



FACULTAD DERECHO

CARRERA CIENCIAS JURÍDICAS

**TEMA: “LA TENENCIA COMPARTIDA Y EL DERECHO DEL BUEN VIVIR DE
LOS NIÑOS EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.”**

**TRABAJO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

AUTOR:

EMILIA CAROLINA CONDE BENAVIDES

TUTOR:

DR. PABLO MARCELO ESPINOSA QUIROZ

QUITO - AGOSTO - 2022

RESUMEN

El trabajo realiza un estudio doctrinal y legal acerca de la tenencia compartida y el derecho del Buen Vivir de los niños en la República del Ecuador. Se parte de la génesis, definición, contenido y regulación jurídica del Derecho al Buen Vivir o *sumak kawsay*, en la legislación nacional, para valorar su incidencia en los niños que viven en situación de tenencia compartida. Se propone como objetivo general, analizar el impacto en el derecho del Buen Vivir de los hijos menores de edad en el Ecuador, la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida. Los objetivos específicos se dirigen a comprobar en la sociedad ecuatoriana, el grado de incidencia y afectación que se genera en los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad, la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida y proponer los pilares sobre los que se debe fundar un orden normativo que permita garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad mediante la regulación de la tenencia compartida. Se efectúa un estudio acerca de la definición, características y modalidades de la custodia compartida y la manera en que favorece el Buen Vivir de los niños. Se hace referencia a la protección que goza en instrumentos jurídicos internacionales. Se analiza el contenido y alcance de la patria potestad y la guarda y custodia, así como sus principales diferencias. En base a lo antes expuesto se describe el impacto negativo que sufre el derecho del Buen Vivir de los hijos menores de edad en el Ecuador, como consecuencia de la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida: trastornos emocionales, de conducta, cuadro de ansiedad, dificultades para su desarrollo integral, entre otros y se proponen los pilares de la regulación jurídica que permita la custodia compartida, en el Código Civil ecuatoriano y en el Código de la Niñez y Adolescencia, como forma de garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad. La metodología empleada fue la cualitativa, con carácter descriptivo y analítico, con empleo de la técnica bibliográfica documental y los métodos teórico-jurídico, analítico-sintético, inductivo, exegético-jurídico.

Palabras clave: derechos al Buen Vivir, custodia compartida, tenencia compartida, interés superior.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste 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, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los 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. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

EMILIA CAROLINA CONDE BENAVIDES

CC: 1750560516

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios por permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mis padres, por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad, muchos de mis logros se los debo a ustedes, entre los que se incluye este; por ser el pilar más importante, por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional, porque son la motivación de mi vida.

A mis abuelos, porque me incentivaron constantemente para alcanzar mis anhelos, agradeciéndoles a ellos por los mensajes de aliento, por su afecto y cariño que son detonantes de mi esfuerzo y de mi felicidad.

A mi tío a quien quiero como un padre, por compartir momentos significativos conmigo, estar dispuesto a escucharme y ayudarme en cualquier momento. Gracias por tus enseñanzas, por tus conocimientos y tu excelente manera de instruirme, no lo hubiera podido haber hecho sin tu ayuda.

A mi hermana, porque es la razón de sentirme tan orgullosa de culminar mi meta, para ser un ejemplo a seguir y la persona que guíe tu camino.

Agradeciendo una vez más a todos por confiar siempre en mí, gracias por ser parte de mi vida y por permitirme ser parte de su orgullo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	¡Error! Marcador no definido.
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN.....	7
EL BUEN VIVIR EN LOS NIÑOS QUE TIENEN CUSTODIA COMPARTIDA.....	10
1.1. Tenencia Compartida.....	16
1.2. Patria Potestad.....	20
IMPACTO GENERADO EN EL DERECHO DEL BUEN VIVIR DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN ECUADOR	31
2.1. Incidencia y afectación que se genera en los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad, por la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida.	34
2.2. Pilares sobre los que se debe fundar un orden normativo que permita garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad.....	38
CONCLUSIONES.....	41
RECOMENDACIONES	43
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

Tema: “TRABAJO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”

Autor: EMILIA CAROLINA CONDE BENAVIDES

Correo Electrónico: emy6-99@hotmail.com

RESUMEN

El trabajo realiza un estudio doctrinal y legal acerca de la tenencia compartida y el derecho del Buen Vivir de los niños en la República del Ecuador. Se parte de la génesis, definición, contenido y regulación jurídica del Derecho al Buen Vivir o *sumak kawsay*, en la legislación nacional, para valorar su incidencia en los niños que viven en situación de tenencia compartida. Se propone como objetivo general, analizar el impacto en el derecho del Buen Vivir de los hijos menores de edad en el Ecuador, la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida. Los objetivos específicos se dirigen a comprobar en la sociedad ecuatoriana, el grado de incidencia y afectación que se genera en los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad, la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida y proponer los pilares sobre los que se debe fundar un orden normativo que permita garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad mediante la regulación de la tenencia compartida. Se efectúa un estudio acerca de la definición, características y modalidades de la custodia compartida y la manera en que favorece el Buen Vivir de los niños. Se hace referencia a la protección que goza en instrumentos jurídicos internacionales. Se analiza el contenido y alcance de la patria potestad y la guarda y custodia, así como sus principales diferencias. En base a lo antes expuesto se describe el impacto negativo que sufre el derecho del Buen Vivir de los hijos menores de edad en el Ecuador, como consecuencia de la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida: trastornos emocionales, de conducta, cuadro de ansiedad, dificultades para su desarrollo integral, entre otros y se proponen los pilares de la regulación jurídica que permita la custodia compartida, en el Código Civil ecuatoriano y en el Código de la Niñez y Adolescencia, como forma de garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad. La metodología empleada fue la cualitativa, con carácter descriptivo y analítico, con empleo de la técnica bibliográfica documental y los métodos teórico-jurídico, analítico-sintético, inductivo, exegético-jurídico.

Palabras clave: derechos al Buen Vivir, custodia compartida, tenencia compartida, interés superior.

ABSTRACT

The work carries out a doctrinal and legal study about shared ownership and the right of Good Living of children in the Republic of Ecuador. It is based on the genesis, definition, content and legal regulation of the Right to Good Living or *sumak kawsay*, in national legislation, to assess its impact on children living in a situation of shared ownership. It is proposed as a general objective, to analyze the impact on the right of Good Living of minor children in Ecuador, the insufficient legal regulations regarding shared ownership. The specific objectives are aimed at verifying in Ecuadorian society, the degree of incidence and affectation that is generated in the rights of Good Living of minor children, the insufficient legal regulations in terms of shared possession and propose the pillars on which A normative order must be founded that allows guaranteeing the rights of Good Living of minor children through the regulation of shared ownership. A study is carried out about the definition, characteristics and modalities of shared custody and the way in which it favors the Good Living of children. Reference is made to the protection it enjoys in international legal instruments. The content and scope of parental authority and guardianship and custody are analyzed, as well as their main differences. Based on the above, the negative impact suffered by the right to Good Living of minor children in Ecuador is described, as a consequence of the insufficient legal regulations in terms of shared possession: emotional, behavioral disorders, anxiety disorder. , difficulties for its integral development, among others and the pillars of the legal regulation that allow shared custody are proposed, in the Ecuadorian Civil Code and in the Code of Childhood and Adolescence, as a way to guarantee the rights of Good Living of the minor children. The methodology used was qualitative, descriptive and analytical, using the documentary bibliographic technique and the theoretical-legal, analytical-synthetic, inductive, exegetical-legal methods.

Keywords: rights to Good Living, shared custody, shared ownership, best interests.

INTRODUCCIÓN

La separación de dos personas que procrearon hijos en común además de ser, (tristemente), habitual instituye el punto de partida de variadas circunstancias determinantes para la felicidad y el futuro de los infantes. Una de las primeras y más importantes constituye la elección o designación del progenitor que asumirá su tenencia.

Cabrera (2008) explica que la tenencia del infante comprende uno de los componentes de su guarda y radica en asignar a uno de los progenitores el cuidado del éste, a tiempo completo. (p.23) Determina la educación y cuidado del impúber y puede ser ejercida por cualquiera de los padres.

Cantón et al. (2000) aseveran que existen dos tipos de tenencia o custodia: la tenencia dividida y la tenencia compartida. La primera asigna a uno de los progenitores tal facultad y en la compartida los dos, de conjunto, cuidan y desarrollan la crianza del niño (p.128) quien goza así de la oportunidad de residir con uno y otro, durante períodos, en dependencia de la edad y lo que mejor resulte para su desarrollo físico y mental.

En la República del Ecuador, sólo se autoriza la tenencia dividida, disponiendo el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) que será el órgano jurisdiccional el destinado a definir el padre que conserve la tenencia del infante, en virtud de la opción más favorable para su completo desarrollo. (p.31)

En este contexto, el artículo 44 de la Carta Magna (2008) dispone que es el Estado, junto a la sociedad y la familia, los responsables de garantizar el crecimiento y desarrollo tanto de adolescentes como de infantes, cuyos derechos ostentarán prioridad ante los de resto de la colectividad.

Por otra parte, el desarrollo integral del niño es entendido como la posibilidad de acceder a un ambiente que le permita al niño manifestar sus potencialidades, en un contexto seguro y afectuoso de la familia, la escuela y la sociedad. (p.7) Ello cuenta con el amparo constitucional del artículo 35 de la Ley de Leyes (2008), que declara la atención prioritaria de los infantes tanto en la esfera privada como en la pública. (p.6)

Así también el cuidado a la salud, la educación y el desarrollo armónico del ser humano y, consecuentemente, del niño constituyen derechos fundamentales y del Buen

Vivir, cuya garantía es reconocida como una obligación estatal en los artículos del 12 al 35 del mencionado texto constitucional. (pp.5-6)

Los derechos del Buen Vivir en el Ecuador se reconocen desde dos puntos de vista. Por una parte, se refiere a los derechos de los individuos a tener acceso y disfrutar adecuadamente de alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y otros. Y por otra, se dispone el deber estatal de implementar y edificar el régimen del Buen Vivir, garantizando la inclusión y la equidad entre todos los individuos (Vintimilla, 2015, p. 12).

El Buen Vivir o *sumak kawsay* (en lengua quechua) persigue como objetivo el logro de una existencia plena (Acosta, 2013, p. 99). Su reconocimiento constitucional representa la obligación del Estado ecuatoriano de garantizar un modelo de vida justo y equitativo, donde los ecuatorianos y los niños, por supuesto, gocen de una vida con la mejor calidad posible.

Esa condición resulta inalcanzable para un niño a quien se le niega la oportunidad de que sus padres participen por igual, en su crianza y cuidado. En este sentido, la libertad del niño de residir, indistintamente con uno u otro y, por el tiempo que desee o que acuerden los padres en función de su estabilidad y desarrollo escolar, psicológico y emocional, constituye parte indispensable del Buen Vivir.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) declara una responsabilidad estatal garantizar las facilidades para que los progenitores cumplan en igualdad de condiciones con sus deberes naturales de protección y cuidado de su prole (artículo 18). (p.16) El referido instrumento internacional señala la necesidad de que los países cuenten con regulaciones jurídicas e instituciones adecuadas para el logro de esos fines. (p.16)

En atención a estos argumentos se traza como objetivo general de este estudio analizar el impacto generado en el derecho del Buen Vivir de los hijos menores de edad en el Ecuador, la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida.

Los objetivos específicos son: a) Comprobar en la sociedad ecuatoriana, el grado de incidencia y afectación que se genera en los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad, por la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida; b) Proponer los pilares sobre los que se debe fundar un orden normativo que permita garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad mediante la

regulación eficiente de la tenencia compartida.

EL BUEN VIVIR EN LOS NIÑOS QUE TIENEN CUSTODIA COMPARTIDA

El reconocimiento del Buen Vivir en la Carta Magna ecuatoriana, como expresión que identifica los términos de origen indígena *sumak kawsay*, ha suscitado las más variadas controversias. En criterio de especialistas como Cortez (2011), el término significa para las poblaciones indígenas suramericanas, la práctica del humanismo, donde la cercana y armónica vinculación entre el ser humano, la madre natura y el cosmos, garantizan una vida plena. (p.7)

Por su parte, Barragán (2020, p. 13) y Estermann (1998, p. 201) afirman que el *sumak kawsay* constituye una filosofía de los ancestros andinos que pondera la armonía entre la naturaleza y la comunidad. Sin embargo, Mejía (2011) critica fuertemente estas afirmaciones.

El mencionado autor, parte del hecho de que los ancestros indígenas no estuvieron libres de conflictos, pobreza, ni exclusión, califica de mítica esa traducción y explica que los indígenas suramericanos interpretaron el mundo, desde sus perspectivas, como todas las culturas; ello no convierte sus expresiones en filosofía. (p.146)

En ese mismo orden, Cubillo-Guevara (2014) identifica seis debates en desarrollo respecto al *sumak kawsay* o Buen Vivir. El primer debate se centra en el significado y contenido del término, que se realiza desde concepciones socialistas y estatista, ecologista y post-desarrollistas o indigenistas y pachamamistas, por lo que cada corriente ideológica aporta al concepto sus postulados y concepciones.

El segundo debate está dirigido a identificar el momento histórico del que deviene el *sumak kawsay* o Buen vivir. Siendo ubicado en culturas ancestrales andinas, en propuestas modernas de transformaciones sociales y en ideologías post-modernistas como el ecologismo profundo y el feminismo. (pp. 27-29)

El tercer debate pretende llegar a un consenso sobre la traducción correcta de los términos *sumak kawsay*: Buen Vivir, empleado en Ecuador y *suma qamaña*: Vivir bien, empleado en Bolivia, en el entendido que la traducción trasciende al reconocimiento o no de la dimensión espiritual y el bienestar subjetivo, intangible de la vida.

La cuarta disquisición teórica versa sobre el papel que desempeña el Buen Vivir el futuro de los países, pretendiendo determinar si constituye una alternativa de desarrollo frente al neoliberalismo y el capitalismo o una variante de desarrollo que trasciende la concepción que se tiene actualmente de lo que éste constituye. Este debate abre paso al quinto y sexto debate.

El quinto pretende precisar si el Buen Vivir es una recreación de conocimientos, conceptos y perspectiva de vida ya existentes o una invención de la cultura moderna y, en consecuencia, con ello, el sexto debate se centra en catalogar al Buen Vivir como una regresión al pasado, a las concepciones los ancestros o es una propuesta para que las sociedades enfrenten el futuro desde una óptica totalmente diferente (Cubillo-Guevara, 2014, pp. 30-34).

La exposición de cada una de estas corrientes de pensamiento ilustra la actualidad y vigencia del Buen Vivir. Constituye una concepción de vida diferente, a favor de la cual, deberían conformarse las sociedades. No constituye objeto de este estudio explicar los criterios y afiliarse a un uno. Lo trascendental es el reconocimiento jurídico realizado en el Ecuador, que pretende brindar paz, armonía, mayor calidad de vida a los hombres.

El Buen Vivir propone políticas públicas y modelos socioeconómicos basados en las libertades humanas (Sen, 2000, p. 17). La noción del Buen Vivir, cobró auge en América Latina, a raíz de su reconocimiento en la Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009). Ecuador identifica el Buen Vivir, con las palabras en lengua quechua *sumak kawsay* (artículo 14) y Bolivia, con las palabras en lengua aymara: *suma qamaña* (artículo 8).

En ese contexto, ambas representan la intención de los legisladores de incorporar a los textos constitucionales y, con ello, a la sociedad de sus países, los conceptos y aspiraciones de los movimientos indigenistas, ecologistas y políticos, que pretenden armonizar el desarrollo de la economía, con la protección al medio ambiente, el respecto a la idiosincrasia y los saberes indígenas y el aumento del nivel de vida de sus pobladores.

Choquehuanca (2010) explica que el suma qamaña o Vivir Bien, conforma una concepción de existencia enfocada a una armonía con la naturaleza, para así evitar su destrucción. (p.7) La comunidad humana constituye una estructura asocial, que se integra a la naturaleza e interactúa con ella, por lo que resulta necesario que el hombre respete

todos sus elementos, que cuentan con vida propia (Huanacuni, 2010, p. 23).

Dávalos (2008) afirma que el *sumak kawsay* entiende que la naturaleza integra la historia, en tanto forma parte de la colectividad. (párr. 25) Por esa razón, Morocho (2017) advierte que la naturaleza no debe ser valorada como un bien para producir, sino como una entidad espiritual, viva, que armoniza la existencia del hombre en todo el globo terráqueo. (p. 184)

Por esa razón se necesita la construcción de una ética diferente, que reconozca otros valores, alejados de la concepción de que la dignidad es exclusiva de los seres humanos, por ser los únicos que cuentan con la capacidad de razonar (O'Neill, 1995, p. 259). El Buen Vivir implica que cada persona cuente con la posibilidad de desplegar sus potencialidades y que los colectivos sociales y los individuos particulares lo consideren como objetivo de vida deseable (Ramírez, 2010, p. 59).

Si el Buen Vivir pretende armonizar el progreso de la sociedad el medioambiente, la naturaleza y el hombre, resulta innegable que la salvaguarda de los derechos de los infantes constituirá objetivos prioritarios. El desarrollo feliz y pleno de la infancia, está determinada por el entorno familiar y social. En tal sentido, resultan aplicables los dos primeros de los elementos que componen el Buen Vivir, identificados por Larrea (2017).

El mencionado autor asevera que el Buen Vivir pretende satisfacer las carencias humanas, de manera igual para todos y respetando las diferencias. Esas necesidades abarcan la posibilidad de acceder a la educación, la salud, la vivienda, la nutrición, así como la prosperidad sostenible de los humanos. Ello no depende solamente de la posesión de riquezas, también de la felicidad y las opciones de realización personal (p. 157)

Es así, que el Buen Vivir defiende el bienestar y la existencia próspera de los seres humanos, y la prioridad del niño entre ellos reconocido así por el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (2013), que señala tres elementos básicos en la composición de su interés superior:

a) Un derecho sustantivo, que fundamente el interés superior del infante y todos aquellos que sobre él convergen, a fin de acordar la mejor decisión y garantizar que se materialice.

b) Un principio de interpretación jurídica, encaminada a satisfacer, los intereses

del menor, ante una norma legal que admite más de una interpretación.

c) Una norma de procedimiento, que garantice la adopción de decisiones respecto a cualquier infante o grupo de ellos, luego de una estimación seria y fundada de las repercusiones que tendrá para ellos, y siempre con la justificación de las decisiones. (p.14)

La propia Observación (2013) refiere que la protección del interés superior de los infantes requiere la satisfacción de los principios de la Convención relacionada con los intereses del Niño (1989), ya mencionada entre los que resultan de importancia aquellos los concernientes a al derecho a la existencia plena y al desenvolvimiento armónico de su persona, que debe suceder en un contexto familiar lleno de comprensión, amor y felicidad (Preámbulo).

Por otra parte, el artículo 9 proclama que el niño tiene derecho a vivir juntos a sus padres. De no ser así, se entablará una la relación directa y regular con los progenitores. (p.12). Ambos padres, tutores o representantes serán responsables del cuidado y progreso del infante, respetando la máxima de su interés superior. (p.16), que consiste en el respeto de sus derechos fundamentales, por encima de cualquier otro, (Barrientos, 2011, pp. 115-116).

Este principio jurídico que no cuenta con una definición precisa, determina la aplicación de toda norma jurídica, en función de garantizar a los infantes un entorno favorable para su desenvolvimiento y aptitudes personales. Se pretende lograr el crecimiento progresivo del infante, garantizar sus derechos y el disfrute de una vida libre de iniquidades (Torres, 2011, p. 6).

La salud mental, el desarrollo integral físico y espiritual, las posibilidades de perfeccionamiento educativo, los valores éticos y culturales de tolerancia y solidaridad que facilitan la convivencia y la integración social, conforman la personalidad del niño. La protección efectiva contra cualquier situación que atente contra todos esos derechos, forma parte de la garantía de salvaguarda del interés superior del niño (Alonso, 1997, p. 32).

La custodia de compartida constituye la manera en que los progenitores organizan la crianza de su prole de forma tal que ambos disfruten de ella reconociendo al infante la oportunidad de ser cuidado por ambos Se trata de ejercer la coparentalidad, asumiendo

ambos padres, en condiciones de igualdad de facultades y deberes paterno-filiales.

Puede consistir en turnarse los roles de cuidador y visitador, situación que otorga a cada padre la posibilidad de conocer perfectamente cuáles condiciones y elementos resultan necesarias en cada posición, para el triunfo de la custodia compartida que fue la opción para la educación de su prole; salvaguardando así, el interés superior de sus hijos (Guilarte C., 2008, p. 15).

Aducen Segura et al. (2006) que este tipo de custodia permite a los hijos acceder a la compañía, cuidado y afecto de ambos progenitores aminorando el dolor que, inevitablemente les produce la separación, disminuye la proliferación de sentimientos negativos, de rencor, abandono, trastornos emocionales y favorece un correcto desarrollo psíquico-emocional del niño. (p. 120)

Bauserman, citado por Barcia (2018) muestra los resultados de treinta y tres estudios científicos en los que se comparó el comportamiento y desarrollo de un grupo de niños que vivían en regímenes de custodia compartida y de custodia exclusiva de sus padres, con respecto a niños cuyos padres no se encontraban separados.

Afirma el autor que los niños criados en custodia compartida, presentaban menos conflictos emocionales, mejores relaciones familiares, autoestima y rendimiento escolar, que los infantes que se vivían bajo custodia exclusiva. No se encontraron diferencias significativas respecto a la personalidad y el tipo de relaciones que entablaron con sus padres los niños que disfrutaban de custodia compartida y aquellos que convivía con sus ellos.

De hecho, se detectó una pequeña diferencia en pro de los infantes que gozaban de la custodia compartida en tanto éstos dedicaban más tiempo a compartir con los niños, que aquellos que convivían diariamente. (pp. 473-474)

En este sentido, Poussin y Lamy (2005) destacan la posibilidad que la custodia compartida otorga a los niños de estar conocer y desarrollar sus raíces y legados maternos y paternos, que constituyen fundamento de su identidad. (p.21) Y Delgado (2010) recuerda que la activa intervención de los progenitores en la crianza de su prole instituye un rasgo vital de la especie humana. (p.47)

Así también equilibra el tiempo que cada padre comparte con el menor y los

recursos financieros destinado al cuidado, atención y manutención de ellos (Catalán et al., 2007, p.135). La existencia de buenos lazos filiales entre el niño y ambos progenitores facilita el buen crecimiento y desarrollo del infante, la gradual integración a la sociedad y el equilibrio en la personalidad y aprendizaje (Espinosa et al, 2020, p. 437).

En este sentido Moreno-López y Ocaña de Valdivia (2017) explican que la custodia compartida evita sentimientos negativos en los infantes, como por ejemplo conflictos de lealtad y temores al abandono. Así también facilita la aceptación de la ruptura del matrimonio.

En igual sentido, fomenta una relación más abierta con ambos y minimiza la ocurrencia de trastornos psicológicos y adaptativos como el síndrome de alienación parental, la falsa memoria, los trastornos de conducta y las dificultades alimentarias. Los niños se sienten más amados y protegidos. (p. 175)

La definición aportada por Cruz constituye, en criterio de la que suscribe, la identificación de la esencia y objetivos de la custodia compartida. Afirma el autor que:

...es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de períodos de tiempo de convivencia de los hijos. Implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad (principios de igualdad y responsabilidad material), poniendo fin a la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los períodos de vacaciones (p.424).

Por su parte, Pérez (2017) afirma que estudios científicos realizados en Italia, Francia, Canadá y Australia, constatan que las estadísticas positivas de la de la custodia compartida sobrepasan los obtenidos con la custodia monoparental, salvando determinados casos puntuales. (párr.13)

Por todo esto se considera que el Buen Vivir de los niños que disfrutan la custodia compartida, resulta más satisfactorio que aquellos que no cuentan con ello. Esos infantes acceden a la oportunidad de entablar un intercambio pleno con ambos padres, quienes demuestran la capacidad de sobreponer los intereses de niño, con respecto a los propios, reconociendo el carácter imprescindible de la presencia de ambos en la vida del niño.

La custodia compartida ayuda a mitigar el dolor que produce en los niños la

dispersión de la familia; permite a los infantes disfrutar de toda su familia, incluyendo a los abuelos, tíos, primos, de ambas ramas familiares; ayuda a la autoestima, confianza, y felicidad del infante que, percibe que sus padres se preocupan por él, de igual manera y exime al niño de vivir en un contexto carente de amor, que es lo que sucede cuando la pareja no se ama, pero continúan casados para criar juntos a su prole.

1.1. Tenencia Compartida.

La tenencia compartida conocida también como custodia compartida es aquella en que ambos padres gozan de la custodia legal y física de los hijos. Comparten, de igual manera las responsabilidades que implica la educación, manutención, salud y crianza en general, por lo que las decisiones y acciones relacionada con su prole corresponden y serán tomadas entre ambos (Pérez M. d., 2006, p. 510).

La meta de la de la tenencia compartida es lograr que los progenitores se involucren y responsabilicen, por igual, de todos los aspectos de la vida de sus hijos. Catalán et al. (2007) la definen como aquella en que ambos progenitores asumen, de manera combinada, periódica y movable el cuidado, la educación y atención de su descendencia en común. (p.135)

Los mencionados autores explican que existen diferentes modalidades para distribuir los tiempos que los padres en custodia compartida cuidan de sus hijos. Pueden alternarse diariamente, por semanas, meses, semestres, compartiendo igualmente los períodos vacacionales.

Así mismo, pueden acordar la permanencia del progenitor no conviviente en el hogar del niño, durante una sesión de cada día; incluso se ha acordado la permanencia del infante en el hogar, siendo los padres quienes se roten en la utilización de la vivienda, (Catalán, et al., 2007, p. 135).

Se reconocen varias modalidades de custodias a) la custodia compartida, b) la custodia concurrente, c) la custodia alternada y d) la custodia dividida (Pérez, 2006, p. 507). Por su parte, Catalán et. al (2007) las relacionan así:

a) Custodia exclusiva: cuando un padre, en exclusiva disfruta de la custodia. Es considerada por los autores como la más habitual e implica la disposición de un sistema de un régimen de visitas, por parte del otro padre.

b) Custodia alterna o repartida: el cuidado del infante, así como los derechos y facultades inherentes a la custodia son ejercidos por cada padre durante períodos determinados. Al otro padre corresponderá, entonces el régimen de visitas,

c) Custodia partida: se otorga un progenitor el cuidado de uno o algunos de sus hijos, y el resto, al otro.

d) Custodia compartida: ambos progenitores gozan de la custodia legal de su prole. En consecuencia, ambos mantienen la autoridad y la responsabilidad legal relacionada con la crianza y protección de los hijos. (p.134)

Como toda circunstancia de la vida, la custodia compartida reviste desventajas y ventajas para los infantes. Pero una vez superadas las primeras, las segundas resultan más numerosas y trascendentales.

Entre las desventajas de la tenencia compartida se encuentra el estrés que puede significar para el infante los cambios de residencia, así como la confusión y ansiedad que le pudiera ocasionar la cercanía en la ocurrencia de esos cambios (Cantón et al., 2000, p.101)

Así también se señala las diferencias en los sistemas de vida, rutinas, disciplina inherente a cada hogar (Wallersten, 1989, p. 98) y el peregrinaje que significa la traslación constante de una vivienda a otra (Pérez Á. 2006, p. 1)

Cantón et al., (2000) explican que, esta situación se manifiesta, con más frecuencia en niños pequeños y resultan fácilmente superadas con el compromiso y dedicación de ambos padres. Los autores resaltan la importancia de las actitudes de los progenitores para el éxito de la custodia compartida.

Entre los factores trascendentales señalan el cumplimiento de los acuerdos relacionados con la custodia, los bajos niveles de conflictos entre ellos, el cuidado que cada progenitor otorgue a la imagen y percepción del niño respecto al otro y la preferencia del niño a ese sistema de vida. (p.136) No existe acuerdo respecto a los requisitos que deben cumplirse para que resulte apropiado y exitoso el acuerdo de custodia compartida.

No obstante, Pérez (2017) comenta algunas condiciones que favorecen la custodia compartida, como son: la armonía entre ambos progenitores; el deseo de los infantes, en

caso de que cuenten con la madurez para expresarse conscientemente y que la situación en que vivan los padres favorezca tal decisión. Y Pinto (2009) advierte que exige, en todo caso, un compromiso serio y una concordancia entre los padres. (p.67)

En una encuesta efectuada por Cantón *et al.*, (2000) a jueces, fiscales, letrados y psicólogos, los especialistas concluyeron que este sistema no resulta aconsejable para infantes que no han arribado a los tres años, para aquellos que padezcan trastornos emocionales, o cuando las residencias de los padres se encuentren distantes, sus relaciones sean hostiles o un progenitor sea incapaz de cuidar al niño por adicciones u otro impedimento. (p.142)

Salvando estas situaciones, la custodia compartida ofrece a los niños más oportunidades de desarrollar su vida de manera dichosa, en tanto la intervención activa de los progenitores en la vida de su prole resulta necesaria y trascendental. Ibáñez (2004) advierte que, en la custodia compartida, el padre que se encuentre en cada momento con el infante será quien decidirá sobre las situaciones de la vida diaria. (p. 3)

Por su parte, Catalán *et al.* (2007) consideran que la custodia compartida puede manifestarse en dos modalidades: una, determinada por el tiempo que el niño se encuentre con cada padre, que puede ser de semanas o meses, en función de las condiciones que rodeen el caso, el tiempo de vida del niño, lejanía de residencia, entre otras

Por su parte, la segunda modalidad se caracteriza por las relaciones entre los niños y el padre que radica en otro hogar, manteniendo un contacto diario, que puede materializarse en la entrega o recogida de la escuela, las vistas en la tarde y cualquier otra que resulte factible. (p.134)

Advierte Lathrop (2008) que no contradice la custodia compartida, el hecho de que el niño resida, de forma permanente con uno de los progenitores, en tanto el rasgo distintivo de la institución, es la convivencia diaria. (p. 511). Esta autora relaciona determinadas circunstancias que garantizan un ejercicio exitoso de la custodia compartida.

En ese sentido, menciona el acceso del progenitor que no reside con el niño al espacio del menor en su lugar de residencia, el establecimiento de un sistema de custodia

que permita distinguir la atención a los niños, en dependencia de su edad, entre otros. (p. 513)

El Tribunal Supremo español (STS 194/2018, 2018), considera la custodia compartida como el régimen normal, deseable, en tanto permite al niño ejercer su derecho de relacionarse por igual, con sus dos padres y se aproxima más a la situación que vivía el niño, antes de la ruptura matrimonial.

Al mismo tiempo, permite a los progenitores continuar ejerciendo sus derechos y obligaciones parentales, tal como lo venían habiendo hasta el momento. (párr.32) La jurisprudencia española (STS 261/2012, 2012) advierte que el régimen de custodia compartida se debe disponer sólo en los casos que, efectivamente, coadyuve al interés superior del niño.

Por ello no puede entenderse como una decisión automática; es un régimen que procede, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos que, aduce el órgano jurisdiccional, no pueden precisarse en Ley, puesto que dependen de cada caso en particular. (párr. 41)

Los elementos más empleados por ese Tribunal (2013) para acordar la custodia compartida, además de los anteriormente comentados son: la cantidad de hijos que posea cada padre, el cumplimiento de los deberes paterno-filiales, según los informes de los expertos y cualquier otro que permita razonar que ese sistema de vida es el óptimo para la protección de los derechos del niño, en función de su interés superior. (p.15)

Guilarte (2008) considera de vital importancia valorar con profundidad las aptitudes particulares de los padres respecto a la posibilidad de entablar una relación cooperativa, basada en decisiones consensuadas, de manera que el modelo educativo del niño sea uno solo, con el mínimo nivel de conflictividad entre ambos padres. (p. 27)

Espinosa et al. (2020) califica la custodia compartida como una manifestación de cambio social positivo, que deja atrás el modelo patriarcal de la familia y reconoce a la mujer en igualdad de derechos, aspiraciones y estatus social que el hombre y a éste con las mismas aptitudes que la mujer para el cuidado y la atención de su prole. (p.29)

1.2. Patria Potestad.

La patria potestad es una institución jurídica que identifica al conjunto de relaciones que se establecen entre padres e hijos, durante el tiempo que son considerados por Ley, menores de edad no emancipados o al ser declarados judicialmente incapaces. Confiere a su titular una serie de facultades, en pro del cumplimiento de obligaciones, que se cumplirán siempre en beneficio de hijo y de acuerdo con su personalidad.

En ese sentido, se atribuye a los progenitores del infante, en condiciones de igualdad y su ejercicio está concebido para ser practicado, de manera conjunta por los padres, aunque ello puede variar, ante determinadas circunstancias (Rodríguez, 2015, p. 566).

Coincide Larrea (2001) con este criterio y agrega que las referidas obligaciones y facultades son intransferibles. No guardan relación con el matrimonio, por lo que surgen, con independencia de que los progenitores se encuentren casados o no y constituye una institución jurídica cuyos intereses exceden el económico. (p.31)

Delgado (2010) advierte que, más que un poder, la patria potestad es una función impuesta por la legislación a los padres y establecida a favor de los niños, con el objetivo de garantizar la protección, educación y formación integral de ellos. (p.99) Pinto (2009) la califica como una función-deber-facultad, cuyas decisiones deben estar encaminadas, siempre al interés superior del niño.

Varona (2007) afirma que la patria potestad está referida al derecho reconocido a los padres de cumplir con las obligaciones dispuestas en Ley, respecto a sus hijos. (p.169) La regulación de la figura jurídica varía de un país a otro, aunque cuenta con caracteres uniformes: su carácter impositivo, la tutela penal, la exclusividad a favor de los progenitores, la imposibilidad de excusa y renuncia y el carácter personal.

Es intransferible, en tanto no pueden cederse a otras personas, a menos que se decida dar en adopción al hijo; está conformada por obligaciones de tracto sucesivo, es decir, exige un cumplimiento constante; cuenta con un doble ámbito de protección, que se extiende tanto a la persona del niño, como a su patrimonio (Farrada & Espinosa, 2012, p. 16).

La patria potestad está conformada por el conjunto de facultades que gozan los padres sobre los hijos menores de edad, es un poder global que abarca todas las facultades dirigidas a su protección, formación, educación, lo cual incluye atribuciones de administración sobre sus bienes (Albaladejo, 2006, p. 280).

Esta institución jurídica se aplica a los hijos adoptados y se caracteriza por constituir un deber personal gratuito, que no puede ser objeto de venta, transacción, cesión ni delegación. Bajo determinadas circunstancias establecidas en ley puede perderse (Cabrera, 2011, p. 13) y para ello se requiere, forzosamente una declaración judicial.

La patria potestad se define en la normativa jurídica ecuatoriana en el Código Civil (2005), artículo 283. Establece la norma que está constituido por todos los derechos que ostentan los padres respecto a los hijos que no se han emancipado. El Código de la Niñez y Adolescencia (2013), amplía la definición, reconociendo que no sólo reconoce derechos, también obligaciones respecto a la crianza, protección y desarrollo pleno, en correspondencia con las garantías que ofrece al niño la Constitución (artículo 105).

La patria potestad en la República del Ecuador, surge con el nacimiento del niño, en virtud del ya mencionado artículo 283 del Código Civil (2005) o por la decisión judicial que así lo disponga, en virtud de la adopción, tal como lo establece el artículo 325 del Código Civil, en relación con el 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2013).

En caso de divorcio, la patria potestad quedará en poder del padre que ostente la guarda y custodia del niño, a menos que los padres acuerden continuar ambos con las atribuciones inherentes, en cuyo caso necesitarán la autorización del órgano jurisdiccional correspondiente (artículo 307 (Código Civil, 2005, p. 24). La patria potestad puede perderse.

Ordena el artículo 306 del Código Civil (2005), que el juez decretará la pérdida de la patria potestad respecto al progenitor que llevara una vida disoluta, o incurra en alguna de las causales previstas en Código de la Niñez y Adolescencia. También perderán la patria potestad los padres que optan por conceder en adopción a sus hijos (artículo 325).

En este último supuesto, la patria potestad no se traslada, automáticamente, a los adoptantes; el juez debe cumplir con las disposiciones del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2013). Este artículo, referido a la adjudicación de la tenencia del

niño estableció, en un principio, que en esos casos el juez escucharía, en primer lugar, al infante siempre que contara con la madurez para expresar su criterio y luego, en pro de su interés superior:

- a) Decidirá a favor del acuerdo al que llegaron los padres,
- b) Si no existe acuerdo, concederá a la madre la patria potestad de los hijos que no hayan cumplido 12 años, a menos que ello perjudique al impúber,
- c) Otorgará la patria potestad de los hijos mayores de 12 años al padre que cuente con mejores aptitudes psicológicas y emocionales para su brindar al hijo un ambiente familiar estable y armonioso,
- d) En caso de que ambos padres cumplan con este requisito, otorgará la patria potestad a la madre.

Sin embargo, mediante sentencia No. 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (2021) declaró inconstitucional la preferencia materna expuesta anteriormente en los apartados b) y d), declaró la protección del interés superior del niño, como fundamento de la adjudicación de la tenencia y propuso una serie de parámetros que deben seguir los jueces al momento de otorgarla.

En ningún caso el juez otorgará la patria potestad si la persona ha incurrido en alguna de las causales de privación de la patria potestad, previstas en el artículo 113 del Código de la Niñez y Adolescencia (2013), entre las que se encuentran: haber cometido actos de violencia física o psicológicas, de carácter grave o reiterado contra su hijo.

Otra de las causales es el abuso sexual, la explotación laboral, sexual o económica; encontrarse en condiciones de interdicción, por causa de demencia; haber demostrado desinterés en mantener relaciones paterno-filiales con su prole en un plazo mayor de seis meses; haber infringido, de manera grave o repetida las obligaciones inherentes a la patria potestad, y consentir o incitar al hijo a ejercer la mendicidad. (p.31)

La patria potestad, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2013), puede también suspenderse. Ello ocurre mediante resolución del órgano jurisdiccional competente, ante el abandono del niño, por parte del

progenitor, por más de seis meses; por la ejecución de actos violentos contra sus hijos, cuya gravedad no amerite la privación de la patria potestad.

Otra razón, es haber sido destinatario de una declaratoria de interdicción o ejecutoriamente sancionado por la jurisdicción penal; ante el padecimiento de adicciones o la ocurrencia de actos que permitieron al niño atentar contra su integridad física o moral (artículo 112).

La patria potestad suspendida será restituida cuando desaparezcan las causas que motivaron tal declaración, previa solicitud del padre afectado (artículo 112) (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2013, p. 29).

En consecuencia, puede considerarse que la patria potestad regula el conjunto de derechos y obligaciones que la normativa jurídica de un país reconoce a los progenitores, sólo por el hecho de serlo, motivado por la necesidad del niño no emancipado de protección y cuidado. Es una relación jurídica que se deriva de la filiación y pretende salvaguardar el interés superior del niño, otorgándole la posibilidad de vivir en un ambiente de armonía y felicidad.

Es una facultad que puede perderse, ante determinados presupuestos legales y su ejercicio correcto, en pro del interés superior del niño, constituye elemento imprescindible de los derechos del Buen Vivir del infante.

1.3. Guarda y Custodia

Es un error común de la población, identificar la guarda y custodia de los infantes, con el ejercicio de la patria potestad. Aunque puede suceder que el mismo progenitor que ostente la guarda y custodia disfrute, en exclusiva, de la patria potestad, no necesariamente ha de ser así. De hecho, no es lo deseable.

Mientras los padres conforman una pareja, se encuentran unidos, ya sea en matrimonio o no, la guarda y custodia de los niños, corresponde a ambos, que ejercen en toda su extensión, sin límites, las facultades inherentes a la patria potestad y a la guarda y custodia, sin necesidad de identificar cuáles obedecen a una u otra. Llegado el fatal momento de la ruptura, resulta imprescindible deslindar las atribuciones que implican cada una y determinar si la ejercerán ambos padres o uno solo. La mejor decisión será el acuerdo al que lleguen los padres, en función de las características de cada familia y el

contexto en que se desarrollen. Siempre que los pactos acordados entre ambos tributen al interés superior del niño, resultan de preferencia, a cualquier disposición de órganos judiciales, que constituyen, al final, una imposición y no una decisión familiar.

La guarda y custodia implica el cuidado directo del infante. Exige la convivencia con éste y otorga al progenitor que la ostente la capacidad para determinar, en solitario, sobre todos los asuntos y situaciones que se susciten respecto a dicha convivencia, con independencia que estén referidas a la salud, educación o formación académica. Las situaciones que excedan el marco de la convivencia, pertenecen al ámbito del ejercicio de la patria potestad, y su análisis y decisión corresponde a ambos padres, en el supuesto que ambos la disfruten (Rodríguez, 2015, p. 568).

La guarda del niño consiste, en esencia, en el cuidado, vigilancia, protección y tenencia del niño. Constituye una de las prerrogativas de la patria potestad e implica la posesión material del hijo, en tanto ello es condición indispensable para poder protegerlo, educarlo y criarlo (Galindo, 1980, pp. 701-702). Abarca una serie de tareas, como la seguridad física, el aseo personal, el cuidado de su salud, la alimentación, recreación educación, amor y, en especial, la convivencia en un ambiente que favorezca la estabilidad emocional del niño.

En consecuencia, la guarda y custodia del niño constituye una función, de carácter permanente, que asume uno de los padres, o ambos, en la ardua y bella tarea de criar a sus hijos. La designación de un padre u otro, corresponderá a un Tribunal, en el supuesto que los padres no lleguen a un acuerdo. Al respecto resulta de vital importancia la comunicación del hijo, con el padre no conviviente, el acceso de éste a la compañía y presencia del niño y la posibilidad de participación activa en todos los aspectos de su vida. Todo ello en función de su interés superior.

La determinación del padre a quien corresponderá la guarda y custodia, ante la inexistencia de acuerdo entre los progenitores, constituye un ámbito muy amplio y complicado, que obedece a situaciones específicas y propias de cada familia, y depende, en gran medida, de las instituciones jurídicas que regulen el tema en cada sociedad.

Entre los criterios que identifica Lledó (2002), como los más empleados por los órganos jurisdiccionales de España para adjudicar la guarda y custodia a uno u otro progenitor, se encuentran: a) la edad del menor siempre que puede expresarla y

justificarla, de manera relevante o significativa, b) los arreglos previos y habituales que pudieren haberse efectuado entre los padres, c) las condiciones de vida estable y la vinculación con la escuela, la comunidad y el hogar, que puede brindar el progenitor, c) otros factores que afecten el bienestar psíquico y físico del infante como adicciones de los padres, enfermedades crónicas que requieran hospitalización, y otros. (pp. 270-271).

Los acuerdos más comunes reconocen a ambos padres, las facultades decisorias de los aspectos relacionados con la educación, formación y actos dispositivos importantes, previo consentimiento judicial como ejercicio de la patria potestad; al guardador queda entonces, las facultades de administración diaria de los bienes (Lledó, 2002, p. 172). Por ello no resulta justo despojar al padre no cuidador de la patria potestad, sin que existan otras razones que la separación de la pareja, tal como ocurre en la legislación ecuatoriana.

Ante inexistencia de acuerdo, el Tribunal reconoce al padre custodio las facultades encaminadas a cumplir con la responsabilidad de cuidar al niño y satisfacer las necesidades diarias de atención personal y convivencia. Advirtiendo que esta facultad abarca la toma de decisiones sobre situaciones urgentes que se susciten, cuya demora resultaría en perjuicio del niño, con independencia de que la decisión se encuentre en el ámbito del ejercicio de la patria potestad del otro progenitor y que, eventualmente, pudiera no resultar de su agrado (Ferrer, 2002, p. 83).

En la República del Ecuador la adjudicación de la tenencia monoparental, única que se permite en el país, está regulada en el mencionado artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2013), cuyos apartados 2 y 4 disponían, textualmente, que:

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 (p.21);

La Corte Constitucional de la República (2021) consideró inconstitucionales las frases: “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija” (p. 57), en tanto resultan contrarios al derecho de igualdad y no discriminación, al principio

de interés superior del niño y al principio de corresponsabilidad parental, reconocidos todos en los artículos 66.4, 11 y 69.1 y 5, respectivamente, de la Carta Magna ecuatoriana (2008).

Explica el máximo órgano jurisdiccional (2021) que los artículos impugnados, referidos a las reglas para la determinación de la tenencia de los infantes, otorga privilegios a la madre y, en consecuencia, un trato diferenciado basado en el sexo, sin que ello guarde una relación de causalidad entre el interés superior del niño, que pretende proteger y los elementos que lo contienen como son: el derecho a la salud, la educación, el cuidado, el derecho a la protección, seguridad, convivencia familiar, entre otros. Considera la Corte que la norma está fundada en estereotipos y roles de géneros, asignados a través de la historia a la mujer. En consecuencia, cataloga la disposición como discriminatoria. (p.36)

Determina también la Corte (2021) que las disposiciones no responden al interés superior del infante, en tanto impide una evaluación amplia y flexible de cada caso, en función de sus especificidades y necesidades. Imponen la asignación de la tenencia a la madre, por el solo hecho de ser mujer, sin otorgar a los progenitores la oportunidad de aportar otros elementos, que podrían conducir a una conclusión diferente. (p.42) Explica que, desde otra arista de este mismo aspecto, la redacción de la norma obliga a los padres a demostrar que la madre no es apta para asumir la responsabilidad de la tenencia, con lo que se desvía el análisis del interés superior del niño, hacia las posibles dificultades y limitaciones maternas lo cual resultará, en muchos casos, contraproducente para el interés superior que se pretende defender, con la generación de conflictos y violencia de género intrafamiliar y de indisposición con la familia ampliada. (p.45)

La corresponsabilidad parental también resulta violentada con las frases impugnadas, en tanto privilegia los intereses de un progenitor por encima de los del otro, propiciando que la tenencia sea empleada como moneda de cambio, manipulación o intimidación para lograr acuerdos sobre pensiones de alimentos u otros intereses. La norma objetada impide la equidad en el ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones de ambos padres y con ello, de la corresponsabilidad parental. (Sentencia No. 28-15-IN/21, 2021, pp. 53-54)

Especial análisis efectúa la Corte Constitucional en la sentencia en estudio (2021) respecto a la protección que requiere la mujer de la violencia vicaria de género, esgrimida por varios *amici curiae* como fundamento de la norma impugnada. Argumenta el órgano jurisdiccional que, resulta imprescindible proteger a la mujer de todo tipo de violencia, incluyendo la vicaria de género, que no está reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y es entendida como aquella en la que se infringe un daño a la mujer, empleando para ello a sus propios hijos. Puede manifestarse en amenazas a la vida y la integridad de los niños, entregarlos en muy mal estado, luego de las visitas parentales, entre otros. Indica la Corte prestar sumo interés en otorgar esa protección al momento de dirimir los asuntos relativos a la tenencia, en pro del interés superior del niño, instando a los tribunales a considerar cualquier indicio o antecedente de violencia en la familia en estudio. (pp. 55-56)

La declaración de inconstitucionalidad decretada por la Corte Constitucional, inhabilitó la aplicación de los apartados 2 y 4 del artículo 106, a partir de la publicación de la sentencia en el Registro Oficial del Ecuador, determinándose como principio rector para la adjudicación de la tenencia del infante, la satisfacción de su interés superior. La sentencia expone también una serie de parámetros para la adjudicación de la tenencia, a fin de sugerir a los jueces los elementos a tener en cuenta para determinar cuál de los dos padres tienen mayores capacidades y condiciones para satisfacer mejor el interés superior del niño.

Siendo el objeto de este trabajo el análisis del impacto negativo en el Buen Vivir de los niños ecuatorianos, la ausencia de normas que regulen la custodia compartida, no se profundiza en los referidos parámetros propuestos por la Corte Constitucional. Sin embargo, resulta necesario destacar la especial relevancia y trascendencia que la declaración de inconstitucionalidad reviste no sólo para la coherencia y armonía del ordenamiento jurídico ecuatoriano, también para la lucha por la justicia social.

Sin lugar a duda la inhabilitación de las normas, armonizan el Código de la Niñez y la Adolescencia, con la Constitución de la República. Se disponía el rol de cuidadora a la madre, fundado únicamente en su condición de ser mujer. Puede verse como un privilegio, con lo cual resultan discriminados los hombres, por su sexo. Y puede verse como una limitación, una discriminación a la mujer que le impide decidir sobre la manera

en que ejercerá la maternidad o dirigirá su desarrollo profesional, sin desatender sus responsabilidades como madre.

El interés superior del niño, también resulta protegido con la exclusión de los subartículos considerados inconstitucionales. Constituye un objetivo fundamental de la sociedad ecuatoriana proteger y salvaguardar los derechos de la infancia. Es prioritario, imprescindible. No tiene futuro un país si los futuros ciudadanos, que son hoy infantes, resultan víctimas del abuso, la exclusión social, la violencia, la desidia de su educación y la desprotección de su salud física y mental. La protección contra todo ello, comienza por la familia. La elección del tipo de custodia que tendrá el hijo de padres separados, marcará su vida para siempre. Si las características de la familia no permiten la custodia compartida, habrá que elegir la custodia monoparental.

La protección del interés superior del niño, no guardan relación alguna con el sexo que ostente o con el sexo con el que se identifique el progenitor más apto. No es cierto que la madre, por ser mujer, está más preparada que el hombre para cuidar de su prole; como no es cierto que un padre pobre, sea un mal padre. La dedicación, el amor, las condiciones objetivas de contar con el tiempo y las aptitudes necesarias, el ambiente familiar, la posibilidad de mantener o cambiar lo menos posible el entorno en el que se desarrollaba el niño, entre otros, son los elementos que deben tomarse en cuenta.

Esos elementos habrá que disponerlos en Ley. Si bien la Constitución (2008) otorgó a la Corte Constitucional del Ecuador en su artículo 429, el mandato de interpretar y controlar la aplicación correcta de todas las normas (p. 128) carece de potestad legislativa. Por tanto, los elementos sugeridos en la sentencia No. 28-15-IN/21 si bien acertados, profundos y oportunos, requieren del respaldo legislativo de la Asamblea Nacional, en virtud de las potestades asignadas por la Carta Magna en su artículo 118. (p.49)

Estos elementos podrían ser incorporados al Título III del Código de la Niñez y la Adolescencia, a continuación de las modificaciones que se proponen al final de este trabajo, ratificando el principio de interés superior del niño en toda decisión al respecto y la prohibición de fundamentarla en razones de género.

En criterio de la que suscribe, todas las modalidades de guarda y custodia, se pueden agrupar en tres: 1) la custodia compartida, con todas sus variantes; 2) la custodia

individual, exclusiva o monoparental y 3) la custodia ejercida excepcionalmente por un tercero.

La custodia compartida y sus variantes fueron comentadas en el sub-epígrafe anterior. La custodia individual o monoparental, que también cuenta con variantes, consiste en la convivencia, cohabitación de los hijos menores de edad con uno de sus padres, en exclusivo, permitiendo al otro un régimen de comunicación y relaciones, en dependencia de las circunstancias de cada caso (Echeverría, 2011, p. 13). No significa que el padre no custodio pueda desentenderse de sus obligaciones como progenitor, pues continúa con el deber legal de atender las necesidades de su hijo.

La modalidad de custodia monoparental se origina, en la mayoría de los casos, por la imposibilidad de los padres de ponerse de acuerdo en el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a su condición y, por tanto, se requiere la intervención judicial para dirimir el conflicto. Se asigna a uno solo la convivencia y tenencia del niño, mientras que al otro se le fija un tiempo específico de permanencia con éste y un régimen de visitas, en dependencia de las características y de lo que mejor resulte a los intereses del niño. Este es el tipo de guarda y custodia que reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el artículo 307 del Código Civil (2005) que será analizado en el sub-epígrafe siguiente.

Con carácter excepcional, se reconoce la asignación de la guarda y cuidado del niño a tercero, cuando determinadas circunstancias, previstas en Ley, así lo justifiquen. García (1997) advierte que en estos casos resulta muy importante la precisión de las situaciones que pudieren justificar esas decisiones, la determinación de las personas que asumirán tales funciones y el contenido y alcance de las facultades que se les conceden. En estos casos, lógicamente, los padres no conviven con el niño por lo que corresponde al cuidador desarrollar las funciones inherentes a la guarda y cuidado constituyendo, en su criterio, un supuesto de suspensión temporal de la patria potestad. (p.106)

La legislación ecuatoriana también prevé esa situación. El artículo 108, ya comentado, y el 113 Código de la Niñez y Adolescencia (2013) otorga al juez la posibilidad de confiar a un tercero la patria potestad del niño, cuando sus padres no cuenten con las aptitudes para desempeñar ese rol. De igual manera, si se ha suspendido la patria potestad a ambos progenitores, será un tutor designado por el juez, quien desempeñe tales facultades (artículo 112).

Se puede observar, entonces, que la patria potestad es una figura jurídica más amplia y abarcadora que la guarda y cuidado. Aunque ambas están dirigidas a regular los derechos y obligaciones de los padres respecto al cuidado, protección y manutención de los hijos, la guarda y custodia constituye un término más limitado, en tanto se circunscribe a las decisiones que puede tomar el padre custodio en la vida cotidiana del niño.

Sin embargo, no existe precisión entre las atribuciones que comprenden cada de las facultades. Resulta muy claro que las atribuciones de representación legal y administración de bienes forman parte de la patria potestad y que las responsabilidades de aseo, disciplina diaria, deberes escolares, descanso, distracción y emergencias médicas pertenecen al progenitor que ostenta la guarda y custodia.

Pero existe una zona gris, cuyos límites son difusos y no resulta tan fácil deslindar a quién pertenece la facultad de decidir: si el niño está febril, con un estado anímico general bueno, o se cayó de un árbol y requiere una operación de urgencia, es muy claro que el padre custodio no necesita o no puede consultar al otro padre. Pero si se tratara de una operación que no guardara relación con la salud física ni psíquica del niño, como una operación por razones meramente estéticas o si el padre custodio permite la visita del niño a lugares, personas, escuelas, que el otro considera no apropiados, pudiera resultar cuestionable el derecho del padre no custodio de vetar tales decisiones, en virtud de la patria potestad que debe ostentar como progenitor.

IMPACTO GENERADO EN EL DERECHO DEL BUEN VIVIR DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce, en el artículo 3.5 como una de las principales obligaciones del Estado, la planificación del desarrollo del país, en pro de eliminar la pobreza, coadyuvar al desarrollo sostenible, el reparto justo y equitativo de las riquezas, para así poder lograr el Buen Vivir. (p.4) No se define este derecho en la Carta Magna, el legislador optó por identificar, en la Sección primera, del Capítulo Segundo, correspondientes al Título II: Derechos, los derechos que abarca, entre los que se encuentran: el derecho al agua y alimentación (artículos 12 y 13); el derecho a un ambiente sano (artículos 14 y 15); el derecho a la comunicación e información (artículos del 18 al 20); el derecho a la cultura y ciencia (artículos del 21 al 25); derecho a la educación (artículos del 26 al 29); derecho a la salud (artículo 32), derecho al trabajo y seguridad social (artículos 33 y 34). (pp.5-6)

Ordena también la Carta Magna ecuatoriana (2008), que todas las políticas públicas y las prestaciones de bienes y servicios, han de orientarse a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos del Buen Vivir (artículo 85.1) y que constituye un derecho de cada persona que se le respete y reconozca los derechos inherentes al Buen Vivir (artículo 275). Con la intención de garantizar la efectividad de las anteriores disposiciones, la Constitución declara, en el artículo 227, los deberes que el Estado tendrá que cumplir, entre los que se encuentra el de garantizar a cada persona el ejercicio de sus derechos. (p.24)

Los derechos del niño, se encuentran consagrados tanto en la Constitución de la República (2008), como en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (2003). Establece la primera, en el artículo 44 ya mencionado, el principio de interés superior del niño, es decir, la prevalencia de los intereses de éste, respecto al resto de las personas. Se declara el desarrollo integral del niño, en sus capacidades intelectuales y aspiraciones, como una prioridad; el ejercicio pleno de sus derechos y el papel determinante que, en este proceso, cumple la familia. (p.7)

Se reconoce el ambiente familiar afectivo y seguro, como elemento imprescindible para el desarrollo integral del niño y la satisfacción de sus necesidades

emocionales y afectivas, como parte de cualquier política nacional y local (artículo 44). El disfrute de la convivencia familiar, forma parte de los derechos reconocidos a los niños en el artículo 45 (p.7). La comentada Constitución (2008), reconoce a la familia como el núcleo más importante de la sociedad y reconoce la obligación en la que se encuentra el Estado de garantizar las condiciones que permitan a cada integrante de ella desarrollar su rol (artículo 67). (p.10)

Los derechos de cada integrante de las familias están relacionados en el artículo 69, en el que se describe claramente, la obligación y el derecho de ambos padres, por igual, aun cuando se encuentren separados, de cuidar, criar, educar, brindar alimentos a sus hijos, en función de lograr su desarrollo integral. El propio cuerpo legal declara la obligación estatal de garantizar las condiciones para que ambos padres puedan cumplir con sus responsabilidades. (p.10)

Por otra parte, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) desde el artículo 1 declara como finalidad la protección estatal a la familia y a los derechos del niño, en pro de su desarrollo integral, el disfrute de sus derechos y el respeto a su dignidad, libertad e igualdad. El artículo 9 declara la responsabilidad compartida entre ambos padres para el cuidado y protección de sus hijos y artículo 11 reconoce el interés superior del niño, como principio rector e interpretativo de esa Ley en su aplicación, por parte de todas las instituciones administrativas, judiciales, públicas y privadas. (p.3)

Los artículos 13 y 14 disponen el carácter progresivo del reconocimiento y ejercicio de las garantías y derechos reconocidos a los niños. Prohibiendo, expresamente, cualquier restricción a los derechos, que no se encuentre ordenado por el cuerpo legal en estudio. Se indica la aplicación e interpretación de la Ley, de la manera más favorable al niño, impidiendo esgrimir como justificación a la violación de sus derechos, la inexistencia de las normas o procedimiento expreso, para garantizarlos. (p.3) El artículo 22 reconoce el derecho del niño a la convivencia familiar, en un ambiente de cariño y armonía que favorezca su desarrollo pleno y el ejercicio de sus derechos. (p.5)

Esta disposición se ajusta perfectamente al principio de favorabilidad proclamado en el artículo 76.5 de la Constitución ecuatoriana (2008), como parte de los derechos del acceso a la justicia y la tutela jurídica imparcial y efectiva. Guarda relación también con el mandato constitucional proclamado en el artículo 11.5, que ordena a los servidores

públicos, administrativos y judiciales a aplicar la norma jurídica más favorable a los derechos y garantías constitucionales. (p.5) Y resulta coherente con los artículos 424 y 426 del propio cuerpo legal que declaran la aplicación de oficio, de manera directa y preferente de los derechos reconocidos en la Constitución y en cualquier instrumento jurídico internacional de derechos humanos, que incorpore derechos más favorables que aquellos reconocidos en las normas jurídicas nacionales. (pp.39-40)

En consecuencia, no resultaría descabellado ni contrario a la Ley invocar, al amparo de esas disposiciones, la solicitud de custodia compartida de un hijo, en virtud de la aplicación directa, de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), que expone en su Principio 6, que el niño debe crecer bajo el amparo y responsabilidad de ambos progenitores, siempre que sea factible (p. 2) ; o de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que reconoce el interés superior del niño, como fundamento de todas las decisiones judiciales y administrativas (artículo 3); la protección de los derechos del niño, teniendo en cuenta también, los derechos de las padres y del resto de la familia (artículo 5) y el deber de los Estado de impedir que los hijos sean separado de sus padres, contra su voluntad, salvo los casos que resulte en interés del niño (artículo 9). (pp. 11-12)

Sin embargo, no se conoce que hasta el momento se haya invocado ese argumento legal para exigir el respeto del niño a disfrutar de la custodia compartida, dispuesta por el órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta, además, que el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, mediante la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño (2013), afirma que resulta contrario al interés superior del infante que los ordenamientos jurídicos de los países otorguen, de manera automática, a uno de los progenitores la responsabilidad parental. (p.15)

Igualmente, el artículo 11.9 de la Constitución del Ecuador (2008), reconoce como el deber más importante del Estado, proteger el ejercicio efectivo de los derechos garantizados en la Constitución, (p.5) lo cual ha de realizarse en el marco del debido proceso (artículo 76). (p.11)

A pesar de todos estos derechos reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales, en la Ley Fundamental y en el Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Civil ecuatoriano (2005) establece en su artículo 307, como regla general que, en caso de divorcio o separación de los padres, la patria potestad quedará en poder del padre

que disfrute de la guarda y cuidado del niño. En el supuesto que otra cosa deseen los padres requerirán la autorización del juez, que aceptará o denegará tal deseo, (p.24) siguiendo las disposiciones del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2013) antes comentado.

A pesar de la importancia que la decisión reviste para la familia, catalogada como el núcleo de la sociedad, resulta muy parca la regulación jurídica ecuatoriana acerca de la tenencia del niño. Apenas se le dedican 8 artículos (del 118 al 125) en el Título III del Código de la Niñez y Adolescencia (2013), resultando de aplicación algunas disposiciones del derecho de alimentos, regulado en el Título V. (pp. 32-33)

2.1. Incidencia y afectación que se genera en los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad, por la insuficiente normativa legal en materia de tenencia compartida.

La regulación jurídica de la tenencia del menor en el Código de la Niñez y Adolescencia (2013) de la República del Ecuador, parte del presupuesto que la regla es que se adjudique la guarda y custodia a un solo padre. Para ello seguirá las reglas del artículo 106, comentadas anteriormente dejando abierta la posibilidad de distribuir las responsabilidades de la patria potestad, entre ambos padres, cuando así sea mejor para el desarrollo del niño (artículo 118). Estas disposiciones pueden ser modificadas, ante el cambio de las situaciones que condicionaron su adopción, pudiendo indicarse medidas de ayuda psicológica al niño, cuando sea menester (artículo 119). (p.31)

Se dispone el carácter obligatorio del reconocimiento del derecho a visitas del padre no custodio, excepto que exista alguna medida de protección a favor del niño, en especial en casos de violencias (artículo 122). El régimen de visitas podrá ser extendido a los ascendientes y a los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad (artículo 125) (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2013).

Este apartado resulta muy importante, a los fines de los derechos del Buen Vivir. Es innegable la importancia que los abuelos, los primos y el resto de la familia representan en la vida de los niños, en especial, en la región latinoamericana, donde el concepto de familia es amplio e incluyente. El hecho de que se obstaculice el acceso del niño a uno

de sus progenitores deriva, en la mayoría de los casos, en que el contacto con el resto de esa línea familiar, sea muy poca.

Kielmanovich (2012) explica que el régimen de visitas permite fortalecer las relaciones familiares, dada la necesidad de mantener la comunicación y solidaridad entre todos sus miembros, proteger el amor y el afecto existente e impedir que se desvirtúen las relaciones que existían entre el padre no conviviente y sus hijos. (p.58)

El mencionado artículo 125, permite también que otras personas no familiares, pero vinculada al niño, por lazos afectivos, puedan visitarlo. Ello constituye una manera de mantener el entorno en el que se desarrollaba el niño hasta el momento, salvando un poco el contexto de las personas que lo rodeaban.

Moreno-López y Ocaña de Valdivia (2017) relacionan las estadísticas que las investigaciones científicas aportan, respecto a las diferencias entre la personalidad de los niños que desarrollaron su infancia sin una de las figuras paternas y los que han convivido con ambos padres. Afirman los autores que los primeros resultan: 5 veces más proclives a intentar actos de suicidio; 32 veces más proclives a abandonar el hogar; 20 veces más proclives a padecer desórdenes de conducta; 14 veces más proclives a consumir ilícitos relacionados con abusos sexuales; 9 veces más proclives a no culminar los estudios y 10 veces más proclives al consumo de sustancias químicas y sicotrópicas. (p.179)

Cantón et al., (2000) comentan otros resultados científicos que afirman que los niños sometidos a la separación de sus padres desarrollan conductas constitutivas de ilícitos penales; padecen elevado estrés, presentan disminuciones de las calificaciones escolares, conflicto entre los hermanos, incluso, tentativas de suicidio (p. 150)

Otra de las situaciones que enfrentan los infantes sometidos a tenencia dividida, y que no sufren aquellos que disfrutan de la tenencia compartida, es el síndrome de alienación parental. Este es un término nuevo que denomina una situación que han enfrentado siempre los hijos de padres separados, que conviven con uno solo de ellos. Fernández (2017) explica que consiste en el trastorno que se crea en el niño, como consecuencia de la conducta manipuladora y obstruccionista que desarrolla el progenitor a su cargo, con el objetivo de dificultar la relación y acceso del otro padre a su hijo. (p.225).

Aguilar (2013) explica que el síndrome de alienación parental es el resultado de las diferentes estrategias desarrollada por el progenitor que disfruta la guarda y cuidado para imposibilitar, obstruir o arruinar los vínculos del niño con el otro padre. (p.23) Conforman un proceso en el que el padre cuidador condiciona la conducta del niño para que sienta rencor, recelo o miedo hacia el otro progenitor. El denominador común de todas estas situaciones es la conversión del niño en instrumento de castigo al padre no conviviente, ya sea porque el padre cuidador lo considera responsable de la separación o por el incumplimiento de determinadas responsabilidades como el pago de las pensiones u otras (González, 2011, p. 35).

Este síndrome trae consecuencias nefastas para el niño equiparadas a los síntomas que presentan los infantes que han sufrido de maltrato emocional. Padecen depresiones, incapacidad de adaptación e integración al entorno social, desconfianza, trastornos de conducta manifestados en: desarrollo de sentimientos de hostilidad, aislamiento, dependencia emocional del padre cuidador, dificultades para expresar y comprender sus emociones; llegando incluso a mentir, describiendo situaciones inexistentes, pero que resultan coherentes con la doctrina recibida del padre cuidador situaciones (Onostre, 2009, p. 112)

Delgado (2010) critica fuertemente las soluciones legales a favor de la custodia mono parental, afirmando que inducen, indirectamente a un entorno familiar patológico, en la que se margina al otro progenitor que no disfruta de la custodia quien, con bastante frecuencia, abandona las responsabilidades parentales por esa razón. Defiende la efectividad de custodia compartida, advirtiendo que las regulaciones encaminadas a resolver los graves conflictos de convivencia o comunicación en familias rotas, utilizan como mecanismos fundamentales: la educación, la mediación y la custodia compartida. (pp. 255 y 278)

En una encuesta realizada a 3 jueces del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Quito, 5 fiscales que desempeñan su función en el ámbito de los derechos de los niños en la Fiscalía Provincia de Pichincha, 10 abogados pertenecientes al Colegio de Abogados de Pichincha y 68 ciudadanos ecuatorianos no vinculados con la ciencia del derecho, pero con conocimiento del tema, el 83% consideró que la custodia compartida incide directamente en el cumplimiento del principio de interés superior del niño; coincidiendo el 88.9 % en que la custodia compartida favorece sus derechos del

Buen Vivir. Asimismo, el 60% de los fiscales y el 70% de los abogados afirmaron que el no reconocimiento en la legislación ecuatoriana de la modalidad de custodia compartida, constituye una violación de los derechos de los niños y de los padres (Mejía I. , 2017, pp. 71-72).

El mismo estudio informa que el 86 % de los encuestados conoce de algún caso de padre no conviviente, que afrontó muchos problemas para tener acceso a su hijo, en el 80% de ellos, por impedimentos interpuestos por el padre custodio. El 82% confirmó la necesidad de la incorporación de la custodia compartida a la legislación ecuatoriana (Mejía I. , 2017, p. 80).

La separación que implica todo proceso de divorcio afecta mucho a los niños, en todos los sentidos. La guarda y custodia del niño por uno de sus progenitores, limita considerablemente las posibilidades del niño de convivir con el otro progenitor, así como la comunicación, las posibilidades de recibir la educación, la influencia y disfrutar de su presencia.

La inexistencia de la custodia compartida, no solo afecta los derechos del niño, también de los padres que desean y tienen el derecho a disfrutar de la niñez de sus hijos y de participar de su quehacer diario, de sus sueños, logros, aspiraciones.

La patria potestad no está concebida como un atributo del matrimonio o de la vida en común de una pareja. Constituye la regulación jurídica de la relación entre el padre y su hijo, por tanto, es inapropiado e injusto que el padre pierda, automáticamente la patria potestad ante la separación y el divorcio y pueda conservarla sólo si es deseo del otro progenitor, que pudiera estar resentido, con sentimientos de venganza. El padre no cuidador puede ser mal cónyuge, pero excelente padre. En caso de que fuera el padre e infringiera sus obligaciones, la Ley establece los mecanismos para limitar, suspender y privar de la patria potestad.

2.2. Pilares sobre los que se debe fundar un orden normativo que permita garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad.

El primer punto para analizar es respecto al orden normativo necesario para incorporar la custodia compartida de los niños, como estrategia encaminada a garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad en el Ecuador, es la autoridad facultada para emitir el instrumento jurídico. Para lograr lo que se pretende, habría que introducir modificaciones al Código Civil ecuatoriano (2005) en su artículo 307 y el Código de la Niñez y Adolescencia (2013) en el Título III, denominado: de la Tenencia.

Sin lugar a duda, la reforma podría realizarla únicamente la Asamblea Nacional, en virtud del artículo 132.1 de la Constitución que otorga, exclusivamente a ese órgano legislativo, la competencia para aprobar leyes generales que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. (p.17)

La exposición de motivos, debe hacer referencia a toda la fundamentación legal esgrimida en el presente, partiendo de la obligación estatal de respetar los derechos y garantías constitucionales (artículo 11.9) promover, de manera prioritaria, el desarrollo integral de los niños, asegurar el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 44) y el resto de los ya comentados (Constitución, 2008).

En criterio de la que suscribe, no resulta necesario promulgar una Ley especial, dedicada únicamente a regular la guarda y custodia compartida, ello propiciaría una dispersión jurídica perjudicial para el ejercicio y conocimiento del ordenamiento jurídico. Como se ha comentado supra, basta con efectuar modificaciones a las dos normas que actualmente regulan la situación.

En el caso del Código Civil (2005) debe modificarse el artículo 307, de manera tal que declare que, ante el divorcio o la separación, la patria potestad quedará en poder de ambos padres. El padre que considere que existen elementos para la limitación, suspensión o privación de tal derecho, deberá promoverlo ante el juez competente para ello.

El referido artículo debe declarar que, en caso de divorcio, el juez aprobará el Acuerdo de custodia compartida, con conocimiento de causa, si ello tributa al interés

superior del niño y, de no ser así, se ajustará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la guarda y custodia de los hijos.

Las modificaciones al Código de la Niñez y Adolescencia pueden incorporarse en el Título III, denominado: de la Tenencia, que podría convertirse en el Título destinado a la Guarda y Custodio y así denominarse. Los pilares de este Título deben ser:

La declaración que la patria potestad se adquiere con el nacimiento del niño y se pierde por resolución judicial o por la emancipación del hijo menor de edad. Deben precisarse las facultades que abarca.

La definición de guarda y custodia, sus modalidades y las atribuciones que cada una de esas modalidades implica.

La guarda y custodia compartida será el régimen que seguirán todos los padres separados, excepto que el juez considere que ello no resulta en interés superior del niño, a pesar de la anuencia de ambos padres o que uno de los padres informe, de forma expresa, que no desea formar parte de la vida de su hijo. En ese caso debe tramitarse, de oficio, la privación de la patria potestad.

La solicitud al juez de aprobación de la guarda y custodia compartida, debe venir acompañado de un Acuerdo de Custodia, en el que ambos padres precisen los horarios, tareas y aspectos generales que permitan al juez razonar que el niño disfrutará de estabilidad, orden y seguridad.

Si los padres no solicitaren la custodia compartida, el juez convocará a una Audiencia, a fin de que los padres consideren tal opción.

Para aprobar la guarda y custodia compartida, el juez consultará, en primer lugar, a los niños y se auxiliará de un especialista, que permita explorar la sinceridad de sus respuestas y la posibilidad de la existencia de manipulaciones sobre él.

En todos los casos, el juez se auxiliará de los informes del Fiscal, de los especialistas que exploraron al niño, en la indagación de su deseo, de la escuela y de cualquier otro que considere pertinente. Los informes estarán encaminados a demostrar: el estado de salud mental y físico de los padres y de los niños; la conducta social y ética de los padres; el desempeño como padre de cada uno hasta la fecha; las características de

las relaciones entre ambos padres; el tipo de trabajo desempeñado por cada padre, que podrá dar la medida en la que podrían cumplir con los Acuerdos pactados y con la debida atención al niño; y cualquier otro que el juez considere necesario, dadas las especificidades del caso.

No se autorizará la custodia compartida con el padre que haya incurrido en alguna de las causales de suspensión o privación de la patria potestad previstas en los artículos 112 y 113 del Código de la Niñez y Adolescencia (2013), a menos que el progenitor demuestre que las han desaparecidos las causales para la suspensión.

Las diferencias en los niveles adquisitivos de los padres, no será obstáculo para la aprobación de la custodia compartida.

Los hermanos no serán separados en ninguna circunstancia.

La guarda y custodia compartida no se aprobará respecto a niños menores de tres años, salvo que sean los padres quienes se roten la residencia en el hogar, o razones, debidamente demostradas, así lo aconsejen.

La custodia compartida podrá ser revocada, ante el incumplimiento de los Acuerdos, por parte de uno de padres, la inadaptación del niño a ese sistema de vida o cualquier cambio en las circunstancias que motivaron su adopción.

CONCLUSIONES

En atención a los argumentos hasta aquí esgrimidos, resulta posible concluir que:

El Buen Vivir constituye una concepción de la vida, que pretende armonizar el desarrollo de la sociedad, con el respeto y protección al medio ambiente. Implica la posibilidad de que cada individuo desarrolle sus potencialidades y alcance la satisfacción de sus necesidades como ser humano. El acceso a la salud, la educación, el disfrute de un entorno familiar seguro y armonioso, en pro del interés superior del niño, constituye elemento fundamental del derecho al Buen Vivir.

El interés superior del niño consiste en el reconocimiento de que sus derechos fundamentales se garantizarán por encima de los del resto de la sociedad. El derecho de los niños a la convivencia con ambos padres, en condiciones de igualdad, favorecen su desarrollo integral físico y espiritual.

La inexistencia en el Ecuador de normas jurídicas que reconozcan y regulen la custodia o tenencia compartida de los niños, ante la separación o divorcio de los padres, afecta su derecho al Buen Vivir, en tanto les obstaculiza la comunicación y la participación activa en sus vidas de uno de sus progenitores. Ello influye, de manera importante, en el desarrollo integral del infante: en sus valores éticos, culturales; en sus capacidades de integración social, en sus concepciones sobre el hogar, la familia; en la comunicación con los integrantes de la rama familiar con la que no convive, que constituye parte de su identidad. En definitiva, incide en la felicidad del niño y en el desarrollo pleno de sus capacidades y potencialidades como ser humano.

Los niños que no tienen la posibilidad de disfrutar de la tenencia compartida de los padres, pueden sufrir de alienación parental, de trastornos adaptativos, trastornos de conducta e incluso, dificultades alimentarias.

La tenencia compartida permite a los niños disfrutar de la participación activa de ambos progenitores en su crianza, educación, protección y formación como seres humanos; al mismo tiempo que ofrece a los padres la posibilidad de crear un proyecto educativo en común para la crianza de los hijos, que les propicia armonía, seguridad y amor, con independencia de no residir bajo el mismo techo.

La patria potestad y la guarda y custodia, constituyen dos figuras jurídicas estrechamente vinculadas, en tanto están referidas a derechos y obligaciones en las relaciones paterno-filiales. La primera se adquiere con el nacimiento de los hijos y la segunda, puede disfrutarse por acuerdo entre los progenitores o por disposición judicial.

No es justo que se pierda la patria potestad, por no disfrutar de la guarda y cuidado del niño, por lo que debe reconocerse en el Código Civil ecuatoriano, la patria potestad a favor de ambos padres, ante el divorcio o la separación. De existir razones para su pérdida, suspensión o privación, deben activarse los mecanismos legales existentes.

Los pilares del orden normativo que regulen la tenencia compartida y permita garantizar los derechos del Buen Vivir de los hijos menores de edad, en la República del Ecuador, parten de su reconocimiento en el Código Civil y en el Código de la Niñez y Adolescencia como el tipo de custodia habitual ante el divorcio o la separación de los padres, aprobado por un juez, siempre que garantice la protección al interés superior del niño.

La aprobación de la tenencia compartida dependerá de la existencia de un Acuerdo, en que los padres expongan los horarios, tareas y responsabilidades de cada uno; de las características personales y éticas de cada padre; de los informes positivos que al respecto deben emitir la Fiscalía, la escuela, los especialistas consultados y cualquier otra institución que resulte necesario.

No debe autorizarse la tenencia compartida respecto a niños menores de tres años, ni a padres que haya incurrido en alguna de las causales de suspensión de la patria potestad previstas en el artículo 112 del Código de la Niñez y Adolescencia, a menos que circunstancias muy bien demostradas aconsejen los contrarios. No se autorizará nunca si el padre ha cometido las acciones previstas en el artículo 113 del mencionado Código.

La tenencia compartida no producirá ejecutoria, por lo que puede ser modificada, cuando así lo hagan las condiciones por las que fue acordada.

RECOMENDACIONES

Terminado este estudio referido a la tenencia compartida, como elemento fundamental del respeto a los derechos del Buen Vivir de los niños ecuatorianos, es posible formular las siguientes recomendaciones:

A los Diputados de la Asamblea Nacional que modifiquen el Código Civil ecuatoriano en su artículo 307 y el Código de la Niñez y Adolescencia en el Título III: de la Tenencia, en el sentido de los elementos expuestos en este trabajo, teniendo en cuenta el artículo 132.1 de la Constitución que otorga a ese órgano legislativo, la competencia para aprobar las leyes generales que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A los Legisladores ecuatorianos, que incorporen al Título III del Código de la Niñez y Adolescencia los parámetros identificados por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 28-15-IN/21, de fecha 24 de noviembre de 2021, para la asignación de la custodia monoparental, así como el resto de las indicaciones efectuadas al respecto.

A la Universidades, Académicos y profesionales del Derecho, que continúen profundizando y enriqueciendo los estudios sobre el tema, perfeccionando su contenido y alcance, de manera tal que los legisladores cuenten con elementos sólidos al momento de elaborar las normas legales pertinentes.

A las Instituciones estatales relacionadas con el tema, que tracen políticas educativas y de divulgación acerca de las características, requisitos, derechos y beneficios que implican para el niño y sus progenitores la modalidad de custodia compartida, con el objetivo que la ciudadanía conozca y opte por ese tipo de relaciones paterno-filiales que constituyen elemento fundamental del derecho del Buen Vivir de los niños.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (2013). *El buen vivir: Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. Barcelona: Icaria.
- Aguilar, J. M. (2013). *Síndrome de alienación parental*. Madrid: Síntesis.
- Albaladejo, M. (2006). *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Madrid: Editora Edisofer.
- Alonso, M. (1997). La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1-1996, de 15 de enero, de Protección Jurídicas del Menor, de modificación al Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras. *Revista Actualidad Civil*, 17- 40.
- Asamblea Constituyente. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. El Alto: Asamblea Constituyente.
- Asamblea Nacional. (2013). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Asamblea Nacional.
- Barcia, L. (2018). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo [primera parte]. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Vol.51, No.153*, 457-480.
- Barcia-Lehmann, R. (2019). La custodia indistinta, como concepto privilegiando frente a la custodia exclusiva como forma de custodia unilateral. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17 (1), 139-151.
- Barragán, L. A. (2020). El Buen vivir y el Sumak Kawsay: dos filosofías en disputa. Aproximaciones al caso ecuatoriano y al caso colombiano. *Pacha, Revista de Estudios Contemporáneos del Sur Global*, 9-24.
- Barrientos, J. (2011). *Derechos de las Personas. El Derecho Matrimonial*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Cabrera, J. P. (2008). *Tenencia; Legislación, Doctrina y Práctica*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Cabrera, J. P. (2011). *Patria potestad. legislación, doctrina y práctica*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Cantón, J., Cortés, M. d., & Justicia, M. D. (2000). *Conflictos Matrimoniales, Divorcio y Desarrollo de los Hijos*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Catalán, M. J., Begoña, M., De la Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, M. D., . . . Soler, C. (2007). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad se su

- puesta en escena. Debate entre psicología y derecho. *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol 17, 131-151.
- Choquehuanca, C. (2010). Hacia la reconstrucción del Vivir Bien. *América Latina en Movimiento*, 6-12.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Asamblea Nacional, Registro Oficial 737 de 3 de enero.
- Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño. (2013). *Observación No 14 sobre el Derecho del Niño y que su interés superior sea una consideración primordial*. Nueva York: Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Congreso.
- Constitución. (2008). *Constitución*. Montecristi: Asamblea Constituyente.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: Asamblea General, Naciones Unidas.
- Cortez, D. (2011). a construcción social del Buen Vivir (Sumak Kawsay) en Ecuador: Genealogía del diseño y gestión política de la vida. *Revista electrónica Aportes Andinos* No. 28. Recuperado el Febrero de 2022, de <http://www.plataformabuenvivir.com/wp-content/uploads/2012/07/CortezGenealogiaBuenVivir11.pdf>
- Cubillo-Guevara, A. P. (2014). Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. Num. 48, 25-40.
- Cubillo-Guevara, A. P. (2014). Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. Num. 48, 25-40.
- Dávalos, P. (4 de Agosto de 2008). *América LATina en movimiento*. Obtenido de Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo: <https://www.alainet.org/es/active/25617>
- Delgado, G. (2010). *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*. Madrid: Thomson Reuters.
- Echeverría, K. L. (2011). *La guarda y custodia compartida de los hijos* . Granada: Universidad de Granada, Facultad de Derecho Tesis Doctoral . Retrieved from <http://www.padrosribasabogados.es/docs/tesis.pdf>
- Espinosa, M. S., Pucha, B. G., & Ramón, M. E. (2020). La custodia compartida un paliativo al síndrome de alienación parenta. *Revista Conrado*, 16 (73), 434-441.

- Estermann, J. (1998). *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya-Yala.
- Farrada, G., & Espinosa, A. (2012). La capacidad jurídica civil en madres no emancipadas: una visión desde la doctrina cubana. *Derecho y Cambio Social*, 1-39.
- Fernández, W. (n.d.).
- Fernández, W. (2017). La alienación parental como causa de variación de la tenencia. *VOX JURIS*, 33 (1), 223-240.
- Ferrer, J. (2002). Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001 (Atribución de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 58., 71-90.
- Galindo, I. (1980). *Derecho Civil. Primer Curso*. México: Porrúa.
- García, M. (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*. Madrid: Editorial Ciencia Jurídicas.
- González, N. (2011). *Convivencia paterno-materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional*. México D.F: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Guilarte, C. (2008). La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2., 1- 33.
- Huanacuni, F. (2010). *Buen Vivir/Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas .
- Ibáñez, V. (2004). El laberinto de la Custodia Compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados. *Boletín de Derecho de Familia*, Año 4 No.40, 1-15.
- Kielmanovich, J. (2012). *rocesos de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Larrea, C. (2017). Alternativas desde la Amazonía Ecuatoriana hacia una sociedad equitativa . En C. Larrea, & N. Greene, *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa* (págs. 155-159). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Larrea, J. (2001). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Juridica Cevallos.
- Lathrop, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: La Ley.

- Lledó, F. (2002). *Sistema de derecho familiar civil*. Madrid: Dykinson.
- Mejía, I. (2017). *La tenencia compartida como un derecho a un buen vivir de los menores en la legislación ecuatoriana*. Quito: Universidad Central del Ecuador, Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de Abogada.
- Mejía, M. (2011). *Hacia una filosofía Andina: Filosofía*. Madrid: Editorial Académica Española.
- Moreno-López, A. J., & Ocaña de Valdivia, I. (2017). Federación “FADIE”, movimiento asociativo en pro de la justicia y la igualdad. In D. Becerril, & M. d. Venegas, *La custodia compartida en España* (pp. 165-180). Madrid: Dykinson.
- Morocho, S. (2017). Sumak Kawsay: ¿estrategia política o filosofía de vida? *Universitas*, XV (26), 179-198.
- O’Neill, O. (1995). La ética kantiana. In P. Singer, *Compendio de ética* (pp. 253-266). Madrid: Alianza.
- Onostre, R. (2009). Síndrome de alienación parental: otra presentación de maltrato infantil. *Revista de la Sociedad Boliviana de Pediatría*, 106-113.
- ONU. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Nueva York: Asamblea General Naciones Unidas.
- ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: Asamblea General Naciones Unidas.
- Pérez, Á. (2006). Guarda y custodia compartida. Una medida polémica. *La Toga. Revista Online del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*.
- Pérez, M. d. (2006). Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 501-534.
- Pérez, R. (23 de Noviembre de 2017). La custodia compartida en el derecho familiar. *Hechos y Derechos*. Recuperado el 19 de Febrero de 2022, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11792/13602>
- Pinto, C. (2009). *La custodia compartida*. Barcelona: Bosch, S. A.
- Poussin, G., & Lamiy, A. (2005). *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*. Madrid: Espasa-Calpe.

- Ramírez, R. (2010). Socialismo del Sumak Kawsay o biosocialismo republicano. In S. N. Desarrollo, *Los nuevos retos de América Latina: Socialismo y Sumak Kawsay* (pp. 55- 74). Quito: SENPLADES.
- Rodríguez, S. (2015). La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS Núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013,7824). *Iurs Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, 562-575.
- Segura, C. G., & Sepúlveda, M. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*, 117-128.
- Sen, A. (2000). El desarrollo como libertad. *Gaceta Ecológica*, 14-20.
- STS 194/2018, 3079/2017 (Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil 6 de Abril de 2018). Obtenido de <https://vlex.es/vid/708911781>
- STS 257, Caso Núm. 2246 2525/2011 (Tribunal Supremo . Sala de lo Civil 3 de Abril de 2013).
- STS 261/2012, 467/2011 (Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil 27 de Abril de 2012). Recuperado el 24 de Febrero de 2022, de <https://vlex.es/vid/372460350>
- Torres, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *InDret*, 1-61.
- Varona, F. (2007). Comentarios al Código de Familia. *Revista Cubana de Derecho*, 160-202.
- Vintimilla, J. (2015). La Constitución Económica del Ecuador. *Iuris Dictio. Volumen 14* ,No 16, 1-22.
- Wallersten, J. y. (1989). *Padres e hijos después del divorcio*. Buenos Aires: Vergara.