



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIOHUMANISTICA

TITULO DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

*La Inclusión, en la legislación civil ecuatoriana sobre la Custodia
Compartida*

TRABAJO DE TITULACION.

Autora: González Cely, Paola Carolina

Directora: Ojeda Chamba, Jenny Lorena. Ab. Mg. Sc

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister

Jenny Lorena Ojeda Chamba

DOCENTE DE LA TITULACION

De mi consideración:

Que el presente trabajo de titulación: La Inclusión, en la legislación civil ecuatoriana sobre la Custodia Compartida, realizado por González Cely Paola Carolina, ha sido orientado y revisado, durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, septiembre 2015

f).....

Mg. Sc. Ab. Jenny Lorena Ojeda Chamba

DECLARACION Y AUTORIA Y CESION DE DERECHOS

Yo, **González Cely Paola Carolina**, declaro ser autora del presente trabajo de maestría *La Inclusión, en la legislación civil ecuatoriana sobre la Custodia Compartida*, de la Titulación Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo la Magister Ojeda Chamba Jenny, directora del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad. Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad"

f.

Autora: González Cely Paola Carolina
Cédula 0702941410

DEDICATORIA

En Primer lugar quiero dedicar este trabajo al Dios, que es un ser maravilloso que día a día guía mi camino, me da sabiduría para cumplir mis metas, está siempre a mi lado y nunca me abandona.

Dedico este trabajo también a mis Padres Segundo González y Carmen Cely, quienes han sido mi apoyo e inspiración cada día.

Finalmente y cerrando con broche de oro quiero dedicar mi tesis a mis tres amores mis hijos que son mi adoración Alejandro y Valentina; y de manera especial a mi esposo Javier Minchalo Toral que ha sido mi apoyo incondicional para cumplir mis metas profesionales.

AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Técnica Particular de Loja, de manera especial a la Dra. Jenny Lorena Ojeda Chamba, Directora de la Tesis, que con su guía y orientación, este trabajo se pudo realizar con precisión y porque a través de sus opiniones y criterios supo despertar las inquietudes que lograron que esta investigación concluya con conceptos e ideas valederas; y a todos los docentes que compartieron con esmero y desinterés sus experiencias en el transcurso de la maestría, hasta lograr alcanzar mi sueño anhelado.

ÍNDICE

<u>APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN</u>	<u>II</u>
<u>DECLARACION Y AUTORIA Y CESION DE DERECHOS</u>	<u>III</u>
<u>DEDICATORIA</u>	<u>IV</u>
<u>AGRADECIMIENTO</u>	<u>V</u>
<u>ÍNDICE</u>	<u>VI</u>
<u>RESUMEN</u>	<u>1</u>
<u>ABSTRACT</u>	<u>2</u>
<u>INTRODUCCIÓN</u>	<u>3</u>
<u>CAPITULO I LA CUSTODIA COMPARTIDA</u>	<u>6</u>
1.1 CONCEPTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	7
1.2 NATURALEZA JURÍDICA	9
1.3 CLASES DE CUSTODIA	10
1.3.1 Custodia legal	11
1.3.2 Custodia no parental o monoparental	12
1.3.3 Custodia Compartida	13
1.4 CORRESPONSABILIDAD DE LOS PROGENITORES	16
1.5 CONCEPTO DE MATRIMONIO	17
1.6 CONCEPTO DE DIVORCIO	19
1.6.1 Concepto de Patria Potestad	21
1.6.2 Concepto de tenencia	23
1.7 PRINCIPIOS DE LA GUARDA COMPARTIDA	24
1.7.1 Principio de corresponsabilidad parental	24
1.7.2 Principio de interés superior del niño	26
1.7.2.1 Principio de protección especial.	28
1.7.2.2 Principio de sujetos plenos de derechos.	28
1.7.3 Principio de universalidad	29

1.8 PRINCIPIOS GENERALES LAS REGLAS DE BEIJÍN	31
<u>CAPITULO II ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA, DENTRO DEL MARCO LEGAL ECUATORIANO Y OTRAS LEGISLACIONES</u>	<u>33</u>
2.1 CONVENIOS INTERNACIONALES	34
2.1.1 Declaración universal de los derechos humanos	34
2.1.2 Declaración universal de los derechos humanos de los niños	36
2.1.3 La convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño	39
ARTÍCULO 5 – EL DERECHO A SER ORIENTADO POR TUS PADRES	40
2.2 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	41
2.3 CÓDIGO CIVIL	45
2.4 ANÁLISIS DEL COGEP EN REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA	50
2.5 LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	53
2.6 LEGISLACIÓN COMPARADA	56
2.6.1 Bolivia	56
2.6.2 Estados Unidos	58
2.6.3 Brasil	65
Es el último país de Latinoamérica, en realizar una reforma a su Código Civil en cuanto se refiere a la custodia compartida, en la (Ley N.- 13058, 2014) que nos establece lo siguiente:	65
2.6.4 Colombia	69
<u>CAPITULO III INVESTIGACIÓN DE CAMPO</u>	<u>75</u>
3.1 ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.	76
3.2 ESTUDIO DE CASOS	83
3.3 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS	90
3.3.1 Objetivo General	90
3.3.2 Objetivos específicos	90
3.4 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	92
<u>CAPITULO IV CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS</u>	<u>94</u>
4.1 CONCLUSIONES	95
4.2 RECOMENDACIONES	97
4.3 PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL	99

5. BIBLIOGRAFÍA	102
ANEXO	108
1. ENCUESTA	109
2. PROYECTO	110

RESUMEN

Cabe entender que la custodia es la guarda, cuidado y protección directa que los padres dan a los menores, en cambio la patria potestad es tan solo el derecho intangible que se le otorga al padre que no convive con el menor, en tal sentido la guarda, tenencia o custodia es física en cambio la patria potestad en un conjunto de derechos y obligaciones que se le otorgan y garantizan a los padres del menor que no tiene la custodia de los mismos.

La norma Constitucional, vigente de nuestro país contenido en el artículo 69, numeral 5 manda: (CONSTITUCION, 2008) *"El Estado (...). Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos"*. Por ende en un Estado ya sea este Social de Derecho o Constitucional de Derechos, a través de sus normas y principios garantizaran, el derecho integral de los menores, y otorgar la seguridad jurídica y tutela efectiva, con la intención de proteger el desarrollo de los menores que se encuentran bajo su cuidado.

PALABRAS CLAVES: Custodia, Compartida, Menor, Derechos, Guarda, Superior, Tutela, Efectiva.

ABSTRACT

It is understood that custody is custody, care and protections that parents give to children instead of parental rights is just the intangible right that is given to the parent who does not live with the child, as such guardians, possession or custody is physical custody instead of a set of rights and obligations that are granted and reassure parents of a child who does not have custody of them.

The Constitutional current standard of our country in Article 69, paragraph 5 commands: the state (...). It will promote the paternal and maternal responsibility and monitor compliance with the reciprocal duties and rights of parents and children. Therefore in a state whether it is legal or Constitutional Social Rights, through its rules and principles guarantee the full rights of children, and provide legal certainty and effective protection, with the aim of protecting development children who are under their care.

KEYWORDS: Custody, Shared, Minor, Rights, Guard, Superior, Guardianship, Effective.

INTRODUCCIÓN

A través de la historia, la preocupación por la crisis de la familia, célula básica de la sociedad, provenía únicamente de la Iglesia, pero en la actualidad se ha extendido a diferentes áreas profesionales tales como, concejeros matrimoniales, psicólogos, abogados e incluso se ha vuelto un tema tratado por los Estados o Países, llegando a ocupar en la actualidad un motivo importante de investigación.

Durante el matrimonio o unión de los progenitores la custodia, es compartida, pero al momento de su separación nace el problema acerca de la tenencia de los hijos. Cabe entender que la custodia es la guarda, cuidado y protección directa que los padres dan a los menores, en cambio la patria potestad es tan solo el derecho intangible que se le otorga al padre que no convive con el menor, en tal sentido la guarda, tenencia o custodia es física en cambio la patria potestad en un conjunto de derechos y obligaciones que se le otorgan y garantizan a los padres del menor que no tiene la custodia de los mismos. Si no existe un acuerdo de los progenitores respecto del cuidado de sus hijos, será el Juez quien decida en base a la ley vigente atendiendo principalmente al mejor interés del niño. Pero si el administrador de justicia no cuenta con los medios o herramientas judiciales necesarias, mal podría velar o proteger el bienestar del menor.

Cuando ya los padres están separados o divorciados, es importante establecer el posible acuerdo entre ellos para la custodia de sus hijos, pero es muy común que se da el caso en que no se lleva a un acuerdo, y por ende la tenencia se vuelve contenciosa es decir, que para definir la situación de los menores se tendrá que invocar el imperio de la ley ante un juez, quien decidirá sobre este asunto.

La tenencia compartida nace a partir de las nuevas sociedades y su necesidad de dar un mejor futuro a sus hijos, ya que sus padres por diferentes motivos no tienen un buen entendimiento o diferentes circunstancias no les permite estar

juntos por lo que el juez da un veredicto y establece a quién de ellos se merece la tenencia.

El presente trabajo investigativo lo hemos intitulado: **“LA INCLUSION, EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA”**, Considero que el tema que estamos planteando es una problemática de actualidad que, nos llevaría a un nivel superior como sociedad, ya que el fin principal del derecho es el de ayudar en el conflicto pos conyugal el cual resulta en algunos casos satisfactorio para las tres partes involucradas. Este trabajo se ha desarrollado en atención al siguiente plan de contenidos que comprende tres capítulos, el primero de ellos llamado La Custodia Compartida, en la cual desde el punto de vista conceptual y doctrinaria conoceremos su concepto, naturaleza jurídica, las clases, el concepto de matrimonio, divorcio, patria potestad, tenencia, etc., basados en la doctrina de expertos juristas conocedores del tema, quienes nos ayudaran a entender la institución jurídica de la custodia compartida y como esta ha sido aplicada y sus características especiales.

El segundo capítulo lo hemos enunciado Análisis jurídico y marco legal de la custodia compartida, en este temario pretendemos entender, estudiar y analizar desde la base jurídica a la institución de la custodia o tenencia tanto en normar o convenios internacionales, como en la norma suprema de nuestro país, además como está concebido en nuestra legislación civil en referencia a la custodia de los menores luego del divorcio, así mismo y dentro de este acápite se realizara un estudio del derecho comparado para entender la estructura de la custodia compartida mediante un análisis jurídico critico pormenorizado en países como EEUU, Francia, Brasil y Colombia, para que luego de esto y de forma general determinar si es norma jurídica encasilla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El ultimo capitulo se relaciona con la Investigación de Campo con la aplicación de técnicas como la encuesta (30), las cuales serán dirigidas a abogados en libre ejercicio profesional, igualmente dos estudios de casos de los juzgados de familia; conjuntamente se realizara una verificación de los objetivos, con la

intención de determinar si los mismo fueron alcanzados y por último la contrastación de la hipótesis.

Para concluir el presente trabajo se recoge las Conclusiones y Recomendaciones a las cuales se ha podido arribar luego del análisis doctrinario jurídico, y de los resultados de campo.

CAPITULO I LA CUSTODIA COMPARTIDA

1.1 Concepto de la custodia compartida

Para comenzar con de este tema, es necesario abarcar diferentes conceptos doctrinarios jurídicos que se le concede a la Custodia Compartida, es por ello que en el diccionario (DEFINICIONES, 2008,)se establece su concepto que dice:

En el latín es donde se encuentra el origen etimológico del término custodia, (...). En concreto, podemos decir que emana de “custodia”, que significa “guarda” y que, a su vez, emana, de “custos”, que puede traducirse como “guardián”, (...). Custodia se trata de la acción y efecto de custodiar (guardar con cuidado y vigilancia). Cuando una pareja con hijos decide ponerle fin a su matrimonio es cuando empieza a utilizarse, por aquella y por sus abogados, la palabra custodia. Es decir, comienzan los acuerdos o los juicios, según se llegue a buen puerto o no, para intentar determinar claramente quién de los dos integrantes de la relación será el que se encargue de vivir diariamente con los vástagos.
(s/p)

Cuando nos referimos a custodia estamos hablando de guarda, protección, que se le debe dar a alguien, en este caso, nos referimos a los hijos, cuando sus padres han entrado en un problema legal de separación y acuden ante la ley para solicitar la custodia del menor, los dos progenitores tienen derecho a la custodia de su hijo, siempre y cuando no tengan ningún impedimento legal para ejercerlo, en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico esta institución no se encuentra regulada, tan solo nuestro Código Civil hace referencia a la patria potestad y tenencia, conforme lo establece la ley, y que más adelante lo desarrollaremos para su mejor entendimiento. Así mismo continuando con otra definición que nos indica el libro(JUSTICIA M.D, 2000) que conceptualiza a la:

Custodia de menores es un término legal que se utiliza para describir la relación y las obligaciones entre uno de los padres y el hijo en vista de situaciones en las que ambos padres del niño no desean más compartir la relación entre sí. Dicha situación puede implicar un divorcio, una

anulación o una separación, en la que los niños presentes en la relación no pueden vivir con ambos padres y deben estar bajo el cuidado primario de uno de ellos, quien tomará las decisiones por el niño y cuidará de él. Los tribunales estatales tienen jurisdicción para decidir si el niño vivirá con el padre o la madre basándose en los mejores intereses del niño. (pag.102)

Sin lugar a duda el derecho del menor esta sobre los intereses o prioridades de los padres divorciados o separados, en tal sentido, otros países han regulado a través de la ley, normas legales o instrumentos necesarios que tutelen la protección y estabilidad del menor, como principio fundamental y esto en concordancia con los derechos internacionales que salvaguardan el derecho superior del niño. Además nos dice (IVARS RUIZ J, 2008) sobre la definición de: *“La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismo”* (pag.62).

Con la definición dada por el profesor Ruiz que la custodia es el cuidado, resguardo, amparo que los progenitores deben dar a los hijos, pero con igualdad de derechos, obligaciones y responsabilidades por parte de los dos, así mismo esta corresponsabilidad se la establece legalmente mediante resolución judicial, la cual es consensuada y pensada en favor del bienestar del niño para que a pesar del vínculo deshecho de sus padres no se vea afectado emocional y psicológicamente por esta situación.

Otro concepto importante que tenemos sobre La custodia compartida es la que nos define el profesor (ORTUÑO MUÑOZ P., 2005), que dice:

Aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades

materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro. (pag.60)

El concepto dado por el tratadista citado, es la definición correcta que se debería dar a la custodia compartida, constituida como eje fundamental para la instauración en cualquier legislación que esté basada en derechos fundamentales, que protejan y cuiden el desarrollo integral del menor. Y para culminar con este concepto que es la base de la problemática del trabajo de investigación nos referimos a la ilustración dada por (CABALLERO GEA J, 2005,) que refiere:

Definición que comprende todos los elementos necesarios para establecer el régimen de custodia compartida mediante el acuerdo al que puedan llegar los progenitores, tomando en cuenta como requisito *sine qua non* la existencia de una relación amistosa entre ellos para que dicha modalidad tenga éxito. (pag.176)

De igual manera si no existe acuerdo entre los padres no es posible utilizar este bien jurídico por cuanto es ***pie fece*** del principio de custodia compartida, ya que los padres deben pensar como prioridad el bienestar del menor, así exista diferencia entre los dos.

1.2 Naturaleza Jurídica

Es necesario establecer la importancia de la naturaleza o el nacimiento jurídico de esta entidad, la cual no es muy remota ya que su nacimiento se da por el desarrollo de las nuevas sociedades las cuales han buscado a través de sus legisladores nuevos modelos los cuales coadyuven a mejorar el impacto de la separación de los padres, porque en la antigüedad el cuidado de los menores era exclusivo de las mujeres, es por esto que en palabras del jurista. (RAYÓN C, 2008,) Nos explica sobre:

La guarda y custodia le permite a los progenitores conocer la esencia de esta figura, así como establecer la importancia de la misma; para ello es

necesario explorar el entorno de guarda y custodia para darnos cuenta que es en realidad este derecho jurídicamente hablando, dado que al conocer su naturaleza jurídica se delimitan todos y cada uno de los derechos que tienen los sujetos de esta obligación pero como ya lo menciones de este rubro, es un poco difícil determinar su naturaleza jurídica, en virtud de que no se cuenta con el material bibliográfico suficiente en el ámbito legal que nos diga concretamente de qué manera se ejercerá el derecho de guarda y custodia, el ámbito doctrinal se encuentra en igual circunstancias, pese a lo anterior trataré de adoptar algo que beneficie a la sociedad en general toda vez de que nadie está exento de enfrentar un problema de guarda y custodia de menores, dado que todo individuo en algún momento de su vida optó por formar una familia ya sea a través del parentesco consanguíneo o parentesco civil (adopción). Para algunos estudiosos del derecho la guarda y custodia es un derecho, una facultad, una obligación mientras que para otros la guarda y custodia es una figura jurídica y la Suprema Corte de Justicia de la Nación la contempla como tal. (pag.63)

Conocemos que los padres tienen el derecho, protección, cuidado y posesión de los hijos que se encuentran bajo su cuidado; de tal manera tienen la obligación moral y legal de facilitar a sus hijos todo lo necesario; educación, salud, alimentación, etc. Pero sobre todo afecto, para alcanzar un desarrollo completo del menor, al no existir la corresponsabilidad paternal, se está vulnerando contra el derecho del menor que se encuentra consagrado en nuestra constitución.

1.3 Clases de Custodia

Como es de conocimiento general cada sociedad o país ha regulado la custodia de acuerdo a sus necesidades, es por ello que es importante mencionar algunas de ellas, con el objeto de conocer y establecer cuáles de estas clases son las instauradas en nuestro país y de esta manera realizar una comparación crítica y legal en relación a las mismas.

1.3.1 Custodia legal

La Custodia Legal conforme nos comenta el profesor (MANZANEROS R, 2007):

En el ámbito del derecho familiar se designa como custodia legal a la situación jurídica que se desarrolla a partir de la sentencia que emite un tribunal o un juez y que le otorga a un individuo o a varios, la guarda y custodia de un menor de edad o de un individuo con discapacidad y que por tanto es incapaz de valerse por sí mismo. Esta situación habitualmente se da en casos de separación matrimonial o divorcio de los padres, en cuyo caso es necesario que el juez establezca cuál de los progenitores ejercerá la custodia (muy distinto a la patria potestad. (pag.78)

La custodia legal es la potestad que un juez competente, una vez disuelto el vínculo matrimonial de los padres. Le otorga a uno de ellos, quien deberá decidir y tomar las necesarias para la crianza de su hijo, sobre todo para el bienestar psicológico, educación, alimentación y salud, con lo que no compartimos ya que dichas decisiones deben ser tomadas en mutuo acuerdo por los padres, ya que recordemos que si bien es cierto uno de los padres tiene la custodia, pero el otro no ha perdido la patria potestad y tiene el derecho y la obligación de decidir sobre el bienestar de su hijo por lo que, consideramos que la custodia compartida es el mejor camino en virtud de lo indicado. Ya que esto se da de forma general en nuestro país. Los padres están en la obligación de velar por el bienestar de sus hijos, es por esto que en otros países los jueces utilizando el principio de la sana crítica y pensando en un buen desarrollo del menor, se apegan a lo que se llama la Custodia Compartida. En este orden de ideas él(DICCIONARIO JURÍDICO, 2001) lo ha definido como:

El derecho familiar se designa como custodia legal a la situación jurídica que se desarrolla a partir de la sentencia que emite un tribunal o un juez y que le otorga a un individuo o a varios, la guarda y custodia de un

menor de edad de un individuo con discapacidad y que por tanto es incapaz de valerse por sí mismo. (s/p)

La definición ultima concuerda con lo que es la guarda legal, que no es otra cosa que la responsabilidad que el Juez, a través de una sentencia otorga a uno o los dos padres, por cuanto los menores son incapaces de valerse por sí mismos.

Dentro de la custodia legal como entendemos es otorgada por decisión judicial en virtud del mejor beneficio del menor dentro de esta clasificación se puede encontrar que algunos jueces otorgan basados en el ordenamiento jurídico de cada Estado, el cuidado de los hijos de acuerdo algunos criterios como la edad, sexo, condición física o psicológica del menores o incapaces absolutos o relativos, el Jurista (IBAÑEZ V, 2005) sobre este tema lo define como: *“La custodia Partida: El factor que distingue la Custodia partida es que se concede la Custodia de uno o más de los hijos a un progenitor y los restantes hijos al otro”* (pag.4).

1.3.2 Custodia no parental o monoparental

Otra clase de custodia es la No parental, la cual se encuentra definida en el diccionario jurídico de(CABANELLAS G, 2000,)en los siguientes términos:

Se entiende aquella que está compuesta por un solo miembro de la pareja progenitora (varón o mujer) y en la que los hijos, de forma prolongada, pierden el contacto con uno de los padres. Aunque la crianza de un niño puede ser llevada a cabo tanto por hombres como mujeres, en esta materia, según demuestra las estadísticas, no ha habido grandes cambios. Entre un 80 y un 90% de los hogares Monoparentales tienen a la madre (biológica o adoptiva) como responsable. La forma de Custodia aprobada con más frecuencia, es aquella que se basa en una decisión del Juez por la que se concede la custodia exclusiva a uno de los progenitores, con derecho de visitas para el no custodio. (pag.19)

Creemos que esta es la clase de custodia que tradicionalmente se ha establecido en nuestro país y en general en Latinoamérica, como costumbre, al momento de la separación de los padres por ley o por cultura, los hijos siempre quedan bajo el cuidado, protección y sobre todo la responsabilidad de la madre, quien es encargada de velar por la crianza de sus hijos y si se tiene suerte el padre pasara una pensión económica, de acuerdo a sus posibilidades, con lo que la misma ley tradicionalmente le ha deslindado de la responsabilidad de cuidado de los hijos. Por lo que consideramos que debería romperse ese paradigma en nuestra sociedad y ligar de responsabilidad en igual de condiciones a los padres, esto estaría en concordancia con lo que establece el principio de derecho superior del menor y lo que dice nuestra actual constitución que más adelante detallaremos.

1.3.3 Custodia Compartida

Ahora bien, analizaremos la custodia compartida, de la cual nos extenderemos en detalle ya que esta clase de custodia, es la que deseamos se implemente en la legislación civil ecuatoriana, en beneficio no solo de los menores sino de la familia ecuatoriana, con el fin de mejorar su calidad y autoestima como célula fundamental de la sociedad.

Para lograr esto es indispensable que tanto padre como madre, después de la separación, a pesar de sus diferencias como pareja, mantenga una relación de comunicación, todo esto en beneficio de sus hijos, aunque sabemos que esto es un acto casi imposible deberán en función del amor así sus hijos dejar de lado sus problemas, para que de alguna manera pueden sobrellevar la convivencia y no ser el catalizador de futuros ciudadanos con desequilibrios psicológicos o rencores. Para fortalecer esta institución jurídica recurrimos al maestro (VASQUEZ C, 2005) quien nos dará su concepto jurídico de la custodia compartida:

Esta sería la única forma en la cual el niño no saldría menos perjudicado, pues para este será lo mismo entrar a su casa por una puerta vecina, porque en una casa estará su madre y en la otra, su padre. Este sistema

requiere que tanto la madre como el padre tengan una relación amistosa y la madurez emocional y psicológica suficiente para convivir en el mismo domicilio con sus hijos, lo cual es difícil de alcanzar luego de una crisis matrimonial y cuando cada uno de los progenitores hace una vida en compañía de su nueva pareja; sin embargo si el interés de los hijos es puesto sobre el interés propio de los progenitores, les será menos difícil poder adaptarse a esta forma de custodia.

El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con disciplina, limpieza, alimentación, actividades. (pag.170)

En el mismo sentido el profesor (CAMPUZANO H, 2005) nos dice:

Considera que no sería correcto determinar en todo caso, donde residirá el hijo, ni si serán los progenitores quienes cambiaran de domicilio, pues de lo que se trata es de conseguir un marco amplio y flexible para dar cabida en él a todas las flexibles opciones de custodias adaptadas al caso concreto.

Este tipo de custodia permite a cada uno de los progenitores tener al hijo, o hijos, durante una parte del año o tenerlo en años alternos. Cada padre tiene derechos de visita recíprocos y cada uno de ellos ejerce control exclusivo del niño mientras este permanece bajo su Custodia. (s/p)

La custodia compartida no se trata solo, o está circunscrita al espacio físico que ocuparan los padres o los menores ya que con esto se ha tratado de desviar el problema central que es el cuidado del menor. Algunos estudiosos de la familia o de la custodia compartida, indican que los padres a pesar de estar separados deberán seguir viviendo en el mismo domicilio, lo cual no estamos de acuerdo porque esto sería atentar mucho más con la estabilidad emocional del menor, mas consideramos que la custodia compartida debe tener temas de análisis

profundos como la responsabilidad como principio de custodia, ya que al existir este principio como tal los padres tendrán la corresponsabilidad de velar por el cuidado del menor. Sin importar el espacio físico donde vivan ni tiempo ni espacio. En ese orden de ideas citamos mal profesor (IVARS RUIZ J, 2008) quien realiza una clasificación especial referente a:

La custodia alternativa comúnmente conocida como custodia compartida: es el sistema de custodia alternado entre los progenitores separados o divorciados.

En principio en función del formato organizativo de la custodia de los menores, la custodia compartida se puede sistematizar en tres modelos: Custodia de alternancia de los menores: En este sistema serán los menores quienes trasieguen de la vivienda en la que el padre y la madre hayan fijado sus residencias tras la separación o divorcio.

Custodia de alternancia de padres: En este formato de custodia, serán los progenitores quienes alternen la residencia en la vivienda habitual, que es ocupada de forma estable por la prole.

Aunque son los padres quienes alternan el uso de la vivienda habitual, ocupada por los menores custodiados, los progenitores también alternan el uso de una sola vivienda que sirve de residencia de ambos en los periodos no custodios. (Pag.120)

Lo que nos indica el profesor son la modalidades de permanencia o de compartir con los hijos por cada uno de los progenitores, todo esto previo acuerdo en función de que el menor no sufra trastornos por consecuencia de la separación de sus padres, para ello se establece en el primer modelo, que sean los hijos los que visiten al hogar del padre o de la madre dependiendo la situación, la segunda modalidad nos dice que son los padres quienes se movilizan hacia la residencia habitual de los hijos y permanezcan en ella durante su tiempo de custodia, y en la tercera modalidad es muy especial, y consideramos que es la menos utilizada ya que de acuerdo a lo que nos indica todos viven en la misma vivienda (padres e hijos), pero con responsabilidades alternas.

Cabe mencionar que estos modelos no están establecidos como tales ni regulados en ninguna ley pero que, de acuerdo a la cultura y costumbres son adaptadas y consensuadas entre los padres, quienes han recurrido a esta institución jurídica para promover la convivencia en armonía conjuntamente.

1.4 Corresponsabilidad de los progenitores

Para establecer una definición de corresponsabilidad es importante traer a colación el criterio y la cita dado por el maestro (LATHROP GÓMEZ F, 2008) quien manifiesta:

Cuando la guarda y custodia es ejercida de manera conjunta por ambos progenitores, se produce lo que en doctrina se denomina, patria potestad dual, así lo apunta RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. (“La Guarda y Custodia...” Óp. Cit. p. 284), quien al respecto, literalmente dice lo siguiente: “Cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad y cotidianidad, con recíproca transmisión de bienes, pensamientos y preocupaciones, la guarda y custodia sobre los hijos se encuentra embebida por la patria potestad dual. (pag.5)

De acuerdo a lo expresado por el maestro, cuando los padres viven juntos tiene la responsabilidad en común del cuidado en su amplitud, consideramos que es muy importante lo que se indica, ya que este principio (patria potestad dual) no debe variar cuando se produce la separación de los padres, ya que este principio familiar es relevante para preservar la integridad física, emocional y psicológica de los hijos. Y la institución jurídica de la custodia compartida, tiene como finalidad el otorgar este derecho a los hijos de padres separados.

En este mismo sentido el hecho de que se viva en matrimonio no siempre es sinónimo de responsabilidad ya que a pesar de convivir en el mismo hogar es posible que uno de los padres no haya ejercido sus obligaciones como tal, partiendo de este precepto es muy difícil que luego de separados pueda cumplir sus tareas de cuidados a sus hijos, por ende existen muchos retractares a la custodia compartida, pero en virtud de esto, previo a otorgar

esta institución jurídica a los padres separados, el Estado a través de sus organismos pertinentes debe realizar un estudio de factibilidad y determinar si es lo más conveniente para el menor, es por esto que nos referimos al concepto que nos da(LATHROP GÓMEZ F, 2008) *“La responsabilidad del cuidado de los hijos es siempre compartida entre los progenitores, ya sea que vivan juntos o estén separados o divorciados, considera además que la custodia compartida es una figura que concreta la corresponsabilidad parental”*(pags.9-10).

Como ya se indicó en párrafos anteriores del concepto doctrinario de la custodia compartida, su naturaleza jurídica y las clases de custodias, es importante conceptualizar lo referente al matrimonio o unión de hecho, por cuanto al quebrantarse el mismo nacen otras alternativas jurídicas las cuales la ley otorga a los progenitores para el bienestar de los hijos.

1.5 Concepto de matrimonio

Lo expuesto en la Enciclopedia Jurídica(OMEBA, 1964) dice:

La palabra Matrimonio se deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, lo cual significaba carga o gravamen para la madre, queriendo expresar que la mujer es quien lleva el mayor peso tanto antes como después del parto. Por otra parte, este sentido del vocablo no se reconoce por los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia. E Inglaterra, en los cuales las voces son: *maritagio* y *marriage*, respectivamente, las cuales derivan de *marido*. (pag.1474)

De la misma manera tenemos otro concepto importante de matrimonio que nos brinda(Mendoza Durán J, 1955,)y que dice:

Es el matrimonio la más importante de las instituciones sociales base y fundamento de todas las demás, por serlo de la sociedad. Semejante importancia del matrimonio exige que se le otorgue una especial

consideración, estudiándolo con algún detenimiento y sin perjuicio de la generalidad, en los diferentes aspectos en que pueda ser mirado.

Aunque todos los aspectos no se dan por separado, sino que se muestran todos ellos enlazados. (s/p)

Desde la terminología latina de matrimonio, podemos definirla como una obligación que contraían los cónyuges, pero en especial la mujer, ya que como podemos observar el cuidado y crianza de los hijos eran concedidos exclusivamente a la madre, es evidente que desde tiempos muy remotos, podemos decir inclusive desde la creación de la vida se le ha dado a la madre la carga del hogar y dentro de esta, el cuidado de los hijos. Y en la actualidad la mayoría de países latinos especialmente el nuestro, sigue esta tradición, incluso normada en nuestro ordenamiento jurídico, otorgando legalmente la tenencia a la madre como prioridad.

El desarrollo de los pueblos y las sociedades y las nuevas formas de familia que se establece en la actualidad consideramos que es retrogrado, caduco, el solo dar la responsabilidad a las mujeres, cuando ya se ha comprobado la igualdad de género y esto en todo ámbito, y porque no, en el cuidado de los hijos también. Continuamos con algunos conceptos de matrimonio, citados por el profesor (BRAÑAS A, 2001,)el cual ha recopilado para su mejor entendimiento algunas definiciones brindadas por estudiosos de esta norma social y jurídica como la es el matrimonio.

Expone que algunos autores como Baundry-Lecantinerie y Houghes-Fourcade para referirse al significado de la palabra matrimonio utilizan diversas fórmulas según se inclinen por una concepción jurídica, sociológica, formalista o Finalista. La concepción jurídica define al matrimonio como: “El estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley”. Westermarck, autor perteneciente a la corriente sociológica, dice que: “el matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura” Para Kipp y Wolf, de la corriente formalista o finalista: “Es la

unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de la plena comunidad de vida. (s/p)

El matrimonio es la unión de dos personas hombre y mujer como lo consagra la actual constitución de nuestro país, los cuales se obligan mutuamente conforme lo establece la ley. Pero qué pasa cuando esta unión legalmente e incluso religiosa se disuelve? Qué pasa con los cónyuges, los hijos y sus bienes?

Pensando en esto la legislación civil de nuestro país a normado jurídicamente esta situación y es por ello que se instauro al divorcio como la solución, a la separación legal de la pareja, también se ha normado sobre sus bienes, incluso sobre los hijos, pero consideramos que es imperiosa la reforma civil en referencia a la situación legal de los menores, ya que como sabemos la tenencia es otorgada automáticamente a la madre, sin analizar previamente la situación legal, economía y sobre todo emocional de los progenitores, ya que son ellos a los que les corresponde la estabilidad de los menores luego del divorcio o separación, lo cual conceptualizaremos a continuación.

1.6 Concepto de divorcio

El término divorcio se deriva de la palabra latina divortium y del verbo divertere, que significa irse cada uno por su lado es por eso que al referirse al divorcio, manifiesta él (DICCIONARIO JURÍDICO, 2001) que:

El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento. (s/p)

Como se indica claramente el divorcio es la separación conyugal, más no la separación de los hijos, en muchos casos se ha evidenciado que cuando una pareja se divorcia, la madre no deja que el padre se acerque a su hijo o viceversa el padre por represalia a la madre no se preocupan por el bienestar del menor y lo abandona, la cual se produce un trastorno psicológico para el menor, es por esto que vemos conveniente que en nuestra legislación se norme la custodia compartida , ya que los dos son responsables del buen vivir del niño y deben estar claros que lo que se disolvió fue el vínculo matrimonial no el paternal. Así mismo (Mendoza Durán J, 1955,) analiza la etimología:

(...) la palabra divorcio, vemos que ésta proviene del verbo latino "divertirse" disentir (a diversitatem) y a de que los cónyuges marchan como en distintas direcciones (in diversas partes eunt).os tratadistas y las legislaciones distinguen dos clases de divorcio: el absoluto, vincular o en cuanto al vínculo (quodvinculum) y el relativo separación de cuerpos o de mesa y lecho (quodthor et habitationem) : según que la cesación lleve consigo la disolución completa del vínculo conyugal y la extinción de los efectos del matrimonio quedando los cónyuges libres para celebrar nuevas nupcias, o produzca la simple suspensión o separación de los cónyuges en cuanto a la cohabitación dejando subsistente el vínculo matrimonial y ciertos efectos derivados del mismo como de la fidelidad conyugal y el derecho de alimentos. (s/p)

Como sabemos el divorcio es la disolución definitiva del vínculo matrimonial sea de mutuo acuerdo o por alguna causal establecida en la ley, lo que significa que las parejas quedan libres de obligaciones conyugales pudiendo ellos contraer nuevas nupcias matrimoniales con otras personas, pero sin embargo en el caso de que existan hijos, la relación de padres debe continuar y con armonía para que entre los dos puedan cumplir todas las obligaciones que están establecidas en la ley y ordenadas en la constitución de nuestro país cual consagra co-paternidad en defensa y cuidado de los menores.

Como lo mencionamos en líneas anteriores en nuestra legislación en referencia a la investigación que estamos realizando, indicamos que en nuestro país

existe la Patria Potestad y La Tenencia, como instituciones jurídicas que la ley a través de un juez mediante sentencia otorga a los padres, es por ello que vemos necesario el conocer sobre en primer lugar la patria potestad y luego la tenencia, esto en función de conocer y establecer jurídica mente cada una de ellas y en este mismo sentido su relación y adaptación con la custodia compartida.

1.6.1 Concepto de Patria Potestad

Continuando con la investigación indicaremos el bien jurídico, el cual también está establecido en nuestra legislación como es la patria potestad. El maestro(CASTAN VAZQUEZ J, 1974), en su libro nos dice:

Patria potestad viene del latín patrius, por lo relativo al padre y patria, potestad. Actualmente se ve "más que un poder, una protección; protección que, por otra parte, no es específica mente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aun a la madre sola en defecto del padre. (pag.5)

Podemos definir a la patria potestad como derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres sobre sus hijos menores, en cuanto a su salud, educación, alimentación, etc. además los padres tienen que cumplir con estas obligaciones que para nuestro parecer no deben hacerlo solo porque la ley y la Constitución así lo determinen, sino por un deber moral que les corresponde.

Tenemos otro concepto de Patria potestad, la que nos da en su libro (Zannoni E, 1978,) que nos dice:

Además es definida como "La asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres, determinan la adscripción de aquellos al núcleo familiar e implica reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines que obedece; primordialmente la formación integral de los hijos.(pag 677)

Esta situación jurídica está consagrada en la ley, la Constitución y Convenios Internacionales de los cuales el Ecuador es parte, con el objeto de salvaguardar el derecho superior del menor, es por ello que sin importar cuál sea la situación de la pareja, ellos están en la obligación de tutelar la protección y cuidado de sus hijos, Por cuanto la separación de los progenitores no puede alterar las funciones de tutela de los menores, si bien es cierto no podrá ser de forma conjunta, pero con una buena comunicación y con el propósito de lo que más contribuya al menor en cada caso concreto. Para concluir con el concepto de patria potestad tenemos al tratadista(RIVERO F, 2008) que:

Sostiene que la figura de la guarda no tenía entidad propia en el Derecho Español, absorbida por la fuerza expansiva a toda posible relación padre-hijo, de la patria potestad: La guarda de los hijos resultaba una facultad-deber implícita a la patria potestad. En los casos de separación, sin embargo, la guarda adquiría plena autonomía al encomendarse a la madre la guarda y custodia de los hijos, sobre todo los pequeños, mientras que el padre seguía ostentando la titularidad de la patria potestad. Con posterioridad a la reforma, al atribuirse la patria potestad a ambos progenitores, la guarda aún en estos casos de separación, venía a presentarse de nuevo como una facultad de la patria potestad. (pag.1025)

Es decir que la titularidad de la Patria Potestad, es la corresponsabilidad de los dos progenitores en igualdad de condiciones, esto significa que es el instrumento que viabiliza las tareas específicas que deben cumplir los progenitores y a la vez ayuda en estos momentos de separación y/o divorcio, siempre pensado en el principio fundamental del derecho superior del menor, pero esta se ve rota cuando se otorga la tenencia a uno de los progenitores, pero en especial y por ley a las madres las cuales corren una suerte de guardianas de sus hijos y por ende se consideran dueñas exclusivas de los menores y estos corren una suerte de arma de ataque contra el padre por rencores de parejas.

1.6.2 Concepto de tenencia

En su obra Sobre la Tenencia compartida el Doctor (AGUIRRE R., 2001,)se refiere a la obligación:

Del deber moral que ostenta la tuición, se desprende la enorme importancia que tiene la consideración de los atributos, cualidades o defectos que posee el presunto titular de este deber, su medio ambiente, costumbres y trabajo ya que ello influirá decisivamente en la vida que el pupilo debe llevar junto al guardador que se nombre, y no bastara de modo alguno que exhiba el título de padreo madre para reclamar su derecho aun frente a sus propios hijos, dicha elección resultara impropia e inconveniente para ejercerlo. (pag.36)

Siguiendo con el concepto de tenencia encontramos en el diccionario de la(REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1997) que nos manifiesta: *“La guarda o custodia personal y la ayuda patrimonial. Imprescindible hasta la formación profesional de los hijos que les permite su plena autonomía” (pag.1859).*

Para (CABANELLAS G., 1997) La tenencia es: *“La guarda o custodia personal y la ayuda patrimonial. Imprescindible hasta la formación profesional de los hijos que les permite su plena autonomía” (pag.34).*

Concluimos con el concepto dado por los profesores (SEMPERTEGUI WALTER y AVEIGA DEYSI, 1995,)que tratan sobre el tema de la tenencia y nos dicen que es: *“El medio Legal para que el padre o un tercero solicite la permanencia, cuidado y protección de los hijos (o menor de edad)” (pag.49).*

Es relevante mencionar dentro de esta investigación este precepto legal ya que es el que regula la custodia legal de los hijos y que pueden ser otorgados exclusivamente a uno de los progenitores, lo cual estamos en desacuerdo ya que esta situación jurídica es obsoleta y caduca con la realidad de las nuevas sociedades y nuevas formas de familias que se han creado por la necesidad de cuidado y custodia de los niños. Hemos agrupado algunos conceptos de

Tenencia proveídos por expertos en el tema, el cual podemos dar un concepto general del mismo: La tenencia es la facultad que le otorga el juez a uno de los progenitores por medio de una situación jurídica en caso de que exista separación de la pareja, esta situación jurídica está contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, para que uno de los padres solicite la tenencia legal del los menores, La tenencia del menor también puede ser requerida por otros familiares cercanos siempre y cuando puedan aportar para el buen crecimiento del menor brindándoles seguridad, buen ambiente de vida, y que puedan demostrar la ausencia de los padres o que no sean idóneos para el cuidado de los niños.

.

1.7 Principios de la guarda compartida

Ya que nos hemos referido a algunos conceptos doctrinarios sobre la Custodia Compartida pasaremos analizar sobre los principios pilares fundamentales en los cuales se ha instituido a la custodia compartida en diferentes países los cuales estudiaremos con el afán de determinar su conveniencia y concordancia Constitucional y su adaptabilidad en nuestra legislación, para lo cual iniciaremos indicando sobre él:

1.7.1 Principio de corresponsabilidad parental

Este principio es el pilar fundamental de la custodia compartida ya que en él se funda la igualdad de derechos y obligaciones que otorga esta norma jurídica a los padres, independientemente o no que vivan bajo el mismo techo, lo que quiere decir, que esta disolución conyugal afecte en menor grado la estabilidad emocional del menor y por ende en su diario vivir, conforme lo dice el libro (LATHROP F, s/a)

Consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.

Combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo el mismo techo. (pag.1)

En concordancia con lo que dice la cita anterior, es importante traer a colación para fortalecer este principio lo que nos indica el maestro (PINTO c, s/a)

Este principio de corresponsabilidad parental y el derecho a relacionarse con los hijos no son absolutos, sino relativos, y deben ponerse en relación con el prevalente principio del interés superior del niño. Por tanto, el planteamiento ha de partir del niño y no de los padres, lo que implica asegurar la supervivencia de la pareja parental. En ese sentido, el desarrollo integral del menor se debe llevar a cabo procurando mantener las relaciones con ambos progenitores de manera continuada, plena e intensa. (Pag.59)

A pesar de la separación de la pareja y cualquiera que fuere el motivo de la misma, debe prevalecer la relación como padres para el buen desarrollo integral del menor, los dos deben estar pendientes de las necesidades y de igual manera disfrutar de los buenos momentos de sus hijos, dejar atrás sus conflicto como pareja y así lo establece y consagra nuestra Constitución, no solo es el deseo que tengan los padres sobre la buena situación del menor, sino que es la obligación de ellos el velar por el cuidado y protección y en función de esto, en nuestro país se debe establecer o regular una norma jurídica, en primer lugar para que se respete nuestra Carta Magna y segundo lugar crear esta norma para hacer prevalecer y respetar los derechos del niño. Así nos dice el periodista (ROMERO Fermin, 2009) en referencia a la equidad entre hombre y mujer:

La igualdad sustancial entre hombre y mujeres en todos los ámbitos de la vida, ha sido uno de los pilares de las demandas de modificaciones legales y de políticas públicas que establecen diferencias de trato en el mundo entero. Así por ejemplo aparece expresamente referido como una de las consideraciones de los autores de una de las mociones que dieron origen a la Ley 20.680, aludiendo a la necesidad de superar el esquema discriminatorio en relación a los padres que atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República y no sigue el principio rector en

esta materia, que es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (pág. 4)

Como ya lo hemos analizado la igualdad entre hombre y mujer debe darse en todo ámbito ya que tienen derechos y obligaciones como igual y mucho más en el ámbito de padres ya que los dos deben velar por el cuidado mental y físico del menor.

Otro principio importante que hay que analizar necesariamente por cuanto este afecta directamente al menor, es él:

1.7.2 Principio de interés superior del niño

Como comenta el profesor(DÍEZ L, 2005) acerca del principio de interés superior del niño:

Conforme a este principio, todas las decisiones que deban adoptarse en relación a la situación del hijo menor de edad, deberán buscar el interés de este, configurándose como una modelización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de los conflictos inter conyugales. Esto quiere decir que, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede. (pag.140)

Como sabemos existen normas Internacionales, como la regla de Beijín que hablan sobre el cuidado y protección de los niños, para salvaguardar sus derechos, del cual Ecuador es miembro y a su vez guarda relación jurídica con la Constitución de nuestro país en su artículo 44, que más adelante analizaremos con mayor detenimiento y en la misma línea al Código de la Niñez y Adolescencia en referencia al artículo. 11, que por ende deben cumplir y hacer cumplir lo que en ellos se establece; entre otros el derecho superior del niño, como principio, para lo cual en nuestro país se debe instaurar herramientas, medios o métodos jurídicos los cuales coadyuven a resguardar el interés superior del niño como principio fundamental, ya que a su vez se estará faltando a mas derechos fundamentales como el de la educación y este sea el

pilar donde se funda la custodia compartida, como ya lo hemos analizado doctrinalmente, es por ello cuando ocurre una ruptura matrimonial o separación, la pareja debe apartar sus inconvenientes, solucionar sus conflictos reflexivamente y empezar a tratar como sobrellevar esta relación como padres, buscando soluciones que beneficien el buen desarrollo del menor, sacrificar sus intereses como pareja si no existiera solución y predominar la situación de sus hijos ofreciéndoles buena calidad de vida.

Para el jurista (SAINT-EXUPERY, 2008)

El principio de interés superior del niño o de bienestar del niño, niña o adolescente es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera de que como se detallará más adelante contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad.

Desde este punto de vista, cabe preguntarse quiénes deben ceñirse a este principio o, dicho de otro modo, a estos criterios para los efectos de la protección de los niños, niñas o adolescentes y de la promoción y preservación de sus derechos. Derivado de las enseñanzas de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos podemos extraer tres niveles de obligados. En primer lugar y de manera primordial, los padres del niño, incluyendo en este rango a la familia. Este primer grupo de obligados encuentra su justificación en la propia Constitución chilena en su artículo 1°, tanto en cuanto el texto fundamental señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

En segundo lugar, resultado obligado por el principio del interés superior del niño evidentemente el Estado, entendiendo por Estado tanto la función ejecutiva, como la legislativa y judicial. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a plena vigencia y aplicación de este principio.

El principio del interés superior del niño. Finalmente, la sociedad toda también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño. (Pág. 238)

Para que se puede cumplir el principio de derecho superior del niño, el estado y sus ciudadanos deben estar preparados para cumplir con esta, si los adultos no están culturizados para desempeñar este principio no se podrá ejecutar ya que el Estado debe establecer normar, reglas para que esto se dé a través de la ley pero sobre todo de la concienciación que debe implementar el órgano rector que en este caso nuevamente es la nación la cual se ha cogido a las normas internacionales.

1.7.2.1 Principio de protección especial.

En el mismo sentido se instituye como principio de protección especial ya que los menores al no poder defenderse por si solos es obligación de sus padres y del estado brindar este cuidado especial para el desarrollo de esto menores que en nuestra Constitución en un capítulo especial habla del buen vivir de los ciudadanos, así lo indica el profesor (SAINT-EXUPERY, 2008)

Este principio de protección especial ya había sido consagrado en el orden internacional por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. La Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en este principio al señalar que “[...] la infancia tiene (sic) derecho a cuidados y asistencia especiales. (Pág. 239)

1.7.2.2 Principio de sujetos plenos de derechos.

Este principio se trae a colocación ya que cuando no exista una norma regulada o establecida tácitamente en las leyes de un país están obligados por los convenios internaciones a la protección de sus derechos que por falta de

ley no pueden o no deben ser violentados así lo ha concebido el maestro (SAINT-EXUPERY, 2008) que nos dice que:

Una de los aspectos en los cuales la Corte I.D.H. ha puesto mayor énfasis es en el carácter de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes, diferenciando esta circunstancia de su falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente. El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos. La Corte lo ha expresado magistralmente cuando ha señalado que “la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”.

Relacionado con lo anterior se encuentra la afirmación de la misma Corte en el sentido de que “no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (Pág. 241)

Continuando con los principios que tienen relación y que consideramos los más importantes en relación a la problemática que estamos analizando, mencionamos los siguientes:

1.7.3 Principio de universalidad

La universalidad de los derechos humanos son subjetivos a los seres humanos, De acuerdo con el maestro constitucionalista (FERRAJOLI Luigi, 2006) un derecho subjetivo es “*toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión)*” (pág. 33). Lo que establece el profesor es q todos los

seres humanos tenemos derechos y deberes que cumplir con la sociedad, son expectativas jurídicas de acción u omisión que los Estados deberían brindar.

Los tratadistas (PINTO C y LATHRO F, s/a,) determinan que:

Conforme a este principio, el régimen de guarda y custodia compartida puede ser atribuido a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva. Con lo cual, carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho: el vínculo filial. (pag.6)

Si bien es cierto el matrimonio está establecido en nuestra legislación como una norma legal de derechos y obligaciones, pero no es el único motivo que obliga a los padres asumir el cuidado de los hijos con responsabilidad, sino que todo pareja (hombre y mujer) que tenga un hijo concebido biológica o legalmente, tienen el compromiso constitucional, legal y moral de proporcionarles cuidados y protección.

Para concluir con este capítulo es necesario dar un concepto general de lo investigado en el mismo:

A lo largo de los últimos años se ha ido superando las barreras por parte de las mujeres ya que se ha luchado para que exista igualdad de género, lo cual ha beneficiado y abierto un campo muy importante al desarrollo de las mismas, pero, así como se ha superado el *-tabú-* de que el hombre es el que proporcionaba el sustento familiar y que la mujer debería ocuparse de las tareas domésticas e hijos, ya es hora de superar otro estereotipo que existe en las sociedades, referente a quien es apto para cuidar a los menores. Al saber que, es la madre la que ha de mantener la guarda y custodia del hijo.

Hay que entender que la corresponsabilidad paterna y materna es sinónimo de custodia compartida que su definición más exacta es que el menor o los menores, deberán permanecer en un tiempo determinado, tanto en casa del padre, como de la madre, para así crear la paternidad, alimentar al o los

menores, educarlos, ayudarlos con las tareas, preocuparse cuando estén en exámenes o enfermos y no solo ser visitantes de fin de semana y proveedores económicos, por ende en un Estado ya sea este Social de Derecho o Constitucional de Derechos, a través de sus normas y principios garantizaran, el derecho integral de los menores, al otorgar toda la seguridad jurídica y tutela efectiva a los padres, madres o jefes de familia, con la intención de proteger el desarrollo de los menores que se encuentran bajo su cuidado.

1.8 Principios generales las reglas de Beijín

(REGLAS BEIJIN, 1985) Nos indica los principios generales:

1. Orientaciones fundamentales

1.1 Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y de su familia.

1.2 Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.

1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

1.5 Las presentes Reglas se aplicarán según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada uno de los Estados Miembros.

1.6 Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados. (s/p)

Tanto para el mundo como para los estados es muy importante la protección de los niños, niñas y adolescentes, porque como sabemos pertenecen a un grupo de protección especial y son el futuro y desarrollo de un país, y por cuanto se está perdiendo los valores, como es el de la unión familiar, que es la célula principal de una sociedad es cada vez más importante su cuidado, es por ellos que los legisladores internacionales como nacionales, están en constantes asambleas con la intención de buscar establecer normas para que se proteja en este caso a los menores de edad, pero lamentablemente durante muchos años, esto se está quedando solo en acuerdo, ya que en vez de que el índice de desprotección baje, mejor se ha ido incrementado, lo cual es una señal de alerta para todos, porque lamentablemente las cosas no han mejorado a favor de este grupo de protección especial.

A pesar que en las reglas de Beijín se habla también del cuidado y protección de los menor y que los estados deben establecer un presupuesto determinado para el cuidado desarrollo y fomentación de la familia, esto como ya lo mencionamos no se cumple o por lo menos no está teniendo el impacto necesario, ya que la tasa de divorcio por mencionar algo cada vez es mayor en todo el mundo, familias y hogares destruidos y con la grave consecuencia de menores desprotegidos y criados sin el cuidado necesario y necesitados si bien es cierto de recursos económicos pero sobre todo de cariño afecto y cuidado por parte de uno de sus progenitores en el mejor de los casos.

En nuestro país lamentablemente no existe una política pública encaminada a favor de la célula de la sociedad existen planes proyectos pero que no han calado a favor de tratar de cuidar, y sobre todo en nuestro país que tiene un índice alto de migración que es factor puntual el cual ha coadyuvado a la división de los padres y por ende de las familias y que también incide en criar personas sin valores.

**CAPITULO II ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA,
DENTRO DEL MARCO LEGAL ECUATORIANO Y OTRAS LEGISLACIONES**

Una vez conocida la institución jurídica de la Custodia Compartida, desde el punto de vista doctrinario sus clases, su naturaleza jurídica, además de los principios rectores en los cuales se basa, como también analizamos el concepto de matrimonio, divorcio, patria potestad, tenencia entre otros. Es por ello importante iniciar este capítulo, desde la perspectiva jurídica, analizando críticamente los convenios internacionales que guardan relación con esta investigación y de los cuales el Ecuador es parte, para luego continuar con la norma suprema de nuestro país, también estudiaremos la legislación civil, y para concluir con la legislación comparada de algunos países los cuales tengan una similitud jurídica a nuestra legislación, y así poder determinar su conveniencia de instaurar o no esta norma en el ordenamiento jurídico civil de nuestro país.

2.1 Convenios Internacionales

2.1.1 Declaración universal de los derechos humanos

Dentro de la Declaración de los derechos humanos se han normado treinta artículos los cuales contienen los derechos que nacen de los principios fundamentales inherentes a los seres humanos de todo el mundo por ende sin importar su condición social, cultural, economía ni de orientación sexual; por ello consideramos necesario analizarlo ya que al ser pilar de principios los cuales analizaremos a continuación de forma conjunta (DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 1948)

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 16

(..) 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado

Artículo 25

(..) 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

(...) (s/p)

A lo largo de la historia e independientemente del país a lo largo de los años se ha vulnerado y violentado los derechos humanos, y esto se producido básicamente por desconocimiento, pero esto ha cambiado últimamente ya que por ayuda de la tecnología y por la constante rebelión bien entendida de los reprimidos esto si ha variado no en su totalidad pero cada vez es más difícil tener en la opresión e ignorancia a los pueblos, y pensando en el derecho de cada uno de ellos es que se crea esta convención pocos años después de la segunda guerra mundial, con la intención de evitar una nueva masacre y a su vez fue creada esta declaración para que exista uniformidad y equidad es decir Universalidad, entre todos los seres humanos dejando a salvo su religión, cultura, color, sexo, etc.

Por lo que la finalidad de los Derechos Humanos es proteger a las personas de las arbitrariedades y violencia que los entes de poder cometen a través de sus mandatarios muchas veces o por sus leyes o creencias religiosas o políticas, que en la mayoría de los casos las víctimas no buscan el resarcimiento del perjuicio causado y se resignan ante las agresiones.

En función de esto, la declaración universal de derechos humanos, busca es que, los estados respeten y hagan respetar los principios fundamentales de las

personas y en el caso que nos ocupa serian la libertad la dignidad la igualdad fomentar o cuidador la familia la maternidad la infancia la salud y la educación entre otros pero los más importantes en los casos de los menores que al momento que no cuentan con la presencia física de uno de sus progenitores puede verse violentado uno de estos principios por parte de sus mismo padres o por la sociedad y en el peor de los casos por el Estado al no tener leyes las cuales cuiden el normal desenvolvimiento de menor.

2.1.2 Declaración universal de los derechos humanos de los niños

También analizaremos la (Declaración de los derechos del niño, 1959), ya que ella se basa o se fundamenta los principios superiores sobre los derechos de los niños, para lo cual mencionare los principio que guardan estrecha relación con el estudio que estamos realizando:

La Asamblea General,

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 5

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (...);

Principio 7

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 10

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.(pag.19)

Dentro de los principios que esta consagrados en la carta de derechos fundamentales de los niños hemos tomados los que tienen pertenencia con el

tema que estamos estudiando y los cuales los analizaremos de forma individual para poder comprender cada uno de ellos en su correcta extensión.

El principio dos indica que el menor debe desenvolverse en un ambiente sano con una protección especial por lo que obliga a los Estados en este caso al Ecuador a crear a través de sus legisladores nuevas normas las cuales ayuden a que este principio consagrado se cumpla, entendemos que en nuestro país esto se encuentra en medio camino, ya que en la constitución de Montecristi se establece el interés superior del menor pero la legislación civil no está a la altura para solventar la situación de un desarrollo correcto de los menores ni de sus padres.

Lo que establece el principio cinco es muy común ver niños asistiendo a citas médicas con los psicólogos luego de la separación de los padres y al ser un principio se debe otorgar todas las facilidades y como política de Estado el precautelar el cuidado del menor, y de alguna manera para evitar este trastorno, el Estado es responsable por estas situaciones ya que no cuenta con mecanismos idóneos los cuales ayuden a los hijos de padres separados a sobre llevar esta situación.

Además el principio seis, desde nuestra óptica encaja con la custodia compartida ya que a pesar de la separación física del hogar donde convivían padre y madre se debe continuar con los afectos necesarios y cuidados primordiales hacia los hijos para que estos no sufran de inseguridades y a pesar de las circunstancias siguen en un ambiente sano.

El Principio siete es de trascendental importancia, ya que exige a los padres la responsabilidad de que les brinden a sus hijos una **educación** adecuada, para que los menores crezcan con bases de conocimientos cognitivos, y de esta manera estén sembrando en ellos un futuro apropiado lejos de vicios y delincuencia, es un compromiso de los padres que a pesar de sus diferencias conyugales ellos deben adquirirla aunque sea hasta que cumpla su mayoría de edad. Además de ser un derecho universal está consagrado en nuestra

Constitución como tal, ya que es prioritario que los menores reciban una adecuada educación y en igual de condiciones

Así también, en el principio diez, se establece que los menores no pueden ser criados en ambientes violentos o de discriminación, ya que esto afectaría su desarrollo como personas que luego se volverán violentas y con resentimientos, ya que se debe evitar que nuestro hijos sean víctimas o victimarios de discriminación de toda índole.

Para concluir con la carta de derechos fundamentales de los niños de los cuales el Ecuador es parte, y por ende responsable de garantizar y de exigir a través de sus políticas públicas y el establecimiento de normas legal las cuales benefician a la familia ecuatoriana. Los menores son el futuro de nuestras sociedades y dependiendo de su crianza serán buenos seres humanos que saquen adelante a este país.

2.1.3 La convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño

En párrafos anteriores, se indicó que el interés superior del menor debe ser respetado por sus padres y a su vez por el Estado debe garantizar este principio fundamental, el cual inculca a los padres a dar los cuidados necesarios y sobre cualquier otra cosa a sus hijos como un derecho internacional legalmente consagrado y que no se puede violentar ni por el Estado ni por los padres.

Lo cual nos parece correcto y esto guarda concordancia con nuestra actual constitución, mas no con la legislación civil de nuestro país la cual es ya caduca y obsoleta y por ende no brinda las garantías necesarias para que esto se pueda materializar ya que no existes los medios apropiadas los cuales solvente el buen cuidado de los menores. Y como lo indica este articulo el Estado es quien debe prestar los medios necesarios a los padres para que puedan cumplir con sus obligaciones y esto es a través de nuevos medios jurídicos los cuales ayuden o promuevan el involucramiento de los progenitores en función de la buena crianza de sus hijos, y no consideramos con solo el hecho de subir una pensión alimenticia, esa no es la solución de fondo para en

el futuro tener personas de bien. O enviar abuelos o tíos a las cárceles por pensiones eso consideramos que en nada soluciona los problemas actuales de disfunción familiar.(Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, 1989)

Artículo 1 – Definición de niño

La convención afecta a todos los niños. Si tienes menos de 18 años de edad, eres un niño, y por lo tanto te encuentras protegido por esta convención.

Artículo 3 – El derecho al bienestar

1. En todas las decisiones que tengan que ver contigo, se deben tener en cuenta tus intereses.
2. El estado debe proteger y garantizar tu bienestar si tus padres no pueden hacerlo.
3. El estado debe garantizar que todas las instituciones encargadas de tu bienestar (las escuelas, la policía, etc.) te ayuden y protejan de forma eficaz.

Artículo 5 – El derecho a ser orientado por tus padres

El estado debe respetar el derecho y la obligación de tus padres de guiarte y aconsejarte en el ejercicio de tus derechos y en el desarrollo de tus capacidades.

Artículo 9 – El derecho a vivir con tus padres

1. Tienes derecho a vivir con tus padres, excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar (si eres víctima de abusos o descuidos, etc.)
2. Si tus padres se separan, tienes derecho a opinar respecto de las decisiones que tengan que ver contigo en el momento de la separación.
3. Si eres separado de tus padres, tienes derecho a verlos regularmente, excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar.
4. Tienes derecho a saber dónde están tus padres (si están en prisión, por ejemplo), excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar.

Artículo 18 –Las obligaciones de tus padres

1. Tus padres deben criarte y garantizarte un desarrollo adecuado.

2. El estado debe ayudar a tus padres en esta tarea, creando instituciones y servicios cuyo trabajo sea cuidar de tu bienestar.

(...). (Pág. s/n).

En el Art. 1 indica que niño es considerado aquella persona menor de 18 años, por lo tanto es protegido como tal con derechos especiales nacionales e internacionales pensados en su cuidado.

El Art. 3 nos indica sobre el bienestar del menor, en caso de la falta de alguno de sus padres, es la obligación que tiene el Estado a través de sus instituciones crear políticas o leyes y de esta manera garantizar el completo desarrollo del menor.

El Art. 5 nos habla sobre los derechos que tienen los niños a tener una buena orientación de sus progenitores, cabe recalcar que esta orientación debe prevalecer siempre, aunque exista distanciamiento en caso de separación o divorcio de los padres, ellos siempre deben estar pendientes del menor y aconsejarlos para que el niño vaya creciendo con buenos principios y que se refleje en su desarrollo.

El Art. 9 es muy importante porque en este, prevalece el derecho que los niños tienen de vivir con sus padres o de verlos en caso de que ellos estén separados, pero siempre y cuando no afecten contra sus intereses.

Y como último tenemos el Art. 12 que trata sobre la obligación de los padres, quienes están obligados a velar y proteger a los menores, pero para ello deben existir leyes, las cuales vayan en función de este beneficio a favor de los niños, es decir medios legales como la custodia compartida con la que se garantizara y ayudara al desarrollo integral del menor.

2.2 Constitución de la República del Ecuador

Nuestra Constitución fue redactada entre el 30 de noviembre de 2007 y el 24 de julio del 2008 por la (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 2008,) en Montecristi Manabí, ofreciendo derechos fundamentales que anteriormente han sido violentados, entre ellos tenemos el derecho a los niños. Y a los cuales se les debe ofrecer un cuidado especial por un grupo vulnerable como lo establece está (CONSTITUCION, 2008) en sus artículo 35 que dice: "Las

personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, (...), recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (...)(pag.18). De lo ordenado en la constitución los menores de edad pertenecen a un grupo de atención prioritaria que el Estado a través de sus órganos pertinentes debe otorgar protección adecuada. Además en el artículo 44 de la (CONSTITUCION, 2008)este nos dice:

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 los demás personas.
(pag.21)

De lo que dicho en la carta magna de nuestro país, está en relación o lo que establece y lo ya visto en los instrumentos internacionales en referente al derecho superior del niño y que por ende tanto el estado los padres e incluso demás familiares deben conferir a los menores todos los cuidados y atenciones necesarias para su cabal desarrollando a su vez esto concuerda con la custodia compartida ya que con ella se puede establecerá una relación familiar a pesar que los padres estén separados y como está también involucra al Estado este a su vez tiene el deber de promover la estabilidad de todos los hijos de padres separados. En este orden de cosas el artículo 45 inciso 2do. De la misma (CONSTITUCION, 2008) manda:

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 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.(pag.22)

Este artículo es importante de mencionar debido a que no importa la situación de pareja que lleven los progenitores ya que en cualquier caso ellos deben de velar por el desarrollo integral de los menores que estén a su cargo y cuidado es decir que no solo en el caso de separación los padres deben de velar por sus hijos sino que en cualquier circunstancia deben hacerlo, esto dentro del ámbito de la custodia compartida, no tendría una incidencia mayor en relación a los niños ya que al mantener las mismas o iguales corresponsabilidades de los padres, con lo que se les brindaría una estabilidad y no repercutiría de forma agresiva la separación de los padres.

De igual manera y continuando con la (CONSTITUCION, 2008) en el artículo 67 nos habla de la familia, al respecto manifiesta:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. (pag.31)

La familia al ser la célula principal de toda sociedad y en la cual se basan los valores y principios que se imparten a los menores es fundamental hablar sobre ella ya que el núcleo familiar ayuda en la mayoría de los casos a crear mejores personas, y como indica este artículo las nuevas familias que se ha desarrollado en función de las nuevas sociedades que se ha ido adoptando y se bajó nuestro criterio podemos decir que padres separados sería una nueva forma de familia pero con los valores y principios necesarios.

De igual manera existen la familia matrimonial, cuya fuente sin lugar a dudas es el matrimonio, también la familia extramatrimonial que puede ser la figura jurídica de la unión de hecho también reconocida en nuestro país, entre un hombre y una mujer, que se comportan ante los demás como esposos. Y llevan

igual un hogar y conforman una familia y otros tipos de familias que se han desarrollado pero nombramos las que tiene relación con el tema que investigamos, por lo que es el Estado quien está en la obligación de proteger el núcleo fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que asistan integralmente, éste mismo artículo reconoce que la familia se forma por vínculos jurídicos o de hecho y se basan en la igualdad de derechos y oportunidades para sus integrantes; por lo que el legislador lo ha señalado frente a la realidad social en que vive los pueblos, con un constante cambio y evolución, una transformación al derecho de familia que es consecuencia lógica de los cambios sociales y el Ecuador sin duda alguna debe ser quien evoluciones y de ejemplo de la realidad social que actualmente se vive. En el mismo sentido el artículo 69 de la misma ley suprema (CONSTITUCION, 2008) ordena:

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

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (pag.32)

Dentro de este artículo se establece que el estado promoverá en palabra textuales, la maternidad y paternidad responsable, esto en buen romance indica que, los dos tanto padre como madre en conjunto con el Estado, son los responsables y quienes garanticen el bienestar del menor, que este bajo su cuidado, en cuanto a su educación salud y buenas costumbres q adopten los menores, por lo que el Estado a través de políticas o en este caso leyes que ayuden a la familia a sostenerse en normas legales las cuales abastezcan de

los instrumentos necesarios en los cuales puedan apalancarse y así mantener la familia y la estabilidad emocional del menor.

Aparte pone en igualdad de deberes y derechos a padres y madres y al momento de manutención ambas partes deben aportar con la misma cantidad para la crianza del infante sin tomar en cuenta que la madre, en la mayoría de los casos, se encarga del cuidado del menor y esta actividad no se reconoce económicamente; esto es se reconoce la corresponsabilidad compartida entre los progenitores. Basando como principio fundamental la corresponsabilidad del menor, que sería lo mismo que busca la custodia compartida igualdad de responsabilidades, con lo que estaría en concordancia entre constitución y custodia compartida y como vimos en capítulos anteriores y ahora con lo que ordena la constitución, se acoplaría esta institución legal en nuestra legislación civil en especial en materia de niñez y adolescencia entregándole al menor gran tiempo, cariño, ternura y protección, sin poderse alegar que uno debe dar más que el otro por tener la custodia y tenencia, ni porque uno de ellos tiene mejor situación económica o intelectual.

Analizada la constitución en todos sus artículos en los cuales se fundaría la custodia compartida de luego del análisis realizado de una manera jurídica crítica podemos indicar no existiría contradicciones ni vacíos (nomias ni antinomias) para que se pueda perfeccionar la custodia compartida en nuestro país como una solución para tantos y tantos padres que necesitan tener las mismas condiciones de cuidado de sus hijos y así brindar el cuidado necesario.

Ahora bien nos toca estudiar el Código Civil de nuestro país ya que dentro de él se encuentra regulado, toca indicar de mala forma o ya de forma atrasada la tenencia o custodia de los hijos para ello indicamos:

2.3 Código Civil

La norma vigente donde se establece el tipo de custodia, tenencia o patria potestad, se encuentra de forma general y a medias en el Código Civil, es por esto conveniente analizar los artículos pertinentes, ya que es de suma

importancia conocer cuáles son las normas, o como están reguladas en nuestro país y de esta manera determinar si es factible adoptar y adaptar a nuestra legislación, la custodia compartida:(CODIGO CIVIL, 2005,) Art. 108.-

Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial. En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos. Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

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

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110; 5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia. (s/p)

Este artículo habla exclusivamente en sus primeras líneas, cuando inicia el proceso de divorcio de los padres la misma, una vez calificada la demanda por parte de la autoridad competente en este caso, un Juez de la Familia Niñez y Adolescencia, conforme a este artículo deberán transcurrir dos meses para que se realice una audiencia de conciliación oral y única, en la que se resolverá la situación de la sociedad conyugal y la situación de los menores, siempre en este tipo de audiencias no existe controversia en el deseo del divorcio, sino por lo general el conflicto se enfoca en la situación “económica” que el padre otorgara a sus hijos, de no existir acuerdo “económico” se otorga seis días de prueba en que las partes sustanciaran sus pruebas de cargo o de descargo para demostrar la capacidad económica del padre. Sin analizar lo que establece los numerales de este mismo artículo que trata sobre la situación del menor sin importar su estabilidad condición o deseo si es el caso ya que por parte de la ley y los juzgadores de cajón este derecho es otorgado a la madre sin un previo análisis riguroso a favor del menor.

El numeral 1 del artículo 108 establece el cuidado de los hijos menores de doce años en varones y 14 años en mujeres, sin importar su situación económica, moral social, lo cual nos parece una clara violación a lo que establece las leyes internacionales y la Constitución de nuestro país y lo que demuestra que esta norma legal es caduca y ambigua lo que deja en evidencia que es necesario una reforma urgente a favor del bienestar de los menores; en el segundo numeral nos habla que son los hijos mayores de 12 y 14 años hombres y mujeres respectivamente quienes elegirán con que padre vivir, lo cual también nos parece que está en contra del espíritu de lo que establece las mismas leyes internacionales y la Constitución ya que al ser menores de edad no tienen la capacidad para elegir lo mejor para ellos como son: (educación, buenas costumbres etc.) si no que lo harían simplemente por una mayor afinidad a uno de los padres; Con el numeral 3 estamos de acuerdo, ya que siempre debe prevalecer el derecho superior del niño, para esto la entidad encargada en la protección del niño debería analizar este impedimento enviando alguna profesional para que constate la veracidad del mismo por la que no se podría dar la custodia a alguno de los progenitores indiferentemente sea el padre o la madre o incluso a los dos que tengan un impedimento físico y conductual que este afecte al buen crecimiento físico o moral del menor.

Por lo que se establece en el numeral 4 consideramos necesario se realiza previo al otorgamiento de la custodia a favor de uno de los padres se realice un informe por una trabajadora social de la misma judicatura, para que pueda evaluar y determinar lo que indica este numeral ya que consideramos que no todas las causales que se norman en el artículo 110 de este mismo cuerpo legal, no tienen relación directa con los hijos, sino más bien es un tema de pareja; este mismo método se debe aplicar para la custodia compartida, también debe regularse esta situación, ya que para otorgarle a los padres la corresponsabilidad del cuidado de los hijos, es necesario que se realice un estudio técnico por parte de un profesional.

No estamos de acuerdo con el numeral 5 ya que tanto el padre como la madre tienen derecho a integrar a su hijo a su nueva familia y crear un distanciamiento

por su nueva situación conyugal, siempre y cuando se evalué la nueva situación familiar en la que se desenvolverá el menor.

En este último numera 6 al igual que en los anteriores como principios fundamentales se debe garantizar el derecho del niño a un buen ambiente emocional en el cual se desenvuelva por lo que si ninguno de los padres es apto para su cuidado esta custodia se debería otorgarse a algún familiar que cumpla con las condiciones de padre o en su defecto se le entregue a una entidad del Estado que este capacitada para el completo desenvolvimiento educativo y emocional psicológico del menor, en nuestro país es muy común por la migración de muchos ecuatorianos ellos prefieren dejar a sus hijos con los abuelos o con los tíos a los hijos pero no a los padres, obviamente esto sin ninguna resolución judicial, lo cual debería incluso ser penado por nuestra legislación ya que se deja en manos de terceras personas a los hijos, los cuales no superan ninguna evaluación para comprobar su aptitud para dicho oficio. Dentro del mismo cuerpo legal (CODIGO CIVIL, 2005,) en su artículo 115 dice:

Para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los p adres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres. Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos; este acuerdo podrá modificarse en cualquier tiempo, por el juez ante quien se hizo, cuando se presenten pruebas suficientes a juicio del juez, que den fundamento para la modificación.

(s/p)

En las primeras líneas de este artículo lo que se prioriza es la situación económica del menor, con lo que no estamos en desacuerdo ya que la situación económica es muy importante para el completo desarrollo del menor, ya que con ello podrá alcanzar una buena educación, salud, alimentación y vestimenta, en dicho artículo en ningún momento se establece la situación psicológica, emocional o de una evaluación a padres y menores en ningún momento se establece esta ayuda por parte del Estado a través de la justicia, por lo que consideramos y nos empeñamos en sostener que la legislación que establece la custodia legal de los hijos es obsoleta, e incluso consideramos dañina para los intereses de todo el núcleo familiar ya que si analizamos detenidamente con esto todos pierden, el hijo porque es visto como una mercancía y una arma de venganza, la madre porque asume toda la responsabilidad de crianza del hijo con pensión alimenticia o no y por supuesto el padre que es un mero visitador consentidor y proveedor de una cuota mensual. Por lo que insistimos en la vaguedad que produce esta norma caduca de nuestro ordenamiento jurídico. Además como es de conocimiento público la pensión alimenticia está abierta a una alza cuando la madre lo considere necesario, con lo que repetimos no estamos en contra, pero consideramos que debe haber temas primordiales que deben estipularse en las leyes, tipos de custodias, evaluaciones técnicas, servidores públicos como trabajadores sociales o psicólogos que periódicamente evalúen a los miembros de la familia padre, madre e hijos. Creemos que eso sería fundamental y política pública de cualquier Estado que ha prevalezca la célula de la sociedad la familia.

2.4 Análisis del COGEP en referencia a la problemática

En nuestro país el 22 de mayo del 2015, entro en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, de forma parcial, esta nueva ley que regirá en materia civil, fue propuesta por el Concejo de la Judicatura y aprobada por la Asamblea Nacional con la intención de simplificar los procesos, pero además con la intención de tratar de hacer una ley adaptada a la realidad y necesidades de los justiciables, es por ello que consideramos de suma importancia el realizar un análisis de esta nueva norma legal que tendrá estrecha relación jurídica con la problemática que nos encontramos investigamos, es por ello que citaremos

el tema de divorcio ya que en la transición del proceso de divorcio los padres deben decidir sus derechos y obligaciones en cuanto a la tenencia, guarda o custodia de sus hijos (COGEP., 2015)

Artículo 340.- Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento. El divorcio o la terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, se sustanciarán ante la o el juzgador competente. La o el juzgador convocará a los cónyuges o a los convivientes a audiencia a la cual comparecerán personalmente o a través de la o del procurador judicial y ratificarán su decisión de dar por terminado el vínculo matrimonial o la unión de hecho. Si en la audiencia, los cónyuges o los convivientes han acordado sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años y de los bienes, la o el juzgador en el acto pronunciará sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho. En caso de divorcio o terminación de la unión de hecho se dispondrá la inscripción de la sentencia conforme con la ley. De no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho

PROCEDIMIENTO SUMARIO

Artículo 332.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento sumario: (...) 3. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho. (pág. 45-47)

Como podemos observar dentro del texto de COGEP, no se habla nada de forma explícita sobre la situación de los menores, en cuanto a custodia de los mismo; ya que únicamente se limita a establecer un procedimiento, en el cual se resolverá esta situación, al momento solo en sus disposiciones transitorias art 108 del (COGEP., 2015) que textual mente indica "Para el cuidado o crianza

de las hijas o de las hijas menores o incapaces de cualquier edad o sexo, se estará a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”(pág. 65). Por lo que se puede determinar que esta nueva norma civil se deslinda de alguna manera de regular la custodia de los menores, lo cual nos parece correcto, ya que si existe una ley especial como la es el Código de la Niñez y Adolescencia, en esta se debe regular de forma concreta la institución jurídica de la “*Custodia Compartida*”, como también ya fue estudiado el Código de la Niñez y Adolescencia, en el art. 118 solo se refiere a la tenencia Monoparental. De lo que podemos concluir que lamentablemente, tampoco en el COGEP se ha regulado o por lo menos no solventa este vacío jurídico existen en nuestra legislación civil, lo cual nos deja el deber de seguir proponiendo una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, ya que, como ley especial debe encargarse de normar la Custodia Compartida.

2.5 Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Por ser el (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009,) que establece la tenencia de los hijos de forma parcial; ya que en el código Civil pudimos observar que de igual manera se norma de forma incompleta en cuanto a la situación legal del menor, por ende analizaremos lo que en este cuerpo legal se regula para luego de realizado este estudio confirmar o contrastar la investigación de esta tesis.

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.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior. (s/p)

Con el análisis de este artículo podemos confirmar una vez más que la ley otorga solo a uno de los progenitores la custodia legal del hijo, y hablando en términos ya estudiados significaría que la única clase de custodia que se regula en nuestro país sería la custodia Monoparental; si bien es cierto este código de la Niñez en su artículo pertinente, guarda concordancia con él el art. 108 del Código Civil, ya que de forma general nuevamente establece la custodia a uno de los padres, pero así mismo existe un vacío jurídico por cuanto en el Código Civil se da prioridad tácitamente a la madre. Por lo que consideramos que en el Código de la Niñez debería consolidarse todo lo referente a las clases o tipos de custodia que se ordena en nuestra legislación, porque es la norma directa que se aplica en favor del menor, por ende no debería existir normas ni antinomias, para evitar subjetividades al momento de decidir por parte de la autoridad competente.

Lamentablemente hemos visto, a lo largo de la investigación que existen contradicciones en referencia al tema de estudio, ya que lo que se norma en el Código Civil y en el Código de la Niñez vulnera lo que en la Constitución y

Convenios Internacionales ordena en referencia al principio de corresponsabilidad parental, porque en estas dos última normas citadas se habla de forma integral y no solo de la parte económica como si se establece en el Código Civil y no en el Código de la Niñez.

Toda vez que se ha podido confirmar estos desacuerdos jurídicos podemos decir que es necesaria una reforma a los artículos 108 y 115 del Código Civil. Para ello referiremos lo que nos indica (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009,)

Art. 119.- Modificaciones de las resoluciones sobre tenencia.- Las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia. Si se trata del cambio de tenencia; se lo hará de manera que no produzca perjuicios psicológicos al hijo o hija, para lo cual el Juez deberá disponer medidas de apoyo al hijo o hija y a sus progenitores. (s/p)

En este artículo se indica que la exclusividad de la tenencia, no es definitiva a uno de los progenitores si no que puede variar en función del bienestar del menor, estas consideraciones las realiza el juez competente basado en la sana crítica y en el derecho superior del menor, consideramos que esta decisión judicial siempre debe estar apalancada en una evaluación técnica que determine la mejor conveniencia del niño, lo cual también se podrá realizar si se llega a instaurar la custodia compartida. La custodia compartida se la puede otorgar en primer lugar por el acuerdo entre los padres, segundo lugar por una decisión judicial basada en un estudio técnico para que se pueda otorgar a los progenitores y de la misma manera si uno de ellos no es apto para este cuidado se le puede retirar la custodia compartida, pero no la patria potestad. Para ello nos indica el(Código de la Niñez y Adolescencia, 2009,)

Art. 120.- Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña

o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto. (s/p)

Estos artículos están pensados para proteger la estabilidad y el cuidado del menor incluso de su vida, ya que puede estar en peligro, por eso de la dureza de la norma incluso de llegar allanar el lugar donde permanece el niño. De la misma manera nos dice el (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009,)

Art. 121.- Recuperación del hijo o hija.- Cuando un niño, niña o adolescente ha sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del presente Código y de las resoluciones judiciales sobre ejercicio de la patria potestad y de la tenencia, los organismos competentes del Estado arbitrarán de inmediato todas las medidas necesarias para su retorno al país. Para el mismo efecto, el Juez exhortará a los jueces competentes del estado donde se encuentre el niño, niña o adolescente. (s/p)

Para evitar estas discrecionalidades que pueda tomar uno de los progenitores a pesar de que cuenta con la patria potestad y tenencia del niño, el legislador ha pensado en limitar esta situación, ya que para que el menor puedan abandonar el país, sea de forma temporal o definitiva debe contar con la autorización del otro progenitor y así evitar que uno de los padres actúe con arbitrariedad vulnerando los derecho del otro progenitor y por ende poner en juego la estabilidad emocional del menor. Continuando con el mismo cuerpo legal (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009,)

Art. 126.-Ámbito y relación con las normas de otros cuerpos legales.

El presente Código regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos que se señalan en el artículo 128. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil. (s/p)

De igual manera como se regula en el Código Civil en su art. 115, en este artículo se habla de un derecho fundamental y principal de proveer al

alimentante una pensión económica por parte del progenitor que no tiene la tenencia de él, y al igual como indicamos en el Código Civil no se considera la situación de la estabilidad emocional del menor si no que su única prioridad es la económica así se encuentra establecido en el (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009,)“**Art. 129 Innumerado 4.- Titulares de este derecho. Tienen derecho a reclamar alimentos 1. Los niños, niñas y adolescentes no emancipados**” (...) (s/p). Este artículo nos indica sobre el derecho que tiene el menor de 18 años no emancipado para reclamar, alimentación, de los sujetos obligados por esta misma ley, en el caso que nos ocupa, uno de los progenitores quien no tenga la tenencia del menor. Como nos habla el (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009,)

Art. 130. Innumerado 5.-Obligados a la prestación de alimentos. Están obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas mencionadas en el artículo anterior, en su orden:

1. El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o Privación de la patria potestad. (...) (s/p).

Este Artículo en el numeral uno, nos indica claramente la obligación que tienen los padres sobre el cuidado y protección económica de sus hijos como son: alimentación, educación salud, etc. sin importar el estado de convivencia, es por esto que existen leyes que regulan el bienestar del crecimiento del niño para que no sean vulnerados, Esta obligación recae sobre la madre o padre que tenga o no la tenencia del menor.

2.6 Legislación comparada

2.6.1 Bolivia

En Bolivia al igual que en el Ecuador y en la mayoría de países de Latinoamérica, siempre ha pesado la tradición mal entendida, que la madre es la que debe cuidar a los hijos y el hombre salir a buscar alimento, pero esto se ha distorsionado a lo largo de las generaciones corriendo una suerte de irresponsabilidades otorgadas y solapadas por las leyes, ya que estas han permitido que existan hombres que se deslinden del compromiso, de criar física

o de forma cercana a sus hijos y limitándose en el mejor de los casos a pasar una pensión económica, y a dejar en manos de las madres toda la responsabilidad de crianza de sus hijos, volviéndose esto nocivo en la sociedad, es por ello que consideramos importante realizar el análisis jurídico a la ley de Bolivia ya que esta mantiene la guarda solo para uno de los progenitores, si bien es cierto en ella no especifica que sea la madre que tenga la custodia, pero si ordena que, solo uno de los padres puede tener la guarda, lo cual cae en lo mismo, porque la discusión no es, que la custodia sea entregada al hombre o a la mujer sino de forma conjunta, para que los dos tengan las mismas responsabilidades y obligaciones (CODIGO DEL NIÑO NIÑA Y ADOLESCENTE, 2014)

TITULO II: DERECHO A LA FAMILIA

Capítulo II: Familia Sustituta

Sección II: La Guarda

ARTICULO 42º (CONCEPTO).- La guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal. La guarda confiere al guardador el derecho de oponerse a terceras personas, inclusive a los padres y de tramitar la asistencia familiar de acuerdo con lo establecido por Ley. Conc. (Art. 197º C.P.E. - Art. 20 C.D.N. – Art. 197º C.P.E.) ARTICULO 43º (CLASES DE GUARDA).- Se establecen las siguientes clases de Guarda: 1. La Guarda en desvinculación familiar, sujeta a lo previsto por el Código de Familia y que es conferida por el Juez de Familia; y, 2. La Guarda Legal que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente y sujeta a lo dispuesto por este Código.

ARTICULO 49º (REVOCAION).- La guarda podrá ser revocada mediante resolución judicial fundamentada, de oficio o a petición de

parte, considerando los informes ordenados por el Juez previo requerimiento del Ministerio Público, después de haber oído al adolescente en todos los casos y al niño o niña de acuerdo con la edad y grado de su madurez.

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

Lo cual

2.6.2 Estados Unidos

En los Estado Unidos de América, como prioridad al momento de la separación o divorcio de los padres el estado otorga la custodia compartida a los dos progenitores, no en todo el territorio americano sino en diferentes estados, ya que cada uno de ellos cuenta con ciertas características que detallaremos para conocimiento general y luego analizaremos, para concluir si esto es factible instaurarlo en nuestra sociedad y legislación, para ello (GODOY A, 2003) dice:

Hay que recordar que la guarda alternada tiene su origen en el Derecho anglosajón. En este sentido, en los EEUU se diferencian los términos custodia compartida denominada shared custodyo custodia conjunta conocida como jointcustody, que es la acepción jurídica utilizada mayoritariamente en ese país por las legislaciones sobre divorcio de los distintos Estados. Ésta a su vez, suele clasificarse en una custodia legal conjunta; donde los progenitores comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto al menor, pero uno sólo de ellos vive con éste; y la custodia física conjunta que significa que ambos padres comparten el tiempo de residencia con el menor, por periodos de tiempo que no son imprescindiblemente prefijados de forma

Americana de alguna manera se mezcla lo que es patria potestad y tenencia, ya que ellos establecen la custodia legal y la custodia física para denominar a los derechos y obligaciones que mantienen con su hijos, indicamos esto para

su mejor entendimiento en las citas que a continuación indicamos referente a la regulación legal que se da a la custodia compartida o custodia física, en cada Estado de la Unión Americana, y como lo ha concebido cada uno de ellos. El mismo (GODOY A, 2003) indica:

En cuanto a su implementación en los diferentes Estados, podemos señalar que en Indiana se encuentra vigente desde 1972, en Montana desde 1995, en Iowa desde 1999, en Maine y Missouri desde 2001, así como también rige en los Estados de Alabama, California, Kansas, Texas, Florida y Michigan²⁵².(s/p)

Estos son algunos de los párrafos más significativos de la legislación sobre divorcio y custodia en los Estados en que es práctica habitual la custodia compartida en la página web denominada (S.O.S PAPA, 2011) se realiza una reseña de la norma legal en cada estado por ejemplo en el Estado de:

MAINE

El Parlamento declara que es política pública fomentar la resolución de los litigios entre los progenitores a través de la mediación, en aras del mejor interés del niño.

- El Parlamento considera y declara que es política pública de este Estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos progenitores tras la separación o el divorcio de éstos.
- Al determinar los derechos y responsabilidades parentales, el tribunal no podrá conceder preferencia a uno de los progenitores respecto del otro debido al sexo de ese progenitor o a la edad o el sexo del hijo.
- Si uno de los progenitores o ambos solicitan la atención residencial primaria compartida (CUSTODIA COMPARTIDA) y el tribunal no la concede, el tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que la atención residencial primaria compartida no coincide con el mejor interés del niño. (s/p)

Es muy importante para la presente trabajo investigativo lo que se establece en la ley del Estado de Maine, ya que en primer lugar se invoca el derecho que tiene los progenitores de seguir en contacto con sus padres, así mismo que el

Estado es responsable por el bien estar del menor por lo que a través de la mediación en base al interés del menor, adicional se indica algo clave que el estado no puede beneficiar a uno de los progenitores y que no se discrimina ni por sexo o edad o condición social de los padres ni los niños, acotando de una muy buena manera siempre y cuando esto no esté en contra de los derechos del menor. Lo cual se podría adaptar sin ningún problema a nuestra legislación o sociedad ya que se debe eliminar ese tabú tan arraigado en nuestra sociedad de que la madre es la única o es la que mejor cuidado puede darle a los menores, y esto consideramos a causado mucho daño a cientos y cientos de menores que incluso ahora ya son adultos y guardan esos mismos estigmas, deberíamos ya modernizar las leyes al mismo tiempo que se modernizan las sociedades quienes buscan un mejor vivir, como se establece en nuestra constitución el SUMAK KAWSAY. Analizaremos lo que también se dice en (S.O.S PAPA, 2011) acerca del Estado de:

CALIFORNIA

- Es política pública de este Estado garantizar a los hijos el contacto frecuente y continuo con ambos progenitores tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, o tras el final de su relación, y alentar a los progenitores a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política.
- La custodia deberá concederse por el siguiente orden de preferencia, según el mejor interés del niño:
 - 1) A ambos progenitores conjuntamente.
 - 2) A cualquiera de ellos. Al dictar una orden de concesión de la custodia a uno de los progenitores, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los dos progenitores permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del niño con el progenitor no custodio, y no dará preferencia a uno de los progenitores como custodio por razón de sexo.
- Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la CUSTODIA COMPARTIDA coincide con el mejor interés del niño. (s/p)

En sus primeros párrafos lo que se establece en el Estado de California es igual al Estado de Maine, pero a continuación de forma detallada, y a nuestra

forma de concebir el derecho, las leyes del California son muy modernas o más bien prácticas, coherentes a favor del menor ya que como prioridad luego de la separación otorga la custodia física o compartida a los dos padres lo cual nos parece lo más adecuado, pero va más allá no solo se basa en el hecho que los dos padres deben tener la custodia de los hijos, sino que establece si uno de ellos por cualquier motivo se le otorgara la custodia del menor, será al que menos problema cause al niño y al otro padre al momento de las visitas, lo cual reiteramos nos parece lo más lógico, sensato y ajustado a la realidad, ya que no se puede menoscabar el derecho del menor al cuidado protección y afecto de su otro progenitor, solo porque leyes retrogradadas, antiguas, obsoletas, no lo permitan. Según la misma página (S.O.S PAPA, 2011) donde de manera sucinta pero clara nos reseña sobre la custodia compartida en los EEUU.

LOUISIANA

- Si ambos progenitores reclaman la custodia, ésta se concederá, según el siguiente orden de preferencia:

1) A ambos progenitores conjuntamente.

2) A cualquiera de los progenitores. En este caso, el tribunal deberá tener en cuenta cuál de los progenitores permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del hijo con el progenitor no custodio, y no dará preferencia como custodio a ninguno de los progenitores por razón de su sexo o raza.

La carga de la prueba de que la CUSTODIA COMPARTIDA no coincide con el mejor interés del niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.

- Existirá una presunción de derecho de que la CUSTODIA COMPARTIDA coincide con el mejor interés del niño. (s/p)

En este estado de igual manera muy parecido lo establecido en los dos anteriores pero con una salvedad interesante ya que en ella se dice que se presume la custodia a los dos progenitores, pero si uno de ellos o los dos la solicitan se le otorgara siempre que esto sea en beneficio del menor. De igual manera en el Estado de:

IOWA

- El tribunal considera la denegación por uno de los progenitores del contacto máximo y constante del niño con el otro progenitor sin causa justificada como un factor significativo para determinar el régimen de custodia.
- En caso de que no otorgue la CUSTODIA COMPARTIDA, el tribunal deberá citar pruebas claras y convincentes por las que la CUSTODIA COMPARTIDA carece de fundamento y no redundaría en el mejor interés del niño. (S.O.S PAPA, 2011)

Este Estado es un poco más estricto en conceder la custodia a uno solo de los padres ya que ellos consideran que los dos padres tienen el mismo derecho y obligación de custodia de sus hijos, como reza textualmente en su ley, solo a pesar que las pruebas que se presente frente a un tribunal sean contundentes se retirara la custodia a uno de los progenitores. Ahora en el Estado de:

KANSAS

- En ningún caso se considerará que uno de los progenitores tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro progenitor, CON INDEPENDENCIA DE LA EDAD DEL NIÑO, Y NO EXISTIRÁ PRESUNCIÓN DE QUE LA ADJUDICACIÓN DE LA CUSTODIA O RESIDENCIA A LA MADRE COINCIDE CON EL MEJOR INTERÉS DEL NIÑO MENOR DE UN AÑO O DEL NIÑO DE CORTA EDAD. (S.O.S PAPA, 2011)

Palabras fundamentales que esta ley establece *-derechos adquiridos-* es un insumo muy importante la que nos da esta ley, ya que muchas madres en nuestro país se creen dueñas de sus hijos luego del divorcio o separación, por haberlas ellas engendrado y respaldadas por la ley, consideran que eso es así y al momento de la separación los padres pierden ese derecho, lo cual por ningún motivo debe ser así, ya que eso violente el interés del menor.

En otro estado de unión americana citado por (S.O.S PAPA, 2011) se establece:

ALASKA

- En una determinación de custodia, el tribunal establecerá un régimen de visitas en favor de un abuelo u otra persona si ello coincide con el mejor interés del niño.
- Ninguno de los progenitores tendrá preferencia a efectos de la adjudicación de la custodia.

En este estado no se retira la custodia a ninguno de los progenitores, lo cual también nos parece que se va en contra del espíritu de la custodia compartida, ya que no se trata de simplemente de otorgar la custodia, sino que esta debe estar basada en el principio de interés del menor, ya que al no determinar aptitudes de parentalidad no se puede otorgar este derecho. Otro estado como lo es Nevada guarda relación con la mayoría de los ya analizados pero en esta ley de forma taxativa aclara que no por ser madre o padre debe otorgarse ese derecho sino que debe ganárselo a favor del bien del menor.

NEVADA

- *Si el tribunal considera que la CUSTODIA COMPARTIDA coincide con el mejor interés del niño, podrá conceder la custodia a las partes conjuntamente.*

No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea la madre o el padre del niño.(S.O.S PAPA, 2011)

WISCONSIN

- El tribunal establecerá un calendario de residencia que permita al niño disfrutar de períodos regulares y significativos de convivencia física con cada uno de los progenitores y establezca en el nivel máximo posible la cantidad de tiempo que el niño puede pasar con cada progenitor, teniendo en cuenta la separación geográfica y la ubicación de los distintos hogares.(s/p)

El tribunal no podrá otorgar preferencia a uno de los progenitores o potencial custodio sobre el otro por razón de su sexo o raza.(S.O.S PAPA, 2011)

En el Estado de Wisconsin se hace extensiva la ley en referencia al lugar donde físicamente debe estar el menor con sus padres y la frecuencia de las mismas, lo cual no consideramos que debería ser así, ya que la custodia compartida no solo se trata que físicamente el niño permanezca en el hogar de los padres sino que sea un sistema integrado de derechos y obligaciones que deben mantener los progenitores luego de la separación.(S.O.S PAPA, 2011)

TEXAS

- El Código de Familia de Texas, delimita con gran prolijidad y detalle el tiempo de convivencia del niño con cada progenitor. Según estimaciones del comité de la Cámara encargado de su redacción, el tiempo mínimo de convivencia que puede ordenar un juez sobre la base de esta legislación representa el 42 % de cada periodo anual, a reserva de distribuciones aún más equitativas impuestas por el juez o previstas en el acuerdo suscrito por los padres.

- Existe la presunción de derecho de que el nombramiento de ambos progenitores para ejercer la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño.

Falsas acusaciones de maltrato infantil:

- Si una parte realiza, en el curso del procedimiento, una acusación de maltrato infantil contra la otra parte, a sabiendas de que su acusación carece de fundamento, el tribunal considerará la acusación como deliberadamente falsa.

-Las pruebas de falsas acusaciones de maltrato infantil son admisibles en un procedimiento entre las partes interesadas a efectos de las condiciones de la custodia del niño. (s/p)

Similares disposiciones a las anteriores se incluyen en las legislaciones de los siguientes Estados: Idaho, Illinois, Pensilvania, Mississippi, Florida, Alabama, Michigan.

Como lo reseñamos en páginas anteriores no estamos de acuerdo con los extremos, consideramos que a la familia y por ende la estabilidad de sus miembros no se las puede determinar por número, cada familia, cada persona somos y actuamos de diferente forma, por lo expuesto no se debe establecer en porcentajes tiempos de permanencia, sino el tiempo necesario en el cual el menor está tranquilo y a gusto de permanecer con sus padres en tiempo y habientes adecuados.

Para concluir y de forma general podemos indicar que los Estados citados de Estados Unidos, en la mayoría se establece o se presume la custodia compartida a los dos progenitores, pero con ciertas salvedades las cuales siempre están pensadas en el principio de interés del menor para lo cual pudimos observar que, si se demuestra fundadamente que uno de los progenitores no es apto para su cuidado se le retira la custodia física, que en nuestro país sería la tenencia. Luego de lo analizado podemos observar que la custodia compartida es una institución jurídica que se base en principios fundamentales como es la corresponsabilidad parental y el mejor interés del menor, principios básico y establecidos en nuestra constitución por lo que su institucionalización en nuestro régimen jurídico no violenta ningún derecho fundamental del menor o de los progenitores, en tal sentido luego del estudio realizado de forma crítica podemos deducir que la custodia compartida se debe instaurar en nuestro país de manera urgente.

Ahora bien, conoceremos como se regula la custodia compartida en países europeos de primer mundo como lo es Francia, en la cual encontraremos acápites importantes o características especiales, que nos ayudaran a construir una reforma en cuanto a custodia compartida en nuestro país.

2.6.3 Brasil

Es el último país de Latinoamérica, en realizar una reforma a su Código Civil en cuanto se refiere a la custodia compartida, en la (Ley N.- 13058, 2014) que nos establece lo siguiente:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Hace saber que el Congreso Nacional decreta y yo apruebo la siguiente ley:

Art. 1 La presente Ley establece el significado de " custodia compartida " y prevé su

Aplicación para la modificación de las arts. 1583,1584, 1585 y 1634 de la Ley 10.406, de 10 de enero de 2002 (Código Civil).

Art. 2 La Ley 10.406, de 10 de enero de 2002 (Código Civil), entrará en vigor con los

Siguientes cambios:" Art. 1583 (...)

§ 2. En la custodia compartida, el tiempo de contacto con los niños debe ser dividido en partes iguales con la madre y el padre, siempre a la vista de las circunstancias y los intereses de los niños de hecho.

I - (derogado);

II - (derogado);

III - (derogado).

§ 3. En la custodia compartida, la ciudad considerada como la base de los niños en casa será el que mejor sirve a los intereses de los niños. (...)

§ 5. Fuerzas de la Guardia unilaterales del padre o madre que sostiene a supervisar los intereses de sus hijos, y para permitir que dicha supervisión, cualquiera de los padres siempre serán una parte legítima para solicitar información y/o la rendición de cuentas, objetiva o subjetiva, temas o situaciones que directa o indirectamente afectan a la salud física y psicológica y la educación de sus hijos. "(NR)

§ 2. Cuando no existe un acuerdo entre la madre y el padre y la custodia de la niña, yacían los dos padres son capaces de ejercer la patria potestad, se aplicará a la custodia compartida a menos que uno de los padres declaren el magistrado no querría guardar del menor.

§ 3. Para establecer el papel del padre y la madre y los períodos de convivencia bajo la custodia compartida, el juez, de oficio o instancia del Ministerio Fiscal, podrá basarse en la orientación técnica y profesional o equipo interdisciplinario, que deben tener como objetivo división equilibrada del tiempo con el padre y la madre.

§ 4. La modificación no autorizada o incumplimiento injustificado de la cláusula de custodia unilateral o conjunta puede dar lugar a la reducción de los privilegios asignados a su titular.

§ 5. Si el tribunal determina que el niño no debe permanecer bajo la custodia del padre o de la madre, aplazar guardia de la persona demuestra la compatibilidad con la naturaleza de la medida considerada, preferiblemente, el grado de relaciones de parentesco y afinidad y afectividad.

§ 6 Cualquier institución pública o privada está obligada a informar a cualquiera de los padres sobre sus hijos, bajo pena de una multa de R \$ 200,00 (doscientos reales) a R \$ 500,00 (quinientos dólares) por día en caso de incumplimiento la solicitud. "(NR)

"Art. 1585. En lugar de los cuerpos de separación medida cautelar en sede cautelar guardia medida u otro asiento fijación interdicto guardia, la decisión sobre la custodia de los hijos, aunque temporal, se dará preferencia después de escuchar a ambas partes antes de la juez, a menos que la protección de los intereses de los niños requiere una medida cautelar sin escuchar a la otra parte, la aplicación de lo dispuesto en el art. 1584. "(NR)

"Art. 1634. Es por ambos padres, independientemente de su estado civil, el pleno ejercicio de la patria potestad, que consiste en, como para los niños:

I - dirigir su creación y la educación;

II - ejercer la custodia unilateral o conjunta de conformidad con el art.

1584;

III - concederles o negarles el permiso para casarse;

IV - concederles o negarles el permiso para viajar al extranjero;

V - concederles o negarles el permiso para cambiar su residencia permanente a otro

Municipio;

VI - a los pondrá tutor por testamento o documento auténtico, si el otro padre no le

Sobreviven, o la familia sobreviviente no puede ejercer el poder;

VII - representan ellos y fuera de los tribunales a los dieciséis (16) años, en los actos de la vida civil, y verlos, después de esa edad, los actos en los que sean parte, suministrándoles consentimiento;

VIII - reclamarlos que detenerlos ilegalmente;

IX - exigencia de que ellos proporcionan la obediencia, el respeto y los propios servicios de su edad y condición "(NR).

Art. 3 La presente Ley entrará en vigor en la fecha de su publicación.

Brasilia 22 de diciembre de 2014; 193 de la Independencia y 126º de la República.

Como lo mencionamos en un principio al ser, Brasil el último país en adoptar a la custodia compartida en su legislación civil, podemos ver luego del estudio analítico crítico y jurídico a esta ley que:

Se otorga de manera conjunta y en igual de condiciones la custodia de los hijos a los dos progenitores, lo cual ya guarda un alto sentido de equidad que es lo que en la actualidad tanto hombres como mujeres lo están solicitando en diverso ámbitos no solo en el tema de la custodia de sus hijos, adicionalmente se indica de manera clara en esta misma ley reformativa, si uno de los padres no quiere asumir esa obligación, ante un tribunal podrá rechazar la custodia compartida de sus hijos o patria potestad, así mismo algo trascendental que se establece o regula en esta ley que nos parece muy apropiado digno de elogiar y adaptar a cualquier ley es que la decisión del Juez o Tribunal, no está basada solo a una evaluación técnica de un profesional que incluso puede ser sesgada, sino se habla en esta ley de un grupo multidisciplinario que vele por la estabilidad de los menores algo realmente muy importante que se debe de tomar muy en cuenta, por cuanto la estabilidad de los niños es muy importante para ellos sus familias y por su puesto el país, ya que este se beneficiara de tener una mejor sociedad. Y algo que también no lo hemos visto en otras legislaciones es el hecho que se castiga con una multa pecuniaria a los padres o terceros, por no comunicar a la autoridad sobre los posibles maltratos que estaría recibiendo el menor.

Por todo lo antes indicado nos parece que la legislación brasileña está a la vanguardia sobre el tema de la custodia compartida, por no solo respetar los

derechos del interés superiores del menor, no solo porque los derechos internacionales así lo exigen, sino que la sociedad así lo demanda y necesita que sus leyes se adapten a las nuevas realidades para que esta se puedan desarrollar de una mejor manera, por ende nuevamente indicamos que la custodia compartida debe regularse en nuestro país ya que esta ayudara a mantener una sociedad en desarrollo muy amplio.

2.6.4 Colombia

En nuestro vecino del norte se aprobó esta ley en el año 2008 bajo los siguientes enunciados(LEY N-05/2008, 2008):

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 1. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS. La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente y a los terceros autorizados en los casos establecidos en la legislación civil. La custodia compartida es una forma más de otorgar la custodia, por mutuo acuerdo de ambos padres o a falta de acuerdo, por el Juez de Familia.

ARTICULO 2. CUSTODIA EN CASO DE SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se procurará un régimen de custodia que privilegie períodos iguales de tiempo, atendiendo entre otros la residencia de los padres y primando el interés superior del menor. Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplado en la ley 640 de 2001. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia más adecuado mediante el Proceso Verbal

Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, respetando siempre los criterios de igualdad contemplado en este artículo.

Parágrafo 1. Cada progenitor se encargará de los gastos del menor durante el tiempo que conviva con él, teniendo en cuenta la capacidad económica de los progenitores. El juez deberá imponer al padre que este en mayor capacidad económica, la obligación de contribuir al otro de menor capacidad para efectos de asegurar que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

Parágrafo 2. Al establecer el régimen de custodia a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta el periodo de lactancia materna, permitiendo contactos frecuentes con cada uno de los progenitores, sin perjuicio del régimen de visitas y de salidas del país.

ARTICULO 3. IGUALDAD DE DERECHOS Y OBLIGACIONES. Los derechos y obligaciones que emanan de este régimen de custodia serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

ARTICULO 4. CAMBIO DE RESIDENCIA. Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el menor y respetar los vínculos de este con el otro progenitor.

Todo cambio de residencia o la salida del país de uno o ambos progenitores, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la custodia compartida, deberán comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, uno de los

progenitores podrá solicitar al juez de familia que adopte una decisión en función del interés superior del niño.

El incumplimiento de estas obligaciones acarreará la pérdida de la custodia para el padre infractor, sin perjuicio de las sanciones previstas en la legislación civil y penal para la pérdida de la patria potestad, y el ejercicio arbitrario de la custodia.

ARTICULO 5. El Artículo 5 del proyecto de Ley 05 de 2008, quedará, así:

“PERDIDA DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Sin perjuicio de las causales previstas para pérdida de la patria potestad, la custodia y el cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

- 1.- Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
- 2.-Maltrato físico hacía los menores por parte de quien la tiene.
- 3.-Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
- 1.-Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.
- 2.-Fallecimiento del progenitor Tutor.
- 3.-Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor, siempre que la discapacidad que de origen a la interdicción tenga relación con el adecuado ejercicio de la custodia.
- 1.- Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
- 2.-Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
- 3.-Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.
- 4.-Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre que no ostente la calidad de tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.

1.-Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias”.

ARTICULO 6. ACUERDO DE CESIÓN TEMPORAL DE LA CUSTODIA.

El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor.

ARTICULO 7. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

El incumplimiento del régimen de custodia establecido en la presente ley, acarreará multa hasta de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes según el caso, mediante incidente que se iniciará de oficio o a petición de parte, ante el Juez de Familia del domicilio del menor y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia del hecho, sin perjuicio de incurrirá en el delito de “Ejercicio Arbitrario de la Custodia”.

ARTICULO 8. El proceso de custodia a que se refiere la presente ley, deberá ser acompañado por estudios obligatorios de equipos técnicos interdisciplinarios integrados por lo menos por un psicólogo y un trabajador social. Dichos conceptos tendrán el carácter de dictamen pericial que deberán ser tenidos en cuenta por el juez al momento de tomar la decisión.

ARTICULO 9. VIGENCIA. Esta Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias

En gran parte de las normas jurídicas, que se han analizado de una manera crítica, social y jurídica, hemos podido conocer sus características especiales de adopción y adaptación de la custodia compartida. En referencia a Familia es muy común el tema, de padres separados y los inconvenientes que esto genera por lo que incluso se ha vuelto un problema de Estado y de su

regulación en las normas civiles para que se pueda organizar de mejor manera y preservar el cuidado y protección de los hijos menores de hogar disfuncionales o también llamados ahora nuevos modelos de familia, es decidir, con la mira puesta siempre en el interés superior de los menores, quien o quienes tendrán la guarda y quien la tenencia de los hijos.

En convenios o tratados internacionales, constituciones, códigos y leyes que se refieren a la familia se preceptúan como norma fundamental, el derecho de los niños al tener contacto con ambos padres, salvo casos especiales en que los padres o madres no sean aptos para el cuidado y guarda de sus hijos y en vez de esto ayudar al desarrollo del menor menoscabe su integridad física o psicológica, por lo que se busca es la mejor formación de los menores, en los hechos, es por ello que el padre que no tiene la tenencia muchas veces pasa a ser un mero visitante y la guarda compartida solamente un nombre sin contenido efectivo.

Por todo lo ya expuesto a lo largo del presente trabajo investigativo además de analizar la parte conceptual, doctrinal jurídica y este último acápite de legislación comparada, se puede evidenciar que la custodia compartida justamente evita la exclusión discriminatoria en referencia en aprovecharse del otro y tener a los hijos como armas en contra del otro progenitor.

Y de todo lo antes analizado de una forma coherente propondremos un cambio a la legislación ecuatoriana para los fines de reforma o adecuación a la realidad de las nuevas sociedades.

Por otra parte, con referencia a la legislación colombiana, la situación es distinta, si bien de todas formas hasta antes de la reforma de la Ley 035/2008, de 22 de abril, no se podía establecer la custodia compartida de oficio por parte del Juez, o en función a la autonomía de la voluntad de los progenitores. En la actualidad, pese a los reparos que se pusieron en la implementación de dicha institución jurídica, (CLAVIJO J, 2008)

La regulación expresa es una realidad, limitada al acuerdo de progenitores en primer término, o supeditada a la decisión de la

Autoridad Judicial en situaciones excepcionales, pero regulada al fin, lo que supone un avance y no una regresión a pesar de las críticas que ha merecido la actuación del legislador en el tratamiento de dicha modalidad de custodia. "En ese sentido, un sector de la doctrina manifiesta que el reconocimiento legal de la custodia compartida tendrá una trascendencia positiva en los Tribunales de justicia. (pag.258)

A nuestro criterio, en un futuro muy cercano existirá la posibilidad de implementar la regulación de dicha figura jurídica. Lo que resta saber es si a futuro la custodia compartida se considerará como una alternativa a la par de la custodia Monoparental, o se situará como un sistema secundario, o se consolidará como un modelo general a adoptarse en una situación de separación o divorcio.

Finalmente, debemos señalar que, es posible que parte de la actual generación de progenitores muestre resistencia al cambio, pero la generación que se encuentra en proceso de formación será parte de otro contexto, en cuanto a ideas y percepción de las necesidades familiares, así pues, lo que hoy se discute a futuro puede ser que carezca de sentido en función a la posición que adopten los futuros padres. Luego de este proceso de cambio se debe analizar si es factible su implementación de manera obligatoria en el Código Civil.

Con la intención de poder fortalecer el presente trabajo investigativo recurrimos a la investigación del campo a través de encuestas a 30 abogados en libre ejercicio profesión quienes con sus criterios nos ayudaran a sostener la tesis de inclusión de la custodia compartida en el Ecuador.

CAPITULO III INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1 Análisis de la aplicación de Encuestas.

Respecto del tema motivo de la presente investigación jurídica denominada: **“LA INCLUSION, EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA”**, El presente trabajo de investigación jurídica, se ha desarrollado basando en métodos y técnicas (estrategias) de una manera científica, que ayudaron a entender y obtener un resultado valioso y coherente, para alcanzar los objetivos e hipótesis planteados en la presente investigación jurídica.

Pero así mismo, consideramos necesario recurrir a la técnica de la encuesta, como soporte para la estructura y desarrollo de la temática propuesta, la misma que ha sido propuesta a 30 profesionales del derecho de la ciudad de Cuenca, con la finalidad de hacer una recopilación de información necesaria para descifrar la importancia de la inclusión de la Custodia Compartida, en la legislación civil ecuatoriana.

Una vez que se ha procesado y tabulado la información recogida; es preciso exponer a continuación las mismas, mediante cuadros y gráficos para su respectiva interpretación y análisis.

Pregunta N.-1

¿Considera usted que, en la legislación civil ecuatoriana, se respeta lo que ordena la Constitución en su art. 69 numeral 5 esto es la corresponsabilidad paternal y maternal?

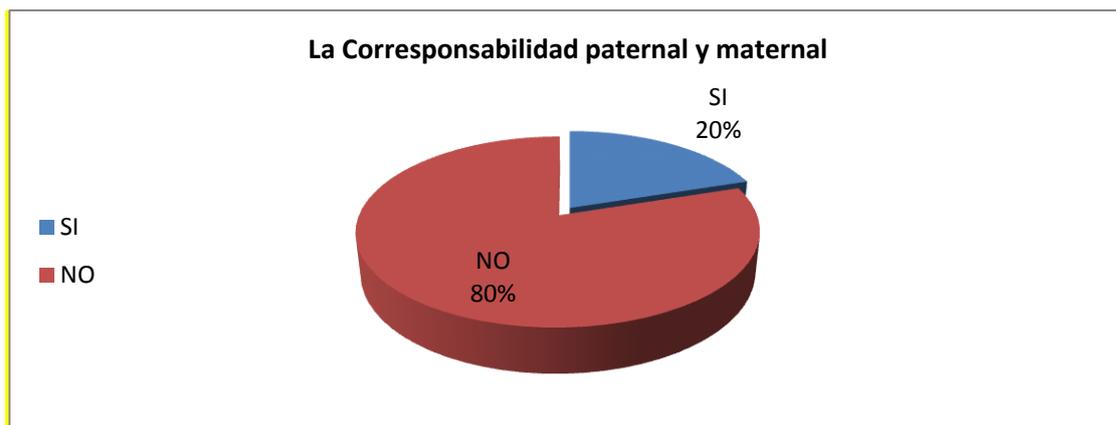
Tabla N.- 1
Corresponsabilidad paternal y maternal

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	20%
NO	24	80%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional

Elaboración: Paola Carolina González Cely

Figura N.- 1



Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional

Interpretación: De la encuesta realizada a 30 profesionales del derecho; 6 de ellos que representan un 20% del total, consideran que nuestra legislación civil si respeta lo que ordena el art 69 numeral 5; y 24 de los encuestados que sería el 80% de ellos no creen que se acate lo establecido en la carta constitucional.

Análisis: La gran mayoría de los profesionales encuestados manifiestan que la norma civil no respeta, lo que manda y ordena la Constitución, por lo que es de suma urgencia la regulación o modificación a la legislación civil, que incluso en el COGEP no ha sido considerada por el legislador, en materia de custodia compartida, por cuanto es una norma que es contradictoria a lo que dice la carta magna de nuestro país, que a pesar que es moderna y pensada en el bienestar de las personas y sobre todo en los derecho de los menores, como grupo vulnerado, la legislación civil a pesar que se ha modernizado recientemente o reforma, con la intención de contar con una legislación moderna y que esté de acuerdo a la realidad en la cual el principal objetivo sea administrar justicia con eficiencia y seguridad jurídica, en función del derecho superior del menor hasta el momento esto no se ha ocurrido.

Pregunta N.-2

¿Considera usted que, la figura legal de la tenencia o custodia Monoparental establecida en la legislación civil ecuatoriana, es la más adecuada para el desarrollo integral y bienestar de los menores de edad de nuestro país?

Tabla N.- 2
Tenencia o custodia monoparental

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	17%
NO	25	83%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional
Elaboración: Paola Carolina González Cely

Figura 2



Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional

Interpretación: A la segunda pregunta realizada a 30 profesionales encuestados, 5 de ellos, que constituye el 17% consideran que esta la custodia Monoparental y 25 de los encuestados que es el 83% no están de acuerdo con la custodia Monoparental

Análisis: De los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Cuenca encuestados manifiestan que no están de acuerdo con el modelo de custodia o tenencia que se encuentra regulado en nuestro país, ya que en forma general manifiestan que con el desarrollo de las sociedades se hace eminente cambios de fondo y que se ajusten a las realidades y necesidades de las nuevas familias ya que el pensar o otorgar la custodia o tenencia a uno solo de los progenitores y exclusivamente de la mujer ya no es lo correcto por cuanto las mujeres ahora también trabajan y están en igual de condiciones que los hombres por lo que es la custodia de los hijos debe ser revisada detenidamente en nuestro país.

Pregunta N.-3

Considera Ud. que tanto el padre como la madre en nuestro país, están en igual de condiciones para cuidar a los hijos, luego de la disolución matrimonial?

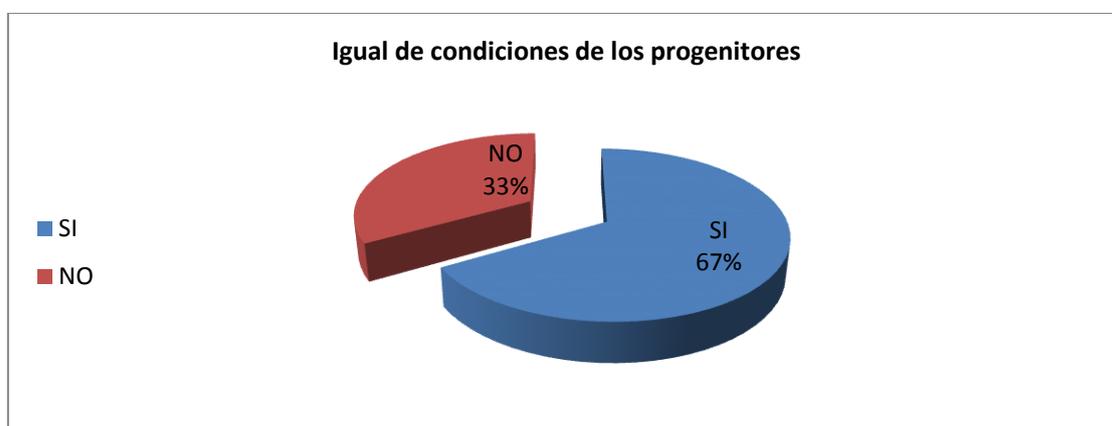
Tabla N.-3
Igual de condiciones de los progenitores

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional

Elaboración: Paola Carolina González Cely

Figura 3



Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional

Interpretación: A la tercera pregunta los encuestados, respondieron 20 encuestados lo que significa el 67% de encuestados indican que los progenitores, están en igual de condiciones para cuidar y asistir a sus hijos y los 10 que significa el 33% no consideran que el padre cuide igual a los hijos que la madre.

Análisis: De los encuestados podemos determinar que todavía se mantiene el tabú de que la mujer por ser mujer cuidara mejor a sus hijos, pero cada vez es menor esa ideología y un número importante de encuestados consideran que si que la mujer con el hombre son aptos para cuidar a sus hijos esto es responsabilizarse por los deberes alimentación y salud de sus hijos cuando permanezcan con cada uno de ellos, luego del divorcio o separación.

Pregunta N.-4

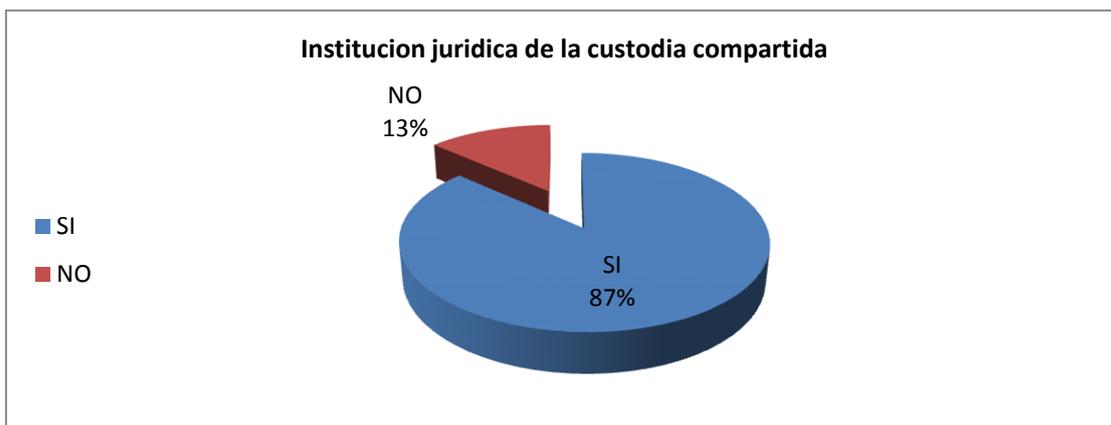
¿Considera que es necesario incluir en la ley civil de nuestro país una institución jurídica, en la cual los progenitores, estén en igual de condiciones para guardar y custodiar a sus hijos luego del divorcio o separación?

Tabla N.-4
Institución jurídica de la custodia compartida

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional
Elaboración: Paola Carolina González Cely

Figura 4



Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional

Interpretación: A esta interrogante los encuestados, respondieron 26 que significa el 87% que si están de acuerdo con que los dos padres en igual de condiciones, tengan las mismas responsabilidades obligaciones y derechos a decidir sobre sus hijos y 4 abogados que es el 13% consideran que es una situación que se debe analizar con detenimiento

Análisis: De los encuestados de la ciudad de Cuenca, manifiestan que es trascendental un cambio o una reforma jurídica la cual brinde una tutela judicial efectiva pensada a favor de los hijos de matrimonios disueltos, ya que los principios, derechos internacionales y constituciones se respeten y se cumplan para el buen desarrollo del menor como un principio fundamental.

Pregunta N.-5

Apoyaría usted una propuesta de reforma a los artículos 108 y 115 del Código Civil, a fin de introducir la custodia compartida de los hijos en los casos de divorcio?

Tabla N.- 5
Reforma a la norma vigente

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional
Elaboración: Paola Carolina González Cely

Figura 5



Fuente: Abogados en Libre Ejercicio profesional

Interpretación: A la cuarta encuesta realizada a 30 profesionales del derecho, en su totalidad, es decir el 100% consideran que es necesaria una reforma en tema de niñez y adolescencia.

Análisis: De los abogados en libre ejercicio consultados en referencia a una reforma a los artículos indicados de manera unánime supieron manifestar que es importante que se reforme de manera integral el código de la niñez y adolescencia ya como ha sucedido en materia constitucional, penal en unos meses la ley civil entre otras si bien es cierto el código de la niñez ha sufrido algunos cambios, no son suficientes ya que todavía se encuentra

contradicciones jurídicas entre la ley y la constitución y en este caso también con los convenios internacionales en referencia al derecho superior del menor.

Los abogados en libre ejercicio que se les encuestó de forma general supieron manifestar o opinar que la institución de la custodia no está regulada en debida forma en nuestra legislación civil ni muchos menos en la ley correspondiente como lo es el Código Orgánico de la niñez y adolescencia, por lo que no le es factible otorgar una seguridad jurídica a la ciudadanía que busca una tutela jurídica efectiva a sus necesidades, cuando un niño que no se encuentre bajo la protección de uno de sus padres. Así mismo, opinan que el juez al otorgar una guarda y custodia deben tener en cuenta las argumentaciones y pruebas aportadas las cuales deber ser proporcionadas por un psicólogo o una trabajadora social los cuales aporten un informe técnico y que le dé la certeza necesaria al juez para que otorgue la custodia compartida; por otra parte algunos abogados manifiestan que en diversas ocasiones se les solicitan sus servicios para colaborar en la determinación de la tenencia de sus hijos en especial los padres los cuales saben que luego del divorcio a lo único que tendrán derecho es a visitas y la obligación de pasar una pensión económica.

Así mismo están de acuerdo que se deben de incluir en nuestra legislación una serie de artículos que regulen dicha figura: consideran que es al niño al que se le debe de brindar un cuidado especial al determinar sobre su guarda y custodia así como también se le debe de tomar en cuenta su opinión aunque esta no sea determinante para la resolución.

3.2 Estudio de casos

Cómo lo establece el Proyecto de Investigación Jurídica presentada y aceptada por la autoridad académica correspondiente, he realizado un estudio de casos referente a la custodia en nuestro país.

CASO 1

Causa: 18202-2009- 290

JUZGADO: Primero de la Niñez y Adolescencia de Tungurahua

TIPO DE CASO: Tenencia

Resolución:

VISTOS.- HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA, consigna sus generales de ley y comparece manifestando que es casado con la señora CLAUDIA XIMENA IÑIGUEZ ROA, con quien ha procreado dos hijos que responden a los nombres de GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ, quienes tienen 10 y 8 años de edad según así justifica con las partidas de nacimiento que acompaña, es el caso, dice que la madre de sus hijos en forma irresponsable ha abandonado el hogar a partir de septiembre del 2002 dejando a sus hijos al cuidado exclusivo del padre, sin que hasta la presente fecha haya retornado al hogar sin importarle la suerte de sus hijos, que a partir de la indicada fecha, dice viene haciendo las veces de padre y madre para sus hijos con la ayuda de su familiares, por lo expuesto demanda la tenencia de sus hijos GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ, en contra de la señora CLAUDIA XIMENA IÑIGUEZ ROA. Funda la demanda en el art. 118 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia. Por cuanto se desconoce el domicilio residencia y paradero de la demandada señora CLAUDIA XIMENA IÑIGUEZ ROA solicita que con la demanda se le cite por la prensa según lo dispuesto en el art. 82 del Código de Procedimiento Civil. Por cumplido el requisito estipulado en el inciso 3ro del art. 82 del Código de Procedimiento en virtud por lo cual el señor HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA expresa bajo juramento que desconoce el domicilio o residencia actual de la señora CLAUDIA XIMENA IÑIGUEZ ROA, por lo que se califica la demanda y se la

acepta al Tramite Especial Contencioso General previsto en el art. 271 del Código de la Niñez y adolescencia, citada que ha sido la demandada mediante tres publicaciones en el diario El Heraldillo los días 22, 23 y 24 de abril del 2009, constancia que obra a fojas 11, 12 y 13 del proceso, ésta no comparece a señalar casilla judicial para recibir notificaciones en esta causa. Convocada que ha sido la audiencia de conciliación y contestación se practica ésta, con la única comparecencia del señor HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA quien es acompañado de su defensor, no comparece la señora CLAUDIA XIMENA IÑIGUEZ ROA por lo que se acusa su rebeldía. El actor se ratifica en el contenido de la acción propuesta; según lo previsto en la ley se escucha en forma reservada a los niños GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ, quienes están en edad de expresarse. Se convoca a la audiencia de prueba, estando la causa en estado de ser resuelta se hacen las siguientes consideraciones. PRIMERO.-El proceso es válido sin que exista nulidad que declarar. SEGUNDO.- En el día y hora señalado para la práctica de la audiencia de prueba comparece el señor HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA con su defensor Ab. Álvaro Flores, no comparece la señora CLAUDIA XIMENA IÑIGUEZ ROA. El actor como su prueba presenta la declaración de sus testigos señora Marianita de Jesús Quishpe Jaque e Irma Fabiola Jácome Clavijo, quienes juratoria y concordantemente dicen que conocen a quien les pregunta desde hace mucho tiempo atrás, que conocen a los niños GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ, que saben que los niños estudian en la escuela Unidad Nacional, que conocen que los niños nombrados viven bajo el amparo y protección de su padre desde cuando la madre los abandono, que conocen al señor Páez por lo que saben que es una persona responsable, quiere mucho a los niños, y les proporciona todo lo que ellos requiere para su subsistencia, que no le conocen a la madre de los niños pues nunca les ha venido a ver a los menores, que es necesario que se le otorgue la tenencia de los niños al padre, puesto que es él quien les cuida y les da todo lo necesario. Como prueba documental presenta el actor partida de nacimiento de los niños GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ quienes en la actualidad cuentan con 10 y 8 años de edad; documentos con lo que justifica los gastos que el padre de los niños realiza en beneficio de éstos, por vario conceptos justificando que es él, quien mantiene a

los niños además de cuidarle y darles todo el cariño, constan del proceso fotografías con lo que dice justificar que los niños viven en un ambiente familiar, reproduce como su prueba los informes practicados tanto por trabajo social de este juzgado así como la Dinapen de Tungurahua con lo que prueba los fundamentos de la demanda propuesta. TERCERO.- El defensor del actor al exponer sus alegatos reproduce la prueba presentada con lo que ha justificado que los menores GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ se encuentran bajo la protección y cuidado del padre señor HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA desde hace seis años aproximadamente y que hasta la actualidad la madre no se ha preocupado de saber sobre la existencia de sus hijos, dejándoles en absoluto abandono materno, además se encuentra probado que se desconoce la residencia o domicilio de la mencionada madre de sus hijos por lo que las citaciones se han hecho mediante publicaciones por la prensa, sin que ésta haya comparecido a reclamar la tenencia de sus hijos demostrando absoluta despreocupación e irresponsabilidad. Se considerara para resolver el informe social practicado por la señora trabajadora social de este juzgado en donde consta la situación actual de los menores quienes viven con su padre en perfectas condiciones gozando del cariño y afecto familiar, por lo que solicita se acepte la demanda en todas sus partes y se le conceda al señor HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA la tenencia de sus hijos GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ, por así convenir a los interés de los menores. CUARTO.- Del informe social practicado por la señora trabajadora social de este juzgado se llega a establecer que los niños GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ se encuentran viviendo bajo el cuidado exclusivo de su padre por cuanto la madre de los niños señora CLAUDIA XIMENA IÑIGUEZ ROA ha abandonado el hogar en el mes de septiembre del 2002, fecha desde la cual la mencionada no ha regresado al hogar en donde se encuentran sus hijos, que los niños se encuentran en perfecto estado tanto en su salud como en lo psicológico, que en la actualidad el señor HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA tiene un nuevo compromiso con quien comparte la familia y que los niños viven en un verdadero ambiente familiar; recomienda que la tenencia sea otorgada al padre por cuanto se desconoce datos de la madre. QUINTO.- De las pruebas presentadas en la presente causa se llega a establecer que los niños GUSTAVO RAFAEL y

LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ cuentan en la actualidad con 10 y 8 años de edad; que viven bajo el amparo de su padre desde hace más de seis años por cuanto la madre ha abandonado el hogar, según el informe social los niños se encuentran en perfecto estado; los niños han expresado su voluntad de vivir con su padre, tanto en la audiencia de conciliación practicada ante la juez, así como dentro de la investigación practicada por servicio social. La demandada habiendo sido citada por la prensa no ha comparecido a contestar la demanda. Por las consideraciones expuestas, en base a la sana crítica, al amparo del art. 11, 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, respetando la opinión de los niños, según lo dispuesto en el inciso último del art. 106 IBIDEM, este juzgado resuelve CONFIAR LA TENENCIA de los niños GUSTAVO RAFAEL y LENIN SEBASTIÁN PAEZ IÑIGUEZ a favor de su padre, el señor HOLGER GUSTAVO PAEZ AMANCHA, quien les brindara el cariño, cuidado y protección que los niños requiere para su normal desarrollo. Se Regulara el régimen de visitas cuando la madre lo solicite y previo al informe del equipo técnico de este juzgado. NOTIFIQUESE Y CUMPLACE.-

Análisis:

El actor Sr. Holguer Gustavo Páez Amacha dio inicio al proceso de Tenencia, se le cito a la demandada de acuerdo al artículo 82 del código de procedimiento civil, y en ninguna ocasión la demandada se ha presentado, tampoco ha señalado casillero judicial.

El Sr. Holguer Gustavo Páez Amacha presentó en el juicio un expediente de la provincia de Pichincha en contra de la demandada de igual forma por abandono de hogar, con lo cual la parte actora quiera dar a conocer que su cónyuge ya es acostumbrada a actuar de tal manera por lo cual el está solicitando la tenencia de sus hijos los cuales desde que se dio el abandono de su madre en ningún momento quedaron desprotegidos. La demandada Sra. Claudia Ximena Iñiguez Roa, en ningún momento del juicio se ha presentado por lo cual la Señora Jueza de acuerdo al informe de la Oficina Técnica decide confiar el cuidado de los menores a favor de su padre, quien les brindará el cariño cuidado y protección que los niños necesitan, y el régimen de visitas se

regulara cuando la madre lo solicite y previo el informe del equipo técnico de este juzgado. Con lo que podemos observar que siempre existe la excepción a la regla, es decir que solo la madre puede cuidar y proteger a los menores sino que al igual que existen hombres irresponsables, así mismo existen madres de igual condición, por lo que este caso confirma que los padres están en capacidad de cuidado y tenencia de sus hijos y este es un ejemplo para fortalecer esta investigación, de que se incluya en la normativa civil la custodia compartida, porque dentro de nuestro país también existen padres responsables y estos son muchos. Pero que por falta de ley no se les otorga esta responsabilidad y derecho.

CASO 2

PROCESO: 18951-2008-1172

JUZGADO: Primero de la Niñez y Adolescencia de Tungurahua

TIPO DE CASO: Tenencia

Resolución:

VISTOS.- Por legalmente reconocidas las firmas y rúbricas impuestas en el acta transaccional que antecede por parte del señor Abogado Hugo Daniel Camino Mayorga, en su calidad de mandatario de la señora NARCISA DE JESÚS BAÑO GUIZADO, quien es madre del menor DANIEL ENRIQUE FREIRE BAÑO, y por el señor ISAAX ENRIQUE FREIRE ANDRADE, padre del menor antes mencionado, y por cuanto este acto no contraviene ningún principio legal, ni constitucional, más bien vela por el interés superior del menor, este juzgado, amparado en lo dispuesto en los Arts. 11, 118 del Código de la Niñez y Adolescencia, y el Art. 307 del Código Civil codificado, aprueba tal acuerdo y lo eleva a resolución en todas sus partes, quedando la TENENCIA del menor DANIEL ENRIQUE FREIRE BAÑO, bajo la responsabilidad exclusiva de su padre, el señor ISAAX ENRIQUE FREIRE ANDRADE, quien le brindara el cariño y la protección que el menor requiere para su normal desarrollo, sin alterar el ejercicio conjunto de la Patria Potestad, según lo determinado en el art. 118 del Código de la Niñez y Adolescencia.- NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-

Análisis:

En el Juzgado primero de la Niñez y Adolescencia, se da inicio al proceso por parte de la Actora Narcisa de Jesús Bano Guizado, quien por encontrarse fuera del país envió un poder especial de procuración judicial a favor de su abogado defensor Dr. Hugo Daniel Camino Mayorga quien dará inicio a todo trámite, en donde deduce la acción de Tenencia Legal del hijo menor de edad de su demandante en contra del padre del mismo Sr. Isaac Enrique Freire Andrade, con quien la demandante está casada, la demanda se fundamenta en que la actora viajo a Bélgica y a los seis meses le llevó a su cónyuge al igual que a su hijo menor de edad a fijar su residencia definitiva, mas resulta que el cónyuge de la actora regresó al Ecuador en enero del 2008 conjuntamente con el menor de edad, sin la autorización respectiva de la madre dejando a la misma abandonada en la ciudad, por lo que pide que se le conceda la tenencia legal del menor de edad a la mandante que como madre le corresponde.

En sentencia se considera que el menor permanezca con su padre, ya que le brindara seguridad, estabilidad de acuerdo al estudio realizado por la oficina técnica, pero se le permitirá el dialogo vía telefónica con su madre de acuerdo al horario establecido.

Análisis General

Como se puede observar en los dos casos que se han planteado se evidencia que en las sentencias de los jueces, más allá de que sean correctas o no, siempre debe prevalece la situación del menor, en los dos casos se otorga la custodia a uno de los padres mas no a los dos, si bien es cierto las circunstancias en los dos casos son extremas pero bajo ningún motivo se da la oportunidad a que los dos progenitores puedan o tengan la oportunidad de contar con la custodia compartida, lo importante en los dos casos que se analizó, es que el Juez, baso, fundo y motivo su sentencia, en el informe que brindo la oficina técnica del juzgado lo que nos parece lo más prudente y esto así mismo ayudara a que de existir o adoptarse a la custodia compartida el juez, falle a favor no solo del padre o la madre, sino de forma conjunta en beneficio del principio fundamental del derecho superior del menor.

Luego de estudiar estos casos se ha puesto en evidencia que aún falta establecerse un método eficaz, con el cual luego de un estudio técnico como si se lo realiza en el país y ahora mucho más en las unidades judiciales de la familia niñez y adolescencia, el juez tenga la seguridad de otorgar la custodia compartida a los dos progenitores siempre cuando sean aptos para ello. Lo cual abrirá una gran oportunidad a aquellos padres que limitados por las leyes deben separarse de sus hijos y con el tiempo evitar las responsabilidades que en principio si están dispuestos a realizar pero luego con complicidad de la ley se alejan y descuidan el cuidado de los hijos. Por lo que es imperante una reforma a la legislación civil en materia de custodia.

3.3 Verificación de Objetivos

3.3.1 Objetivo General

Efectuar un análisis jurídico doctrinario y social del ordenamiento constitucional y civil vigente de nuestro país, referente a la custodia compartida de menores.

Este objetivo fue planteado con la intención de conocer, cuál sería el aporte de la custodia compartida en nuestra legislación civil y si la misma ayudará a los sujetos (padres y madres) que acudan mediante esta vía a la judicialización de sus problemas.

Por lo que luego de realizar un estudio doctrinario conceptual, jurídico crítico y comparado y con la ayuda de la investigación de campo y estudio de casos sobre la institución jurídica de la custodia compartida, pudimos determinar que esta norma no contraviene con nuestra actual constitución, sino todo lo contrario ya que como pudimos conocer el art 69 de la constitución en su numeral 5 *-establece la corresponsabilidad paterna y materna-* y esto no se está respetando en la legislación civil por lo que se estaría violentando un derecho del menor de vivir en armonía con sus padres a pesar del divorcio o separación de los mismo.

Por lo expuesto consideramos que este objetivo fue cumplió en su totalidad.

3.3.2 Objetivos específicos

- **“Realizar un análisis jurídico y doctrinario sobre la custodia compartida”**

A través del desarrollo de la investigación se pudo ir alcanzando este objetivo, ya que se ejecutó de forma detalla un análisis jurídico critico basado en la metodología a la legislación internacional, constitucional y civil en relación a la custodia compartida la misma que fue posible alcanzar luego de conocer algunos criterios doctrinarios sobre esta norma jurídica, dado por los profesores Walter Sempertegui, Deysi Aveiga, Ivars Ruiz, y los Diccionarios jurídicos 2001 y de Cabanellas, entre otros.

Realizar un estudio sobre la custodia compartida en otras legislaciones.

Este segundo objetivo fue alcanzado en su totalidad, por cuanto se realizó una exposición analítica y jurídica de legislaciones referente a la custodia compartida en países como Bolivia, Estados Unidos, Brasil y Colombia, las cuales adaptaron la custodia compartida en su norma civil, la cual les ha brindado mayor seguridad jurídica al momento de dictar el fallo por parte de los jueces competentes a favor del bienestar del menor como su mayor prioridad, y de esta manera tutelar de mejor forma el derecho superior del niño.

Establecer si la custodia compartida guarda concordancia jurídica entre la Constitución y la legislación civil ecuatoriana vigente.

Se realizó así mismo, un análisis comparativo a legislaciones de otros países, priorizando el considerar y comparar a la custodia compartida, y así conocer, si esta guarda relación jurídica con nuestras normas constitucionales y civiles, por lo que se pudo constatar luego de analizar jurídicamente la legislación civil vigente y aprobado (COGEP), la custodia compartida no tiene problema en convivir o adaptarse a nuestro ordenamiento jurídico. Como ya pudimos observar no se trata de un problema netamente jurídico, el hecho que no se aplique ésta institución jurídica en nuestro país, sino también provoca un contrariedad social y por ende de cultura

Determinar si es necesario en nuestra legislación, normar a la custodia compartida.

Con la ayuda de la legislación comparada que analizamos y con investigación de campo y el estudio de casos, además de todo lo expuesto en esta tesis de grado se puede indicar que se cumplió con este objetivo y que es necesaria la implementación de la custodia compartida en nuestra legislación, para beneficio, desarrollo en función de principio fundamental del menor, así como el derecho de los progenitores al cuidado del menor lo cual al mismo tiempo se convierte en obligaciones compartidas que deben ser solventadas por ambos, al no ocurrir esto se está dejando en la indefensión a padres e hijos que lo que

buscan que a pesar de esta alejados físicamente no se rompa el vínculo familiar entre ellos.

3.4 Contrastación de la Hipótesis

En el proyecto de investigación de igual forma se realizó el planteamiento de una hipótesis, la cual sería contrastada una vez desarrollado todo el proceso investigativo. La hipótesis sujeta a contrastación fue la siguiente:

La Custodia compartida debe regularse en el Código de la Niñez y Adolescencia, tal como manda y ordena la Constitución de nuestro país en el Art. 69 numeral 5, por lo que se hace necesario instaurar nuevos mecanismos legales, los cuales ayuden y garanticen los derechos del menor en caso de divorcio; y con esta regulación lograr una armonía integral entre las partes involucradas.

Al ser la hipótesis, eje fundamental de esta y cualquier tipo de investigación, se la planteo con la finalidad que nos oriente en el desarrollo la presente tesis.

La hipótesis se ha contrastado en la parte teórica dentro del marco doctrinario y jurídico, así como en los resultados obtenidos en la investigación de campo, establecida en la pregunta número 1 de la encuesta realizada a los profesionales del derecho, por lo tanto fue corroborado que:

El Código de la niñez y adolescencia no respeta o no guarda concordancia, con la Constitución específicamente con el artículo 69 numeral 5, en el cual se ordena la corresponsabilidad paterna y materna, en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, en esas circunstancias surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio, lo que genera menor impacto psicológico en los mismos, de allí la necesidad de regular en el Código Civil la custodia compartida.

Además que en el código civil en sus artículos 108 y 115 o en código de la niñez y adolescencia en sus artículos 118 y 119 no se regula a la custodia compartida a los progenitores sino tan solo a uno de ellos y siempre da prioridad a la madre. Es lo anteriormente expuesto, que se considera cumplida de forma afirmativa la hipótesis planteada, pues con la creación de la figura jurídica de la Custodia Compartida, se conseguirá fortalecer el derecho del menor, ya que esto permite a los padres principalmente a estar en iguales condiciones que las madres en crianza, cuidado y responsabilidad de sus hijos.

CAPITULO IV CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

4.1 Conclusiones

Tenemos que entender que no es el divorcio en si raíz del problema sino las condiciones y los arreglos creados por los padres durante y después del divorcio lo que determina el ajuste del niño, es por ello que:

a) La guarda y custodia compartida, nace tras la separación o divorcio de los padres, en la cual, los progenitores de mutuo acuerdo y luego de un estudio técnico, se alternan el cuidado de sus hijos, ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere en igualdad de condiciones

b) Además, se ha concluido que en el Ecuador rige un sistema de custodia Monoparental que no cumple con su propósito de atender los mejores intereses y el bienestar del menor.

c) Existe una diferencia extrema y evidente por género que victimiza y estereotipa al hombre y porque no decirlo a la mujer que se divorcia.

d) Las madres, aunque favorecidas por el sistema, son también víctimas del mismo, pues acaban asumiendo demasiadas responsabilidades, que en muchos casos por rencores las asumen sin estar preparadas para enfrentarlas y obvio no lo están ya que nunca podrán suplir la figura el afecto cariño del padre y viceversa.

e) El vínculo emocional con el progenitor ausente, genera en los hijos un límite en su vinculación con el progenitor, ya que al no compartir momentos importantes o claves durante su desarrollo, hacen que estos no sientan una afinidad, en comparación con los padres que si comparten su día a día con ellos.

f) Del estudio realizado de la institución de la custodia compartida destacamos los beneficios y sus efectos positivos que produce en las relaciones de padres e hijos, pues estos les ayuda a adaptarse de mejor manera a la nueva realidad familiar.

g) También podemos concluir y para terminar que el desarrollo del mundo ha establecido nuevas necesidad de medios métodos o herramientas jurídicas Por lo que nuestro país no puede quedarse como mero espectador de los nuevos cambios sociales que deben adaptarse también a los judiciales.

4.2 Recomendaciones

a) A los Legisladores:

Que la Asamblea Nacional estudie socialice y conozca acerca de la custodia compartida para luego regular en la ley, como instrumento facilitador y dinamizadora favor de protección de los menores en caso de divorcio de sus progenitores en cumplimiento de lo que determina la norma constitucional en el artículo 69, numeral 5.

Por lo expuesto, es necesaria una reforma que modifique la redacción de los Artículos. 108 y 115 del Código Civil, a fin de conservar el ejercicio compartido de la custodia compartida cuando uno de los padres deje el hogar y por ende se separa físicamente del lugar de residencia de manera definitiva donde se encuentran sus hijos, sin perjuicio de atribución a uno de ellos en los casos en que así lo determine el interés superior del menor: en situaciones de violencia intrafamiliar, desacuerdo irremediables entre los progenitores con el fin de evitar desacuerdos constantes, y cuando exista falta de capacidad, preparación o disposición del progenitor (aptitud) para desempeñar las funciones inherentes a la custodia compartida.

b) Al Concejo de la Judicatura:

Que continúe con su labor y se establezcan nuevas propuestas a la Asamblea de reformas al Código Orgánico de la niñez y adolescencia especialmente en el tema de la custodia legal de los menores, para que se brinde a los operadores de justicia nuevos medios o mecanismos en los cuales ellos puedan apalancar sus decisiones. Y prevalezca el derecho superior del menor

A los Jueces competentes quienes conocen de este tipo de casos muy comunes en nuestra sociedad, que sean justos al momento de emitir sus resoluciones:

Que actúen basados en los principios establecidos en la Constitución priorizando el derecho superior del menor para que este tutelado en legal y debida forma y se tenga certeza de seguridad jurídica al momento de dictar sus fallos, logrando un criterio objetivo que le sirva de instrumento para resolver circunstancias no previstas por la ley.

c) A los Abogados en Libre Ejercicio:

Que al momento de ejercer la defensa de las partes, actúen basados en el principio de la buena fe procesal, pensando siempre en favorecer al bienestar de los menores es decir que lo hagan de una manera ética, basados en los principios establecidos en la Constitución y el reglamento de los abogados, en tal sentido; que de una manera eficiente y ética asesoren y expliquen detalladamente los derechos que gozan, tanto el padre y la madre.

d) A las Partes, es decir, padre y madre:

Que dejen de lado sus diferencias de pareja, que actúen en función y en beneficio de los hijos, para que estos no se vean afectados y deban asistir a psicólogos o trabajadoras sociales y se puedan desarrollar en un ambiente estable.

4.3 Propuestas de Reforma legal

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

QUE, se hace necesario regular en la ley el derecho consagrado en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República que establece la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

Que el marco legal que regula la custodia de los hijos en caso de divorcio de sus progenitores resulta ambiguo en relación al avance de la sociedad, por lo tanto se hace necesario crear un marco legal que permita su aplicación eficaz.

LEY REFORMATORIA DEL CÓDIGO CIVIL

A continuación del artículo 108 agréguese los siguiente innumerados:

Artículo innumerado (1) LA CUSTODIA COMPARTIDA.- Si los padres se ponen de acuerdo al divorciarse. Si no es así, excepcionalmente, el juez, a instancias de una de las partes, con informe favorable del equipo técnico del Juzgado de la Mujer, la Familia, Niñez y la Adolescencia, podrá acordar la guardia y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta manera, se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Artículo Innumerado (2).- Reparto de la Custodia y Cuidado Personal de los Hijos. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el juez de familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales.

Cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que los gastos extraordinarios se fijaran por mitad.

Artículo Innumerado (3).- Igualdad de derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre no custodio y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

Artículo Innumerado (4).- Incumplimiento del Régimen de custodia compartida. El progenitor que incumpla el régimen de custodia compartida perderá la Tuición de sus hijos, según la evaluación que para el caso efectúe el Juez de Familia e incurrirá en el delito de Ejercicio Arbitrario de la Custodia.

OCTAVA.- Las normas contenidas en los siguientes artículos innumerados se aplicarán para los casos de divorcio contencioso, contenido en el artículo 115.

NOVENA.- Normas derogatorias

Derogase todas las disposiciones contempladas en el Código Civil y todas aquellas disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

Como hemos podido evidenciar a lo largo de este trabajo de investigación jurídica, y fundamentados en la actual Constitución de nuestro país especialmente en el art. 69 numeral 5, además de los convenios internacionales, leyes especiales y legislación comparada, podemos decir que es necesario una inclusión dentro de la ley Civil de nuestro país, de la figura jurídica de la "*Custodia Compartida*" por cuanto este vacío jurídico, atenta y/o violenta contra el principio fundamental del derecho superior del niño. Para lo cual proponemos que debería regularse esta institución jurídica de la siguiente manera:

La Custodia Compartida pero a petición de las parte, como institución jurídica en nuestro país.

Debe establecerse el reparto de esta figura, estableciendo la guarda y cuidado de los hijos por parte de los progenitores, en igual de condiciones previo un estudio técnico social, psicológico y económico.

De la misma manera se debe regular derechos y obligaciones para los progenitores como la suspensión o disminución del régimen previsto, por causas graves de cuidado al momento de obtener la custodia compartida. Hasta llegar a la pérdida temporal o definitiva de la misma.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE R. (2001,). *La tenencia de menores en el Ecuador*,. Quito,: Editorial graficas Cardenas.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (2008,). *Constitución de la República del Ecuador, Suplemento registro Oficial 449*,. Quito,: Talleres de la Corporación de estudios y publicidad.
- BAYARRI M. (13 de septiembre de 2014). *Articulos doctrinales:Civil*,. Recuperado el 26 de marzo de 2015, de Articulos doctrinales:Civil,: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/732-el-rgimen-de-guarda-y-custodia-en-espaa-derecho-comn-y-comunidades-autnomas-con-derecho-civil-propio.html>
- BRAÑAS A. (2001,). *Manual de derecho civil*,. Guatemala,: estudiantil Fenix.
- CABALLERO GEA J. (2005,). *Matrimonio. Contrayentes del mismo sexo*,. Madrid,: Dykinson,.
- CABANELLAS G. (2000,). *Diccionario Jurídico Elemental*,. Buenos Aires,.
- CABANELLAS G. (1997). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usu*. Eliasta S.R.C.
- CAMPUZANO H. (2005). La Custodia Compartida,. *Arandazi civil mercantil, no 22/2004/, bib 2005/563* .
- CASTAN VAZQUEZ J. (1974). *Estudios legislativos*,. España: Biblioteca de la Real Académiá,.
- CIVIL, C. (05 de julio de 1989). *Código Civil, Real decreto de 24 julio de 1989*. Recuperado el 18 de abril de 2015, de Código Civil, Real decreto de 24 julio de 198: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>
- CLAVIJO J. (2008). *El interes del menor en la custodia compartida, tesis doctoral, Universidad de Salamanca*. Salamanca.
- CODIGO CIVIL. (10 de mayo de 2005,). *Código Civil Ecuatoriano, codificación 010-registro oficial supleneto 46 de 24/06/ 2005*. Recuperado el 10 de julio de 2015, de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- CODIGO CIVIL FRANCIA. (4 de marzo de 2002). *Código Civil, ley n-2002-305, diario oficial de 4 de marzo 2002*,. Recuperado el 20 de abril de 2015, de

Código Civil, ley n-2002-305, diario oficial de 4 de marzo 2002,; www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf

Código de Familia. (1994,). *La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador*, r. El Salvador.

Código de la Niñez y Adolescencia. (13 de julio de 2009,). *Consultores del Ecuador*. Recuperado el 10 de julio de 2015, de Consultores del Ecuador: http://www.consultorasdeecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=56

CODIGO DEL NIÑO NIÑA Y ADOLESCENTE. (17 de julio de 2014). www.unicef.org. Recuperado el 11 de julio de 2015, de www.unicef.org: http://www.unicef.org/bolivia/bo_legislation_codigotexto.pdf

COGEP. (2015). *Código Organico General de Procesos, registro oficial 506, Quito viernes 22 de mayo 2015*. Quito: Talleres de la Corporacion de Estudios y Publicaciones.

CONSTITUCION. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador, suplemento Registro Oficial 449*. Quito: Talleres de la corporacion de estudios y publicaciones.

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. (20 de noviembre de 1989). *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño*. Recuperado el 11, de abril, de 2015,, de Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf

Convención sobre los derechos del niño. (3, de Julio, de 2005,). *Convención sobre los derechos de los niños y niñas, Bogota, Unicef*,. Recuperado el 11 de abril, de 2015,, de Convención sobre los derechos de los niños y niñas, Bogota, Unicef,; http://www.oas.org/dil/esp/Articulo_18_Convencion_sobre_Derechos_del_Nino_Colombia.pdf

Declaración de los derechos del niño. (1959). *Declaración de los derechos del niño, A.G. res.. 1386 (XIV), 14 U*. Recuperado el 11 de abril, de 2015,, de Declaración de los derechos del niño, A.G. res.. 1386 (XIV), 14 U.: <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. (10 de diciembre de 1948). *Declaracion universal de los derechos humanos*. Recuperado el 10 de julio de 2015, de Declaracion universal de los derechos humanos:

http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

DEFINICIONES. (25, de noviembre, de 2008,). *Definiciones*,. Recuperado el 28, de marzo, de 2015,, de Definiciones,: <http://definicion.de/custodia/>

DICCIONARIO DEFINICION ABC. (s.f.). *DICCIONARIO DEFINICION ABC*,. Recuperado el 25 de marzo de 2015, de DICCIONARIO DEFINICION ABC,: <http://www.definicionabc.com/general/diccionario.php>

DICCIONARIO JURÍDICO. (2001). *Universidad Nacional autónoma de Mexico, diccionario jurídico mexicano*,. Mexico: Porrúa.

DÍEZ L. (2005). *El Principio de Protección Integral de los Hijos*,. Navarra,: Aranzadi.

DISSOLUTION OF MARRIAGE, D. A. (12 de diciembre, de 2007,). *Missouri Revised Statutes, Chapter*. Recuperado el 26, de marzo, de 2015,, de Missouri Revised Statutes, Chapter: <http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>

ECHVERRIA K. (20, de Noviembre, de 2011,). *Tesioline, tesis magistral ded octorado, Karen Lissette Echeverria Guevara*,. Recuperado el 25 de Marzo, de 2015,, de Tesioline, tesis magistral ded octorado, Karen Lissette Echeverria Guevara,: <http://www.tesionline.com/intl/preview.jsp?pag=1&idt=41756>

FERRAJOLI Luigi. (2006). *Sobre los derecho fundamentales y sus garantias, Mexico, Comision nacional de derecho humanos*. Mexico, Mexico, Mexico.

GODOY A. (11 de febrero de 2003). *www.raco.cat*. Recuperado el 11 de julio de 2015, de www.raco.cat:

http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDUQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.sospapa.es%2Fver_documento.php%3Fid%3D78&ei=XkybVcWrOMSbwQS7-7yYAAQ&usg=AFQjCNE-9b7tMMWABtJ5smJl5P5Q5TWm0g&cad=rja

IBÁÑEZ V. (2005). *EL LABERINTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA* ,. Madrid,.

IVARS RUIZ J. (2008). *Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada*. Valencia: Tirant lo Blanch.

JUSTICIA M.D. (2000). *Disposiciones de custodia y adaptación de los hijos al divorcio*. Madrid: Piramide.

LATHROP F. (s/a). *Custodia Compartida y Corresponsabilidad*.

LATHROP GÓMEZ F. (2008). *Custodia Compartida y Corresponsabilidad*,. Madrid;

LEGENDRE M. (2006,). *Unicef Comité Español*,. Madrid,; Nuevo siglo.

LEY 1/2000. (2000). *LEY 1/2000, de 07 de enero, de Enjuiciamiento Civil*,. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal.

Ley N.- 13058. (22 de 12 de 2014). *Ley N.- 13058, promulgada el 22 de diciembre del 2014*. Recuperado el 21 de abril de 2015, de NORMAS SOBRE GUARDA Y TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. Análisis comparativo de legislación uruguaya y brasileña.: <http://profdrCarlosalvarezcozzi-cac.blogspot.com/2015/03/normas-sobre-guarda-y-tenencia-de-ninos.html>

LEY N-05/2008. (22 de abril de 2008). *afecto.org.co.texto definitivo aprobado en sesion plenaria del senado de la Republica de Colombia*. Recuperado el 21 de abril de 2015, de [afecto.org.co.texto definitivo aprobado en sesion plenaria del senado de la Republica de Colombia](http://afecto.org.co/texto-definitivo-aprobado-en-sesion-plenaria-del-senado-de-la-republica-de-colombia): afecto.org.co/apc.../TEXTOAPROBADOCUSTODIACOMPARTIDA.doc

MANZANEROS R. (2007). *Guardia y Custodia de hijos menores, las crisis matrimoniales y de pareja*. Madrid: La ley.

Mendoza Durán J. (1955,). *El Divorcio*,. Mexico,; Tipografia Ortega.

MONTANDA CODE ANNOTATED 1995. (12 de diciembre de 2007). *MONTANDA CODE ANNOTATED 1995*,. Recuperado el 26, de marzo, de 2015,, de MONTANDA CODE ANNOTATED 1995,; http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mca_toc/40.htm

OMEBA, E. J. (1964). *ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA*. Buenos aires: OMEBA.

ORTUÑO MUÑOZ P. (2005). *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Madrid,; op. cit.

PEREZ A. (2002). *Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores*. Madrid,; Dykinson, Madrid.

PINTO c. (s/a). *La Custodia Compartida*,.

PINTO C y LATHRO F. (s/a.). *La Custodia Compartida, Custodia Compartida y Corresponsabilidad*,.

PROYECTO COGP. (2014). *Proyecto de código orgánico general de proceso*, Quito 24 de julio 2014. Quito.

RAYÓN C. (10, de enero, de 2008,). *Rayón Sánchez Cesar, tesis magistral de pregrado, la guarda y custodia de menores en el estado de Hidalgo*,. Recuperado el 25, de marzo, de 2015,, de Rayón Sánchez Cesar, tesis magistral de pregrado, la guarda y custodia de menores en el estado de Hidalgo,:

<http://repository.uaeh.edu.mx/bitstream/handle/123456789/974/browse?value=Rayón+Sánchez%2C+César&type=autho>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1997). *Diccionario de la Lengua Española Edición XXI*,. España: Espasa S.A.,.

REGLAS BEIJIN. (28 de noviembre de 1985). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de*. Recuperado el 8 de julio de 2015, de Cansilleria de Bienestar Social: <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.bsosocial.gva.es%2Fdocuments%2F610740%2F703749%2FReglas%2Bde%2BBeijing%2F24aa9299-7326-4e9c-8fb5-e4d3709d42a5&ei=L8ydVcj0GYGcgwSNuor4CQ&usg=AFQjCNFHblj2sdIm>

RIVERO F. (2008). *Matrimonio y Divorcio*. GRANADA: Op. Cit.,.

ROMERO Fermin. (2009). Coparentalidad y género. *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social* , 14.

S.O.S PAPA. (21 de noviembre, de 2011). *Asociación Pro derechos del niño, custodia compartida*,. Recuperado el 19 de abril, de 2015,, de Asociación Pro derechos del niño, custodia compartida,:

<http://www.sospapa.es/custodiacompartidaenpaisescivilizados.php>

SAINT-EXUPERY, A. D. (4 de septiembre de 2008). http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf. Recuperado el 10 de julio de 2015, de http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf:

<https://www.google.com/search?q=PRINCIPIO+SUPERIOR+DE+LOS+DEREC>

HOS+DEL+NI%C3%91O&ie=utf-8&oe=utf-

8#q=PRINCIPIO+SUPERIOR+DEL+NI%C3%91O+

SEMPERTEGUI WALTER y AVEIGA DEYSI. (1995,). *Norma y Procedimiento, Aplicación del Código de Menores en el Ecuador primera edición*,. Guayaquil,: Estatal.

UNIVERSITY OF MINNESOTA, H. R. (1386). *Declaración de los derechos del niño*,. Minnessota: 14 U.N. GAOR Supp.

VASQUEZ C. (2005). *Matrimonio y Divorcio, primera edición*. Madrid: Dijusa.

VILLAZON D. (1999,). *CODIGO DE FAMILIA BOLIBIANO*,. Bolivia,: Tupac Katar.

Zannoni E. (1978,). *Derecho de Familia. Tomo II*,. Buenos Aires,: Editorial, Astrea.

ANEXO

1. Encuesta



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

Señor Abogado, solicito su valiosa opinión sobre la problemática de la investigación titulada “**LA INCLUSION, EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA**” Información que requiero para fines de investigación académica de postgrado en Jurisprudencia.

Pregunta N.-1

¿Considera usted que, en la legislación civil ecuatoriana, se respeta lo que ordena la Constitución en su art. 69 numeral 5 esto es la corresponsabilidad paternal y maternal?

Pregunta N.-2

¿Considera usted que, la figura legal de la tenencia o custodia Monoparental establecida en la legislación civil ecuatoriana, es la más adecuada para el desarrollo integral y bienestar de los menores de edad de nuestro país?

Pregunta N.-3

Considera Ud. que tanto el padre como la madre en nuestro país, están en igual de condiciones para cuidar a los hijos, luego de la disolución matrimonial?

Pregunta N.-4

¿Considera que es necesario incluir en la ley civil de nuestro país una institución jurídica, en la cual los progenitores, estén en igual de condiciones para guardar y custodiar a sus hijos luego del divorcio o separación?

Pregunta N.-5

Apoyaría usted una propuesta de reforma a los artículos 108 y 115 del Código Civil, a fin de introducir la custodia compartida de los hijos en los casos de divorcio

2. Proyecto



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
MODALIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA**

ESCUELA: DE CIENCIA JURÍDICAS

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: IMPLEMENTACIÓN DE LOS
PRINCIPIOS DE CONCENTRACIÓN**

**PROYECTO DE TESIS: “LA INCLUSION, EN LA
LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA SOBRE LA
CUSTODIA COMPARTIDA”**

AUTORA: PAOLA CAROLINA GONZÁLEZ CELY

CENTRO UNIVERSITARIO DE CUENCA

2015



1. Planteamiento del Problema

A través de la historia, la preocupación por la crisis de la familia, célula básica de la sociedad, provenía únicamente de la Iglesia, pero en la actualidad se ha extendido a diferentes áreas profesionales tales como, concejeros matrimoniales, psicólogos, abogados e incluso se ha vuelto un tema tratado por los Estados o Países, llegando a ocupar en la actualidad un motivo importante de investigación.

Durante el matrimonio la custodia es compartida por los progenitores. Pero al momento de su separación se produce el problema sobre la tenencia de los hijos. Cabe entender que la custodia es la guarda, cuidado y protección directa que los padres dan a los menores, en cambio la patria potestad es tan solo el derecho intangible que se le otorga al padre que no convive con el menor, en tal sentido la guarda, tenencia o custodia es física en cambio la patria potestad en un conjunto de derechos y obligaciones que se le otorgan y garantizan a los padres del menor que no tiene la custodia de los mismos.

En nuestro país En los últimos 10 años el número de divorcios se han incrementado en un 95,3%, según los últimos datos de Registros Administrativos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC año 2013).

Por la problemática expuesta se hace inevitable normar dentro de la legislación civil ecuatoriana, herramientas, medios o mecanismos que aseguren el cumplimiento de este principio de Garantismo Constitucional, como es la Institución Jurídica de la - *Corresponsabilidad*- de los progenitores en favor de sus hijos menores de edad,

La norma Constitucional, vigente de nuestro país contenido en el artículo 69, numeral 5 ordena: *"El Estado (...). Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos"*¹. Hay que entender que la corresponsabilidad paterna y materna es sinónimo de custodia compartida que su definición más exacta es que el menor o los menores, deberán permanecer en un tiempo determinado, tanto en casa del padre, como de la madre, para así crear la paternidad, alimentar al o los menores, educarlos, ayudarlos con las tareas, preocuparse cuando estén en exámenes o enfermos y no solo ser visitantes de fin de semana y proveedores económicos, por ende en un Estado ya sea este Social de Derecho o Constitucional de Derechos, a través de sus

¹Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones 2008

normas y principios garantizaran, el derecho integral de los menores, al otorgar toda la seguridad jurídica y tutela efectiva a los padres, madres o jefes de familia, con la intención de proteger el desarrollo de los menores que se encuentran bajo su cuidado. La norma vigente establecida dentro del Código Civil especialmente en sus artículos 108 numeral 1 y 115 no regulan dicha corresponsabilidad en caso de divorcio sino todo lo contrario ya que se da la responsabilidad de custodia a la madre y esto contraviene, con lo que establece la Constitución de Montecristi, puesto que solo se reconoce la custodia a uno de los progenitores, conocida también como Monoparental, a quien la ley, ha otorgado este derecho, y esto hace necesario regular y establecer en el Código Civil y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia el vacío jurídico existente en nuestro país.

El presente trabajo investigativo lo he intitulado: **“LA INCLUSION, EN LA LEGISLACION CIVIL ECUATORIANA SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA”**, Considero que el tema que estoy planteando es una problemática de actualidad que nos llevaría a un nivel superior como sociedad, ya que el fin principal del derecho es el de ayudar en el conflicto pos conyugal el cual resulta en algunos casos satisfactorio para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre; aunque en otros casos fracasa, generando problemas de rivalidad entre los progenitores que conlleva a la falta del pago de los alimentos, ocasionando demandas, los cuales incluso finalizan con la prisión del padre visitante, por ende su alejamiento, y el afectado principal es el menor ya que al padre que se le otorgo la custodia que por lo general es la madre termina criando sola a sus hijos, provocando el dolor en los menores por no contar con uno de ellos. Es por esta razón que surge la opción de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. En relación con los modelos legales de custodia, en el derecho comparado se detecta una evolución en favor de la instauración de la custodia compartida, la cual nace en la legislación anglosajona (jointcustody), y ya adoptada en España, Inglaterra, Alemania e Italia, esta norma jurídica no se ha establecido en países latinoamericano por su idiosincrasia, pero por los cambios que ha sufrido nuestra sociedad y por la globalización existente, hace imperante la modernización en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Objetivos.

2.1 Objetivo General.

Efectuar un análisis jurídico doctrinario y social del ordenamiento constitucional y civil vigente de nuestro país, referente a la custodia compartida de menores.

2.2 Objetivos Específicos.

- Realizar un análisis jurídico y doctrinario sobre la custodia compartida.
- Realizar un estudio sobre la custodia compartida en otras legislaciones.
- Establecer si la custodia compartida guarda concordancia jurídica entre la Constitución y la legislación civil ecuatoriana vigente.
- Determinar si es necesario en nuestra legislación, normar a la custodia compartida.

3. Marco teórico.

Considero importante iniciar este trabajo de investigación estableciendo una conceptualización doctrinaria de la custodia compartida, nos dice“(..) *la situación legal que establece que en caso de separación matrimonial de hecho o de divorcio, ambos progenitores, padre y madre, tienen la custodia legal de sus hijos menores de edad con las mismas condiciones y derechos*² de lo cual se desprende que la custodia es una norma legal establecida en un ordenamiento jurídico en algunos países como Bolivia España y EEUU, la cual iremos analizando jurídicamente a lo largo de este trabajo de investigación jurídica, el cual a groso modo, otorga a los progenitores la responsabilidad por igual, en la cual los dos (padre y madre) podrán tomar las decisiones para el desarrollo del menor, aquí deseo hacer una reflexión antes de continuar, ya que se puede confundir entre “la custodia” y “ patria potestad” esta última puede crear confusiones por lo que desarrollare la diferencias a lo largo de mi tesis tanto doctrinarias como jurídicas.

Regresando al tema que nos ocupa para el Profesor Ivars Ruiz, nos da la siguiente definición: “*La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos*”³. Dada la definición del tratadista citado puedo concluir diciendo que la custodia compartida es el derecho que otorga el estado a los padres (papa y mama) para que puedan cuidar y ocuparse del desarrollo **integral** del menor o menores.

²<http://www.definicionabc.com/derecho/custodia-compartida.php#ixzz3KNWJNzgg>. **Recuperado el 28 de enero del 2015.**

³IVARS RUIZ, J, Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2008, pág. 62. **Recuperado el 2 de febrero del 2015.**

Una vez que contamos con definiciones conceptuales de la custodia compartida, de una manera general y a breves rasgos, la cual iré desarrollando de una manera más amplia durante el avance de dicho trabajo. Al tratarse de una tesis de postgrado en Derecho, es fundamental realizar un análisis jurídico en general de las garantías y de los principios constitucionales adoptados en nuestra Constitución y legislación referente a este caso; y en concordancia con leyes extranjeras que guardan relación y nuestro país esta adherido; y con dicho estudio realizar una exposición de carácter jurídico de las normas reguladoras de la custodia compartida, la cual analizaré a fin de entenderla en toda su amplitud jurídica.

Para luego de realizada esta investigación poder determinar si es factible adoptar y adaptar a nuestra legislación, la custodia compartida.

A lo largo de los últimos años se ha ido superando las barreras por parte de las mujeres ya que se ha luchado para que exista igualdad de género, lo cual ha beneficiado y abierto un campo muy importante al desarrollo de las mismas, pero, así como se ha superado el *-tabú-* de que el hombre es el que proporcionaba el sustento familiar y que la mujer debería ocuparse de las tareas domésticas e hijos, ya es hora de superar otro estereotipo que existe en las sociedades, referente a quien es apto para cuidar a los menores. Al saber que, es la madre la que ha de mantener la guarda y custodia del hijo, conforme lo establece nuestra legislación civil ecuatoriana, solo por ser mujer y al padre tener un régimen de visitas que no va más allá de ver al hijo fines de semana alternos y medias vacaciones según se establece en el Código Civil en sus Art. 108 y 115 los cuales serán analizados de una forma jurídica crítica y de forma extensa. Para poder determinar si las normas pertinentes, están a la vanguardia de lo que establecen las nuevas necesidades de la sociedad cada vez diferentes y por ello el legislador deben proponer leyes que ayuden a resolver estos conflictos.

Para los psicólogos, la separación y el divorcio son alternativas por las cuales puede pasar la pareja en un momento dado de su vida. *"Lamentablemente, existen circunstancias que, en ocasiones, escapan al control emocional y racional de los cónyuges y la separación y/o el divorcio, se convierten en herramientas que pueden evitar un mal mayor"*⁴. Es por ello que en nuestra Constitución, según los eruditos o concedores de la misma nos dicen que es una constitución pensada principalmente para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos y en especial de los

⁴http://padresdivorciados.blogspot.com/2007_05_13_archive.html. RECUPERADO EL 2 DE FEBRERO DEL 2015

grupos vulnerables, como son los menores de edad, pero me referiré específicamente al artículo 69, numeral 5 que dice *"El Estado protegerá a los progenitores y a los jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos"* considero que la palabra clave de este artículo es la corresponsabilidad que el Estado manda y otorga a los dos progenitores ya que se definiría como la responsabilidad INTEGRAL que tienen al mismo tiempo, en iguales condiciones, derechos y obligaciones de velar por el bienestar del menor al momento de que ellos decidieron separarse, al ser la Constitución una ley suprema, que está sobre las demás normas vigentes no debe estar en contrariedad con leyes especiales como considero que está el Código Civil vigente en su artículo 108 numeral 1a que dice en su parte pertinente *"(...) - A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad; (...)".*⁵ Con lo que es evidente que no importa la situación psicológica, económica o social de la madre, la ley civil otorga este derecho a la madre, menoscabando, violentando o lo que, es peor quitando responsabilidad al padre del menor. Pero lo que llama la atención, es que en el mismo cuerpo legal en su artículo 115 dice *" (...) En la audiencia de conciliación en los juicios de divorcio, el juez, aparte de buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con las posibilidades de los padres."*⁶ **Se acordará también el cónyuge que ha de tomar a su cargo el cuidado de los hijos** (...) " en primer lugar el artículo nombrado está en desarmonía en cuanto a lo establecido el número 1a del art 108, ya que automáticamente se le otorga este derecho u obligación a la madre y luego en el art 115 dice que se pueden poner de acuerdo dejando a la subjetividad lo que se debe hacer y lo peor de todo dejando sin valor lo establecido en la Constitución.

La situación normativa en nuestro país merece una consideración particular: pues coexisten dos cuerpos legales que regulan esta situación: El Código Civil y el Código de Niñez y Adolescencia, convirtiéndose en una dicotomía jurídica. Considero fundamental indicar lo que establece el Código de la Niñez en su Art. Innumerado 2.- que dice *"Del derecho de alimentos.- El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la*

⁵ Código civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, art. 108

⁶ Código civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012, art. 115

*satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios...*⁷ lo que podemos percibir de este artículo es que solo se ocupó o se preocupó por la parte económica del menor, también necesaria, pero no fundamental, ya que, a través del tiempo se ha podido notar que el dinero no es lo más importante al momento de criar hijos, sino es prioritario el cuidado directo y afectivo que los padres puedan dar a los menores.

Por lo expuesto a brevísimos rasgos, es fundamental en mérito de los avances del mundo globalizado, establecer en la ley, nuevos mecanismos legales en relación a la custodia de los hijos, para que causen menor impacto psicológico en los mismos en caso de divorcio de sus padres, para que los menores puedan desarrollarse de una manera positiva y sean sujetos de ayuda a la sociedad ecuatoriana.

4. Hipótesis.

La Custodia compartida debe regularse en el Código de la Niñez y Adolescencia, tal como manda y ordena la Constitución de nuestro país en el Art. 69 numeral 5, por lo que se hace necesario instaurar nuevos mecanismos legales, los cuales ayuden y garanticen los derechos del menor en caso de divorcio; y con esta regulación lograr una armonía integral entre las partes involucradas.

5. Plan de Contenidos

Capítulo I

La custodia compartida

- 1.1 Concepto de la custodia compartida
- 1.2 Naturaleza jurídica
- 1.3 Clases de custodia
 - 1.3.1 Custodia legal
 - 1.3.2 Custodia no parental
 - 1.3.3 Custodia compartida
- 1.4 Corresponsabilidad de los progenitores
- 1.5 Concepto de matrimonio
- 1.6 Concepto de divorcio

Capítulo II

Legislación en relación a la problemática

- 2.1 Convenios Internacionales
 - 2.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos
 - 2.1.2 Declaración de los derechos Humanos de los niños
 - 2.1.3 La Convención De las Naciones Unidas Sobre los derechos del niño
- 2.2 Constitución de la República del Ecuador
- 2.3 Código Civil

⁷Ley reformativa al título V, libro II del código orgánico de la niñez y adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.artículo innumerado 2

- 2.4 Código de Procedimiento Civil
- 2.5 Código de la niñez y adolescencia
- 2.6 Leyes complementarias
- 2.7 Legislación comparada
 - 2.7.1 Bolivia
 - 2.7.2 Estados Unidos
 - 2.7.3 España
 - 2.7.4 El Salvador

Capítulo III

Interés del menor desde la normativa de la custodia compartida

- 3.1 Interés moral y material
- 3.2 Concepto jurídico determinado
- 3.3 Determinación del interés del menor por parte de los progenitores
- 3.4 Determinación judicial sobre el interés del menor

Capítulo IV

Conclusiones, recomendaciones y propuesta

- 4.1 Conclusiones
- 4.2 Recomendaciones
- 4.3 Propuesta

6. Metodología.

El presente trabajo de investigación jurídica, se lo irá desarrollando basándose en métodos y técnicas (estrategias) de una manera científica, que nos ayudara a entender y obtener un resultado valido y coherente, para alcanzar los objetivos planteados en la presente investigación.

Para ello considero necesario recurrir a la:

La investigación descriptiva *“es un método válido para la investigación de temas o sujetos específicos y como un antecedente a los estudios más cuantitativos. Aunque hay algunas preocupaciones razonables en relación a la validez estadística, siempre y cuando las limitaciones sean comprendidas por el investigador, este tipo de estudio representa una herramienta científica”*⁸ esta investigación me ayudara a identificar la situación y conocimiento que tiene la población especial mente la relacionada al tema es decir, abogados, operadores de justicia y ciudadanos en general, referente a las reformas civiles y si es necesario su inclusión en la legislación civil.

La investigación bibliográfica dice Hernández Sampieri, Fernández y Baptista *“son necesidades de información específicas que requieren la consulta de dos o más obras de referencia (obras que remiten a otras obras) para obtener la respuesta (...) tiene*

⁸<https://explorable.com/es/disenio-de-investigacion-descriptiva> (recuperado 12-12-2014).**RECUPERADO EL 2 DE FEBRERO DEL 20015**

como fin la elaboración de listas de obras bajo un epígrafe determinado que puede responder a aspectos generales, especializados, cronológicos, geográficos o de cualquier otro tipo⁹ Considero a la investigación bibliográfica el pilar más importante para el desarrollo de la presente tesis de grado, al tratarse de un tema jurídico es necesario la recopilación de información bibliográfica, tanto doctrinaria como jurisprudencial, ya que con ellas podre fundamentar la presente investigación, conociendo diferentes conceptos y aspectos referente al tema, indagando obras, tesis, doctrinas que nos ayudaran a entender sobre la Custodia Compartida en especial en otras legislaciones donde esta normada.

Durante esta investigación utilizaré los siguientes métodos: El Método Deductivo, Inductivo, Analítico y Científico.

Método Deductivo. Buendía, Colás, y Hernández argumentan que *“el método deductivo es aquel que parte de datos generales aceptados como válidos, para llegar a una conclusión de tipo particular”*¹⁰. Luego de cada cita que se realice en el presente trabajo realizare un análisis jurídico crítico del asunto a tratar. Para argumentar mi punto de vista referente a la investigación de campo, manteniendo la objetividad y el sentido común.

El método inductivo, Carlos Muñoz Razo lo define como *“el razonamiento que analiza una porción de un todo; parte de lo particular a lo general. Va de lo individual a lo universal. Modo de razonar que consiste en sacar de los hechos particulares una conclusión general”*¹¹. este método me ayudara a hilar fino referente a la investigación ya que me ayudara a entender la naturaleza de la Custodia Compartida y su inclusión en la legislación ecuatoriana

El método analítico, Los mismos autores opinan que el análisis es ir de lo concreto a lo abstracto referente a un tema a tratarse el cual se irá conociendo en su interior y con ello poder tener una certeza de lo analizado. Según el Muñoz Razo, este método no es más que *“la descomposición, fragmentación de un cuerpo en sus principios*

⁹ Hernández Sampieri, Fernández y Baptista. Metodología de la investigación (1998). RECUPERADO EL 2 DE FEBRERO DEL 2015

¹⁰ http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8927/GTESIS_CAPITULO_5.pdf;jsessionid=B67A299F1332E4A9AE69ACFCAB392BC6.tdx1?sequence=7 recuperado (12-12-2014). RECUPERADO EL 2 D FEBRERO DEL 2015

¹¹ Muñoz Razo, Carlos. (1998). Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis. México. Primera edición. RECUPERADO EL 2 D FEBRERO DEL 2015

*constitutivos. Método que va de lo compuesto a lo simple. Separación de un todo en sus partes constitutivas con el propósito de estudiar estas relaciones que las unen*¹².

El método científico, *“es un proceso destinado a explicar fenómenos, establecer relaciones entre los hechos y enunciar leyes que expliquen los fenómenos físicos del mundo y permitan obtener, con estos conocimientos, aplicaciones útiles al hombre”*¹³.

Por científico se entiende que se conoce del tema tratado, para ello se recurrirá a maestros, eruditos y conocedores del tema que por los diferentes estudios que se ha realizado, y así evitar con este método caer en subjetividades, al momento de analizar y desarrollar la investigación.

7. Resultados Esperados

- Que el estudio jurídico doctrinario y de legislación comparada que efectúe sobre la figura legal de la custodia compartida aporte significativamente no sólo en el ámbito académico, sino también en el ámbito jurídico, para generar un debate amplio respecto a la pertinencia de incluir la custodia compartida en la legislación civil Ecuatoriana vigente y en especial en el Código Orgánico de la Familia, Niñez y Adolescencia.

8. Bibliografía.

AGUILAR CUENCA, José Manuel, Con mamá y con papá, Editorial Almuzara, Granada, 2006.

ANBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca Ecuador 2001.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires Argentina 2000.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, Guardia y Custodia de Hijos Menores: Las Crisis Matrimoniales y de Parejas, Editorial La Ley, Madrid España, 2007.

CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y LOS PADRES, Sueco.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CODIFICACIÓN 11 REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 58 DE 12 DE JULIO-2005 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE MEXICO.

¹²Ibidem

¹³http://newton.cnice.mec.es/materiales_didacticos/mcientifico/ (recuperado (12-12-2014).
RECUPERADO EL 2 D FEBRERO DEL 2015

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito –Ecuador, 2012.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 1990.

CORTÉS, María Rosario, DOLORES JUSTICIA, María y CANTÓN DÍAZ, José, Conflictos entre los padres, divorcio y desarrollo de los hijos, Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Granada, Granada, 2007.

DE TORRES PEREA, José Manuel, Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar, Editorial lustel, Madrid España, 2009.

ESCRICHE Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición aumentada, Editorial de Eduardo Cuesta, Madrid España, 2001.

ESPINOSA CALABUIG, R., Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, Editorial Marcial Pons, 2007.

IVARS RUIZ, J, Guarda y Custodia Compartida. Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Nueva Edición Actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia- España, 2008.

JUSTICIA, M.D., y CANTÓN, J., Disposiciones de custodia y adaptación de los hijos al divorcio, Editorial pirámide, Madrid-España, 2000.

KELLY, Joan PhD, Examen de la resistencia a la custodia compartida, monografía incluida en el libro JointCustodyand SharedParenting, quinta edición, Guilford Pres, 2004.

LATHROP GOMEZ, Fabiola, Custodia compartida de los hijos, Editorial La Ley, Madrid-España, 2008.

LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA, El Salvador.

LEY DE PATERNIDAD RESPONSABLE, Costa Rica.

LEY NO. 249, Colombia.

LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.

PÉREZ GALVÁN, María, —Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida||, Revista Jurídica La Ley (Diario La Ley), núm. 7206, 2009.

PÉREZ MARTÍN, Javier, —El Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores||, en Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial, Asociación Española de Abogados de Familia, editorial Dykinson, Madrid-España, 2002.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, La custodia compartida, Editorial Bosch, Barcelona-España, 2009.

RÍOS GONZÁLEZ, Mercedes, —Cambio de guarda y custodia. El SALBERG, Beatriz. —Los niños no se divorcian||, Beasedic. 4º ed., Buenos Aires-Argentina, 2003

SILLERO CROVETTO, Blanca, —Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida||, Artículo 14, Una perspectiva de género. núm. 35, diciembre de 2010.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 2001.

VALVERDE, Vicente J., El laberinto de la custodia compartida, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2006.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez, El concepto de matrimonio en el Código Civil, Editorial Civitas, Madrid-España, 2008

Linkografía

- <http://www.definicionabc.com/derecho/custodia-compartida.php#ixzz3KNWJNzgg>.
- http://padresdivorciados.blogspot.com/2007_05_13_archive.html.
- <https://explorable.com/es/disenio-de-investigacion-descriptiva>
- http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8927/GTESIS_CAPITULO_5.pdf;jsessionid=B67A299F1332E4A9AE69ACFCAB392BC6.tdx1?sequence=7.
- http://newton.cnice.mec.es/materiales_didacticos/mcientifico/