



FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Ambiental

TEMA:

**La Vulneración de Derechos de los niños, niñas y adolescentes, por falta de legislación
en casos de Custodia Compartida en el Ecuador**

**Tesis para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, Derechos
Humanos y Derecho Ambiental**

Presentada por

Byron Fernando Fuentala Mera

Tutor:

Mgs. María Camila Carrillo Gálvez

Quito, octubre del 2023

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se aborda el tema sobre la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por la falta de legislación en casos de custodia compartida, desde el punto de vista del derecho de igualdad, bajo la óptica del derecho constitucional al concebir la igualdad como un derecho humano, estipulado en instrumentos internacionales y a su vez como derecho constitucional por estar determinado y definido como eje transversal que debe definir la actuación del Estado a través de sus órganos como marco referencial en las leyes y políticas destinadas a garantizar una igualdad real y no solamente ideal; para lo que se planteó como objetivo determinar que en el Ecuador se vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes al no reconocer la figura de custodia compartida. Ya que de no darse una solución a la inexistencia de la Custodia Compartida en la Legislación Ecuatoriana, serán los niños, niñas y adolescentes los más afectados, ya que tras un divorcio o separación quienes llegan a desestabilizarse mentalmente al ver que deja de existir la unión familiar, y empiezan a perder el respeto a uno de ellos o a ambos, perdiendo el horizonte de la vida y para tratar nosotros como sociedad de reparar en algo adoptamos otras vías para seguir manteniendo las relaciones familiares luego de un divorcio, estableciendo figuras normativas ya en el Código Civil o Código de la Niñez y Adolescencia, para aplicar el principio de corresponsabilidad parental, asegurándonos en su crianza, cuidado y educación, para que no tengamos que ver en las calles vidas desperdiciadas formando parte de la delincuencia las drogas o el alcohol y estemos orgullosos de ellos por ser unos seres de bien que engrandezcan la sociedad. Con el método científico para obtener la información correcta, dogmático e interpretativo de la norma constitucional, con la perspectiva cualitativa se ofrece una respuesta al problema que se presenta. Se analiza la custodia compartida, desde la legislación comparada entre Argentina, España y Chile.

Palabras clave: Custodia Compartida, Niños, niñas y adolescentes, Vulneración de Derechos

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Byron Fernando Fuentala Mera
C.I. 1714775960

DEDICATORIA

Siempre a quien primero debo agradecer es a mi DIOS que me ha sostenido en los momentos más difíciles, a mi compañera de vida mi esposa, mis amados hijos y mi Madre que con sus palabras reconforta mi alma, a la gloriosa y altiva Universidad Hemisferios que me ha formado como un estudiante, pero sobre todo como ser humano; a cada uno de los maestros que nos imparten de su sabiduría y afecto y cada uno de mis compañeros de maestría todos fueron de gran ayuda en mi aprendizaje para ellos un reconocimiento sincero.

Byron Fernando Fuentala Mera

ÍNDICE

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS	3
DEDICATORIA	4
ÍNDICE	5
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO 1	10
1. Custodia Compartida	10
1.1 Definición de Custodia Compartida.....	10
1.2 Tipos de Custodia.....	12
1.3 Modalidades de ejercicio de la Custodia Compartida.....	15
1.4 Beneficios de la Custodia Compartida.....	22
1.5 Desventajas de la Custodia Compartida.....	27
1.6 Custodia Compartida en la Constitución de la República del Ecuador.....	31
1.7 Custodia Compartida en la Convención de los Derechos del Niño	33
1.8 Custodia Compartida Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia	36
1.9 Custodia Compartida Código Civil.....	39
1.10 Definición de Tenencia.....	41
1.11 Definición de Patria Potestad	43
CAPITULO II	44
2. Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes en la Legislación Ecuatoriana	44
2.1 Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos de Derechos	44
2.2 Historia de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución de la República del Ecuador.	46

2.3	Los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución de la República del Ecuador.....	48
2.4	Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Código de la Niñez y Adolescencia.....	50
CAPITULO III		55
3.	Comparación de la Legislación de países de América y Europa con nuestra Legislación en cuanto a la Custodia Compartida	55
3.1	Derecho Comparado con Ecuador en materia de Custodia Compartida.....	55
3.2	Argentina.....	56
3.3	España	57
3.4	Chile	58
CAPITULO IV		59
4.	Los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes en la Custodia Compartida.....	59
4.1	Derecho a expresarse libremente.....	59
4.2	Derecho a tener un entorno familiar tranquilo	60
4.3	Derecho a la Corresponsabilidad Parental	61
4.4	Derecho a visitas	62
4.5	Entrevistas a expertos del Tema.....	63
CONCLUSIONES.....		68
RECOMENDACIONES		70
BIBLIOGRAFÍA		71

LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, POR FALTA DE LEGISLACIÓN EN CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ECUADOR

Autor Byron Fernando Fuentala Mera

Correo electrónico: gadi_5@hotmail.com

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se aborda el tema sobre la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por la falta de legislación en casos de custodia compartida, desde el punto de vista del derecho de igualdad, bajo la óptica del derecho constitucional al concebir la igualdad como un derecho humano, estipulado en instrumentos internacionales y a su vez como derecho constitucional por estar determinado y definido como eje transversal que debe definir la actuación del Estado a través de sus órganos como marco referencial en las leyes y políticas destinadas a garantizar una igualdad real y no solamente ideal; para lo que se planteó como objetivo determinar que en el Ecuador se vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes al no reconocer la figura de custodia compartida.

Ya que de no darse una solución a la inexistencia de la Custodia Compartida en la Legislación Ecuatoriana, serán los niños, niñas y adolescentes los más afectados, ya que tras un divorcio o separación quienes llegan a desestabilizarse mentalmente al ver que deja de existir la unión familiar, y empiezan a perder el respeto a uno de ellos o a ambos, perdiendo el horizonte de la vida y para tratar nosotros como sociedad de reparar en algo adoptamos otras vías para seguir manteniendo las relaciones familiares luego de un divorcio, estableciendo figuras normativas ya en el Código Civil o Código de la Niñez y Adolescencia, para aplicar el principio de corresponsabilidad parental, asegurándonos en su crianza, cuidado y educación, para que no tengamos que ver en las calles vidas desperdiciadas formando parte de la delincuencia las drogas o el alcohol y estemos orgullosos de ellos por ser unos seres de bien que engrandezcan la sociedad.

Con el método científico para obtener la información correcta, dogmático e interpretativo de la norma constitucional, con la perspectiva cualitativa se ofrece una respuesta al problema

que se presenta. Se analiza la custodia compartida, desde la legislación comparada entre Argentina, España y Chile.

PALABRAS CLAVE: Custodia Compartida, Niños, niñas y adolescentes, Vulneración de Derechos

ABSTRACT

This research paper addresses the issue of the violation of the rights of children and adolescents due to the lack of legislation in cases of shared custody, from the point of view of the right to equality, from the perspective of constitutional law. by conceiving equality as a human right, stipulated in international instruments and, in turn, as a constitutional right because it is determined and defined as a transversal axis that must define the action of the State through its bodies as a referential framework in laws and policies aimed at guaranteeing a real equality and not only ideal; for which the objective was to determine that in Ecuador the right of children and adolescents is violated by not recognizing the figure of joint custody.

Since if a solution to the non-existence of Shared Custody in Ecuadorian Legislation is not realized, it will be the children and adolescents who are the most affected, since after a divorce or separation those who become mentally destabilized when they see that it ceases to exist the family union, and they begin to lose respect for one or both of them, losing the horizon of life and to treat ourselves as a society to repair something we adopt other ways to continue maintaining family relationships after a divorce, present normative figures already in the Civil Code or Childhood and Adolescence Code, to apply the principle of parental co-responsibility, ensuring their upbringing, care and education, so that we do not have to see wasted lives on the streets as part of drug or alcohol crime and let us be proud of them for being good beings who make society great.

With the scientific method to obtain the correct, dogmatic and interpretative information of the constitutional norm, with the qualitative perspective an answer to the problem that is presented is offered. Joint custody is analyzed, from the comparative legislation between Argentina, Spain and Chile.

Keywords: Shared Custody, Children and adolescents, Violation of Rights

INTRODUCCIÓN

El tema de investigación para el desarrollo de la presente tesis, intitulada “La vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes, por falta de legislación en casos de custodia compartida en el Ecuador, para evitar la desigualdad jurídica entre los padres, y si hay o no la vulneración del derecho de los niños, niñas y adolescentes, la he realizado porque considero fundamental que, la obligación jurídica de los dos padres de tutelar el desarrollo integral de los hijos, se haga una realidad jurídica, que sobrepase las barreras de los estados civiles en que puedan encontrarse los padres, es decir casados, divorciados o separados. Que los dos progenitores tengan igualdad jurídica al momento de la designación de la custodia de sus hijos, es una situación que al momento se ve afectada porque la normativa legal que se aplica en nuestro país, en lugar de fomentarla, provoca que el padre, no tenga la misma oportunidad legal que la madre para obtener la custodia de sus hijos, a menos que recurra a reclamos judiciales en donde deba demostrar que la madre no es apta para cumplir con lo que la ley determina.

Esta situación se plasma, porque a pesar de que el Ecuador se constituye como un estado de derecho y en donde la igualdad de las personas se encuentra establecida, en lo referente a la patria potestad y custodia de los menores, la normativa que se aplica es discriminatoria debido a que contempla a la madre, directamente, como la única responsable del cuidado de los hijos menores de 12 años. Al momento en que la normativa legal designa a la madre como quien debe tener la custodia de los menores entonces, la igualdad jurídica del padre queda inexistente, no se contempla tan siquiera, no tiene igualdad de oportunidad de acceder a la custodia, ya se determina por ley que es la madre, con el agravante de que nuestra normativa, confunde el ejercicio de la patria potestad como un accesorio a la custodia, es decir que los derechos legales del padre son retirados tácitamente, y los niños, niñas y adolescentes se ven vulnerados en sus derechos.

CAPITULO 1

1. Custodia Compartida

1.1. Definición de Custodia Compartida

Si bien el legislador no ha concretado el concepto de guarda y custodia compartida, varios doctrinarios han tratado expedir un concepto desde su punto de vista, y podemos encontrar en la doctrina diversas definiciones, tales como:

Según Vicente Ibáñez nos da su criterio sobre el concepto de custodia conjunta o compartida, y se encuentra definida como:

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

Como señala Bayata este término no tiene una definición clara y generalmente se distingue entre custodia física y custodia legal compartida. (Bayata, 2013, págs. 310 - 331).

Para Ronal Bauserman asume que:

Con custodia física compartida se pretende indicar que los niños van a pasar con ambos progenitores un tiempo considerable, aunque no obstante no 50/50. Los investigadores han tomado como custodia física compartida cuando se pasa con uno de los progenitores entre el 33% y el 50% de tiempo y el resto con el otro. (Bauserman, 2012)

Para Gabriel Muñoz expone que:

“La custodia compartida es aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro. (Muñoz, 2012, pág. 90)

El autor Ortuño la define como:

“Aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro” (Ortuño Muñoz, 2007 , pág. 60).

Por otro lado, para Godoy:

“La guarda y custodia compartida comprende a su vez dos sistemas: La guarda y custodia conjunta, la cual en su opinión es el equivalente al ejercicio conjunto de la patria potestad; y la guarda y custodia alternada que consiste en que el hijo conviva con cada progenitor por períodos alternos o sucesivos, de tal forma que el guardador será el padre o la madre dependiendo del período de que se trate. Siendo esta última la figura que introduce el Legislador Español en la Ley 15/2005”. (Godoy Moreno, 2004, pág. 10).

Según el doctrinario Ruiz quien manifiesta que: “La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”. (Ruiz, 2008 , pág. 19).

Ahora bien, de lo analizado en las definiciones anteriormente indicadas, no se debe confundir la custodia legal con la patria potestad; toda vez que, para Sandra Novecilla Ulloa la tenencia es:

“Un atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos; ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (acción de custodiar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre ambos términos como si fueran sinónimos” (Nobecilla Ulloa, 2014, pág. 17)

Así también, para el autor Ramos quien manifiesta: “La custodia compartida es el compartir la autoridad, responsabilidades, derechos y obligaciones sobre los hijos los hijos en común de una pareja que se encuentra separada” (Ramos, 2009, pág. 73).

A mi criterio luego de revisar y plasmar lo definido por los doctrinarios anteriormente mencionados, de lo que para ellos se considera es la custodia compartida, puedo llegar a manifestar que la custodia compartida puede definirse como; la facultad que tienen ambos progenitores para tomar decisiones equitativas respecto a la educación de sus hijos, a los gastos económicos, que el tiempo que compartan con los hijos ya no sea limitado y que esto se da tras el divorcio o separación, claro está sin que esta separación afecte el cuidado y protección que como asunción del principio de corresponsabilidad parental que debe existir entre los padres y finalmente de esta manera ambos progenitores velaran de manera conjunta por el cuidado, educación y atención de sus hijos.

1.1 Tipos de Custodia

A continuación, se analizarán los distintos tipos de custodia que pueden ser atribuidos tras la ruptura, divorcio o separación de los progenitores.

1.2.1. Custodia Exclusiva o Individual

Para el doctrinario Pascual Ortuño quien manifiesta que: “La custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores: es la forma de custodia más frecuente adoptada por los tribunales en los procesos en los que no hay mutuo acuerdo. Implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro”. (Ortuño Muñoz, 2007 , pág. 17)

Custodia monoparental o exclusiva: consiste en que la custodia, es decir, el cuidado, la educación, el bienestar y, en general, la convivencia habitual de los hijos menores **se atribuye a uno de los progenitores**, que recibe el nombre de progenitor custodio. (Borda, 1997, pág. 24)

A mi entender la custodia exclusiva consiste en caso de que una pareja decida poner fin a su relación, es imprescindible determinar el régimen de guarda y custodia de los hijos menores y esta es la responsabilidad que tienen los padres en la crianza, bienestar y educación de los hijos obviamente cada uno por separado ya que esta se dé después del divorcio o separación y se centra en la **convivencia habitual y diaria con los menores**.

1.2.2. Custodia Compartida

Otro tipo de custodia es la conjunta o compartida que para el doctrinario Vicente Ibáñez lo expresa de la siguiente manera.

“Custodia conjunta o compartida, definida como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc.”. (Ibáñez, 2004, pág. 41).

Para el autor Catalán, Max quien menciona que

“Este tipo de custodia se caracteriza por ser ambos progenitores quienes ejercen la custodia de sus hijos en un tiempo determinado. Dentro de la custodia compartida existen diversas formas de custodia, ya sea en razón de la vivienda de los progenitores o en razón del tiempo. (Catalán, 2007, pág. 7)

La custodia compartida es un tema reciente en el Ecuador y a mi pensar es la posibilidad que se da para que los dos progenitores tengan la misma posibilidad de crianza y responsabilidades con el menor en cuanto a su alimentación, educación en fin a todas las necesidades que tenga el menor siempre viendo el interés superior.

1.2.3. Custodia Compartida en Sentido Amplio

Este tipo de custodia consiste en la repartición de la custodia física de sus hijos de manera alternada por un tiempo largo. La custodia compartida en sentido amplio, permite que los dos progenitores puedan tomar decisiones sobre sus hijos en igualdad de condiciones.

Dentro de esta custodia existen dos tipos de custodias:

1. La Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar, es decir que, los hijos siempre permanecen en la misma residencia y son los padres quien deben acudir de manera alternada a su cuidado.
2. Custodia compartida en la cual los hijos deben trasladarse hasta el lugar de residencia de los padres, para ello es necesario que los progenitores vivan cerca.

Para María José Catalán Frías quien expresa:

Custodia compartida física que significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. (Entendida muchas veces en los estudios como una distribución del tiempo de convivencia nunca inferior al 30-35% con uno de los padres). La división de los tiempos puede variar, (semanas, meses, etc.) y o bien ser el niño el que va cambiando de casa o los padres los que acuden al domicilio del niño por

periodos. En estos casos son frecuentes los repartos al 50 %. (Catalán & otros., 2007, págs. 131-151).

Claramente esta dado el concepto de custodia compartida en sentido amplio y es que la custodia se da por parte de los dos progenitores después del divorcio o separación esto puede ser del 50% del tiempo de cada padre o como lleguen a un acuerdo puede ser por días, semanas o meses.

1.2.4. Custodia Compartida en el Sentido Estricto Legal

En este tipo de custodia se concede la custodia a uno de los progenitores, es decir como el cuidador principal del menor, mientras que para el otro progenitor se establece una relación más amplia y activa con sus hijos.

Para María José Catalán Frías la custodia compartida legal, con la madre o con el padre como principal cuidador, con la libre relación de los menores con el otro progenitor, implicándose éste en las atenciones diarias de los hijos (llevarlos al cole, comer con ellos...) distribuyéndose el tiempo de manera similar a como se venía haciendo antes de la ruptura. (Catalán & otros., 2007, pág. 134)

La custodia compartida legal es el régimen legal que regula la guarda de los hijos y que se le impone a cada uno de los progenitores una vez que se han separado o divorciado este acuerdo permite que los hijos permanezcan con sus padres la mitad de tiempo o al acuerdo que llegasen para el bienestar del menor.

1.2 Modalidades de ejercicio de la Custodia Compartida

Los jueces valoran ciertos aspectos para decidir por la custodia compartida, y ellos son:

- ✚ Que hayan participado de las actividades rutinarias de los menores, desde que nacieron. Esto incluye llevarlos y retirarlos de las instituciones escolares y deportivas, estar en comunicación con sus docentes y profesores, acudir a las visitas médicas.
- ✚ Que haya facilidad en unir la vida personal y laboral, viendo el horario laboral de los últimos años.

- ✚ Que haya proximidad geográfica entre la residencia y las instituciones a las que concurran los hijos.
- ✚ Que las pautas de crianza de los padres sean parecidas.
- ✚ Que haya apoyo familiar, como abuelos, tíos.
- ✚ Que la relación entre los padres sea pacífica y no afecte a los niños.
- ✚ Que el resultado de las entrevistas de los trabajadores sociales hacia los padres sea favorable.
- ✚ Se atiende a la cantidad de hijos y su edad.
- ✚ El deseo de los hijos se tendrá en cuenta, en general cuando ya hayan cumplido los 12 años.

Para la autora María José Catalán Frías existen varias modalidades de la custodia compartida que son el resultado del desarrollo que en este sentido se ha observado en el derecho anglosajón. (Catalán, 2011, pág. 11)

1.3.1. La Custodia Compartida dentro de la Vivienda Familiar

Se considera vivienda familiar a toda habitación o conjunto de habitaciones y sus dependencias que ocupan un edificio o una parte estructuralmente separada del mismo y que, por la forma en que ha sido construida, reconstruida, transformada o adaptada, está destinada a ser habitada por una o varias personas, y en la fecha de referencia, no se utiliza totalmente para otros fines.

Los autores García y Crespo manifiestan y dan su criterio sobre algunas de las modalidades de la custodia compartida en este caso dentro de la vivienda familiar y dicen:

“En ocasiones el uso de la vivienda se atribuiría a uno de los progenitores (el que esté en una situación económica peor, tradicionalmente la madre) saliendo el otro (el padre) de la vivienda familiar para instalarse en otra, donde recibiría a los hijos en los periodos de guarda que le correspondiera.

Sin embargo, en otros casos se ha decretado directamente que los hijos permanecieran en la vivienda familiar siendo los padres los que rotarían en ella.

Tal solución no es siempre posible en la práctica y por ello abogan por desligar uso de la vivienda y ejercicio de la patria potestad, pues terminado el matrimonio entienden que la vivienda debería corresponder a su titular salvo en supuestos excepcionales y transitorios en que la peor situación de su ex cónyuge aconseje reconocerle algún derecho de uso, preferiblemente a cambio de un precio.

De tal manera que hay que medir la vivienda en el matrimonio y de ser ello posible, puede plantearse como una fórmula válida su venta para repartir los ingresos entre los padres (caso de que fuese ganancial o en comunidad) a fin de poder estos adquirir otras viviendas dignas pero de menor valor (u optar por un alquiler) a fin de evitar una situación de ahogo económico en muchos casos extrema, antes que obligar a mantener una vivienda común difícilmente compatible con las economías de los ex cónyuges en la nueva situación. Igualmente y por las mismas razones, si la vivienda fuese de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, no debería atribuirse su uso al otro, salvo en supuestos realmente excepcionales (García & Crespo, 2010, pág. 28).

Quizás en el Ecuador este tipo de custodia compartida no sería posible, por la situación cultural y económica en la que nuestra sociedad se desarrolla, pues en la mayoría de los casos la relación conyugal no termina en las mejores condiciones, por otro lado, si existe un bien en común casi nunca se antepone como prioridad el bienestar de los niños, sino el interés personal de los progenitores.

Los autores manifiestan que la vivienda familiar debería ser el lugar donde el interés superior del niño prevalezca, pero discrepo mucho de ellos ya que muchas veces cuando se da separación de los padres siempre se queda en malos términos e inclusive el hombre es el que sale perdiendo porque una vez que sale del hogar no puede volver a entrar ni para visitarles a los hijos.

1.3.2. Custodia Compartida como Fórmulas Abiertas y Flexibles

La flexibilidad es ciertamente un fenómeno complejo, que puede ser interpretado y aplicado de diversas formas, de acuerdo con las condiciones sociales, culturales, jurídicas, económicas, del sector productivo, entre otros.

Para esto se debe indicar que, la custodia compartida no equivale a un trato paritario, no significa distribución del tiempo del menor a exactas partes iguales, sino posibilitar que el menor mantenga un mismo contacto con sus padres. En última instancia se trata de un reparto equitativo pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos y eso no entiende de límites temporales.

Por tanto, supondrá que ambos progenitores, continúen ejerciendo su responsabilidad y vinculación en la toma de decisiones sobre la crianza de sus hijos tomando como referente la situación existente antes de la ruptura.

El autor Torres señala acerca de este tema de la siguiente manera:

“Que puede distinguirse entre cuatro modelos básicos de custodia compartida: Custodia compartida simultánea, si ambos progenitores viven en el mismo domicilio en unión a sus hijos (supuesto en que la vivienda se dividiese en dos dependencias, caso que “de facto” entendemos difícilmente planteable). Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos (al permanecer éstos en el domicilio familiar y trasladarse sucesivamente los padres, esta custodia se suele denominar “tipo nido”, su inconveniente principal es la necesidad de contar con tres viviendas). Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio para los hijos, es decir “tipo domicilio rotatorio” con una distribución del tiempo de convivencia al 50% (supuesto que en la práctica no se da). Y custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores, (si bien el menor permanece más tiempo con uno de sus progenitores, el otro participa en sus tareas diarias) (Torres, 2011, pág. 41).

1.3.3. Obligaciones de los Padres o Progenitores de los Abuelos o Tíos a falta de ellos.

La familia es un sistema que se encuentra constituido por una red de relaciones y conformada por subsistemas en donde cada miembro evoluciona y se desarrolla a través de

diferentes etapas, sufriendo cambios de adaptación en donde son imprescindibles las normas, reglas, límites y jerarquías que funcionan en el ambiente familiar, existiendo así diferentes tipos y estructuras, evidenciándose la funcionalidad o disfuncionalidad. La comunicación es el vínculo principal para que se desarrolle un ambiente familiar adecuado debido a que todos tenemos la necesidad de compartir lo que sabemos, pensamos y sentimos tratando así de llegar a la resolución de conflictos que puedan darse.

El diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche, manifiesta: “Es la que obliga a compartir o repartir equitativamente las funciones de cuidado, educación y crianza en ambos padres, sin perjuicio que sea uno de ellos el que tenga la custodia o tenencia. (Escriche, 2001, págs. 15-19)

Esto es importante, puesto que, en el régimen actual, el padre no custodio se limita básicamente a proveer y a mantener una relación directa y regular, pero a la hora de la toma de decisiones en cosas tan importantes como en que colegio ha de estudiar, que religión ha de profesar u otras similares, pareciera ser que no tiene nada que decir, versus el padre a quien se ha confiado el cuidado personal.

Cuando a falta de los padres el cuidado crianza y desarrollo del menor corresponde en primer lugar a los abuelos y luego a los tíos plasmado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

1.3.4. Sentencias de la Corte Constitucional en relación a la Custodia Compartida

Después de una revisión minuciosa para poder verificar que, si existen sentencias con relación al tema de la Custodia Compartida, procederé analizar y comentar lo emblemático de la Sentencia de Ecuador No. 28-15-IN/21 del 24 de noviembre de 2021 del juez ponente Enrique Herrería Bonnet.

Esta demanda se fundamenta en una acción de inconstitucionalidad respecto de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia que, según los accionantes, 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.

Se establece el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (2003):

Artículo 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

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

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

En líneas generales, argumentan las partes, que existe una violación tanto en los principios como en los derechos y garantías de otras normas que protegen por un lado la igualdad de género, la familia nuclear y extensiva, el rol de la mujer en la sociedad, el interés superior de los niños, por lo que soporta sus alegatos en diferentes instrumentos legales e internacionales, tales como la Constitución de la República de Ecuador, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comité de los Derechos del Niño y en la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En lo referente a la preservación del entorno familiar de Niños, Niñas 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. Además, la regla de preferencia materna impide preservar la unidad familiar ya que, al contrario, refuerza la

separación familiar e impide que exista un verdadero fortalecimiento del núcleo familiar (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021).

Como se puede observar, la esencia que posee la demanda citada, guarda estrecha relación con el objetivo de la presente investigación, puesto que, en ambos casos, existe un acuerdo en que la custodia en el caso de la separación de los padres puede ser administrada y vivida por ambos padres de manera equitativa con la finalidad de perpetuar en el tiempo las relaciones parentales, estas no deben perderse con la disolución del vínculo conyugal, las parejas pasan, pero los hijos quedan.

En la presente sentencia hubo seis votos a favor y uno concurrente donde el magistrado expone que la preferencia de que el niño este con la madre es un asunto de naturaleza humana por cuanto “el padre no concibe, el padre no fecunda, el padre no es responsable de la gestación, el padre no alimenta –mientras es feto–, el padre no pare, el padre no amamanta” (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021). Así pues, ya para diciembre de 2021, se dio a conocer a través de los medios de comunicación social que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos impugnados del CONA, por lo que resolvió que en realidad son discriminatorias al prejuzgar una situación sin que se ponga en práctica el debido proceso.

Es decir, si un padre alega que el otro no está capacitado para asumir la custodia o la tenencia del hijo, el que realiza tal afirmación es el que tiene la carga de probar sus alegatos, porque si hay conflictos entre los padres, una decisión unilateral por parte del juez aumenta de manera exponencial la situación conflictiva y la tendencia será ocasionar algún tipo de agravio en los hijos quienes están en medio de este entorno conflictivo.

Finalmente, queda esperar el tiempo, para que se analice en la Asamblea Nacional, previo su examen minucioso, y pase por todas las instancias que prescribe la ley para ver el modo en que el legislador traduce esta decisión a la reforma efectiva de la norma. En este trabajo, aun y cuando el tema central no es la colisión de una norma con otra o la vulneración de ciertos derechos contemplados en la Constitución como es el de igualdad, sino el alcance de la custodia compartida en el derecho ecuatoriano, cabe abordar este punto por ser lo más actual al respecto y para que se pueda desentrañar todo aquello que subyace e impide que el

padre en la mayoría de los casos sea el que se prive de la custodia de los hijos, aun teniendo méritos y cualidades para hacerlo.

Para el autor Farith Simón la custodia se define como aquella que: “consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, las responsabilidades el cuidado y los deberes”. (FARITH Simon, 2007, pág. 517)

La tenencia compartida “se caracteriza por la entrega material del cuidado del hijo o hija a uno de los progenitores por diferentes espacios de tiempo, pero los dos se dividen las responsabilidades de naturaleza legal y comparten las decisiones relevantes respecto de los hijos e hijas esto implica el equilibrio de papeles valorando la paternidad y la maternidad conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de la fragmentación de la familia”

La crítica sostiene que no existe información concordante respecto a la forma que funciona esta figura, o a la conveniencia o no de fijar un régimen de ésta naturaleza en criterio de Farid Simon, “podría no ser conveniente si no se establece de manera adecuada al caso y sus circunstancias ya que generaría en los hijos que quizás una sensación de inestabilidad muy seria, pero creo que no puede ser negada de antemano. La autoridad debería sopesar a conciencia la asignación a cada caso en particular por lo tanto exige un estudio detenido para poder aprobarlo en ciertas circunstancias” (FARITH Simon, 2007) .

1.3 Beneficios de la Custodia Compartida

La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación marital, ambos padres ejerzan la tenencia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y derechos. Por lo tanto, queda claro la importancia que el mismo le puede traer a todos aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran envueltos en este tipo de separaciones. En todo este proceso es importante resaltar que los imperativos es el bienestar físico, emocional y psicológico del niño, niñas y adolescentes por lo tanto la inclusión de esta figura sin duda alguna representará un avance significativo en el crecimiento y desarrollo integral del menor.

Al observar el éxito y las ventajas positivas que la custodia compartida ha tenido en países Latinoamericanos, es un buen aval para tener la certeza que su incursión en el país debe ser favorable. El simple hecho que ambos padres tengan responsabilidad directa ante sus hijos, trae como consecuencia, aumentar el nivel de responsabilidad entre ambas partes, destacando y tomando en consideración todos los entornos tanto del niño, niña y adolescentes como de los padres, debido a que cada uno de ellos tendrán nuevas tendencias de vida y tal vez nuevas parejas. Es importante aprovechar la intención que tiene el Estado con su plan del Buen Vivir ya que podría complementarse y solidificarse al incluir parte de esta figura de la custodia compartida como horizonte que ofrece alternativas para construir una sociedad más justa.

Finalmente, la legislación ecuatoriana debería perfeccionar en esta materia de custodia compartida y, de esta manera, poder encontrar las soluciones más adecuadas para evitar seguir causando desigualdades para los niños, niñas y adolescentes y padres, productos de una separación o divorcio. La tenencia compartida, es bandera principal para la igualdad de derechos y responsabilidades sobre los hijos para su crecimiento y seguridad integral.

Al momento que exista una ruptura del matrimonio o unión de hecho legalmente reconocido pueden optar por la custodia compartida, en la que ambos progenitores pueden ejercer la custodia legal de sus hijos menores de edad en las mismas condiciones y derechos. Sin embargo, se puede tener con este tipo de custodia ciertas ventajas y desventajas, las cuales se las debe analizar para tomar la mejor decisión, con lo cual entre las ventajas se puede considerar las siguiente:

- **Ruptura menos traumática para los niños:** se garantiza a los pequeños la posibilidad de disfrutar de sus dos progenitores y es el modelo que más se acerca a la vida que tenían antes de la separación de sus padres.
- **Se evitan sentimientos negativos:** tras un divorcio son muy frecuentes el miedo al abandono, tener sentimiento de deslealtad o de culpa, de negación... Al vivir de manera muy parecida a lo conocido hasta el momento, el niño está más seguro y estas sensaciones no afloran con tanta virulencia.

- **Evita la parentificación:** es decir, que los hijos se hagan demasiado responsables. La custodia compartida evita que un pequeño asuma el papel del padre o de la madre y tome decisiones que no le corresponden.
- **No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores:** se considera a ambos como aptos para llevar a cabo la crianza y educación de sus hijos.
- **Modelo educativo para el niño, niña y/o Adolescente:** el sistema de guarda compartida favorece que los padres lleguen a acuerdos y así ser flexibles y capaces de negociar se convierte en un modelo de conducta.
- **Mayor responsabilidad:** los progenitores que eligen la custodia compartida se tienen que comprometer más, tienen más obligaciones y responsabilidades.
- **Mayor cooperación y comunicación:** los padres se involucran más en la vida de sus hijos.
- **Enriquecimiento para los niños:** hay una sensación "de suma", no "de resta". Así, los pequeños sienten que forman parte de cada nueva familia con la que viven; no se integran en una y se sienten ajenos en el hogar del padre no custodio.
- **Gastos compartidos:** mediante la custodia compartida los gastos de manutención se reparten de forma proporcional entre los cónyuges.
- **Mismos derechos:** se trata de una situación legal en la que los padres tienen los mismos derechos para ejercer la custodia legal de sus hijos.
- **Igualdad para los padres:** los padres pueden planificar su vida personal y su tiempo libre junto con la crianza de los hijos.
- **Seguridad para los niños:** los niños no se encuentran aislados de ninguno de sus padres.

- **Mayor comunicación:** los padres pueden mantener relaciones y comunicación paterno o materno filial. (Álvarez, 2015, pág. 77).

Para el autor Ocampo Lozano existen otras ventajas en la custodia compartida que son:

- Les permitirá tener un contacto continuo y por igual con ambos progenitores, cumpliéndose plenamente sus necesidades de tener una figura paterna y materna presente, garantizándose su derecho de relacionarse con ambos y favoreciendo una situación lo más parecida posible a cuando ambos sí vivían juntos.
- Evita la aparición de “conflicto de lealtad” de los menores hacia alguno de los progenitores en particular, obligándoles a elegir.
- Desaparición en las menores de sentimiento de culpa.
- Favorece aún más la comunicación entre los padres.
- Desaparece la apariencia de la preponderancia de la figura de un progenitor sobre otro.
- Se normalizan totalmente las estancias indistintas con ambos progenitores.
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación y comprensión de la nueva situación, que hace más difícil la posible manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres hacia los hijos.
- Sensación que, con el divorcio de sus padres, se ha producido el cese de vida común de ellos, pero que siguen siendo una familia.
- Se evita el distanciamiento entre el progenitor no custodio y los hijos, como consecuencia de la menor participación del mismo en la vida de las menores.

- Fomenta, en las niñas, los valores de igualdad entre hombre y mujer en las tareas familiares y del hogar. (Ocampo Lozano, 2019, pág. 12).

Después de haber presentado las ventajas de la Custodia Compartida a mi criterio es muy importante implementarla en nuestra legislación para que se no se sigan vulnerando los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes, así, al insertar la custodia compartida no solo como un enunciado, los dos progenitores cumplirán sus funciones en cuanto al desarrollo y crecimiento del menor y cumplir sus necesidades en cuanto a alimentación, vivienda, vestido, entre otros.

El simple hecho que, en el Ecuador, exista esta figura jurídica pero que no se le ha implementado es importante y relevante, a pesar de todos los atributos positivas 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, niñas y adolescentes 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, en adelante, CONA, es un cuerpo normativo que regula el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero no regula la figura jurídica del cuidado compartido. Su fundamentación va dirigido a la ideología de que el cuidado de los hijos le está atribuido por naturaleza a la madre, es decir, únicamente aplica el sistema de cuidado unipersonal.

Las consecuencias del sistema actual en el Ecuador, es la que permite ver al padre o madre que no tiene la custodia del niños, niñas y adolescentes, se le catalogue como un simple proveedor de recursos monetarios y materiales, dejando a un lado la parte afectiva y el apoyo que ambos necesitan para complementar el desarrollo y crecimiento personal y poder sobrellevar los efectos de la ruptura familiar. Al producirse la separación marital o conyugal, actualmente se crea un proceso de desigualdad en cuanto al cuidado del niño, niña y adolescente donde en primera instancia los hijos se quedan bajo la custodia unipersonal de la madre, y el padre no custodio le espera un obligado alejamiento, causando un desapego emocional forzoso.

De otra parte, se pretende buscar el establecimiento de algunas ventajas que pueden ser incluidas en la legislación ecuatoriana bajo la figura jurídica del cuidado o custodia compartidos, aunque sea como un régimen de excepción, que garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como de sus padres que se encuentran en proceso de separación matrimonial o conyugal. Es importante investigar de qué manera el Derecho puede proteger a los niños y a sus padres custodio o no, es un sano ejercicio que en tiempos de desintegración familiar resulta impostergable.

Cabe destacar que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 44, consagra: 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. (p.23).

1.4 Desventajas de la Custodia Compartida

Este régimen ecuatoriano respecto al custodio unipersonal, trae consigo una serie de desventajas que sufre el padre que no tiene la custodia, como, por ejemplo, la incapacidad de tomar decisiones importantes que atañen al futuro de sus hijos (as).

En nuestro país, pese a que existe la institución de la tenencia, de conformidad a lo establecido en el CONA, no se ha legislado la tenencia compartida como tal. Según el informe del proyecto de ley interpretativa al art. 118 íbidem, que fue aprobado en la comisión ocasional que trata de esos temas en la Asamblea Nacional, “la tenencia compartida deberá ser de mutuo acuerdo entre los padres y no impuesta por un juez”.

Si hay custodia de uno de los padres y del otro no, en virtud de que los dos tienen sus deberes como progenitores deben comunicar al otro cualquier acontecimiento

relacionado al bienestar y desarrollo integral del niño para no afectar sus derechos. La custodia unipersonal, no reniega el derecho del otro progenitor. ya que ahí se estaría vulnerando el derecho del niño a ver a su otro progenitor.

La realidad jurídica ecuatoriana convierte al padre o madre no custodio en un simple espectador que espera por la benevolencia del otro para poder compartir con su hijo (a). en estos últimos tiempos ha habido una lucha constante de varios progenitores para que puedan obtener la custodia compartida como es el caso de nuestro profesor Salim Zaidan que ha luchado por años para poder obtener la custodia de su hija todos los jueces le han negado.

En lo que respecta al tema económico, el padre o madre no custodio, debe esperar casi en forma obligatoria una demanda de alimentos, puesto que el Código de la Niñez y Adolescencia le faculta al representante legal del hijo o hija a accionar legalmente con el objeto de alcanzar una suma de dinero mensual que incrementará su patrimonio propio y disminuirá el del otro, aún en los casos en los que este último cumpla a cabalidad con su responsabilidad económica frente a sus hijos; y, que además no podrá ni siquiera conocer el destino que se le dio a su dinero aportado como pensión alimenticia. No necesariamente, ya existen casos de mediación familiar donde ha habido acuerdos de custodia compartida y gastos compartidos por la crianza de los hijos.

Según Álvarez como se analizó anteriormente, la custodia compartida tiene varias ventajas para su implementación, sin embargo, este método de custodia de los hijos puede tener varias desventajas, las mismas que se deben analizar y son las siguientes:

- **Mayores gastos:** los padres se encuentran en la necesidad de hacer frente a mayores gastos, como tener sus respectivas viviendas acondicionadas para poder darles a sus niños un lugar adecuado para vivir.
- **Los progenitores deben vivir cerca:** en la custodia compartida es aconsejable que las casas de los padres estén cerca. Como un divorcio llega generalmente cuando la pareja tiene desavenencias, es una gran dificultad tener que coincidir y un inconveniente muy grande para muchos progenitores.

- **Cambio de hábitos:** los niños tienen que adaptarse a las costumbres de cada uno de los hogares en los que vive.
- **Menor estabilidad:** a no ser que se disponga de mucho dinero, y los pequeños continúen en una casa común siempre, mientras los padres varían de residencia cuando el otro cónyuge está con los hijos, el niño puede verse perjudicado. Un cambio de domicilio continuo puede hacerles tener menos concentración, menos seguridad y sentido de pertenencia.
- **Para niños muy pequeños:** cuanto más pequeño sean los hijos, más necesidad biológica tienen de mantenerse de forma constante al lado de su cuidador principal. Esto garantiza su estabilidad emocional, conductual y educativa.
- **Proximidad hogares:** en la custodia compartida es aconsejable que ambos padres vivan cerca uno del otro, siendo éste un gran inconveniente para muchos padres.
- **Menor estabilidad emocional:** el niño puede verse perjudicado por un cambio de casa de forma continua. (Álvarez, 2015, pág. 78)

Según Ocampo Lozano existen otras ventajas en la custodia compartida que son:

- **Adaptarse a dos casas diferentes.** Se debe procurar que los hijos tengan todo lo necesario en las dos casas en donde van a vivir, y eso a veces crea algunos problemas.
- **Gestionar las rutinas.** No siempre es fácil mantener las rutinas con los progenitores que viven separados. Es uno de los obstáculos a salvar.
- **Respetar los horarios y hábitos de los hijos.** Debe haber mayor comunicación entre la pareja para no cambiar los horarios de los hijos. De lo contrario, todo esto puede provocar cierta inestabilidad en los hijos. (Ocampo Lozano, 2019, pág. 13)

Así como la Custodia compartida tiene muchas ventajas en cuanto a la protección integral de los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes, las desventajas también son muchas ya que los niños, niñas y adolescentes en primer lugar deben de acostumbrarse a que sus progenitores estén separados y a convivir con cada uno de ellos con sus diferentes hábitos, costumbres y a veces el tiempo a que tienen que estar sujetos a cumplir ciertas normas que los progenitores les impongan, sin embargo, esas son afectaciones colaterales que los progenitores no tomamos en cuenta al momento de tomar decisiones tan trascendentales en nuestras vidas y la de nuestros hijos, es claro que las ventajas que se mencionan solo serían posibles si se introduce en nuestra legislación de manera amplia la Custodia Compartida, de lo contrario siempre serán solo desventajas en la vida de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Al momento en que la normativa legal designa a la madre como quien debe tener la custodia de los menores entonces, la igualdad jurídica del padre queda inexistente, no se contempla tan siquiera, no tiene igualdad de oportunidad de acceder a la custodia, ya se determina por ley que es la madre, con el agravante de que nuestra normativa, confunde el ejercicio de la patria potestad como un accesorio a la custodia, es decir que los derechos legales del padre son retirados tácitamente, esto es una desigualdad jurídica.

esta forma de administrar justicia provoca, no solamente la mencionada desigualdad sino que afecta el entorno del niño, mismo que, por disposición legal debe crecer bajo el cobijo de uno sólo de los padres, jurídicamente se lo involucra en problemas que nacieron de la pareja y que sin embargo es el afectado con las consecuencias, porque de un momento a otro, no se le permite que su relación familiar continúe, se produce una especie de corte físico y emocional porque no únicamente debe asimilar el hecho de que su padre, ya no viva bajo el mismo techo sino que además ya no lo podrá ver cuando él lo desee, es decir que la ley no intenta fomentar que la relación familiar del menor continúe, si no de la forma habitual en que venía haciéndolo, al menos procurando que la disolución conyugal no sea también la disolución del entorno familiar del menor. Ésta forma errónea de asignar la custodia, va en contra de toda la normativa establecida en torno a precautelar en interés superior, que en éste caso es el menor, porque se lo priva del derecho constitucional de pertenecer a una familia y vivir en un entorno saludable.

1.5 Custodia Compartida en la Constitución de la República del Ecuador

La Carta Magna norma suprema en la cual se ven evidenciados todos los derechos y deberes como ciudadanos y que rige nuestro buen vivir y en ella se encuentra respecto a este tema manifiesta lo siguiente:

La Constitución en su artículo 44 manifiesta:

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 34).

En el artículo 45 del mismo cuerpo legal se expresa:

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad (...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; (...) a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; (...) y a recibir información de sus familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 35).

En su artículo 46 de la Carta Magna manifiesta:

“... 1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 35)

La Constitución defiende el desarrollo integral de los niños. El desarrollo integral del niño consiste en una noción amplia de desarrollo del niño en contextos específicos, familia, educación, comunidad que incluya tanto la evolución de las funciones motrices, sensoriales, afectivas, cognitivas, morales y sociales, como los hábitos de crianza, alimentación, la

interacción durante el proceso, la organización del entorno familiar, comunal y social en que el niño se desenvuelve, en su constante cambio y transformación.

En la Constitución en lo que tiene que ver con la corresponsabilidad manifiesta en su artículo 69 lo siguiente:

“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1.- **Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.** (...) 4.- El estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes y jefas de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. 5.- **El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijos e hijas...**”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 51).

En cuanto a este tema los niños tienen el derecho de que sus padres asuman la custodia en forma conjunta, para que puedan desarrollarse en todos los aspectos, pues es en la etapa de separación o divorcio donde se debe asumir la corresponsabilidad, ya que por la separación de sus padres se ve vulnerado su entorno, es por ello que con la custodia compartida podrán ejercer adecuadamente su rol parental buscando el bienestar integral del o los niños en la medida que se pueda dada las circunstancias.

En el artículo 83 numeral 16 de la Constitución del Ecuador señala: “... 16.- Son deberes de los ecuatorianos y ecuatorianas, el asistir, alimentar, educar, y cuidar de sus hijos e hijas. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 60).

La Constitución de la República del Ecuador, es muy clara en el sentido de privilegiar a los niños y adolescentes en torno al goce de sus derechos; es por ello que en los artículos que anteceden, es enfático en cuanto al interés superior del niño, esto significa que éste será un grupo de atención prioritaria en relación al resto de la sociedad.

1.6 Custodia Compartida en la Convención de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer Tratado Internacional de Derechos Humanos de carácter sectorial jurídicamente vinculante para el Estado ecuatoriano a este respecto, su promulgación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; este instrumento jurídico incorpora toda una gama de derechos humanos de los niños. Los principios fundamentales de la Convención son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia, al desarrollo, el respeto por los puntos de vista del niño y su participación en la vida familiar y social. Todos estos derechos previstos en la Convención procuran el desarrollo armónico de los niños, respetando su dignidad humana y buscando en todo momento su bienestar físico y psicológico.

Los países que han aceptado y reconocido estos derechos de los niños mediante su ratificación o adhesión, se han obligado a asegurar y proteger los derechos de la infancia, esto resulta de especial importancia porque es bien sabido que los niños son especialmente vulnerables ante el maltrato y el abuso de los mayores, por lo que siempre requieren de una protección y asistencia especiales, la Convención reconoce que la crianza de los menores recae generalmente en sus progenitores, siendo estos últimos los responsables directos de su sano desarrollo integral, también reconoce que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, es decir, que el núcleo familiar permite al menor convivir de manera plena e ilimitada con ambos progenitores, forjando lazos afectivos tanto con el padre como con la madre, lo que es determinante para el sano desarrollo de la personalidad de los niños.

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas previene entre otras cosas lo siguiente:

(...) La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.¹

El artículo 18 de La Convención claramente establece que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, textualmente señala:

“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... la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.”

Por otra parte, el artículo 8 de La Convención determina que el menor tiene derecho a preservar sus relaciones familiares como parte de su identidad, al efecto textualmente dispone lo siguiente:

“Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...”

El artículo 9 establece que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos, con excepción de aquellos casos que sean justificados legalmente, conforme a las leyes aplicables al caso y previo el procedimiento respectivo, es decir, cuando ello sea estrictamente necesario, y siempre en interés del menor, a la letra señala:

¹ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

“Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...”²”

De la interpretación armónica de estos principios, se puede concluir que el menor tiene el derecho de convivir de manera plena e ilimitada con ambos progenitores, es decir, tanto con el padre como con la madre por igual, por lo tanto, no debe haber una limitación injustificada para tal convivencia, salvo en aquellos casos que sean estrictamente excepcionales y justificados, como por ejemplo cuando alguno de los progenitores atenta contra el sano desarrollo, integridad y seguridad del niño, o bien, cuando dicha convivencia le resulte perjudicial, lo cual deberá ser demostrado en juicio, ante las autoridades competentes, conforme a las leyes aplicables y siguiendo el procedimiento correspondiente.

En tales circunstancias, el niño que vive en el seno de una familia conformada por unos padres que viven juntos, tiene los mismos derechos fundamentales para convivir, formar lazos afectivos y relaciones paterno filiales con sus padres, que cualquier otro cuyos progenitores se encuentran separados o divorciados, por ello, no debe darse un trato distinto a estos últimos respecto de los primeros, en otras palabras, no se debe discriminar a un menor por el solo hecho de que sus padres estén separados, sino que debe respetarse siempre, en la medida de lo posible el derecho fundamental del niño de convivir plenamente y forjar lazos afectivos con ambos progenitores.

² Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Independientemente de que sus padres vivan juntos o separados, por tanto, no debe considerarse que la sola ruptura de la pareja de los padres sea un impedimento insalvable para que el niño conviva plenamente con ambos padres, tampoco debe el menor ser forzosamente separado de alguno de sus progenitores, limitando con ello la convivencia y los lazos afectivos con éste, porque ello equivale a dar un trato distinto a los menores de edad por la situación familiar en que se encuentran, lo que contraviene el principio básico de la no discriminación, porque el niño tiene derecho a ser criado, a ser educado y a convivir plenamente con ambos padres, a fin de forjar vínculos afectivos con sus dos progenitores, vínculos que habrán de ser determinantes de su personalidad, por lo que el divorcio o separación de sus padres no debe ser una causa forzosa para que el niño sea apartado de su padre o de su madre, sino que por el contrario, en atención al interés superior del menor, debe darse preferencia en la medida de lo posible a un régimen de guarda y custodia compartida, a efecto de que el niño pueda permanecer al cuidado de ambos padres, y que esto le permita convivir, ser criado, cuidado, atendido en todas sus necesidades, educado y amado plenamente por ambos progenitores.

1.7 Custodia Compartida Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia³, en adelante CONA, es la norma suprema que después de la Constitución regula los derechos de los niños, niñas y adolescentes; por lo tanto, es la herramienta principal para defender sus derechos, y establecer derechos y obligaciones de los padres, en varios sucesos como lo es un divorcio o separación. Con respecto a al tema que estamos desarrollando es de mucha importancia debido que es el CONA en donde se encuentra especificado sobre custodia compartida

En el artículo 9 inciso 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia manifiesta: “...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**”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 2)

³ Código de la Niñez y Adolescencia publicada en el Registro Oficial N°737 del 3 de enero del 2003

A mi criterio el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que ambos padres tengan el mismo nivel de cuidado para su hijo dándoles las mismas responsabilidades en todos los aspectos para que no haya problemas en lo posterior.

En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el artículo 21 manifiesta:

“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.

t. 21.- Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.- Los niños, niñas y

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquel, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 5).

Entonces por el solo hecho de una separación de los padres el hijo no deja de ser familiar de sus progenitores, el matrimonio se disuelve, pero no la familia.

En su artículo 100 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia también se refiere a la corresponsabilidad parental, y manifiesta:

“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, 2019, pág. 26).

El Código de la Niñez y Adolescencia al referirse a la corresponsabilidad parental expresa que ambos progenitores tienen las mismas responsabilidades en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas para hacerlos muchachos de bien.

En el artículo 118 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia está regulado de la siguiente manera:

“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...” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 31).

Este artículo expresa que será la autoridad competente la que tiene que emitir en providencia a cuál de los padres se le confiara el cuidado del menor.

El artículo 22 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece:

“En todos los casos en que el juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija...” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 32)

Son varios los artículos que se encuentran plasmados dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que tratan de la custodia compartida y que nos dan un mejor entendimiento del tema, y sobre todo sabemos que este cuerpo legal protege el interés superior del niño sobre todas las cosas y sobre todo la custodia debe ser compartida para que el niño crezca en un ambiente adecuado para su desarrollo pese que sus padres se encuentren separados.

Con la custodia compartida se garantiza a los hijos el disfrute de ambos padres, los sentimientos negativos hacia alguno de ellos, se fomenta la actitud de apertura mental frente a una ruptura que suele ser traumática y se les garantiza a los padres seguir ejerciendo sus derechos y enfrentar sus obligaciones compartidas

1.8 Custodia Compartida Código Civil

La custodia compartida no está regulada en el Código Civil, sin embargo, el artículo 272 se puede identificar una breve referencia al cuidado de los padres.

En el Código Civil en su artículo 272 expresa lo siguiente: “**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**”. (Códificación del Código Civil, 2005, pág. 59)

Luego de plasmado el artículo del Código Civil se puede evidenciar que existe un vacío legal ya que dicho artículo habla de las visitas de los padres cuando existe una separación o divorcio y no de una custodia compartida es decir todas las responsabilidades es para los dos progenitores para Cabanellas el concepto de visita significa: “acto de ir a ver a alguien en su casa, o en lugar donde permanece o se encuentra por razón de trabajo u otra causa. (...) Asistencia domiciliaria del médico...” (Cabanellas de Torres, 1993, pág. 578).

El Código Civil en cuanto al cuidado de los hijos en caso de divorcio en su artículo 108 manifiesta:

1. “... 1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad.
2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel que los padres que ellos elijan...” (Códificación del Código Civil, 2005, pág. 23).

Para este autor Ragel (2001) custodia compartida consiste en que los hijos (as) convivan y se formen con alguien, que tenga total control y responsabilidad en todos los sentidos de la vida, siendo este paradójicamente uno de los atributos que se exige en la patria potestad. A todas estas se puede afirmar que el concepto de custodia compartida, se le otorga al momento de existir una situación que es originada por un rompimiento sentimental o ruptura conyugal y se hace necesario no solo la convivencia y relaciones con los hijos (as), sino también la atención, obligación y cuidados que los mismos necesitan. (Ragel, 2001, pág. 5)

De otra parte, es importante hablar sobre la patria potestad, la cual consiste en la regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en

la legislación civil y/o familiar sobre los hijos y sus bienes. Implica el reconocimiento de los mismos con el fin de proveer a la protección y desarrollo integral de los hijos menores.

Esta institución es importante; toda vez que, la custodia compartida es una de las modalidades en las que se maneja la patria potestad de los chicos. En este caso, los niños viven con mamá la mitad del tiempo y con papá la otra mitad. Viven en dos casas diferentes y pasan la misma cantidad de días con uno y con otro. A simple vista es uno de los acuerdos más justos para los padres y para los hijos.

Se debe entender que el ejercicio de la Patria Potestad es integral y para que sea efectiva la deben ejercer los dos padres, la tenencia de tipo mono parental, vulnera el principio jurídico constitucional de igualdad de las personas, por una parte el del padre porque nuestra Legislación considera que la madre es quien debe permanecer en la custodia del menor, por otro lado se vulneran los derechos de los niños causando afección al desarrollo integral de los menores, provocando traumas psicológicos y emocionales y finalmente no permite que los dos padres puedan asumir la responsabilidad que la patria potestad genera en ellos dos.

El Código Orgánico General de Procesos.- COGEP⁴ que sustituye al artículo 108 del Código Civil de la siguiente manera: “Para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia”. (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

Esto significa que el artículo 108 debe ser modificado ya que en la actualidad claramente se entrega la responsabilidad de la crianza y deberes a uno de los padres, debiendo ser a los dos ya que debería de haber la custodia compartida así como manifiesta Larrea Holguín la primera obligación de los padres consiste en “la crianza del hijo, es decir el conjunto de cuidados indispensables para su subsistencia y desarrollo, y se concreta esta obligación en el deber de alimentar, vestir, vivienda y formación de los primeros hábitos físicos, intelectuales, morales, etc...” (Larrea Holguín, 2009, pág. 78).

⁴ Art. 108 derogado por el Código General de Procesos

Antes dentro de la legislación ecuatoriana, la madre es la persona a quien se le encarga el cuidado de los hijos y es en cambio al padre a quién se le impide cuando se separan o divorcian un contacto permanente con su propio hijo: por lo que, se le concedía un limitado derecho de visitas como expresa nuestro Código Civil. Con lo mencionado, era imposible, que siga formando parte en la educación y crianza de su propio hijo; razón por la cual, optar por una tenencia compartida, ahora para que el hijo tenga mayores oportunidades la mejor solución es que los dos progenitores compartan la custodia del menor en partes iguales. En la actualidad la custodia compartida es una de las modalidades en las que se maneja la patria potestad de los chicos. En este caso, los niños viven con mamá la mitad del tiempo y con papá la otra mitad. Viven en dos casas diferentes y pasan la misma cantidad de días con uno y con otro. A simple vista es uno de los acuerdos más justos para los padres, aunque quizás no tanto para los hijos.

1.9 Definición de Tenencia

Un concepto apto para manifestar que entendemos por tenencia, corroboraremos que es una institución utilizada entre padres e hijos, ya que, en caso de separaciones o divorcios, los padres luchan por la seguridad, protección y sobre todo el cuidado del menor bajo el amparo de uno de ellos, y así mantener su desarrollo, pero para obtener esta tenencia debe ser autorizado por un Juez, velando siempre por el interés superior del niño.

Pero debemos tomar en cuenta que si la tenencia es solo para un padre o madre, dependiendo de la situación del menor, prácticamente se estaría violando el interés superior del niño, a pesar que nuestra Constitución garantiza en su artículo 44, un desarrollo integral a todo niño, niña y adolescente, además de ejercer todos sus derechos comprendidos en la misma Constitución y Tratados Internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, otorgando un beneficio a los niños bajo su principio de interés superior, prevaleciendo ante los derechos de los demás

Varios doctrinarios han emitido su criterio y definición acerca de lo que se considera como tenencia y podemos recogerlos en las siguientes definiciones:

Para el autor Cabrera Vélez, la tenencia se la analiza de la siguiente manera:

Decimos por supuesto, que cuando evocamos la palabra tenencia es porque entre padres e hijo se verifica efectivamente una convivencia total o parcial. Sin embargo,

vía de una extensión terminológica, cierta doctrina clasifica así la tenencia: a) en sentido amplio o legal (que sería poseer los atributos emergentes del ejercicio de la patria potestad), y b) en sentido estricto o tenencia “física” (que importaría tener al hijo consigo, ser titular de su guarda). De este modo la tenencia en sentido amplio quedaría compatibilizada para regir como “compartida”, no obstante que la guarda se encuentre en cabeza de un solo padre. (Cabrera Vélez, 2010, pág. 96).

Según Aguirre quien define a la tenencia de la siguiente manera:

“La Tenencia de Menores es una Institución Jurídica contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total; derecho este que puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor; y, cuando el mismo se encuentre en situación no apta para su desarrollo y su integridad” (Aguirre, 2017, pág. 33)

Según Cabanellas la tenencia “es la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. Antiguamente se empleaba esta voz por caudal, hacienda o haberes” (Cabanellas de Torres, 1993, pág. 379).

Según Edmundo Fuchslocher señala:

“La tenencia es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad” (Fuchslocher, 1983, pág. 245).

Luego del análisis de los conceptos de tenencia anteriormente enunciados, considero que, la tenencia es un atributo de la patria potestad, que concede a los padres, o a uno de ellos, el derecho a tener a sus hijos consigo; es decir, es el derecho de los padres a vivir y habitar con sus hijos. En consecuencia, la figura de la tenencia se rige como uno de los atributos asociados a la patria potestad para la determinación de a qué padre le

corresponderá convivencia física con el hijo o hija cuando los progenitores ya no deseen o puedan convivir juntos en un mismo hogar.

1.10 Definición de Patria Potestad

Así mismo, parte fundamental de los derechos de los progenitores referentes a sus hijos, es el hablar del concepto de patria potestad, como a continuación se definirá:

Para D' Antonio la patria potestad es "la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores para los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos". (D'Antonio, 1987, pág. 165).

Para el doctrinario Ruggiero sostiene que la patria potestad es una institución jurídica y al efecto señala:

“Hay deberes como los de mutuo afecto, reverencia, asistencia que son más que jurídicos morales, que obedecen a los dictados de la conciencia y del sentimiento y son acogidos, no creados por la ley, algunos son tan esencialmente éticos, que la ley, al traducirlos a preceptos jurídicos, no consigue hacerlos coercibles. Tal por ejemplo el deber que incumbe al hijo de honrar y respetar a los padres”. (Ruggiero, 1991, pág. 890).

Según Planiol define la patria potestad como "el conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales" (Planiol, 1997, pág. 255)

Otro concepto importante es aquel de Borda, "complejo indisoluble de deberes y derechos. Se le legisla teniendo en mira al hijo y al padre, a la familia y a la sociedad". (Borda, 1997, pág. 459)

Sin embargo, como afirma el catedrático Peña Bernaldo de Quirós:

A pesar de las críticas, se ha conservado en la Ley el término tradicional “patria potestad”, seguramente por la dificultad de encontrar otro mejor y además porque, en nuestra

lengua, el término “padres” comprende también a la madre; y porque en el lenguaje del Derecho el término “potestad” comporta por sí un poder con especiales limitaciones funcionales. (Peña, 2009, pág. 503).

El académico Albaladejo exponía que:

Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen muchos deberes hacia ellos, para su protección y formación para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos. Llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos. (Albaladejo, 2006, pág. 280)

La patria potestad es una Institución Jurídica muy importante en el Ecuador y no es solamente es el conjunto de derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos no emancipados referente a temas de cuidado, educación, desarrollo integral, en general satisfacer las necesidades que tiene el niño, niña y/o adolescente.

CAPITULO II

2. Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes en la Legislación Ecuatoriana

2.1 Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos de Derechos

Los niños, niñas y adolescentes son considerados como sujetos de derechos, es por eso que a lo largo de la historia las legislaciones de los países ha ido desarrollando su legislación y creando cuerpos legales idóneos tales como la Convención Internacional sobre los derechos del niño la cual se ha transformado en la normativa legal que mayor transformaciones ha aportado a las posturas y puntos de vista a nivel global sobre la infancia, luego de 10 años de profundo estudio, discusión y debate de varias organizaciones de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989 se aprueba por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como resultado del estudio, guía e inspiración de la “Doctrina de la Protección Integral”.

Para el autor Cillero (2012) afirma:

La Convención sobre los Derechos del Niño, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países, antes de su aprobación, no define a las niñas y niños por sus necesidades o por sus carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que le impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

Como queda de manifiesto, la Convención sobre los Derechos del Niño brinda una visión más realista y humana sobre la etapa de la niñez, haciendo participes del desarrollo y crecimiento de los niños, niñas y adolescentes no solamente a la familia sino también a la sociedad y Estado, es de señalar que dicha Convención es la más ratificada por los países del mundo.

Como consecuencia directa de los cambios y transformaciones propuestos por la Convención de los Derechos del Niño los países Latinoamericanos llevaron a cabo profundas transformaciones en las leyes de sus países, en beneficio, defensa y protección de los derechos del niño.

Es lamentable darse cuenta que después de la aprobación de estos cuerpos legales como la Convención de los Derechos del Niño, los demás países de América Latina han enfocado su esfuerzo en la protección integral de los derechos de los niños, y nuestro país le haya dado poca importancia a este tema al punto de vernos atrasados en cuanto a la legislación sobre la custodia compartida, en comparación a los países que se han analizado.

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto se puede tomar el Decreto 2737 del 27 de noviembre de 1989 de Colombia, el cual contiene las nuevas normativas del Código del Menor. Por otro lado, Brasil aprobó un nuevo estatuto del Niño y Adolescente a través de la Ley Federal 6089 el 13 de julio de 1990, Perú formuló un nuevo Código del Menor en 1992. Finalmente, el Salvador en 1993 implementó un nuevo Código de Familia.

Ecuador por su parte implementó un nuevo Código de la Niñez y Adolescencia en el año 2003, con el objetivo de lograr una coincidencia total en los en los aspectos legales

planteados en la Convención sobre los derechos del niño y los Derechos humanos. En el anterior Código de Menores estaban plasmados los derechos de los niños pero no se los aplicaba como se lo hace a partir de la vigencia del Código de la Niñez y Adolescencia en el año 2003.

Es de considerar que la totalidad de los países Latinoamericanos transformaron, adaptaron o ampliaron los aspectos concernientes desde el punto de vista legal de los derechos de niños, niñas y adolescentes como consecuencia directa de los elementos planteados en la Convención sobre los derechos del niño, siendo Ecuador uno de los primeros signatarios de tal acuerdo dando cumplimiento al mismo en el territorio nacional a través de la puesta en marcha de transformaciones legales que permitiesen una total concordancia y apego de los elementos jurídicos nacionales que abordan los derechos de niños, niñas y adolescentes con la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2.2 Historia de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución de la República del Ecuador.

Todo proyecto de país que construya un Estado social de derechos en todos los territorios, que procure la inclusión social, la redistribución del ingreso, la participación del sector privado con responsabilidad, un sistema de justicia eficiente, la tolerancia y el respeto a la diversidad cultural, humana y social, y la permanente participación ciudadana, es la única garantía para el cumplimiento de los derechos de la infancia (Secretaría Técnica de la ODNA, 2011)

La Constitución es la ley suprema de la República a la que supeditan las demás leyes vigentes del sistema jurídico ecuatoriano, siendo reconocidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes el 5 de marzo de 1945, fecha en la que la Asamblea Constituyente expide una constitución que en su título XIII aborda las garantías fundamentales, conceptos y derechos de los menores.

La Constitución de 1945 poseía secciones en las que se trataban aspectos que abordan la salud física, mental, moral y derechos de los niños, elementos que anteriormente fueron

obviados por las constituciones precedentes haciéndose hincapié en el derecho de los niños a la educación, cultura, vida de hogar y todos los aspectos que garantizan el normal desenvolvimiento y crecimiento de los niños, niñas y adolescentes bajo la tutela de la familia, sociedad y Estado.

Las transformaciones realizadas a la Constitución de 1945 en los años 1946 y 1967 no profundizaron ni realizaron estudios concernientes a los derechos de los niños, niñas y adolescentes pero ratificaron de forma total los aspectos tratados en el título XIII de la Constitución de 1945, coincidiendo en la necesidad del respeto a los derechos de los niños, la necesidad de garantizar la educación, la cultura y la familia, así como la actividad vigilante y rectora no solo del núcleo familiar sino también de la sociedad en su conjunto y el Estado ecuatoriano como principales garantes y responsables del normal desarrollo y crecimiento de los niños, niñas y adolescentes ecuatorianos.

La Constitución del 15 de enero de 1978 reconoció los derechos y garantías expuestos por las tres últimas constituciones anteriores a la misma, incluyendo además en el título denominado “DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS”, un conjunto de normas que garantizaban y protegían los derechos humanos, la integridad emocional y física de aquellas personas que tenían una responsabilidad alimentaria como elemento que garantizara una mayor protección de los niños, niñas y adolescentes, elemento que no solamente quedó plasmado en la constitución sino también en los aspectos abordados en el Código de la Niñez y Adolescencia.
Adolescencia.

Como consecuencia de los aspectos abordados en la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Ecuador al ser signante de dicho tratado, el Congreso Nacional el 20 de julio de 1998 expide la Constitución de derecho, la cual se inspira directamente en dicho tratado y propone reformas y transformaciones en el tratamiento legal de los niños, niñas y adolescentes con el objetivo de lograr una correspondencia y paridad legal a nivel nacional con respecto a la Convención de los derechos del niño. (Espín Guevara, 2014, pág. 15).

2.3 Los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución de la República del Ecuador

La Constitución del 15 de enero de 1978 reconoció los derechos y garantías expuestos por las tres últimas constituciones anteriores a la misma, incluyendo además en el título denominado “DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS”, un conjunto de normas que garantizaban y protegían los derechos humanos, la integridad emocional y física de aquellas personas que tenían una responsabilidad alimentaria como elemento que garantizara una mayor protección de los niños, niñas y adolescentes, elemento que no solamente quedó plasmado en la constitución sino también en los aspectos abordados en el Código de la Niñez y Adolescencia.

La Constitución del 2008, en atención a las nuevas corrientes doctrinales del Derecho de Familia y las normas de Derecho Internacional, reconoce de manera expresa la prevalencia del interés superior del niño, el deber de corresponsabilidad parental y el derecho de los niños a la convivencia familiar. Si bien a partir del 2008 se ha realizado diversas reformas al Código de la Niñez y Adolescencia para adaptar su normativa al nuevo marco constitucional, el tema de la tenencia sigue siendo el mismo desde su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Hasta la fecha, respecto al tema de la tenencia prima el acuerdo de los padres como regla general y la tenencia de la madre como excepción sin posibilidad de que el juez pueda ordenar un régimen de tenencia compartida, institución que no está expresamente reconocida en el Código de Niñez y Adolescencia.

El Estado, la sociedad y la familia son los responsables del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes a través de procesos de crecimiento, maduración, desarrollo del intelecto y sus capacidades, potencialización de aspiraciones y existencia de un entorno que garantice la satisfacción de las necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales, estableciéndose tales derechos como elementos imprescindibles en el logro de una protección y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Todos los ecuatorianos tenemos una Carta Magna en la que están plasmados todos nuestros derechos y deberes como ciudadanos en este tema la Constitución de la República del Ecuador manifiesta lo siguiente:

La Constitución en su Art. 44 manifiesta:

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 34).

En el Art. 45 del mismo cuerpo legal se expresa:

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad (...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; (...) a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; (...) y a recibir información de sus familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 35)

En su Art. 46 de la Carta Magna manifiesta: “... 1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 35).

La Constitución defiende el desarrollo integral de los niños. El desarrollo integral del niño consiste en una noción amplia de desarrollo del niño en contextos específicos, familia, educación, comunidad que incluya tanto la evolución de las funciones motrices, sensoriales, afectivas, cognitivas, morales y sociales, como los hábitos de crianza, alimentación, la interacción durante el proceso, la organización del entorno familiar, comunal y social en que el niño se desenvuelve, en su constante cambio y transformación.

En la Constitución en lo que tiene que ver con la corresponsabilidad manifiesta en su Artículo 69 lo siguiente:

“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1.- Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...) 4.- El estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes y jefas de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. 5.- El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijos e hijas...”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 51)

En cuanto a este tema los niños tiene el derecho de que sus padres asuman la custodia en forma conjunta, para que puedan desarrollarse en todos los aspectos, pues es en la etapa de separación o divorcio donde se debe asumir la corresponsabilidad, ya que por la separación de sus padres se ve vulnerado su entorno, es por ello que con la custodia compartida podrán ejercer adecuadamente su rol parental buscando el bienestar integral del o los niños en la medida que se pueda dada las circunstancias.

En el Art. 83 numeral 16 de la Constitución del Ecuador señala: “... 16.- Son deberes de los ecuatorianos y ecuatorianas, el asistir, alimentar, educar, y cuidar de sus hijos e hijas. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 60).

La Constitución de la República del Ecuador, es muy clara en el sentido de privilegiar a los niños y adolescentes en torno al goce de sus derechos; es por ello que en los artículos que anteceden, es enfático en cuanto al interés superior del niño, esto significa que éste será un grupo de atención prioritaria en relación al resto de la sociedad.

2.4 Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Código de la Niñez y Adolescencia

La promulgación del Código de la Niñez y Adolescencia a través de la ley N. 100, publicada en el registro oficial 737 del 3 de enero del 2003, la cual entró en vigencia el 3 de julio del mismo año.

Se debe destacar que el contenido del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia abarca plenamente los parámetros y aspectos contenidos en la Convención Internacional sobre los derechos de los niños de 1990 y a su vez integra los aspectos existentes en el código de Menores vigentes desde 1976, logrando de esta forma la unificación de elementos tratados a nivel internacional y nacional.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en primer lugar analizaremos el “Art. 9 que manifiesta lo siguiente:

“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”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 96, 2008, pág. 3).

En el Art. 10 del cuerpo normativo referido manifiesta:

“El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 96, 2008, pág. 3)

En el “Art. 11. Se manifiesta:

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

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

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 96, 2008, pág. 4).

En el Art. 12 se expresa:

En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran. Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 96, 2008, pág. 4).

En el “Art. 14. Se manifiesta:

“Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 96, 2008, pág. 4).

En el “Art. 21 manifiesta:

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”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 96, 2008, pág. 6)

En el “Art. 100 se expresa: 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, Art. 96, 2008, pág. 35).

Estos artículos expresados constituyen el principio rector de la doctrina de la protección integral recogida y desarrollada por el Código de la Niñez y Adolescencia; interés superior del niño, será el eje alrededor del cual estará sujeta a las decisiones de la administración de justicia en materia de niñez, manteniendo una proporción adecuada entre los derechos, deberes y garantías de los niños para su ejecución.

Código de la Niñez y Adolescencia (Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio de ese mismo año) es la finalización de un largo proceso de discusión, redacción y debate legislativo que se inició cuando la reforma legislativa de 1992 demostró su inadecuación con los principios y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta nueva ley debe ser entendida como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador, proceso que se inició con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990, que se desarrolló con la reglamentación de las adopciones internacionales en el mismo año, continuó con el Código de Menores de 1992, con las reformas constitucionales de 1996 y 1997, y con la Constitución de 1998.

Varias son las innovaciones que la nueva ley introduce, desde el uso de nuevos conceptos jurídicos (por ejemplo niño, niña y adolescente que asumen un contenido jurídico específico, la desaparición de la declaración de abandono, la declaratoria de adoptabilidad, el acogimiento familiar e institucional, etc.), hasta el desarrollo normativo de una institucionalidad encargada de promover y garantizar los derechos que desarrolla la ley

(porque ya se encontraban plenamente reconocidos y declarados en la Convención sobre los Derechos de los Niños y en la Constitución), concretando principios como el de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, mejorando algunas instituciones jurídicas específicas (patria potestad, alimentos, responsabilidad penal juvenil, etc.). Sin embargo, en nuestra opinión, la contribución más importante de la nueva ley es el establecimiento de un conjunto de mecanismos de exigibilidad de todos los derechos declarados, tanto individuales como colectivos.

A diferencia de Ecuador, existen otros ordenamientos jurídicos que han dado un tratamiento diferente al régimen de la custodia compartida, y que cada país la trata desde un punto de vista diferente países como España, Argentina, Chile entre otros que posteriormente lo revisaremos.

En las Reformas al CONA podemos encontrar algunos artículos que hablan de la corresponsabilidad parental o custodia compartida.

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.

Art. 101.- Derechos y deberes recíprocos de la relación parental. - 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.

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

En consecuencia, los progenitores deben:

1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto;
2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio;
3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa;
4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso;
5. Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales;
6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo;
7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica;
8. Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente; y,
9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalan en este Código y más leyes.

CAPITULO III

3. Comparación de la Legislación de países de América y Europa con nuestra Legislación en cuanto a la Custodia Compartida

3.1 Derecho Comparado con Ecuador en materia de Custodia Compartida

Varios han sido los países que han adoptado en sus legislaciones internas la custodia compartida otros están en proceso, lo que implica la existencia de una diversidad de modalidades de guarda y custodia, que enriquecen el cúmulo de instituciones ante la eventual separación de la pareja. En cada una de ellas, o en cada país con sus elementos distintivos, en la que se establecen condicionamientos, requerimientos, exigencias. No obstante, los muchos países que lo han asimilado en sus ordenamientos jurídicos, se hará especial mención solo a tres, dos de ellos latinoamericanos con los que se comparten hasta cierto punto idiosincrasia, y el tercero, una de las naciones que mayor desarrollo ha tenido en esta institución.

3.2 Argentina

El ejercicio de la tenencia compartida se introdujo en el Código Civil Argentino en virtud de la reforma de la ley 23.264 del 25 de setiembre de 1985. La tenencia compartida se dispuso por dicha ley solo a favor de los hijos matrimoniales cuyos padres no estén separados o divorciados. Contrariamente a ello, la coparentalidad es un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados. La coparentalidad está reconocida en la Convención de Derechos del Niño el art. 18.1. Esta convención internacional fue ratificada por ley 23.849 que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Luego se la jerarquiza constitucionalmente en 1994. Posteriormente en el año 2005 se dicta la ley 26.061 que consagra legislativamente la responsabilidad parental conjunta, del modo que lo declara la referida Convención, es decir sin discriminar entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

Argentina al suscribir la Convención de Derechos del Niño y ratificarla se ha comprometido a poner el máximo empeño a garantizar el reconocimiento del principio que establece el art. 18.1: "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño", "y el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

La Convención de Derechos del Niño reconoce la COPARENTALIDAD aun para padres separados o divorciados. El Código Civil argentino vigente, en este punto ha quedado virtualmente derogado porque establece como regla para los padres separados el principio inverso de Tenencia exclusiva a favor de uno de los progenitores. La tenencia exclusiva a favor de uno de los progenitores constituye un viejo sistema. Mientras la Código de la Niñez, establece la coparentalidad como principio para padres convivientes o no convivientes, el Código Civil consagra como principio la monoparentalidad para padres no convivientes. (Correa Aguilar, 2016, pág. 26)

El Código Civil argentino regula el ejercicio de la patria potestad en el art 264. Respecto a padres separados la regulación se encuentra en el art. 264 inc., 2 y 5 donde se establecen roles de los padres basados en la desigualdad, al regular el ejercicio de la patria

potestad, según el principio monoparental. La tenencia exclusiva a favor de uno de ellos coloca en una orfandad artificial a los hijos. Uno de los progenitores se irroga derechos en desmedro del otro colocando al niño como objeto. En virtud de la Convención de Derechos de Niño este artículo del Código Civil ha quedado en principio sin aplicación. Luego de la convención internacional el principio es la coparentalidad respecto al ejercicio de la patria potestad y la monoparentalidad la excepción cuando razones justificadas lo imponga. La tenencia compartida beneficia al hijo al no perder ninguno de los padres. El niño es sujeto de derechos y titular de los derechos a la coparentalidad. (Correa Aguilar, 2016, pág. 27).

En un juicio por tenencia, la Litis no sólo se integra con las pretensiones que esgriman los progenitores, sino que también comprenderá los intereses de otros, los niños afectados, que el magistrado tiene la obligación constitucional y legal de amparar, aunque formalmente se deje de lado la regla dispositiva propia de los juicios civiles. En medio del proceso judicial se encuentra el niño cuyo superior interés hay que satisfacer. Los fallos sostienen que en la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta primordialmente el beneficio del menor, debiendo supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.). (Correa Aguilar, 2016, pág. 27)

3.3 España

El Código Civil de España regula separadamente la institución de la patria potestad y la de los distintos modelos de guarda y custodia de los hijos menores.

La patria potestad se regula, con sustantividad propia, bajo la rúbrica “De las relaciones paterno-filiales” en su Título VII, mientras que los modelos de custodia se regulan en los artículos 90 y siguientes, como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio.

En situaciones de convivencia de los padres, la titularidad de la patria potestad, su ejercicio, y la guarda y custodia coinciden en ambos progenitores. Pero, en caso de ruptura de la relación de éstos, sea matrimonial o de hecho, pueden darse distintas situaciones en cuanto a la patria potestad que van desde su privación (art. 170 CC), a la atribución de su ejercicio a uno solo de los progenitores (art. 156 CC), siendo lo más frecuente que tanto titularidad como ejercicio sean atribuidos a ambos.

En cuanto a la guarda y custodia de los hijos, debe ser atribuida a uno o a otro, o a ambos de forma compartida, como consecuencia de la cesación de la vida en común de los progenitores.

En España se contempla en su legislación civil a la custodia compartida, la misma que fue estipulada a través de la Ley 15 de 2005 de 8 de julio para incorporarse al Código Civil de Dicho país. En lo principal sobre esta figura jurídica se establece que nace de la voluntad de los padres el ejercer de forma compartida o exclusiva la guarda o custodia, preocupándose por el principio de corresponsabilidad que les compete a los progenitores la ley en mención estipula la facultad de los padres para ejercer esta jurídica en igualdad de derechos y oportunidades, siendo el Juez quien una vez solicitada la guarda compartida resuelva las medidas cautelares para que se cumpla lo que los padres han acordado y no se separe a los hermanos.

Previo a resolver la custodia compartida, la autoridad competente deberá analizar los informes que de oficio o a solicitud de parte se incorporen provenientes del fiscal, técnicos judiciales y el criterio del niño, niña o adolescente que tenga el suficiente juicio para emitirlo. Además, se estipulan los factores para que la custodia compartida no proceda, entre los que se encuentran principalmente aspectos que realizados por un progenitor afecten el interés superior de niño, como maltrato y violencia.

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

3.4 Chile

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

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

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

CAPITULO IV

4. Los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes en la Custodia Compartida

4.1 Derecho a expresarse libremente

Analizaremos este derecho desde varios puntos de vista este derecho.

La Convención del Derecho de los Niños reconoce en su artículo 12 y 13 el derecho de los niños a expresar su opinión y a la libertad de expresión. El hecho de ser niños, no resta valor a las opiniones o pareceres de los niños y los adultos debemos escucharles.

La Declaración de Derechos de la Infancia, publicada en 1990 está basada en cuatro principios fundamentales, uno de ellos el derecho a la participación, es decir, a ser consultados sobre las situaciones que les afecten y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Conocer más sobre el Derecho de los niños a expresar su opinión libremente es responsabilidad de los adultos.

Los adultos tendemos a menospreciar las opiniones de los niños por el simple hecho de que son niños. Ciertamente hay que tratar las opiniones del niño teniendo en cuenta su madurez y edad, pero en cualquier caso es importante darle la oportunidad de ser escuchado y valorar su juicio. Siempre hay que tener en cuenta el **Derecho de los niños a expresar su opinión libremente**.

Además, los niños tienen derecho a la libertad de expresión, es decir, a buscar, recibir o transmitir ideas o informaciones de todo tipo ya sea en su casa, fuera de ella, de forma oral, escrita o mediante dibujos. Este derecho sólo puede ser restringido cuando afecte a la reputación de los demás, a la integridad moral o por cuestiones de seguridad nacional.

4.2 Derecho a tener un entorno familiar tranquilo

Todo ser humano tiene el derecho universal a una vivienda digna y adecuada según está contemplado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Especialmente los niños, al ser el colectivo más vulnerable en todos los aspectos salud, explotación, etc. deberían de contar con toda la ayuda por parte de los gobiernos para que el derecho al hogar sea una realidad.

Todos los niños tienen el derecho a tener una vivienda, una casa donde protegerse del frío y donde vivir con su familia. Además de ser una vivienda, debe ser un hogar donde el niño pueda vivir con comprensión, tolerancia, amistad, amor y protección.

Todos los niños y niñas necesitan tener una vivienda, y contar con el cariño de sus padres, a quienes también tienen derecho a conocer, y a ser cuidados por ellos, para un correcto y completo desarrollo de su personalidad. Además, los padres adquieren el compromiso de alimentarlos, vestirlos y educarlos.

Pero existen casos concretos en los que estas circunstancias son imposibles que se den, como en situaciones en las que los padres los golpeen, los repriman o si la convivencia entre los cónyuges es imposible, en ese caso un juez debe ayudar a los menores a escoger dónde vivir.

Los niños necesitan un hogar donde vivir con su familia, alimentarse, jugar, descansar y desarrollarse. Sin una casa, los niños vagan por las calles y se enfrentan a peligros que ponen en riesgo su vida e integridad física. (Fernández D, 2020)

4.3 Derecho a la Corresponsabilidad Parental

La responsabilidad parental puede ser definida como un conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño, los que incluyen: a) cuidado, protección y educación, b) mantenimiento de las relaciones personales, c) determinación de la residencia, d) administración de la propiedad y, e) representación legal. O si se quiere, de un modo más simple, como aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o madre de un niño, en relación al niño y sus bienes.

La corresponsabilidad parental es en lo terminológico un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina, sin embargo, lleva algún tiempo mostrando interés en ella principalmente como parte de los argumentos para que fuera modificado el artículo 225 del Código Civil en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental cobra relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. (Lathrop Gómez, 2009)

La Corresponsabilidad parental implica la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos.

Sin desconocer las aportaciones del principio de igualdad entre hombres y mujeres hacia una corresponsabilidad parental, siendo aún más precisa, desde mi punto de vista el fundamento del principio no se encuentra tanto en la igualdad de los padres, tradicional justificación de la misma, como sí en el interés superior de los niños. Ya en el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño se considera a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en

particular de los niños, y se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Por ello, se concluye que *vivir en familia* es un derecho fundamental para todos los niños y niñas, como sujetos de derecho y que su bienestar está estrechamente ligado a la calidad de las relaciones que se establezca. Es en este contexto que un categórico artículo 18.1 de la CDN define: sin distinción de la existencia o no de relación jurídica familiar entre los padres, consagra la corresponsabilidad parental al declarar que 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

La disposición se refiere a las obligaciones comunes de ambos padres respecto de sus hijos en materia de crianza y desarrollo y en su base el interés superior del niño: así se ha señalado que en la actuación de común acuerdo de los padres en las decisiones fundamentales que atañen a los hijos, el principio del interés superior del niño guía de acción de aquellos.

Los rasgos relevantes que definen el modo de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos han sido expresamente señalados por el legislador nacional. Esta fija unas condiciones para el ejercicio de las funciones parentales que se estiman de responsabilidad común o compartida por ambos padres.

4.4 Derecho a visitas

El régimen de visitas constituye el derecho que posee tanto el padre como la madre que están separados o divorciados y que no tiene la tenencia o el ejercicio de la patria potestad de sus hijos, a pasar tiempo fijo con ellos y de este modo contribuir al desarrollo físico, intelectual y emocional de los niños, niñas y adolescentes.

Para el autor Albán Escobar dice que, el régimen de visitas es: “La facultad de todo progenitor con el fin de visitar periódicamente al niño, niña o adolescente por efecto de una resolución judicial de tenencia o ejercicio de patria potestad” (Albán, 2010, pág. 112).

Como se menciona este derecho tanto del progenitor como del niño, niña y adolescente, consiste fundamentalmente en el contacto y comunicación permanente que deben mantener, cuando por algún motivo se encuentren separados; tiene como propósito no satisfacer los deseos o derechos de los dos progenitores, abuelos y otros parientes, sino cubrir las necesidades emocionales, afectivas, psicológicas y educacionales de los niños, niñas y adolescentes en aras a un desarrollo equilibrado, que les permita un adecuado desenvolvimiento en la sociedad.

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.

Jorge Cabrera señala que: “La causa principal que da origen el régimen de visitas es la separación de los padres del menor; claro está que la separación puede ser formal para el caso de parejas que han contraído nupcias, o informal haciendo mención a la unión libre”. (Cabrera J. , 2009, pág. 27)

Sin lugar a duda el régimen de visitas aparece una vez que exista la separación de los padres del menor, ya que es debido a esta disgregación que el juez competente deberá decidir un horario de visitas, para que el progenitor que no posee la tenencia o el ejercicio de la patria potestad, pueda compartir y relacionarse con su hija o hijo.

4.5 Entrevistas a expertos del Tema

Entrevistas realizadas a profesionales del derecho, docentes y servidores judiciales del derecho familiar, se realizan las preguntas pertinentes que se detallan a continuación:

1. Entrevista a la Doctora Ana Intriago, Jueza Sala Familiar de la Corte Provincial, docente de la Universidad Hemisferios. (21-mar-2023)

¿Cuál es su criterio profesional sobre la Custodia Compartida?

Respuesta: Es una figura jurídica complicada pues para aplicarse pasa por el tema consensual, en países como España se aplica porque su legislación es más amplia con respecto de la Custodia Compartida.

¿La Custodia Compartida es aplicada de forma adecuada en el Ecuador?

Respuesta: Si es aplicada adecuadamente porque queda a criterio de los administradores de justicia aplicar lo que en Interés Superior del niño les faculta.

¿La legislación que tenemos sobre la Custodia Compartida en el Ecuador es suficiente para garantizar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no sean vulnerados?

Respuesta: Si es suficiente porque la Constitución la contempla y leyes jerárquicamente superiores como el Código de la Niñez y la Adolescencia también la proveen

Respuesta complementaria: Además la Custodia Compartida está dentro de los derechos de la Patria Potestad quizás lo que se debería hacer es aclarar el tema de la Patria Potestad.

2. Entrevista realizada a la Doctora María Gabriela Rodríguez Llamas, Abogada especializada en Derecho canónico, familia y solución pacífica de conflictos. Decana Instituto para el desarrollo de la Cultura y Sociedad – IDECS, Docente de la Universidad Hemisferios (22-mar-2023)

¿Cuál es su criterio profesional sobre la Custodia Compartida?

Respuesta: En el Código Orgánico de la Niñez y la adolescencia se establece como primera regla el acuerdo de los padres, a mi parecer una Custodia Compartida funciona de manera eficiente en el ámbito de un acuerdo entre los padres, ellos mismo podrán establecer los parámetros para que esta custodia sea lo mejor en el desarrollo integral de los hijos, no soy muy partidaria de que se regule por norma, pues se reduce el ámbito de la autonomía privada, creo que quienes tienen el deber primordial de velar por la educación de los hijos

son los padres, el mejor escenario sería el acuerdo entre los padres y que se fijen los parámetros de una custodia compartida, de no llegar a un acuerdo lo que se debería hacer es fijar ciertos criterios que se deben tomar en cuenta para la custodia compartida, no dar una fórmula de solución a las personas, cuando se dan estos casos donde se lucha por la custodia compartida, lamentablemente son los mismos padres los que no velan por el interés superior del niño, se quieren vengar unos de otros y toman a los niños como si fueran trofeos, se sugiere la intervención de un tercero mediador pero no un reglamento sobre la custodia compartida.

¿Se aplica de forma adecuada la Custodia Compartida en el Ecuador?

Respuesta: Conozco de algunos casos en los que se da la preferencia a la mamá que a mí no me parece inconstitucional pues porque se deben tomar en cuenta la edad del niño, la disponibilidad, las necesidades, se deben ver un conjunto de circunstancias que sean las mejores para ese niño, no conozco las estadísticas sobre la aplicación de la custodia compartida en el Ecuador, hay casos que por esta norma en la que no hay acuerdos se prefiere a la madre, si hay situaciones que algunas mujeres han abusado de eso y no les han permitido que los padres tengan una relación con sus hijos (vulneración del derecho de tener una familia) con lo cual se priva el derecho del padre pero sobre todo el hijo.

¿Considera que usted que la legislación que tenemos sobre la Custodia Compartida es suficiente para garantizar que los derechos de los niños niñas y adolescentes no sean vulnerados?

Respuesta: No estoy muy de acuerdo con regular todo, en el Ecuador hay un exceso de reglas considero que para la situación que se encuentra nuestro país es suficiente.

3. Entrevista a la Doctora Estefanía Enríquez Saltos, Jueza de Primer Nivel de la Unidad Judicial Civil de Quitumbe.

¿Cuál es su criterio profesional sobre la Custodia Compartida?

Respuesta: En el Ecuador la Custodia Compartida, es más el termino custodia como tal no manejamos nosotros, lo que se maneja es el termino Patria Potestad y tenencia, en ese

sentido doctrinariamente la Custodia compartida no estaría desarrollado, nos falta bastante por modificar y modernizar los cuerpos legales y ampliarlos a estos nuevos conceptos.

¿Esta aplicada de forma adecuada la Custodia Compartida en el Ecuador?

Respuesta: No, nosotros no tenemos la figura de custodia, lo que nosotros tenemos es una tenencia y como tal la figura jurídica de tenencia no existe de manera compartida, el ordenamiento legal no te contempla, más allá de que pueda darse un acuerdo de voluntades de ambos progenitores, pero yo no he visto que haya aplicación de la Custodia Compartida bajo la figura de mutuo acuerdo en donde fijan y establecen el régimen de tenencia de los niños niñas y adolescentes pero por lo general es solo uno de los progenitores que se quedan con la tenencia, aun en las instituciones educativas preguntan quién es el representante legal y solo permiten poner un representante legal.

¿Desde esta perspectiva se están vulnerando los derechos de los niños?

Respuesta: Claro que sí, porque los niños niñas y adolescentes tienen derecho a ser cuidados y protegidos por ambos padres, mientras más protección tengan mejor, y no habría ningún impedimento ni siquiera una razón lógica para que ambos padres se deslinden de eso cuidado y protección de los hijos, los niños están desamparados del cuidado y protección de uno de los padres cuando pueden hacerlo los dos juntos de manera coordinada primando siempre el interés superior del niño.

Respuesta complementaria: Mientras no exista los mecanismos, las instituciones que den el seguimiento necesario para que la gente alcance a entender que la relación parental es completamente distinta a la relación conyugal es muy difícil que se aplique la Custodia Compartida en el Ecuador y se seguirán vulnerando derechos que deben ser garantizados para el desarrollo integral de los niños niñas y adolescentes, como el derecho a tener una familia, la educación, derecho a ser escuchados, etc.

4. Entrevista realizada a la Doctora Myriam Viviana Chalan Guamán Jueza de la Unidad Judicial Civil de la parroquia de Quitumbe

¿Cuál es su criterio profesional sobre la Custodia Compartida?

Respuesta: La Custodia Compartida, creo que falta bastante en el sentido de que, si bien es cierto que se encuentra regulado el régimen de visitas, el establecimiento de los alimentos, la responsabilidad que tiene cada uno con sus hijos no está bastante definida o establecida, se deja a la moral y la ética y esa situación no se da por diferentes circunstancias primero por la sociedad misma en la que vivimos y segundo porque cada caso tiene circunstancias diferentes. Consideraría que debe hacerse una amplitud y un análisis más profundo de esta institución

¿Considera que se está aplicando adecuadamente en el Ecuador la Custodia Compartida?

Respuesta: Creo que no, el enfoque se da más a los padres y el derecho de los padres, no se realiza un análisis más profundo de lo que realmente requiere el desarrollo integral de los niños, mantener una buena relación con papá y mamá, aunque los padres se encuentren separados los niños tienen derecho a tener una familia y tener una educación y una estabilidad emocional, sería oportuno educar a los padres.

Desde este punto de vista ¿es insuficiente la norma existente en el Ecuador para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Respuesta: La norma puede ser espectacular y contener todos los derechos y las garantías como nuestra constitución, simplemente no se cumple, creo que pasa más, que no solo se plasme en la norma, sino que se garantice su cumplimiento, a través de las entidades que son las especializadas para la protección de los niños. Mientras tanto se seguirán vulnerando los derechos de tener una familia, derecho de alimentos, derecho a la vivienda, a la salud derecho a tener un desarrollo integral.

CONCLUSIONES

Después de que se ha explicado todo lo relativo a la custodia compartida tanto en la legislación ecuatoriana como en el derecho comparado se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- La custodia compartida es una de las instituciones jurídicas que tiene su origen sobre la base de una ruptura en la familia, el divorcio o la separación de los cónyuges son situaciones de alto impacto en la vida de quienes se encuentran en el medio de tan triste situación, tal institución fue creada con el fin de precautelar el ejercicio parental conjunto a fin de que cada uno de los aspectos que conforman la integridad de los hijos e hijas no sea afectado negativamente y esto influya en el desarrollo y el buen vivir de los menores.
- Al momento de la ruptura familiar una de las afectaciones directas más importantes que surge al poner en un segundo plano el principio del interés superior de los menores consagrado en la Constitución de la República en su artículo 44, es evidente e insostenible que desde el momento en que el principio del interés de los menores deja de ser prioridad automáticamente se va vulnerar otros derechos subsumidos en dicho principio, tomando en cuenta que este principio procura la plena satisfacción de los derechos a que los hijos e hijas son titulares independiente de la relación conyugal en la que estén inmiscuidos.
- No obstante, se suma a este problema la falta de legislación en el Ecuador en torno a este tema, lo que agrava mucho más la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; por lo tanto:
 1. Si bien la norma Constitucional reconoce la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, pero su aplicación no ha sido regulada en la ley.

2. En este trabajo se trató sobre la custodia, tenencia y patria potestad estas instituciones muy importantes dentro del Derecho de Familia y que otorgan a uno de los padres la responsabilidad total del hijo y después de realizar el análisis de nuestro tema de tesis podemos llegar a la conclusión de que es la responsabilidad de los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes para que el menor pueda desarrollarse de la mejor manera para ser una persona de bien.
3. La norma contenida en el Código Civil, no abarca la custodia compartida de los hijos, solo reconoce la custodia monoparental en los casos de divorcio de los progenitores.
4. Se hace necesario establecer en la ley nuevos mecanismos legales en relación a la custodia de los hijos, que causen menor impacto psicológico en los mismos en caso de divorcio de sus padres.
5. Que los avances del mundo globalizado determinan la necesidad de establecer nuevos mecanismos de custodia legal de los hijos en caso de divorcio de los progenitores al tenor de lo que dispone la norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.
6. La custodia compartida en el derecho comparado y se llegó a la conclusión que esta es la mejor manera para dar responsabilidades a los dos progenitores y puedan compartir conjuntamente el cuidado y desarrollo de sus hijos.
7. Se llegó a la conclusión de que el divorcio o separación de los padres trae muchos problemas al momento de decidir con cuál de los progenitores se quedará el menor, ya que las peleas llegan a los Juzgados de la Niñez y Adolescencia y pues el Código Civil da prioridad a la madre para que tenga la tenencia y al padre le concede un régimen de vistas.
8. De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho de visitas al padre, con lo cual solo se aleja al progenitor de su hijo, generando graves daños psicológicos en los más pequeños como son los niños.

9. La tenencia compartida es la mejor solución para evitar causar daño a los niños ya que allí se da la responsabilidad de crianza y educación a los dos progenitores y se busca el mejor beneficio para los menores.

RECOMENDACIONES

1. Se debe reformar el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, y de alguna manera incluir el concepto de la Tenencia Compartida, con lo cual se va lograr una igualdad de derechos entre los progenitores, considerando que los padres son el pilar fundamental para el desarrollo de los hijos, y son ellos los llamados a velar por el desarrollo integral del niño/a, es decir cuidar el avance en los aspectos, emocional, físico, psicológico, moral y espiritual, creando instituciones jurídicas que ayuden a los padres para que en la práctica de la vida diaria separen las relaciones conyugales de las parentales y sean excelentes padres aunque no hayan podido ser buenos esposos, como por ejemplo al momento de inscribir al o la menor en una institución educativa exista un documento notariado a través del cual los dos padres de consuno aprueben el ingreso del niño/a a esa institución educativa en caso de que los padres estén separados.
2. Reformar el Código Civil, y de alguna manera incluir tenencia compartida. Ya que ese cuerpo normativo da prioridad en la tenencia a la madre. Esto quiere decir que en la reforma no se debería discriminar a los padres y darles una total igualdad a los dos progenitores, aunque en el Código Civil da prioridad a la madre en la tenencia del menor.
3. Los padres deben empezar a tomar conciencia sobre los daños que ocasionan a sus hijos por involucrarlos dentro de sus conflictos, y si bien es cierto que la parte económica es fundamental para la educación de un niño, pero la parte afectiva de los padres también es importante para su desarrollo íntegro, y apartar a uno de los padres de sus hijos, es la peor decisión que se puede tomar, entonces después de una separación, hay que mantener una relación continua de convivencia con los hijos, en igualdad de derechos y responsabilidades.
4. En el ámbito judicial, los factores, adoptados por los jueces para el otorgamiento de la Tenencia o un tipo de ella, deben ser evaluados y acordes a la realidad que se presenta, realizando exámenes psicológicos a los padres y al menor, no en todos los casos

presentados se podrán determinar o integrar los mismos criterios ya que cada uno responde a situaciones distintas, siendo el objetivo principal salvaguardar el desarrollo integral del menor.

5. Aplicar la Tenencia Compartida o Coparental, no como alternativa sino como regla general, implicaría contribuir a relacionar aspectos socio-jurídicos, que, con la adecuada aplicación de los criterios y correcta discrecionalidad del juez, se llegue a sostener la familia rota, para que padre y madre puedan coparticipar parentalmente, en consideración a los hijos, quiénes tienen el derecho a la afectividad imperecedera y al rol socializador suministrado por sus dos figuras parentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, R. (2017). *La Tenencia de Menores*. Quito: Graficas Cárdenas .
- Albaladejo, M. (. (2006). *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. . Madrid.: Editora Edisofer.
- Albán, F. (2010). *Derecho de la niñez y la adolescencia*. Quito: Editorial Gemagrafic.
- Álvarez, J. (2015). *La Custodia Compartida* . Ecuador: UTPL.
- Andreina, C. E., & Maciel, S. G. (julio de 2011). *Trabajo de Grado previa a la obtención a título de licenciatura en Ciencias de la Educación en la carrera de Psicología Educativa y Orientación Vocacional*. Obtenido de <http://repositorio.utn.edu.ec/bitstream/123456789/2150/2/Tesis..pdf>
- Bauserman, R. (2012). Un metanálisis de la satisfacción, el ajuste y el conflicto de los padres en la custodia compartida y la custodia exclusiva después del divorcio. *Revista de divorcio y segundas nupcias*, 468 -488.
- Bayata. (2013). Custodia Compartida . *Revista Internacional de Derecho, Política y Familia* , 310 - 331.
- Beltrán Pacheco, P. (16 de Enero de 2013). *La Tenencia Compartida en el Perú*. Obtenido de <http://www.slideshare.net/lexwilliam/la-tenencia-compartida-en-el-peru>
- Boned, F. (2004). *La Custodia Compartida* . Buenos Aires : Astrea .
- Borda, A. (1997). *Tratado de Derecho Civil Familia*. Buenos Aires: Editorial Perrot .
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

- Cabrera Vélez. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito: Editora Jurídica.
- Cabrera, A. (27 de abril de 2015). Tenencia Compartida una opción para los padres divorciados . *El Tiempo* , pág. 7.
- Cabrera, J. (2009). *El Regimen de Visitas* . Quito.
- Cárdenas Camacho, A. (2005). *Alcances de la Patria potestad y la Custodia* . Mexico : Unan .
- Catalán. (2011). *Modalidades de la Custodia Compartida*. Madrid: Colegio de Psicólogos.
- Catalán Frías, M. J. (22 de agosto de 2011). *Tenencia Exclusiva* . Obtenido de [http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%](http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20)
- Catalán, M. &, & otros. (2007). *LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO, EXTENSIÓN Y BONDAD DE SU PUESTA EN ESCENA. DEBATE ENTRE PSICOLOGÍA Y DERECHO*. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
- Catalán, M. (2007). *La custodia compartida. Solicitudes de esta modalidad de custodia en procedimientos amistosos y contenciosos, desde a entrada en vigor de la nueva ley de divorcio*. Oviedo: Psicología Jurídica.
- Cillero, M. (2013). *Evolución Histórica de la Constitución Jurídica de la infancia y la adolescencia en Chile* . Montevideo : Iberoamericana .
- Codificación del Código Civil*. (2005). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Niño Niña y Adolescentes. (2014). *Bolivia Ley No 548*. La Paz .
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (2008). *Art. 96*. Quito, - Ecuador : Editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (2019). *Art. 96*. Quito, - Ecuador : Editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico General de Procesos. (2016). *Custodia* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008).
- Convención de los Derechos del Niño. (1990). *Interes Superior del Niño* . Buenos Aires : Astrea .
- Correa Aguilar, J. (2016). *La Tenencia Compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador* . Guayaquil : Universidad de Guayaquil .
- Couso, L. (16 de enero de 2007). *La Custodia Compartida*. Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida.
- D'Antonio, D. (1987). *Derecho de Menores* . Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

- Echeverría, K. (9 de septiembre de 2011). *La guarda y la Custodia Compartida de los hijos*.
Obtenido de http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf.
- Escriche, J. (2001). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición aumentada*. Madrid-España: Editorial de Eduardo Cuesta.
- Esparza Olcina, C. (2006). *La Guarda Compartida* (Primera Edición ed.). Navarra, España : Arazandi.
- Espín Guevara, J. F. (2014). *Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la maternidad y paternidad responsables*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Estatuto de la Corte internacional de Justicia. (2009). *Interes Superior del Niño*. Buenos Aires: Astrea.
- FARITH Simon. (2007). *Derechos de la niñez y adolescencia*. Ecuador.
- Fernández D. (2020). *Derecho a tener un hogar y una vivienda* .
- Fernández Rincón, C. (2010). *Análisis de Excepcionalidad de la Custodia compartida contemplada en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela* . Maracaibo : Tesis Doctoral, Universidad Rafael Urdaneta .
- Fernández, A. (18 de mayo de 2014). *La Familia y la Coparentabilidad en el Perú*. Obtenido de http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA
- Flores, J. (3 de junio de 2016). *La Custodia compartida de los Hijos* . Obtenido de <http://www.divorciosporinternet.com/la-custodia-compartida-de-los-hijos>
- Fuchslocher, P. (1983). *Derecho De Menores, De La Tuición*.
- Fuentealba Vásquez, A. (2011). *Paternidad y Crianza* . Chillán : Tesis Doctoral Universidad .
- García, & Crespo, &. (2010). *La custodia compartida*. México D.F.: PEARSON .
- Godoy Moreno, J. (2004). *La Custodia Compartida* . Madrid : El Legislador .
- Guevara, J. (17 de agosto de 2002). *Patria Potestad*. Obtenido de <https://abogadasecuador.wordpress.com/patria-potestad>
- Guillarte, M., & Calero, C. (2000). *Comentarios al nuevo Artículo"*. Buenos Aires : Heliasta .
- Hernando Ramos, S. (2002). *El Informe del Ministerio Fiscla en la Guarda* . Bogotá : Temis .

- Hollweck, M. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. . Buenos Aires : Thomson La Ley.
- Ibáñez, V. (2004). *El laberinto de la Custodia Compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados*. *Boletín de Derecho de Familia*. Madrid - España .
- Kafury Benedetti, C. F. (8 de junio de 2016). ¿Que es la custodia o cuidado personal de los menores y a quien se le otorga . *El Universal* , pág. 10 .
- Larrea Holguín, J. (2009). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lathrip Gómez, F. (2001). *Custodia Compartida y Corresponsabilidad* . Bogota : Temis .
- Lathrop Gómez, F. (2009). "*Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y Sociológicas*". Editorial La Ley.
- Ley Orgánica para la Protección de los Niños, N. y. (2007). *Art. 358* . Venezuela : Ibis .
- Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. (2009).
- Machuca Bravo, K. (2015). *Materia de Derecho Civil IV*. Cuenca : Corporacion de Estudios y Publicaciones .
- Mazzinghi, J. (2000). *Derecho de Familia* (Vol. IV). Buenos Aires, - Argentina : Abaco.
- Muñoz, G. (2012). *Del divorcio y la separación*. Caracas : Editorial Global.
- Niño, C. s. (1990).
- Niño, C. s. (1990.).
- Nobecilla Ulloa, S. P. (2014). *Factores determinantes de la Tenencia de menores ebn los Juzgados de Familia de Trujillo; La Primacía del Interés Superior del Niño* . Trujillo .
- Ocampo Lozano, J. (2019). *Ventajas y desventajas de la Custodia Compartida de los hijos tras la separación* . Loja : UTPL.
- OJEDA MARTINEZ Cristobal. (2004). *ESTUDIO CRÍTICO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*.
- Olavarría, J. (2004). *Adolescentes: conversando la intimidad, vida cotidiana,sexualidad y masculinidad* . Santiago : Flacso .
- Ortega, I. (14 de marzo de 2002). *El Inerés Superior del Niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ambito de la Unión Europea*. Obtenido de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>.
- Ortuño Muñoz, P. (2007). *El Nuevo Régimen Jurídico* . Buenos Aires : Heliasta .

- Peña, B. d. (2009). *Derecho de Familia*. . Madrid: Universidad Complutense.
- Pérez, M. (2006). *Padres que asumen la Custodia de sus Hijos en ausencia de la figura materna; miradas y retos*. Madrid : Reus .
- PETIT Eugene. (1977). *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO*. Buenos Aires: ALBATROS.
- Pierre, A. (2001). *Interes Superior del Niño*. Buenos Aires : Astrea .
- Pinto Andrade, C. (2003). *La Custodia Compartida*. Bogotá : Temis .
- Planiol, M. (1997). *Derecho Civil*. México: Biblioteca Clásicos del Derecho .
- Ragel, L. (2001). *A custódia e custódia das crianças. Direito Privado e Constituição*. Brasil.
- RAMIREZ Juan. (1976). *DICCIONARIO JURÍDICO*. Buenos Aires: Claridad.
- Ramos, H. (2009). *Las disputas judiciales entorno a los hijos*. . México: Editorial Ediciona
- REVISTA JURIDICA*. (2012).
- Romero, A. (2012). *la guarda y custodia compartida*. Madrid: Editorial Reus S.A. .
- Ruggiero, R. (1991). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, España,,: Editorial Reus.
- Ruiz, L. (2008). *Guarda y custodia de hijos menores*. Lima: Editorial Planeta.
- Sánchez de la Fuente, F. (2002). Breves notas sobre la patria potestad, especial problemáticade los supuestos de separación de los padres. *Anuario de Justicia de Menores*, 258.
- Secretaría Técnica de la ODNA. (2011). *Estado de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en Ecuador 1990 -2011*. Quito.
- Simón, F. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Editorial Cevallos Editora Jurídica .
- SUAREZ Roberto. (1999). *DERECHO DE FAMILIA: RÉGIMEN DE LAS PERSONAS*. BOGOTA: TEMIS.
- Suin Cajamarca, K. I. (2016). *Tenencia Compartida Solición o Conflicto*. Cuenca : Tesis .
- Torres Ojeda, A., & Santiago, C. (2013). *Rama Judicial de Puerto Rico*. Obtenido de Custodia : <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/custodia.htm>
- Torres, J. (2011). *Patria Potestad, Tenencia, Guarda y Custodia Compartida*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de Familia* (Vol. I). Lima: El Buho.
- Verdugo, R. (22 de febrero de 2013). *Dones para la igualdad de la custodia compartida*. Obtenido de <http://donesigualtat.blogspot.com/2009/10/un-verdugo-no-tiene-sexo.html>

Zaffaroni, E. (1981). *Derecho Civil, Derecho de Familia 2*. Buenos Aires : Editorial Astrea

Zambrano, M. (2013). *Las garantías constitucionales y los principios procesales frente al interés superior del niño en el juicio de alimentos controvertidos para niños, niñas y adolescentes*. . Quito: Universidad Católica de Quito.