



FACULTAD DE DERECHO

Tema:

¿EN NUESTRA LEGISLACIÓN SE DEBE INTRODUCIR LA CUSTODIA
COMPARTIDA DE LOS MENORES, EN BENEFICIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO?

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogada

Presentada por:

Samantha Micaella Calderón Rivera

Tutor:

Magister Nathaly Jurado

Quito, septiembre 2022

RESUMEN

El presente trabajo se desarrolla con la finalidad de estudiar las potencialidades de la custodia compartida en pro de los niños, niñas y adolescentes, esto dentro de nuestra normativa legal ecuatoriana, misma que no la mantiene en su mira de una manera directa, materia que debería tratarse de forma directa debido a que es una de las modalidades más nuevas en las que se prevé el cuidado y protecciones de aquellos hijos que se encuentran en el rango de menores de edad.

En el sistema jurídico ecuatoriano, al producirse una crisis de pareja que ha procreado hijos y decide dar finalizada su convivencia en común, la opción que se presenta es la de otorgar la custodia del menor de edad ya sea a la madre o al padre, y de esta manera el padre que no mantenga ese rol asignado pasa a tener un rol secundario en lo que abarca a la corresponsabilidad parental, esto quiere decir que va a afectar tanto al aporte emocional como al aporte de convivencia en la formación de sus hijos.

Con la investigación a realizarse se revisan los diversos conceptos aplicables al estudio de la situación problemática, entre los que destacan custodia, custodia compartida, tenencia, patria potestad e interés superior del niño, en tanto son determinantes para comprensión y caracterización del objeto de estudio. Se revisa el régimen jurídico, que en el plano constitucional es compatible con la figura de custodia compartida, la cual no se encuentra desarrollada en el nivel legal. Para estudiar la operatividad de esta figura, se recurrió al derecho comparado, usando las legislaciones española y chilena como referencias de contraste.

Se ha previsto que los menores de edad sean vistos por nuestra legislación como objeto de tutela y protección. Es por esto que el análisis de la custodia compartida es importante, dado que la integridad de la familia permite al Estado asumir el deber de la protección a la familia como célula fundamental en el entorno.

Palabras clave: Familia, custodia, interés superior del niño, corresponsabilidad parental.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

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

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

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

Samantha Micaella Calderón Rivera

C.I. 172063668-5

DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación está dedicado en primer lugar, al gran arquitecto del universo y al universo en si quienes con su luz me han iluminado para escoger la hermosa carrera del Derecho y me han permitido llegar hasta este punto, en segundo lugar, a mis padres Iván y Verónica pilar fundamental en mi vida, gracias por el apoyo que me han dado durante toda mi carrera y han impulsado cada uno de mis sueños, y sobre todo han entendido este amor tan loco que siento por el derecho, gracias mamá y papá por cada desvelada a mi lado, por cuidarme como una niña chiquita, por siempre estar a mi lado compartiéndome su amor, mi vida no sería igual sin ustedes.

A mis segundos padres, mis abuelitos Casilda y José, quienes me han visto como una hija más y me han dado fuerzas para seguir adelante, gracias a ellos por enseñarme desde pequeña a que el que persevera alcanza, por siempre hacerme sentir capaz ante todo momento creyendo en este ser humano a pesar de todas las cosas.

A mis abuelitos María Yolanda y Abdón, gracias abuelito que desde el cielo me cuidas, me enseñas y guías mis pasos, esto también para ti mi viejito, a mi abuelita que me ha enseñado en estos últimos meses que aunque la vida a veces se nos olvida, lo único que no se va son la familia.

A mis tíos Adriana, Mauricio y Roberto por siempre darme ánimos para seguir adelante y seguirme viendo como la bebé de la casa, gracias a ellos en este momento soy la persona que soy, quiero en este punto hacer un reconocimiento especial a mi tío Mauricio, quien, con su amor, ternura y sobre todo carácter me ha cogido en sus brazos, siendo así pilar fundamental en mi vida, gracias por tus consejos, apoyo y sobre todo palabras de aliento.

A mi hermana Luciana, quien, con su cariño, comprensión y sobre todo lealtad me ha dado las mejores lecciones de vida y quien a pesar de ser pequeña me impulsa con sus fuerzas para seguir cuando no puedo más.

A mis jefes César y Miguel, quienes confiaron en mí plenamente y en mis capacidades, vieron siempre en mí una luz y la impulsaron a que crezca, les quedo agradecida por creer en mí.

A mis amigos Sergio, Lizbeth y Ana María quien con su amistad me han enseñado que los amigos aportan y cuidan y nunca te dejan solo en este largo viaje llamado vida.

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN	2
ABSTRACT	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS	3
DEDICATORIA	4
ÍNDICE DE CONTENIDO	5
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	10
CUSTODIA, TENENCIA Y PATRIA POTESTAD	10
1.1. Definición de Custodia	10
1.2. Definición de Custodia Compartida	12
1.3. Tenencia.....	13
1.3.1. Definición de Tenencia.....	13
1.3.2. Definición de Tenencia Compartida.....	14
1.3.3. Casos en que el/la Menor puede dar su criterio sobre con que progenitor desarrollarse.....	16
1.4. Definición Patria Potestad	17
1.5. Definición del Interés Superior del Niño.....	19
1.6. Principio de Corresponsabilidad Parental.....	21
1.7. Definición de Principio de Igualdad.....	22
CAPÍTULO II.....	24
ANÁLISIS DE COMO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE INFLUYEN EN LA: CUSTODIA, TENENCIA Y PATRIA POTESTAD.....	24
2.1. Definición: El Interés Superior del Niño	24
2.1.1. El Principio del Interés Superior del Niño de la mano con la Custodia Compartida.....	25
2.1.2. Análisis sobre el Interés Superior del Niño, en relación con Tenencia de Menores.....	26
2.1.3. Análisis sobre el Interés Superior del Niño, en relación con la Patria Potestad	29

CAPÍTULO III	31
CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	31
3.1 Custodia Compartida e Interés Superior del Niño en la Legislación Ecuatoriana.....	31
3.1.1 Constitución de la República del Ecuador.....	31
3.1.2. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	33
3.1.3 Código Civil Ecuatoriano.....	35
CAPÍTULO IV	37
DERECHO COMPARADO	37
4.1. España.....	37
4.1.1. La Guarda y Custodia en España.....	37
4.2. Chile.....	40
4.2.1. Cuidado Conjunto en Chile	40
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	42
Conclusiones.....	42
Recomendaciones	44
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

¿EN NUESTRA LEGISLACIÓN SE DEBE INTRODUCIR LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS MENORES, EN BENEFICIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO?

Autor: Samantha Micaella Calderón Rivera

Correo electrónico: samy_mika@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo se desarrolla con la finalidad de estudiar las potencialidades de la custodia compartida en pro de los niños, niñas y adolescentes, esto dentro de nuestra normativa legal ecuatoriana, misma que no la mantiene en su mira de una manera directa, materia que debería tratarse de forma directa debido a que es una de las modalidades más nuevas en las que se prevé el cuidado y protecciones de aquellos hijos que se encuentran en el rango de menores de edad.

En el sistema jurídico ecuatoriano, al producirse una crisis de pareja que ha procreado hijos y decide dar finalizada su convivencia en común, la opción que se presenta es la de otorgar la custodia del menor de edad ya sea a la madre o al padre, y de esta manera el padre que no mantenga ese rol asignado pasa a tener un rol secundario en lo que abarca a la corresponsabilidad parental, esto quiere decir que va a afectar tanto al aporte emocional como al aporte de convivencia en la formación de sus hijos.

Con la investigación a realizarse se revisan los diversos conceptos aplicables al estudio de la situación problemática, entre los que destacan custodia, custodia compartida, tenencia, patria potestad e interés superior del niño, en tanto son determinantes para comprensión y caracterización del objeto de estudio. Se revisa el régimen jurídico, que en el plano constitucional es compatible con la figura de custodia compartida, la cual no se encuentra desarrollada en el nivel legal. Para estudiar la operatividad de esta figura, se recurrió al derecho comparado, usando las legislaciones española y chilena como referencias de contraste.

Se ha previsto que los menores de edad sean vistos por nuestra legislación como objeto de tutela y protección. Es por esto que el análisis de la custodia compartida es importante, dado que la integridad de la familia permite al Estado asumir el deber de la protección a la familia como célula fundamental en el entorno.

Palabras clave: Familia, custodia, interés superior del niño, corresponsabilidad parental.

Abstract (en inglés)

The present work is developed with the purpose of studying the potentialities of shared custody in favor of children and adolescents, this within our Ecuadorian legal regulations, which does not maintain it in its scope in a direct way, a matter that should be treated directly because it is one of the newest modalities in which the care and protection of those children who are in the range of minors is foreseen.

In the Ecuadorian legal system, when there is a crisis in a couple that has procreated children and decides to terminate their cohabitation, the option that arises is to grant custody of the minor either to the mother or the father, and thus the father who does not maintain this assigned role becomes a secondary role in terms of parental co-responsibility, this means that it will affect both the emotional contribution and the contribution of cohabitation in the formation of their children.

With the research to be carried out, the different concepts applicable to the study of the problematic situation are reviewed, among which custody, shared custody, custody, custody, parental authority and the best interest of the child stand out, as they are determinant for the understanding and characterization of the object of study. The legal regime is reviewed, which at the constitutional level is compatible with the figure of shared custody, which is not developed at the legal level. In order to study the operability of this figure, comparative law was used, using Spanish and Chilean legislation as contrasting references.

It has been foreseen those minors are seen by our legislation as an object of guardianship and protection. This is why the analysis of shared custody is important, given that the integrity of the family allows the State to assume the duty of protecting the family as a fundamental cell in the environment.

Keywords: family, custody, best interests of the child, parental co-responsibility.

INTRODUCCIÓN

Cuando ha ocurrido un quebranto en el entorno en el que se desarrolla con normalidad el entorno familiar y existen crisis de pareja, las parejas se ven obligados a tomar una decisión en cuanto al cuidado de sus hijos menores de dieciocho años.

Como regla principal, los padres son quienes toman las decisiones en cuanto quien se hará responsable del cuidado de los hijos que han procreado, es así deberán tomar una decisión en cuanto al cuidado unilateral o exclusivo, esta decisión siempre deberá ser tomándose en cuenta el interés superior del niño, y la custodia compartida deberá ser ejercida de forma simultánea y superponiendo los intereses de los menores de edad.

La legislación ecuatoriana prevé la atribución de la tenencia a uno solo de los progenitores, de acuerdo con criterios de conveniencia y tutela del interés superior del niño, niña o adolescente, correspondiendo al otro progenitor un régimen de visitas, dejando de lado la posibilidad del establecimiento de un régimen de custodia compartida, corriente en otras legislaciones, que se caracteriza por una alternancia en la convivencia y en dar preponderancia práctica a la corresponsabilidad parental.

De igual manera cabe recalcar que se debe hacer una diferenciación entre tenencia, custodia y patria potestad términos que, aunque parezca que son iguales, tienen significado diferentes, cada uno de ellos importantes en cuanto a lo que se explicará más adelante y cada uno de ellos tiene su función dentro del interés superior del niño. Por lo tanto, la presente investigación se orienta a evaluar la viabilidad de introducir en la legislación del Ecuador la custodia compartida, como un instrumento para favorecer el interés superior del niño, niña y adolescente.

Para esta obligación, se desarrolló una investigación estructurada en los siguientes apartados Capítulo I, sobre la Custodia, Tenencia y Patria Potestad, en tanto al interés teórico en su diferenciación; Capítulo II, Análisis de como el interés superior del niño, niña o adolescente influye en la: custodia, tenencia y patria potestad; Capítulo III, Custodia compartida e interés superior del niño en la legislación ecuatoriana, Capítulo IV, sobre derecho comparado, así como conclusiones y recomendaciones y referencias utilizadas en la investigación.

CAPÍTULO I

CUSTODIA, TENENCIA Y PATRIA POTESTAD

1.1. Definición de Custodia

A fin de acceder a una comprensión previa de los elementos teóricos que caracterizan la situación problemática, partiendo del concepto de custodia; a tal efecto, puede señalarse que, de acuerdo con Gete, citado por Pérez (2017), se refiere a un:

...poder jurídico, legitimación, reconocido a los padres (ambos o uno sólo) que ostentan la titularidad y ejercicio de la función parental, que comporta el derecho a tener consigo al menor, bien de manera permanente o alterna, y los deberes relacionados con el desarrollo de la vida cotidiana del mismo, relativas a sus necesidades personales, materiales y jurídicas del mismo, mientras esté en su compañía (p. 13).

Se refiere, por tanto, a una potestad que le es conferida a los padres de los niños que han procreado, relacionada con la posibilidad de tomar decisiones sobre aspectos más relevantes del bienestar a largo plazo del niño o adolescente, al igual que sobre la crianza de estos, teniendo como otros elementos complementarios la convivencia, el cuidado y la asistencia que se debe conferir a los hijos menores de edad.

La custodia de acuerdo con lo afirmado por Aráuz (2016), tiene su arraigo en sistemas jurídicos de otros países, entre los que se destaca, a título de ejemplo, el sistema jurídico norteamericano, en el cual:

La persona que tiene la custodia es la que cuida o toma decisiones por su hijo. La custodia legal se refiere al derecho legal de un padre a tomar decisiones sobre la atención médica, educación y otros asuntos importantes para su hijo. En casi todos los casos la corte les da la custodia legal a ambos padres. Esto se llama custodia conjunta. Cuando uno solo de los padres tiene la custodia legal, se dice que tiene custodia exclusiva. Legal Aid, citada por (Aráuz, 2016, pág. 54).

Dentro de la custodia viene inmersa la relación y obligaciones que cada padre debe tener con su hijo, pero ocurre que en el caso de las crisis matrimoniales o de pareja, en las que los progenitores no desean o no pueden llevar adelante la vida en común, deben

considerarse la toma de decisiones respecto de la custodia del niño, niña o adolescente en cuanto a con cuál de los progenitores debe convivir de manera regular, así como la forma en que el otro progenitor podrá formar parte y participar de los eventos de la vida de su descendiente.

Cuando existen crisis familiares el cuidado y protección adecuada para los niños, niñas y adolescentes viene desde el poder judicial, en cuanto se garantiza que ambos padres tendrán en igualdad de condiciones el acceso a la custodia y de igual manera al cuidado y protección de sus hijos, de esta manera no deberá existir ningún tipo de discriminación y el acuerdo que se tome deberá ser beneficioso para todas las partes.

Con exclusión de la relación que pueda ligar a los progenitores y de los cambios que puedan haber experimentado sus relaciones personales, es decir, si conforman o no una pareja consolidada que comparte un proyecto de vida, los hijos menores de edad tienen el derecho a contar con la asistencia y atención de ambos padres, de acuerdo a lo establecido en la norma constitucional, en su artículo 69:

Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

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

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, pág. 62)

Es decir, que la norma fundamental prevé, como una forma de promover y garantizar los derechos de los integrantes de las familias, con especial énfasis en niños, niñas y adolescentes, la promoción de la maternidad y paternidad responsables, para cuyo ejercicio no puede ser impedimento la separación de la pareja, siendo necesario, para el Estado, la realización de todo lo conducente para promover el bienestar de los descendientes, en los casos en que los progenitores no deseen o no puedan mantener su convivencia común. (Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008)

Adicionalmente debe señalarse que en el Código de la Niñez y Adolescencia no relaciona a la custodia como una institución independiente en el derecho de familia; sino,

como un atributo del poder y responsabilidad que se confiere a las personas que tienen a su cuidado, de manera permanente o temporal, a los niños y adolescentes, es decir, como un elemento derivado de la tenencia, razón por la que se puede afirmar que la custodia como institución independiente, propia de otros sistemas jurídicos, no existe en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

1.2. Definición de Custodia Compartida

En cuanto se refiere a la educación, crianza, atención y demás prestaciones que conlleve el deber de ser padre, en donde la convivencia habitual de los padres y el menor de edad no se vea afectada,

De conformidad con lo expresado por Ortega (2017):

La custodia compartida, se aborda como la modalidad de ejercicio de cuidado y atención del menor en la cual los ex cónyuges acuerdan el establecimiento de una relación basada en principios de cooperación, respeto y constante atención a las necesidades que pueda presentar el menor en su desarrollo integral (p. 21).

Señala el autor que esta figura jurídica constituye un instrumento para establecer una garantía, que alcanzan ambos progenitores, de contribuir de manera positiva en el logro de todas las condiciones necesarias para la satisfacción integral de las necesidades del niño o niña, siendo además, una forma establecida de comunicación fluida entre quienes han conformado una pareja y se han separado con el paso del tiempo; de modo que, se permita una interacción efectiva y rápida para la solución de conflictos y desavenencias entre ellos, que tengan por centro los derechos y necesidades de los hijos. Llevada adelante por los progenitores que ya no se encuentran en una situación de convivencia actual y efectiva, todo sobre la base del respeto, del consenso. Al respecto, la custodia compartida constituye un instrumento jurídico proclive a promover las condiciones para mejor provisión en beneficio de los intereses de los hijos menores de 18 años.

En los casos de custodia compartida es importante aplicar los principios que se han impuesto por el sistema jurídico para la protección de los niños, niñas y adolescentes, en donde prima el interés superior del niño, la igualdad entre ambos progenitores, la corresponsabilidad parental dentro del ejercicio de los derechos y obligaciones que implican

al menor y, por último, está el derecho del menor a relacionarse de igual manera con sus padres.

Su finalidad es construir un consenso que surja de las circunstancias familiares, todo orientado a generar un conjunto de circunstancias fácticas, necesarias para la consolidación de relaciones con sus padres dentro de un contexto de tiempo, de calidad, suficiencia en la atención, afectividad y desarrollo interpersonal constructivo. De acuerdo con lo expresado por Pérez (2017), en el sistema jurídico del Ecuador la figura legal de la custodia, haciendo este autor una interpretación analógica de su alcance, corresponde a un derecho y deber de los progenitores relacionado con la crianza y educación de los hijos, pero dicha figura legal no está regulada dentro de las normas de derecho positivo del Ecuador.

1.3. Tenencia

1.3.1. Definición de Tenencia

La tenencia se puede definir como la atribución del cuidado de los hijos menores de edad, en el caso de Ecuador se le dará al padre que se encuentre más apto para cuidado y supervisión del niño, es decir, la convivencia directa con uno de los progenitores, lo que no implica la disminución de la patria potestad del otro progenitor en cuanto esfera de derechos y obligaciones relacionadas con el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Esto y con la sentencia No. 28-15-IN/21 de la Corte Constitucional, dentro de la cual se reforma el artículo 106 del Código de la Niñez en cuanto establecía, una preferencia en favor de la madre para el cuidado del hijo menor de edad, cuando había separación o cuando no se tiene vivienda en común.

La tenencia se puede establecer por acuerdo voluntario o por decisión de juez competente. La tenencia es entonces la figura legal que permite mantener la continuidad en el contacto entre los hijos y sus progenitores cuando estos viven separados. Es obvia la necesidad de que los hijos puedan mantenerse en una relación con sus progenitores para su desarrollo personal y estabilidad psicológica. (Simon, 2021)

La figura legal de la tenencia es igual o equivalente a la guarda o custodia de otras legislaciones, ya que esta se refiere al cuidado físico en sí del hijo o hija y los derechos-deberes que se deriven de esta situación. Sin embargo, la custodia, tal como ha sido concebida, en otros ordenamientos jurídicos, implica un régimen de mayor amplitud para el ejercicio cabal de la corresponsabilidad parental. De igual manera es importante mencionar

cuando es pertinente suministrar alimentos al menor, cuando se encuentra al cuidado de uno de los padres; para esto, el artículo 4, en sus numerales 1 y 2 respectivamente, del Código de la Niñez y Adolescencia (03-ene.-2003) explica quiénes son los titulares del derecho de alimentos¹.

Dentro de las personas obligadas a la prestación de alimentos como lo estipula el artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia², enuncia que son los padres quienes suministran alimentos a sus hijos, cabe recalcar que los alimentos son dados a quien tiene la tenencia del menor. Lo que determina que, incluso en los casos en que se ha privado de la patria potestad a uno de los progenitores, esto no hace que se extinga la responsabilidad compartida en el logro del bienestar, asistencia y manutención de los hijos.

1.3.2. Definición de Tenencia Compartida.

Cabe precisar que la tenencia compartida es una de las propuestas contempladas en el proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a lo que se entiende por tenencia compartida; que se refiere, al acuerdo previo entre los padres, la estancia de los hijos durante determinados momentos, como las vacaciones escolares, fines de semana o fechas especiales; de igual manera, lo correspondiente al lugar de residencia de los hijos en cada período del año, al respecto de

¹ “Art. 4.- Titulares del derecho de alimentos. -Tienen derecho a reclamar alimentos:1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de este derecho de conformidad con la presente norma; 2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes”.

² “Art. 5.- Obligados a la prestación de alimentos. Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad.

En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:

1. Los abuelos/as;
2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,
3. Los tíos/as.

La autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso.

Los jueces aplicarán de oficio los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y dispondrán todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión”.

lo cual deben imperar todas las decisiones que se relacionen con el logro de los derechos e intereses de los menores de edad.

Cabe precisar que se deberá hacer un acuerdo en cuanto a los alimentos, el régimen de visitas y comunicación en los casos en que, la permanencia con uno de los progenitores sea considerablemente prolongada, en beneficio del otro progenitor y, en lo intrínseco y no por esto menos importante, en tutela del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Esta tenencia compartida surge como una necesidad cuando se produce el fin de la relación de los padres, momento en el cual se debe decidir, de común acuerdo o bien con la asistencia de los órganos competentes del Estado para la protección de los niños, a cuál de los progenitores habrá de corresponder la tenencia; es decir, la convivencia y cuidados diarios y cotidianos, para lo cual es fundamental hacer énfasis en el interés superior ya citado.

De esta manera es sumamente necesario definir que es la tenencia compartida, por lo cual, para Ortuño Muñoz (2006) la custodia compartida es:

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

En cuanto la tenencia compartida, se forma dentro del ejercicio de la corresponsabilidad parental y se obliga a ambas partes a velar por el bienestar de sus hijos, de esta manera entablando relaciones a largo plazo con ellos.

Para el Autor Simón, este tipo de tenencia es aquel en donde ambos padres comparten el cuidado y protección de sus hijos, esto se hace en igualdad de condiciones, los hijos conviven con sus padres por un periodo de tiempo en igualdad de condiciones en cada uno de sus domicilios. “El equilibrio de papeles, valorando la paternidad y la maternidad, conlleva un desarrollo físico y mental más adecuado en los casos de fragmentación social.” (Simon, 2021, pág. 537)

1.3.3. Casos en que el/la Menor puede dar su criterio sobre con que progenitor desarrollarse

Es considerable que se escuchen los deseos que expresen los hijos, esto según la edad de los mismos, pues sin duda su opinión tendrá más importancia cuando se trate de un menor con un importante grado de madurez que se vaya acercando a la mayoría de edad.

Esto significa que hay que darle la debida importancia y participación en los procesos que conciernen a su persona, cuando este ha alcanzado cierta edad. Es apenas normal que los sistemas jurídicos modernos cautelen este derecho del niño, a intervenir en este tipo de decisiones que se toman respecto a los elementos relevantes en su régimen de vida, que van a sostener o alterar las condiciones en las que lleva a cabo su desarrollo integral, razón por la que en muchos sistemas se recomienda la consulta a los menores, en los casos de establecimiento de regímenes de tenencia y de visitas, si bien no sean partes en el proceso.

Cabe mencionar que se debe decir que el criterio y los deseos del menor de edad que se encuentra dentro de un proceso no es vinculante para el juez ya que estos no son prescriptivos sino orientadores para el juez, ya que este debe evaluar conforme a las reglas de la sana crítica racional, el conjunto de circunstancias que rodean la causa y los demás elementos de convicción aportados en la relación con el interés superior del niño.

En estos supuestos de colisión, el juez debe expresar los motivos de su apartamiento de la opinión del menor. El juez, en suma, no podrá dejar de tomar contacto personal, escuchar y tener en cuenta la opinión del menor cuando en función de su edad, madurez psíquica, desarrollo intelectual y afectivo-cognitivo, se manifieste a través de un juicio propio no sujeto a la influencia de los padres, libertad e independencia de criterio que debe garantizar el tribunal, para lo cual serán fundamentales la colaboración y los informes de los equipos técnicos interdisciplinarios, puesto que se trata de un derecho constitucional del menor a ser escuchado.

Así lo establece la Convención sobre los Derechos de los Niños, dentro de su artículo 12, acuerda que el menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión y ser escuchados en la diferente problemática en la que su bienestar se encuentre pendiente de una decisión por parte de sus padres o de un juez.

Se ha resuelto que de ningún modo puede desecharse ese deseo y opinión cuando se trata de menores adultos de quince años. Se puede afirmar que, si no existen causas graves o relevantes que justifiquen apartarse de lo que los niños deseen a partir de los 16 o 17 años,

y si su parecer no se encuentra bien orientado, imponerle a un adolescente una decisión no deseada, genera únicamente situaciones en las que el niño permanece más tiempo fuera de su casa o en la casa del otro progenitor o en casos extremos llegan a romper lazos familiares.

E incluso se decidió que, si bien la opinión de una menor de edad no puede tener fuerza vinculante, para definir cuál de los dos padres tendrá la tenencia, la misma debe ser considerada como elemento decisivo y suficiente cuando aquella cuente con doce años de edad y se haya expresado con libertad, todo de acuerdo con la decisión de la Corte Constitucional. (Inconstitucionalidad Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia, 2021)

A esto debe añadirse que, si bien la intervención de los menores en los juicios en que se discute su tenencia o régimen de visitas no puede soslayarse, cabe tener presente que, la opinión o participación, no puede resultar vinculante cuando la corta edad de estos les impide pronunciarse, sobre los temas que se ventilan en el expediente judicial, por la obvia imposibilidad para discernir válidamente cuestiones de esta índole. Sin embargo, de aquello, no escuchar y ver al niño, cualquiera sea su edad, vicia de nulidad las decisiones judiciales que se dicten mediando esta omisión. El niño debe ser oído, tanto por el juez de primera instancia como por el juez de alzada.

1.4. Definición Patria Potestad

De acuerdo con Bermúdez (2019) la patria potestad:

...supone el conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los progenitores sobre sus hijos menores no emancipados o incapacitados y sobre los bienes de estos, determinada por su filiación, pero con independencia de esta, así como sobre los hijos adoptivos (p. 5).

De igual manera el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 105, define a la patria potestad de la siguiente manera:

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 de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003)

Como tema de relevancia de igual manera en el Código Civil en su artículo 283 se define a la patria potestad como: “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” (Código Civil, 24-jun.-2005. Última modificación: 12-sep.-2014).

La patria potestad entonces faculta y obliga a los padres a asumir una serie de conductas, tomar decisiones y medidas en pro del bienestar de sus hijos menores de 18 años no emancipados, todo guiado por el principio del interés superior del niño, siendo así una verdadera función social y que por todo lo expuesto anteriormente debe encontrarse normada en el derecho positivo para garantizar su cumplimiento.

Dentro del contexto que se señala se puede decir que la patria potestad, debe ser ejercida en beneficio a los hijos, asumir los deberes y obligaciones que tienen como padres; es así que, estos deben alimentarlos, protegerlos, cuidarlos, brindarles educación con formación integral, de igual manera cabe recalcar que los padres representan a sus hijos legalmente y por lo tanto debe haber concordancia en cuanto a lo que ambos padres desean.

La patria potestad debe ser ejercida de forma conjunta sin importar si se encuentran dentro de un vínculo matrimonial, independientemente de su sexo o de la forma exclusiva en el cual haya sido un acuerdo previo previsto por las partes. 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. (Coronel Gómez, 2022, pág. 5)

Debe indicarse que la patria potestad, en tanto a poder o conjunto de derechos y obligaciones, se puede perder; lo que significa, que tanto el padre como la madre dejan de tener el derecho de convivir, proteger, custodiar, vigilar y formar a sus hijos; esto puede suceder en los siguientes casos:

- 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.

Es importante señalar, en consecuencia, que existen causales para la suspensión y la pérdida de la patria potestad, previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia aprobado por el Código de la Niñez y Adolescencia (3 de enero de 2003), en cuyo artículo 112 constan³ así como causales taxativas mediante las cuales procede su privación o pérdida, contenidas en el artículo 113 de la referida norma⁴. En tales supuestos, no se busca generar una sanción a la conducta del padre; sino tomar las decisiones necesarias para, ante las circunstancias de hecho no deseadas tipificadas por la norma, se puedan tomar las medidas rápidas para proteger el bienestar de los menores.

1.5. Definición del Interés Superior del Niño.

El interés superior del niño es un elemento complejo del orden jurídico, que tiende a constituirse como referente directo y orientador de todas las acciones, políticas y decisiones en materia de protección del bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, dentro de un concepto garantista y amplio, que asegure que toda medida que se acuerde con relación al niño sea consonante y adecuada con los derechos y garantías previsto por el ordenamiento jurídico de manera armónica.

³ Art. 112.- Suspensión de la patria potestad. - La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas: 1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses; 2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113; 3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor; 4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada; 5. Alcoholismo y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y, 6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral. Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectado podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad. Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor.

⁴ Art. 113.- Privación o pérdida judicial de la patria potestad. - La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos: 1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija; 2. Abuso sexual del hijo o hija; 3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija; 4. Interdicción por causa de demencia; 5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses; 6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y, 7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija. Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, adoptabilidad del niño, niña o adolescente. Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso penal.

Dentro de la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 44, establece el interés superior del niño en cuanto a la responsabilidad del Estado de la siguiente manera:

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

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008)

El Código de la Niñez y Adolescencia define al interés superior del niño en su artículo 11 establece lo siguiente:

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 de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003)

De igual manera está consagrado este principio en la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 3 que dispone lo siguiente:

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. (UNICEF, 2006)

El interés superior del niño es uno de los principios que más se toma en cuenta en el proceso de decisión, sea esta por parte de un juez o sea por medio de acuerdo mutuo de las partes y así este consiste en tomar en consideración lo que beneficie al menor, ya que este es considerado como un sujeto vulnerable y perteneciente a un grupo que requiere de mayor atención.

Este principio del interés superior del niño no se refiere a una simple facultad jurisdiccional, que es dada por un juez para resolver sobre los derechos constitucionales que se encuentran en juego en ese instante, aquello tiene una lógica superior y tiene un significado superior en cuestión de decidir sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a través de herramientas que se dirigen a resguardar el pleno desarrollo de su entorno y por medio de esto garantizar la contribución a la sociedad.

En este principio fundamental se puede señalar, como la forma de protección que tiene el menor, es decir, un principio instrumental, destinado a la tutela del conjunto de derechos reconocidos tanto por el ordenamiento jurídico nacional o internacional en favor de la niñez y de la adolescencia. De esta manera siempre se debe poner a consideración la estabilidad tanto física como mental del menor de edad, en cuanto se busca un equilibrio con la tenencia compartida, que procura que se mantenga una relación sana con ambos progenitores, todo en beneficio del menor de 18 años.

1.6. Principio de Corresponsabilidad Parental

Con respecto al principio de la corresponsabilidad parental en el Art. 100 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone que: “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003)

Es así que se ve reflejado este principio en la Constitución del Ecuador en su artículo 69 numeral 5 que dispone lo siguiente: “... 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, 20 de octubre de 2008). De esta manera, se evidencia que el principio de corresponsabilidad parental ha sido considerado por el constituyente ecuatoriano, como un elemento fundamental dentro del conjunto de principios y valores que informan su sistema jurídico, relacionado directamente con los presupuestos necesarios para la vida social, al encontrarse consagrado en la norma constitucional.

En el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 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 de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003)

De acuerdo con el artículo 21 del Código de la Niñez y Adolescencia, esto se desarrolla a través de un derecho fundamental directo en favor de la niñez y de la 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. (Código de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003).

Con vista hacia otros horizontes, se debe dar el merecido reconocimiento al valor inherente al principio de corresponsabilidad parental, considerándose, al efecto, el texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que en el Art. 18 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...”. (UNICEF, 2006)

Este principio reconoce la participación de ambos padres en la crianza y formación de sus hijos, a tal efecto, se requiere que aquellos asuman posturas expresadas en acciones concretas, que beneficien la creación y consolidación de un entorno proclive al logro del bienestar de los menores desde una perspectiva holística.

1.7. Definición de Principio de Igualdad

Puede entenderse el principio de igualdad, dentro del campo de las relaciones paterno filiales, como la equidad que debe existir en referencia a los derechos y responsabilidades que poseen los padres dentro del cuidado de sus hijos, esta debe ser sin exclusión alguna. Este principio es reconocido, dentro de la normativa nacional por 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, 20 de octubre de 2008) así como en otras normas análogas en cuanto protección del principio de igualdad⁵.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 6 dispone que: “Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, edad, (...), discapacidad...” (Código de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003). Motivo por el cual se puede concluir que, si bien el principio de igualdad previsto en favor de todas las personas que conforman el grupo familiar, por la norma constitucional a que se ha hecho referencia al inicio del presente, en donde se toma en cuenta como parte fundamental el caso de los niños, niñas y adolescentes, el Código, en tanto expresión concreta del desarrollo de las previsiones programáticas de la norma constitucional, hace énfasis en su protección, desde la consideración de su debilidad jurídica.

La crianza monoparental, que recae en la figura de la madre cada vez de modo más recurrente, por lo que parece crearse una tendencia no solo dentro del sistema jurídico ecuatoriano, sino en otras legislaciones, que favorece a considerar a la madre como la cuidadora más óptima para llevarlo a cabo, pero es el caso que la sentencia 0028-15-IN de la Corte Constitucional, ha cambiado esta presunción, en tanto prevé que el cuidado del menor estará a cargo del progenitor más apto para esto, esto con en el fin de que el padre también sea considerado para el cuidado de su hijo, si se encuentra en mejores condiciones que la madre, todo esto sobre la base de las consideraciones que pueda hacer el juez en torno de lo que fuere más conducente, a la prevalencia del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

⁵ Art 70: “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). (Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008)

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).

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE COMO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE INFLUYEN EN LA: CUSTODIA, TENENCIA Y PATRIA POTESTAD

2.1. Definición: El Interés Superior del Niño

Conforme ya mencionamos, el interés superior del niño es un derecho que se encuentra garantizado en la Constitución y en los Tratados Internacionales.

Con este derecho lo que se busca es preservar el interés superior de los niños y niñas que se encuentran en una situación difícil.

El interés superior del menor, es una obligación primordial de la administración pública y de todo el Estado en general precautelarlo, es así que se encuentra plasmado en nuestra Constitución, leyes especiales y en los tratados internacionales de derechos humanos.

En la Constitución del Ecuador se encuentra establecido el interés superior del niño en el art 44:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas... (Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008)

El Código de la Niñez y Adolescencia consagra asimismo al interés superior del niño de la siguiente forma en el art. 11:

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 de la Niñez y Adolescencia, 3 de enero de 2003)

El interés superior de la niñez y de la adolescencia, se encuentra orientado a un fin específico, cual es de informar todas las actuaciones, las normas, las estructuras del Estado y las decisiones que se adopten por órganos de la administración y de la jurisdicción en las materias que afectan a los niños, niñas y adolescentes, que incidan de manera decisiva en la esfera de derechos y obligaciones, que se derivan de las previsiones constitucionales y legales.

2.1.1. El Principio del Interés Superior del Niño de la mano con la Custodia Compartida.

La custodia compartida se origina como secuela del desequilibrio en los derechos parentales y, por este medio; al buscar regular las relaciones legales que existen entre padres e hijos, procurando minimizar las consecuencias y traumas que pueden ser causados después de la separación repentina de sus progenitores.

La propuesta de la custodia compartida empieza por parte de los padres cuando se pone en mesa la propuesta de una custodia compartida o cuidado compartida, de este manera los padres ejercen sus derechos y obligaciones como padres todo esto basado en el interés superior del niño. Se reconoce como derecho, puesto que, tiene inmersos otros derechos en sí, como los son el de una relación familiar sana, ya que, si los padres se encuentran en crisis con su relación, los menores seguirán manteniendo sus derechos antes mencionados intactos.

Al respecto son relevantes dos consideraciones particulares; la presunción de idoneidad que debe caracterizar a cada progenitor al momento de la separación de la pareja, si se parte de su idoneidad en el contexto anterior, es decir, durante la vida en conjunto familiar, por lo que no resulta comprensible la creación de un régimen que dé preferencia per se a la madre, en perjuicio del padre, sin considerar las circunstancias particulares que puedan justificarlo.

De igual manera, es importante considerar, en segundo término, que ha de favorecerse el cumplimiento de los deberes de cada progenitor en favor de sus descendientes, deslindando, en todo lo posible, los efectos de las crisis de pareja en el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, por lo que debe darse prevalencia a las soluciones que conlleven a un acuerdo y a una sinergia en el ejercicio de la custodia, todo de acuerdo con el interés superior del niño, niña y adolescente.

El objetivo de este sistema es el cambio a mejor situación en las relaciones familiares, siempre esperando preservar la relación paterno-filial. De este modo surge la necesidad de tener un proceso más humanista, en donde todos los miembros de la familia tomen sus decisiones en base a la responsabilidad afectiva, dignidad e importancia que tiene la familia como protagonista y ejecutora de sus propias decisiones.

Se trata de garantizarle un entorno adecuado para que pueda desarrollar las capacidades y cualidades necesarias para su progresivo crecimiento personal, con el fin de salvaguardar la protección de su dignidad, garantizarle una existencia libre de injusticia o discriminación, dar trato prioritario a sus intereses sobre los de sus familiares y allegados, porque el Derecho debe proteger a quien es parte débil y necesitada en nuestra sociedad.

2.1.2. Análisis sobre el Interés Superior del Niño, en relación con Tenencia de Menores.

Dentro del fallo de la sentencia 28-15-IN/21 emitida por la Corte Constitucional en la que se declara inconstitucional el art.106 los numerales 2 y 4, ya que se establece que se viola varios principios del interés superior del menor dentro de esta norma, a cuyo respecto se establece en la mencionada sentencia, como parte de los alegatos presentados por las partes accionantes:

La preferencia de la custodia materna no tiene fundamento jurídico, ya que, si se realiza el examen de proporcionalidad respectivo, no se justifica que esa norma persiga un fin constitucionalmente válido. Simplemente se mantienen estereotipos de género superados, porque a la mamá se la condiciona como mera cuidadora y al papá como mero proveedor. Además, el artículo 83, numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador establece responsabilidades compartidas para los progenitores, y una de ellas es el cuidado. En caso de que los padres se separen y/o divorcien, de acuerdo a la norma mencionada, el cuidado aun en esos casos, deberá ser cumplido por ambos, no solo por la mamá. (Inconstitucionalidad del Art.106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, 2021)

Esta sentencia de capital relevancia en el estudio de la presente tesis, se dirige a revisar, desde la óptica de su adecuación al orden constitucional, de las normas jurídicas destinadas a regular la tenencia, contenidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, siendo necesario, a juicio del tribunal, la delimitación del alcance de la demanda y la extensión de

algunos institutos jurídicos concernientes al nexo del problema planteado para la solución de la jurisdicción-

Al respecto, parte el fallo en sus consideraciones previas a la decisión correspondiente, establece algunas distinciones que son útiles para la presente investigación, señalando, en primer lugar, una idea respecto de la patria potestad, que utiliza, de manera complementaria, los contenidos del Código Civil y del Código de la Niñez y Adolescencia, para expresar que es el conglomerado de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos e hijas no emancipados, pero relacionadas con materias concretas, orientadas a garantizar el bienestar de los menores: educación, desarrollo integral, tutela de derechos y garantías, cuidado y crianza.

La sentencia considera que el ejercicio de la patria potestad por los padres, se lleva a efecto en dos niveles, que son el personal y patrimonial, comprendiendo el primero como el cuidado material de los hijos, su educación y procura de su bienestar integral. Por su parte, el elemento patrimonial, implica la necesidad de representar a los hijos respecto al patrimonio privativo de estos, así como llevar a cabo actos de administración del mismo. De acuerdo con las normas fundamentales que reglan la materia en el sistema jurídico ecuatoriano, la patria potestad, por su naturaleza, se puede y debe ejercer de manera conjunta por los progenitores.

Por tanto, la sentencia aclara de una forma pedagógica, que el término de la relación entre los padres, bien sea de hecho o de derecho, no interrumpe el ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores, debido a que esta es una condición que procede de manera directa de la relación paterno filial, comprendida desde el mundo jurídico, pero es el caso que el artículo 118 del Código de la Niñez y la Adolescencia prevé una circunstancia particular, derivada, de la configuración material o jurídica de la separación de los padres, referida a la atribución de la crianza y el cuidado a uno de los padres, cual es la tenencia.

Es decir, clarifica la Corte que: la tenencia es uno de los elementos fundamentales de la patria potestad, pero que su atribución a uno de los padres no comporta que aquella no pueda ser ejercida de manera conjunta, por cuanto la patria potestad también implica obligaciones relacionadas con la educación y orientación, así como la representación patrimonial o no patrimonial, en los contextos judiciales o extrajudiciales.

Por tanto, clarifica la Corte, que los contenidos normativos del artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, se refiere a la atribución de la tenencia a uno de los progenitores y no afectan, *per se*, al ejercicio conjunto de la patria potestad.

Es el caso, que dentro de las prescripciones que deben orientar al juzgador para decidir respecto de la tenencia, está la de favorecer a la madre, en igualdad de condiciones y salvo que se evidencie que ello pudiera ir en contra del interés superior del niño, niña o adolescente. La Corte señala la existencia de otros modelos de tenencia que implican una alternancia de la residencia del menor, que sería la tenencia compartida.

En estos casos, donde se establece una marcada preferencia en favor de la madre, se está construyendo, dentro del orden legislativo, una vulneración del principio de igualdad de todos ante la ley, basado en lo que se denomina categorías sospechosas, es decir, aquellas a las que se recurre para la protección especial de un grupo vulnerable, que no obran en favor del mismo, estableciendo por el contrario, una situación desventajosa para algún sujeto de derecho en exceso gravosa, perpetuando con este tratamiento la condición no deseada o, en el fondo, generando una discriminación intolerable desde la óptica de la garantía de disfrute de los derechos y garantías previstos en las normas constitucionales y tratados de derechos humanos, por lo que se ha declarado la inconstitucionalidad de estas estipulaciones que inclinan la balanza, de pleno derecho, en favor de la madre al momento de asignar la tenencia.

La Corte Constitucional, en múltiples sentencias, ha establecido que el interés superior de niños, niñas y adolescentes debe ser una consideración primordial y tendrá protagonismo en las decisiones concernientes:

Cuando hay varias opciones para escoger en relación con los niños, niñas y adolescentes, según las circunstancias de cada caso, el interés superior exige optar por la que más favorezca al ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes.
(Inconstitucionalidad del Art.106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, 2021)

De conformidad con el interés superior el Comité de los Derechos del Niño se pronuncia:

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°.14 considera que: las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso (énfasis agregado). (Inconstitucionalidad del Art.106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, 2021).

La sentencia de mayoría fija entre una de las consideraciones que fundamentan la decisión de declarar inconstitucional los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA que:

El encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior de niños, niñas y adolescentes. Al contrario, se debe evaluar caso por caso cuál sería la mejor opción para los mencionados.

La sentencia ha determinado que no existe fundamento constitucional para dar preeminencia a la selección de la madre, sin que esto conlleve una violación del derecho a la igualdad ante la ley, siendo necesario para acordar una decisión en la materia, la ponderación del interés superior del niño, niña y adolescente, así como los otros criterios plasmados la sentencia y a los que se ha hecho referencia más arriba en la presente investigación.

2.1.3. Análisis sobre el Interés Superior del Niño, en relación con la Patria Potestad

Respecto de la patria potestad, el legislador es preciso al indicar en el artículo 111 del Código de la Niñez y Adolescencia (3 de enero de 2003) que la limitación de la patria potestad procede en tanto lo aconseje el interés superior del hijo y de la hija, siendo este criterio el que deba orientar al juez para la toma de decisiones al respecto, bien estableciendo la mencionada limitación, bien generando decisiones que acuerden la suspensión de la patria potestad o la pérdida de la misma, en los supuestos previstos por la norma en sus artículos 112 y 113, que establecen conductas o circunstancias que, de persistir en el tiempo con el ejercicio de la patria potestad, pueden lesionar gravemente la integridad física y emocional

de los niños, niñas y adolescentes. En el caso de coexistencia de causales que pudieren conllevar la suspensión o la pérdida de la patria potestad, siempre se aplicará la que implique un mayor peligro, porque en este procedimiento no se tiende a sancionar al progenitor, sino a precaver la ocurrencia de eventos que pudieran alterar el bienestar del niño, niña o adolescente.

CAPÍTULO III

CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

3.1 Custodia Compartida e Interés Superior del Niño en la Legislación Ecuatoriana.

3.1.1 Constitución de la República del Ecuador.

La sociedad del Ecuador se rige, por la Constitución de la República , siendo está considerada como aquella norma fundamental en la cual se fija la organización de un Estado, de esta manera regula los derechos y obligaciones que rigen a los ciudadanos en este tema la Constitución de la República del Ecuador dispone lo siguiente: en su artículo 44⁶ manifiesta el compromiso mutuo del Estado, la sociedad y la familias en el logro del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto al libre y pleno ejercicio de los derechos que les son inherentes para su crecimiento y maduración, lo que implica que se faciliten las condiciones para el despliegue de todas sus capacidades, potencialidades y expectativas de vida, asegurándose que esto se pueda llevar a cabo en un contexto en el que se pondere el valor de su bienestar integral, con el apoyo de políticas de los diversos niveles de gobierno y gestión pública.

En el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador⁷ se expresa el modo de disfrute de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes, que se determina de la siguiente manera, son beneficiarios del régimen común de derechos y garantías, además de disfrutar de otras que les son propias por su misma condición. Tales como tener una familia, respeto a su dignidad y libertad, la consulta en asuntos que incumban a su interés y bienestar y otros de similar naturaleza.

⁶ Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

⁷ 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.

Cabe recalcar que dentro del Art. 46 de la Carta Magna⁸ se da a conocer los parámetros de la protección integral que beneficia a los menores de seis años.

La Constitución de la República del Ecuador regula y previene el cuidado y el desarrollo de los hijos menores de edad y que se encuentren en esta situación. El desarrollo de un niño debe realizarse dentro de contextos específicos y de esta manera basarse en la familia, educación, mantener un ambiente sano en cuanto concierne a sus padres; de igual manera, debe adentrarse en una comunidad donde se incluya la evolución de sus funciones motrices, sensoriales, afectivas, cognitivas, morales y sociales, en su entorno familiar debe existir hábitos de crianza, alimentación sana y muchas cosas más para que el desarrollo del niño sea eficaz.

La Constitución manifiesta respecto a la corresponsabilidad dentro de su Artículo 69⁹ la necesidad del ejercicio de una paternidad y maternidad responsables, que vinculan por igual a ambos progenitores el cuidado y crianza de los hijos, haciéndose énfasis a esta obligación en los casos en que los hijos o hijas vivan separados del progenitor de que se trate.

Los niños tienen derecho a que sus progenitores compartan la custodia. La finalidad de esta disposición es la de que puedan desarrollarse de manera integral. La separación de los padres es un momento de gran dificultad para los hijos, es en ese instante en que los padres deben asumir la corresponsabilidad en su crianza; razón por la que, en la práctica es recomendable, ejercer la custodia compartida buscando el bienestar de los niños.

⁸ 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...

⁹ “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1.- Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...)

4.- El estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes y jefas de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. 5.- El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijos e hijas...”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) (Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008)

Por su parte el Art. 83 numeral 16 de la Constitución del Ecuador¹⁰ señala el deber de los ecuatorianos en cuidar y asistir a sus hijos e hijas dentro de criterios de corresponsabilidad y similar proporción, lo que sustenta aún más esta idea de corresponsabilidad.

La Constitución de la República del Ecuador requiere realizar una mención al cuidado y protección de los niños, esto en cuanto en el sentido de que se debe tomar como un privilegio que los niños y adolescentes tengan el pleno goce de sus derechos, y por tanto es que todos los artículos anteriormente mencionados giran en torno al interés superior del niño, que se encuentra dentro de los grupos de atención prioritaria.

3.1.2. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Como siguiente punto se analizará lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es así que se analizará el artículo. 9¹¹ que manifiesta el reconocimiento de la familia como contexto natural y necesario para el desarrollo integral, norma que, de igual manera reafirma el régimen de corresponsabilidad de ambos progenitores en el desarrollo y cuidado de los hijos. A este puede agregarse la obligación que al respecto surge para el Estado, como creador políticas públicas que hagan patente y faciliten el cumplimiento de esa corresponsabilidad, tal como lo prevé el artículo 10 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia¹².

El artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia¹³ da a conocer el principal principio rector de la materia de familia, es decir el interés superior del niño, es el cual impone a las autoridades e instituciones el deber de ajustar sus acciones y toma de decisiones al mejor proveedor del bienestar para los niños, niñas y adolescentes, en el entendido de que

¹⁰ 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

¹¹ 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

¹² 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

¹³ 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

es un principio de gran valor interpretativo y de aplicación de la norma que prevalece sobre otros, tal como el de diversidad étnica y cultural. Este principio se reafirma en el artículo 12¹⁴ de esta norma que dictamina, entre otras disposiciones, que, en los casos de conflicto de derechos subjetivos.

En el artículo 14 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁵ se expone el principio de protección integral aun en los casos de lagunas normativas o ausencia de regulación protectora, circunstancia que no será admisible como impedimento para cumplir con el principio general del interés superior del niño y con la protección integral que del mismo se desprende.

Los derechos del niño, niña y adolescente se encuentran regulados de manera extensa en los artículos 21¹⁶ y 22¹⁷ del Código de la Niñez y de la Adolescencia, en un reconocimiento de su relevancia y trascendencia para el desarrollo integral del menor de 18 años. Esto enfocado a regularse de manera coordinada con el mandato legal de corresponsabilidad parental, que se establece en el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁸.

¹⁴ 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

¹⁵ 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

¹⁶ 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 aquél, deberán proporcionarla y ofrecer las facilidades para localizarlos

¹⁷ Art. 22.- Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida

¹⁸ Art. 100.- Corresponsabilidad parental. - El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes

El Art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁹, se pronuncia ante las reglas para conferir la patria potestad, en el entendido de que sus numerales 2 y 4 han sido anulados por razones de inconstitucionalidad según sentencia No. No. 28-15-IN/21 de Corte Constitucionales, este siendo por varios factores, uno de estos es que el interés superior del niño siempre debe prevalecer, el derecho de igualdad de obligaciones y derechos de los padres de igual manera siempre debe primar, pero con este se estaba dando solo preferencia a la madre y no a los hijos, con esto también se impulsa a que el niño sea escuchado por el juez, esto no será tomado como decisión final, pero servirá para que el juez encargado del caso tome una decisión en donde no solo se beneficiara a ambos padres si no de igual manera a los hijos menores de edad.

3.1.3 Código Civil Ecuatoriano.

Como ya fue mencionado anteriormente la custodia compartida en este momento no está regulada por el sistema jurídico ecuatoriano, ni en el actual Código Civil, pero dentro de esta norma, lo que más puede asimilarse a tal institución es la previsión del artículo 272²⁰ relacionado con el cuidado que deben tener los padres con sus hijos.

Para Cabanellas de Torres (2015) el concepto de visita significa: “acto de ir a ver a alguien en su casa, o en lugar donde permanece o se encuentra por razón de trabajo u otra causa. (...) Asistencia domiciliaria del médico...”. Esta previsión determina, sin embargo, que no se tendría una comprensión extensiva del concepto de visita, por lo que se estaría

¹⁹ Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, ¿salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, ¿la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, ¿siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
- 5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
- 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

²⁰ 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

excluyendo circunstancias distintas a la que, el progenitor que no ostenta la tenencia acuda al sitio donde reside su hijo o a un lugar concertado para tal encuentro, como podría resultar en el caso de que se permita periódica y regularmente compartir con el otro progenitor todas las responsabilidades de crianza, cuidado y educación, incluso las que conlleven la posibilidad de convivir con el menor de 18 años por períodos preestablecidos.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

4.1. España

4.1.1. La Guarda y Custodia en España.

El Código Civil Español hace varias comparaciones de la patria potestad y los diferentes tipos de guarda y custodia que mantienen dentro de su legislación vigente. La patria potestad se ve definida por las relaciones paterno-filiales dentro del título VII, mientras que la custodia y sus tipos están regulados por el artículo 90 y subsiguientes, este es visto como efectos de nulidad, separación o divorcio.

La legislación española prevé, que de sobrevenir una crisis en la relación de paternidad, puede generarse una decisión de privación de la patria potestad, al tenor de lo previsto en el Art. 170 del Código Civil, este de igual manera puede atribuir este derecho a uno solo de los progenitores, derecho que se encuentra regulado en el artículo 156 del Código en estudio, salvo la mediación de circunstancias excepcionales, previstas en la legislación, el resultado normal de los conflictos en la materia, con ocasión de la finalización de la relación entre los padres, es que el ejercicio de los derechos de guarda y custodia sean atribuidos a ambos padres.

En España la custodia compartida se encuentra establecida en la Ley No. 15-2005, que modifica el Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que viene a ser materia de separación y divorcio. En esta legislación para acudir a la custodia compartida es necesario elaborar un plan de parentalidad, en donde se deberá establecer cómo se va a manejar la custodia de los hijos, como se manejarán los pagos y manutención de los niños y demás aspectos relevantes y pertinentes para velar el bienestar del menor.

La tenencia compartida y la guarda permiten, como instituciones instrumentales para el bienestar de los hijos e hijas, que ambos progenitores participen de manera activa y eficaz en su desarrollo y educación, con esto se pretende que los menores de edad compartan tiempo equitativo y de calidad vital tanto con su madre y con su padre, de esta manera el menor tendrá facilidades de residir con uno de sus padres un determinado tiempo con cada uno, siempre que sea acorde a lo señalado en el acuerdo previo.

Cabe recalcar lo que expone el artículo 92 del Código Civil Español:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres, en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.
8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta

forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. (Código Civil de España, 2021).

En contraste con la legislación ecuatoriana tenemos, que se busca tutelar el interés superior del niño, añadiendo a su caracterización la conveniencia de establecer un régimen de conformidad con el cual los hijos puedan mantener contacto y relaciones de convivencia con ambos progenitores, así como el establecimiento de acuerdos sobre la crianza y la formación de cada uno de los hijos menores de edad.

En España cuando el menor de edad, ya tiene un criterio propio formado para que sea tomado en cuenta en juicio, este debe ir acompañado de informes por parte del Ministerio Fiscal, Equipo Técnico Judicial y dictámenes de especialistas calificados.

El artículo 96 del Código Civil Español²¹, se refiere al domicilio en el cual van a habitar los hijos menores de edad, esto le da la atribución al uso y disfrute del domicilio familiar. Esta previsión legal deja vacía de regulación de la infinidad de situaciones que ocurren constantemente, además de potenciar, en determinadas ocasiones, la “lucha” por ostentar la guarda y tenencia de los menores basada en el derecho al uso de la vivienda familiar.

Como punto clave se debe tener en cuenta que el juzgador siempre será quien vele por el cumplimiento del plan de parentalidad para tomar una decisión que verse en el interés superior del niño. Según la Ley 15/2005 del Código Civil y la LEC en España, los padres tienen la potestad parental, dentro de este incluye el plan de parentalidad, que es el convenio firmado por los padres para constituir el régimen de custodia compartida.

²¹ Artículo 96. 1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

4.2. Chile

4.2.1. Cuidado Conjunto en Chile

En Chile, el Proyecto de Ley Amor de Papá, introdujo modificaciones al Código Civil y a otras normativas, esto con el objeto de proteger el interés superior del menor en el caso de que ya no existía ningún tipo de vínculo entre sus progenitores, así:

A) Agrégase el siguiente inciso primero a tercero al artículo 224 del Código Civil, pasando los actuales incisos primero y segundo a ser cuarto y quinto.

Es un derecho y un deber de ambos padres, sea que vivan juntos o separados, el cuidado y protección a sus hijos, velar por la integridad física y psíquica de ellos y procurar su orientación y beneficio en los aspectos de la vida que ellos lo necesiten. Los padres deberán actuar en forma conjunta en las decisiones que tengan relación con el cuidado, educación y crianza de los hijos. (Código Civil Chileno, 2001)

El derecho y deber antes mencionado comprende, al menos, los establecidos en los artículos 229 y 234 y el ejercicio de la patria potestad.

Con lo anterior mencionado cabe recalcar que los padres deben evitar actos u omisiones, por los cuales podría ser que se ponga en cuerda floja su entorno familiar y ponga en riesgo la imagen que tiene el hijo de su padre o madre.

B) Se modificó el artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido:

Artículo 225. - No obstante lo señalado en el artículo anterior, los padres podrán, de común acuerdo, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil, sub inscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, determinar que el derecho de cuidado directo e inmediato le corresponda a cualquiera de ellos. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Excepcionalmente, y sólo cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa grave y calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal e inmediato a uno de los progenitores.

Será causa de esta decisión, entre otros, los comportamientos dirigidos a:

- a) Incumplir las obligaciones de mantención, pudiendo hacerlo.
- b) Maltratar física o psicológicamente al hijo.
- c) Alterar o deformar gravemente la imagen que el hijo tiene de los progenitores.

Todo acto de los señalados en el inciso tercero del artículo 224 constituirá una forma de incurrir en esta conducta.

d) Obstaculizar o prohibir injustificadamente el ejercicio del derecho y deber establecido en el artículo 229, cuando el padre impedido se encuentre cumpliendo sus obligaciones.

e) Incurrir en cualquiera de los comportamientos señalados en los N.º 1, 3, 5 y 6 del artículo 54 de la Ley N.º 19.947.

C) El artículo 229 del Código Civil tuvo ciertas modificaciones en el siguiente sentido:

Artículo 229.- Los padres no serán privados del derecho ni quedarán exentos del deber, que consiste en mantener una relación directa y regular con sus hijos.

El juez podrá suspender o modificar el derecho y deber establecido en el inciso anterior al padre o madre que no tuviere a su cargo el cuidado de los hijos y que incurriere en alguna de las conductas previstas en el artículo 225 o instigare a terceros a hacerlo.

d) El artículo 245 del Código Civil es reemplazado por el siguiente:

Artículo 245.- Aunque los padres vivan separados, la patria potestad será ejercida por ambos en conformidad con lo previsto en el artículo anterior.

Si el cuidado personal e inmediato de los hijos, de conformidad al artículo 225, estuviere entregado a uno de los padres, éste ejercerá la patria potestad.

Con estas modificaciones destacan que:

Ante la falta de acuerdo respecto del cuidado de los niños, el padre tiene los mismos derechos que la madre para solicitarlo. Que ambos padres tienen los mismos derechos sobre los niños, independiente de quien tenga el cuidado de la persona. Además, se consagra el derecho de visita de los abuelos, incluso cuando uno de los padres se oponga.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

La presente investigación ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Cuando se da por terminado un matrimonio o la separación de una pareja la cual tenga hijos en común, no mediando un consenso entre los padres, se da inicio a un conflicto relacionado con la tenencia de los menores, en el entendido de que la legislación ecuatoriana se opta por otorgar esta potestad a solo uno de los progenitores, eludiendo la posibilidad de un régimen compartido.
- Los titulares de un conjunto de deberes, potestades y derechos respecto de los niños y niñas son sus padres, de esta manera son aquellos quienes deben velar por el bienestar y el interés superior del menor, sobre la base de lo previsto en la normativa respecto del régimen de Corresponsabilidad Parental, misma que se encuentra plasmada en la Constitución de la República del Ecuador y orienta cumplir con todas las condiciones y presupuestos necesarios para hacer efectivo el derecho bienestar de los niños, niñas y adolescentes a su bienestar integral.
- Existe una marcada tendencia, dentro del sistema jurídico ecuatoriano, particularmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, al uso inexacto de determinadas terminologías, como si se trata de instituciones jurídicas análogas: tenencia, patria potestad y custodia, debiendo considerarse categorías disímiles con funciones distintas dentro del sistema de normas orientado a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
- En el sistema jurídico ecuatoriano no existe una previsión expresa que regule la tenencia compartida, ponderando las ventajas y bondades de dicho régimen para el mejor logro del bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, como un instrumento para implementar el principio rector del interés superior del niño en la gestión del marco de las relaciones paterno filiales una vez que ambos progenitores han decidido poner fin a su vida en común o cuando ni siquiera la han iniciado, tanto para asegurar la vigencia de la corresponsabilidad parental,

como para favorecer el desarrollo emocional del menor de 18 mediante el contacto directo y formativo con ambos progenitores.

- Con base en las normas constitucionales ecuatorianas, que tienden a una protección integral del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es posible implementar el régimen de la custodia compartida en el sistema jurídico nacional, partiendo de las decisiones de los jueces en cuanto intérpretes legítimos del derecho.
- El fin de la custodia compartida es velar por el interés del menor, en cuanto ambos padres tengan acceso al cuidado, crianza, educación que conciernen a sus hijos e hijas, aun en los casos en que se ha roto todo tipo de convivencia o expectativa de convivencia entre los progenitores. Siendo esta custodia beneficiosa para los menores de edad, este es el recate del vínculo familiar y parental, dado que estos derechos se encuentran plasmados en varias normativas ecuatorianas.
- En cuanto a las normas constitucionales, las mismas pueden ser consideradas una base adecuada para el desarrollo de la legislación en materia de custodia compartida en Ecuador, por cuanto la carta magna ecuatoriana abunda en disposiciones que tutela el derecho a la convivencia familiar y ponen en realce la corresponsabilidad parental.
- De esta manera las normas que se encuentran contenidas en el Código Civil, resultan ser ineficaces para una aplicación correcta hacia la corresponsabilidad paterna y materna, esto se debe a la ambigüedad del Código y por tanto no abarca la posibilidad de custodia compartida de los hijos, solo reconoce la custodia monoparental en los casos de divorcio de los progenitores.
- De igual manera se puede ponderar como correcta la decisión que tomó la Corte Constitucional al declarar inconstitucional, los numerales 2 y 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dado que se establecía una preferencia de pleno derecho a favor de la madre, en los supuestos contemplados por la disposición

dejada sin efecto por la Corte y por lo tanto se reconoce un derecho de igualdad de las partes, sobre todo, una mayor amplitud para el juzgador en la búsqueda de condiciones que mejor tiendan a tutelar el interés superior del niño, niña y adolescente.

Recomendaciones

Como producto de las investigaciones realizadas se puede recomendar:

- El interés del niño se admite como un principio rector dentro de todas las legislaciones ecuatoriana, y se encuentra en concordancia con la Convención de los derechos de los Niños, se debe promover la revisión y posterior reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, pero principalmente al artículo 118 en donde sería factible la incorporación de la custodia compartida entre los progenitores de los menores de edad.
- De manera indudable el aplicar e incluir a la legislación la custodia compartida colaborará en cimentar una mejor relación paterno-filial, de esta manera se pueden colaborar mutuamente, y se debe mantener sobre todo los mismos derechos sobre su hijo y estableciendo una relación sana dentro de la cual va a existir un mejor desarrollo en los niños, niñas y adolescentes.
- Es conveniente promover a la realización de un estudio teórico a profundidad sobre la nueva figura de la custodia compartida como institución orientada a promover mayor amplitud en la tutela del interés superior del niño, tanto en el sistema judicial, como dentro del cuerpo legislativo nacional, con el fin de sensibilizar y promover un debate de altura sobre las potencialidades de esta figura para promover la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aráuz, N. (2016). *La tenencia y patria potestad del menor de edad que no ha cumplido doce años y la debida aplicación al artículo 106, numeral dos del Código de la Niñez y la Adolescencia de la Legislación Ecuatoriana en el período 2015 del Distrito Metropolitano de Quito*. Universidad Central de Ecuador. Quito: UCE.
- Benedetti, K. (2016). *¿Que es la custodia o cuidado personal de los menores y a quien se le otorga*. El Editorial.
- Bermúdez, M. (2019). *La patria potestad y su posible privación*. Madrid: Universidad: Colegio Universitario de Estudios Financieros.
- Cabanellas de Torres, G. (2015). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cárdenas Arroyo, E. (2013). *El Derecho de Familia*. Ambato: UNIANDES.
- Código Civil. (22 de Mayo de 24-jun.-2005. Última modificación: 12-sep.-2014). Quito: Registro Oficial Suplemento 46 . Obtenido de Registro Civil: https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf
- Código Civil Chileno*. (2001). Ministerio de Justicia de la República de Chile.
- Código Civil de España*. (2021). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Código de la Niñez y Adolescencia*. (03-ene.-2003). Quito: Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (7 de julio de 3 de enero de 2003). Quito: Registro Oficial 737. Obtenido de DPE: https://www.dpe.gob.ec/lotaip/pdfenero/JURIDICO/a2/a2_cod_nin_adolesc.pdf
- Código Orgánico General de Procesos*. (22 de mayo de 2015). Quito: Suplemento Registro Oficial No. 506.

- Constitución de la República del Ecuador*. (20 de octubre de 2008). Quito: Registro Oficial No. 449.
- Coronel Gómez, M. (20 de julio de 2022). *Patria Potestad*. Obtenido de https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2020B1_DER241_01_139093.pdf
- De Torres Perea, J. M. (2009). *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Iustel.
- Fueyo Laneri, F. (1959°). *Derecho Civil. Tomo Sexto. Derecho de Familia. Vol. I*. Santiago de Chile: Published .
- Ibáñez-Valverde, V. (2006). *Laberinto de la custodia compartida*. Universidad de Santiago de Compostela.
- Inconstitucionalidad Art.106 del Código de la Niñez y Adolescencia, 28-15-IN/21 (Corte Constitucional del Ecuador 10 de 12 de 2021).
- Inconstitucionalidad Art.16 CDN, 28-15/21 (CORTE CONSTITUCIONAL 10 de 12 de 2021).
- Inconstitucionalidad del Art.106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, 28-15-IN (Corte Constitucional 24 de Noviembre de 2021). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOicwNDI2ODI1NC11YWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=
- Méndez, M., Ferrer, F., & D Antonio, D. (2009). *Derecho de Familia* . Rubinsal Culzoni.
- Noblecilla Ulloa, S. (2014). Factores determinantes de la tenencia de menores en los juzgados de familia de Trujillo: la primacía del interés superior del niño. [Tesis de grado]. Universidad Privada del Norte, Trujillo, Perú. Obtenido de <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/1370/Noblecilla%20Ulloa%20c%20Sandra%20Patricia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ortega, G. (2017). Análisis de la Custodia Compartida en Ecuador. [Trabajo de Titulación]. Universidad de los Hemisferios, Quito, Pichincha, Ecuador. Obtenido de <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/xmlui/handle/123456789/755>

- Ortuño Muñoz, P. (2006). *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Madrid: Civitas.
- Pérez Martín, J. (2002). *El Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores, en Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial*. Madrid: Dykinson.
- Pérez Salazar-Resano, M. (2005). *Patria potestad*. Madrid: Sepin.
- Pérez, N. (2017). *Custodia Compartida: Un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en la legislación ecuatoriana*. Universidad Central del Ecuador. Quito: UCE.
- Pinto Andrade, C. (2015). La custodia compartida en la práctica judicial española. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 8, N°. 9, 143-175. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5645592>
- Simon, F. (2021). *Manual de Derecho de Familia*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica.
- UNICEF. (2006). *Convención sobre los derechos del Niño.*, (pág. 52). Madrid.
- Vázquez de Castro, L. M. (2008). *El concepto de matrimonio en el Código Civil*. Madrid-España.