UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

TEMA: “LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR”

TRABAJO (TITULACIÓN ESPECIAL) PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE: ABOGADO

AUTORA: JOSSELIN MARTÍNEZ

TUTOR: MAGISTER NATHALY JURADO

Quito, 2017

INDICE

RESUMEN 5

SUMMARY 6

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS 7

DEDICATORIA 8

INTRODUCCIÓN 8

CÁPITULO I 11

DEFINICIÓN DE TENENCIA Y PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS 11

Constitución del Ecuador 11

Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador 11

Código Civil del Ecuador 14

PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA TENENCIA COMPARTIDA 15

Principio de Corresponsabilidad Parental 15

Principio de Igualdad 17

Principio del Interés Superior del Niño 19

Doctrina de Protección y Desarrollo Integral de Niñas, Niños y Adolescentes 20

CÁPITULO II 23

SEPARACIONES DAÑINAS: DAÑO PSICOLÓGICO EN LOS HIJOS 23

Separación de los Padres y el Divorcio 23

Estudios sobre los Daños Psicológicos Causados 26

Impedimento del Contacto con el Progenitor: Síndrome de Alienación Parental (SAP) 27

La Vulneración del Principio del Interés Superior del Niño 28

Responsabilidad Parental 29

Derecho a la Convivencia Familiar y su Incidencia en el Desarrollo del Niño 30

CÁPITULO III 32

LA TENENCIA COMPARTIDA 32

La Tenencia Compartida de los Hijos 32

Varias formas de Tenencia 33

Tenencia Exclusiva 33

Tenencia Alterna 33

Tenencia Compartida 34

Ventajas de la Custodia Compartida 34
Aspectos que los Jueces deben Considerar al Otorgar la Tenencia Compartida 35
CÁPITULO IV 39
Mecanismo que determina la idoneidad de los padres para ejercer la tenencia en igualdad de condiciones. 39
CÁPITULO V 44
Conclusiones 44
Recomendaciones 46
ANEXOS 47
Anexo 1 47
Anexo 2 50
Anexo 3 53
Anexo 4 55
Anexo 5 57
Anexo 6 59
BIBLIOGRAFÍA 61

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Propuesta de Coparen talidad. 24

RESUMEN

Actualmente en el Ecuador, ha incrementado el número de divorcios según las cifras investigadas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, se evidencia que se han roto hogares y por ende se han creado disputas entre ambos progenitores, sobre quien será el encargado de pasar alimentos o poseer la tenencia de los hijos. Por tanto, esta situación afecta gravemente a la familia, siendo los menores los más perjudicados por estas separaciones.

Abordaremos las consecuencias psicológicas que son ocasionadas en los niños, por la separación de los padres. Asimismo, realizaremos un estudio sobre el Síndrome de Alienación Parental como una forma de maltrato infantil, dado que vulnera el Principio del Interés Superior del Niño. Sugeriremos el reconocimiento del Síndrome de Alienación Parental o SAP, dentro de la legislación ecuatoriana.

Analizaremos las fallas y contradicciones de la regulación de Tenencia y Patria Potestad dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico en base a lo establecido en la Constitución del Ecuador, los principios de corresponsabilidad parental e igualdad y verificaremos si existen o no verdaderas garantías sobre la protección del interés superior del niño, en conjunto con lo señalado en el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil.

Realizaremos un análisis de la figura jurídica de Tenencia Compartida, su clasificación, sus ventajas y desventajas. Propondremos un mecanismo que tiene el objeto de proteger el principio del interés superior del niño y determinaremos cuál de los padres será capaz para ejercer la custodia del menor, en igualdad de condiciones.

Finalmente, realizaremos las conclusiones y recomendaciones surgidas dentro de la investigación como las posibles reformas legislativas, que deben ser implementadas dentro del Código de la Niñez y la Adolescencia ecuatoriano, incluyendo la figura jurídica de Tenencia Compartida.

Palabras claves: Interés Superior del Niño, Tenencia Compartida, Daño Psicológico.

SUMMARY

Nowadays in Ecuador, it has increased the number of divorces as the numbers investigated by “Instituto Nacional de Estadísticas y Censos”, this consequently has broken homes and created conflicts between both parents, about whom will be the manager of spending food or possessing the custody of the children. Therefore, this situation affects seriously the family, being children the most harmed by these separations.

At the same time there were tackled many psychological consequences that are caused in children, because of the divorce of the parents. Also, we are going to study the Parental Alienation Syndrome, which is considered a form of infantile maltreatment, damaging the best interests of the child principle. We recommend to be recognized in our legislation.

On the other hand, we analyzed the flaws and contradictions of the regulation of Tenancy and Custody inside our Juridical Arranging based on what it is established in the Constitution of the Republic of Ecuador. The principle of parental responsibility and equality with target to examine the guarantees that exist on protection of the best interests of the child principle, also what was indicated in Código de la Niñez y Adolescencia and Código Civil.

Also we analyzed the juridical figure of Shared Tenancy, its classification, its advantages and disadvantages. We proposed a mechanism that will serve to protect the best interests of the child principle, and determine which parent is the best to have the Tenancy of their kids.

Finally, the conclusions and suggestions arisen inside the investigation like the possible to reform the law, which must be done in the Código de la Niñez y Adolescencia and in Código Orgánico Integral Penal.

Key words: Best Interests of the Child Principle, Shared Possession, Psychological problems, Native Legal authority.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la biblioteca que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la instancia correspondiente de la Universidad de Los Hemisferios.

Josselin Martínez

C.I. 1726507567

DEDICATORIA

A:

Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por ser mi fortaleza para continuar, y tomar mi mano en cada momento de flaqueza, a Él sea el Poder, el Honor y la Gloria.

A mi hija que me acompaña desde mi vientre, gracias por darle sentido a mi vida, por ser la causante de mi anhelo de salir adelante, progresar y culminar con éxito este trabajo de investigación. Cada esfuerzo que realizo vale la pena porque tú eres mi motivación para ser cada día mejor.

A mis Padres, a quienes les debo mi vida, les agradezco el cariño y su comprensión, a ustedes quienes han sabido formarme con buenos hábitos, valores y principios morales, lo cual me ha ayudado a salir adelante buscando siempre el mejor camino para ser una persona exitosa. A ti Papá en especial te quiero agradecer por ser mi guía en cada paso que daba desde niña, por ser la persona que siempre me va a cuidar donde quiera que yo este, por su apoyo incondicional y por toda su sabiduría que día a día me transmitió en el desarrollo de mi carrera. Te amo Papá.

A mis hermanos, quienes han estado en los momentos más importantes de mi vida y me han enseñado que una familia solida puede derrumbar cualquier barrera.

A mi esposo quien es el pilar fundamental para mi lucha constante y mis logros alcanzados, dicen que cada mujer tiene su mejor amigo, su novio y su verdadero amor, yo me siento afortunada por tener todo eso en una sola persona, gracias por estar a mi lado todos estos años y por la hermosa familia que hemos construido bajo la bendición de Dios.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad el número de divorcios y separaciones ha incrementado de manera alarmante, por diferentes motivos. No obstante, para confirmar esta situación el Instituto Nacional de Estadística y Censo ha realizado un estudio, señalan que "durante el año 2014 la población total del Ecuador era de 1 6.027.466 de habitantes, en donde existieron alrededor de 24.771 divorcios" (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2016).

Partiendo de la idea del Principio de Corresponsabilidad Parental, que se refiere a la participación activa de forma equitativa y permanente que tienen ambos padres en la crianza y sobre todo en la educación de sus hijos (Acuña, 2013). Sin embargo, lo más complicado de este escenario es que los menores deben afrontar su niñez sin la presencia de alguno de los padres, ya que esta es la forma que determina la legislación ecuatoriana en estos casos. Según el artículo 118[1] del Código de la Niñez y Adolescencia.

El artículo contradice las disposiciones del Art. 69[2], numeral 1 de la Constitución del Ecuador, el cual establece que el Estado deberá promover la paternidad y maternidad de ambos progenitores y más aún cuando se encuentren separados. El Código de la Niñez y Adolescencia por su parte en el Art. 106[3]dispone que la crianza de los hijos sea proporcionada únicamente a uno de los progenitores.

La Tenencia Compartida busca que los padres se encuentren en igualdad de condiciones y derechos para criar a sus hijos y deberán establecer las formas de como compartirán la custodia de los menores. No obstante, en el Ecuador no existe la figura de Tenencia Compartida, puesto que en la mayoría de los casos se da prioridad a la madre del menor, según el artículo 106, numeral 4 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El problema de la presente investigación es la ¿existencia o no de vulneración del Principio del Interés Superior del Niño en la custodia compartida de los hijos en

[1]**Art. 118.-** Procedencia. - Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 […] (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

[2]**Art. 69.-** Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

[3]**Art. 106**.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad: 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

situaciones de crisis familiar? Los objetivos que se analizan en el presente trabajo son los siguientes:

Generales

- Llegar a determinar si la custodia compartida de los hijos, en situaciones de crisis familiar, vulnera o no el Principio del Interés Superior del Niño.

Específicos

- Determinar la viabilidad (solución o conflicto) de la custodia compartida en virtud de mejorar la calidad de vida del menor.
- Conocer la institución jurídica de la custodia compartida.
- Establecer un mecanismo para determinar cuál de los padres es el adecuado para tener la custodia del menor en igualdad de condiciones.

La justificación de la presente investigación radica dentro del ámbito psicológico-social, ya que en la actualidad se han presentado varios casos de divorcio y separaciones, en donde también se separan los menores de sus progenitores y en muchos de los casos las resoluciones finales han sido injustamente aplicadas. De la misma forma se debe sumar que existen madres y padres con intensiones inescrupulosas que usan la situación de sus hijos para causar daño a sus ex parejas, mientras que otros, lo han visto como una actividad lucrativa, afectando el desarrollo del niño.

En el primer capítulo, se analizará la definición de Tenencia y Patria Potestad según lo que establece la legislación ecuatoriana, además los principios inspiradores de la Tenencia Compartida. En el segundo capítulo se analizarán las consecuencias psicológicas y sociales que acarrea la separación de los padres. En el tercer capítulo, se analizará la institución jurídica de la Tenencia Compartida y Patria Potestad, las ventajas y desventajas y los aspectos que los Jueces deben considerar al momento de otorgarla.

En el cuarto capítulo, se elaborará una propuesta: la creación de un mecanismo para determinar cuál de los padres es el adecuado para tener la Tenencia del menor en igualdad de condiciones. En el quinto capítulo, a forma de conclusión se determinará la viabilidad de la Tenencia Compartida, si es la misma una solución o un conflicto, esto en virtud de mejorar la calidad de vida del menor, buscando que se respete y garanticen los derechos de los niños.

CÁPITULO I

DEFINICIÓN DE TENENCIA Y PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS

Para las tratadistas argentina, las Dras. Hollweck Mariana y Graciela Medina dentro de su obra "*Tenencia del Hijo*" aluden que: "Tenencia es el derecho preferente en donde se ejerce la guarda del menor a uno de los padres" (Hollweck & Medina, 2001).

Constitución del Ecuador

La Constitución del Ecuador en relación al término de Tenencia establece lo siguiente, promoviendo la igualdad de derechos y responsabilidades sobre las decisiones que tomen sobre sus hijos.

> Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:
> 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo" (Constitución de la República del Ecuador, 2008).
> 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por lo tanto, claramente se puede observar que la Constitución del Ecuador busca promover y garantizar la Corresponsabilidad Paternal, sin exclusión alguna de uno de los progenitores sino más bien que los dos deben coadyuvar en la crianza de sus hijos. A continuación, se abordará con los conceptos de Tenencia y Patria según lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil.

Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

El Código de la Niñez y Adolescencia en relación al término de Tenencia establece lo siguiente:

> Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la *patria potestad*, encargará su *tenencia* siguiendo las reglas del artículo 106 […] (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).
>
> Art. 122.- Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la *tenencia* o el ejercicio de la *patria potestad* a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Por su parte, la Patria Potestad según el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que la misma "no es solamente un conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Mientras que tenencia según lo establecido por el artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que "el Juez cuando estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, deberá confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 […]" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La tenencia se genera a partir de la separación o divorcio, en donde, inicia la disputa legal por quien debe quedarse con los hijos, que por lo general es la madre. Brindándole un conjunto de derechos y obligaciones sobre sus hijos no emancipados. Es así que el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia señala las 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Por tanto, los artículos 106, 118 y 122 del Código de la Niñez y Adolescencia son bastantes excluyentes en relación al otro progenitor, ya que se le da exclusividad a la madre para el cuidado de los hijos. No obstante, es indispensable que ambos progenitores velen por la crianza y educación de sus hijos, sobre todo los primeros años de vida. En donde, la separación no debería ser un impedimento para que los hijos queden desamparados por uno de sus padres.

Dentro de la legislación ecuatoriana el padre es a quién se le impide el contacto con sus hijos. Imponiéndole un limitado derecho a visitas, es decir que, le es imposible coadyuvar en la crianza y educación de su propio hijo, razón por la cual optar por la Tenencia Compartida, es una solución para el conflicto, misma que afecta a la familia y sobre todo a los niños, que son los más vulnerables.

Código Civil del Ecuador

El Código Civil ecuatoriano antes de la reforma del año 2015 realizada en relación a Tenencia, contemplaba lo siguiente:

> Art. 108.- En cuanto al cuidado de los hijos en caso de divorcio:
> 1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes[4], sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad.
> 2. Los hijos púberes[5] estarán al cuidado de aquel que los padres que ellos elijan" (Código Civil, 2005)

Mientras que el Código de la Niñez y Adolescencia establece lo siguiente:

> Art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

En referencia al significado de púber e impúber, prevalece lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, dado que es una norma de carácter orgánica.

Según el Art. 425[6] de la Constitución del Ecuador señala el orden jerárquico de aplicación de las normas, por ende, primero se encuentra la Carta Magna, después los tratados y convenios internacionales, por consiguiente, las leyes orgánicas y las leyes ordinarias…etc. Es así que las normas de rango inferior no pueden vulnerar ni contradecir lo dispuesto por una norma de rango superior.

Después de la reforma del artículo 108[7] del Código Civil, el cual actualmente está derogado y sustituido, estableciendo lo siguiente:

---

[4]**Impúber:** Según el Art. 21 del Código Civil del Ecuador infante o niño es aquel que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce. Según el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia: niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad.

[5]**Púber:** Según el Art. 21 del Código Civil del Ecuador púber, adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años. Mientras que el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.

[6]**Art. 425.-** El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

[7] Artículo sustituido por Disposición Reformatoria Quinta, numeral 3 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015 y vigente desde el 22 de mayo del 2016 (Código Civil, 2015).

"Para el cuidado o crianza de las hijas o los hijos menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia" (Código Civil, 2015).

No obstante, el Código de la Niñez y Adolescencia establece preferencia a la madre de los hijos, sobre el padre, vulnerando sus derechos en relación de ayudar con la crianza de sus hijos. Esto contradice el Art. 69[8] numeral 5 de la Constitución del Ecuador, puesto que establece todo lo contrario ya que promueve la corresponsabilidad parental.

A continuación, se abordarán los principios que inspiraron el contexto de Tenencia Compartida, en relación a lo que señalan varios tratadistas del tema. E incluso se indicará lo que dispone la Carta Magna del Ecuador, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Código de Niñez y Adolescencia.

PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA TENENCIA COMPARTIDA

La Tenencia Compartida para los tratadistas argentinos Gil Domínguez, María Fama y Marisa Herrera, dentro de su obra *"Derecho Constitucional dela Familia"* establecen que: "Tenencia Compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos progenitores el derecho a que tomen sus propias decisiones y distribuyan equitativamente los deberes y las responsabilidades que son inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, posibilidades y características personales"(Domínguez, Fama, & Herrera, 2006).

Por lo tanto, este sistema, busca conservar la iniciativa de ambos progenitores con respecto a las decisiones que conciernen a sus hijos aún después de la ruptura matrimonial, buscando garantizar mejores condiciones de vida para los hijos. A continuación, se indicará los distintos principios que son ejes inspiradores para la figura de Tenencia Compartida.

Principio de Corresponsabilidad Parental

[8]**Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:**
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Tiene su fundamento en el núcleo familiar, según la Dra. María Acuña, profesora de la Universidad de Zaragoza-España, establece "que ambos padres deben responsabilizarse y participar, en la toma de decisiones que se asumen en común sobre ciertas funciones en relación a sus hijos, como, por ejemplo: la crianza y educación" (Acuña, 2013).

Es por esa razón que la familia es el primer grupo fundamental para el desarrollo y bienestar de los niños. Por el simple hecho de que a medida que se van desarrollando lo hacen junto a su familia, en especial con sus padres, se encuentren o no separados. Puesto que lo hacen en un ambiente sano, lleno de amor, comprensión y felicidad. Además, reconoce la participación que deben tener ambos padres al momento de la crianza de sus hijos. Tomando todas las medidas necesarias para su desarrollo.

El principio se fundamenta en que ambos padres son individualmente aptos para el cuidado y crianza de sus hijos. No obstante, según el Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 106[9]no aplica del todo este principio, puesto que se le brinda preferencia a la madre que al padre. Dando en ciertos casos exclusividad al cuidado de la madre. Por este motivo, se presenta como una Tenencia Compartida siendo la mejor solución.

Por otra parte, tiene su reconocimiento en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el Art. 18, que establece lo siguiente:

> *Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres, tengan obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño" (Convención sobre los Derechos del Niño, 2017).*

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, reconoce y garantiza el desarrollo integral de los menores, puesto que obliga a los Estados a que cumplan con sus disposiciones, en único beneficio de los niños y la familia.

De la misma forma, fue introducido dentro de nuestra legislación, en la Constitución del Ecuador contemplado en el Art. 69 numeral 5:

[9]**Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. -**
4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre […]

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

El presente artículo es de gran relevancia puesto que el Estado debe también ayudar a que se garanticen los derechos de los niños, en donde, se debe vigilar el cumplimiento de los padres con respecto a sus necesidades y se responsabilicen equitativamente de ellos, sin limitación o exclusión de algún progenitor. Esto con el único beneficio de proteger el desarrollo integral del niño.

Asimismo, el principio se encuentra contemplado en el Art. 8 del Código de la Niñez y de la Adolescencia:

> 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, 2003).

La norma establece tres tipos de actores que son responsables en proteger, garantizar y sobre todo respetar los derechos de los niños, son: el Estado, la sociedad y la familia. La familia como principal actor, puesto que es la responsable en la educación de los hijos, como segundo actor es el Estado mismo que al momento de adoptar políticas públicas debe tomar en cuenta y priorizar al grupo vulnerable de los niños, en beneficio de ellos, acatando las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Principio del Interés Superior del Niño.

Principio de Igualdad

Hace referencia a la igualdad de derechos y responsabilidades que poseen ambos padres en el cuidado de sus hijos, sin exclusión alguna. Por tanto, la actual Constitución del Ecuador reconoce el Principio de Igualdad contemplado en el artículo 67, dispone lo siguiente:

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

La actual Constitución del Ecuador busca dentro de sus artículos beneficiar y sobre todo proteger a los niños y adolescentes en todo sentido, puesto que son incluidos en la mayoría de decisiones que realiza el Estado. Es por eso que el presente artículo es el ejemplo más claro del deber y la obligatoriedad que tiene el Estado, no solo en reconocer sino también en garantizar varios derechos a los niños, con el fin de que logren desarrollarse plenamente.

Asimismo, los artículos 11 y 70 de la Constitución del Ecuador señalan que:

> Art. 11: Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (Constitución de la República del Ecuador, 2008).
>
> Art. 70: El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres… (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Los presentes artículos son fundamentales dentro de un Estado de derechos y justicia, puesto que se reconoce y se garantiza la igualdad de derechos, deberes y oportunidades entre mujeres y hombres, en este caso, en coadyuvar en la crianza de sus hijos en igualdad de condiciones, sin exclusión de alguno de los progenitores.

Además, a los menores también se les reconoce igualdad ante la ley, por lo que, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia proclama dicho principio en el Art. 6:

> 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, 2003).

Si bien es cierto en el Ecuador se ha mejorado la igualdad de condiciones en base a derechos de los niños, en relación a la educación, salud, entre otros. Sin embargo, existen menores que son maltratados y afectados por la separación de los padres. En estos casos no se han tomado medidas que los pongan en condiciones de igualdad, ya que se otorga únicamente la tenencia a la madre dejando al padre en desigualdad de derechos.

Por lo que, no se puede hacer mención a igualdad de derechos ya que existe una vulneración visible sobre los derechos del progenitor y el interés superior del niño. El Código de la Niñez y la Adolescencia, sugiere repetidamente que no debe ser vulnerado el Principio del Interés Superior del Niño y los derechos que conlleva, pero diariamente en las distintas Unidades de la Familia del Ecuador, sucede todo lo contrario.

Es por eso que los Jueces son lo más indicados en garantizar y sobre todo en proteger, defender, el principio de igualdad y el principio del interés superior del niño.

Principio del Interés Superior del Niño

Dentro de la figura del principio del interés superior del niño, uno de sus preceptos relevantes se ciñen en que el Estado, la sociedad y la familia deberán brindar a los menores un pleno e íntegro desarrollo y su pleno disfrute de sus derechos que deberán encontrarse dentro de un marco de dignidad, libertad y sobre todo igualdad.

Este es un tema de gran trascendencia alrededor del mundo. Ya que la mayor parte de países han modificado su legislación interna en favor de los menores, con el objetivo de que puedan vivir mejor. Por tal razón, este principio se encuentra consagrado la actual Constitución del Ecuador 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, 2008).

El presente artículo tiene el objetivo de que los niños logren desarrollarse correctamente proporcionando las condiciones más favorables para que puedan vivir de la mejor manera desplegando sus potencialidades. El Estado, en este contexto será el que se encargue de promover y asegurar los derechos, prevaleciendo por sobre los demás.

El tratadista Diego Zambrano (2008) manifiesta que el principio “constituye como principio rector dentro de la doctrina de protección integral, la misma que es recogida y desarrollada por el Código de la Niñez y Adolescencia” (Zambrano D, 2008).

En el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, se ha incorporado este principio que tiene la finalidad de regular las actividades de los niños y adolescentes:

> 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, 2003).

Este principio busca que las autoridades tanto administrativas como judiciales e instituciones públicas y privadas ajusten sus decisiones en hacer cumplir efectivamente los derechos de los niños propiciando la igualdad.

Doctrina de Protección y Desarrollo Integral de Niñas, Niños y Adolescentes

Es un conjunto de ideas éticas, políticas, jurídicas y filosóficas que determinan como deben ser reconocidos, comprendidos y como se deben garantizar los derechos de los niños. La concepción es recogida por la Convención sobre los Derechos del Niño y se basa en lo siguiente:

> Niños y niñas y adolescentes son sujetos, capaces, tienen la necesidad de respeto especial a su condición como personas que se encuentran en desarrollo y se establece una más autónoma sobre sus necesidades y las diversas situaciones que les rodea (Convención sobre los Derechos del Niño, 2017).

Tiene el objetivo de luchar por la inclusión de los niños en el mundo, por su integración en una sociedad democrática y en la ciudadanía. En el ordenamiento jurídico la doctrina propone un valor que transforme las relaciones de los niños con la familia, el Estado y los adultos, con ayuda del reconocimiento de sus derechos.

Se fundamenta en que los niños al igual que todos son sujetos a derechos, son capaces, tienen la necesidad de respeto por su condición en desarrollo y por tanto, gozan del mismo reconocimiento que todos poseemos. La presente doctrina se sustenta en los principios universales de justicia social, equidad y dignidad. Además de principios

particulares de igualdad y no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño y corresponsabilidad.

Por lo que, el Estado, la familia y la sociedad tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias ya sean políticas, sociales, administrativas, económicas y legislativas, para el goce efectivo, garantía y protección de derechos así como exigir la totalidad de los derechos de los niños.

Según la Constitución de la República del Ecuador también introduce en su normativa interna la Doctrina de Protección y Desarrollo Integral de los niños en los siguientes artículos:

> Art 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008)
>
> 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).
>
> 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 […] (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La doctrina es de suma importancia puesto que sirve de guía y establece pautas para la interpretación normativa. En doctrina se prioriza la atención a los menores y se considera que el Estado es el principal encargado en defender, proteger y exigir el cumplimiento de los derechos de los niños para que logren desarrollarse adecuada e integralmente.

La doctrina se encuentra de igual forma contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia en los siguientes artículos:

> Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de

> los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).
>
> Art. 12.- Prioridad absoluta.- 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La Doctrina busca que el Estado priorice su atención a los niños, niñas y adolescentes, al momento de dictar o ejecutar políticas públicas.

Al mismo tiempo, es una expresión de una nueva forma de relación social entre adultos, niños y adolescentes, en la que el Estado tiene el compromiso de ser el garante y sobre todo el promotor de que se cumplan plenamente los derechos de los niños (Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia , 2017).

CÁPITULO II

SEPARACIONES DAÑINAS: DAÑO PSICOLÓGICO EN LOS HIJOS

Separación de los Padres y el Divorcio

Según el Dr. Fernando Andrade (2009) en su obra *Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia* señala lo siguiente:

Al momento de la separación, existe una sola preocupación principal que debe tener una pareja que está a punto de terminar su relación y las consecuencias de dolor causado a los hijos, porque los Jueces en apego a las leyes conceden una absoluta prioridad más al bienestar material que, al psíquico de los niños, a la hora de tomar sus decisiones (Andrade, 2008).

En Ecuador existen dos tipos de divorcio: por mutuo consentimiento y por causales. En el primero, los cónyuges están de acuerdo con tramitar el divorcio. El Código Civil antes de la reforma del artículo del año 2015, disponía lo siguiente:

> Art. 107.- Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges […] (Código Civil, 2005).

Actualmente señala lo siguiente:

> Art. 107[10].- Por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos (Código Civil, 2015).

Y el litigioso que establece causales para la tramitar el divorcio, después de la reforma del artículo, indica lo siguiente:

> Art. 110[11].- Son causas de divorcio:

[10] Artículo sustituido por disposición reformatoria quinta, numeral 2 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015 y vigente desde el 22 de mayo del 2016 (Código Civil, 2017)

[11] Artículo sustituido por artículo 11 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015 (Código Civil, 2015).

1. El adulterio de uno de los cónyuges.2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro.5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas.7. La condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano.9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos (Código Civil, 2015).

El resultado de la separación ocasiona inmediatamente cambios emocionales y psicológicos en los niños, quienes son los más vulnerables ante este tipo de situación. El error que cometen los progenitores es que no llegan a ponerse de acuerdo en el tema de alimentos, visitas y bienes y es ahí en donde inicia el conflicto que afecta al niño alejándolo del padre.

En consecuencia, en el Ecuador se creó "*Coparen talidad*" que consiste en una organización realizada por grupo de padres que plantean reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, con el fin de promover la corresponsabilidad entre ambos padres, asumiendo sus cuidados, como también los costos de manutención de sus hijos (El Comercio, 2017).

Las propuestas básicamente se aprecian en la tabla 1:

Tabla 1. Propuesta de Coparen talidad.

Mediación obligatoria entre progenitores acompañada de terapia, antes de que se produzca la judicialización de conflictos(El Comercio, 2017).	Evaluar psicológicamente a los padres. Con el fin de medir correctamente sus aptitudes y su comportamiento parental con el objetivo de prever quien se encuentra en mejor condición de cuidar diariamente a sus hijos, esto sin excluir a alguno de ellos puesto que ambos deben involucrarse(El Comercio, 2017).
Aprobación de la custodia compartida en ciertos casos(El Comercio, 2017).	Racionalización de medidas de apremio personal a los papás que incumplen con su

	corresponsabilidad, por no permitir la convivencia con los hijos o por no pago de pensiones alimenticias (El Comercio, 2017).
La manipulación y alienación parental son un tipo de maltrato infantil, privilegiando la protección de los pequeños antes que el castigo a sus progenitores (El Comercio, 2017).	Asegurar el derecho de los niños a la corresponsabilidad parental en igual proporción, en alimentos (El Comercio, 2017).
Ministerio de Inclusión Económica y Social no se base en la Encuesta de la Calidad de Vida del INEC para establecer los montos de la tabla, sino que se aplique en la Encuesta de Ingresos y Gastos de los Hogares Urbanos y Rurales (El Comercio, 2017).	Eliminación del artículo que prohíbe la salida del país del papá, a petición de parte, en la primera providencia, decretada por un Juez sin notificación previa (El Comercio, 2017).

(El Comercio, 2017).

Además, *Coparen talidad* propone que se "revisen los porcentajes, montos mínimos y límites de la tabla de pensiones". Los titulares de la obligación alimenticia son evidentemente ambos progenitores, por lo que, proponen que "debe tomarse en cuenta los ingresos de la madre en proporción al tiempo compartido" (El Comercio, 2017). Lo cual es una propuesta racional por el simple hecho que la madre al igual que el padre tiene las mismas obligaciones de aportar económicamente y no solo el padre debe ser el único encargado en pasar pensión alimenticia.

Así el primer paso que deben realizar los padres, antes de iniciar el trámite de divorcio, será ponerse de acuerdo en cuanto a la tenencia de los hijos. Sin que esto signifique el alejamiento de uno de los progenitores. Siempre protegiendo el bienestar de los menores. La mejor solución en estos casos sería el establecimiento de la tenencia compartida de los hijos, puesto que así se evitaría daños psicológicos de los menores.

Estudios sobre los Daños Psicológicos Causados

Existen varios estudios sobre los daños psicológicos que se producen en los niños cuando no tienen la figura de alguno de sus progenitores, puesto que la vinculación afectiva en los primeros meses de la infancia de los niños es importante, dado que desarrollan un nexo afectivo con ambas figuras parentales. Se evidencia que la figura parental masculina al igual que la figura materna tiene la misma capacidad de respuesta ante la demanda el hijo.

Según los psicólogos Vallejo R, Sánchez F y Barranco P, docentes de la Universidad de Sevilla, en su estudio "*Separación o Divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos*" señalan que el tipo de relación que establezca el menor con sus padres en la infancia será la que determine en un futuro la calidad de relaciones íntimas que tenga el menor en su vida adulta.

Por esta razón los niños que en la infancia generen bases de seguridad y puedan contar como ideales las figuras parentales, desarrollan y afianzarán el suficiente sentimiento de confianza en sí mismos, para relacionarse con el mundo de manera sana y provechosa. (Vallejo, Sánchez, & Barranco, 2004)

Cuanto más seguro sea el vínculo afectivo de los menores con los adultos que los cuidan y educan, existe más garantía de que se convierta en un adulto psicológicamente adaptado e independiente, estableciendo adecuadas relaciones con las personas que lo rodean. Es por eso la gran importancia de proteger la estabilidad emocional que se requiere en el desarrollo infantil.

Por otra parte, para los psicólogos Hetherington, Bidges e Insabella existe una serie de características que se producen en el comportamiento de los niños tras la ruptura de la composición de la familia, cuando en la mayoría de los casos existe una ausencia paterna debido a que se le otorga la custodia a la madre (Vallejo, Sánchez, & Barranco, 2004).

Para los psicólogos Wallerstein y Cols, quienes han realizado seguimiento a 131 niños luego del divorcio de sus padres se encontró que los efectos no se limitaban a la separación, sino que también trascendían durante toda su vida.

Dentro de su estudio los autores señalan que el sexo del menor incide en el grado de afectación psicológica ya que, tras la ruptura del vínculo matrimonial de los progenitores,

los varones son aquellos que tienen mayor dificultad en superar la crisis, lo que trae consigo sentimientos negativos, irritabilidad y problemas escolares (Vallejo, Sánchez, & Barranco, 2004).

Por su parte, para los psicólogos Buchanan, Maccoby y Dornbusch clasifican tres tipos de factores que afectan el ajuste psicológico de los niños después del divorcio, que son: los constantes enfrentamientos entre ambos progenitores, la pérdida de uno de los padres y la disminución de sus funciones de paternidad.

Para los psicólogos McLanahan y Sandefur el factor que es más representativo que afecta gravemente el comportamiento de los niños es la ausencia de la figura paterna, produciendo un bajo desempeño escolar. El bienestar del hijo se fundamenta en el ejercicio de la paternidad y los lazos afectivos que acarrea (Vallejo, Sánchez, & Barranco, 2004).

Otro estudio realizado por los psicólogos Amato y DeBoer, detallan que cuando se divorcian los padres, el menor se desarrolla con conflictos psicológicos interpersonales afectando inclusive hasta su propio matrimonio o relación. Puesto que al momento de la separación si el niño es menor de 6 años, su inicial reacción será de temor, perdida, tristeza, conmoción e infelicidad. La mayoría de ellos llegan a sentir un gran vacío interno, culpabilidad por la separación de sus padres y sobre todo soledad.

De la misma forma, el estudio mencionado anteriormente demostró que los niños debido a su limitación cognitiva tienen temor de que los padres no les presten la atención debida, perdiendo su disponibilidad, provocando llanto, aparición de conducta regresiva en la alimentación, alteración en el sueño y angustia. Afectando el divorcio inclusive el desarrollo social de los hijos (Vallejo, Sánchez, & Barranco, 2004).

Es importante recalcar que el divorcio o la separación de los padres produce un impacto negativo que afecta gravemente el desarrollo integral de los niños, por lo tanto, se considera que la tenencia compartida es la mejor solución en estos casos para que los menores sientan la presencia de ambos padres.

Impedimento del Contacto con el Progenitor: Síndrome de Alienación Parental (SAP)

Una de las estrategias parentales que se interpone frecuentemente es el Síndrome de Alienación Parental. Misma que es apreciada como una maniobra en la que uno de los progenitores dirige de forma perversa a los hijos en contra del otro progenitor sin una justificación racional.

> Para el autor Gardner, este es un desorden que surge en conflictos por la custodia del hijo, abocando estrategias que tienen como única finalidad alienar a un progenitor, haciendo una especie de "lavado de cerebro" contra el otro progenitor induciendo a esa alineación mediante una campaña de desprestigio contra el padre victimizado (Vallejo, Sánchez, & Barranco, 2004).

Lastimosamente no solamente se trata de un inocente "lavado de cerebro" hacia los hijos, en contra del padre. Esto claramente es una grave manipulación, haciendo que los propios hijos lo desprestigien por completo, hasta el punto que no deseen ni verlo. Esta conducta es sumamente perjudicial para los hijos victimizados afectando la paternidad compartida, puesto que obstaculiza y destruye el vínculo afectivo entre padre e hijo.

Este síndrome es una forma refinada y cruel de maltrato infantil puesto que los padres quieren hacer partícipes a sus hijos de los conflictos generados por su separación. Se afecta así gravemente el equilibrio psicológico de los niños, pues se les hace sentir culpabilidad por los conflictos generados entre sus padres, provocando depresión.

Sin embargo, en la actualidad el Estado Mexicano incorporó varias reformas que tipifican al SAP como un delito de violencia familiar, por tanto, el progenitor que incurre en dicha situación perderá la patria potestad y cancelará su régimen de visitas y, el Juez le establecerá sanciones de 6 meses a 6 años de prisión (Derecho Mexicano, 2017).

La Vulneración del Principio del Interés Superior del Niño

Como se hizo mención en el anterior apartado, el SAP debe ser estimado como un tipo de maltrato infantil emocional, ya que provoca daños psicológicos permanentes en el menor, afectando gravemente la relación parento-filial con el progenitor señalado como alienado.

El SAP claramente vulnera el principio del interés superior del niño puesto que afecta su desarrollo integral, bienestar emocional y social. Este tipo de “estrategia” modifica la

inocente conciencia de los niños y repercute en un impacto negativo a lo largo de su vida obstaculizando su correcta formación.

El SAP debe ser reconocido en nuestra legislación como maltrato infantil, en único beneficio de los niños garantizando sus derechos, puesto que el progenitor mediante la manipulación y el uso de engaños transforma la inocente conciencia del menor con el fin de dificultar el vínculo afectivo que posee con el otro, afectando gravemente su equilibrio emocional y psicológico, que provocan trastornos en su conducta.

Responsabilidad Parental

Para Red Judicial Europea (2010):

> *El concepto de responsabilidad parental cubre los deberes y derechos ligados al cuidado del niño y de sus propiedades. Incluyendo la responsabilidad de asegurarse de que los menores tengan, educación, comida, un hogar y ropa, además de la responsabilidad de ocuparse de sus bienes y el derecho a representarlo legalmente (Red Judicial Europea, 2010).*

La responsabilidad parental poseen ambos progenitores con respecto a sus hijos, estén o no divorciados o separados. Es un derecho y sobre todo un deber que lo realicen conjuntamente.

La Constitución del Ecuador contempla que existen tres actores que son responsables del desarrollo y protección de los niños y adolescentes, según el Art. 44[12] son: inicialmente el Estado, la Familia y la Sociedad. En donde, deben salvaguardar y promover conjuntamente el bienestar de los niños. Según el Art 45[13]el desarrollo y

[12]**Art. 44.-** El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

[13]**Art. 45.-** Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; 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; a educarse de

protección de los niños se deriva en: el cuidado y protección, la educación, salud, alimentación, la representación legal y reconocimiento de sus derechos, en concordancia a los convenios y tratados internacionales, garantizando el principio del Interés Superior del Niño.

De la misma forma el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 100 contempla la responsabilidad 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 del hijo e hijas en comunes" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Es por eso que no se puede hablar de Corresponsabilidad Parental si solo el padre pasa alimentos y la madre posee la tenencia, puesto que ambos de igual forma tienen la obligación de responsabilizarse de sus hijos independientemente si se encuentren separados o no.

Derecho a la Convivencia Familiar y su Incidencia en el Desarrollo del Niño

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, desde el preámbulo, hace referencia a la familia como el núcleo fundamental para la el desarrollo y la formación personal, social y sobre todo emocional en un ambiente lleno de amor y acogimiento para los niños y adolescentes.

La presente Convención reconoce a la familia como el grupo más importante dentro de la sociedad para el crecimiento adecuado de los niños, en donde el Estado tiene la obligación de prestar protección y asistencia para que los niños puedan desarrollarse integralmente. Es así que en el artículo 9, numeral 1 establece lo siguiente:

> Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 2017).

---

manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por lo tanto, en concordancia con el artículo mencionado, los niños deben tener una familia y no ser separados de ella, puesto que se entiende que la familia es el principal espacio en donde el niño logra su máximo desarrollo. Y en ocasiones, cuando debido a la separación de sus progenitores, los niños no pueden vincularse con alguno de ellos, afectará indiscutiblemente su desarrollo integral.

Asimismo, la Constitución del Ecuador contempla este derecho en el siguiente artículo 45:

> 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 su identidad, nombre y ciudadanía; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar […] (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por lo tanto, en relación al presente artículo, el Estado debe priorizar su atención en este pequeño grupo vulnerable, obligando a que ambos padres participen equitativamente en la crianza de sus hijos, proporcionando una asistencia apropiada para que los niños disfruten plenamente de su familia sin restricción alguna, sin manipulaciones que afecten su bienestar psicológico y su impacto negativo, permitiéndole que se desarrolle y crezca en un entorno familiar y sobre todo que goce de un trato adecuado para él. En donde comparta frecuentemente con sus progenitores, fortaleciendo su vínculo afectivo.

CÁPITULO III

LA TENENCIA COMPARTIDA

La Tenencia Compartida de los Hijos

> *Para el autor Romero (2011): es una modalidad de ejercicio, en donde ambos padres establecen una relación viable entre ellos, que se basa en el respeto y sobre todo colaboración, con la finalidad de facilitar la convivencia entre sus hijos y, además, en deben distribuir de forma proporcional y justa las necesidades materiales de sus hijos (Romero, 2011, pág. 23)*

Es aquella situación legal, producida en casos de divorcio o separación de los padres, en donde los progenitores tienen la custodia legal de sus hijos que son menores de edad, en igualdad de derechos y condiciones (Pérez, 2012). Por lo que, esta figura contradice la tenencia monoparental[14], misma que es aplicada en Ecuador, en la que la custodia la ejerce un solo progenitor.

Es por eso, que en el Ecuador fue presentada una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 106[15] numeral 2[16] y 4[17] contemplados en el Código de la Niñez y Adolescencia que aborda el ejercicio de la Patria Potestad y Tenencia de los hijos, en donde viola el Principio de Corresponsabilidad Parental y el Principio de Igualdad puesto que se mantiene un régimen de preferencia materna cuando se decide con quien se queda el menor. E incluso en la demande establece que *"está asignación automática de la tenencia a la madre es una disposición desactualizada, no compatible con la realidad actual"* (El Comercio, 2017).

Esta demanda fue planteada con la finalidad de garantizar no solo los derechos, sino también el bienestar de los niños, puesto que tiene el objetivo de que "se escoja al

---

[14] Es aquella Tenencia ejercida únicamente por uno de los padres.

[15] **Art. 106.-** Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos revistos 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

[16] **2.-** A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior el 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

[17] **4.-** Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

progenitor, sea hombre o mujer, que se encuentre en mejores condiciones para cuidarlo" (El Comercio, 2017). Por lo tanto, los legisladores deben tomar en cuenta este tipo de propuestas en único beneficio del interés superior de los niños y que se desarrollen integralmente, sin afectar sus vínculos paterno-filiales.

Varias formas de Tenencia

Tenencia Exclusiva

Según la Dra. María José Catalán (2011) en su obra *La Custodia Compartida* manifiesta que esta implica *"la atribución única y exclusiva de la custodia a uno de los progenitores y se establece un régimen de visitas a favor del otro, el mismo que deberá contribuir de forma habitual con el mantenimiento de los hijos, pasando una pensión de alimentos"*(Catalán, 2011).

Por lo tanto, este tipo de Tenencia se encuentra contemplada en nuestra legislación y la misma es aplicada por los Jueces porque la señalan como la más "adecuada", lo cual es bastante ilógico puesto que se aleja al padre del hijo, afectando gravemente su desarrollo emocional y psicológico.

Tenencia Alterna

De la misma forma para la Dra. María Catalán la Tenencia Alterna es aquella que *"permite a cada progenitor tener a sus hijos durante un determinado periodo de tiempo, en donde ejercen sus derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el periodo restante"* (Catalán, 2011).

Por otra parte, este tipo de Custodia, llegaría hacer una gran alternativa puesto que los progenitores poseen igualdad de derechos y oportunidades para criar a sus hijos.

Tenencia Compartida

La tenencia compartida es aquella en donde ambos progenitores poseen la Tenencia física y legal de sus hijos, poseen los mismos derechos y responsabilidades en la manutención, formación, educación y todo tipo de actividades que sean relacionadas con sus hijos. Por lo que, ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones para criar a sus hijos.

Es así que este tipo de tenencia es la más adecuada para ambos progenitores puesto que lograrían criar a sus hijos en igualdad de derechos, en donde ambos progenitores deberán respetar las decisiones que tomen sobre la crianza de sus hijos, además de que la misma posee ciertas ventajas en único beneficio de los niños, puesto que ellos resultan ser los más afectados después de la ruptura de la relación de sus padres.

Ventajas de la Custodia Compartida

Durante la ruptura matrimonial, los progenitores podrían optar por la Tenencia Compartida para ejercer una custodia legal sobre sus hijos que sean menores de edad en igualdad de derechos. Este tipo de custodia, posee ventajas y desventajas. A continuación, se explicarán las ventajas:

- Los niños afrontan la ruptura de la forma menos traumática, garantizando la posibilidad de que permanezcan cerca de sus progenitores.
- La Tenencia Compartida no cuestiona la idoneidad de los progenitores, puesto que los dos son aptos para conllevar la crianza. Incluso esta figura favorece a que los padres logren llegar a un acuerdo.
- Los progenitores tienen mayor responsabilidad sobre sus hijos puesto que eligen libre y voluntariamente la tenencia compartida.
- Más comunicación entre padres e hijos, puesto que se involucran más en sus vidas y sus actividades diarias.
- Igualdad de aportaciones económicas entre ambos progenitores, teniendo un gasto proporcional de manutención.

- Ambos progenitores poseen los mismos derechos y oportunidades sobre la situación legal de sus hijos. Por lo que, estas ventajas, deben ser utilizadas en único beneficio de los niños y su desarrollo integral.

Sin embargo, esta figura puede tener varias desventajas, mismas que se detallan a continuación:

- Los progenitores deben cambiar sus hábitos para que sus hijos se adapten a los lugares en donde viven.
- Mayor gasto en relación a que cada progenitor tiene su respectiva vivienda y esto con el fin de proporcionar a sus hijos un lugar adecuado para vivir
- El SAP es un efecto directo de la tenencia compartida porque responde al conflicto existente entre ambos progenitores. No obstante, para las Licenciadas en Psicología C. Segura, MJ. Gil y MA. Sepúlveda, coordinadoras del Punto de Encuentro Familiar de Sevilla, citando al autor Richard Gardner (1985), que define al "SAP, como un desorden que surge en las controversias por la custodia de los menores, en donde, uno de los padres inicia una campaña de difamación y denigración contra el otro haciendo que los hijos lo rechacen completamente, sin justificación aparente. Además, mediante la utilización de un sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro)" (Gil, Segura & Sepúlveda, 2008).

Aspectos que los Jueces deben Considerar al Otorgar la Tenencia Compartida

Si existiese la figura de Tenencia Compartida en la legislación ecuatoriana los Jueces al momento de otorgarla no solo deberían aplicarlo implementado sino también lo señalado en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: *"El Juez debe oír la opinión del niño o adolescente que esté en condiciones de hacerlo, también que se respete el acuerdo de los progenitores y los informes técnicos […] (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)".*

- Incluso deben tomar en cuenta varios fallos y pronunciamientos realizados por Cortes internacionales y la Corte Nacional de Justicia que establecen preceptos jurisprudenciales y parámetros en relación a la idoneidad de los padres, para otorgar la tenencia.

- El Principio del interés superior del niño, busca que no se desvincule el lazo afectivo existente con sus progenitores, así como verificar las condiciones y capacidades que deben tener para proveerles un óptimo cuidado a sus hijos.

- En los años tiernos del menor, necesitará de nutrición y cuidados especiales, que serán proporcionados por la madre para su subsistencia. Por lo tanto, la madre será la más apta para cuidar al niño. No obstante, este criterio debe ser arduamente analizado por los legisladores porque pueden presentarse casos en los que la madre no se pueda encontrar en las mejores condiciones para hacerlo y esto afectara gravemente al niño. Por lo que, el Juez debe preferir al padre para otorgarle la Tenencia siendo la mejor opción.

Asimismo, deberá ser tomado en cuenta:

- La edad de los menores y el número de hijos.

- Evaluación de las capacidades que tiene ambos progenitores para ejercer su maternidad y paternidad, en razón de sus habilidades, destrezas, atributos e inteligencia.

- Evaluaciones psicológicas en referencia a las necesidades y deseos que posee cada niño e incluso ambos padres.

- La voluntad y cooperación que demuestran los progenitores para compartir la Tenencia.

- La capacidad que tienen los padres para comunicarse y compartir sus decisiones que afecten la vida de sus hijos. Además, de la salud mental y física de las personas que se encuentran involucradas.

- La capacidad de ambos padres para sostener financieramente a sus hijos y la exigencia de que posean un empleo fijo y sobre todo adecuado acorde a los requisitos de la Tenencia y las necesidades de sus hijos.

- El beneficio de los niños en relación a previos análisis psicológicos que demuestren su afectación al otorgar la Tenencia a uno de los progenitores.

- Evidencias que comprueben la existencia de maltrato infantil.

- El ajuste que tendrán los menores en sus hogares, en la comunidad y en sus escuelas.

- La ubicación y la aproximación de los hogares pertenecientes a ambos progenitores, en relación a lo que señala la Tenencia Compartida puesto que los menores deberán habitar temporalmente en cada residencia previo acorde establecido por ambos progenitores.

- Habilidades de los padres para la planificación de las necesidades que tienen sus hijos en el futuro, así como la capacidad de proporcionarles un hogar sano, feliz y estable. Esto con el objetivo de que se puedan identificar a tiempo conductas impropias, negativas que influyan en la calidad de vida del menor.

Por tanto, debe existir una ponderación entre los derechos de los menores y los derechos de los padres en concordancia con el interés superior del niño, principio de igualdad y no discriminación. En donde los Jueces no deben ciegamente preferir únicamente a la madre otorgándole la Tenencia por creencias tradicionalistas, sino más bien deben realizar una completa investigación en base a informes Psicosocial es para que en sus sentencias o resoluciones se demuestre su prioritaria atención a sus derechos.

Por otra parte, cuando se implemente la tenencia compartida en las leyes ecuatorianas, los Jueces deberán priorizar su preferencia y aplicarla, puesto que es la más adecuada para los casos de Divorcio y Separación en razón de que los menores no verán interrumpida su estructura familiar promoviendo su bienestar emocional.

Por ejemplo, en Argentina se creó la *Asociación de Nuevos Padres* (ANUPA), un proyecto de ley que señala que la Tenencia Compartida es la mejor opción para los progenitores al momento del divorcio. Este proyecto en uno de sus artículos contempla lo siguiente: “A pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el juez podrá otorgar la tenencia compartida de los hijos a ambos progenitores” (R24N Noticias, 2017).

Finalmente, la Tenencia Compartida busca que ambos progenitores se mantengan como guardadores criando activamente a sus hijos. No dejando a ninguno marginado, ni alejado de los mismos. Puesto que la misma obliga a compartir y sobre todo repartir equitativamente las funciones de crianza, educación y cuidado en ambos padres.

CÁPITULO IV

Mecanismo que determina la idoneidad de los padres para ejercer la tenencia en igualdad de condiciones.

Dentro de la investigación elaboré una propuesta: la creación de un mecanismo útil que sirva para determinar la capacidad de los padres para ejercer la Tenencia del menor, en base a varios estudios psicológicos y entrevistas que demuestren la afectación psicológica que se presenta en los menores cuando no comparten tiempo de calidad con su progenitor, conteniendo los siguientes aspectos:

Además, el mecanismo propuesto tomará en cuenta los siguientes factores:

El test deberá ser realizado durante el juicio, con el objetivo de que el Juez pueda conocer correctamente cuál de los progenitores es el adecuado parar otorgarle la tenencia. Los test deberán ser realizados por profesionales en psicología, en consecuencia tendrán que mencionar los resultados para que la decisión del Juez sea la apropiada y debe ser administrada por los abogados que llevaren el caso.

Por otra parte, fueron realizadas 6 entrevistas tanto a Psicólogos profesionales como a los Abogados. Ellos por su parte respondieron lo siguiente en base a sus conocimientos y experiencias adquiridas durante sus jornadas laborales.

Los profesionales en Psicología concuerdan en la existencia de dos elementos fundamentales como variables necesarias para garantizar el bienestar del menor en la situación post divorcio que son: mantenimiento del vínculo emocional y afectivo después de la ruptura y alejamiento del menor por el conflicto del adulto, esta situación sucede con algún progenitor se le otorga la tenencia exclusiva de los hijos. Dando como resultado las afectaciones psicológicas.

Además de que los niños que no vean a sus padres pueden generar alteraciones en la conducta y daños psicológicos que afectarían a la larga su calidad de vida. Por tanto, la Tenencia Compartida es la mejor solución dado que no se interrumpe del todo la estructura familiar, antes de otorgarla el Juez debe conocer si no existen inhabilidades en los padres que afecten al niño en su crecimiento. Por eso es necesaria la realización de varios test que comprueben la idoneidad de los padres para criar a sus hijos adecuadamente.

Los profesionales del Derecho señalan que en la legislación ecuatoriana se debe incluir como una forma de solución, la Tenencia Compartida dado que genera múltiples beneficios, como por ejemplo no se quebranta de forma agresiva la estructura familiar, además proponen que las reglas para otorgar la Tenencia deben ser modificadas y adecuadas a la realidad actual dado que tanto el padre como la madre, son idóneos para cuidar y criar a sus hijos. Se debe analizar el motivo del porqué en el Ecuador solamente se prefiere a la madre, forzando la separación del padre con sus hijos estableciéndole los alimentos y un régimen de visitas. Un contexto absurdo puesto que ambos tienen la obligación de repartirse las cargas económicas que la educación y la crianza llevan consigo y no hacerlas recaer sobre el padre.

Incluso señalan que es inconstitucional el contenido de las reglas para otorgar la Tenencia que establece el Código de Niñez y Adolescencia, dado que viola los principios que establece la Constitución. El Juez, además, debe valorar e investigar correctamente cuál de los padres es el adecuado para cuidar a sus hijos, no simplemente de forma exegética otorgarle a la madre. El Juez debe interpretar la norma y aplicarla al caso concreto sustentado su decisión en las pruebas basándose en las disposiciones de la sana crítica.

También concordaron que la edad que el Juez debe considerar antes de otorgar la Tenencia Compartida sería únicamente después de los años tiernos del niño puesto que necesita de alimentación y nutrición que la madre le proporciona, sin embargo, el padre debe visitar lo continuamente siendo parte de su desarrollo integral. Después de eso el progenitor puede interponer la petición de adquirir la Tenencia Compartida con el fin de que no se lo excluya de ayudar en la crianza de sus hijos.

De otro lado, los Jueces deben exigir que se realicen los exámenes Psicosociales los progenitores y los menores, tomando en cuenta las consideraciones expresadas por los peritos que realizaron los informes, dado que si se presenta la existencia de falsos resultados el test inducirá que el progenitor posee bipolaridad, adicciones, tendencias suicidas o depresivas.

Calificadas todas las inhabilidades, aptitudes e idoneidades de los progenitores el Juez procederá a conceder a uno de ellos la tenencia, sustentándose en análisis que servirán además para conocer las condiciones emocionales y físicas del hogar en donde se va a desarrollar el niño.

Finalmente, el mecanismo propuesto, por su parte debe ser utilizado en concordancia a lo establecido, por la Constitución del Ecuador, Principios y Doctrina Internacional y sobre todo lo contemplado en la legislación dentro del Código de la Niñez y Adolescencia y Código Civil. Este mecanismo además tiene el objetivo de beneficiar a todos los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran pasando por esta situación complicada y cuyos progenitores se encuentren en etapa de Separación o Divorcio.

.

CÁPITULO V

Conclusiones

De lo estudiado se evidencia que sí se vulnera el interés superior del niño dado que los legisladores en la actualidad no implementan normas que busquen garantizar ni proteger, el principio otorgando una Tenencia unilateral, en preferencia a la madre sobre sus hijos, excluyendo al padre y generando gravemente daños psicológicos en los menores.

E incluso, en base a la normativa analizada, el contenido de las reglas para otorgar la Tenencia que establece el Código de Niñez y Adolescencia, viola y contradice los principios que establece la Constitución, por ello, deben realizarse las respectivas modificaciones ya que no se ajustan a la realidad actual.

Por tanto, los criterios legales que dispone la normativa de Tenencia en el Ecuador no son válidos, ya que producen desigualdad de género. En base a lo mencionado la Tenencia Compartida es la mejor solución para evitar posibles daños psicológicos causados en los niños, después del divorcio o separación de sus progenitores, es a través de esta figura jurídica que los padres pueden tener las mismas responsabilidades e igualdad de derechos sobre sus hijos. Esto en virtud de mejorar la calidad de vida del menor, buscando que se respete y garanticen los derechos de los niños.

De tal forma que es beneficiosa para los padres, ya que compartirán los gastos de manutención, haciéndose cargo activamente y concientizándose sobre las necesidades de sus hijos. Por ello, se estima que no existe tal vulneración al principio del interés superior del Niño, si se implementara en la legislación ecuatoriana la tenencia compartida y que la misma fuera aplicada en situaciones de crisis familiar.

Además, de que existe mayor cooperación entre los padres e hijos puesto que fomenta un ambiente entrelazado en base acuerdos, en único beneficio de los menores. Desarrollándose en una convivencia igualitaria, en razón de que no sentirán que han perdido el amor de sus padres. E incluso fomenta una adecuada comunicación paterno o materno-filial, ya que los menores aprenden a ser más solidarios, a compartir y a resolver problemas puesto que aprenden de sus padres.

Este tipo de instituciones del Derecho de Familia se encaminan únicamente en proteger al menor y su educación, buscando su pleno desarrollo no solo físico, sino también psicológico que permita un apropiado desenvolvimiento en su vida adulta.

Por tal razón, es necesario señalar también, que el legislador debe tomar en cuenta la afectación del Síndrome de Alienación Parental, dado que el menor puede copiar el modelo del progenitor alienador desarrollando trastornos psiquiátricos serios.

Recomendaciones

Se sugiere que se realice un estudio completo del Síndrome de Alienación Parental e incluso se estima que debe ser reconocido en la normativa ecuatoriana. Porque el abuso emocional repercute en problemas psiquiátricos y psicológicos durante toda la vida del menor de forma negativa y por tanto el Juez debe prevenir que se produzca dicha situación.

En los conflictos de separación o divorcio con niños menores el Juez debe exigir informes Psicosociales, que examinen tanto a ambos padres como a sus hijos, los peritos incluirán recomendaciones sobre a quién deberá ser atribuida la Tenencia o por el contrario si debe establecerse una forma de Tenencia Compartida. Este informe favorecerá el Interés Superior del Niño.

Implementación dentro de la legislación ecuatoriana y sobre todo garantizada y aplicada por los Jueces como figura preferencial en los casos de Separación y Divorcio, la Tenencia Compartida por los beneficios positivos que produce.

Modificación del artículo 106 numerales 2 y 4 del Código de Niñez y Adolescencia que hace referencia a las reglas para confiar la Patria Potestad, dado que su contenido es Inconstitucional violentando el Principio de Corresponsabilidad e Igualdad, ya que mantiene un régimen preferente a la madre del menor, aun así se haya demostrado que ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones para hacerse cargo de sus hijos, e incluso debe ser modificado lo que establece el Código Civil en relación al tema propuesto.

ANEXOS

Anexo 1

Entrevista # 1

Nombre: Francisco Lituma.**Edad:**38**Profesión:** Abogado

1. **¿Cuáles son los requisitos establecidos por la Ley en el Ecuador, para que un Juez otorgue la Tenencia?**
   Los requisitos contemplados en la Ley ecuatoriana se rigen en lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 106, que determina las reglas para otorgarla. Considero que los requisitos son excluyentes y discriminadores en razón de que se le da únicamente preferencia a la madre para el cuidado de sus hijos. Estos deben ser modificados para que tanto el padre como la madre puedan ayudar equitativamente en la crianza de sus hijos.

2. **¿En el supuesto caso de que existiera la figura de Tenencia Compartida que es lo que el Juez debería valorar al momento de otorgarla?**
   En el supuesto caso de que la figura de Tenencia Compartida existiese en el Ecuador el Juez debería valorar al momento de otorgarla, las pruebas que establece la Ley, como por ejemplo: investigaciones realizadas por un equipo técnico compuesto por un psicólogo, un médico y un trabajador social que analicen su grupo familiar y al niño para establecer con quien debe quedarse el menor.

3. **¿Cree usted que existen edades en las que no sería conveniente otorgar la Tenencia Compartida?**
   Es importante establecer la Doctrina de los años tiernos que señala que, durante los primeros años de vida del menor de 0 a 2 años de vida, esté necesitará de nutrición y alimentación, mismo que será proporcionado por la madre para su subsistencia, la madre será la más apta en cuidarlo.

No obstante, después de eso y de llegar a pubertad podrá elegir con quien desea vivir.

4. **¿Es "tan fácil" como se cree la concesión de la Tenencia Compartida por parte del Juez especializado en la Niñez y Adolescencia en el Ecuador?**

   La figura de Tenencia no es muy común en el Ecuador, ya que no se encuentra contemplado en nuestra legislación. Y por esa razón resulta bastante difícil que los Jueces puedan otorgarla y peor aún considerarla. Dado que por Ley a la madre es a la única que se le puede conceder la Tenencia.

   La Tenencia Compartida, en el caso de que existiera en el país, depende de cómo se encuentren los hijos dentro de un hogar y la forma en la que fueron criados y su vinculación afectiva ya sea al padre o a la madre. El Juez tiene la obligación de investigar y sacar las conclusiones.

5. **¿Creé usted que la figura de Tenencia Compartida debería ser implementada dentro de nuestro ordenamiento jurídico?**

   Sí debería ser implementado la Tenencia Compartida, en nuestra legislación en razón de mejorar la calidad de vida del menor, puesto que produce varios efectos positivos respetando el interés superior del niño. Dado que los padres pueden ayudar conjuntamente en la crianza y el cuidado de los hijos.

6. **¿Qué tipos de Tenencia existen en el Ecuador?**

   Lastimosamente en la legislación ecuatoriana se ha interpuesto un solo tipo de tenencia aquella que se le da preferencia a la madre concediéndole el cuidado de sus hijos aun cuando el padre se encuentre en igualdad de condiciones para hacerlo.

7. **¿En base a su experiencia laboral cree usted que la Tenencia Compartida sería la solución que menos afecta la calidad de vida del menor en los casos de Divorcio y Separación?**

   Si sería la mejor opción, no obstante, en el Ecuador lastimosamente no existe esta figura jurídica, en donde el padre solo tiene derecho a visitas, durante ese tiempo él será el encargado de su cuidado. Dado que por ley la madre tiene la Tenencia de sus hijos.

Lo importante en estos casos es establecer durante el divorcio, si se da el caso de que el hijo pueda expresarse por sí solo y manifestar que él prefiere estar con el papá, la tenencia se le otorgaría inmediatamente al padre.

Estas situaciones dependen mucho de cada proceso puesto que son distintos, en donde puedes encontrar que un niño quiera convivir con la mamá o con el papá.

Lo que hay que tener en claro es que si se encuentran indicativos que vayan afectar la integridad del niño y este quiere estar con el padre, aunque no le garantice estabilidad, ahí cabria negar la tenencia al padre y otorgarle a la madre.

8. **¿Cree usted que las reglas para otorgar la tenencia en el Ecuador son inconstitucionales en razón de que se la preferencia únicamente a la madre?**

Si por su puesto que es inconstitucional dado que contradice con lo expuesto en la Constitución del Ecuador, a pesar de que el padre se encuentre en igualdad de condiciones para criar a sus hijos se preferirá a la madre. Por tanto, considero que el artículo debería ser reformado en único beneficio de los niños.

Anexo 2

Entrevista # 2

Nombre: Carlos Quiroz. **Edad:** 25 **Profesión:** Abogado

1. **¿Cuáles son los requisitos establecidos por la Ley en el Ecuador, para que un Juez otorgue la Tenencia?**

   En el Ecuador el Juez valora los requisitos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia. Partiendo de tres parámetros: Acuerdo entre las partes en donde el Juez puede otorgar la Tenencia a cualquiera de los progenitores. Si no existe acuerdo el Juez debe escuchar al menor siempre y cuando esté en condiciones de hacerlo. En el caso de que no pueda oír al menor se realizaran los respectivos análisis psicológicos que determinen cual sería la persona más idónea para otorgarle la Tenencia, además de que valoran la capacidad legal en la que se encuentran los progenitores

2. **¿En el supuesto caso de que existiera la figura de Tenencia Compartida que es lo que el Juez debería valorar al momento de otorgar dicha figura?**

   En el supuesto caso de que existiera Tenencia Compartida contemplada en nuestra legislación el menor de 12 años puede pronunciarse ante el Juez, respecto a con cual progenitor desea vivir, esto también será determinado mediante un examen psicológico.

3. **¿Cree usted que existen edades en las que no sería conveniente otorgar la Tenencia Compartida?**

   No sería conveniente que se otorgue la Tenencia Compartida a algún progenitor, el menor que tenga 12 años de edad.

4. **¿Es "tan fácil" como se cree la concesión de la Tenencia Compartida por parte del Juez especializado en la Niñez y Adolescencia en el Ecuador?**

   No es tan fácil, puesto que no existe dicha figura y por tanto, únicamente el Juez se encierra en otorgarla a la madre, no obstante, el Juez debe valorar los resultados

provenientes de los análisis psicológicos que van a determinar con quien sería más conveniente que se quede el menor. Estos exámenes al ser abalados por un médico profesional le darían resultados óptimos y acertados.

Sin embargo, podría ser más fácil la concesión si es que los progenitores ya llegaron algún acuerdo, pero a veces este acuerdo no es tan conveniente para el menor. Por lo que, el Juez deberá valorar cada aspecto para otorgar la tenencia.

5. **¿Creé usted que la figura de Tenencia Compartida debería ser implementada dentro de nuestro ordenamiento jurídico?**

   Sí debería ser implementada dentro de nuestro país dado que genera varios beneficios sociales, en razón de mejorar la calidad de vida del menor, garantizando sus derechos.

6. **¿Qué tipos de Tenencia existen en el Ecuador?**

   Solo existe un único tipo de figura de tenencia en el Ecuador puesto que se le concede únicamente a la madre la tenencia excluyendo al padre de ayudar en la crianza de sus hijos.

7. **¿En base a su experiencia laboral cree usted que la Tenencia Compartida sería la solución que menos afecta la calidad de vida del menor en los casos de Divorcio y Separación?**

   Al momento de la misma separación de los progenitores ya existe una afectación o un daño psicológico puesto que se aleja de uno de los padres, pasando menos tiempo con alguno de ellos que por lo general es el padre. Por lo que, la Tenencia Compartida si sería la mejor solución para niños mayores de 12 años. Además, recomendaría que dentro de la ley se debe prever algún tipo de institución legal que permita que ambos padres puedan asistir a terapias conjuntamente con el menor con psicólogos para que facilite que el menor asimile la separación de sus padres.

8. **¿Cree usted que las reglas para otorgar la tenencia en el Ecuador son inconstitucionales en razón de que se la preferencia únicamente a la madre?**

Claramente las reglas para otorgar la Tenencia son inconstitucionales, primero por que contradicen los principios que determina la Constitución del Ecuador, en segundo plano el artículo hace que los Jueces prefieran a la madre aún así el padre se encuentre en condiciones idóneas para cuidar a sus hijos. Discriminándolo y sobre todo excluyéndolo de criar a sus hijos. Razón por la cuál los legisladores deben modificarla y adecuarla a realidad actual, ya que tanto el padre como la madre es idóneo para cuidar a sus hijos.

Anexo 3

Entrevista # 3

Nombre: Paúl Andino. **Edad:** 32 **Profesión:** Abogado

1. **¿Cuáles son los requisitos establecidos por la Ley en el Ecuador, para que un Juez otorgue la Tenencia?**

   Los requisitos para otorgar la Tenencia se encuentran señalados en el Código de la Niñez y Adolescencia. Los mismos que declaran y dan preferencia a la madre, sin tomar en cuenta las disposiciones del padre.

2. **¿En el supuesto caso de que existiera la figura de Tenencia Compartida que es lo que el Juez debería valorar al momento de otorgar dicha figura?**

   Si existiera la figura de Tenencia Compartida el Juez no solo debe valorar la prueba, los informes Psicológicos que determinaran cuál de los padres es el adecuado para criar a sus hijos, sino además debe considerar el acuerdo establecido por los progenitores, escuchar a los menores si se encuentran en calidad para hacerlo. El Juez debe garantizar que los padres puedan hacerse cargo de sus hijos en igualdad de condiciones y oportunidades. Debe establecer la obligación que ambos tienen en aportar económicamente y criarlos de forma equitativa. En único beneficio de los niños sin afectar su desarrollo.

3. **¿Cree usted que existen edades en las que no sería conveniente otorgar la Tenencia Compartida?**

   La edad que el Juez debe considerar antes de otorgar la Tenencia seria únicamente en los años tiernos del niño puesto que por obvias razones necesita de la alimentación que la madre le proporciona, no obstante, el padre debe visitarlo continuamente siendo parte de su desarrollo, después de eso alguno de los progenitores puede pedir la Tenencia Compartida con el fin de que no se lo excluya de ayudar en la crianza de sus hijos.

4. **¿Es "tan fácil" como se cree la concesión de la Tenencia Compartida por parte del Juez especializado en la Niñez y Adolescencia en el Ecuador**

   No es fácil que el Juez otorgue la Tenencia Compartida, dado que no existe dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico. El Juez aplica únicamente lo que establece la Ley, aun así está no sea la más conveniente, dando la Tenencia a la madre a pesar de que el padre demuestre su idoneidad en cuidarlos de igual forma.

5. **¿Creé usted que la figura de Tenencia Compartida debería ser implementada dentro de nuestro ordenamiento jurídico?**

   La figura de Tenencia Compartida debería inmediatamente ser introducida en nuestra legislación puesto que busca beneficiar el Interés Superior del Niño y proporcionar igualdad garantizando el derecho que tiene el padre para la crianza de sus hijos.

6. **¿Qué tipos de Tenencia existen en el Ecuador?**

   En el Ecuador únicamente existe un tipo de Tenencia, es decir, o solo se le otorga a la madre que en la mayoría de los casos sucede, o se otorga al padre. Pero en Ecuador el padre será el encargado de pasar alimentos y tener un régimen de visitas, condicionándole en ver a sus hijos.

7. **¿En base a su experiencia laboral cree usted que la Tenencia Compartida sería la solución que menos afecta la calidad de vida del menor en los casos de Divorcio y Separación?**

   La Tenencia Compartida sí sería la mejor solución en los casos de Separación y Divorcio puesto que propone ciertas ventajas no afectando el desarrollo ni la calidad de vida del menor, dado que compartiría con sus padres de forma igualitaria.

8. **¿Cree usted que las reglas para otorgar la tenencia en el Ecuador son inconstitucionales en razón de que se la preferencia únicamente a la madre?**

   Claramente las reglas para otorgar la Tenencia violan principios constitucionales, como es de Corresponsabilidad Parental e Igualdad dado que la legislación se encuentra encasillada únicamente en otórgale a la madre. Sin tomar en cuenta las capacidades que posee el padre, afectando gravemente sus derechos.

Anexo 4

Entrevista # 4

Nombre: Erika Boteri. **Edad:** 24 **Profesión:** Psicóloga

1. **¿Cuáles son las dificultades que se presentan durante la disolución del matrimonio?**

   Una de las dificultades que se presentan en el momento de la disolución matrimonial es que los hijos se encuentran en medio del conflicto. Inician con sentimientos de culpabilidad situación que produce consecuencias psicológicas graves dado que los niños no tienen la capacidad de comprender dicha situación.

   Además, la separación produce crisis de transición y crisis estructurales en las parejas, generando dolor en todos los miembros de la familia.

2. Cuáles son los principales problemas de los menores durante un divorcio.

Los principales problemas que aparecen en los menores son emocionales, como depresión, baja autoestima, ansiedad, a veces van cargados de pesadillas. De la misma forma los niños no rinden adecuadamente en el colegio o escuela. E incluso desarrollan indisciplina.

3. Cuál es el trabajo de los padres frente a una separación.

Los padres durante el divorcio deben procurar ayudar a los niños explicándoles cuidadosamente, dado que no comprenden porque sucede dicha situación. Por tanto, nosotros recomendamos que antes, durante, y después, tanto padres como hijos asistan a terapias psicológicas.

Dado que es ahí en donde los menores pueden expresar sus sentimientos sin reproche de sus padres. De la misma manera se sugiere que los padres no consientan excesivamente a sus hijos por sentimientos de culpa, dado que puede repercutir en el futuro, puesto que los niños no harán caso.

También es relevante mencionar que los padres no suspendan el trámite del divorcio si no se sienten seguros de su matrimonio, dado que, si procuran evitar

problemas a sus hijos, únicamente los afectarían más puesto que las peleas y discusiones diarias generaran problemas más graves de los que ya había.

Por ello, recomendamos que disuelvan su vínculo matrimonial ya que existen varios estudios que demuestran la afectación psicológica de los niños cuando perciben que sus progenitores son infelices. De la misma forma, se sugiere que los padres no realicen comentarios despectivos sobre la otra pareja a sus hijos, ya que esto generaría consecuencias afectivas y emocionales como el resentimiento y el odio. Este signo es alarmante dado que se lo conoce como el Síndrome de Alienación Parental, que los profesionales en esta rama debemos tratar de evitar.

Anexo 5

Entrevista # 5

Nombre: Martin Alvarado. **Edad:** 38**Profesión:** Psicólogo

1. ¿Cómo influye la edad y madurez del niño?

Cuanto más pequeño es el niño, dispone de menos mecanismos para discernir lo que está ocurriendo. De tal forma que aparecen ciertas acciones de ello a través del cuerpo como: dolor abdominal, dolor de cabeza, vómito.

Cuando el niño tiene una edad mayor puede sentir, resentimiento, culpabilidad por la separación de sus padres. E incluso puede generar depresión, agresión, bajo rendimiento escolar. Si es adolescente puede desarrollar comportamientos como híper madurez ya que busca sustituir al progenitor ausente que es en la mayoría de los casos el padre.

2. ¿Cuáles son las cuestiones claves para explicar la situación al menor?

La decisión de separarse es exclusivamente de los padres. Ellos tomaron tal decisión porque creen que es lo mejor para todos los miembros de la familia. Los hijos no deben ser parte de esta decisión.

Es por eso que deben explicarles que no se separaron porque el hijo se porta mal, no come, no hace caso etc. Los padres deben resaltar al niño cuántas personas se preocupan por él (familiares, tíos, abuelos, amigos, profesores) y desean su felicidad, por tanto, el niño debe eliminar ese miedo a quedarse sólo.

Ya que dispone del cariño de ambos padres, aunque ya no vivan juntos. Los padres deben procurar generar una adecuada confianza para que el hijo siempre pueda hablar con ellos. Y además ambos progenitores pueden demuestran su amor de diversas maneras.

3. ¿Qué se sugiere a los padres al momento de afrontar el divorcio?

No deben caer en la sobreprotección del hijo por culpa o pena, el niño debe ser tratado como a un niño "normal" de su edad. Si no los padres incurrirán en que se

comporte de forma inmadura e infantil no apta para su edad, no ayudándole a crecer.

Los padres deben hablar con el niño del otro progenitor con argumentos reales, sin caer en falsedades. Es preferible que, los días que se reúnan, no se agoten realizando actividades, dado que no habrá tiempo para comunicarse.

Existen varios puntos graves que se presentan tras la separación como por ejemplo, el dinero, los hijos y posiblemente las nuevas relaciones. Nosotros recomendamos que los progenitores no pongan a sus hijos de su parte, dado que se produce el Síndrome de Alienación Parental. Por lo que, se sugiere que traten de resolver sus cuestiones personales y no involucrar a sus hijos. Es preferible para los niños, que sus progenitores constituyan nuevas familias con otras parejas. Porque les ayuda a reparar sus vínculos afectivos.

4. ¿Puede existir algún sobre esfuerzo para que los hijos entiendan la decisión de los padres?

Es importante recalcar que los divorcios son muy traumáticos de por sí, no solo para los hijos, sino también para los cónyuges puesto que se vuelve insoportable el no separarse, dado que si se mantienen juntos supondría un engaño para los hijos, una farsa. Y esto es peor para los niños dado que sufrirán mucho más viendo discusiones diarias, falta de amor y respeto. Debe evitarse a toda costa que los padres metan a los hijos dentro del conflicto.

Anexo 6

Entrevista # 6

Nombre: Manuel Crespo. **Edad:** 34**Profesión:** Psicólogo

1. ¿Existe algún trauma después del divorcio?

El trauma inicia en el mismo hogar antes de consumarse el divorcio puesto que los hijos sufren por los conflictos de los padres que se produce en el día a día (aunque los padres los disimulen), ya sea por carencias afectivas, por falta de armonía y respeto entre sus progenitores. Todos estos aspectos que son necesarios para un buen desarrollo emocional.

2. ¿Existen perdidas en los niños?

La gran parte de los niños no pierden con el divorcio. Solo si se demuestra que uno de los progenitores es perturbador, anormal o malvado si puede desaparecer la figura del progenitor, dado que se busca más armonía para el hogar y eso se logra con la separación.

3. ¿Cuáles son los niños más afectados?

En base a varias experiencias profesionales considero que los niños que son más sensibles a problemas psico afectivos son los menores de ocho años. Dado que la mayor parte de matrimonios se disuelven cuando llevan poco tiempo de casados.

4. ¿La reacción depende de la edad?

Sí, todo depende de la edad ya que de esto variará la reacción de los hijos. Puesto que los niños en edad preescolar no comprenden lo que ocurre en la familia, tienden a tornarse más irritables con rabietas.

Mientras que los de edad escolar se sentirán solos y culpables. Es importante destacar que la separación provoca cuadros depresivos, deterioro en el rendimiento escolar y baja relación con sus compañeros. Los niños cuando se encuentran al cuidado del progenitor suelen pedir ir a vivir con el otro, puesto que creen que sería mejor su vida, teniendo la esperanza de volver a unir la pareja.

5. ¿Cuál es la reacción en los adolescentes?

En base a mis experiencias profesionales en los adolescentes se producen dos reacciones, las más frecuentes son:

- Maduración prematura, aceptando responsabilidades de adulto, con un superego hipertrófico.
- Una conducta antisocial y refugio en las drogas o alcohol.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Andrade Barrera, F. (2008). *Diccionario Jurídico Educativo de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.

Catalán Frías, M. (2011). *La Custodia Compartida*. Murcia: Editorial Universidad Católica San Antonio de Murcia.

Domínguez, G., Fama, M & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de la Familia*. Buenos Aires: Editorial EDIAR.

Hollweck, M & Medina, G. (2001). *Tenencia del Hijo*. Mendoza: Editorial Universidad de Mendoza.

Ortega, I. (2002). *El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la unión europea*. España: Editorial Universidad Sociedad Española de Psicología Clínica, Legal y Forense.

Pérez, A. (2012). *Tratado de Derecho de la Familia*. España: LEX NOVA.

Romero, A. (2011). *La guarda y custodia compartida: Una medida familiar igualitaria*. Madrid: Editorial Scientia Jurídica.

Vallejo, R., Sánchez, F., & Barranco, P. (2004). *Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos.* Madrid: Editorial Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.

Internet

AEAF. (3 de Marzo de 2017). *Asociación Europea de Abogados de Familia*. Obtenido de Asociación Europea de Abogados de Familia: http://www.asociacionabogadosfamilia.com/equipos-psicosociales/4---consejos-practicos-para-preparar-la-entrevista-con-el-psicologo-los-tests

Derecho Mexicano. (2017 de Febrero de 2017). *Derecho Mexicano*. Obtenido de Derecho Mexicano: http://derechomexicano.com.mx/carcel-a-padres-que-pongan-a-sus-hijos-contra-su-otro-padre/

El Comercio. (10 de Febrero de 2017). *El Comercio*. Obtenido de El Comercio: http://www.elcomercio.com/tendencias/tenencia-patriapotestad-hijos-separacion-corteconstitucional.html

El Comercio. (6 de Febrero de 2017). *El Comercio*. Obtenido de El Comercio: http://www.elcomercio.com/app_public.php/tendencias/propuestas-padres-pago-pensiones-alimenticias.html

Instituto Nacional de Estadística y Censos. (14 de Diciembre de 2016). *Instituto Nacional de Estadística y Censos*. Obtenido de Instituto Nacional de Estadística y Censos: http://www.ecuadorencifras.gob.ec/matrimonios-divorcios/

R24N Noticias. (20 de Febrero de 2017). *R24N Noticias*. Obtenido de R24N Noticias: http://r24n.com.ar/noticia/130692/que-es-la-tenencia-compartida-de-los-hijos

Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia. (6 de Febrero de 2017). *SNNA*. Obtenido de snna: http://www.snna.gov.py/articulo/134-qu-es-la-doctrina-de-proteccin-integral-de-los-nios-nias-y-adolescentes.html

UNICEF. (14 de Diciembre de 2016). *UNICEF ECUADOR*. Obtenido de UNICEF ECUADOR: https://www.unicef.org/ecuador/media_28408.htm

Unicef. (4 de Febrero de 2017). *Unicef*. Obtenido de Unicef: https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf

Unicef. (5 de Febrero de 2017). *Unicef*. Obtenido de Unicef: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html

Normativa

Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil. (2005). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil. (2016). *Código Civil Actualizado.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.