

**UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS**



**SABER Y SABER HACER**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**TEMA: “CUSTODIA COMPARTIDA DESDE EL INTERÉS  
SUPERIOR DEL NIÑO”**

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

**AUTOR: BYRON FERNANDO FUENTALA MERA**

**TUTORA: MSc. NATHALY JURADO C.**

**QUITO, 2017**

## **DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS**

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 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.

Byron Fernando Fuentala Mera

C.I. 1714775960

## ÍNDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	5
CUERPO DEL ENSAYO:.....	8

### CAPITULO I

#### CUSTODIA COMPARTIDA

1. Custodia compartida	
1.1. Definición de Custodia .....	8
1.2. Definición de Custodia Compartida .....	10
1.3. Custodia Compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia .....	12
1.4. Principios de la tenencia compartida	
1.4.1. Principio de interés superior del niño .....	14
1.4.2. Principio de corresponsabilidad parental .....	16
1.4.3. Principio de igualdad .....	18
1.5. Formas de tenencia.	
1.5.1. Tenencia exclusiva .....	19
1.5.2. Tenencia alterna .....	20
1.5.3. Tenencia Compartida o Conjunta .....	21
1.5.4. Tenencia compartida y visitas .....	22
1.5.5. Tenencia vs Patria Potestad .....	23
1.6. Patria Potestad .....	24

**CAPITULO II**  
**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

2.	Interés Superior del Niño	
2.1.	Definición: El interés superior del niño .....	27
2.2.	El principio del interés superior del niño de la mano con la custodia compartida .....	29
2.3.	Antecedentes históricos .....	30
2.4.	Análisis sobre el interés superior del niño, en relación a tenencia de menores .....	31
2.5.	Modelo de tenencia compartida .....	33
2.6.	La alternativa de la tenencia compartida .....	35
2.7.	Tenencia compartida: el interés del menor en las diferentes estructuras familiares .....	36

**CAPITULO III**  
**CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA**  
**LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

3.	CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	
3.1.	Constitución de la República del Ecuador .....	37
3.2.	Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia .....	39
3.3.	Código Civil Ecuatoriano.....	41

**CAPITULO IV**  
**DERECHO COMPARADO**

4.	Derecho Comparado	
4.1.	Perú .....	43
4.2.	Venezuela .....	45
4.3.	Argentina .....	47
4.4.	España .....	49
4.5.	Bolivia .....	50

4.6. Chile .....	52
------------------	----

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

## **DEDICATORIA**

*El presente trabajo está dedicado en primer lugar, a mi Padre Celestial por su gran amor y su respaldo a través de su Santo Espíritu, quien ha guiado mi camino y ha puesto la sabiduría en mí, para poder culminar esta carrera.*

*A mi esposa, mi compañera de viaje, por su paciencia y apoyo inquebrantable, A mi Madre por creer en mí siempre y darme las palabras correctas en los momentos de debilidad.*

*A mis hijos la bendición más grande, que la vida me pudo dar, mis pequeños que son el pilar fundamental para seguir adelante quien con su apoyo, ternura paciencia y comprensión, día a día me brindan su amor incondicional, para poder seguir alcanzando cada uno de mis objetivos planteados.*

## **AGRADECIMIENTO**

*La culminación de este trabajo se lo agradezco a Dios, por guiarme y por la sabiduría que me ha brindado para seguir adelante, a la Universidad los Hemisferios a sus autoridades y profesores quienes supieron plasmar todo sus conocimiento en mí, también quiero agradecer a mi familia a mis compañeros, ya que sin ellos no hubiese sido posible alcanzar esta meta.*

*Quiero agradecer de manera en especial a mi tutora ABOGADA NATHALY JURADO por ser mi guía en la realización para concluir el presente trabajo.*

*Para Usted mi sincero agradecimiento.*

## RESUMEN

Actualmente en el Ecuador el índice de divorcios es muy alto, según los datos proporcionados por el INEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) al mes de julio del 2016 aumentó un 119,1 % entre 2005 y 2015, al pasar de 11.725 a 25.692 <sup>1</sup>, esto evidentemente genera una reacción en la sociedad ecuatoriana, la tendencia marcada en nuestro medio en todos los estratos sociales, apunta al incremento en el índice de Uniones de Hecho (unión libre) ya que en teoría la separación es mucho más fácil y libre de trámites burocráticos, sin embargo la disolución estos vínculos matrimoniales ha dado lugar a un problema al cual se le debería dar mayor atención ya que al existir menores en medio de estas disoluciones el impacto que tiene en la sociedad es de un costo muy alto, la disputa entre los padres por la custodia y manutención de sus hijos.

Hoy en día se ha reducido a un negocio en el cual la parte que tiene la custodia del o los menores condiciona el régimen de visitas a los niños, al cumplimiento del pago de una pensión alimenticia que nunca será suficiente comparado con lo que verdaderamente necesitan los niños para su desarrollo, prueba de la afectación y el impacto en nuestra sociedad se la puede cuantificar en el número de procesos que sobre este tema ingresan a diario en las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

Los grandes perjudicados siempre serán los niños quienes sufren un doble efecto, el primero por el dolor de la separación de sus padres y el segundo el tener que lidiar con los trámites burocráticos al lado de su progenitor para poder asegurar en algo su supervivencia.

En nuestro país teóricamente la custodia de los niños es de ambos padres, sin embargo en la práctica se aplica la custodia monoparental en la cual se le otorga a uno de los padres, la tenencia y cuidado del o los menores, recayendo esto en un 80% en las madres, y otorgándole al otro progenitor el deber de proveer una pensión alimenticia y el derecho de visitar a sus hijos esporádicamente.

---

<sup>1</sup> Este contenido ha sido publicado originalmente por Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección: <http://www.elcomercio.com/tendencias/ecuador-aumento-divorcios-cifras-inec.html>. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. [ElComercio.com](http://www.ElComercio.com)

A mi modo de ver la mejor manera para solucionar este problema es plantear la **Custodia Compartida** para que los padres sean protagonistas en la formación como individuos de sus hijos en la sociedad, cuidando que el desarrollo de sus hijos, en todos los aspectos, sea el más adecuado y el más óptimo para que se pueda cumplir con el propósito de la paternidad esto es, preparar al menor para un desenvolvimiento de la persona como individuo en la sociedad.

Antes de entrar de lleno al estudio de esta institución, se aborda inicialmente la custodia en un enfoque teórico y legal, que servirá como base para el posterior desarrollo de la nueva figura que interesa en este ensayo. Me refiero a la custodia compartida como “nueva” figura Jurídica, debido a que en Ecuador todavía no es implementada y surge debido a que un grupo de padres está luchando por compartir con sus hijos todos sus derechos y deberes precisamente con la finalidad de buscar la continuada implicación de los progenitores en la crianza y formación de sus hijos pese a la existencia de la crisis matrimonial.

## **ABSTRACT**

Currently in Ecuador the divorce rate is very high, according to data provided by the INEC (National Institute of Statistics and Censuses) in July 2016 increased by 119.1% between 2005 and 2015, rising from 11,725 to 25,692, this evidently generates a reaction in the Ecuadorian society, the tendency marked in our environment in all the social strata, points to the increase in the rate of Unions of Fact (free union) since in theory the separation is much easier and free of formalities Bureaucratic, however, the dissolution of these marriage bonds has given rise to a problem to which more attention should be given to the fact that, because there are minors in the middle of these dissolutions, the impact it has on society is very high cost, the dispute between The parents for the custody and maintenance of their children,

Today has been reduced to a business in which the party that has custody of the child or minors condition the visit to children, compliance with payment of a maintenance Which will never be sufficient compared to what children really need for their development, proof of the involvement and impact in our society can be quantified in the number of processes that on this subject enter daily in the Family Judicial Units, Women, Childhood and Adolescence.

The big losers will always be the children who suffer a double effect, the first because of the pain of separation from their parents and the second having to deal with the bureaucratic procedures next to their parent to be able to ensure their survival somewhat.

In our country the custody of children is theoretically of both parents, nevertheless in practice the one-parent custody in which one of the parents is given, the possession and care of the child (s) % In mothers, and granting the other parent the duty to provide a maintenance allowance and the right to visit their children sporadically.

In my opinion, the best way to solve this problem is to raise the Shared Custody so that parents are protagonists in the formation as individuals of their children in society, taking care that the development of their children, in all aspects, is the More adequate and the most optimal so that the purpose of paternity can be fulfilled ie preparing the child for a development of the person as an individual in society.

Before entering fully into the study of this institution, it is initially addressed the custody in a theoretical and legal approach, which will serve as a basis for the further development of the new figure that interests in this essay. I refer to shared custody as "new" legal figure, because in Ecuador it is still not implemented and arises because a group of parents is struggling to share with their children all their rights duties precisely in order to seek the continued Parents' involvement in the upbringing and training of their children despite the existence of the marital crisis.

# LA CUSTODIA COMPARTIDA DESDE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

## INTRODUCCIÓN.

A lo largo de la historia de la humanidad la familia ha sido el fundamento principal de la sociedad pues es dentro de ella que el ser humano se forma para el bien o para el mal, el Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa que

“La Familia es el núcleo Básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente de los niños, niñas y adolescentes (...)”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008)

Es dentro de este círculo donde aprendemos valores, principios, aprendemos el verdadero significado del amor incondicional, no obstante “*una familia organizada formará a un individuo consciente, que obtenga logros, y encuentre su propia identidad*”. (Andreina & Maciel, 2011, pág. 10 ), es por eso que todo esfuerzo que el estado como tal realice para proteger la familia es insuficiente.

No cabe duda que ninguna medida sustituirá o por lo menos tendrá el mismo resultado que se tiene, cuando un niño/a crece bajo la cobertura de una familia bien conformada, es decir bajo el cuidado del padre y la madre, respetando por demás los nuevos modelos contemplados en la Constitución del Ecuador promulgada el 2008.

En el presente ensayo se establecerá la “Custodia compartida desde el interés superior del niño”, cuando por alguna razón exista la ruptura matrimonial o de unión de hecho, la que conlleva necesariamente la toma de decisiones fundamentales, para que la nueva relación entre los ex - cónyuges no afecte la relación parental y que esta sea la más adecuada para el desarrollo normal e integral de el o los niños fruto de esa relación.

La decisión debe tomarse siempre tomando en cuenta el principio de interés superior del menor, puesto que el niño/a, normalmente el más débil ajeno a esta situación, es el sujeto que se encuentra más afectado, puesto que se quebranta la esfera de seguridad y felicidad que existía, por ello se ha de encontrar el sistema que en el futuro procure que el o los menores tengan una vida más equilibrada, dando la custodia a los dos padres, es decir, una custodia compartida, con todas las responsabilidades deberes y derechos que esta representa.

En las leyes ecuatorianas aún en estos días no está regulada la custodia compartida y es precisamente en un juicio de estos, donde los padres quienes tienen que llegar a un acuerdo integral y profunda en aspectos esenciales, como son el cuidado de los hijos, su desarrollo, su educación, etc., los cuales deben ser discutidos adecuada, saludablemente buscando específicamente lo más conveniente, porque ellos son los que conocen mejor la situación que atraviesan los menores y de común acuerdo se vea lo más adecuado para ellos.

En el caso que esta decisión no fuera posible, ya sea porqué los progenitores no se ponen de acuerdo o porqué el Juez crea que es contraria al interés del menor, el Juzgador tendrá plenas facultades para decidir el tipo de guarda y custodia que deberá de llevarse a cabo.

En este trabajo de ensayo se realizará un estudio, tanto doctrinal, como con el derecho comparado sobre la custodia compartida desde el interés superior del niño en el que primeramente tenemos un primer apartado, el de consideraciones generales, que trata los conceptos de lo que es la custodia de manera general y de lo que es la custodia compartida.

Concretamente encontramos los principios que rigen la tenencia compartida, formas de tenencia reguladas doctrinalmente y que podemos llevar a cabo, se abordarán las cuestiones tanto conceptuales como personales y materiales de la custodia compartida desde el interés superior del niño en lo que tiene que ver a la comunicación y relación con los niños, puesto que en la gran mayoría de casos el progenitor no autoriza la visita de su otro progenitor, debido a que la separación es dolorosa lo que afecta notablemente el desarrollo de niño, pero también trae sufrimiento al otro progenitor.

En el ensayo trataremos sobre la tenencia compartida en las leyes ecuatorianas y en derecho comparado así mismo se dará conceptos de varios autores nacionales como internacionales de lo que es la custodia compartida y del interés superior del niño.

A continuación analizaremos la Custodia Compartida e interés superior del niño en la legislación ecuatoriana. Para finalizar, en el cuarto apartado, encontramos un análisis legal de las diferentes legislaciones es decir derecho comparado.

## **CUERPO DEL ENSAYO:**

### **CAPITULO I CUSTODIA COMPARTIDA**

#### **1. CUSTODIA COMPARTIDA**

##### **1.1. DEFINICIÓN DE CUSTODIA**

Para efectos de este estudio es necesario que analicemos los términos individualmente con el fin de tener o llegar a la certeza de la institución jurídica de la “Custodia Compartida”.

Empezaré por definir la palabra custodia tomando los conceptos más cercanos y acorde a la tesis planteada en este ensayo, así tenemos por ejemplo:

Para el autor Sánchez la Fuente manifiesta que la custodia o tenencia son “aquellas facultades de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo de los hijos, y para cuya realización necesitan la convivencia del progenitor con el niño o niña; por ellos, la tenencia será ostentada por el progenitor que convive con los hijos” (Sánchez de la Fuente, 2002, pág. 258).

El jurista argentino Zaffaroni sostiene que la guarda es uno de los tres grandes grupos de derechos-deberes personales que integran la patria potestad, siendo los otros dos la asistencia y la educación. (Zaffaroni, 1981, pág. 712).

Para Cárdenas quien manifiesta su concepto de lo que es la custodia dice: “La custodia o guarda legal del niño, no significa que los niños no puedan estar también bajo custodia o guarda de un tercero, como sucede por ejemplo en el sistema escolar (guarda administrativa), o un familiar (guarda de hecho). En estos casos, muchas de las responsabilidades, derechos y deberes inherentes a la guarda o custodia se trasladan al tercero, materialmente a cargo de la misma. Los titulares de la guarda o custodia legal, sin embargo, mantienen su deber de

supervisión de los terceros a cargo de la guarda material” (Cárdenas Camacho, 2005 , pág. 23).

Para los autores Torres & Chávez se define custodia como “la tenencia o control físico que tienen los padres sobre sus hijos(as) y la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados. (Torres Ojeda & Santiago, 2013 )

La custodia se refiere al cuidado personal de los niños, lo que por ley le corresponde a los padres de consuno, en el evento en que convivan juntos. En los casos de hijos extra matrimoniales, es decir habidos por fuera del matrimonio, el cuidado personal o custodia del menor, le corresponde al padre que conviva con el menor. De estar los padres divorciados o separados de hecho, o con la patria de potestad suspendida, el juez de familia podrá confiar la custodia a uno de los padres o al pariente más próximo según le convenga al menor. El asunto de la custodia con relación a los menores de edad es de gran responsabilidad, pues otorga la carga del deber de vigilancia, crianza, educación, manutención, etc., con relación a ellos, razón por la cual en principio, la ley le otorga dicha custodia a los responsables naturales del niño: sus padres. (Kafury Benedetti, 2016)

En el Art 118 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa lo siguiente en cuanto a la tenencia:

**“Art. 118.-** Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior.” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 42)

Tomando en consideración cada uno de estos conceptos podemos definir a la Custodia, como el cuidado y control de una persona (para fines de este estudio) que recae sobre otra capaz de asumir el encargo, cumpliendo todos los deberes y velando para que se cumplan todos los derechos del menor o los menores que quedan a su cargo.

El Art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia expresa que la tenencia se observarán las reglas del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia sobre la patria potestad. Así mismo que faculta al administrador de justicia confiar el cuidado del menor a uno de sus progenitores, cuando lo considere conveniente.

Bajo este aspecto, se debe tomar en consideración que el Juez es garantista de derechos, y más aún si se habla de grupos vulnerables que en este caso constituyen los niños. Es por ello que este artículo busca el interés superior del niño para que se desarrolle en un buen ambiente familiar.

En el Art. 118 se determina claramente la potestad que tiene un juzgador para poder decidir la tenencia a uno de los progenitores, creando la oportunidad de otorgarla a cualquiera de ellos, estableciendo la posibilidad tanto al padre como a la madre. En un juicio de tenencia, en la actualidad el menor está sujeto a valoraciones tanto psicológicas como médicas, y en base a ello será la decisión que tome un juez. Pero de la misma manera, la ley señala que se podrá escuchar al menor, actuación que se lo hace en la práctica bajo petición de la parte interesada, pero que no sirve de fuente necesaria para la resolución de un juez de la niñez, en otras palabras esta actuación se lo realiza con la única finalidad de cumplir con una mera formalidad por parte de la justicia.

## **1.2. DEFINICIÓN DE CUSTODIA COMPARTIDA**

Si bien el legislador no ha concretado el concepto de guarda y custodia compartida, podemos encontrar en la doctrina diversas definiciones:

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

En esta misma línea, el autor la considera como “un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”. (Lathrip Gómez, 2001, pág. 23)

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

La custodia compartida según Romero “Es aquella modalidad de ejercicio, en la que ambos progenitores convienen establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes, la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro” (Romero, 2012, pág. 23).

A mi parecer y después de exponer algunos criterios y definiciones de los doctrinantes podemos manifestar que la custodia compartida puede definirse como, el sistema por el cual, tras el divorcio o separación, los progenitores se alternan y suceden en el cuidado de sus hijos

ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere en igualdad de condiciones, sin que la separación de la relación como cónyuges o convivientes afecte el cuidado y protección que como asunción del principio de corresponsabilidad parental que debe existir entre los padres, reflejo de un reconocimiento equilibrado de la capacidad de ambos para afrontar la maternidad y paternidad, lo que sostiene que no debe interpretarse la custodia compartida como sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores puesto que ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.

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

### **1.3. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

En nuestro país existe el Código de la Niñez y Adolescencia que regula los derechos de los niños y adolescentes, que es la herramienta principal para defender sus derechos, y establecer derechos y obligaciones de los padres, en varios sucesos como lo es un divorcio.

En el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 21 manifiesta:

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados

por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

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

En los casos de desconocimiento del paradero del padre, de la madre, o de ambos, el Estado, los parientes y demás personas que tengan información sobre aquel, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 6).

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

En el art. 9 Código de la Niñez y Adolescencia manifiesta:

“...corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 3)

Esto quiere decir que el Código de la Niñez y Adolescencia da la opción para que los dos padres tengan el mismo nivel de cuidado para su hijo dándoles las mismas responsabilidades en todos los aspectos.

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

“Corresponsabilidad parental.- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 35).

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

En el Art. 118 Código de la Niñez y Adolescencia está regulado de la siguiente manera:

“Cuando el juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores...” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 41).

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

El Art. 122 Código de la Niñez y Adolescencia establece:

“En todos los casos en que el juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija...” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 42)

Varios son los Artículos que tratan de la custodia compartida en el Código de Niñez y Adolescencia que nos hace comprender de mejor manera de que se trata y que siempre este cuerpo legal protege el interés superior del niño sobre todas las cosas.

Llegamos a la conclusión que la custodia debe ser compartida por los dos progenitores para que se dé un completo desarrollo del menor en todos los aspectos.

#### **1.4. PRINCIPIOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA**

Los principios de la tenencia compartida son el principio de interés superior del niño, principio de corresponsabilidad parental y principio de igualdad. Los cuales se definirán a continuación:

#### 1.4.1. Principio de interés superior del niño

En nuestra Constitución este principio está consagrado en el art. 44 que dispone:

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, **se atenderá el principio de su interés superior** y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 44). (El resaltado el mío)

En la Convención de los Derechos del Niño también se encuentra estipulado en su Art. 3 manifiesta:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Convención de los Derechos del Niño, 1990, pág. 1).

Este principio también se recoge en el Código de la Niñez y Adolescencia define al interés superior del niño en el art. 11 que prevé:

“Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento...” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 4).

El interés superior del niño consiste en tomar siempre en consideración todo aquello que beneficie al menor siendo este un sujeto vulnerable y de un grupo prioritario.

El principio del interés superior del niño no se traduce únicamente en la facultad jurisdiccional que tiene un juez para resolver sobre sus derechos constitucionales, sino significa, principalmente, decidir sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de diversos factores que se dirigen a resguardar el pleno y armonioso desarrollo de su entorno, y a garantizar la meritoria contribución que sus actos tienen para nuestra sociedad. (Suin Cajamarca, 2016, pág. 52).

A mi criterio y conforme la doctrina citada el interés superior del niño es un principio que protege al niño, niña y adolescente y hace cumplir los derechos cuando se vean amenazados estos deben prevalecer por sobre las demás personas ya que el niño es ante todo el grupo prioritario que debe proteger el Estado, es decir el interés superior del niño consiste en la satisfacción de los derechos del niño en todos los aspectos garantizando el ejercicio de todos los derechos que la ley les provee.

#### **1.4.2. Principio de corresponsabilidad parental**

El principio de corresponsabilidad parental lo podemos encontrar igualmente en la Carta Magna y en algunos Tratados y Convenios Internacionales, y en el Código de la Niñez y Adolescencia:

Por una parte la Constitución del Ecuador en el art 69 numeral 5 determina:

“... El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará en cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 51).

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el Art. 18 que establece:

“Los estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres, tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño...” (Convención de los Derechos del Niño, 1990, pág. 10).

En el Código de la Niñez y Adolescencia en el art. 8 manifiesta:

“Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes...” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 3).

La legislación tanto nacional como internacional el principio de corresponsabilidad parental manifiesta que tiene su fundamento en la familia, en razón de que la familia es el grupo fundamental para el desarrollo y bienestar de los niños. Los niños deben crecer junto a su familia, especialmente con sus padres, estén casados o separados en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El legislador decidió establecer el principio de corresponsabilidad parental lo hizo pensando que ambos padres son individualmente aptos para el cuidado y crianza de los hijos. Pero con nuestro sistema no tendría sentido este principio al darle más derechos a la madre sobre los hijos. De ahí para que exista una participación la mejor solución es a través de la tenencia compartida. Por eso se plasmó este principio en las diferentes leyes tanto nacionales como internacionales.

En nuestro país existe el Código de la Niñez y Adolescencia, que es la herramienta principal para defender sus derechos, y establecer derechos y obligaciones de los padres, en varios sucesos como lo es un divorcio.

De acuerdo con el Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia.- “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

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

La corresponsabilidad, es un principio que reconoce la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos. Por lo que los padres deben adoptar todas las conductas necesarias para asegurar, en la medida de sus posibilidades, el bienestar de sus hijos, esto es, en los aspectos: Materiales como son alimentación, salud, vivienda, vestido; Emocionales como son la educación, protección, desarrollo de su carácter, y, Espirituales participando ambos padres en la formación de una convicción propia sobre lo que debe creer sin imposiciones, es decir, debe existir igualdad entre ambos al adoptar decisiones que tengan que ver con su hijo, procurando siempre el bienestar integral del o los niños.

### **1.4.3. Principio de igualdad**

Este principio al igual que lo anteriores también es reconocido en nuestros instrumentos legales como son:

La Constitución del Ecuador en su Art. 67 manifiesta:

“Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, (...), **se basarán en igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes...**” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 50).

Art 70: “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 51).

Art. 11 numeral 2 expresa: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 21).

En el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 6 manifiesta:

“Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, edad, (...), discapacidad...” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 2).

En el país, lo usual es que las mujeres críen a sus hijos, aunque la legislación ecuatoriana sí permite que padre o madre reclamen la tenencia, a falta de acuerdo entre los progenitores o si lo acordado fuera inconveniente para el hijo, la custodia de los menores de 12 años se otorgará a la madre. A menos que se pruebe que con ello se perjudica los derechos. En Ecuador la tenencia compartida no se da para el padre razón por la cual no podríamos hablar de igualdad primeramente entre los progenitores, al otorgarse la tenencia de los hijos sólo a la madre y dejarle al padre en desigualdad de derechos.

Se establece en el Código de la Niñez y la Adolescencia que no deben ser vulnerados los niños en razón de su edad, pero diariamente en las diferentes Unidades de la Familia, son los jueces quienes deben defender y garantizar este principio nunca toman en consideración lo que el niño piense o diga, sino la pretensión materna, para nuestros jueces esa es la única verdad.

## **1.5. FORMAS DE TENENCIA.**

### **1.5.1. Tenencia exclusiva**

Según Catalán Frías la tenencia monoparental o exclusiva es:

Aquella ejercida por un solo progenitor, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que haya ejercido su crianza más tiempo, despojando al otro, que en el mayor de los casos es el padre, del ejercicio de la patria potestad, siendo una excepción los casos de referidos a

los niños menores de tres años, respecto a quienes se otorga preferencia a la madre, en tanto, se presume que aún existe un nexo de necesidad biológica del niño hacia su madre, castigando al otro progenitor con un “**régimen de visitas**” lo que traerá consecuencias directas en el desarrollo y crecimiento del o los menores que quedan a cargo del otro progenitor. (Catalán Frías, 2011).

En la legislación ecuatoriana este tipo de tenencia es la contemplada y aplicada por los jueces, por considerarse la más adecuada al desarrollo integral de los niños, lo que para mi criterio resulta totalmente absurdo, porque con este tipo de custodia sólo se consigue alejar al padre de sus hijo ya que da la tenencia exclusiva a la madre.

### **1.5.2. Tenencia alterna.**

Para catalán la Custodia Alterna es:

"La que permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un periodo del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el periodo restante”.

Este tipo de custodia podría ser una buena alternativa para al menos que exista igualdad de derechos entre los progenitores, por ejemplo cada tres meses, o cada mes podría tener la custodia el padre, y luego los otros tres meses siguientes la madre, al menos es una mejor tipo de tenencia que la exclusiva. (Catalán Frías, 2011)

En la legislación ecuatoriana este tipo de custodia no se da ya que los jueces dan la custodia a una parte es decir padre o madre, pero este tipo de tenencia podría ser una alternativa para al menos que exista igualdad de derechos entre los progenitores ya que cada cierto tiempo se le podría dar la custodia al padre para que el niño pueda convivir con los dos progenitores es mejor que la tenencia exclusiva.

### **1.5.3. Tenencia Compartida o Conjunta**

Al enfrentarse ante una ruptura de lazos conyugales es inevitable los cambios que se producen en la vida de los menores, los cuales ven que en cuestión de días la dinámica de su convivencia cambia radicalmente, pues será uno de sus padres el que tendrá que asumir los roles consecuencia del vacío de la partida del otro, tendrán que acostumbrarse a un estilo de vida totalmente diferente al que estaban llevando.

En este sentido, si hablamos de tenencia compartida, estamos hablando de una situación jurídica parental en la cual, los dos padres asumen no solo que la relación conyugal se terminó, sino que también deben asumir que los lazos parentales son indestructibles y que las responsabilidades, deberes y derechos son ineludibles.

Ante esta situación es preciso hablar de una tenencia compartida, en la cual ambos padres compartan la responsabilidad que conlleva el crecimiento y el desarrollo de los hijos, en el cuidado, protección y provisión en todas las áreas de la vida de un menor para que sea proyectado a ser una persona de bien para la sociedad. La mayoría de los estados reconoce dos tipos de custodia conjunta: custodia física y custodia legal.

Para el autor Simón este tipo de Tenencia es “en la cual ambos padres comparten de conjunto el cuidado y protección de los hijos en igualdad de condiciones conviviendo con ellos en cada uno de sus domicilios por períodos de tiempo que pueden variar de acuerdo a la edad de los menores. “El equilibrio de papeles, valorando la paternidad y la maternidad, conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de fragmentación social.” (Simón, 2008, pág. 537).

Para el autor Boned expresa así mismo el concepto de custodia compartida y dice: “La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. (Boned, 2004, pág. 45).

En nuestra legislación la tenencia compartida o conjunta no se da, sin embargo si esta se aplicaría se evitaría la discriminación de género proporcionándoles a ambos padres que tengas las mismas obligaciones y derechos sobre sus hijos, evitándose de esta manera dañar a los hijos es por ello que este proyecto está en la asamblea debatiéndose para poder superar esta fuerte confrontación social de género entre hombres y mujeres, encaren con seriedad y rigor las oportunas reformas legislativas, que lo hagan posible, de lo contrario mucho me temo que la violencia de género no sólo no disminuirá, sino que seguirá en aumento.

Se procura que tanto el padre como la madre tengan con sus hijos una relación amplia y estable que proporcione una convivencia común por periodos prolongados de tiempo, dentro del cual los padres ejerzan su paternidad responsablemente, en el rol que le corresponde, tomando en cuenta que ambos padres aportan con su imagen a la identidad del o los menores, es decir que afecta directamente pero esta vez en forma positiva en la vida de los hijos que deben pasar por esta situación difícil y complicada que es la separación definitiva de los padres.

#### **1.5.4. Tenencia compartida y visitas**

Para el autor Cabrera expresa:

Automáticamente los padres o madres en el momento del divorcio se convierten en ex padres, cerca del 97 por ciento de ellos son alejados sistemáticamente de los hijos, reduciendo su derecho de compartir con el hijo a un régimen de visitas limitado, esta realidad es la que queremos cambiar.

Según varios estudios presentados por los grupos que buscan insertar esta opción en las leyes de la niñez y adolescencia existen varias ventajas para los niños tales como: Convivencia igualitaria con cada uno de los padres, no hay padres periféricos, inclusión en el nuevo grupo familiar de cada uno de sus padres en caso que se tenga otro compromiso, mayor comunicación y estabilidad emocional al contar con el cuidado y protección de ambos padres. (Cabrera, 2015, pág. 77).

Tanto la tenencia compartida como el régimen de visitas están contemplada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia específicamente en los artículos 118 y 122.

Pero esto en conjunto no puede aplicarse ya que es totalmente contradictorio, en razón de que por el sólo hecho de que exista un régimen amplio de visitas desnaturaliza el tema de las visitas en una relación paterno-filial, es difícil comprender que en un conflicto de separación el padre o madre tenga que visitar a su propio hijo, violentando de esta manera el principio de igualdad entre los progenitores durante y después de la convivencia ya que la tenencia compartida en cambio manifiesta que los dos padres tienen que tener la tenencia del menor y compartir sus derechos y obligaciones conjuntamente.

Las visitas deben ser otorgadas a favor de un padre que no quiere, o no tiene tiempo de compartir con su hijo, pero un padre que verdaderamente quiere compartir con su hijo en todos los ámbitos, se le debe otorgar una tenencia compartida, ya que por el sólo hecho de plantear un juicio de visitas, es porque verdaderamente le interesa su hijo, a eso padres que demuestren una preocupación por su hijo debe darse la tenencia compartida.

#### **1.5.5. Tenencia vs Patria Potestad**

En materia de menores la institución de la tenencia y la patria potestad van ligadas siempre. Algunos suelen confundir manifestando que quien tiene la tenencia, tiene la patria potestad, lo cual es totalmente erróneo. La palabra patria potestad viene del latín “patria potestas” que se refiere al poder que tienen los padres o ascendientes sobre sus hijos descendientes, el origen lo tenemos en el Derecho Romano, en donde existía un poder absoluto e indefinido exclusivo del padre (pater-familiae) sobre los hijos a quienes les debía cuidado. (Machuca Bravo, 2015, pág. 7)

Según el auto Larrea Holguín “...es un conjunto de derechos y obligaciones íntimamente vinculados, correlativos, que persiguen todos ellos un fin de carácter social,

dentro de la organización de la familia (...), la palabra patria constituye también la expresión jurídica de la autoridad sobre los hijos y origina igualmente el régimen de los bienes que pertenecen a los hijos...” (Larrea Holguín, 2009, pág. 20).

De esto se desprende entonces que la Patria potestad es la representación legal que puede ser ejercida por ambos padres, en tanto que la Tenencia se atribuye a quien esté al cuidado y crianza de los menores, la obligación de los padres básicamente corresponde respetar, proteger desarrollar y hacer que respeten todos los derechos y garantías de los hijos.

## **1.6. PATRIA POTESTAD**

Antes de emitir un concepto propio se citará al siguiente tratadista, quien nos dará una definición clara de lo que es la patria potestad:

Para el autor Mazzinghi la patria potestad es:

“El concepto originario se ha enriquecido con la dedicación de que el objeto de la relación es la “protección y la formación” integral de los hijos. Asimismo, es valiosa la referencia al tiempo de su iniciación, ubicando como punto de partida el momento de la concepción, que es cuando se inicia la existencia de la vida humana y aparece un sujeto de derecho distinto de sus progenitores. La patria potestad no es, en efecto, ni un poder conferido a los padres para que ellos se solacen en su ejercicio, ni una función asignada por la sociedad para que unas personas cuiden de otras. Es...un conjunto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales participa de las características que hemos atribuido a los derechos subjetivos familiares. Y ese conjunto de derechos y obligaciones tiene su origen y su raíz en el orden natural.” (Mazzinghi, 2000, pág. 78).

En el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 105 encontramos la siguiente definición:

“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos, sino también de obligaciones de los padres relativos a los hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 37).

En el Código Civil en su Art. 283 define a la patria potestad de la siguiente manera:

“La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados se llaman hijos de familia, y los padres con relación a ellos, padres de familia.” (Códificación del Código Civil, 2005, pág. 80).

La patria potestad faculta y obliga a los padres a salvaguardar la integridad de sus hijos no emancipados, teniendo como límite el Interés Superior del niño o niña, constituyéndose así una verdadera función social, que necesariamente debe encontrarse normada en el derecho positivo, para garantizar el cumplimiento de sus fines.

Para la Revista Jurídica manifiesta: “Desde el punto de vista jurídico, la patria potestad, regulada en el Código Civil, no es más que el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados así como el conjunto de deberes que también deben cumplir los progenitores respecto de sus hijos”. (REVISTA JURIDICA, 2012).

En este contexto se puede decir, que la patria potestad, debe ser ejercida en beneficio básicamente de los hijos, además de tomar en cuenta los deberes y obligaciones de los padres, mismos que deben de estar con ellos, alimentarlos, protegerlos, cuidarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Se debe tomar en cuenta, que la patria potestad se debe ejercer de forma conjunta por ambos progenitores, se encuentren o no casados, independientemente de su sexo, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro. Además, “la reducción del poder de

la patria potestad de los padres, son establecidas por las legislaciones, ya que este poder tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la patria potestad a los progenitores” (Guevara, 2002).

Cuando lo que se detalla a continuación sucede, se puede hablar de una pérdida de la patria potestad, lo que significa que el padre, la madre o ambos dejen de tener el derecho de convivir, proteger, custodiar, vigilar y formar a sus hijos y para que esto pueda suceder se debe producir alguno de los siguientes supuestos:

- \* La muerte o la declaración de fallecimiento de los padres.
- \* La emancipación
- \* La adopción del hijo.
- \* Los progenitores son privados de ella por sentencia judicial.

A mi criterio personal podríamos decir que la patria potestad es la representación legal del menor en todos los asuntos legales y esta corresponde tanto al padre como a la madre, y a uno de ellos en ausencia del otro. La tenencia en cambio es el cuidado y protección del menor que por regla general la tenencia de los hijos queda a cargo de la mamá es aquí en donde existe la confusión que piensan que por que la madre tiene la tenencia es también quien tiene la patria potestad, cosa que no es así ya que incumbe a los dos progenitores.

## **CAPITULO II**

### **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

## **2. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **2.1. DEFINICIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Según la Constitución en su artículo 44 menciona que

“Tanto el estado como la sociedad, y la familia, serán quienes deberán promover el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Además menciona que ante todo deberá primar el interés superior del menor” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su Art. 38 literal c) manifiesta:

“El Interés superior del niño goza de reconocimiento internacional, no obstante ha adquirido una figura preponderante en la legislación internacional, pudiendo ser reconocido como un “principio general del derecho” (Estatuto de la Corte internacional de Justicia, 2009, pág. 7).

En el Código de la Niñez y Adolescencia en su Artículo 1 dispone

“Sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008).

Para Zambrano manifiesta que el principio de interés superior del menor

“Constituye el principio rector de la doctrina de la protección integral recogida y desarrollada por el Código de la Niñez y Adolescencia”. El mismo que busca el

crecimiento de las sociedades, mediante el desarrollo adecuado de los niños, es decir busca las condiciones más favorables para que los menores puedan vivir de la mejor manera posible y desplegar sus potencialidades. Esto implica que a más de las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo, para la preservación y mejoramiento de la raza humana. (Zambrano, 2013, pág. 78)

Para el autor Cillero plantea que la noción de interés superior es una garantía de que "los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen". (Cillero, 2013, pág. 156)

Según Pierre indica:

“Si los textos convencionales y legales se hubieran limitado a consagrar los derechos de que gozan los niños y adolescentes ninguna novedad se hubiera producido, salvo el llamado de atención de que estas personas gozan de los mismos derechos que los adultos y, para que la comunidad internacional no se olvide, estaría justificado especificar cada uno de los derechos que pueden gozar: a la vida, a la integridad, a la educación, a ser escuchado, a la libertad de expresión, etc. El asegurado, el trabajador, las mujeres, los ancianos y todos aquellos individuos ubicados en una situación de debilidad han ido obteniendo una legislación más específica que intenta obstaculizar cualquier intento de segregación y marginación (Pierre, 2001, pág. 305).

Podemos decir entonces que el Interés Superior del niño es un Principio rector, que permite ver al menor como sujeto de todos los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y políticos, protegiéndolo de los excesos que podría tener la legislación y quienes la administran, las autoridades civiles, públicas y privadas e incluso sus propios padres, y que al aplicarlo intenta contribuir al desarrollo integral del o los menores, independientemente de su situación, y más aún cuando se ve puesto en peligro el desarrollo y crecimiento frente a una realidad dolorosa como es la ruptura familiar con la separación de sus padres.

## **2.2. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DE LA MANO CON LA CUSTODIA COMPARTIDA**

Se puede apreciar que la primera referencia al “interés superior del niño” la encontramos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito y ratificado por Ecuador.

Según la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2012), el Principio del Interés Superior del Niño, es un principio reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3, del que se desprenden las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

Debemos indicar que en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”, de aquellos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Dichas definiciones o ideas, proponen establecer al Interés Superior del niño, como un principio rector que debe prevalecer, atacando a todo aquello que afecte de manera desproporcional los derechos de los niños, ya que anteponerse ante este principio ocasionaría excesos modificando el derecho y el objetivo principal que es velar por el bienestar de los niños, lo que ocasionaría una incertidumbre jurídica, donde se deje de lado considerar al niño como un ser humano, verdadero poseedor de derechos que deben ser respetados especialmente por los adultos y el Estado, debido a que los derechos del niño, niña o adolescentes, derivan de su condición de persona por lo que se busca su efectividad, en consecuencia el Interés Superior del Niño implica todo aquello que es integral para su desarrollo integral.

A mi modo de ver se puede afirmar que el interés superior del niño es la satisfacción integral de sus derechos esto quiere decir que la custodia compartida es un derecho de ellos a que sus dos progenitores velen por su cuidado y bienestar por lo tanto la custodia compartida no vulnera sus derechos ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar fundamentalmente sus derechos.

### **2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

El término “Interés Superior” de los menores apareció en el Ecuador en el Código de la Niñez y Adolescencia. Ley N° 2002-100 (2002) Art. 11.

Según Couso determina que: Es conveniente determinar donde se comienza a utilizar el término “interés superior”, muchos afirman que hace veinte y cinco años más o menos este término era utilizado como principio jurídico en el derecho privado español y en el occidente. Por lo que viene a ser un término nuevo, en función a ello puede resultar un poco complejo. (Couso, 2007).

Según Verdugo manifiesta que el interés superior de los niños y niñas tiene sus antecedentes en la declaración de Ginebra sobre los derechos del niño en el año 1824, donde ya existe un indicio acerca del interés superior del menor en ella establece que la humanidad

debe darle lo menor al niño. Posteriormente en el año de 1948 en la declaración de los derechos humanos hace una breve mención respecto al interés superior del menor. (Verdugo, 2013)

Este término adquiere mayor relevancia en el siglo pasado en la Convención de las Naciones Unidas de Derechos del niño del año 1989 , este es el punto de partida para que el interés superior tome mayor fuerza, en esta convención también se regula temas que se encuentran estrechamente ligados al interés superior del menor como las relaciones parentofiliales, en el que se establece que los progenitores no deben considerar a sus hijos como objetos de su propiedad sino como seres humanos que tienen derechos.

Para Zambrano en el Ecuador la doctrina de la protección integral de la niñez y adolescencia es implementada en el sistema jurídico desde el año 1998, con la expedición de la codificación de la Constitución Política de 1979 (Art. 48) en virtud de la cual se propone una alianza tripartita entre Estado, sociedad y familia a fin de asegurar, hasta el máximo de las posibilidades, el pleno y prioritario ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, reconociéndose en ellos a sujetos plenos de derechos (Zambrano, 2013).

#### **2.4. ANÁLISIS SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN RELACIÓN A TENENCIA DE MENORES**

Según el tratadista Ortega quien manifiesta lo siguiente sobre el interés superior del niño en relación a la tenencia de menores:

“Para materializar esta protección, se configura como el criterio prioritario a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños, niñas y adolescentes. Pero tales decisiones no versan sobre el interés de estos, en abstracto, sino que se incorporan en el juego de otros derechos e intereses, bien porque exista un conflicto entre los del niño y los de otra persona... De tal manera que, afectar el interés superior del niño, es una gran irresponsabilidad principalmente de los padres, quienes son los principales encargados de velar por ello, posteriormente por parte de los abogados quienes no cuentan con el

conocimiento necesario o la voluntad de poder ser partícipes de defender derechos, cuyo valor permite un mejor desarrollo de esas personas en su entorno familiar y social, finalmente el rol de los jueces, quienes son los encargados de la actividad jurisdiccional y de velar por los intereses de las personas principalmente garantizar los derechos y bienestar de los menores, por tanto cuando se tomen medidas concernientes a los niños, las instituciones, en este caso las públicas, deberán considerar su situación de manera primordial velando por su interés superior, según se puede desprender dicho análisis del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Ortega, 2002).

Si hablamos de casos judiciales en los cuales se disputa la Tenencia del menor, niño, niña o adolescente, por parte de los progenitores, en la cual no se ha demostrado, como refiere el tratadista Hollweck.

“ninguno de los progenitores ser más idóneo que el otro, conforme toda la prueba producida y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercido por la madre, es necesario encontrar un régimen que permita concluir con el clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, siendo esto último necesario e indispensable para su crianza y educación. En este ámbito, considerar al niño como sujeto de derechos implica “generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación ésta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida. Este aprendizaje dentro del proceso de socialización contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan”. (Hollweck, 2001, pág. 99).

En tal virtud, en esta institución jurídica que es la tenencia de un menor no puede pasarse por alto el principio fundamental del Interés Superior del niño, podemos ver que siendo un principio tan importante, el cual se ha situado preponderantemente en la legislación internacional y se está implementando en la nuestra, en teoría este principio es indiscutible y hace efectivo todos los derechos de los niños, este mismo principio se ve afectado en su esencia en tanto a la tenencia se refiere, puesto que a simple vista, si se estaría velando verdaderamente el interés del niño, no se castigaría al niño y a los padres con un rígido e injusto “régimen de visitas”.

Condicionado en muchos casos al pago de una insuficiente pensión alimenticia, la cual se ha convertido, en la práctica, en la forma de chantaje y castigo tanto para el padre que por alguna causa no puede estar cerca de su hijo/a como para el niño que en este caso viene a ser el objeto de la negociación, entonces la pregunta que no se puede dejar de hacer es ¿en qué parte de todo esto se está velando por el interés superior del niño/a siendo este un principio que pretende velar por el desarrollo integral del menor?, pregunta que se queda sin respuesta con la actual legislación de nuestro querido Ecuador.

## **2.5. MODELO DE TENENCIA COMPARTIDA**

El sustento principal para adoptar la figura de la Tenencia compartida, es que la misma permite demostrar a los hijos que el nuevo estado de la familia no significa ningún cambio para ellos, puesto que todo debe seguir igual.

Para que se dé la tenencia compartida se necesitan algunos aspectos entre los cuales se encuentran los siguientes:

- \* El interés superior del niño requiere el contacto frecuente y continuo con ambos padres.
- \* El divorcio debe basarse en un modelo de coparentalidad que reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres.
- \* En el nuevo régimen de compartición igualitaria de derechos y obligaciones, el término “custodia” carecerá de sentido; la nueva situación se definirá mejor con expresiones como “coparentalidad”, “responsabilidad parental conjunta” o similares.
- \* Una vez desaparecida la dinámica de “parte ganadora/parte perdedora”, el divorcio contencioso carecerá de interés para las partes; las instituciones deberán fomentar el mutuo acuerdo y la mediación.
- \* Aunque la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia de ambos padres, el reparto al 50 por ciento del tiempo de convivencia no siempre será posible, por lo que podrán adoptarse otros modelos en función de los distintos casos.

- \* En situaciones de proximidad geográfica de los domicilios paterno y materno, y salvo circunstancias especiales, la alternancia semanal parece la fórmula más viable y sencilla.
- \* En los casos de niños de corta edad, los contactos deberán ser más cortos, pero más frecuentes; en general, el ritmo de alternancia deberá ser más frecuente cuanto menor sea la edad del niño.
- \* Más que estabilidad material (custodia o tenencia exclusiva), el niño necesita estabilidad emocional (custodia o tenencia compartida).
- \* La tenencia exclusiva se caracteriza por su alta litigiosidad; las legislaciones sobre custodia compartida dan prioridad al mutuo acuerdo y la mediación.
- \* La tenencia exclusiva conlleva transferencias económicas cuya utilización queda fuera del control de quien las realiza; la custodia o tenencia compartida conlleva un régimen económico de pagos directos, lo que contribuye asimismo a reducir la litigiosidad y las disputas.
- \* Las pensiones asociadas a la custodia o tenencia exclusiva favorecen el parasitismo social de una de las partes y la desincentivación económica y profesional de la otra; los regímenes de coparentalidad, al eliminar esos factores de desincentivación, favorecen un aumento del nivel de vida de los niños.

## **2.6. LA ALTERNATIVA DE LA TENENCIA COMPARTIDA**

La Tenencia de menores, es una realidad que no podemos obviar y son los constantes conflictos que surgen a raíz de la ruptura de las parejas, conflictos que involucran directamente a los hijos cuando se trata de atribuir la tenencia exigiendo los padres su derecho de propiedad respecto a ellos, y utilizando como comodines emocionales, vulnerándose así su derecho de mantener contacto con sus dos progenitores, lo que conlleva a la afectación de su identidad; salvo casos extremos donde el padre necesariamente es omiso en todo lo que se requiere a la tenencia o desaparece o no se hace cargo de él voluntariamente.

La Tenencia Compartida, viene siendo aplicada como una institución del derecho de Familia, que busca equiparar los roles y funciones de los padres, principalmente busca

estrechar lazos paterno filiales, lo cual no ocurre en una tenencia monoparental en donde excluyen la presencia de uno de los progenitores. Es por ello que la tenencia compartida resuelve el problema de las reticencias económicas del progenitor no custodio, incapaz de controlar el uso real del dinero destinado a su hijo, y permite a ambos progenitores el mismo nivel de acceso y responsabilidad.

Por ello, se busca que el Juzgador pudiera acordar la tenencia o custodia compartida aun en el supuesto de que los progenitores no la hubieran pactado previamente, por lo que el juez con su mínimo de discrecionalidad haga uso de esa potestad, de acordar de oficio dicha tenencia, limitándolo a criterios fundados, excepcionales para que de esa forma se proteja adecuadamente el interés del menor.

La tenencia compartida permite que la formación, el contacto con sus progenitores sea de pleno y no restringido, como ocurre en el régimen tradicional de la tenencia. El problema a resolver abarca dos aspectos: que los hijos tengan la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse, puesto que así eran idóneos para ejercer; conjuntamente también que se les debe reconocer en esa idoneidad cuando se separan por las causas que sea, sin perder de vista que los hijos son las víctimas del conflicto y no los generadores del conflicto. (Fuentealba Vásquez, 2011)

En este sentido Olavarría, señala:

No cabe duda, lógicamente el hecho de compartir el cuidado de los y las menores, exige un acto de voluntad por parte de ambos progenitores, de ahí la dificultad del ejercicio de una "tenencia compartida", dado que por la complejidad y dificultad que entraña su configuración este sistema de tenencia necesita de una continua colaboración entre los progenitores, el respeto entre ellos, que haga fluida la comunicación y/o alternancia que pueda ser fijada en un proceso judicial, de los hijos e hijas con cada uno de ellos, y que haga factible esa comunicación constante y habitual que requiere la tarea de educar a un o una menor. (Olavarría, 2004, pág. 77)

## **2.7. TENENCIA COMPARTIDA: EL INTERÉS DEL MENOR EN LAS DIFERENTES ESTRUCTURAS FAMILIARES**

El concepto de familia, no ha tenido una precisión o exactitud; se puede decir que generalmente se conoce a la familia, como aquel grupo de personas unidas por razones de consanguinidad o afectividad. Por otro lado, la parte clásica o formalista de la doctrina, ha venido señalando que la familia o su reconocimiento de la pluralidad de formas de una familia, está simbolizada por el único modelo de familia establecido, este es el “matrimonio”, criterio que actualmente no se comparte por la forma de vida que hoy en día se va desarrollando y/o manifestando en la sociedad, cerrando lo dicho y sellándolo como un criterio desfasado.

Es entonces, que por estos tiempos, la familia no puede estar sujeta a una sola, única y exclusiva conceptualización. Siendo una institución social debe ser tratada de forma permeable, amplia con una tipicidad legal abierta.

Para Varsi quien manifiesta:

“Se permita un tratamiento actual, basado en los intereses de las personas de un grupo familiar, que cada vez buscan más afecto y menos formalidad. Siendo así, que el individuo piensa más en sí mismo, en su futuro, en la realización de sus intereses afectivos y existenciales, es por ello que ahora se casa más tarde o deciden tener hijos pero cada uno conservando su independencia, lo cual no implicaría someter al niño a una vida disfuncional, porque dichas actitudes podrían responder en la medida en que las partes integren, se compenetren e identifiquen. (Varsi, 2011, pág. 58).

Se reconoce a la familia como un núcleo abierto, permitiendo que se tomen medidas favorables a los menores que no puedan vivir con sus padres, quienes no les proveerían de los cuidados indispensables requeridos por un menor, siendo estos restituidos a su familia extensa o terceros con vínculos afectivos que puedan ser capaces de brindarles un desarrollo y cuidado adecuado, cumpliendo así con obligaciones parentales, que por circunstancias graves o excepcionales los progenitores no puedan cumplir.

**CAPITULO III**  
**CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA**  
**LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**3. CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

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

La Constitución en su Art. 44 manifiesta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **3.2. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

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

“La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 3).

En el Art. 10 del cuerpo normativo referido manifiesta:

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

En el “Art. 11. Se manifiesta:

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

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

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

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

En el Art. 12 se expresa:

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

En el “Art. 14. Se manifiesta:

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

En el “Art. 21 manifiesta:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares

con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 6)

En el “Art. 100 se expresa: El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, pág. 35).

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

### **3.3. CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO**

La custodia compartida no está regulada en nuestro actual Código Civil pero podemos encontrar un artículo que expresa algo del cuidado de los padres.

En el Código Civil en su Art. 272 expresa lo siguiente: “No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieren sido sacados los hijos, visitar a estos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes”. (Códificación del Código Civil, 2005, pág. 59)

Luego de plasmado el artículo del Código Civil podemos darnos cuenta que existe un gran vacío legal ya que dicho artículo habla de las visitas de los padres cuando existe una separación o divorcio y no de una custodia compartida es decir todas las responsabilidades es

para los dos padres, para Cabanellas el concepto de visita significa: “acto de ir a ver a alguien es su casa, o en lugar donde permanece o se encuentra por razón de trabajo u otra causa. (...) Asistencia domiciliaria del médico...” (Cabanellas de Torres, 1993, pág. 578)

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

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

2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel que los padres que ellos elijan...” (Códificación del Código Civil, 2005, pág. 23).

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

Esto quiere decir que el Art 108 debe ser modificado ya que en la actualidad no solo para darle la responsabilidad de la crianza y deberes a un solo padre sino a los dos como manifiesta Larrea Holguín la primera obligación de los padres consiste en “la crianza del hijo, es decir el conjunto de cuidados indispensables para su subsistencia y desarrollo, y se concreta esta obligación en el deber de alimentar, vestir, vivienda y formación de los primeros hábitos físicos, intelectuales, morales, etc...” (Larrea Holguín, 2009, pág. 78).

Dentro de nuestra legislación es al padre a quién se le impide en caso de separación o divorcio un contacto permanente con su propio hijo, por lo que se le concede un limitado derecho de visitas como expresa nuestro Código Civil. Con lo mencionado, es imposible, que siga formando parte en la educación y crianza de su propio hijo, razón por la cual optar por una tenencia compartida, sería una gran solución para dar la oportunidad de a los dos

progenitores que y que esto daña especialmente los niños que son considerados uno de los grupos más vulnerables.

## **CAPITULO IV**

### **DERECHO COMPARADO**

#### **4. DERECHO COMPARADO**

##### **4.1. PERÚ**

Para Beltrán Pacheco sobre la Tenencia Compartida en Perú manifiesta:

El artículo seis de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad.

Como consecuencia de la responsabilidad parental, tenemos el derecho que tienen los padres de vivir con sus hijos y a su vez el derecho de los hijos de vivir en una familia sea ésta: nuclear, monoparental, separada, reconstituida o ensamblada, entre otras.

La tenencia compartida solo puede ser otorgada a aquellos padres que ejercen la paternidad y maternidad responsable.

La tenencia o custodia es una institución familiar, que permite a los padres vivir conjuntamente con sus hijos menores de edad, por lo que de acuerdo a las circunstancias puede ser definida como: a.- Un atributo de la patria potestad b.- Como institución propiamente dicha.

El 4 de octubre del 2008 a través de la Ley 29269 quedaron modificados los arts. 81 y 84 del Código de Niños y Adolescentes estableciéndose a partir de ese momento en el Perú, que en caso de tenencia de un menor, al no haber sido esa determinada de común acuerdo, “la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”. Muy poco se ha desarrollado lo

referente a ella ya que únicamente se establece que en el caso de que los padres se encuentren separados el juez podrá disponer una tenencia compartida a fin de garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente. (Beltrán Pacheco, 2013)

De lo manifestado podemos destacar que a pesar de no establecer reglas, parámetros o guías para el ejercicio de la custodia compartida, es importante el enfoque que se establece ya que independientemente del acuerdo al que puedan llegar o no los padres, la autoridad competente de este país actúa de oficio pues el fin mismo es lograr el cumplimiento del Interés Superior.

Al respecto, Fernández con respecto a la Tenencia Compartida considera que en Perú es:

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

Como se percibe de la sola interpretación literal de la norma la tenencia compartida o custodia compartida puede ser determinada además de común acuerdo, mediante una decisión judicial motivada prioritariamente en bienestar del menor esto claramente especifica que en Perú ya está reconocida la tenencia compartida.

Esta característica constituye un principio que no rige, únicamente la Custodia Compartida sino que forma uno de los criterios indispensables en las decisiones concernientes al ámbito del derecho de Familia en general. Así lo ha establecido de manera expresa el

Código de Niños y Adolescentes en su Título Preliminar, reconociendo la calidad de sujetos de derecho y reafirmando que poseen a su favor una “Protección específica” tutelando sus derechos vinculados al desarrollo físico y psicológico; independientemente de la condición es la que se hallan sus progenitores. (Flores, 2016).

#### **4.2. VENEZUELA**

En este sentido de Custodia Compartida, la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes (2007), según lo establecido en el artículo 358, impide cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes, poniendo de manifiesto que se cumple a cabalidad el derecho al buen trato.<sup>2</sup>

Razón por la cual, y según los planteamientos descritos en párrafos anteriores, se concluye que la responsabilidad de crianza es uno de los cambios de denominación de la reforma parcial de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente la cual establece, una regulación del niño-familia y en particular de la relación paterno-filial.

Desde su preámbulo, la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, destaca el rol fundamental de la familia, así como los deberes de los padres con respecto a la crianza, a la educación y el derecho del niño a ejercerlos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades. Entre uno de los deberes de los padres y derechos de los niños, niñas y adolescentes, está lo que en la antigua Ley se conoce como guarda, pero que en la actualidad se conoce como custodia.

En efecto, la custodia compartida forma parte del ejercicio de la responsabilidad compartida, según lo previsto en el Artículo 359, el cual dispone:

---

<sup>2</sup> Art. 358 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes manifiesta: La Responsabilidad de Crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes”.

En la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes Art. 359: El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad tienen el deber compartido, igual e irrenunciable de ejercer la Responsabilidad de Crianza de sus hijos o hijas, y son responsables civil, administrativa y penalmente por su inadecuado cumplimiento. En caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o de residencias separadas, todos los contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercida conjuntamente por el padre y la madre. (Ley Orgánica para la Protección de los Niños, 2007 , pág. 97).

Para el ejercicio de la Custodia se requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, deben convivir con quien la ejerza. El padre y la madre decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos o hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercido por el padre y la madre: Excepcionalmente, se podrá convenir la Custodia compartida cuando fuere conveniente al interés del hijo o hija.

En caso de desacuerdo sobre una decisión de Responsabilidad de Crianza, entre ellas las que se refieren a la Custodia o lugar de habitación o residencia, el padre y la madre procurarán lograr un acuerdo a través de la conciliación, oyendo previamente la opinión del hijo o hija. Si ello fuere imposible, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente podrá acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del Artículo 177 de esta Ley. (Ley Orgánica para la Protección de los Niños, 2007 , pág. 98)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, plantea un cambio de paradigma frente a la connotación de lo que significa el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos, implantando un cambio importante en materia de custodia, donde emergen con mucha fuerza los principios de equidad de género, y la coparentalidad donde padre y madre tienen el deber irrenunciable de formar a sus hijos, darle las orientaciones adecuadas, procurarle vestido, alimentación manutención y todo aquello que comprenda el desarrollo integral de los niños y adolescentes. Principios estos que se han venido adecuando a la

transformación de los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, dentro de las relaciones familiares.

En relación al artículo 359, se desprende, que aun cuando los padres tengan residencias separadas por cualquiera de las causales referida por la presente norma jurídica, ambos tienen el deber y el derecho en igualdad de condiciones de criar a sus hijos. Igualmente, establece el referido artículo, que la residencia del niño, niña o adolescente debe ser la misma que la de sus padres, y en caso de divorcio su residencia será la misma de quien ejerza la custodia, pero la responsabilidad de crianza seguirá siendo ejercida por el padre y la madre. (Fernández Rincón, 2010, pág. 22)

Residencia que será determinada de mutuo acuerdo entre los padres. Y en caso de desacuerdo, deben escuchar la opinión de sus hijos e hijas para así poder conciliar y fijar la residencia que mejor le convenga a los mismos. En ese mismo orden de ideas, la disposición citada establece, en relación a la residencia de los niños, niña y adolescente en esta situación, que si la conciliación no se alcanza, el padre, la madre, representante o responsable, establece la posibilidad que acudan al Juez Competente, quien se encargará de fijar la residencia. En ese sentido, se evidencia, que en materia de custodia se está dando un paso importante con relación a lo que se venía manejando, advirtiendo que este hecho equivale también a un cambio de cultura. Aceptando que los conflictos familiares no tienen ni deben entorpecer la relación padre-hijo porque es un derecho fundamental de los hijos.

### **4.3. ARGENTINA**

El ejercicio de la tenencia compartida se introdujo en el Código Civil Argentino en virtud de la reforma de la ley 23.264 del 25 de setiembre de 1985. La tenencia compartida se dispuso por dicha ley solo a favor de los hijos matrimoniales cuyos padres no estén separados o divorciados. Contrariamente a ello, la coparentalidad es un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados. La coparentalidad está

reconocida en la Convención de Derechos del Niño el art. 18.1. Esta convención internacional fue ratificada por ley 23.849 que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

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

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

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

El Código civil argentino regula el ejercicio de la patria potestad en el art 264. Respecto a padres separados la regulación se encuentra en el art. 264 inc., 2 y 5 donde se establecen roles de los padres basados en la desigualdad, al regular el ejercicio de la patria potestad, según el principio monoparental. La tenencia exclusiva a favor de uno de ellos coloca en una orfandad artificial a los hijos. Uno de los progenitores se irroga derechos en desmedro del otro colocando al niño como objeto. En virtud de la Convención de Derechos de Niño este artículo del Código Civil ha quedado en principio sin aplicación. Luego de la convención internacional el principio es la coparentalidad respecto al ejercicio de la patria potestad y la monoparentalidad la excepción cuando razones justificadas lo imponga. La

tenencia compartida beneficia al hijo al no perder ninguno de los padres. El niño es sujeto de derechos y titular de los derechos a la coparentalidad. (Correa Aguilar, 2016, pág. 27).

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

#### **4.4. ESPAÑA**

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

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

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

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

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

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

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

#### **4.5. BOLIVIA**

En Bolivia al igual que en el Ecuador y en la mayoría de países de Latinoamérica, siempre ha pesado la tradición mal entendida, que la madre es la que debe cuidar a los hijos y el

hombre salir a buscar alimento, pero esto se ha distorsionado a lo largo de las generaciones corriendo una suerte de irresponsabilidades otorgadas y solapadas por las leyes, ya que estas han permitido que existan hombres que se deslinden del compromiso, de criar física o de forma cercana a sus hijos y limitándose en el mejor de los casos a pasar una pensión económica, y a dejar en manos de las madres toda la responsabilidad de crianza de sus hijos, volviéndose esto nocivo en la sociedad, es por ello que consideramos importante realizar el análisis jurídico a la ley de Bolivia ya que esta mantiene la guarda solo para uno de los progenitores, si bien es cierto en ella no especifica que sea la madre que tenga la custodia, pero si ordena que, solo uno de los padres puede tener la guarda, lo cual cae en lo mismo, porque la discusión no es, que la custodia sea entregada al hombre o a la mujer sino de forma conjunta, para que los dos tengan las mismas responsabilidades y obligaciones.

En el Código del Niño, Niña y Adolescente en su Art. 57 encontramos el concepto de lo que es la guarda y se manifiesta:

“La guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a la niña, niño o adolescente con carácter provisional. Es otorgada mediante Resolución Judicial a la madre o padre en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres, o a terceras personas sin afectar la autoridad materna o paterna.

La guarda confiere a la guardadora o guardador el deber de precautelar los intereses de la niña, niño o adolescente frente a terceras personas, inclusive a la madre, al padre o ambos; así como también a tramitar la asistencia familiar. (Código Niño Niña y Adolescentes, 2014, pág. 25)

At. 43 encontramos la clase de guarda y se establecen las siguientes clases de Guarda:

1. Por desvinculación familiar, de acuerdo a lo previsto por la normativa en Materia de Familia; y,
2. La guarda otorgada por la Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre la niña, niño o adolescente sujeta a lo dispuesto por este Código. (Código Niño Niña y Adolescentes, 2014, pág. 26)

En el Art. 62 encontramos la Revocación y dice: La guarda podrá ser revocada mediante Resolución Judicial, de oficio o a petición de parte, considerando los informes ordenados y después de haber oído a la niña, niño o adolescente. (Código Niño Niña y Adolescentes, 2014, pág. 30)

En la legislación boliviana se hace una diferenciación muy marcada ya que se establece la guarda a los padres separados, divorciados o no. En cambio se otorga tenencia cuando es un tercero es decir no uno o los dos progenitores.

#### **4.6. CHILE**

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

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

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

## CONCLUSIONES

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

1. En el primer capítulo se trató sobre la custodia, tenencia y patria potestad estas instituciones muy importantes dentro del Derecho de Familia y que otorgan a uno de los padres la responsabilidad total del hijo y después de realizar el análisis de nuestro tema de ensayo podemos llegar a la conclusión de que es la responsabilidad de los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes para que el menor pueda desarrollarse de la mejor manera para ser un persona de bien.
2. En el segundo capítulo tratamos sobre el interés superior del niño y llegamos a la conclusión que esto es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con el propósito de hacer posible el libre desarrollo de su personalidad. Relacionado con nuestro tema de estudio es que en la custodia compartida es decir la responsabilidad de los dos progenitores va de la mano siempre ya que se busca el beneficio del menor para que no se vea afectado por la separación de sus padres.
3. El tercer capítulo se habló sobre la custodia compartida e interés superior del niño en la legislación ecuatoriana y como se ha ido desarrollando a través de la historia del Ecuador plasmado como un derecho constitucional del menor. De este análisis se puede deducir que en el Ecuador todavía no se ha aceptado que haya una custodia compartida pues hemos tenido un avance muy lento, aun no se ha regulado la tenencia compartida como una institución jurídica que permita que ambos padres asuman una custodia compartida, con los deberes y derechos que esta conlleva, por lo que es necesario que de la manera más urgente se reforme los cuerpos legales correspondientes para asegurar el cumplimiento de este derecho importantísimo para el desarrollo de nuestros niños y niñas.

4. El cuarto capítulo se trató sobre la custodia compartida en el derecho comparado y se llegó a la conclusión que esta es la mejor manera para dar responsabilidades a los dos progenitores y puedan compartir conjuntamente el cuidado y desarrollo de sus hijos.
5. Se llegó a la conclusión de que el divorcio o separación de los padres trae muchos problemas al momento de decidir con cuál de los progenitores se quedará el menor, ya que las peleas llegan a los Juzgados de la Niñez y Adolescencia y pues el Código Civil da prioridad a la madre para que tenga la tenencia y al padre le concede un régimen de vistas.
6. De igual manera nuestros administradores de justicia no miran el interés superior de los niños, al otorgar en sus resoluciones un limitado derecho de visitas al padre, con lo cual solo se aleja al progenitor de su hijo, generando graves daños psicológicos en los más pequeños como son los niños.
7. La tenencia compartida es la mejor solución para evitar causar daño a los niños ya que allí se da la responsabilidad de crianza y educación a los dos progenitores y se busca el mejor beneficio para los menores.
8. El Principio del Interés Superior del Niño resulta un factor y principio muy importante, en la medida de que en el ámbito de su aplicación, considera al niño como sujeto de derechos, garantizando su futuro desarrollo integral, en razón a que sea participe de procesos familiares de responsabilidad compartida, permitiendo una integración con sus padres, quienes son los responsables a tenor de dicho principio, de garantizar su colaboración en actos que puedan afectar a sus hijos.

## RECOMENDACIONES

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

responde a situaciones distintas, siendo el objetivo principal salvaguardar el desarrollo integral del menor.

5. Aplicar la Tenencia Compartida o Coparental, no como alternativa sino como regla general, implicaría contribuir a relacionar aspectos socio-jurídicos, que con la adecuada aplicación de los criterios y correcta discrecionalidad del juez, se llegue a sostener la familia rota, para que padre y madre puedan coparticipar parentalmente, en consideración a los hijos, quiénes tienen el derecho a la afectividad imperecedera y al rol socializador suministrado por sus dos figuras parentales.
6. El Principio del Interés Superior del Niño , comprende, según diversos estudios, que dispone de mecanismos más efectivos de protección de los derechos de los niños, en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos, por tanto los jueces especializados en Familia, deberán aplicar su correcta discrecionalidad, en la medida de integrar factores con el objetivo de otorgar la Tenencia de menores, en razón de reconocer que los niños pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, que comprenden su desarrollo integral difiriendo de su edad.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Andreina, C. E., & Maciel, S. G. (julio de 2011). *Trabajo de Grado previa a la obtención a título de licenciatura en Ciencias de la Educación en la carrera de Psicología Educativa y Orientación Vocacional*. Obtenido de <http://repositorio.utn.edu.ec/bitstream/123456789/2150/2/Tesis..pdf>
- Boned, F. (2004). *La Custodia Compartida*. Buenos Aires : Astrea .
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabrera, A. (27 de abril de 2015). Tenencia Compartida una opción para los padres divorciados. *El Tiempo*.
- Cárdenas Camacho, A. (2005 ). *Alcances de la Patria potestad y la Custodia* . Mexico: Unan.
- Cillero, M. (2013). *Evolución Histórica de la Constitución Jurídica de la infancia y la adolescencia en Chile*. Montevideo: Iberoamericana.
- Correa Aguilar, J. (2016). *La Tenencia Compartida y sus efectos jurídicos en la Constitución del Ecuador* . Guayaquil : Universidad de Guayaquil .
- Esparza Olcina, C. (2006). *La Guarda Compartida* (Primera Edición ed.). Navarra, España : Arazandi.
- Estatuto de la Corte internacional de Justicia. (2009). *Interes Superior del Niño*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández Rincón, C. (2010). *Análisis de Excepcionalidad de la Custodia compartida contemplada en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela* . Maracaibo : Tesis Doctoral, Universidad Rafael Urdaneta .
- Fuentealba Vásquez, A. (2011). *Paternidad y Crianza* . Chillán : Tesis Doctoral Universidad .
- Godoy Moreno, J. (2004). *La Custodia Compartida* . Madrid : El Legislador .
- Guillarte, M., & Calero, C. (2000 ). *Comentarios al nuevo Artículo ...."*. Buenos Aires: Heliasta.
- Hernando Ramos, S. (2002). *El Informe del Ministerio Fiscla en la Guarda* . Bogotá: Temis.

- Hollweck, M. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. . Buenos Aires : Thomson La Ley.
- Kafury Benedetti, C. F. (8 de junio de 2016). ¿Que es la custodia o cuidado personal de los menores y a quien se le otorga . *El Universal*.
- Larrea Holguín, J. (2009). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lathrip Gómez, F. (2001). *Custodia Compartida y Corresponsabilidad* . Bogota: Temis.
- Machuca Bravo, K. (2015). *Materia de Derecho Civil IV*. Cuenca : Corporacion de Estudios y Publicaciones .
- Mazzinghi, J. (2000). *Derecho de Familia* (Vol. IV). Buenos Aires, - Argentina : Abaco.
- Nobecilla Ulloa, S. P. (2014). *Factores determinantes de la Tenencia de menores ebn los Juzgados de Familia de Trujillo; La Primacía del Interés Superior del Niño* . Trujillo.
- Olavarría, J. (2004). *Adolescentes: conversando la intimidad, vida cotidiana,sexualidad y masculinidad* . Santiago : Flacso .
- Ortuño Muñoz, P. (2007 ). *El Nuevo Régimen Jurídico* . Buenos Aires : Heliasta .
- Pérez, M. (2006). *Padres que asumen la Custodia de sus Hijos en ausencia de la figura materna; miradas y retos* . Madrid : Reus .
- Pierre, A. (2001). *Interes Superior del Niño* . Buenos Aires : Astrea .
- Pinto Andrade, C. (2003 ). *La Custodia Compartida* . Bógota : Temis .
- Romero, A. (2012). *la guarda y custodia compartida* . Madrid: Editorial Reus S.A. .
- Sánchez de la Fuente, F. (2002). Breves notas sobre la patria potestad, especial problemáticade los supuestos de separación de los padres. *Anuario de Justicia de Menores*, 258.
- Simón, F. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia* . Quito: Editorial Cevallos Editora Jurídica .
- Suin Cajamarca, K. I. (2016). *Tenencia Compartida Solición o Conflicto* . Cuenca : Tesis .
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de Familia* (Vol. I). Lima: El Buho.
- Zaffaroni, E. (1981). *Derecho Civil, Derecho de Familia 2*. Buenos Aires : Editorial Astrea .

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

## LEGISLACIÓN

*Codificación del Código Civil*. (2005). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Niño Niña y Adolescentes. (2014). *Bolivia Ley No 548*. La Paz .

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (2008). *Art. 96*. Quito, - Ecuador : Editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico General de Procesos. (2016). *Custodia* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .

*Constitución de la República del Ecuador*. (2008).

Convención de los Derechos del Niño. (1990). *Interes Superior del Niño* . Buenos Aires: Astrea.

Ley Orgánica para la Protección de los Niños, N. y. (2007 ). *Art. 358* . Venezuela : Ibis .

*Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. (2009).

## LINKOGRAFÍA

Beltrán Pacheco, P. (16 de Enero de 2013). *La Tenencia Compartida en el Perú*. Obtenido de <http://www.slideshare.net/lexwilliam/la-tenencia-compartida-en-el-peru>.

Catalán Frías, M. J. (22 de agosto de 2011). *Tenencia Exclusiva* . Obtenido de [http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%](http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/574/1/La%20custodia%20compartida)

Couso, L. (16 de enero de 2007). *La Custodia Compartida*. Obtenido de [https://es.wikipedia.org/wiki/Custodia\\_compartida](https://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida).

- Echeverría, K. (9 de septiembre de 2011). *La guarda y la Custodia Compartida de los hijos*.  
Obtenido de [http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf).
- Fernández, A. (18 de mayo de 2014). *La Familia y la Coparentabilidad en el Perú*. Obtenido de [http://www.academia.edu/10291099/La\\_Coparentalidad\\_Tenencia\\_Compartida\\_en\\_el\\_Per%C3%BA](http://www.academia.edu/10291099/La_Coparentalidad_Tenencia_Compartida_en_el_Per%C3%BA)
- Flores, J. (3 de junio de 2016). *La Custodia compartida de los Hijos* . Obtenido de <http://www.divorciosporinternet.com/la-custodia-compartida-de-los-hijos>
- Guevara, J. (17 de agosto de 2002). *Patria Potestad*. Obtenido de <https://abogadasecuador.wordpress.com/patria-potestad>
- Ortega, I. (14 de marzo de 2002). *El Inerés Superior del Niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ambito de la Unión Europea*. Obtenido de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>.
- Torres Ojeda, A., & Santiago, C. (2013 ). *Rama Judicial de Puerto Rico* . Obtenido de Custodia : <http://www.ramajudicial.pr/orientacion/custodia.htm>
- Verdugo, R. (22 de febrero de 2013). *Dones para la igualdad de la custodia compartida*. Obtenido de <http://donesigualtat.blogspot.com/2009/10/un-verdugo-no-tiene-sexo.html>