relacionados con la custodia de los hijos en otros países, lo cual dio paso a identificar falencias en nuestra legislación y políticas públicas existentes en el Ecuador; este método se aplicó en el marco teórico y recomendaciones.

Método Analítico: Este método analítico fue utilizado al momento de realizar el análisis luego de cada cita que consta en el marco teórico, colocando el respectivo comentario, también fue aplicado al analizar e interpretar los resultados de las encuestas y entrevistas.

Método Exegético: Método aplicado al momento de analizar las normas jurídicas utilizadas para fundamentación legal de mi trabajo de investigación, siendo estas: Constitución de la República del Ecuador; Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; Código Orgánico General de Procesos; Código Civil.

Método Hermenéutico: Este método tiene como finalidad esclarecer e interpretar textos jurídicos que no están bien esclarecidos y dar un verdadero significado, este lo aplique en la

interpretación de las normas jurídicas, desarrollado en el marco jurídico, en que se procede a realizar la interpretación de las leyes ecuatorianas pertinentes.

Método Mayéutica: Es un método de investigación que trata de esclarecer la verdad aplicando varias interrogantes presumiendo la realidad oculta al realizar las interrogantes que se destinan a la obtención de información, mediante la elaboración de un banco de preguntas aplicadas en las encuestas y entrevistas para la obtención de información necesaria para la investigación.

Método Comparativo: El método comparativo fue practicado en el presente trabajo de investigación en el desarrollo del Derecho Comparado, en que se procede a contrastar la realidad jurídica ecuatoriana, el Código Civi de España; Ley 20680 de 2013 de Chile; Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia; Ley Contra la Alienación Parental de Brasil, a través del cual se adquirió semejanzas y diferencias de estos ordenamientos jurídicos.

Método Estadístico: El método estadístico se usó para determinar los datos cuantitativos y cualitativos de la investigación mediante el uso de las Técnicas de la Entrevista y la Encuesta, aplicado al momento de realizar la tabulación, cuadros estadísticos, representación gráfica para desarrollar el punto de Resultados de la Investigación.

Método Sintético: Consiste en resumir y unir sistemáticamente todos los elementos heterogéneos de un proceso con el fin de reencontrar la individualidad del problema analizado. Este método fue manejado en el desarrollo del Trabajo de Investigación; aplicado al momento de emitir un análisis concreto y detallado luego de realizar un estudio minucioso de una temática.

5.3. Técnicas.

Encuesta: Cuestionario que contiene preguntas y respuestas para reunir datos o para detectar la opinión pública sobre la problemática planteada. Desarrollado al momento de aplicar las 30 encuestas a los abogados en libre ejercicio que tienen conocimiento sobre la problemática en cuestión.

Entrevista: Consiste en un diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio, se aplicó a 10 personas, cinco de las cuales son jueces especializados en materia de niñez y adolescencia, y cinco padres de familia.

5.4. Observación Documental.

Mediante la aplicación de este procedimiento se llevó a efecto el estudio de casos que se han presentado en la sociedad en lo relativo al modelo uniparental de la tenencia de los hijos, asimismo, se resaltó la presunción de idoneidad en favor de la madre al momento de conferirla, en razón de ello, se ha destacado la necesidad de incorporar la custodia compartida en la legislación ecuatoriana con la finalidad de que los operadores de justicia adopten mejores decisiones concernientes a niñas, niños y adolescentes, de tal manera que prevalezcan sus intereses y se garantice su desarrollo integral adecuado, dado que en la actualidad existe una falta de armonía normativa que conculca principios de carácter constitucional e internacional, de ahí la importancia de generar mecanismos legales apropiados tendientes a lograr la máxima satisfacción de los derechos.

De los resultados de la investigación expuestos en las tablas, gráficos y en forma discursiva con deducciones, con sus correspondientes interpretaciones, de las cuales se derivan su análisis de los criterios y datos específicos, que tienen la finalidad de estructurar la el Marco Teórico, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para arribar a las respectivas conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución de la problemática planteada.

6. Resultados.

6.1. Resultados de las Encuestas.

La siguiente técnica de encuesta fue aplicada a 30 Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja, a través de un cuestionario de seis preguntas, diseñado metodológicamente observando la problemática, objetivos e hipótesis del trabajo de integración curricular, de las cuales se obtuvieron los siguientes resultados que a continuación se detallan:

Primera Pregunta: ¿Considera usted que en la práctica judicial ecuatoriana, al momento de resolver sobre la tenencia de los hijos, se respeta el principio constitucional de corresponsabilidad parental, contemplado en el artículo 69 y 83 del texto constitucional?

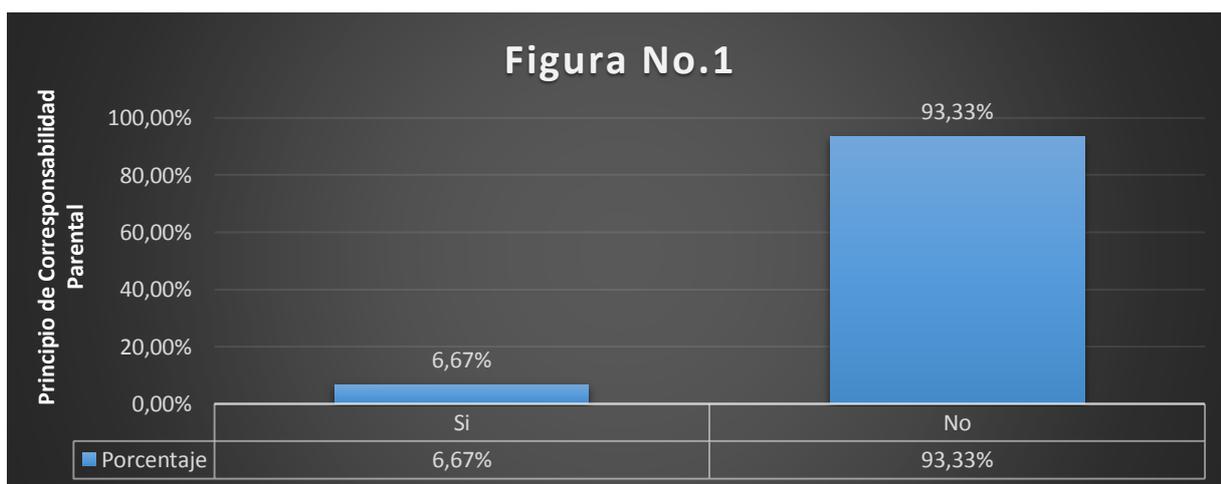
Tabla 1. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 1

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	2	6.67%
No	28	93.33%
Total	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Autor: Pablo Andrés Malla Medina

Figura 1. Representación Gráfica – Pregunta N° 1



Interpretación: En la presente pregunta, el 6,67% de los encuestados manifestaron que en la práctica judicial si se respeta tal principio, porque de alguna manera los jueces deben tener en cuenta las condiciones de ambos progenitores, además resaltaron que la regla de

preferencia materna tenía que seguir vigente en la legislación. Por otra parte, el total de 28 encuestados los cuales corresponden al 93.33%, señalan que, en la práctica judicial, el principio de corresponsabilidad parental no se lo llega a respetar a la hora de resolver sobre la tenencia de los hijos, de hecho, indican que en la mayoría de los casos no se llega a evaluar la situación de los niños, y por ende se descuidan los intereses y derechos de este último grupo de atención prioritaria, además reiteraron que la corresponsabilidad parental es un factor esencial porque contribuye a que los padres ejerzan iguales derechos y responsabilidades frente a sus hijos tras la separación o el divorcio.

Análisis: En esta pregunta concuerdo con la opinión del 93.33% de los encuestados, puesto que en la práctica judicial del Ecuador no se ha logrado seguir dicha regla consagrada en el artículo 69 y 83 del texto constitucional por parte de los operadores de justicia al momento de otorgar la tenencia de los hijos, por lo que se termina afectando directa o indirectamente intereses de los niños a interactuar con ambos progenitores en un marco de proporcionalidad e igualdad, es decir, anteriormente no se le daba la posibilidad al padre de poder cuidar a sus hijos, sino que exclusivamente se prefería a la madre para tal cometido, esto es, automáticamente la tenencia recaía en las madres, reduciéndolo al padre a un segundo plano en la vida de los niños y por consiguiente dejándolo en calidad de mero visitador o espectador. Es por ello que, el principio de corresponsabilidad parental debe ser la base sobre la cual descansa el interés supremo del niño, de tal manera que, con ello, el niño pueda desarrollarse en un entorno adecuado aún después de la crisis matrimonial o de pareja. Además, si se quiere efectivizar el bienestar de niñas, niños y adolescentes frente a los casos de tenencia, es necesario que los jueces tengan en cuenta el principio de corresponsabilidad parental y a partir de él, se analice caso por caso la situación jurídica de los niños en aras de privilegiar su interés superior y desarrollo integral adecuado. La Constitución al reconocer taxativamente tal principio, está dando luz verde para que en las normas secundarias se establezcan mecanismos mas acordes a las necesidades de los menores.

Segunda Pregunta: ¿Considera usted que la tenencia uniparental, al ser el modelo que rige actualmente en el Ecuador, garantiza a niñas, niños y adolescentes la estabilidad y bienestar en los distintos ámbitos de su vida?

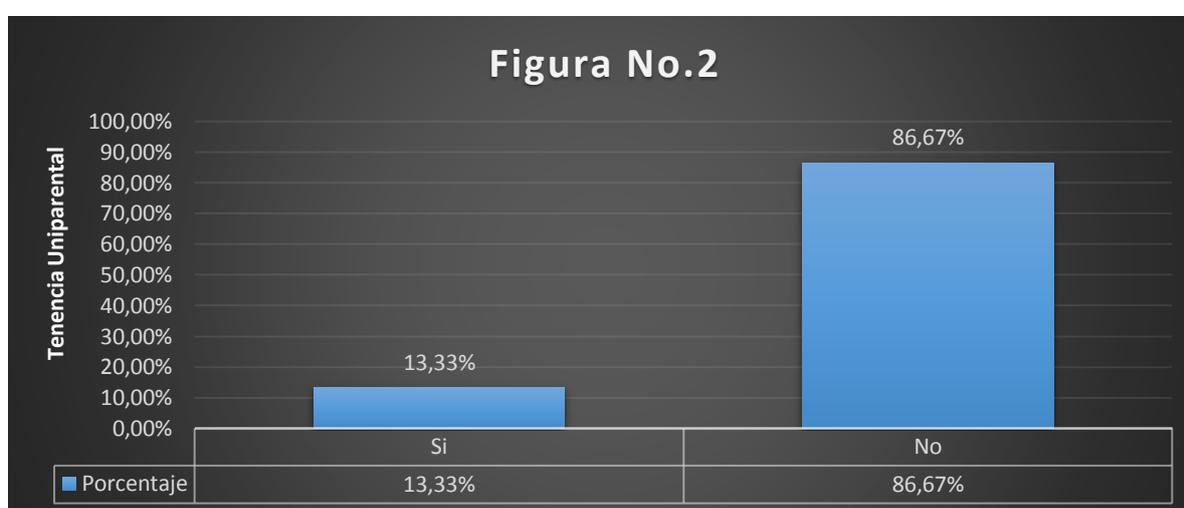
Tabla 2. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 2

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	4	13.33%
No	26	86.67%
Total	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Autor: Pablo Andrés Malla Medina

Figura 2. Representación Gráfica – Pregunta N° 2



Interpretación: En esta pregunta el 13.33% manifestaron que, si se les garantiza estabilidad, siempre y cuando los progenitores no incurran en conductas abusivas porque al hacerlo, afectan emocional y psicológicamente a los más pequeños. Por otro lado, el total de 26 encuestados los cuales corresponden al 86.67%, indican que el modelo de la tenencia uniparental no garantiza a los niños y adolescentes la estabilidad y bienestar en los distintos ámbitos de su vida, porque con la separación o el divorcio de los padres, los niños experimentan sentimientos de pérdida, culpa y ansiedad puesto que la situación de toda la familia se ha modificado producto de tal acontecimiento, frente a ello, los niños y adolescentes suelen reflejar bajo rendimiento académico, dificultades para relacionarse con su medio social, desobediencia, etc., incluso llegaron a señalar que en el caso de los adolescentes la situación puede llegar a ser más crítica, ya que muchas de las veces estos tienden a presentar problemas relacionados con la agresividad, alcoholismo, problemas de

conducta, entre otras. Por lo tanto, no están de acuerdo en que la tenencia de los hijos sea conferida a un solo progenitor, sino que, ambos deben procurar compartir las rutinas diarias con el niño, niña y adolescente en forma equitativa y sana, en razón de que el derecho a conocer a sus progenitores y a mantener relaciones afectivas con ambos padres constituye uno de los varios derechos de supervivencia de los niños.

Análisis: En esta pregunta concuerdo con la opinión del 86.67% de los encuestados, ya que es primordial enfatizar que las víctimas colaterales de estos escenarios de divorcio o separación, son los niños y adolescentes, por ende, los padres están obligados a precautelar en todo momento el bienestar físico, emocional y psicológico de los hijos tras la ruptura matrimonial. La tenencia monoparental no contribuye a garantizar el desarrollo adecuado de los niños y adolescentes puesto que la misma implica el alejamiento de uno de los progenitores en donde únicamente podrá interactuar con el hijo o hija ciertos días u horas a la semana, de esto último, se debe resaltar que los niños no perciben el tiempo de la misma manera que un adulto, por lo que para ellos el no poder relacionarse e interactuar con el progenitor no custodio en forma rutinaria tal como lo solía hacer antes de la separación o el divorcio, va a generar un sentimiento de culpa y ausencia, es así que, esas situaciones van a influir de manera negativa en el desarrollo de niñas, niños y adolescentes.

Por otra parte, no es novedad señalar que el régimen de visitas en el Ecuador ha sido objeto de múltiples arbitrariedades por parte de los progenitores, es decir, utilizan al hijo o hija como escudo u objeto de chantaje frente al progenitor no custodio, por ejemplo, el Código de la Niñez y Adolescencia en lo relativo a que los niños tienen derecho a mantener relaciones afectivas con ambos progenitores aun cuando estos últimos se vean incurso en circunstancias relacionadas a la falta o escasez de recursos económicos, respecto a esto último, existe mucha inobservancia de tal regla y por ende no se la llega a cumplir apropiadamente, a tal punto de que si el padre se atrasa en la pensión alimenticia, no podrá ver a su hijo o hija, esto llama mucho la atención, puesto que al incurrir en tal arbitrariedad, se está vulnerando derechos e intereses de los niños, es decir, no se está tomando en cuenta su bienestar, sino más bien los intereses personales del progenitor custodio, ya que le está privando al niño su derecho a mantener contacto con el otro progenitor, es así que, la tenencia uniparental acarrea múltiples inconvenientes y se termina descuidando el interés superior del niño.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted que, en función del principio de igualdad y no discriminación, tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades para el cuidado y crianza de los hijos luego de la separación o el divorcio?

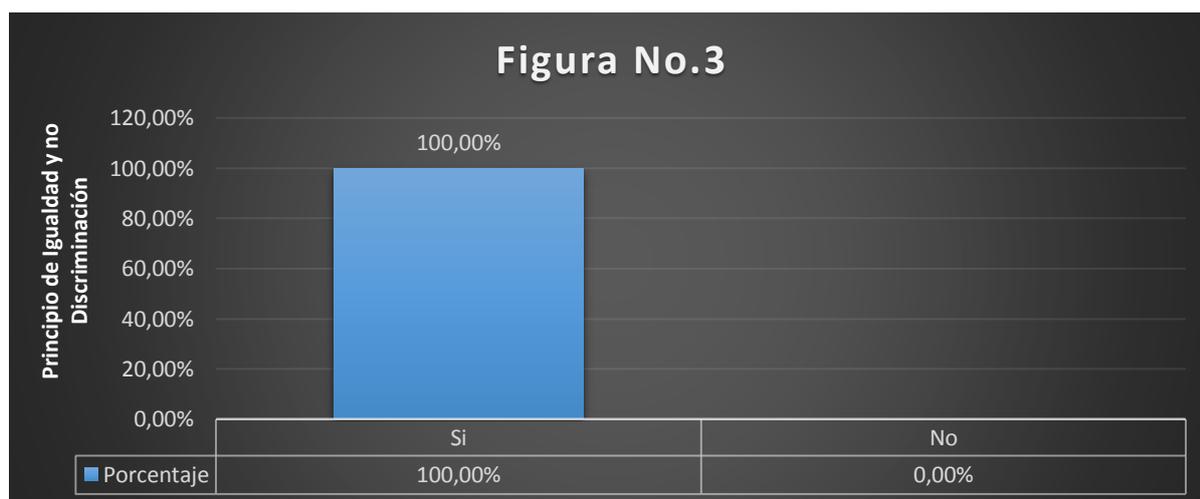
Tabla 3. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 3

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	30	100.00%
No	0	0.00%
Total	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Autor: Pablo Andrés Malla Medina

Figura 3. Representación Gráfica – Pregunta N° 3



Interpretación: En la presente pregunta, el total de 30 encuestados los cuales corresponden al 100%, señalan que teniendo en cuenta el alcance del principio de igualdad y no discriminación, padre y madre tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades respecto al cuidado y crianza de los hijos tras la separación o el divorcio, destacaron la idea de que debe existir un equilibrio en cuanto a las responsabilidades frente a los hijos, porque no es justo ni razonable sobrecargar de tareas a un solo progenitor, por lo tanto, aun cuando ya no convivan juntos siguen teniendo los mismos derechos y oportunidades para decidir sobre el bienestar de sus hijos. En similar forma, coincidieron en que en el Ecuador no se ha llegado a respetar el principio ya mencionado dado que, mayoritariamente la tenencia de los hijos

siempre ha estado subordinada a la mujer (madre), lo que contribuye seguir manteniendo marcados estereotipos respecto al rol de la mujer en la sociedad ecuatoriana, y en relación al hombre (padre), se llegó a mencionar que siempre su papel ha estado arraigado con ser el proveedor del hogar y por ende no se lo toma en cuenta para la realización de tareas de cuidado y crianza de los hijos.

Análisis: En esta pregunta comparto con las opiniones de todos los encuestados, dado que el 100% tiene argumentos válidos, específicamente al manifestar que debe existir un equilibrio en las responsabilidades de los padres para con sus hijos. Si analizamos cuidadosamente el contexto de la igualdad frente a los casos de tenencia de los hijos en el Ecuador, se podrá evidenciar que a las madres se les reconocía una presunción de idoneidad o preferencia materna en la ley, lo que provocaba que no se llegase a analizar íntegramente caso por caso la situación de los niños, es decir, automáticamente la tenencia recaía en la madre, mientras que al padre se le establecía un régimen de visitas, esta situación llegó a ser normalizada en la práctica judicial y por consiguiente el principio de igualdad y no discriminación no se lo llegaba a materializar. Se debe tener en cuenta que los protagonistas son los niños cuando ocurre la separación o el divorcio de los padres, es por ello que, al existir un adecuado equilibrio en las responsabilidades que deben desempeñar los padres para con sus hijos, se está precautelando su estabilidad, bienestar e interés superior en un marco de igualdad y respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes frente a sus padres.

Cuarta Pregunta: ¿Considera usted que la custodia compartida debe ser legislada en el Ecuador con la finalidad de privilegiar el interés supremo del niño y de esa manera generar un menor impacto psicológico en niñas, niños y adolescentes frente a la crisis matrimonial?

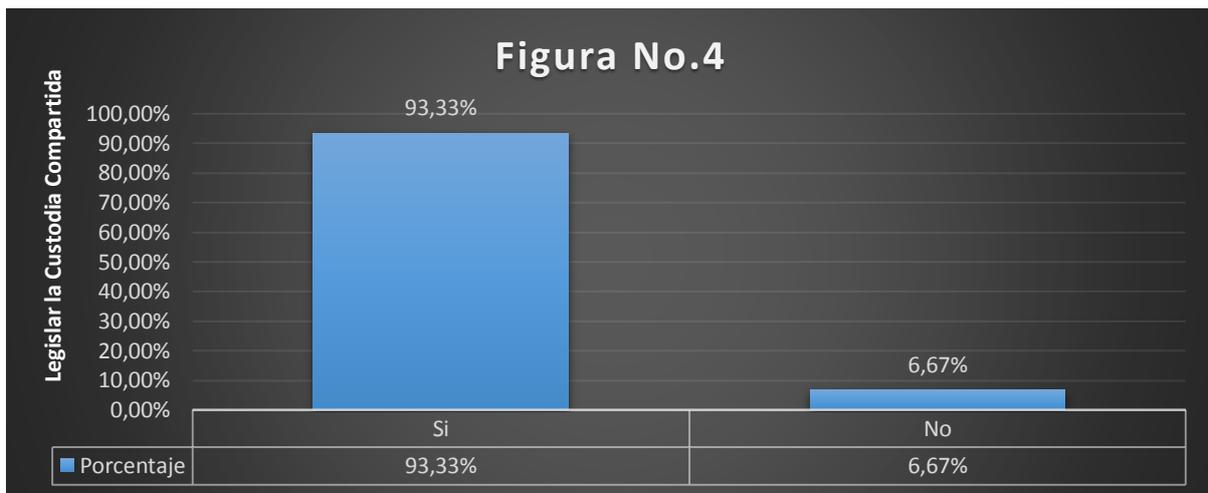
Tabla 4. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 4

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	28	93.33%
No	2	6.67%
Total	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Autor: Pablo Andrés Malla Medina

Figura 4. Representación Gráfica – Pregunta N° 4



Interpretación: En la presente pregunta, 28 encuestados los cuales corresponden al 93.33%, señalan que la custodia compartida debe ser incluida en la legislación ecuatoriana, porque la finalidad gira en torno a privilegiar el interés supremo del niño y lograr un desarrollo integral adecuado tras la crisis matrimonial. El punto que se enfatizó por parte de los profesionales del derecho fue precisamente el aspecto psicológico de los niños al momento de estar involucrados en procesos de divorcio de sus progenitores, entre ellos los que más resaltaron fue la ansiedad, tristeza y culpa, es decir, llegan a percibir las circunstancias de la ruptura conyugal de manera distinta a la de un adulto, generando así confusión y además inestabilidad emocional. Por otra parte, el 6.67% de los encuestados indicaron que no consideran oportuno incorporar la custodia compartida, porque en la actualidad los jueces no cuentan con la capacitación suficiente para evaluar cada caso concreto, en razón de que cada proceso de divorcio en donde hay hijos menores de por medio es diferente a los demás, por lo tanto, se debe mantener el modelo de tenencia que rige hoy por hoy.

Análisis: En esta pregunta comparto con la opinión del 93.33% de los encuestados, ya que Ecuador en materia de niñez y adolescencia debe contar con un ordenamiento jurídico sólido, de tal manera que los jueces puedan adoptar las mejores decisiones a partir de reglas claras y objetivas tendientes a privilegiar los intereses de niñas, niños y adolescentes. Desde esa perspectiva, la custodia compartida se la debe entender como aquella figura jurídica orientada a tutelar los derechos de los niños y adolescentes frente a escenarios de ruptura familiar, si bien la gran mayoría de legislaciones latinoamericanas ya han incorporado la custodia compartida en sus normativas correspondientes, Ecuador a día de hoy continúa sin

poder legislarla, por lo que en el ámbito del Derecho de Familia aún sigue rezagado, lo cual implica una inobservancia a las obligaciones de carácter internacional en general y a la prevalencia de derechos de los niños en particular.

Por otra parte, comparto un poco con la respuesta de la minoría dado que han resaltado un aspecto determinante en lo referente a la custodia compartida, precisamente en el hecho de que en la actualidad los jueces no están en las condiciones de evaluar caso a caso las circunstancias de los menores, es decir, a pesar de contar con la ayuda interdisciplinaria para tal cometido, si se requiere de capacitaciones a los operadores de justicia, de tal manera que con ello, se llegue a sopesar las circunstancias de cada niño en particular al momento de resolver lo atinente a la custodia, puesto que cada caso es distinto del otro, y no se puede llegar a adoptar decisiones en forma generalizada, se debe procurar la máxima satisfacción de los intereses del niño, niña o adolescente como tal, antes que los de sus progenitores, de ahí la importancia de llegar a considerar por parte del operador de justicia la factibilidad de otorgar la custodia compartida, y para ello es necesario que se encuentre consagrada en la normativa respectiva previamente. La custodia compartida debería ser un régimen preferente y la primera opción a elegir para los progenitores y los operadores de justicia, ya que los menores necesitan crecer en el seno familiar, como forma de potenciar su desarrollo integral.

Quinta Pregunta: ¿Considera oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida para garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a la familia y la convivencia familiar frente a escenarios de separación o divorcio?

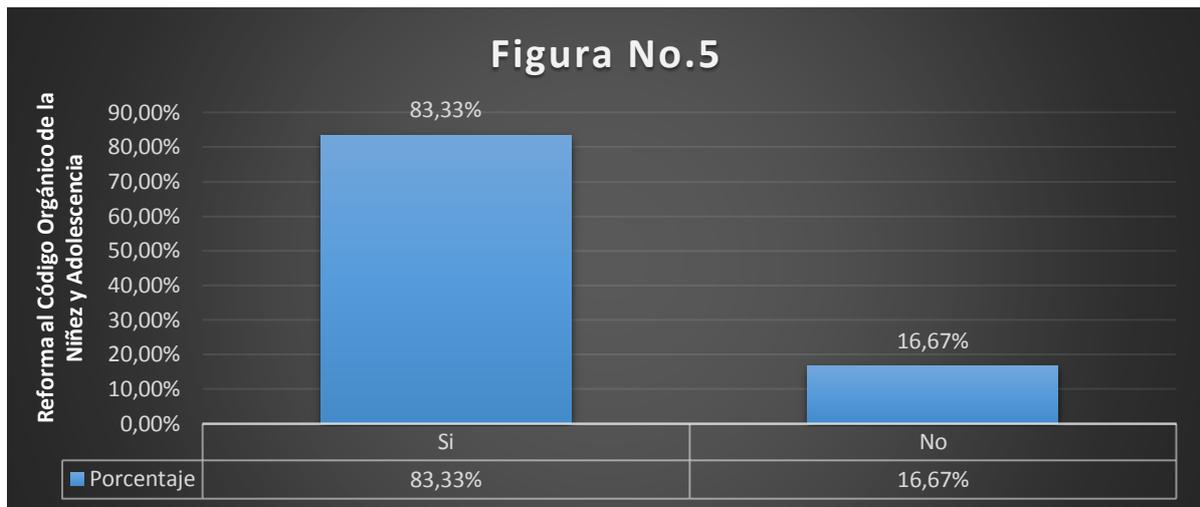
Tabla 5. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 5

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	25	83.33%
No	5	16.67%
Total	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.

Autor: Pablo Andrés Malla Medina

Figura 5. Representación Gráfica – Pregunta N° 5



Interpretación: En la presente pregunta, los 25 encuestados, los cuales corresponden al 83.33% señalan que es oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con la finalidad de llegar a incorporar la custodia compartida de tal forma que se llegue a garantizar a niñas, niños y adolescentes derechos consustanciales como el de mantener una familia y a su vez gozar de la convivencia familiar. Resaltaron la importancia del entorno familiar como componente básico y elemental para el desarrollo de los niños y adolescentes, porque aun cuando los progenitores ya no convivan juntos, se debe procurar la unidad familiar en aras de afianzar la estabilidad y tranquilidad de los niños. Sin embargo, 5 profesionales encuestados los cuales representan el 16.67%, opina que no se debería realizar ninguna reforma a la ley prenombrada porque lo ven como pretexto para dejar de cumplir obligaciones como la pensión alimenticia de los niños.

Análisis: En esta pregunta comparto con la opinión del 83.33% de los encuestados ya que han puesto de relieve los intereses y derechos de los niños y adolescentes lo cual evidencia la conveniencia de llegar a incluir la custodia compartida al Código de la Niñez y Adolescencia, es decir, lo que se busca en sí con dicha figura jurídica es que los jueces al momento de resolver la tenencia de los hijos, tengan en cuenta el derecho del niño a mantener la relación con ambos progenitores en un marco de igualdad y proporcionalidad, de tal manera que no se llegue a obstruir ningún vínculo afectivo con sus padres.

Por otro lado, no concuerdo con el 16.67% los cuales son la minoría en las encuestas, ya que señalan que la incorporación de la custodia compartida implica una forma de eximir responsabilidades, como la relacionada a la pensión alimenticia.

Con respecto a ello, la custodia compartida no supone librar responsabilidad de ningún tipo frente a los hijos, por el hecho de que la misma permite que ambos padres se involucren recíprocamente en satisfacer las necesidades tanto materiales como afectivas de sus hijos, por lo que ninguno se encuentra exento del cumplimiento de responsabilidades respecto de los hijos, se trata de un régimen de vida que procura estimular las responsabilidades parentales en pro de las niñas, niños y adolescentes al producirse la ruptura en la relación convivencial de los padres, desde luego es un mecanismo orientado a fortalecer el núcleo familiar, de manera que ambos padres cumplan con ese rol que les corresponde, esto es, únicamente el relacionado con la parentalidad para lograr un adecuado desarrollo y estabilidad de los hijos.

Sexta Pregunta: ¿Considera usted que la custodia compartida promueve un estándar más equitativo y proporcional en el cumplimiento de responsabilidades de los padres frente a los hijos tras la separación o el divorcio?

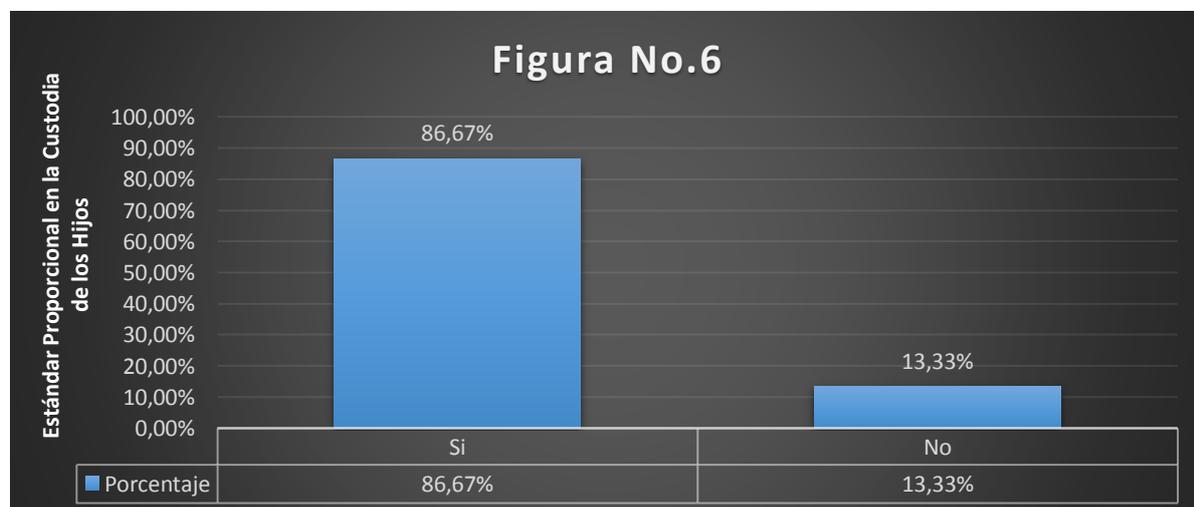
Tabla 6. Cuadro Estadístico - Pregunta N° 6

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	26	86.67%
No	4	13.33%
Total	30	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.

Autor: Pablo Andrés Malla Medina

Figura 6. Representación Gráfica – Pregunta N° 6



Interpretación: En la presente pregunta los 26 encuestados, los cuales corresponden al 86.67%, señalan que la custodia compartida si promueve un estándar más equitativo en lo que respecta al cumplimiento de responsabilidades de los padres frente a los hijos tras la separación o el divorcio, es decir, la custodia compartida como primera opción, es un mecanismo idóneo que permitirá a los niños garantizar su interés superior, particularmente el relacionado con el entorno familiar, porque todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y crecer junto a su familia biológica, en consecuencia, padre y madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas, aun cuando hayan decidido disolver el vínculo matrimonial. Por otro lado, el 13.33% manifestaron que, no porque de alguna forma las falencias van a seguir latentes, es por ello que se debe fomentar la conciliación y la terapia familiar.

Análisis: En esta pregunta comparto con la opinión del 86.67% de los encuestados; ya que la custodia compartida juega un rol trascendente en relación con los hijos, más aún en los niños, es por ello que la figura jurídica mencionada tiene su basamento en la distribución equitativa de responsabilidades por parte de ambos progenitores, es decir, no se puede sobrecargar de responsabilidades a un solo progenitor en relación con los hijos, sino que, esta debe de ser acorde y equivalente. Se trata de una modalidad en la que ambos padres en forma equilibrada comparten el cuidado personal de los hijos, en suma, debe de estar situada en un punto equidistante de la balanza, de tal manera que no se incline ni más ni menos hacia un progenitor en cuanto a las responsabilidades y deberes que deben desempeñar en relación a sus hijos.

Conceder la tenencia a un solo progenitor es atentatorio de derechos en el sentido de que restringe ciertas facultades en relación con los hijos, provocando así que no se priorice su interés supremo, es virtud de ello, la custodia compartida debe entenderse como un mecanismo para que los niños mantengan una relación continua con ambos progenitores, ya sea que se encuentren separados o en estado de divorcio, y estos a su vez, compartan iguales deberes y responsabilidades dentro del marco de la igualdad y el respeto, con la finalidad de llegar a superar estereotipos preestablecidos en la sociedad en lo atinente a los roles que deben desempeñar hombres y mujeres en el ámbito familiar.

6.2. Resultados de las Entrevistas.

La técnica de entrevista fue aplicada a diez personas, las cuales comprende cinco padres de familia y cinco jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Loja; con los resultados obtenidos se procede a realizar la presente tabulación:

A la primera pregunta: ¿Cree que el modelo de la tenencia uniparental que rige actualmente en el Ecuador, contraviene principios de carácter constitucional como el interés superior del niño y el de corresponsabilidad parental?

Respuestas:

Primer entrevistado: Considera que tomando en cuenta el carácter garantista y de protección de la Constitución de la República del Ecuador, en el ámbito del derecho de familia, no se ha logrado cumplir con los principios señalados, por lo que existe una suerte de choque o contradicción referente a la custodia uniparental y el principio de corresponsabilidad parental, destaca que el desarrollo integral del niño solo puede adquirir tal sentido si cuenta con una participación igualitaria y equilibrada de papá y mamá en la crianza y cuidado del hijo o hija. Con lo cual, al mantener un modelo de tuición exclusiva se está conculcando gravemente el interés de los menores y por ende no se logra cumplir con la corresponsabilidad materna y paterna que propugna la Constitución ecuatoriana.

Segundo entrevistado: Estima que, si existe vulneración de los principios mencionados en razón de que, al momento de conferir la tenencia del niño o niña a un solo progenitor, es decir, una tenencia exclusiva, se está atentando contra ese derecho que tiene el otro progenitor a velar por el bienestar de los niños y a tener esa cercanía con ellos de forma continua y constante. Además, enfatiza que el mismo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia reconoce el principio de corresponsabilidad parental, el cual consiste en que, a ambos padres les corresponde recíprocamente cuidar, educar, criar y alimentar a los hijos aun cuando se encuentren separados de ellos por cualquier circunstancia, por lo tanto, si no se toma en cuenta tal regla o principio al momento de resolver la situación jurídica de los menores, ello implica menoscabar el interés superior del niño, niña o adolescente.

Tercer entrevistado: Considera que sí, porque se está generando un escenario de diferenciación entre los padres, estableciendo escalas de preferencia, es por ello que tal circunstancia le resta el legítimo derecho al progenitor no custodio de proteger el interés de

sus hijos, además indirectamente se está llegando a menoscabar otro principio constitucional, esto es, el de igualdad y no discriminación, por lo que al afectarse ese principio de alguna manera se promueven discordias entre los cónyuges y evidentemente quienes pagan esas consecuencias son los niños, al ocurrir eso, se deja a un lado el interés superior del niño y no se llega a tutelar apropiadamente su bienestar.

Cuarto entrevistado: Considera que independientemente de llegar a conferir el ejercicio de la custodia al padre o a la madre, sería conveniente realizar un análisis enfocado a que ambos progenitores cumplan a cabalidad las responsabilidades y deberes para con sus hijos, bajo esa lógica, se ha podido evidenciar que en el Ecuador no se ha logrado cumplir con la corresponsabilidad parental por lo que las consecuencias de tal incumplimiento acaban incidiendo en el interés superior y desarrollo integral de los niños.

Quinto entrevistado: Manifiesta que el pronunciamiento de la Corte Constitucional referente a la acción de inconstitucionalidad expedida el 24 de noviembre de 2021 en donde se resuelve declarar inconstitucional la preferencia materna frente a los casos de tenencia de los hijos, es una clara demostración de que no se han llegado a tomar en cuenta principios tan relevantes como el de igualdad parental, interés superior del niño y la corresponsabilidad parental. Ese pronunciamiento de la Corte a través de la sentencia No. 28-15-IN lleva a reflexionar seriamente sobre el escaso cumplimiento de principios constitucionales e internacionales en el Ecuador, específicamente en materia de familia.

Sexto entrevistado: Manifiesta que el Consejo de la Judicatura en su eslogan declara que hace de la justicia una práctica diaria, en el ámbito familiar no ha sido así, al menos en el derecho de familia siempre ha existido discriminación hacia el padre de familia, es por ello que el pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de su sentencia es muy importante, tardío, pero muy importante en la lucha por la igualdad de los juzgados y tribunales de la familia en la República del Ecuador, ello pone en evidencia que no se han llegado a respetar principios constitucionales como el interés superior del niño, la corresponsabilidad parental y la igualdad real entre hombre y mujer.

Séptimo entrevistado: Considera que mantener la regla de preferencia materna aduciendo de que con ello los procesos se resolverán más rápido sería desnaturalizar el conjunto de derechos de niñas, niños y adolescentes, tal situación representaría una absoluta visión

adultocéntrica, dando como consecuencia serias vulneraciones a principios contemplados en la Constitución, entre ellos, uno de los más importantes que se debe precautelar no solo por parte del Estado, sino también por parte de la familia y la sociedad, esto es, el interés superior del niño.

Octavo entrevistado: Manifiesta que la tenencia monoparental de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos no cumple con ese equilibrio en la toma de decisiones de forma igualitaria en la vida de los niños luego de separación de los progenitores, en razón de ello, se debe cumplir con lo señalado en la normativa internacional y constitucional, específicamente con la corresponsabilidad parental y la igualdad de condiciones entre padres.

Noveno entrevistado: Considera que en el Ecuador la corresponsabilidad materna y paterna es una regla que en la práctica judicial no se ha llegado a cumplir correctamente, puesto que la tenencia de los hijos estaba sujeta mayoritariamente a la madre, dejando al padre en calidad mero visitador, con ello se vulneraba ese derecho de los niños a mantener una familia y a compartir su tiempo de manera equitativa. Con la sentencia que expide la Corte Constitucional en torno a la preferencia materna, se espera que los juzgadores evalúen caso por caso la situación de cada niño con la finalidad de adoptar una decisión coincidente con el interés superior del niño.

Décimo entrevistado: Manifiesta que tanto el principio del interés superior como el de corresponsabilidad parental establecidos en la Constitución ecuatoriana y en el Código de la Niñez y Adolescencia han sido objeto de transgresión, particularmente frente a los casos de tenencia de los hijos, puesto que para llegar a garantizar un interés supremo íntegro se debe llegar a distribuir proporcionalmente derechos, deberes y responsabilidades de los progenitores en relación a sus hijos, de tal manera que ambos participen del cuidado y crianza en un marco de igualdad y respeto.

Comentario del autor.- Haciendo énfasis a la sentencia de la Corte Constitucional expedida en diciembre de 2021 se puede observar que el tema de la tenencia en el Ecuador de alguna manera ha reflejado serias vulneraciones a los principios constitucionales, puesto que reconocer en la ley una preferencia materna ha causado que en la práctica judicial los jueces adopten decisiones a partir de la generalidad, es decir, asumiendo que en todos los casos los

hijos siempre van a estar mejor con la madre, por lo que se llegaba a transgredir el principio de igualdad formal, igualdad material y no discriminación. En virtud de ello, seguir manteniendo un modelo exclusivo de custodia resulta inadecuado a la hora de asumir responsabilidades parentales, puesto que en la práctica se llegan a generar varios tipos de conflictos en lo relativo al derecho de visitas. Por lo tanto, concuerdo con las opiniones de los entrevistados, ya que reconocen que un modelo de tenencia uniparental no garantiza en los niños un eficaz desarrollo y estabilidad emocional, la idea de la custodia debe estar encaminada a que ambos padres cumplan sus deberes y responsabilidades por igual sin llegar a menoscabar derechos fundamentales.

A la segunda pregunta: ¿Considera que se debe efectuar una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con la finalidad de incorporar la custodia compartida, dado que otras legislaciones latinoamericanas ya lo han hecho y los resultados han sido positivos en relación a los niños?

Respuestas:

Primer entrevistado: Considera que, desde la perspectiva del derecho comparado, si es oportuno e ideal efectuar una reforma legal con el objetivo de contar con esta figura jurídica en la legislación ecuatoriana, puesto que otros países de Latinoamérica dentro de sus normativas correspondientes reconocen este tipo de régimen como un medio para reforzar las responsabilidades frente a sus hijos tras la ruptura de la relación conyugal de sus padres, desde esa óptica, Ecuador está rezagado en materia de niñez y ello implica un incumplimiento de las obligaciones internacionales. Sin embargo, es preciso aclarar que no siempre se trata de ir reformando leyes o aumentando normas sobre normas, sino que se debe entender que dicho cometido debe estar encaminado a solucionar un problema latente en el ámbito jurídico y social. Finalmente, concluyó argumentando que la custodia compartida tiene su justificación en que con ello el Ecuador estaría garantizando los principios fundamentales del interés del niño reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales.

Segundo entrevistado: Considera que es conveniente, pero además recalca que lamentablemente el Código de la Niñez y Adolescencia no está aplicando lo que se llama ese tipo de derecho progresivo, se estima que el derecho es progresivo cuando se adecua a la

realidad y exigencias del ser humano de tal forma que permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de los derechos. Desde esa perspectiva, enfatizó que dicho cuerpo normativo establecía una preferencia materna al momento de encargar la tenencia de los hijos, lo cual no era acorde a lo contemplado en la Constitución ecuatoriana de 2008, es por ello que coincide en la idea de realizar una reforma con el ánimo de que la normativa de niñez y adolescencia se ajuste al marco constitucional vigente y se tutelen los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Tercer entrevistado: Manifiesta que es necesario una reforma, dado que una vez que la custodia compartida se legisle y se regule, se generará una consideración de igualdad en la relación parento-filial independiente de si los padres viven juntos o separados o si el hijo es producto de una relación extramarital, la consecuencia social de aquello va a permitir de que se equipare la relación y, que el Código de la Niñez establezca reglas claras que permitan tanto al padre como a la madre saber a qué se van a atener en función de no vivir conjuntamente con el menor.

Cuarto entrevistado: Considera que el Ecuador actualmente no cuenta con la custodia compartida en la normativa principal que protege a la niñez y adolescencia, es decir, aún no se ha llegado a legislar tal institución del Derecho en el Código de la Niñez por lo que en ese sentido, los abogados en libre ejercicio de alguna manera sienten incertidumbre al llevar a cabo casos relacionados a la tenencia de los niños, ya que se llegan a dar situaciones excepcionales en donde los clientes prefieren optar por una custodia compartida y de esa manera promover un divorcio sano para los hijos.

Quinto entrevistado: Considera que la efectividad de la ley, no necesariamente radica en el hecho de llegar a plasmar una norma en un cuerpo legal determinado, sino más bien en la cultura de cada país para actuar frente a esas normas preestablecidas por un órgano legislativo, por mencionar un ejemplo, en el caso boliviano la custodia compartida ha logrado significativos resultados debido a que los padres al momento de llegar el divorcio han sabido sobrellevar y mantener un diálogo razonable con la finalidad de respetar los derechos de los niños. En virtud de ello, los divorcios o separaciones en el Ecuador lamentablemente acaban en malos los términos, es decir, no se llega a un diálogo favorable entre las partes y ello influye negativamente en el desarrollo de los hijos. Sin embargo, hay que destacar que lo que se busca con la custodia compartida es la tranquilidad y el desarrollo integral adecuado de los

menores, por lo que si sería factible incorporarla a la legislación ecuatoriana para que los jueces y las partes cuenten con reglas claras y aplicables frente a situaciones de divorcio.

Sexto entrevistado: Manifiesta que el tema de la custodia compartida en el Ecuador es algo confuso, puesto que hay quienes dicen que ya existe, sin embargo, lo cierto es que, es una afirmación errónea dado que no se la ha llegado a legislar oficialmente en ningún cuerpo normativo, es decir, no consta en el Código Civil ecuatoriano, ni el Código de la niñez, con lo cual se puede deducir que taxativamente no se encuentra prevista en la norma, por otra parte, los abogados en libre ejercicio, dudan si se puede llegar a solicitarla o no, produciéndose de esta forma un vacío legal al respecto.

Séptimo entrevistado: Manifiesta que en virtud de que otros países latinoamericanos han reconocido legalmente la custodia compartida en sus normativas correspondientes, lo más lógico sería adecuarse a dicho modelo de tuición para garantizar a los niños el efectivo goce de sus derechos, especialmente los establecidos en el libro primero del Código de la Niñez y Adolescencia, esto es, los derechos de supervivencia.

Octavo entrevistado: Considera que en el Ecuador la mencionada figura jurídica ya tenía que establecerse en el ordenamiento jurídico interno, países como Perú y España ya lo han hecho con el objetivo de consolidar el Derecho de Familia, por lo tanto, hoy por hoy, sigue manteniéndose un modelo exclusivo de custodia, vulnerando de esa manera principios constitucionales. Es por ello que, si es necesario legislar la custodia compartida para examinar los resultados que se obtendrán a partir de ella.

Noveno entrevistado: Considera que, en caso de llegar a incorporar la custodia compartida al Código respectivo, necesariamente se debe realizar un proceso de capacitación a los jueces de niñez, ya que el amplio grado de discrecionalidad por parte de los operadores de justicia al momento de interpretar y valorar el principio del interés superior del niño, hace que adopten decisiones a partir de la generalidad.

Décimo entrevistado: Considera que, si otras legislaciones latinoamericanas han incluido a su ordenamiento jurídico la custodia compartida, no tendría sentido continuar con un modelo monoparental de custodia en el Ecuador, ya que, de alguna manera, no coincide con lo que colige la Constitución respecto a la crianza, cuidado y educación de los niños, dado que esas

responsabilidades deben realizarse en forma recíproca ya sea que los hijos se encuentren separados de sus padres por cualquier circunstancia.

Comentario del autor.- Considero que se debe incluir la custodia compartida como una manera de ratificar principios constitucionales e internacionales, por otro lado, la posibilidad de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana puede llegar a ofrecer respuestas mucho más adecuadas y sobre todo proteccionistas de los derechos de los niños, ese debería ser el objetivo último cuando se trata de regulación de tenencia, ya que la idea es que pueda compartir con ambos padres en igualdad de condiciones, es decir, padre y madre se ocupen de su crecimiento emocional, físico y en general de su educación para alcanzar su desarrollo integral. Conuerdo totalmente con el tercer entrevistado, por cuanto la custodia compartida busca equiparar la relación parento-filial de manera acorde a las necesidades del niño, de tal manera que prime la igualdad de derechos y responsabilidades entre padres a pesar de la separación.

A la tercera pregunta: ¿Al momento de evaluar el interés del menor, es necesario que los jueces tengan en cuenta el derecho del niño a mantener la relación con ambos progenitores de manera continua y estable, producto de la separación o el divorcio?

Respuestas:

Primer entrevistado: Considera en primer lugar que es fundamental que frente a los casos de separación o divorcio se trate de ir orientando anticipadamente a los niños respecto de esa situación de sus progenitores, puesto que los más afectados van a terminar siendo los hijos, es por ello que los padres están obligados a proteger la estabilidad emocional de sus hijos, es decir, tratar de que los niños no experimenten esa etapa que puede resultar traumática para su edad y a su vez perjudicial para su desarrollo, esta orientación debe de ser lo más delicada y diligente posible, de tal manera que los niños asimilen la separación o el divorcio sus padres de buena manera. Por otra parte, concluyó señalando que es esencial que los jueces tengan en cuenta ese derecho de los niños a mantener esa relación afectiva con padre y madre en igualdad de condiciones, ya que al hacer eso, se está priorizando los intereses y derechos de los menores y en general la felicidad de estos últimos. Enfatizó el hecho de que en el Ecuador gran parte de las separaciones y divorcios acaban en malos términos en lo que respecta a los

padres, por ende, esa cultura debe cambiar en el país, porque los afectados van a terminar siendo los niños.

Segundo entrevistado: Manifiesta que es muy necesario tal consideración por parte de los operadores de justicia porque al momento de producirse ese tipo de corte o separación en la relación de los padres, más allá de llegar a establecer un régimen de vistas donde el progenitor no custodio solamente puede ver al niño ciertos días y horas específicas, se están quebrantando lazos, derechos y esas relaciones de uno de los padres frente a sus hijos, es por ello que, de manera enfática señala que la lejanía o el distanciamiento conlleva de cierta manera al olvido, provocando percepciones erróneas en donde creen que la separación de los padres es culpa de los niños, a tal grado de llegar a sentirse culpables de esos acontecimientos. El juez bajo el principio del interés superior, debe generar ese tipo de relación constante, continuo y estable, en razón de que los derechos de supervivencia del niño establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia no tienen por qué ser descuidados frente a circunstancias ajenas a su voluntad.

Tercer entrevistado: Manifiesta que el juez frente a esas situaciones de separación, siempre va a preponderar y proteger el derecho del menor, sin embargo, su línea de pensamiento más bien propende a que se genere un acuerdo de voluntades entre los padres, ahora bien, ya en la práctica jurídica hay resquebrajamiento de relaciones que son definitivamente irreconciliables entre padres y eso definitivamente repercute en los menores, es por ello que al final de cuentas dependerá de la sana crítica con la que actúe el operador de justicia para dar a cada uno lo que le corresponde en cuanto a derechos relacionados con la tutela y custodia del menor.

Cuarto entrevistado: Considera que los operadores de justicia siempre deben sujetarse a esa consideración, es decir, no se debe adoptar una decisión que favorezca a un solo progenitor, sino que ambos padres deben intervenir el desarrollo del menor, por lo tanto, es fundamental que los jueces tengan en cuenta tal regla para garantizar al niño la relación con ambos progenitores.

Quinto entrevistado: Manifiesta que en la práctica judicial el derecho del niño a convivir con padre y madre, de alguna manera ha llegado a ser desprotegido, en el caso de la tenencia, subraya que al establecer un régimen de vistas al otro progenitor en donde queda supeditado

a ver a su hijo ciertos días específicos, eso contribuye a que los niños no puedan disfrutar de una relación continua y estable, además el hecho de que los menores queden bajo el cuidado y protección de un solo progenitor puede acarrear serias irregularidades, el más frecuente justamente tiene que ver con la obstrucción de vínculos parentales.

Sexto entrevistado: Manifiesta que la relación afectiva con ambos padres es esencial para el desarrollo del niño en la sociedad, por lo que aun cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial entre los progenitores, el juzgador debe procurar en la medida de lo posible no interrumpir las rutinas que solía mantener con el hijo o hija, solo de esa forma se puede priorizar el interés superior del niño.

Séptimo entrevistado: Considera que frente a los casos de separación o divorcio en donde hay menores de por medio, resulta bastante complejo satisfacer plenamente el interés del niño, dado que los padres una vez que han llegado a esa etapa judicial acaban por cortar el diálogo de manera drástica, en ese sentido, el juzgador por más que llegue a estimar el derecho de los niños a relacionarse de manera estable con sus padres, muchas de las veces son estos últimos quienes terminan actuando en función de sus propios intereses y no dan prioridad al bienestar de los niños.

Octavo entrevistado: Manifiesta que el derecho del niño, niña o adolescente a la convivencia familiar es un principio rector que los jueces jamás deben descuidar porque de ello dependerá la estabilidad emocional de los hijos.

Noveno entrevistado: Manifiesta que los jueces cumplen un rol fundamental al momento de administrar justicia, más todavía en situaciones concernientes a niños y adolescentes, es por ello que las resoluciones que expidan deben estar orientadas a tutelar los derechos de los niños y, por otra parte, adoptar todas las medidas necesarias para que los padres lleguen a cumplir con la decisión, de tal manera que ambos participen recíprocamente en la crianza, cuidado y la interacción continua de los hijos.

Décimo entrevistado: Considera que, si se llega a descuidar el derecho del niño a mantener relaciones afectivas con papá y mamá en forma regular y progresiva, ello constituiría un grave detrimento al interés superior del niño.

Comentario del autor.- Considero que en función a la protección de los derechos del niño que son superiores a todos los demás, sería conveniente que se mantenga esta posición de que el niño tenga posibilidades de compartir tanto con el padre y la madre la mayor frecuencia posible el cuidado y crianza para que su crecimiento, estabilidad y desarrollo sea adecuado, siempre y cuando los progenitores posean las condiciones necesarias para tal cometido, es decir, la estabilidad emocional y la madurez psicológica suficiente que les permitan actuar de mejor manera tras la ruptura matrimonial, de tal manera que esas circunstancias externas no influyan negativamente en el niño y su interés superior. De igual manera, concuerdo en su gran mayoría con lo manifestado por el cuarto entrevistado, el cual considera que los operadores de justicia siempre deben sujetarse a esa consideración y no se debe adoptar una decisión que favorezca a un solo progenitor, sino que ambos padres deben intervenir el desarrollo del menor.

A la cuarta pregunta: ¿Ante los casos de separación y divorcio, como se les podría garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a mantener la relación con ambos progenitores de manera estable, continua y permanente?

Respuestas:

Primer entrevistado: Manifiesta que ante todo se debería seguir un tratamiento dirigido a los padres con la finalidad de que puedan subsanar disconformidades de tal manera que no queden como enemigos y mejoren su relación post-divorcio, ya que los niños pueden llegar a sentir ese entorno intrincado de los padres y lamentablemente eso va a generar circunstancias negativas en su desarrollo. Es por ello que, los jueces deben procurar reforzar la relación de los padres y los hijos tras la disolución del vínculo matrimonial a través de una valoración de las responsabilidades parentales y en base a ello, determinar qué es lo más conveniente para el niño.

Segundo entrevistado: Considera que lo más factible para garantizar al niño, niña y adolescente la relación continua con sus padres es a través de una custodia compartida, lo cual en el Ecuador aún no se ha podido llegar a legislar, recalca que lo más lógico es que pueda existir un cuidado compartido en lo que respecta a la custodia, para no obstruir lazos afectivos de los niños y sus padres y de esa manera garantizarles su derecho a conservar una familia tras la separación, pero sobre todo que disfrute de la convivencia familiar, esto es, padre y

madre, y a su vez los parientes de cada uno de ellos, en igualdad de condiciones y oportunidades.

Tercer entrevistado: Considera que frente a esa interrogante se desprenden otras circunstancias adicionales que se deben señalar, puesto que se está generando una colisión de derechos total, porque, por un lado, está el derecho que tienen los padres para poder tutelar o custodiar a los menores, respecto a esta última parte, indica que lo considera muy importante el derecho de los menores a gozar de esa relación parento-filial, ahí interviene un aspecto sociológico, esto es, el carácter laboral de cada uno de los padres, que se traduce en la relación de oficina, el trabajo de lunes a viernes de los padres, entre otras circunstancias. Frente a esas situaciones, reitera que debe establecerse legalmente una fórmula o un parámetro de calificación en torno o a escenarios de vistas, tenencia, etc., para que no se vea afectada ni la relación con el menor ni el tema de labores de cada uno de los padres.

Cuarto entrevistado: Manifiesta que lo más conveniente frente a procesos de separación o divorcio de los padres sería adoptar un modelo de tuición compartida, en el que ambos progenitores mantengan vínculos afectivos y eficientes en igualdad de condiciones con la finalidad de lograr la felicidad de los niños en los distintos ámbitos de su vida.

Quinto entrevistado: Manifiesta que los juzgadores deben hacer una valoración en torno a las aptitudes y conductas de cada progenitor para determinar cuál de ellos da más garantías de un libre acceso a visitar al hijo, es decir, no restringir arbitrariamente esa relación fundamental que va a permitir un mejor desarrollo a los niños.

Sexto entrevistado: Considera que solo escuchando el criterio voluntario del niño, niña o adolescente se va a lograr una mejor tutela del interés superior, es por ello que los juzgadores para garantizar el derecho a mantener la relación con ambos padres de manera estable y continua, primeramente, debe tomar en cuenta el juicio del niño, es decir sus deseos, sentimientos y emociones frente a cada uno de los progenitores.

Séptimo entrevistado: Considera que para llegar a efectivizar el derecho a conservar la relación parental de manera equilibrada ante los casos de divorcio, es necesario implementar un régimen de cuidado conjunto, que actualmente no se lo encuentra previsto en la legislación del Ecuador, pero se lo puede llegar a considerar para adaptarlo a la práctica judicial y a la realidad ecuatoriana.

Octavo entrevistado: Considera que un elemento sustancial que no puede perderse de vista es la opinión de niño, es decir, su derecho a ser consultado en todos los ámbitos y asuntos que le afecten directa o indirectamente, es por ello que en nuestra legislación el juez debe valorar el parecer del niño en función de su edad y grado de madurez, por lo tanto, la opinión de menores de doce años constituye para el juez un medio referencial, mientras que la opinión de aquellos que son mayores de doce años es vinculante.

Noveno entrevistado: Manifiesta que, tras la ruptura de la relación entre progenitores, sería ventajoso dejar a los mismos padres en forma convencional y razonable tomar decisiones que beneficien a los hijos, tanto en la parte emocional como en la económica, sin embargo, en la práctica eso no llega a suceder, por lo que quien termina resolviendo esas situaciones es el juez, en razón de ello, lo más ecuánime sería optar por una tenencia compartida.

Décimo entrevistado: Considera que lo ideal para garantizar a las niñas, niños y adolescentes su derecho a que ambos padres intervengan en su bienestar y desarrollo en forma continua, es a través de la custodia compartida, en donde los progenitores podrán arribar a acuerdos más sanos y justos.

Comentario del autor.- Conuerdo con la mayoría de entrevistados, ya que para llegar a materializar ese derecho del niño a conservar su relación con ambos padres de manera proporcional e igualitaria es de vital importancia adoptar un modelo de custodia compartida, la cual permita facilitar la interrelación con la mayor frecuencia posible, puesto que los niños necesitan de ambas figuras parentales para alcanzar un buen desarrollo integral. Es importante destacar lo manifestado por el sexto y octavo entrevistado al referirse al derecho de los niños a ser consultados, a través de ese derecho se está velando por los intereses del niño, este derecho debe ser optimizado de acuerdo a la edad y grado de madurez, ya que de ello dependerá la resolución del juez, es decir, la opinión de los niños puede llegar a ser referencial o vinculante para el juez. Es por ello que si se desea establecer la custodia compartida, tendrá que escucharse la opinión del niño con la finalidad de que el juez pueda valorar de mejor forma el tipo de responsabilidad parental que cada uno de los padres ha mantenido con el niño.

A la quinta pregunta: ¿Al momento de resolver sobre la tenencia de los hijos, considera que es fundamental contar con un pormenorizado estudio interdisciplinario, que le permitan al

juez contar con los insumos necesarios y a partir de ellos determinar si es factible optar por la custodia compartida, en los casos en donde los progenitores no puedan llegar a un acuerdo y se la tenga que establecer judicialmente?

Respuestas:

Primer entrevistado: Manifiesta que generalmente los divorcios siempre terminan en desacuerdo, más todavía cuando se tiene que resolver la condición jurídica de los niños, frente a esas circunstancias los intereses del menor se abandonan y se terminan valorando las conveniencias de los padres en el sentido de que se enfocan en la parte económica creyendo que eso es lo más importante para los hijos, si bien la pensión alimenticia es fundamental para el desarrollo educacional de los menores, no se debe poner en un segundo plano su estabilidad emocional, es decir, los niños requieren de que todas sus necesidades sean cumplidas apropiadamente, tanto las materiales como las afectivas. En razón de ello, en caso de no arribar a un acuerdo en pro del bienestar de los hijos, si sería necesario contar con la intervención de especialistas para que puedan darle insumos al juez de la situación familiar del niño y con base en ello, considerar si es factible o no optar por la custodia compartida.

Segundo entrevistado: Considera que el juez al momento de generar un tipo de sentencia o resolución tienen que llegar a apreciar todo tipo de pruebas en su integralidad con la finalidad de adoptar una decisión acorde a los intereses del menor, es decir, los técnicos especializados para tal efecto son quienes van a determinar cómo funciona el entorno familiar del niño, a partir de esas indagaciones el juez debe guiarse para privilegiar los derechos del niño, entre ellos, el de conservar la estabilidad familiar y el disfrute de la convivencia uniforme con padre y madre. Incluso si las circunstancias son favorables y permiten una custodia compartida, solo de esa manera podrá determinar qué es lo más factible para los niños y adolescentes.

Tercer entrevistado: Manifiesta que, de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos en lo referente a la administración de justicia, el que tiene la última palabra es el juez, por lo que informes, peritajes, indagaciones, etc., son referenciales para ilustrar de mejor manera la decisión del juzgador, es decir, el juez está obligado a pedir ese tipo de documentos para determinar la situación jurídica de los hijos tendientes a dar prioridad al interés superior.

Cuarto entrevistado: Considera que el apoyo interdisciplinario siempre ha sido un mecanismo que tiene a disposición el juez para resolver de mejor manera la situación de los menores, sin

embargo, si esos estudios realizados por especialistas le van a permitir al juez establecer la custodia compartida, va a resultar bastante idóneo siempre y cuando sea en beneficio de los menores.

Quinto entrevistado: Manifiesta que actualmente los jueces no están preparados para llegar a evaluar la factibilidad de la custodia compartida, puesto que en la práctica judicial se ha llegado a normalizar la circunstancia de que la tenencia de los hijos siempre se confiera a la madre, por lo tanto, lo más adecuado sería realizar capacitaciones a los operadores de justicia con la finalidad de que lleguen a tomar en cuenta tanto al hombre como a la mujer en la ejecución de tareas de cuidado y crianza de los hijos.

Sexto entrevistado: Considera que el interés superior de los niños no necesariamente puede llegar a ser garantizado por la madre o el padre en forma individual, sino que debe ser precautelado por los dos de buena manera y en un marco de igualdad, es por ello que el apoyo interdisciplinario debe estar direccionado a reducir tensiones en la crisis matrimonial para que el juez pueda disponer la custodia compartida y de esa manera los niños puedan asimilar positivamente una ruptura o separación de sus padres.

Séptimo entrevistado: Considera que la oficina técnica cumple un rol esencial en el ámbito judicial, ya que permite al juez adquirir insumos necesarios para resolver adecuadamente situaciones concernientes a niñez y adolescencia, no es nada nuevo contar con estudios interdisciplinarios en los casos de tenencia, de hecho los operadores de justicia siempre han tenido esa herramienta para valorar de mejor forma el entorno familiar del menor, sin embargo, si con ello se busca adoptar un modelo de custodia compartida para lograr una participación en igualdad de condiciones por ambos progenitores en el desarrollo y crecimiento de los hijos, sin duda es una propuesta razonable y objetiva, por lo tanto, se la tendría que poner en práctica.

Octavo entrevistado: Manifiesta que los aportes que realizan las oficinas técnicas de las unidades judiciales de la familia, muchas de las veces han terminado en agudizar los conflictos antes que propiciar la solución, es por ello que se debería acudir a mediación, es decir, a métodos alternativos de resolución de conflictos, antes que trasladar todos los conflictos a las unidades judiciales, en definitiva se ha visto que no han sido capaces de solucionar

adecuadamente los conflictos en el ámbito familiar y más bien han terminado perjudicando a los niños que han estado en disputas familiares y que sin duda les afectan emocionalmente.

Noveno entrevistado: Manifiesta que en el Ecuador lo tocante a la custodia compartida ha sido objeto de múltiples debates tanto en el ámbito social como en el jurídico, sin embargo, aún no se ha logrado concretar tal figura jurídica, un problema bastante latente en lo referente a la tenencia uniparental, es el relacionado con la alienación parental, es decir en donde la madre o el padre induce al niño a pensar mal del otro progenitor, creando en el niño sentimientos de rechazo frente cualquiera de sus padres. Ante tal circunstancia, sería conveniente y oportuno cambiar de modalidad en la tenencia de los hijos y más bien optar por la custodia compartida con el fin de evitar casos de manipulación. El apoyo interdisciplinario no debería ser un factor determinante para conferir la custodia compartida.

Décimo entrevistado: Manifiesta que ante los casos de divorcio o separación debería primar el acuerdo voluntario de los padres al momento de resolver la situación jurídica de los menores, incluso si se quiere llegar a establecer la custodia compartida. Las oficinas técnicas cuentan con un personal especializado para realizar informes que permitan conocer la realidad de la convivencia en la familia, es decir, su forma de relacionarse e interactuar, sin embargo, no se debería valorar únicamente esos elementos para conferir la custodia compartida, más bien tratar de dar protagonismo a los niños y adolescentes para conocer si dicho modelo compartido resultará favorable para su desarrollo y bienestar.

Comentario del autor.- Considero que es necesario contar con estudios avalados por personas especializadas para llegar a tomar una decisión coherente y objetiva tendiente a proteger el interés de los niños y adolescentes. Se debe destacar que el apoyo de las oficinas técnicas constituye un medio esencial por parte de los operadores de justicia, los informes emitidos por los profesionales que integran las oficinas técnicas son insumos fundamentales que permiten orientar de mejor forma a los jueces, frente a los casos de tenencia el juez tiene a disposición esas herramientas con el fin de recabar información que le serán útiles en el proceso, sin embargo, en el caso de llegar a establecer la custodia compartida por medio de informes favorables que permitan al juez convencer de que esa será la mejor opción para garantizar el bienestar de los niños, entonces se debe tratar de que esos informes estén ampliamente detallados para establecer con claridad tal cometido y que ello no suponga vulneración de derechos tanto para los padres como para los hijos.

6.3. Estudio de Casos.

El presente estudio de casos se enfoca principalmente en desarrollar Sentencias expedidas por la Corte Constitucional del Ecuador y el Tribunal Supremo de España, considerando sus contenidos para ser analizados, interpretados y expuestos en el siguiente estudio jurídico, en razón de que, en nuestro país aún no se ha logrado legislar la custodia compartida.

Caso No. 1

1. Datos Referenciales:

SENTENCIA No. 28-15-IN/21. (Inconstitucionalidad de la Preferencia Materna).

TIPO DE ACCIÓN: Acción Pública de Inconstitucionalidad.

NÚMERO DE PROCESO: 28-15-IN.

Expediente: 0028-15-IN

Quito, D.M., 24 de noviembre de 2021.

2. Antecedentes:

El 24 de noviembre de 2021 la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 28-15-IN/21, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, en las frases “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”, por ser contrarias al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad y no discriminación y, a la corresponsabilidad parental respectivamente.

Pretensiones:

Conforme los argumentos jurídicos esgrimidos por los accionantes la norma impugnada vulnera el principio de igualdad y perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal; y, contradice el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes. Además, sostienen que la norma impugnada viola el principio de corresponsabilidad parental, pues al mantener un régimen de

preferencia materna en la tenencia del niño, se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos.

Con base en los artículos de la Constitución de la República del Ecuador que contienen el principio *ibídem* y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recalcan que, en caso de que se disuelva el matrimonio, debe primar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la toma de decisiones sobre la vida de niños, niñas y adolescentes.

Para justificar sus pretensiones, emplean la observación general N°. 14, expedida por el Comité de los Derechos del Niño, la cual prescribe:

Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso.

Por otro lado, afirman que la norma impugnada es discriminatoria para las mujeres, ya que, sin ningún sustento, considera como cierto un estereotipo referente a que son “más idóneas para el cuidado de los hijos” por su sola condición de ser mujer. Así, mencionan el preámbulo y los artículos 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“CETFDM”), para recalcar la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en cuanto a la crianza de los hijos.

Aluden también a la obligación del Estado de adoptar medidas para asegurar condiciones de igualdad entre padres y madres en lo referente al cuidado y crianza de niños, niñas y adolescentes. Advierten que, en caso de seguir perpetuando el estereotipo respecto al rol de la mujer en la familia, se continuará afectando la situación de las mujeres en el campo laboral. A su criterio, la norma impugnada es violatoria al principio de igualdad por dos motivos: por la preasignación materna que impide el ejercicio equitativo de derechos y obligaciones entre padres y madres; y, por reforzar los estereotipos del rol de la mujer en la familia.

Recalcan que de conformidad con la observación general N°. 14, el interés superior de niños, niñas y adolescentes es prioritario frente a otros intereses, por lo que se debe evaluar cada caso para decidir sobre la tenencia. Consideran que la asignación automática a la madre, a falta de acuerdo sobre la tenencia, presupone una rigidez en la toma de decisiones que se convierte en una acción discriminatoria.

En lo referente a la preservación del entorno familiar de niñas, niños y adolescentes, argumentan que la norma es contraria pues el otorgamiento de la tenencia de forma exclusiva y arbitraria a la madre cuando ambos padres son igualmente aptos, impide que el niño tenga este contacto continuo con su núcleo familiar. Es así que, no se permite que todos los integrantes puedan cumplir con sus obligaciones respecto del menor.

Dentro de la audiencia, establecieron que la norma viola obligaciones internacionales, por lo que se debe evaluar caso por caso la tenencia y establecer parámetros para evaluar el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Cuestionaron lo que ocurre con “los niños más pequeños que no se pueden dar a entender de manera adecuada” y afirman que, el hecho de “que sean niños no les priva de dar su expresión”.

Finalmente, en su demanda expresan que la visión adultocéntrica genera la existencia de una preferencia materna; y, en consecuencia, no se considera el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Con base en los argumentos reproducidos, los accionantes pretenden que se admita a trámite la demanda y se declare la inconstitucionalidad de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

3. Resolución:

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad N°. 28-15-IN.

Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han

cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.

Parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes.

Es necesario establecer parámetros a seguir por las autoridades judiciales, mientras no exista marco regulatorio; y, para el legislador, hasta que no se desarrolle la normativa pertinente. Todo esto, con el fin de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes. Por ello, en vista de que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia han sido expulsados del ordenamiento jurídico, en los escenarios en que se discuta la entrega de la tenencia, deberá primar el interés superior de niños, niñas y adolescentes bajo las siguientes consideraciones.

Bajo ningún caso el juez o jueza podrá fundar su decisión en el género de los progenitores o en su capacidad económica. Los lineamientos no deben ser considerados como una lista taxativa de condiciones que satisfactoriamente cumplan el interés superior de niños, niñas y adolescentes. Se deberá evaluar cada caso, de acuerdo al contexto y utilizando como base todos los elementos establecidos en la presente decisión, sin considerar que unos tienen mayor jerarquía que otros.

Todas las directrices expuestas en la presente decisión tienen un fin en común: establecer parámetros para la evaluación del interés superior de niños, niñas y adolescentes, y que estos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre:

- i. Se tomará en consideración, principalmente, la opinión de los niños, niñas y adolescentes sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez.
- ii. Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del niño, niña o adolescente.
- iii. Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica, patrimonial y vicaria.

iv. Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los niños, niñas y adolescentes, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres.

v. Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.

vi. Se respetará la identidad de niños, niñas y adolescentes.

vii. Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de niños, niñas y adolescentes, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.

viii. Se analizará cualquier daño que hayan sufrido niños, niñas y adolescentes o que potencialmente puedan sufrir.

ix. Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.

x. Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.

xi. Se contemplará cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural de niños, niñas y adolescente que sirva para determinar su interés superior.

xii. Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de niños, niñas y adolescentes, pero no serán el único elemento a considerar.

xiii. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que se explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros antes referidos.

4. Comentarios del Autor.

De los criterios transcritos, se puede desatacar varios elementos trascendentales, sin embargo, para el estudio en cuestión, el contexto de la sentencia se lo analizará excepcionalmente a partir de tres momentos, esto es, la preferencia materna en el encargo de la tenencia de los hijos, el principio constitucional de corresponsabilidad parental y el interés supremo del niño.

En lo relativo a la preferencia materna, si bien en su momento el Código de la Niñez y Adolescencia colegía una preferencia en favor de la madre a la hora de encargar la tenencia de los hijos menores que no hayan cumplido doce años, es evidente que se excluía al padre instantáneamente en el sentido de que se lo consideraba no apto para ejercer tareas de cuidado y crianza respecto a los hijos. Por otro lado, el mismo cuerpo legal supradicho, daba a entender que la mujer (madre) era la más idónea a la hora de cuidar a los hijos, es decir, se le reconocía una presunción de idoneidad en ese aspecto, reduciéndola en este sentido a que su único rol era ejercer labores de hogar y cuidado. Para resaltar la cuestión mencionada, en base a las especificaciones legales correspondientes, existía una suerte de discriminación que no guardaba armonía con los principios de igualdad y corresponsabilidad parental respecto a los progenitores a la hora de encargar la tenencia de los hijos. Por ende, el mero hecho de conceder dicha preferencia en pro de la madre respecto al cuidado y crianza de los hijos, constituye, por un lado, detrimento de derechos para ambos progenitores en distinta magnitud, y por el otro extremo, llega a menoscabar el interés superior del niño, tanto así que incluso lo llega a contradecir.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de la sentencia en cuestión, es muy trascendente, a pesar de ser un pronunciamiento tardío, resulta muy importante en la lucha por la igualdad de derechos que propugna la Constitución de la República del Ecuador.

Adicionalmente, la corresponsabilidad parental juega un rol trascendente respecto de los hijos menores, esto es, niñas, niños o adolescentes, ya que esta tiene su basamento en la distribución equitativa de responsabilidades por parte de ambos progenitores cuando se ha producido la ruptura de la relación conyugal, de ahí que no se puede sobrecargar de responsabilidades a un solo progenitor en relación con los hijos, sino que, esta debe de ser acorde y equivalente. La corresponsabilidad parental, solo puede adquirir tal sentido, si esta se encuentra equilibrada, esto es, debe de estar situada en un punto equidistante de la

balanza, de tal manera que no se incline ni más ni menos hacia un progenitor en las responsabilidades y deberes que deben desempeñar frente a sus hijos.

En lo que respecta al interés supremo del niño, este principio universal consiste en lograr la máxima satisfacción de los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes en aras de garantizar su desarrollo integral adecuado. De lo señalado en la sentencia se puede observar que se llega a establecer ciertos parámetros al momento de resolver la tenencia de los hijos, cabe señalar que el modelo que continúa rigiendo en el Ecuador es el de la tenencia uniparental, en donde se deberá evaluar caso por caso la situación jurídica de los niños y adolescentes siguiendo dichos parámetros que constan en la resolución de la sentencia.

Ahora bien, frente a escenarios de separación o divorcio en donde existen hijos pequeños de por medio, la situación de la familia cambia totalmente en el sentido de que la convivencia habitual que se mantenía en dicho entorno se modificará considerablemente. Ante esas circunstancias es obligación de los padres precautelar la estabilidad física, psicológica y emocional de los menores puesto que estos últimos son quienes terminan siendo los más afectados producto de la crisis matrimonial de sus padres. Un elemento esencial a tomar en consideración alusivo a niñas, niños y adolescentes, es su derecho a ser escuchados en todas las situaciones que les afecten, es decir, una forma de efectivizar su interés superior es justamente garantizando la libre manifestación de su opinión, el hecho de que sean niños no significa que sus derechos sean menos importantes, al contrario, son sujetos de derechos propios y por ende gozan de una personalidad jurídica independiente de la de sus progenitores o cualquier otra persona.

El interés superior del niño es un principio que irradia todos los procesos en donde se esté resolviendo situaciones concernientes a niños, niñas y adolescentes, es por ello que los jueces al sopesar dicho interés deben tomar en cuenta todas las circunstancias de vulnerabilidad, de tal manera que se llegue a privilegiar su bienestar y desarrollo integral adecuado.

Frente a los casos de tenencia, es fundamental escuchar la opinión del niño, ya que, a partir de ello, el juez podrá examinar adecuadamente el interés de la niña, niño o adolescente de forma objetiva y prioritaria. Además, los jueces al ser garantes de derechos, deben asegurar a los niños y adolescentes su derecho a mantener la relación con ambos

progenitores, aun cuando estos últimos ya no convivan juntos, en similar forma, deben tener en cuenta el derecho de los niños a mantener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar. La opinión de los niños constituye un elemento fundamental que no puede ser soslayado, es por ello que la Corte Constitucional, pone de relieve tal derecho para que no sea descuidado al momento de resolver la tenencia de los mismos.

Los parámetros fijados por la Corte Constitucional para otorgar la tenencia de los hijos resultan oportunos, puesto que persiguen un análisis caso por caso para determinar si será el padre o la madre la encargada de ejercer la tenencia del niño, niña o adolescente, es decir, se continúa con el modelo de la tenencia exclusiva en donde la tenencia solamente puede recaer en un solo progenitor. Sin embargo, respecto a esto último, es preciso destacar que Ecuador, a diferencia de otros países latinoamericanos como Chile, Brasil o Bolivia que ya cuentan con la figura jurídica de la custodia compartida en sus respectivas normativas, sigue manteniendo un modelo de custodia monoparental y de alguna manera ello contraviene principios de carácter constitucional e internacional. Así, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), haciendo una paráfrasis de su artículo 16 se puede mencionar que los Estados Partes están llamados a adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, deben asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades respecto a la custodia de los hijos, y que los intereses de los hijos debe primar sobre cualquier otro interés.

En consonancia con lo anterior, la incorporación de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debe entenderse como una forma de reafirmar principios y derechos plasmados no solo en la Constitución ecuatoriana, sino también en los respectivos instrumentos internacionales de derechos humanos, de tal manera que se logre cumplir con la igualdad formal y material y, que ello no suponga la discriminación entre progenitores respecto a quien es el más apto para desempeñar labores de cuidado y crianza en relación con sus hijos, la custodia compartida persigue ese trato equivalente entre progenitores y su fin es priorizar el interés superior del niño en todos los ámbitos o esferas de su vida.

Caso No. 2

Datos Referenciales:

Id Cendoj: 28079110012015100093

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Fecha: 16/02/2015

Nro. Recurso: 890/2014

Nro. Resolución: 96/2015

Tipo de Resolución: Sentencia

1. Antecedentes:

Ante el Juzgado de Primera Instancia se presentó por la Sra. J. demanda de divorcio en la que solicitaba la custodia del hijo menor, nacido el NUM002 de 2008.

Por el Sr. Camilo se contestó a la demanda solicitando la custodia compartida.

En la sentencia se atribuía la custodia a la madre y se aconsejaba un régimen de visitas a favor del padre, libre, amplio y flexible, y, en defecto de acuerdo, fijaba los fines de semana alternos y el miércoles desde la salida del colegio hasta la entrada el jueves.

El Ministerio Fiscal, ante esta Sala, solicitó la estimación del recurso, para que se fijase el sistema de custodia compartida.

El recurrente alega que, en la resolución recurrida, no se protege debidamente el interés del menor. Que no debe considerarse como excepcional, sino como normal, el sistema de custodia compartida. Que ambos progenitores son profesores universitarios, con igual disponibilidad e ingresos y horario, sin que conste más tensión procesal que la derivada de la protección de los intereses legítimos del padre.

De lo declarado acreditado en autos, se observa que la tensión, que en la resolución recurrida provoca el rechazo del sistema de custodia compartida se basa en:

1. La condena por coacciones de la Sra. Justa, a denuncia del Sr. Camilo, por cambiar aquella la cerradura de la vivienda familiar.

2. Por las discrepancias manifestadas por el esposo en torno al mantenimiento o no del menor en un colegio privado no concertado, con la repercusión económica que ello produciría

QUINTO. - Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la

ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013).

SEXTO. - Puesta en relación la doctrina mencionada con los razonamientos de la resolución recurrida se debe concluir que no se ha respetado la doctrina casacional, por lo que procede la estimación del motivo de recurso de casación, dado que las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida, no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo.

En primer lugar, la condena por coacciones de la Sra. Justa, no supone demérito alguno para el Sr. Camilo. En segundo lugar, las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable.

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

2. Resolución:

FALLAMOS:

- 1.** ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Camilo, representado por el Procurador D. J.I.V.C contra sentencia de 30 de diciembre de 2013 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- 2.** CASAR la sentencia recurrida en el sentido de acordar la custodia compartida.
- 3.** El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre.

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, dada la igualdad de profesión y retribución, declarada en la sentencia recurrida. 4. En cuanto a la vivienda familiar, deberán instar a través del cauce procesal oportuno. 5. Se acuerda la devolución de los depósitos para recurrir. 6. No procede expresa imposición en las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. 7. Se mantiene la no imposición de costas en las instancias.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

3. Comentario del Autor.

La legislación española cuenta con un amplio conjunto normativo en materia de niñez tendiente a regular las relaciones familiares con el propósito de conservar su estabilidad, es por ello que, frente a escenarios de separación de sus progenitores ha previsto reglas claras direccionadas a tutear el interés de niñas, niños y adolescentes. En lo relativo a la custodia de los hijos, se puede evidenciar que España cuenta con la figura jurídica de la custodia compartida, la cual se encuentra consagrada en su Código Civil, llegando a colegir que se la podrá fijar de manera convencional o judicial, fundamentándola en que solo de esta forma se va a garantizar a los menores un desarrollo integral apropiado.

Es importante destacar que los destinatarios principales al momento de establecerse la custodia compartida son los niños, niñas y adolescentes, es decir, a través de dicho régimen se está atendiendo exclusivamente a su interés supremo, el cual debe primar sobre cualquier otro interés. Además de ello, la custodia compartida va a permitir que los niños no pierdan ese vínculo afectivo y estable con el padre y la madre tras la separación o el divorcio, lo que contribuye a que el impacto emocional y psicológico producto de esa ruptura no cause mayor repercusión en los menores.

El entorno familiar para los niños constituye un elemento esencial para su desarrollo, es ahí donde todos y cada uno de sus integrantes intervienen para lograr su óptimo desenvolvimiento en la sociedad, de ahí la importancia de satisfacer todas sus necesidades, tanto materiales como afectivas.

Desde la perspectiva internacional quienes están llamados a velar por el bienestar y el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes de forma prioritaria es el Estado, la sociedad y la familia, su justificación radica en que los niños se ubican en una situación de desventaja frente a los adultos al momento de exigir el cumplimiento de sus derechos, es por ello que existen instrumentos internacionales de derechos humanos y a su vez organismos de protección que imponen obligaciones a los Estados para que los derechos de niñas, niños y adolescentes sean garantizados en su máxima expresión, puesto que, aun cuando los Estados cuenten con leyes internas en pro de la infancia, pueden llegar a quebrantarlas, es por ello que la esfera internacional constituye un mecanismo para dar cumplimiento de forma estricta a los derechos.

7. Discusión.

7.1. Verificación de Objetivos.

En el presente subtema se procede a analizar y sintetizar los objetivos planteados en el trabajo de integración curricular; existiendo un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación son verificados.

7.1.1. Verificación de objetivo general.

El objetivo general del presente trabajo de integración curricular es el siguiente:

“Realizar un estudio conceptual, doctrinal, jurídico y comparado del principio de corresponsabilidad parental en la custodia de los niños, niñas y adolescentes”.

El presente objetivo general se verifica con el desarrollo del Marco Teórico, ubicado en el punto 4 del trabajo de integración curricular, en donde se realiza un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado tratando temáticas como: Antecedentes de la Custodia Compartida, Corresponsabilidad Parental, Patria Potestad, Custodia, Tipos de Custodia, Filiación, Matrimonio, Divorcio, Unión de Hecho, Convivencia Familiar, Interés Superior del Niño, Régimen Jurídico de Visitas, Régimen de Visitas en el Ecuador, La Familia, Tipologías de la familia, Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos de Derechos, Importancia de la Corresponsabilidad Parental desde la Perspectiva de la Custodia Compartida; se emplearon normas jurídicas del Ecuador, principalmente: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico General de Procesos, Código Civil; en el Derecho Comparado se contemplaron: El Código Civil de España, Ley 20680 de Chile, Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, Ley Contra la Alienación Parental de Brasil. De esta manera queda demostrada la verificación del objetivo general.

7.1.2. Verificación de objetivos específicos.

Los objetivos específicos propuestos en el trabajo de integración curricular son los siguientes:

“Demostrar que en el Ecuador existe la tenencia uniparental que contraviene los derechos de supervivencia de niñas, niños y adolescentes”.

Este objetivo se logra verificar al momento de realizar el trabajo de campo, particularmente con el planteamiento de la segunda pregunta de la técnica de encuesta, al

formular lo siguiente: ¿Considera Ud. que, la tenencia uniparental, al ser el modelo que rige actualmente en el Ecuador, garantiza a niñas, niños y adolescentes la estabilidad y bienestar en los distintos ámbitos de su vida?; a la cual 86.67% de todos los encuestados supieron manifestar que la tenencia uniparental no garantiza a los niños y adolescentes la estabilidad y bienestar en los distintos ámbitos de su vida, además que contraviene gravemente lo dispuesto en el título tercero, capítulo segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual versa sobre el conjunto de derechos de supervivencia de los niños, entre ellos los artículos 22 y 26. Por lo tanto, no están de acuerdo en que la tenencia de los hijos sea conferida a un solo progenitor, sino que, ambos deben procurar compartir las rutinas diarias con el niño, niña y adolescente en forma equitativa y sana.

De acuerdo con Granizo (2013) las niñas, niños y adolescentes que permanecen en el modelo de custodia uniparental pueden llegar a experimentar varios problemas en distintos ámbitos de su vida, los más frecuentes, el entorno académico, social, personal, es decir, está claro que tras el divorcio o la separación, el modelo de tuición monoparental es susceptible de que se generen múltiples situaciones desfavorables para los hijos.

En la misma línea argumentativa, se debe recalcar que a pesar de la ruptura de pareja, se debe anteponer siempre los derechos de supervivencia e intereses del menor, de tal forma que se les garantice un entorno armónico.

Dentro de la custodia monoparental, se limita los derechos del padre y responde a patrones preestablecidos de tenencia monoparental, sin razones fundamentadas, por una parte, la creencia acerca de la incapacidad del hombre en la mejor atención de los hijos, y de otra parte, la ausencia de comprensión de la necesaria participación del padre en la formación integral de los hijos (Ramos, 2014, p. 5).

El autor destaca algo fundamental en lo relativo a la marcada preasignación de roles y estereotipos, es decir, en el Ecuador no es nada nuevo que se la vea a la mujer-madre como la más apta para ejercer tareas de cuidado y crianza, mientras que, al hombre-padre, se lo tenga como un mero proveedor del hogar, y consecuentemente un personaje secundario en la vida de los hijos.

El tratadista ecuatoriano Andrés Ortiz, en lo relativo a la custodia uniparental, ha destacado con datos bastante contundentes esa asimetría producto de los marcados estereotipos al interior de la familia.

Según el INEC (2017), de los 25.468 divorcios acontecidos en el 2016, solo 1.249 hombres se quedaron con la custodia de los hijos frente a 14.669 mujeres en esa misma condición, el resto de casos no registra, ni especifica el destino de la custodia. De los casos de padres separados con custodias registradas, el 92% son mujeres, y el 8% son hombres (Ortiz, 2018, p. 27).

Es evidente que en el Ecuador hombres y mujeres no parten de una misma consideración, particularmente en el sistema judicial, y eso ha evidenciado ese injusto descarte de la figura paterna en la vida de los menores, lo cual es gravísimo considerando el hecho de que ambas figuras parentales constituyen el seno familiar, traducido este último en la mejor forma de proteger y asegurar el óptimo desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

El estudio de casos constituye la vía que refleja la factibilidad de incorporar la custodia compartida, por un lado, la sentencia 28-15-IN/21 relativo al caso ecuatoriano ofrece los argumentos necesarios y suficientes para establecer un estándar que permita el adecuado ejercicio de los derechos entre progenitores y el cumplimiento de principios de valor constitucional, entre ellos, el interés superior del niño, corresponsabilidad parental y el de igualdad y no discrimen. La Corte Constitucional ha emitido un pronunciamiento muy férreo en lo relativo a la lucha por la igualdad, es por ello que se requiere de una participación activa y pertinente por parte del Estado para lograr tal cometido, de tal forma que se cumpla con la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El caso español es otro ejemplo trascendental que se ha fijado a partir de la línea jurisprudencial, ya que de manera taxativa se ha podido establecer la custodia compartida con la finalidad de que los menores no se vean afectados, además precisa con claridad los tiempos de cuidado e interacción para cada progenitor en relación con el hijo, es evidente que dentro de dicha sentencia se ha puesto de relieve el interés superior del niño y el bienestar del menor, ello indica que España ha logrado cumplir con las obligaciones de carácter internacional.

Hay quienes afirman que el modelo de tenencia uniparental existente en el Ecuador respecto de los hijos es un gran inconveniente.

Pues los estudios indican que este tipo de custodia en la práctica ha venido generando situaciones 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, en definitiva del deficiente reconocimiento de los derechos de protección integral a que tienen derecho la población infantil por la vulnerabilidad a la que está expuesta (Pérez, 2017, p. 6).

Es evidente que el modelo de tenencia monoparental que rige en Ecuador permite de forma directa o indirecta que se generen múltiples inconvenientes y vulneraciones de derechos. Los infantes merecen que sus intereses no se vean descuidados tras la ruptura de sus progenitores, es por ello que ambos deben participar en la toma de decisiones, cuidado y crianza de manera equivalente y diaria, ya que ambas figuras parentales son muy importantes en la vida del hijo o hija, por ende, desvincular a uno de ellos implica atentar contra el interés superior del niño y el principio de corresponsabilidad parental.

De la misma forma, con el planteamiento de la cuarta pregunta de la técnica de entrevista, al formular lo siguiente: ¿Al momento de evaluar el interés del menor, es necesario que los jueces tengan en cuenta el derecho del niño a mantener la relación con ambos progenitores de manera continua y estable, producto de la separación o el divorcio?; en la cual uno de los diez entrevistados manifestó que es muy necesario tal consideración por parte de los operadores de justicia, puesto que al momento de producirse ese tipo de corte o separación en la relación parento-filial, más allá de llegar a establecer un régimen de vistas donde el progenitor no custodio solamente puede ver al niño ciertos días y horas específicas, se están quebrantando lazos, derechos y esas relaciones de uno de los padres frente a sus hijos, es por ello que, señala que la lejanía o el distanciamiento conlleva de cierta manera al olvido, provocando percepciones erróneas en donde creen que la separación de los padres es culpa de los niños, a tal grado de llegar a sentirse culpables de esos acontecimientos, por lo que el juez bajo el principio del interés superior debe generar ese tipo de relación constante, continua y estable, puesto que los derechos de supervivencia del niño establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia no tienen por qué ser descuidados frente a circunstancias ajenas a su voluntad.

Llama la atención que aún no se pueda legislar la custodia compartida en Ecuador, teniendo en cuenta las desventajas de mantener un modelo exclusivo, en tal caso, “se

concluye que se necesita hacer una reforma a la normativa existente en el Ecuador, donde se reglamente la forma de aplicación del régimen de tenencia por parte de ambos padres de niños menores” (Fuentala & Espinosa, 2022, p. 28).

Lo trascendente que se debe destacar a partir de la implementación de un régimen conjunto es precisamente que ello va a permitir una mejor asimilación del divorcio por parte de los niños, niñas y adolescentes, por ende, es muy acertada la idea de establecer oficialmente un método más justo y proporcional.

Adicionalmente, se verifica este objetivo con la primera pregunta de la técnica de entrevista al plantear lo siguiente: ¿Cree que el modelo de la tenencia uniparental que rige actualmente en el Ecuador, contraviene principios de carácter constitucional como el interés superior del niño y el de corresponsabilidad parental?; donde uno de los entrevistados manifestó que, tomando en cuenta el carácter garantista y de protección de la Constitución de la República del Ecuador, en el ámbito del derecho de familia, no se ha logrado cumplir con los principios señalados, por lo que existe una suerte de choque o contradicción referente a la custodia uniparental y el principio de corresponsabilidad parental, destaca que el desarrollo integral del niño solo puede adquirir tal sentido si cuenta con una participación igualitaria y equilibrada de papá y mamá en la crianza y cuidado del hijo o hija. Con lo cual, al mantener un modelo de tuición exclusiva, se está conculcando gravemente, entre otros derechos, el interés de los menores y por ende no se logra cumplir con la corresponsabilidad materna y paterna que propugna la Constitución ecuatoriana.

No cabe duda de que el Ecuador se encuentra rezagado en materia de niñez y adolescencia, un ejemplo explícito de ello es que actualmente no se ha podido modificar el modelo existente.

Además, el régimen vigente de custodias monoparentales es el motivo de mayor peso para que se produzcan desavenencias entre las ex parejas, lo que conlleva a la mayoría de los conflictos en el ámbito legal. Del mismo modo, se evidencia que existen desconocimientos en todos los órdenes con relación a las custodias compartidas, como son sus particularidades, características y ventajas, siendo de las alternativas más viables en la actualidad para que se pueda propiciar participaciones más equitativas de cada una de las figuras materna y paterna en la protección de los

menores, impactando de manera positiva en su desarrollo cognitivo y sentimental estable a futuro (Fuentala & Espinosa, 2022, p. 39).

Los autores destacan con bastante acierto la idea de que a partir de un régimen compartido se estaría precautelando ante todo la estabilidad y continuidad de los hijos, a la postre, los más afectados producto de las rupturas entre progenitores son los hijos menores, ergo, se deben adoptar las medidas que permitan el ejercicio efectivo de los derechos de dicho grupo humano. En similar forma, es preciso reiterar que la idea de un modelo exclusivo o uniparental no garantiza el bienestar que ameritan los menores, más bien, contribuye a generar litigios que resultan desgastantes, tanto para los padres como para los niños, niñas y adolescentes.

El derecho comparado constituye la piedra angular para destacar lo viable de la custodia compartida, es así que Bolivia cuenta con un modelo de tuición denominado guarda compartida, a partir del cual permite estimular la corresponsabilidad parental orientada a garantizar un adecuado desarrollo integral, de modo que, se debe enfatizar el rol sustancial que funge dicho principio, de ahí la importancia de no descuidarlo. En el Ecuador el principio de corresponsabilidad parental se encuentra reconocido en la Ley Suprema, sin embargo, no se le ha dado el valor que amerita en lo referente a la tenencia de los hijos.

Brasil ha implementado una ley bastante novedosa en materia de niñez y adolescencia, es el caso de la Ley Contra la Alienación Parental, es decir, se ha previsto cuidadosamente las vulneraciones de las que pueden llegar a ser objeto los niños, es por ello que existen sanciones bastante rigurosas para evitar cualquier perjuicio a nivel emocional y psicológico en los menores, pues el síndrome de alienación parental es bastante grave y corrosivo, ya que induce a formarse ideas y pensamientos negativos en relación al progenitor no custodio, es por ello que esta ley resulta bastante proteccionista de los derechos de la infancia tras la ruptura conyugal.

El segundo objetivo específico se verifica de la siguiente manera:

“Señalar que la custodia compartida garantiza en niñas, niños y adolescentes el derecho a la familia y la convivencia familiar”.

Este objetivo fue confirmado al formular la quinta pregunta de la técnica de encuesta al plantear lo siguiente: ¿Considera oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida para garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a la familia y la convivencia familiar frente a escenarios de separación o divorcio?; a esta pregunta el 83.33% de encuestados consideraron oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con la finalidad de llegar a incorporar la custodia compartida de tal forma que se llegue a garantizar a niñas, niños y adolescentes derechos consustanciales como el de mantener una familia y a su vez gozar de la convivencia familiar. Todo lo señalado conforme a los resultados de las encuestas y entrevistas los cuales se desarrollaron en los puntos 6.1 y 6.2 los cuales nos establecen los resultados de las encuestas y entrevistas respectivamente.

Hay quienes afirman que la inexistencia de la custodia compartida simplemente refleja esa falta de interés por los derechos de la infancia.

El simple hecho que, en el Ecuador, no exista esta figura jurídica importante y relevante, a pesar de todos los atributos positivos que la misma conlleva, ha provocado que al momento de la aparición de una ruptura marital o conyugal arrastre problemas sociales, psicológicos, económicos, y principalmente jurídicos, donde los más perjudicados resultan los niños (as) víctimas colaterales de los caos presentados por los padres (Vistín, 2019, p. 523).

El autor establece con acierto que tras la ruptura de los progenitores los más afectados son los niños, niñas o adolescentes, es por ello que, frente a ese tipo de escenarios se debe buscar las medidas idóneas para que su estabilidad no se vea afectada, particularmente no restringirles su derecho a la familia y a la convivencia familiar en un marco de respeto e igualdad.

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2021), se ha demostrado que los divorcios en el Ecuador han aumentado drásticamente en un 54,4%, entre el año 2020 y 2021, es decir, de 14.568 han ascendido a 22.488. Por lo tanto, los datos muestran que la tendencia de divorcios va en crecimiento. Por otra parte, en cuanto al comportamiento de los divorcios por regiones, se determina que en el año 2021 la región Sierra, registra el mayor

porcentaje de divorcios en un 47,4% con respecto a todo el país, le siguen la región Costa, Amazonía e Insular.

Concordante a lo anterior, se verifica el objetivo al formular la cuarta pregunta de la técnica de entrevista al plantear lo siguiente: ¿Ante los casos de separación y divorcio, como se les podría garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a mantener la relación con ambos progenitores de manera estable, continua y permanente?; en la cual uno de los entrevistados manifestó que lo ideal para garantizar al niño, niña y adolescente la relación continua con sus padres es a través de una custodia compartida, lo cual en el Ecuador aún no se ha podido llegar a legislar, por ende, lo más lógico es que pueda existir un cuidado compartido en lo que respecta a la custodia, para no obstruir lazos afectivos de los niños y sus padres y de esa manera garantizarles su derecho a la convivencia familiar, esto es, padre, madre y los parientes de cada uno de ellos en igualdad de condiciones y oportunidades, así como también el derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica.

En lo que respecta al estudio de casos, la Corte Constitucional (2021) por medio de su sentencia 28-15-IN/21 abre la puerta para que se tome en serio los derechos de padres e hijos en un marco de proporcionalidad y equidad. Garantizar a los niños, niñas y adolescentes la protección y ejercicio de sus derechos es una cuestión que requiere de mucho empeño por parte del Estado, es por ello que la Corte Constitucional recalca que la preferencia materna en el encargo de la tenencia de los hijos, afecta tanto a madres como padres, pero fundamentalmente a niños, niñas y adolescentes, por esa razón se debe priorizar el principio del interés superior del niño, antes que al sexo de los progenitores y eso precisamente requiere de un análisis caso por caso y de políticas públicas que ayuden a combatir y reducir inequidades.

Desde luego, la Corte Constitucional exhorta a adoptar medidas alternativas que eviten la trasgresión a principios constitucionales en los casos en que los padres no lleguen a un acuerdo, o en su defecto, cuando exista igualdad de condiciones entre los progenitores, una de ellas y la más trascendental quizás es justamente la idea de poder implementar en el Ecuador un modelo de tuición conjunta.

Del mismo modo, este objetivo específico logra su verificación con la aplicación de la sexta pregunta de la técnica de encuesta, la cual plantea: ¿Considera Ud. que, la custodia

compartida promueve un estándar más equitativo y proporcional en el cumplimiento de responsabilidades de los padres frente a los hijos tras la separación o el divorcio?; a la cual el 86.67% de los encuestados señaló que, efectivamente la custodia compartida promueve un estándar más equitativo en lo que respecta al cumplimiento de responsabilidades y derechos entre padres e hijos, es decir, la tenencia compartida como primera opción, es un mecanismo idóneo que permitirá a los niños garantizar su interés superior, particularmente los derechos relacionados con la familia, el de conocer a sus progenitores, a ser cuidados por ellos y sobre todo a mantener relaciones afectivas con ambos.

Algunos autores enfatizan el hecho de que se pueda reconocer oficialmente la custodia compartida en el Ecuador.

Cabe resaltar que a través de la custodia compartida se procura que el menor no resulte afectado en lo psicológico, en lo físico, en su desarrollo y desenvolvimiento dentro de la sociedad, con la finalidad de que el menor no se sienta condicionado con uno solo de sus padres, por lo contrario, el objetivo es que pueda convivir de manera conjunta con los dos progenitores (Espinosa et al. 2020, p. 438).

Lo manifestado por los autores sin duda refleja ese interés con el que se debe actuar en función a los menores y al mismo tiempo el cumplimiento de la corresponsabilidad parental, la familia es un elemento axial en el desarrollo de los niños que se complementa con la convivencia familiar, es decir, ambos factores permiten un excelente despliegue de sus potencialidades. El hecho de que el niño o niña se vea separado de uno de sus progenitores implica a la postre romper un lazo o vínculo afectivo imprescindible.

Por otro lado, el objetivo en cuestión se logra evidenciar al formular la sexta pregunta de la técnica de entrevista, la cual se la estableció de la siguiente forma: ¿Al momento de resolver sobre la tenencia de los hijos, considera que es fundamental contar con un pormenorizado estudio interdisciplinario, que le permitan al juez contar con los insumos necesarios y a partir de ellos determinar si es factible optar por la custodia compartida, en los casos en donde los progenitores no puedan llegar a un acuerdo y se la tenga que establecer judicialmente?; donde uno de los entrevistados supo manifestar que el juez al momento de generar un tipo de sentencia o resolución debe de llegar a apreciar todo tipo de pruebas en su integralidad con la finalidad de adoptar una decisión acorde a los intereses del menor, es

decir, los técnicos especializados para tal efecto son quienes van a determinar cómo funciona el entorno familiar del niño, a partir de esas indagaciones el juez debe guiarse para privilegiar los derechos del niño, entre ellos, el de conservar la estabilidad familiar y el disfrute de la convivencia uniforme con padre y madre, incluso si se llegan a dar las circunstancias para establecer la custodia compartida.

“Por lo antes expuesto se puede apreciar como este sistema de custodia compartida está encaminado a mejorar las relaciones familiares, así los menores se sentirán amados, queridos y protegidos” (Espinosa et al. 2020, pág. 438). De lo manifestado por el autor se puede inferir que a través de este tipo de tuición todos van a beneficiarse, es decir, se va a promover un entorno más sano para los padres y los hijos, por ende, se va a lograr cumplir adecuadamente con el principio del interés superior del niño y el de corresponsabilidad parental que propugna la Constitución de la República del Ecuador.

Además, este objetivo específico logra su verificación con la aplicación de la tercera pregunta de la técnica de encuesta, la cual plantea: ¿Considera Ud. que, en función del principio de igualdad y no discriminación, tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades para el cuidado y crianza de los hijos luego de la separación o el divorcio?; a la cual el 100% indicaron que teniendo en cuenta el alcance del principio de igualdad y no discriminación, padre y madre tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades por lo que debe existir un equilibrio en cuanto a las responsabilidades frente a los hijos, es por ello que lo más idóneo para suplir ese problema es incluyendo la custodia compartida a la normativa correspondiente.

En el Ecuador ya es tiempo de que se logre dar un verdadero sentido a la normativa encargada de la tutela de la infancia.

Al analizar la no aplicación de la custodia compartida, hay que enfocarse en dos puntos claves, el primero es la no inclusión como una figura legal dentro del ordenamiento jurídico, responsabilidad que recae sobre el Estado y el segundo es la voluntad de los miembros de la pareja por ejercerla, quienes en muchos casos se separan no solo del cónyuge sino también de la familia (Espinosa et al. 2020, p. 438).

Es evidente que el Estado es el llamado a ajustar las medidas para garantizar a los niños, niñas y adolescentes la plena vigencia de sus derechos, no se trata de una opción, sino

más bien de una obligación que debe ser cumplida integralmente, puesto que los derechos de dicho grupo de atención prioritaria prevalecen frente a cualquier otro interés. De igual forma, los progenitores deben dejar de lado sus pugnas personales tras el divorcio, dado que los afectados terminan siendo los menores, deben de actuar con la mayor madurez posible para lograr consensos que permitan la estabilidad y continuidad de los hijos.

En el derecho comparado se debe hacer énfasis en la normativa civil de España, ya que contempla que, aun cuando no exista acuerdo entre los progenitores para el ejercicio de la custodia compartida, se la podrá disponer judicialmente a instancia de una de las partes, con previo informe favorable del Ministerio Fiscal, siempre y cuando se verifique con plena certeza de que a partir de esa medida se va a precautelar los derechos del menor, además colige en forma taxativa que la opinión del niño es fundamental por lo que no puede ser soslayada al momento de determinar su situación.

En la misma línea argumentativa, se debe destacar la Ley 20680 de Chile, la misma que al reconocer el cuidado personal conjunto de los hijos basado en el principio de corresponsabilidad parental, se puede evidenciar ese elemento indispensable para que ningún progenitor sea excluido en la vida de los menores, ya que dicho principio se funda en la idea de que toca de consuno a ambos padres ya sea que vivan juntos o separados, velar por el desarrollo y crianza de los hijos.

El tercer objetivo específico se verifica de la siguiente manera:

“Proponer una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el que se establezca la institución jurídica de la custodia compartida para garantizar el principio del interés superior del niño”.

El presente objetivo específico logra su verificación con la pregunta cuatro de la técnica de encuesta realizada, la cual plantea lo siguiente: ¿Considera Ud. que, la custodia compartida debe ser legislada en el Ecuador con la finalidad de privilegiar el interés supremo del niño y de esa manera generar un menor impacto psicológico en niñas, niños y adolescentes frente a la crisis matrimonial o de pareja?; a esta pregunta el 93.33% de los encuestados respondieron que si es necesario que la custodia compartida deba ser incluida en la legislación ecuatoriana, puesto que la finalidad gira en torno a privilegiar el interés supremo del niño.

En la misma línea, se relaciona de forma directa con la quinta pregunta de la técnica de encuesta al plantear lo siguiente: ¿Considera oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida para garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a la familia y la convivencia familiar frente a escenarios de separación o divorcio?; a esta pregunta el 83.33% de encuestados consideraron oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como forma de garantizar todo el conjunto de derechos de los menores.

La normativa de niñez y adolescencia ecuatoriana no prevé un modelo de tuición compartido, lo cual refleja esa inobservancia a las obligaciones de carácter internacional.

Un análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano permite aseverar que aún no existe tipificada la figura de custodia compartida, la única forma de custodia reconocida en la Constitución de la República y en cierta medida por el Código de la Niñez y Adolescencia, es la no compartida, conocida también en el mundo jurídico, como custodia monoparental o exclusiva (Espinosa et al. 2020, p. 439).

De acuerdo a lo expuesto se puede evidenciar que en el Ecuador continúa vigente un modelo de custodia uniparental en la que puede ejercer la madre o el padre, a pesar de que la Constitución ecuatoriana reconoce el principio de corresponsabilidad parental, se puede señalar que, en lo referente a la custodia de los hijos, tal principio no se logra ajustar al interés supremo del niño, de hecho, la normativa de niñez ni siquiera logra establecer un concepto claro de lo que es la tenencia o custodia de los hijos, por lo tanto, se puede asegurar que en ese sentido, hay un vacío legal.

Además, se puede establecer este objetivo con todas y cada una de las entrevistas y encuestas planteadas en el presente trabajo de investigación, ya que se relacionan entre sí para lograr un fin en concreto, es así que, la gran mayoría de los encuestados coinciden en que se adopten los mecanismos legales oportunos para lograr la máxima satisfacción y protección del conjunto de derechos de niñas, niños y adolescentes sobre la base de la igualdad y proporcionalidad en todo ámbito donde se encuentren involucrados, con el objeto de darle sentido al interés superior del niño.

Con el estudio de casos se demuestra que las sentencias judiciales de Ecuador y España buscan equiparar principios constitucionales e internacionales en el ámbito social y

jurídico, particularmente en el Derecho de Familia, cumplir con la igualdad real en favor de los titulares de derechos, puesto que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos y oportunidades. Los casos analizados demuestran en un primer momento inequidades que de alguna manera se mantenían en el ámbito jurisdiccional, conculcando así, derechos fundamentales entre padres e hijos, sin embargo, la consecuencia de esas vulneraciones perjudicaba principalmente intereses de las niñas, niños y adolescentes. Las sentencias objeto de estudio se enmarcan especialmente a una determinada institución del Derecho que ha sido objeto de múltiples cuestionamientos no solo en el campo jurídico, sino también en el social, esto es, el tema de la tenencia o custodia de los hijos frente a los procesos de separación o divorcio. Es así que, el Tribunal Supremo de Justicia de España en 2010, al estimar un recurso extraordinario de casación presentado por un padre de familia, expidió una sentencia que logró instaurar o fundar incipientemente en la jurisprudencia española lo relativo a la custodia compartida en el sentido de que, este régimen permite garantizar a los niños su interés superior.

Por otro lado, en el caso ecuatoriano el pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de su sentencia es más novedoso aun, puesto que la ley confería una presunción de idoneidad a la madre al momento de resolver la tenencia de los hijos, y que en la práctica judicial era casi una regla absoluta, contrariando así, principios constitucionales como el interés de los niños, el derecho a la igualdad y la corresponsabilidad parental, imposibilitando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar de los niños. Por lo tanto, debe reformarse el Código de la Niñez y Adolescencia con la finalidad de establecer reglas claras y aplicables que permitan precautelar los derechos de los niños y que ello no suponga vulneración de derechos para los padres, es decir, con sustento en lo establecido por la Corte Constitucional lo más factible es que se legisle al respecto para incluir la custodia compartida en el código respectivo, puesto que es sustancial que se encuentre regulado en la norma para poderlo aplicar.

Hay autores que mencionan otras normativas extranjeras bastante novedosas y que sin duda deberían ser un referente para lograr una verdadera tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, “en el caso específico de Francia, se reconoce a este país entre los pioneros en luchar para que se reconozcan, respeten y aseguren los derechos humanos fundamentales de los infantes” (Fuentala & Espinosa, 2022, p. 31). En efecto, se debe resaltar

que la Ley 2002-305 estableció como norma general la custodia compartida, lo cual es trascendental dado que permite que los infantes ejerzan de manera efectiva su derecho a la convivencia con ambos padres, aún existiendo desacuerdo entre estos últimos.

7.2. Contratación de la Hipótesis.

En el trabajo de integración curricular legalmente aprobado se planteó la siguiente hipótesis, la misma que se procede a su contrastación.

“El modelo uniparental de la tenencia que rige en Ecuador no es lo más idóneo para garantizar el interés superior del niño puesto que permite que se violen derechos connaturales del niño, niña y adolescente como el derecho a la familia, la convivencia familiar y en el caso de los progenitores, no se cumple con la corresponsabilidad parental, es por ello que, una vez que se tenga incorporada la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se estaría supliendo esta situación para lograr que las asimetrías en el ámbito jurídico y social cambien en función al bienestar de los menores”.

La hipótesis se logra contrastar con el desarrollo del subtema, Custodia Compartida, Corresponsabilidad Parental, Convivencia Familiar, Interés Superior del Niño, La Familia, Tipos de Custodia; además la presente hipótesis fue contrastada al momento de aplicar la quinta pregunta de las encuestas, donde el 83.33% de los consultados manifestaron al momento de preguntarles: ¿Considera oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida para garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a la familia y la convivencia familiar frente a escenarios de separación o divorcio?; respondieron que es oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al código respectivo con la finalidad de llegarla a incorporar de tal forma que se llegue a garantizar a niñas, niños y adolescentes derechos consustanciales y específicos dada su condición particular.

La hipótesis fue contrastada dentro del marco jurídico, específicamente en el Art. 69 y 83 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 100 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, los cuales consagran el principio de corresponsabilidad parental, sin embargo, en la práctica judicial no se lo llega a sopesar de forma apropiada por lo que se termina descuidando el interés superior del niño. De igual

forma, es necesario en este punto resaltar el derecho comparado, pues en el Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia en su artículo 217 se establece en forma taxativa que la guarda compartida es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados cuya finalidad es velar por el adecuado desarrollo de los niños.

Por otro lado, al contrastar la hipótesis de la presente investigación se determina que la misma es afirmativa, puesto que los resultados obtenidos de las encuestas y entrevistas realizadas a los distintos Profesionales del Derecho concuerdan que existe la necesidad de efectuar modificaciones a la legislación ecuatoriana, particularmente la relativa a niñez y adolescencia con la finalidad de tutelar de mejor forma los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente con el estudio de casos, los cuales constituyen un insumo trascendente para cambiar esa visión poco realista en el Derecho de familia, en donde se adoptan decisiones a partir de la generalidad, lo cual ocasiona vulneraciones de derechos en contra de niñas, niños y adolescentes e incumplimiento de funciones parentales en forma equivalente. Con el estudio de casos se busca concebir un Derecho más acorde y compatible a las necesidades de los menores, puesto que el cuidado y crianza de los hijos no es una opción para los padres, sino más bien, se trata de una obligación que deben asumir recíprocamente, ya que, para alcanzar su bienestar y desarrollo integral adecuado, se requiere de una corresponsabilidad que llegue a ser practicada con equilibrio entre los dos progenitores, pese a su separación.

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal.

La doctrina de los “años tiernos (tender years)” o también llamada de la “preferencia materna”, es una doctrina que descansa en la premisa de que toda madre posee aptitudes únicas frente al cuidado de los hijos, es decir, admite que la madre es la única que puede generar ese tipo de responsabilidad frente a sus hijos, bajo esa lógica los niños de corta edad eran conferidos a ella, y en consecuencia no se lo tomaba en cuenta al padre para desempeñar dichas labores o actividades, cabe señalar que la doctrina de los “años tiernos” sirvió como inspiración a una tendencia legislativa generando así una fuerte aceptación en diversos ordenamientos jurídicos.

La prenombrada doctrina surge en Inglaterra aproximadamente a partir del año 1880, la cual adquirió bastante influencia y acogida en el derecho estadounidense, en donde fue aplicada con rigor hasta la década de los años setenta, sin embargo, con el devenir del tiempo acabó siendo una doctrina inadecuada por lo que se fueron adoptando otros tipos de cuidado de los hijos orientados a mantener el equilibrio de las responsabilidades parentales. Es decir, este tipo de doctrina no se ajustaba a los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito familiar, por lo que perpetuaba estereotipos en relación a la madre y al padre.

Estados Unidos frente a ese desbalance de derechos y responsabilidades, reivindicó sobre la base de la igualdad entre hombre y mujer un tipo de custodia más neutral y sana para los niños, es decir, la preferencia materna fue minando en la custodia de los hijos, por lo que se llegó a derogar dicha presunción legal. En ese contexto, uno de los Estados que dio el primer paso al respecto fue California, llegando a liderar el abandono de dicha preferencia y concibiendo un estándar mucho más imparcial y justo entre padres de tal manera que no se llegue a generar algún tipo de discriminación arbitraria en función al género de los progenitores.

Evidentemente, el modelo de la tenencia uniparental basado en la doctrina de preferencia materna fue un modelo que en algún momento iba a ser objeto de múltiples cuestionamientos y por ende ser susceptible de modificaciones en lo que respecta a la tenencia de los hijos, un claro ejemplo de ello fue Estados Unidos. Sin embargo, luego se fueron dando modificaciones normativas a nivel latinoamericano en donde también se había adoptado tal doctrina, pero evidenciaron que ese tipo de custodia exclusiva y preferente no era el más adecuado para garantizar un buen desarrollo en las niñas, niños y adolescentes.

Es así que, países como Chile, Bolivia, Brasil, incluso España, fueron incorporando dentro de sus respectivas normativas de niñez y adolescencia un modelo de cuidado más equitativo en el que ambos padres puedan contribuir de manera activa y equitativamente el cuidado y crianza de los hijos, es decir, se adoptó un modelo de custodia compartida para lograr un equilibrio en las funciones parentales.

En el caso de España, se logra incluir la custodia compartida con la finalidad de precautelar el interés superior del niño. Incluso en la línea jurisprudencial, España ha dado importantes aportes en relación a este tipo de figura jurídica.

Como se puede observar, los países mencionados a través de sus respectivas modificaciones normativas han logrado cumplir a cabalidad con los principios universales de igualdad y no discriminación, la corresponsabilidad parental, pero ante todo poner de relieve el interés superior de los menores, puesto que, tanto el padre como la madre pueden ser capaces de realizar un cuidado delicado y lógico de acuerdo a las necesidades y exigencias del niño para alcanzar su estabilidad y continuidad. Es por ello que, considerar ese elemento enfocado en el género de los progenitores para otorgar la tenencia de los hijos resulta discriminatorio e infundado.

Ahora bien, lo que más llama la atención es ese rezago en materia de niñez y adolescencia por parte del Ecuador, en el sentido de que a día de hoy se sigue manteniendo un modelo de tenencia exclusivo, si bien con el pronunciamiento de la Corte Constitucional al interior de su sentencia No. 28-15-IN/21 se logró eliminar la preferencia materna que reconocía el ordenamiento jurídico, se puede evidenciar que anteriormente en la práctica judicial se llegó a normalizar esa circunstancia de preferencia en favor de la madre, es decir, no se llegaba a evaluar en su integralidad las circunstancias particulares de los menores, por lo que se afirmaba que los hijos siempre van a estar mejor con la madre y eso justamente se debió a que la misma ley permitía tal circunstancia en el sentido de que aun cuando los progenitores se encuentren en las mismas condiciones, la primera opción era la madre. Desde esa óptica se debe aclarar que el interés superior del niño jamás podrá ser garantizado por un solo progenitor, es por ello que, para los niños la familia siempre va a estar constituida por padre y madre, es decir, ambas figuras parentales son responsables del bienestar de los niños, niñas y adolescentes, es por ello que, a pesar de la separación de los padres, se les debe asegurar a los niños su derecho a conservar una familia y a disfrutar de la convivencia familiar en un marco de igualdad y equivalencia.

La Constitución de la República del Ecuador en su capítulo VI, el cual se refiere a los derechos de libertad, expresamente en su artículo 66, numeral 4 reconoce el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, es decir, todas las personas partimos de una misma condición jurídica frente a la ley, por lo que nadie puede ser discriminado en función de su género, orientación sexual, discapacidad, identidad cultural, entre otras. Además de ello, el artículo 11 *ibidem* contempla que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 16 consagra que los Estados partes deben garantizar sobre la base de la igualdad entre hombre y mujer, mismos derechos y deberes respecto al ejercicio de la custodia de los hijos. En la misma línea, la Constitución ecuatoriana en su artículo 69, numeral 5 indica que el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. Así mismo, el artículo 83 ibidem contempla que asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos, es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción.

Si se quiere dar un sentido real a lo antes indicado, es fundamental que se lleguen a suplir todas las inequidades existentes y latentes en la realidad ecuatoriana, de tal manera que exista un equilibrio apropiado en las responsabilidades parentales, ya que en la sociedad ecuatoriana aún preexiste una férrea y marcada preasignación de roles respecto a las madres y padres a la hora de asumir y realizar determinadas ocupaciones enmarcadas a la familia. El Código de la Niñez y Adolescencia señala que el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes, de ahí la importancia de llegar a establecer mecanismos legales adecuados para cumplir con lo que dispone la Constitución y la ley.

Si bien el ordenamiento jurídico a través de las normas es el llamado a regular el actuar de los seres humanos, hay casos, en los que estas normas pueden entrar en una suerte de disensión y en consecuencia atentar contra distintos ámbitos en la vida de las personas. Entiéndase esta última parte como aquella restricción a los derechos en donde directa o indirectamente emerge una suerte de antagonismo en lo que se encuentra contemplado en el texto constitucional.

El resultado aportado por la investigación de campo, se desprenden aspectos relevantes en donde el 86.67% de los encuestados consideran que el modelo de la tenencia uniparental no garantiza a los niños y adolescentes la estabilidad y bienestar en los distintos ámbitos de su vida. Por lo tanto, no están de acuerdo en que la tenencia de los hijos sea conferida a un solo progenitor, sino que, ambos deben procurar compartir las rutinas diarias con el niño, niña y adolescente en forma equitativa y sana, en razón de que el derecho a

conocer a sus progenitores y a mantener relaciones afectivas con ambos padres constituye uno de los varios derechos de supervivencia de los niños.

De igual forma, con la ejecución de la técnica de entrevista aplicada a 10 especialistas conocedores del tema, se obtuvo información importante que corrobora la existencia de vulneración a principios constitucionales en donde se resaltó la idea de que en el ámbito del derecho de familia no se ha logrado cumplir con ciertos principios, por lo que existe una suerte de choque o contradicción referente a la custodia uniparental y el principio de corresponsabilidad parental, aduciendo de que el desarrollo integral del niño solo puede adquirir tal sentido si cuenta con una participación igualitaria y equilibrada de papá y mamá en la crianza y cuidado del hijo o hija, por esa razón, al mantener un modelo de tuición exclusiva se está conculcando gravemente el interés de los menores.

Es importante destacar que el Ecuador, al concebirse como Estado constitucional de derechos, está llamado a respetar y hacer respetar lo contemplado en el texto constitucional, más todavía con aquellas personas que nombra como grupos de atención prioritaria. Bajo esa lógica, el Estado reconoce y garantiza la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Los niños tienen derecho al respeto de su dignidad, disfrutar de la convivencia familiar, cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. Las disposiciones enunciadas son algunos de los deberes que la familia, sociedad y Estado deben precautelar respecto al derecho de cuidado de los hijos, consagrados en el artículo 45 y 46 de la Carta Constitucional.

En similar forma, es importante indicar que el 86.67% de los encuestados, consideran que la custodia compartida promueve un estándar más equitativo en lo que respecta al cumplimiento de responsabilidades de los padres frente a los hijos tras la separación o el divorcio, es decir, la tenencia compartida como primera opción, es un mecanismo idóneo que permitirá a los niños garantizar su interés superior, particularmente el relacionado con el entorno familiar donde todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y crecer junto a su familia biológica. Por lo que padre y madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas.

A la luz de lo anterior, la proporcionalidad en la tenencia de los hijos, responde a esa distribución de las responsabilidades de manera acorde y equitativa entre progenitores en aras de cumplir con el principio de igualdad que pregona el texto constitucional. Si bien en su momento el Código de la Niñez y Adolescencia confería una preferencia en favor de la madre a la hora de encargar la tenencia de los hijos menores que no hayan cumplido doce años, es evidente que se excluía al padre instantáneamente en el sentido de que se lo consideraba no apto para ejercer tareas de cuidado y crianza respecto a los hijos. El mismo cuerpo legal supradicho daba a entender que la mujer-madre era la más idónea a la hora de cuidar a los hijos, reduciéndola en este sentido a que su único rol era ejercer labores de hogar.

Las separaciones o divorcios per se cuándo hay hijos menores de por medio, son casos que, sin duda, requieren ser tratados con sumo cuidado y delicadeza, las razones son notorias, ya que a la postre, quienes terminan siendo afectados producto de estas desuniones son los niños. En consecuencia, los jueces al ser los garantes de los derechos, al momento de conocer, analizar y resolver temas relacionados con la custodia de los hijos, se tendrán que plantear como eje central el interés superior del niño en un marco de respeto y proporcionalidad.

Por otro lado, el 93.33% de encuestados mencionaron que la custodia compartida debe ser incluida en la legislación ecuatoriana, puesto que la finalidad gira en torno a privilegiar el interés supremo del niño y lograr un desarrollo integral adecuado tras la crisis matrimonial. En similar forma, se debe destacar que, con el estudio de casos, tanto la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, así como la sentencia del Tribunal Supremo de España constituyen insumos importantes en la línea jurisprudencial, ya que tratan de afianzar un estándar más equitativo en el ámbito de las responsabilidades parentales, tanto así que, el único criterio que debe ser valorado frente a esas circunstancias es el principio del interés supremo del niño y que ello no implique vulneraciones de derechos en contra de las demás personas integrantes de la familia.

Se evidencia sobremanera la necesidad de reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de poder incluir la custodia compartida y a su vez establecer los parámetros a tomarse en cuenta para conferirla, se debe hacer hincapié en lo resuelto por la Corte Constitucional, esto es, al declarar la inconstitucionalidad de la preferencia materna en el encargo de la tenencia, está dando un gran paso para lograr la igualdad real entre hombre y mujer para erradicar estereotipos que de alguna manera pueden llegar a institucionalizarse

y, por lo tanto normalizarse en la sociedad. Con la incorporación de la custodia compartida se pretende que ambos progenitores puedan compartir el cuidado y crianza de sus hijos y evitar que uno de ellos sea un mero visitador, pero sobre todo cumplir con los principios consagrados en el marco constitucional e internacional de derechos humanos.

8. Conclusiones.

Una vez desarrollado el Marco Teórico y la investigación de campo, se procede a presentar las siguientes conclusiones:

1. En el Ecuador no se encuentra regulada la figura jurídica de la custodia compartida, por lo que deja muchas dudas a los operadores de justicia la posibilidad de aplicarla a los casos respectivos, es decir, no se encuentra legislada en el cuerpo legal correspondiente, generando así, indecisión a los abogados al momento de querer solicitarla, puesto que no cuentan con la norma que regula este tipo de régimen jurídico.
2. Lo resuelto por la Corte Constitucional, constituye un insumo esencial para considerar lo referente a la custodia compartida, dado que al declarar inconstitucional la preferencia materna, se está abriendo camino a la igualdad de condiciones y oportunidades en el entorno familiar para que ambos padres puedan contribuir eficientemente con el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.
3. Conforme consta en el apartado de Derecho comparado, se puede evidenciar que a nivel latinoamericano, países como Chile, Bolivia, Brasil en sus respectivas normativas, cuentan en forma taxativa con la custodia compartida orientada a estimular la corresponsabilidad parental. De manera que, si la legislación ecuatoriana cuenta con dicho principio, una de las formas más adecuadas para llevarlo a concretar es justamente adoptando el régimen de custodia compartida, sobre todo, porque lo que se busca con ello es garantizarles en todo momento su derecho connatural a la familia y a la convivencia familiar para un desarrollo saludable.
4. De conformidad con lo recabado en el estudio de campo, los encuestados y entrevistados afirman que seguir manteniendo un modelo exclusivo de custodia no es lo más adecuado para reforzar lazos afectivos tras la separación o divorcio de los padres, afirmaron que dicho modelo conlleva a que los progenitores cometan arbitrariedades, el más frecuente justamente tiene que ver con la obstrucción de vínculos parentales, es por ello que, frente a esos escenarios la prioridad debe ser el niño, se debe procurar que conserve la relación con ambos progenitores en igualdad de condiciones y oportunidades, ya que de ello dependerá su bienestar en general.

9. Recomendaciones.

Las recomendaciones que se considera pertinente presentar son las siguientes:

1. Propongo a la Asamblea Nacional de la República del Ecuador adoptar medidas más efectivas y adecuadas en cuanto al régimen de custodia de los niños, niñas y adolescentes, ya que este último grupo de atención prioritaria merece desarrollarse plenamente en el seno familiar, como forma de asegurar y garantizar su desarrollo integral.
2. Se sugiere al organismo regulador de la Función Judicial, llevar a efecto un plan nacional de capacitaciones a funcionarios y operadores de justicia en materia de niñez y adolescencia, con la finalidad de actuar de mejor manera en lo relativo a niñas, niños y adolescentes en el sentido de llegar a poner de relieve sus intereses y derechos, dado que el sistema judicial actual presenta ciertas falencias en ese aspecto.
3. La Constitución ecuatoriana sitúa a niñas, niños y adolescentes como grupo de atención prioritaria, partiendo de ello, se recomienda al Estado adoptar todas las medidas que estén a su alcance para lograr la protección integral de sus derechos en todos los ámbitos, más aún en las situaciones en las que se encuentren alejados de sus progenitores por cualquier circunstancia, todo lo que esté orientado a favorecer sus derechos indica que su interés superior está siendo tutelado debidamente.
4. Se recomienda al Estado que mediante las instituciones encargadas de la administración de justicia cumplan con lo señalado en la Constitución y la ley en torno a los derechos de la familia, la cual contempla que se promoverá la corresponsabilidad materna y paterna, y a su vez, vigilará el cumplimiento de los derechos y deberes recíprocos entre padres.
5. Propongo a las instituciones gubernamentales realizar todo tipo de campañas orientadas a la eliminación de estereotipos de género que busquen la igualdad real entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, para de esa manera llegar a cumplir con el principio de igualdad y no discriminación que propugna la Constitución de la República del Ecuador y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Estado.

9.1. Proyecto de Reforma Legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que: la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 1 establece: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Que: conforme al artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador señala que son deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales;

Que: de acuerdo al artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. La ley sancionará toda forma de discriminación.

Que: el artículo 44 del texto constitucional dispone que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Que: a tenor del artículo 45 de la Constitución ecuatoriana las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su

edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Que: el artículo 66 numeral 4 de la Carta Constitucional reconoce el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Que: el artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador señala que 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.

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

Que: el artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador indica que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

4. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento.

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.

Que: de conformidad al artículo 70 del texto constitucional el Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas.

Que: el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador señala que 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.

Que: conforme al artículo 100 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

Que: el artículo 101 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dispone que los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad.

Que: el artículo 21 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

Que: el artículo 22 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Que: de acuerdo al artículo 8 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que

sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes.

Que: el artículo 9 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia colige que la ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Que: de conformidad al artículo 12 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

Que: el artículo 15 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia determina que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

Que: de conformidad al artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

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

Que: Conforme al artículo 333 de la Constitución de la República del Ecuador, el Estado impulsará la corresponsabilidad y la reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

Que: Considerando la normativa de niñez y adolescencia actual, se puede evidenciar que no se ajusta a lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador, es decir, el cuidado y crianza de los hijos se condiciona taxativamente a un solo progenitor, de manera que, luego de la separación de los padres, el cuidado y la crianza de los

menores se lo asume de manera desproporcionada y se termina menoscabando ese derecho del niño, niña o adolescente a convivir con sus dos progenitores en igualdad de condiciones, por tanto, un modelo de custodia exclusivo como el que rige en el Ecuador no guarda armonía con el interés supremo del niño y la corresponsabilidad parental, dado que implica un alejamiento del progenitor no custodio, lo cual es gravísimo, ya que independientemente de la separación de los padres se les debe garantizar a los menores su derecho connatural a la familia como forma de asegurar su bienestar, por otra parte, el constante incumplimiento del régimen de visitas por parte de los progenitores, da como resultado esa obstrucción de vínculos parentales y además de ello, se generan esos episodios de alienación parental del que son objeto los menores para impedir la convivencia e interacción con el otro progenitor, tales situaciones son muy graves y perjudica el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, no es posible que se utilice a los niños para dañar su propio entorno familiar y de convivencia, esto se ha visto invisibilizado por parte del sistema judicial, en el sentido de que no se llega a sancionar estas conductas abusivas de los progenitores, de ahí la importancia de establecer mecanismos más eficientes orientados a lograr un verdadero equilibrio de los derechos y las responsabilidades parentales. Otorgarle mayores beneficios aun progenitor respecto del otro en lo relativo al cuidado y crianza de los hijos, claramente genera perjuicio no solamente para el progenitor que es excluido, sino principalmente para el menor de edad, dado que los niños, niñas y adolescentes requieren entre otras cosas, del afecto y cariño de sus padres para lograr un óptimo y cabal desarrollo.

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional resuelve expedir la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Artículo 1.- Sustitúyase el contenido del artículo 118 con el siguiente texto:

Art. 118.- Custodia Compartida. – La custodia compartida es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad parental tras la separación y divorcio en un marco de igualdad y proporcionalidad en donde ambos progenitores contribuyen de forma activa y equitativa

con el cuidado, crianza, educación, alimentación y en general con el adecuado cumplimiento de los deberes y derechos entre el padre y la madre en relación a sus hijos.

Al momento de establecer la custodia compartida, el juez o jueza adoptará la decisión con sujeción a las siguientes reglas:

1. Se tomará en consideración, fundamentalmente la opinión del niño, niña o adolescente, garantizando así, su derecho a ser escuchado en función a su edad y grado de madurez.
2. La decisión debe estar orientada principalmente a privilegiar los derechos e intereses del niño, de tal forma que se asegure su adecuada estabilidad y continuidad, particularmente asegurar el derecho de los menores a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar.
3. Se tomará en cuenta las condiciones particulares y biológicas de los niños con la finalidad de no poner en riesgo la supervivencia de los mismos.
4. Si ambos progenitores resuelven de consuno sujetarse al régimen de custodia compartida, y siempre que lo acordado por ellos no resulte perjudicial para los hijos, el juez o jueza respetará dicho acuerdo y procederá a cumplir con lo solicitado entre las partes.
5. Aun cuando no se den los supuestos de la disposición que precede, el juez o jueza, a instancia de uno de los progenitores, con informe favorable de la Oficina Técnica, podrá acordar la custodia compartida fundamentándola en que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del niño.
6. En cualquiera de los supuestos, el juez o jueza priorizará el otorgamiento de la custodia a quien mejor garantice el derecho de los menores a mantener contacto estable y continuo con el otro progenitor.
7. Para el otorgamiento de la custodia compartida el juez o jueza evaluará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus progenitores y su familia ampliada, con la finalidad de llegar al convencimiento de tal decisión, para ello deberá contar con el apoyo del equipo técnico y demás medios pertinentes.
8. El ejercicio de la custodia compartida se establecerá tomando en cuenta la frecuencia y disponibilidad de tiempo que cada progenitor compartía con el menor, de tal manera

que no se llegue a obstaculizar e interrumpir las rutinas habituales del niño y sus padres.

9. La madre, el padre o ambos podrá solicitar el cese de la custodia compartida cuando la situación no garantice la estabilidad y continuidad para la integridad de las hijas o hijos, para ello se contará con el respaldo del equipo técnico.
10. Para la fijación del derecho de alimentos se tomará en cuenta lo que acuerden los progenitores, o en su defecto, el juez determinará para cada progenitor la parte correspondiente, tomando en consideración las necesidades del niño, niña o adolescente y las posibilidades de cada progenitor.
11. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que se explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros referidos.

Artículo 2.- A continuación del artículo 118 agréguese los siguientes artículos innumerados:

Artículo innumerado (1). – Si la jueza o juez estimare oportuno conferir la custodia del menor a un solo progenitor y establecer un régimen de visitas para el otro, aduciendo de que con ello se está precautelando el interés superior del niño, tendrá que justificar la razón de esa decisión adoptada en la sentencia correspondiente.

Artículo innumerado (2). – En caso de llegar a aplicar lo establecido en el artículo innumerado que antecede, bajo ningún caso el juez o jueza podrá fundar su decisión en el género de los progenitores o en su capacidad económica.

Artículo final: quedan derogadas las demás disposiciones legales que se opongan a la presente reforma

Disposición final: La presente Ley Reformativa entrará en vigencia una vez publicada en el Registro Oficial.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, ubicada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 18 días del mes de agosto de 2022.

f.....

Presidente de la Asamblea Nacional

f.....

Secretario

10. Bibliografía.

- Acevedo, L. (2011). El concepto de familia hoy. *Franciscanum*, 53(156), 149-170.
- Acosta, E. (2017). *El interés superior del niño y la custodia compartida*. Obtenido de: <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/24712>
- Acuña, M. (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. *Revista de Derecho*, 20(2). 21-59.
- Aguilar, B. (2015). Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional. *Persona y Familia*, 1(4), 11–25.
- Alcazar, R. (2020). *Custodia compartida y cambio social. La construcción social de la custodia compartida*. Obtenido de: <http://hdl.handle.net/10045/113648>.
- Alessio, M. (2005). *La Tenencia Compartida*. APADESHI Asociación de Padres Alejados de sus hijos: http://www.apadeshi.com/la_tenencia_compartida_alessio.htm.
- Anilema, R. (2018). *El principio de interés superior del niño, niña y adolescente, en los procesos jurídicos-administrativos de la adopción internacional en el Ecuador*. Obtenido de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/handle/123456789/2519>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/en/instruments-listings>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/en/instruments-listings>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/en/instruments-listings>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/en/instruments-listings>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de: <https://www.registroficial.gob.ec/>.
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2014). *Código de las Familias y del Proceso Familiar*. Gaceta Oficial de Bolivia. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). *Código Civil*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). *Código Orgánico General de Procesos*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008) *Constitución de la República del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Barber, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista Electrónica de Derecho (REDUR)*(8), 25-37.
- Bermúdez, M. (2019). *La patria potestad y su posible privación*. Obtenido de: <https://biblioteca.cunef.edu/gestión/catalogo/>.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta S.R.L.
- Cabello, C. (1999). *Divorcio y jurisprudencia en el Perú* (2da ed.). Fondo editorial PUCP.
- Cáceres, M. (2018). *La corresponsabilidad parental y custodia compartida de los hijos, en la vulneración del principio de interés superior del menor en la provincia de Tungurahua parroquia Huachi Chico período 2015*. Obtenido de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/15482>.
- Cangas, L., Mesías, M., Hernández, E., Tixi, D. (2019). Análisis del derecho a la convivencia familiar y el régimen de visitas a menores de Ecuador. *Unidades Episteme*, 6(Especial), 820-833.
- Castillo, H., Machado, M., Tixi, D., Ayala, L. (2020). La corresponsabilidad parental y su incidencia en el interés superior de los menores. *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 8(2), 35-47.
- Castro, E. (2014). *Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho*. Academia de la Magistratura.
- Catalán, M., García, M., de la Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, M., Soler, C. (2007). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre Psicología y Derecho. *Anuario de Psicología Jurídica*, 17, 131-151.
- Congreso de la República del Perú. (2008). *Ley 29269*. Diario Oficial El Peruano. Disponible en: <https://elperuano.pe/>.
- Congreso Nacional de Brasil. (2010). *Ley Contra la Alienación Parental*. Diário Oficial da União. Disponible en: <https://www.in.gov.br/servicos/diario-oficial-da-uniao>.
- Congreso Nacional de Chile. (2013). *Ley 20680*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/portal/>.
- Corte Constitucional . (2020). *Sentencia 207-11-JH*. Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx>
- Corte Constitucional. (2021). *Sentencia 200-12-JH/21*. Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx>
- Corte Constitucional. (2021). *Sentencia 28-15-IN*. Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx>.

- Domínguez, E. (2015). *Estudio transcultural de la satisfacción marital en parejas españolas y dominicanas*. Obtenido de: <http://hdl.handle.net/10366/128845>.
- Enciclopedia jurídica. *Diccionario Jurídico* (2020). Heliasta S.R.L.
- Espinosa, M., Pucha, B., Ramón, M. (2020). La custodia compartida un paliativo al Síndrome de Alienación parental. *Conrado*, 16(73), 434-441.
- Espinoza, E. (2022). La patria potestad en la legislación ecuatoriana. *Ciencia & Sociedad*, 2(2), 152-162.
- Felsen, M. (2004). *Matrimonio en el derecho internacional*. Obtenido de: <https://repositorio.uai.edu.ar/>.
- Fuentala, B., Espinosa M. (2022). Revisión de las legislaciones en el Ecuador en materia de custodia compartida de niños y adolescentes. *PENTACIENCIAS*. 4(3), 27-41.
- Glosario Geografía Humana. (2016). *Familia recompuesta*. Glosario de términos especializados: <https://glosarios.servidor-alicante.com/>.
- Gómez de la Torre, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho UCUDAL*(18), 117-137.
- Gómez, E. (2017). *Antropología de la familia y del parentesco*. OCW Universidad de Cantabria. Disponible en: <https://ocw.unican.es/>.
- Guin, M., & Alvarado, J. (2021). *Elementos Esenciales de la Custodia Compartida y su Incorporación en la Legislación ecuatoriana*. Obtenido de: <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/58204>.
- Hernández, G. (2010). *La pérdida de la patria potestad y el interés del menor*. Obtenido de: <https://www.uab.cat/>.
- Hipp, R. (2017). Orígenes del matrimonio y de la familia modernos. *Revista Austral de Ciencias Sociales*(11), 59-78.
- Ibáñez, V. (2004). El Laberinto de la Custodia Compartida. *Boletín de Derecho de Familia*. Disponible en: <https://www.researchgate.net/>.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2021). *¿Cuál es la diferencia entre Custodia y Patria Potestad?*. Disponible en: <https://www.gov.co/>.
- Jordán, J., & Mayorga, N. (2018). El régimen de visitas tras la separación de los padres. *Verba Iuris*, 13(40), 49-63.
- Jünemann, F., & Campino, V. (2019). *Manual de Corresponsabilidad Parental en el Mundo del Trabajo*. UAH.
- Juspedia. (2021). *Significado jurídico de Divortium*. Disponible en: <https://juspedia.es/>.
- Lathrop G., F. (2008). Algunas Consideraciones en torno a la Custodia Compartida de los Hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*(10), 9-37.

- Legal Information Institute. (2022). *Custodia de Menores*. Cornell: Disponible en: <https://www.cornell.edu/>.
- León, M. (2017). Familia nuclear y jefatura del hogar: acceso de la mujer a la tierra en las reformas agrarias. *Nómadas*(11), 64-77.
- López, K. (2008). *El Divorcio Notarial y la División de los Bienes Gananciales*. Obtenido de: <http://hdl.handle.net/10644/2604>.
- López, L. (2010). *Uniones legales y distancia social en América latina*. Obtenido de: <https://www.uab.cat/>.
- Lucas, G. (2017). *De la tenencia y la custodia en la legislación ecuatoriana*. Obtenido de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/6437>
- Marquez, L. (2020). *Aspectos patrimoniales del matrimonio en el ámbito internacional*. Obtenido de: <https://repositorio.unnoba.edu.ar/xmlui/handle/23601/184>.
- Martínez, C. (2013). La filiación, entre Biología y Derecho. *Prudentia Iuris*(76), 117-133.
- Mojica, L. (2003). La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. *Estudios Socio-jurídicos*, 5(1), 250-265.
- Navarrete, C. (2010). *La representación de la familia nuclear y la familia extensa en seis historias de vida de habitantes de la calle en Bogotá*. Obtenido de: <http://hdl.handle.net/10554/5884>.
- Ortiz, A. (2018). *Cuando nos volvamos a ver*. El Conejo.
- Ortiz, K. (2017). *El régimen de visitas y el derecho de los hijos a conocer a sus progenitores*. Obtenido de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/6174>.
- Ortiz, M. (2020). Régimen aplicable en materia de guardia y custodia de los hijos en la comunidad valenciana: la Ley 5/2011, de 1 de abril y los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. *Revista Boliviana de Derecho*, 578-603.
- Parlamento Autonómico de la Comunidad de Madrid. (2005). Código Civil. BOE.
- Paz, F. (2015). La disolución matrimonial, el divorcio y la desvinculación notarial. *Revista Jurídica Derecho UMSA*, 1(2), 65-77.
- Peña, F. (2014). Necesidad de implementar la custodia compartida en la legislación ecuatoriana para evitar la desigualdad jurídica entre los padres. Obtenido de: <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/15820>
- Pérez, M. (2006). Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(116), 501-534.
- Pérez, M. (2013). *El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación*. Nostra Ediciones S. A.

- Pérez, N. (2017). *Custodia Compartida: Un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en la Legislación Ecuatoriana*. Obtenido de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/8817>.
- Pérez, R. (2017). La custodia compartida en el derecho familiar. *Revistas UNAM* (42).
- Pillcorema, B. (2013). *Tipos de familia estructural y la relación con sus límites*. Obtenido de: <http://dspace.uca.edu.ec/handle/123456789/4302>.
- Pinto, C. (2015). La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución. *Misión Jurídica*, 8(9), 143 - 175.
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, 30(2), 89-108.
- Real Academia Española. (2021). *Diccionario de la Lengua Española*. Edición de tricentenario. Disponible en: <https://www.rae.es/>.
- Reyes, P. (2017). La patria potestad a examen ante la violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez (ACFS)*, 51, 335-356.
- Rodríguez, M. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Ius et Praxis*, 16(1), 55-84.
- Rojas, D. (2011). Caracterización del matrimonio ¿Es o no un contrato? *Nuevo Derecho*, 7(9), 25-37.
- Ruiz, V. (02 de Marzo de 2021). *Tipos de custodia. En qué se diferencian y cual es la mejor para tus hijos*. Disponible en: <https://besolvers.com/>.
- Santamaría, P. (2014). *La Convivencia Familiar y el Rendimiento Escolar de los Niños, Niñas y Adolescentes de los procesos que se tramitan en la Junta Cantonal de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Ambato*. Obtenido de: <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/7881>.
- Secretaría Xeral da Igualdade. (2022). *Corresponsabilidad*. Xunta de Galicia: <http://igualdade.xunta.gal/es/content/corresponsabilidad>.
- Silva, A. (2016). *La custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas*. Obtenido de: <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/18027>.
- Simon, F. (2014). *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Iuris dictio.
- UNICEF. (2022). *Los derechos del niño y por qué son importantes*. unicef para cada infancia: <https://www.unicef.org/es>
- Valdivia, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *La Revue du REDIF*, 1, 15-22.
- Varsi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Fondo de Desarrollo Editorial.

- Venegas, P. (2010). *Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos*. Obtenido de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107103>.
- Vistín, E. (2019). Ventajas de la custodia compartida en tiempos de desintegración familiar en el Ecuador. *Dominio de las Ciencias*, 5(2), 512-535.
- Zaidán, S. (2016). *El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa*. Obtenido de: <http://hdl.handle.net/10644/5048>.
- Zamur, M. (2021). *Principios de Corresponsabilidad Parental y Coparentalidad y su Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Chileno*. Obtenido de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/184696>.
- Zanzzì, K. (2021). *La corresponsabilidad parental y su indebida aplicación sobre el principio de interés superior del menor*. Obtenido de: <http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/4712>.
- Zea-Dávila, F., Sola-Iñiguez, M., & Serrano-Iñiguez, R. (2019). Aportes teóricos sobre el divorcio unilateral o divorcio exprés en la atribución notarial en Ecuador. *Dominio de las ciencias*, 5(2), 446-463.

11. Anexos.

Anexo 1. Formato de encuesta.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado(a) Sr(a); por motivo de encontrarme efectuando mi Trabajo de Integración Curricular titulado: ***“ESTUDIO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA FACTIBILIDAD DE INCORPORAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”***; solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario de ENCUESTA, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

Instrucciones: El problema a tratar, es que el modelo uniparental de la tenencia que rige en Ecuador, no es lo más idóneo para garantizar el interés superior del niño, es decir, en el contexto de divorcio o separación, el encargo judicial de la tenencia se atribuye a uno de los progenitores y se establece un régimen de visitas para el otro. Dicha cuestión, en cierto modo, no guarda armonía con lo que consagra la Constitución de la República del Ecuador respecto al principio de corresponsabilidad parental. Es así, que, en los casos de separación o divorcio en donde existe hijos menores de por medio, esta corresponsabilidad materna y paterna debe prevalecer y llegarse a materializar no solo en situaciones de normalidad familiar, sino también en los casos de crisis matrimonial, atendiendo única y exclusivamente al interés supremo del niño. En virtud de ello, en el contexto de la separación o divorcio de los padres, la custodia compartida es una institución del Derecho a través de la cual los progenitores comparten de manera conjunta, igualitaria y equitativa la responsabilidad de cuidado y crianza de los hijos e hijas con el fin de precautelar su bienestar, tranquilidad y estabilidad, es un régimen de vida que

procura estimular las responsabilidades parentales en pro de las niñas, niños y adolescentes al producirse la ruptura en la relación convivencial de los padres.

PREGUNTAS:

1. ¿Considera Ud. que, en la práctica judicial ecuatoriana al momento de resolver sobre la tenencia de los hijos, se respeta el principio constitucional de corresponsabilidad parental, contemplado en el artículo 69 y 83 del texto constitucional?

Si () No ()

¿Por qué?

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

2. ¿Considera Ud. que, la tenencia uniparental, al ser el modelo que rige actualmente en el Ecuador, garantiza a niñas, niños y adolescentes la estabilidad y bienestar en los distintos ámbitos de su vida?

Si () No ()

¿Por qué?

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

3. ¿Considera Ud. que, en función del principio de igualdad y no discriminación, tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades para el cuidado y crianza de los hijos luego de la separación o el divorcio?

Si () No ()

¿Por qué?

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

4. ¿Considera Ud. que, la custodia compartida debe ser legislada en el Ecuador con la finalidad de privilegiar el interés supremo del niño y de esa manera generar un menor impacto psicológico en niñas, niños y adolescentes frente a la crisis matrimonial o de pareja?

Si () No ()

¿Por qué?

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

5. ¿Considera oportuno efectuar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida para garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a la familia y la convivencia familiar frente a escenarios de separación o divorcio?

Si () No ()

¿Por qué?

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

6. Considera Ud. que, la custodia compartida promueve un estándar más equitativo y proporcional en el cumplimiento de responsabilidades de los padres frente a los hijos tras la separación o el divorcio

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....

Gracias por su colaboración

Anexo 2. Formato de entrevista.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES Y PADRES DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE LOJA

Estimado(a) Abogado(a) por motivo de encontrarme efectuando mi Trabajo de Integración Curricular titulado: **“ESTUDIO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA FACTIBILIDAD DE INCORPORAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**; solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario de ENTREVISTA, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

CUESTIONARIO

1. ¿Cree que el modelo de la tenencia uniparental que rige actualmente en el Ecuador, contraviene principios de carácter constitucional como el interés superior del niño y el de corresponsabilidad parental?
2. ¿Considera que se debe efectuar una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con la finalidad de incorporar la custodia compartida, dado que otras legislaciones latinoamericanas ya lo han hecho, y los resultados han sido positivos en relación a los niños?
3. ¿Al momento de evaluar el interés del menor, es necesario que los jueces tengan en cuenta el derecho del niño a mantener la relación con ambos progenitores de manera continua y estable, producto de la separación o el divorcio?
4. ¿Ante los casos de separación y divorcio, como se les podría garantizar a niñas, niños y adolescentes su derecho a mantener la relación con ambos progenitores de manera estable, continua y permanente?
5. ¿Al momento de resolver sobre la tenencia de los hijos, considera que es fundamental contar con un pormenorizado estudio interdisciplinario, que le permitan al juez contar con los insumos necesarios y a partir de ellos determinar si es factible optar por la custodia compartida, en los casos en donde los progenitores no puedan llegar a un acuerdo y se la tenga que establecer judicialmente?

Anexo 3. Certificación de traducción de Abstract.



UNL

Universidad
Nacional
de Loja

Loja, 17 de noviembre de 2022

CERTIFICACIÓN DE TRADUCCIÓN

Doctora.
Erika Lucía González Carrión, Ph.D.
Docente de la Facultad de la Educación, el Arte y la Comunicación de la Universidad Nacional de Loja

CERTIFICO:

En mi calidad de traductora del idioma Inglés, con capacidades que pueden ser probadas a través de las traducciones realizadas para revistas de alto impacto como: Comunicar(Q1): <https://bit.ly/3v0JggL> así como a través de la Certificación de conocimiento del Inglés, nivel B2, que la traducción del Resumen (Abstract) del Trabajo de Titulación denominado: **“ESTUDIO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA FACTIBILIDAD DE INCORPORAR LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**; de la autoría del señor estudiante: **Pablo Andrés Malla Medina**, con CI: **1150454740**, es correcta y completa, según las normas internacionales de traducción de textos.

Es cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando al señor estudiante **Pablo Andrés Malla Medina**, hacer uso legal del presente, según estime conveniente.

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:
**ERIKA LUCIA
GONZALEZ
CARRION**

Dra. Erika González Carrión. Ph.D.
Docente de la Facultad de la Educación, el Arte y la Comunicación
Universidad Nacional de Loja

Anexo 4. Certificación de tribunal de grado.



CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Loja, 17 de enero de 2023

En calidad de Tribunal del Trabajo de Integración Curricular con el título: **“Estudio jurídico del principio de corresponsabilidad parental y la factibilidad de incorporar la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”**, de la autoría del señor Pablo Andrés Malla Medina, portador de la cédula de identidad Nro. 1150454740, previo a la obtención del Título de Abogado, certificamos que se han incorporado las observaciones realizadas por los integrantes del tribunal, por tal motivo se procede a la aprobación del Trabajo de Integración Curricular, facultando al postulante la continuación de los trámites pertinentes para su publicación y sustentación pública.

APROBADO



Firmado electrónicamente por:
**ROLANDO JOHNATAN
MACAS SARITAMA**

**Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. PhD.
PRESIDENTE**

**GLADYS BEATRIZ
REATEGUI CUEVA**

Firmado digitalmente por GLADYS
BEATRIZ REATEGUI CUEVA
Nombre de reconocimiento (DN): cn=EC,
ln=LOJA, serialNumber=1103143598,
cn=GLADYS BEATRIZ REATEGUI CUEVA
Fecha: 2023.01.18 08:44:31 -05'00'

**Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva, Mg. Sc.
VOCAL PRINCIPAL**



Firmado electrónicamente por:
**FREDDY RICARDO
YAMUNAQUE VITE**

**Dr. Freddy Ricardo Yamunaqué Vite, PhD.
VOCAL PRINCIPAL**