



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**La preferencia de la madre en la custodia los hijos, vulnera el Principio de
Corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador**

AUTOR:

Heredia Cepeda José Luis

**Trabajo de Titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

TUTORA:

Ab, Segura Ronquillo Erika Alexandra, Mgs.

Guayaquil, Ecuador

Agosto del 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **HEREDIA CEPEDA JOSÉ LUIS**, como requerimiento para la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**.

TUTOR (A)

f. _____

Ab, Segura Ronquillo Erika Alexandra, Mgs.

DIRECTOR (A) DE LA CARRERA

f. _____

Ab, Lynch Fernández María Isabel, Mgs.

Guayaquil, a los 25 días del mes de agosto del año 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, HEREDIA CEPEDA JOSÉ LUÍS

DECLARO QUE:

El trabajo de Titulación, **La preferencia de la madre en la custodia los hijos, vulnera el Principio de Corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de La República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 25 días del mes de agosto del año 2017

EL AUTOR

f. _____

Heredia Cepeda José Luis



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, HEREDIA CEPEDA JOSÉ LUÍS

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La preferencia de la madre en la custodia los hijos, vulnera el Principio de Corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 25 días del mes de agosto del año 2017

EL AUTOR

f. _____

Heredia Cepeda José Luis



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Ab. José Miguel García Baquerizo, Mgs.
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Roxana Gómez Villavicencio, Mgs.
OPONENTE

DEDICATORIA

Este trabajo de titulación le dedico a Dios, quien supo guiarme y darme fuerzas para lograr con este sueño tan anhelado, a mi esposa Inés Lucía, por el deseo de superación y amor que me brinda día a día, que ha sabido guiar mi vida por el sendero de la verdad, a fin de poder ser una familia unida, a mi hermoso hijo Mateito que con su amor incondicional me da la fortaleza de seguir adelante, a mis padres quienes con sus palabras no me dejaban decaer y siempre sea perseverante y cumpla con mis ideales, a mi tutora Abg. Erika Segura, suegra, cuñada y a todas las personas que durante este tiempo estuvieron a mi lado apoyándome, y lograron que este sueño se haga realidad.

CERTIFICADO URKUND

Documento URKUND HEREDIA LUIS.docx (D30508681)

Presentado 2017-09-12 11:19 (-05:00)

Presentado por erikasegura82@hotmail.com

Recibido taryn.almeida.ucsg@analisis.urkund.com

Mensaje ANALISIS [Mostrar el mensaje completo](#)

3% de estas 25 páginas, se componen de texto presente en 7 fuentes.

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	TESIS AB. BRITO HERRERA.docx
	TesisSantiagoCordovaT.docx
	http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4143/1/IT-UCE-0013-Ab-2T5.pdf
	http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/12/26/Alcances-de-la-corr...
	TESIS MORES.2.docx

RESUMEN

Al presentarse la ruptura de relación de pareja con ello sobreviene crisis que de alguna manera afectan la armonía familiar, una de ellas es la de decidir coherentemente cuál de los progenitores se va a encargar del cuidado de los hijos, es decir quién asumirá la custodia, tratándose del Ecuador, por lo general preferentemente es otorgada en favor de la madre, tal como lo establece la normativa legal vigente. En este sentido, es necesario tener especial cuidado, pues en la mayoría de los casos son los menores quienes resultan mayormente afectados a consecuencia de la separación o divorcio de sus padres, ellos se convierten en víctimas silenciosas y son quienes tendrán que adaptarse a nuevos círculos familiares, inclusive totalmente inciertos. Lo más conveniente para todos es que ambos progenitores a través de consenso acuerden respecto a la custodia, pero siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, bien podría ser compartida o alternada, sin embargo, esto no se logra, pues se superponen otros intereses que son propios de los adultos y ninguno quiere ceder y entonces será el juez quien tendrá que tomar la decisión. Considerando lo expresado anteriormente, se hace necesario que en el Ecuador se introduzca jurídicamente la figura de custodia compartida, con el ánimo de lograr la participación continua de ambos progenitores en la formación y crianza de los niños y niñas menores de cinco años.

Palabras clave: Niñez y adolescencia, custodia de los hijos, principio de corresponsabilidad, coparentalidad, custodia compartida.

ABSTRACT

TUTOR (A)

f. _____

Ab, Segura Ronquillo Erika Alexandra, Mgs.

AUTOR

f. _____

Heredia Cepeda José Luis

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	1
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES	2
1.1. Formulación del problema.....	2
1.2. Justificación	2
1.3. Situación actual del problema	2
1.4. Objetivos de la investigación	4
1.4.1. Objetivo general.	4
1.4.2. Objetivos específicos.	5
1.5. Preguntas de la investigación.....	5
1.6. Delimitación de la investigación	5
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
2.1. Niveles de la investigación	7
2.2. Métodos	7
2.3. Técnicas e instrumentos de la investigación	8
2.4. Validez y confiabilidad de los instrumentos	10
2.5. Definición de variables	10
2.5.1. Variable independiente.....	10
2.5.2. Variable dependiente.....	10
2.6. Limitación de la investigación	10
CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO	11
3.1. La custodia de los hijos.....	11
3.2. El principio de corresponsabilidad parental	12
3.3. El interés superior del niño y de la niña	15
3.3.1. Doctrina de los años tiernos.	17
3.3.2. Doctrina custodia compartida.....	17
3.3.3. Doctrina presunción del (la) dador (a).....	18
3.3.4. Otro tipo de doctrinas.....	18
3.4. La preferencia de la madre en la custodia de los hijos.....	19
3.4.1. La justicia terapéutica en el derecho de familia.	20
3.5. Organizaciones sociales del Distrito Metropolitano de Quito en favor de la corresponsabilidad parental.	22

3.5.1. Primero somos padres – Coparentalidad Ecuador.....	23
3.6. Derecho comparado.....	23
3.6.1. La custodia o guarda compartida en España.....	25
3.6.2. Custodia compartida en Italia.....	28
3.6.3. La Custodia compartida en la legislación del Brasil.....	29
CAPÍTULO IV: DESARROLLO DE LA PROPUESTA	31
4.1. Justificación	31
4.2. Antecedentes	31
4.3. Objetivos.....	31
4.3.1. General.....	31
4.3.2. Específicos	32
4.4. Mapa de Quito	32
4.5. Beneficiarios	32
4.5.1. Beneficiarios directos.....	32
4.5.2. Beneficiarios indirectos.....	33
4.6. Análisis de Resultados	33
4.7. Desarrollo de la propuesta.....	34
4.8. Fases de presentación del proyecto de ley	35
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	38
5.1. Conclusiones	38
5.2. Recomendaciones.....	38
BIBLIOGRAFÍA.....	40

RESUMEN

Al presentarse la ruptura de relación de pareja con ello sobreviene crisis que de alguna manera afectan la armonía familiar, una de ellas es la de decidir coherentemente cuál de los progenitores se va a encargar del cuidado de los hijos, es decir quién asumirá la custodia, tratándose del Ecuador, por lo general preferentemente es otorgada en favor de la madre, tal como lo establece la normativa legal vigente. En este sentido, es necesario tener especial cuidado, pues en la mayoría de los casos son los menores quienes resultan mayormente afectados a consecuencia de la separación o divorcio de sus padres, ellos se convierten en víctimas silenciosas y son quienes tendrán que adaptarse a nuevos círculos familiares, inclusive totalmente inciertos. Lo más conveniente para todos es que ambos progenitores a través de consenso acuerden respecto a la custodia, pero siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, bien podría ser compartida o alternada, sin embargo, esto no se logra, pues se superponen otros intereses que son propios de los adultos y ninguno quiere ceder y entonces será el juez quien tendrá que tomar la decisión. Considerando lo expresado anteriormente, se hace necesario que en el Ecuador se introduzca jurídicamente la figura de custodia compartida, con el ánimo de lograr la participación continua de ambos progenitores en la formación y crianza de los niños y niñas menores de cinco años.

Palabras clave: Niñez y adolescencia, custodia de los hijos, principio de corresponsabilidad, coparentalidad, custodia compartida.

ABSTRACT

When the rupture of a relationship with a partner occurs, there is a crisis that affects the family harmony, one of them is to decide coherently which parent is going to take care of the children, is who will take custody, In the case of Ecuador, it is usually preferentially granted in favor of the mother, as established by current legislation. In this sense, special care must be taken, because in most cases it is the minors who are most affected as a result of the separation or divorce of their parents, they become silent victims and are those who will have to adapt to new circles Relatives, even totally uncertain. The most convenient for all is that both parents through consensus agree on custody, but always taking into account the best interests of the child, could be shared or alternated, however, this is not achieved, as other interests overlap Which are typical of adults and no one wants to give in and then it will be the judge who will have to make the decision. Considering the above, it is necessary for Ecuador to introduce legally the figure of shared custody, with the aim of achieving the continuous participation of both parents in the training and upbringing of children under five years.

Keywords: Childhood and adolescence, custody of children, co-responsibility principle, co-parenting, shared custody.

INTRODUCCIÓN

Cuando la pareja decide separarse o divorciarse quedan asuntos pendientes por resolver y podría considerarse como de mayor trascendencia la custodia de los niños y niñas, sobraría advertir que el interés superior del niño se encuentra por encima de cualquier otro derecho, esto por motivo de evitar que el menor quede en indefensión y es una determinación que pese a incomoda debe ventilarse con muchísimo cuidado durante el desarrollo del proceso judicial. De igual manera, se deberá considerar como sesgada toda decisión en custodia que favorezca a la madre, dejando inhabilitada la participación por parte del padre, porque a simple vista podría calificarse como una condición discriminatoria en base del género, esto generaría más bien un conflicto de intereses entre hombres y mujeres respecto al principio de igualdad, contemplado en la Constitución de la Republica, como también lo es el de corresponsabilidad parental.

El trabajo de investigación se encuentra estructurado en – capítulos, los cuales se definen a continuación: Capítulo I, El Problema; Capítulo II, La Metodología; Capítulo III, El Marco Teórico; Capítulo IV, Desarrollo de la Propuesta; y, Capítulo V, Conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES

1.1. Formulación del problema

¿De qué manera incide la preferencia de la madre en la custodia de los hijos frente a la vulneración del Principio de corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador?

1.2. Justificación

El tema de la investigación llevado a cabo es considerado de trascendental importancia, debido a que busca de manera constructiva reivindicar equitativamente los derechos del padre y de la madre a los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, valorando los roles de la madre y del padre, de tal manera que se logre el desarrollo integral adecuado en situaciones de fragmentación familiar. Es de anotar que, actualmente, vienen promoviéndose algunas modificaciones en materia legal de niñez y adolescencia, para que resolver los casos en igualdad de condiciones para ambos padres, evitando que el menor resulte afectado, apostando de la mejor manera por la custodia compartida.

Es necesario avanzar jurídicamente en el campo de la familia, sobre todo si se pretende crear en las futuras generaciones cimientos fuertes de convivencia que a la vez puedan repicarse de la mejor manera en cada una de las descendencias. Por lo tanto, se beneficiaría directamente hijos, padres, madres y la sociedad en general. Por otra parte, a la investigación es viable por lo que se dispone de todos los recursos necesarios para llevarla a cabo, además del apoyo incondicional por parte del equipo profesional docente. Por último, los primeros favorecidos de la propuesta de modificación al Código de la Niñez y la Adolescencia son los niños y niñas, ellos tienen derecho a que ambos padres cumplan con sus responsabilidades y que mejor sería a través de la convivencia de los hijos con ambos progenitores.

1.3. Situación actual del problema

El profesor Emeritus Scott Coltrane, de la Universidad de California e integrante

del Centro de Estudios de la Familia, considera a la maternidad como:

Vinculada a una definición tradicional de feminidad, es decir que, de manera tradicional, socialmente incluye a la mujer quien desempeña un rol devaluado de trabajo doméstico, realizándolo como una obligación propia para con sus hijos. (2008, p. 7).

Marcela Acuña, especializada en Derecho de Familia y docente de la Universidad Católica de Temuco se refiere a la corresponsabilidad parental, expresando:

El principio pone de manifiesto que ambos padres están llamados a responsabilizarse y participar en la vida del hijo y esa responsabilidad común no cambia por el hecho de divorciarse, vivir separados o porque solo uno de ellos tenga el cuidado personal habitual de los hijos. El principio gobierna la forma de actuación de los padres poniendo en el centro a los hijos, pues al final de cuentas es su interés el que debe construir la preocupación fundamental de aquellos. (2016, p. 1).

En este contexto, al término maternidad inmediatamente se lo asocia con la relación entre madre e hijo o hija, pero al mencionar lo relacionado con la corresponsabilidad parental, se vincula con la responsabilidad de ambos padres; es decir, al cuidado de los niños y niñas por ambos progenitores, en igualdad de deberes y derechos; y, nada tiene que ver con que la pareja se encuentre divorciada o convivan de manera separada; en este contexto, se entiende que, para la adecuada crianza, es importante llegar a acuerdos sanos donde los derechos del menor estén debidamente protegidos, por encima de cualquier otro derecho.

Es evidente que en el Ecuador el Principio de Corresponsabilidad Parental se origina a partir de la Convención de Derechos del Niño (1989) y posteriormente se establece claramente en la Constitución de la República del Ecuador (2008), no obstante, el Código de la Niñez y la Adolescencia (2009) favorece a la madre al momento de decidir la tenencia de los hijos. En relación con lo anterior, la madre debería ser lo suficientemente respetuosa al tomar en cuenta que el padre juega un papel no menos importante, de gran trascendencia, sobre todo cuando el progenitor

desea asumir el rol que le corresponde, caso contrario podría ser causante de romper el vínculo paterno. Acuña es muy clara en sus aseveraciones dando verdadera importancia al principio de la corresponsabilidad parental y complementa:

Hacer realidad el principio supone desafíos desde diversos frentes: por un lado, el ejercicio de la corresponsabilidad para los padres supone el reconocimiento de que el otro tiene el derecho y el deber de participar de las decisiones más importantes en la vida del hijo y, en consecuencia, se requiere respeto, comunicación y colaboración entre ellos; por otro lado, para los jueces, el principio plantea exigencias concretas en orden a materializar en sus resoluciones de cuidado personal o relación directa y regular la visión participativa y no excluyente que demanda el principio. (2016, p. 2).

Conviene subrayar que la corresponsabilidad parental se encuentra vinculada con el derecho que tienen los niños y niñas para convivir en igualdad de tiempo tanto con el padre como con la madre, actualmente en el Ecuador la propuesta de la custodia compartida se encuentra dividida entre los que están de acuerdo con que se apruebe y quienes se oponen a ella, claro está que lo importante es encontrar un punto de equilibrio, esto debe decidirse de acuerdo a lo que más convenga al menor, ninguna imposición podrá funcionar venga de donde venga, la mediación entre la pareja es muy importante, antes que la decisión por parte del juez, en estos casos lo que debe primar es el interés superior del niño o de la niña.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general.

Evidenciar que la preferencia de la madre en la custodia de los hijos, vulnera el Principio constitucional de Corresponsabilidad en el Ecuador.

1.4.2. Objetivos específicos.

1. Establecer la importancia del principio de la corresponsabilidad en el Ecuador como un tema de gran valor y dificultoso en su accionar.
2. Analizar la eficacia de la legislación vigente para garantizar el cumplimiento del principio de corresponsabilidad por parte de ambos progenitores.
3. Identificar cómo han abordado la corresponsabilidad parental cada una de las organizaciones e instituciones involucradas en la garantía del ejercicio de los derechos de los niños y niñas.
4. Proponer normativas legales que permitan asegurar en igualdad de participación el derecho de corresponsabilidad de los padres para con los niños, y niñas.

1.5. Preguntas de la investigación

1. ¿Cuál es la importancia del principio de corresponsabilidad parental en el Ecuador?
2. ¿Se considera que actualmente se aplica el derecho de corresponsabilidad parental de manera equitativa entre ambos progenitores?
3. ¿De qué manera participan los colectivos de padres respecto al cumplimiento del principio de corresponsabilidad?
4. ¿Se considera necesaria una reforma de tipo legal para garantizar la equidad en el cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental?

1.6. Delimitación de la investigación

El trabajo de investigación permite demostrar que la preferencia de la madre en la custodia los hijos, vulnera el Principio de Corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador, para lo cual se ha tomado en cuenta información relevante correspondiente al año 2016, dada por diversos colectivos que han convertido la reclamación de la tenencia compartida en bandera de lucha ante estamentos competentes, legisladores, organizaciones sociales y medios de comunicación. Claro está que, de ninguna manera, las modificaciones sugeridas a la ley incentiven a menospreciar la participación de la mujer en la crianza de los hijos,

pero si reclaman que exista equidad en cuanto a la responsabilidad para con los hijos tanto por parte del padre como de la madre. Resumiendo, los temas de debate que vienen tomando en cuenta, se refieren a: la tenencia de los hijos, la patria potestad y la corresponsabilidad parental.

Previo al desarrollo del trabajo de investigación, se ha analizado la evolución en el tiempo de la problemática en la ciudad de Quito de la Provincia de Pichincha. En la elaboración del presente documento, se han tomado en cuenta las siguientes acciones: Análisis bibliográfico o documental de libros, folletos, investigaciones afines, revistas y estadísticas. Algo semejante ha ocurrido con el estudio del derecho comparado de marcos jurídicos. El trabajo de campo ha consistido en visitar bibliotecas de instituciones educativas oficiales y públicas, como también de la Corte Constitucional y Centros de Documentación. Por otro lado, también se han realizado algunos estudios relacionados con la reclamación de la custodia compartida por parte de madres y padres, quienes desean cumplir con sus responsabilidades tal como lo establece la ley.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Niveles de la investigación

Los niveles que se aplicarán dentro de esta investigación jurídica son los siguientes: Exploratorio, a través del hallazgo de la información relacionada con el tema, considerándose primordialmente el marco legal nacional e internacional, además del tratamiento del derecho comparado, junto con el análisis de conceptos expresados por tratadistas especializados en el manejo de la corresponsabilidad parental. Otro nivel, corresponde al explicativo que trata de asignar un valor a cada uno de los conceptos expuestos por los autores, esto será ratificado mediante el aporte por parte del autor de la investigación en cuestión.

2.2. Métodos

Para cumplir con los objetivos propuestos en esta investigación, se deberá hacer uso de los siguientes métodos: Hermenéutico, que brinda determinadas características indispensables para el desarrollo del trabajo, como son: Interpretación, esclarecimiento, comprensión y declaración, además de analizar e interpretar textos altamente complejos, teniéndose en cuenta que toda norma jurídica debe ser profundamente analizada, de igual manera ocurre con otras fuentes como la doctrina y la jurisprudencia. Sistémico, que identifica los instrumentos legales que de alguna manera se relacionan con el tema a investigar. En este caso, la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código Orgánico General de Procesos y la Convención de los Derechos del Niño. Inductivo – deductivo, trata del procesamiento lógico del esquema temático a desarrollar, incluyendo a la argumentación, junto con la utilización de todas las técnicas e instrumentos que se necesiten para obtener información. Con respecto al trabajo de campo se hizo necesario realizar entrevistas a profesionales en derecho que de alguna manera se encuentren vinculados con el tema de la corresponsabilidad parental en el Ecuador.

Es preciso indicar que el método inductivo parte desde lo particular a lo general, bien puede ser desde la detección libre y espontánea del problema para posteriormente continuar con los sujetos en estudio, como progenitores e hijos. Entre tanto, el método

deductivo interviene de lo general a lo particular, permitiendo indagar nuevos conceptos, marcos jurídicos de otros países, investigaciones similares, propuestas en marcha, etc. Histórico – Lógico, se refiere a develar la evolución del problema en las diversas etapas de su existencia. Es muy importante dar cuenta de los antecedentes, de indagar de qué manera ha incidido las formas de familia, las ventajas y desventajas. Esto con el fin de determinar si ha habido avances o retrocesos a través de la historia.

2.3. Técnicas e instrumentos de la investigación

Las técnicas son utilizadas con el fin de recopilar, analizar y generar determinados resultados de la información, para lo cual se hará uso de las siguientes: Recolección de la información a través de legislación nacional e internacional, libros, documentos, revistas, boletines y sitios web oficiales. De igual manera la entrevista, siendo indispensable elaborar un cuestionario de cinco preguntas cortas y sencillas a fin de obtener datos relacionados con la información detallada del tema de investigación, aplicándose a dos profesionales en derecho y un especialista en psicología familiar.

Las preguntas que conforman los cuestionarios se exponen a continuación:

a) Cuestionario de la entrevista aplicado al Dr. Santiago Villarreal, Director Colectivo “Coparentalidad Ecuador”

1. ¿Qué le impulsó a Usted iniciar la lucha por defender la igualdad de los derechos y deberes por parte de los progenitores para con sus hijos, en el caso de presentarse algún tipo de ruptura?
2. ¿Por qué considera Usted que los niños y niñas de padres en conflicto deben disfrutar de ambos progenitores y de sus familias ampliadas?
3. ¿Considera Usted necesaria una reforma al Código de la Niñez y de la Adolescencia con el fin de legitimar las visitas a los hijos?
4. ¿Considera beneficioso para los niños y niñas que se incorpore la tenencia compartida como garantía constitucional?
5. ¿De qué manera promueve la corresponsabilidad parental de ambos padres el colectivo que Usted dirige?

b) Cuestionario de la entrevista aplicado al Dr. Rómulo Andrés Salvador Suárez

1. ¿En qué consiste el régimen de visitas?
2. ¿Usted considera que en el Ecuador se cumple con el régimen de visitas?
3. ¿De qué manera podría mejorar el sistema de visitas para con los hijos e hijas de padres separados o divorciados?
4. ¿Podría alguna experiencia relacionada con el tema?
5. ¿Cuáles podrían ser los motivos para que el progenitor custodio impida cumplir con el régimen de visitas?

c) Cuestionario de la entrevista aplicado a la Dra. Martha Margoth Chiriboga Insuasti

1. ¿Podría explicarme en qué consiste la justicia terapéutica?
2. ¿De qué manera podría intervenir el juez respecto a la disminución de los efectos negativos en las partes procesales, para lograr llegar a un acuerdo saludable para todos?
3. ¿Considera Usted que en el Ecuador sí se ha logrado implementar positivamente la justicia terapéutica en el ámbito de resolución de custodia de los hijos?
4. ¿Considera Usted que los operadores de justicia en el país se encuentran lo suficientemente capacitados para aplicar la justicia terapéutica en la resolución de conflictos de familia?
5. ¿Considera Usted que algunos hijos de padres separados o divorciados podrían ser víctimas, esto debido a decisiones jurídicas apresuradas y por lo tanto el interés superior estaría en riesgo?

Las personas entrevistadas fueron las siguientes:

1. Dr. Santiago Villarreal. Breve reseña de su trayectoria profesional
2. Dr. Rómulo Andrés Salvador Suarez. Breve reseña de su trayectoria profesional
3. Dra. Martha Margoth Chiriboga Insuasti. Breve reseña de su trayectoria profesional

2.4. Validez y confiabilidad de los instrumentos

De la recolección de la información dependerá su validez y confiabilidad, por lo que es importante disponer de fuentes confiables, especialmente de autores reconocidos, serios y destacados. Otro aspecto importante trata de que se debe delimitar al grupo de sujetos en estudio, en este caso corresponde a casos de reclamo por la tenencia compartida de los hijos en el Distrito Metropolitano de Quito, además de los profesionales señalados para la aplicación de la entrevista como son Dr. Santiago Villarreal, director ejecutivo del colectivo Coparentalidad Ecuador – Primero Somos Padres; Dr. Rómulo Andrés Salvador Suarez, profesional en libre ejercicio y la psicóloga Dra. Martha Margoth Chiriboga Insuasti, especialista en terapia familiar.

2.5. Definición de variables

2.5.1. Variable independiente.

La preferencia de la madre en la custodia de los hijos.

2.5.2. Variable dependiente.

Vulneración del derecho constitucional de corresponsabilidad.

2.6. Limitación de la investigación

En el ámbito de aplicación de las normas relativas a la custodia de niños y niñas, esta investigación se ha enfocado exclusivamente en el análisis y repercusiones en la población infantil hasta la edad de los cinco años de edad, sin que se haya presentado ningún inconveniente para ubicar la información bibliográfica y documental, de igual manera es importante resaltar el interés de cada una de las personas entrevistadas, quienes aportaron a este trabajo ampliar conocimientos y aclarar dudas relacionadas con el tema en estudio, cada uno de ellos en el ámbito profesional correspondiente.

CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO

3.1. La custodia de los hijos

La abogada Johanna Novoa se permite dar la debida importancia a la figura jurídica de la custodia, definiéndolo como elemento indispensable para el desarrollo integral de los menores e indica:

La figura de la custodia implica un derecho de los menores y un encargo para los padres, relativo al cuidado, crianza y educación de los hijos, de manera particular, y, en general, de todos los actos y acciones que busquen ofrecer protección y garantizar su desarrollo integral, encargo que deben ejercer ambos padres. (2017, p. 1)

En efecto, esta figura ha ido cobrando importancia a través de los tiempos y es a inicios del siglo XX cuando se producen cambios significativos, apareciendo nuevos conceptos, tales como coparentalidad, interés superior del niño y corresponsabilidad. Hoy en día se produce cierta discriminación respecto a la determinación de la custodia de los niños y niñas y a esto se le puede considerar como una vulneración al derecho de corresponsabilidad, lo cual va en detrimento de igualdad con relación al cumplimiento de las obligaciones paterno filiales, pues hasta el momento se continúan reproduciendo patrones tradicionales en la crianza de los hijos e hijas, otorgándole la custodia de manera favorable a la madre. Para la abogada Inmaculada Castillo, el régimen de visitas previsto para los padres no custodios, en el Ecuador no se cumple por variedad de excusas planteadas por los padres, expuestas como sigue:

Dadas por progenitores custodios: Sí no me paga la pensión de alimentos no le dejo; no quiero que mis hijos estén con la nueva pareja; para que se los va a llevar si se quedan con los abuelos; no voy a obligar a mis hijos si no quieren irse. Los progenitores no custodios utilizan las siguientes excusas: El horario del trabajo me impide recoger al menor; no puedo llevarle al colegio los lunes; a mi pareja no le gusta que estén los niños; es mi expareja que no permite verlos; los niños no quieren venirse conmigo. (Castillo, 2016).

Claro que culturalmente en el Ecuador, generalmente las madres son quienes se

hacen cargo de la crianza de los hijos e hijas; de igual manera un número reducido de padres desea obtener la custodia o impone una reclamación ante la ley de este tipo, pero las esperanzas para aquellos padres que la solicitan es escasa o nula, pues debe demostrar que la madre es incapaz de brindar el cuidado necesario. También cabe aclarar, que en algunos casos los padres no acuden a las visitas legalmente autorizadas por la autoridad competente, en cambio hay madres que no permiten que estas se lleven a cabo, buscan la forma de evitarlas, infringiendo la ley, coartando derechos tanto al menor como al progenitor y lo peor es que para que se cumpla se debe incurrir en un proceso de reclamación demasiado tedioso que podría finalizar en conflicto, de ninguna manera recomendable para los niños y niñas que se encuentran en medio de una disputa de intereses.

Los roles deben cambiar en el tiempo, de lo contrario profundizan la desigualdad social y jurídica entre hombres y mujeres, ya es hora que para ejercer la parentalidad se produzcan cambios, la continuidad del género femenino en el cuidado y crianza de los menores aún permanece en el tiempo, las modificaciones a la ley deben buscar que se cumpla con el principio de igualdad, sin discriminación, lo importante es idear una verdadera fórmula donde prime un acuerdo por ambos progenitores, teniendo en cuenta que los tiempos han cambiado, ahora se viven situaciones muy diferentes al pasado, desde que la mujer ha tenido la oportunidad de prepararse académicamente y ocupar altos cargos en las empresas, igual como ocurre con el hombre.

3.2. El principio de corresponsabilidad parental

Tradicionalmente, ha sido el padre quien cumple con proveer mientras que la madre se encarga de los quehaceres domésticos, incluyendo la crianza de hijos e hijas. La corresponsabilidad trata de un principio novedoso jurídico que viene evolucionando tomando verdadera importancia durante la última década, permite equiparar la responsabilidad en la crianza de los hijos de una manera justa tanto para el hombre como para la mujer, sin la necesidad de relegar a ésta última como persona exclusiva al trabajo doméstico y al hombre como dador o proveedor. La psicóloga Liliana Nieris, docente de la Universidad de Palermo en Argentina, así se refiere a la teoría de los padres llamados proveedores:

Durante bastante tiempo y en muchísimas investigaciones se ha venido sosteniendo que la función del padre era exclusivamente la de proveer económicamente y servir como sostén de la pareja, es decir que desempeñaba un rol secundario al de la mujer o madre, de ahí que se ha dado mayor importancia a la maternidad y únicamente se ha venido investigando a la paternidad desde poco tiempo atrás. (2012, p. 23)

Este principio se encuentra establecido en el Artículo 69.5 de la Constitución de la República (2008) y a su vez también lo dispone el Artículo 8 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (2009). La Carta Magna le concede al Estado la obligación de promover la corresponsabilidad parento – filial, por lo que este debe permanecer en vigilia para que esto se cumpla, puesto hace parte del derecho familiar y a su vez permite una relación de armonía entre sus miembros, extendiéndose inclusive a las familias ampliadas, que hayan sido conformadas, posterior a la ruptura, por uno de los progenitores o también por ambos.

A su vez, el Código de la Niñez y de la Adolescencia (2009) indica que para hacerse efectiva la corresponsabilidad es necesaria la participación activa de la familia, la sociedad y el Estado, donde cada quien desempeña su función. Por su parte, el Estado será quien diseñe y desarrolle las políticas necesarias para garantizar el cumplimiento de este derecho. Vale la pena tener en cuenta señalar que, al mencionar el término parental, éste se utilizaba anteriormente para referirse a una conducta, pero más bien se enfocaba hacia la mujer desde que quedaba embarazada, por lo que según Liliana Nieri la relaciona especialmente a “estudiar los factores hormonales, ambientales y de experiencia que regulan a la conducta materna, y muy poco a los factores que regulan la conducta paterna” (2015, p. 105).

El concepto actual de parental difiere del expuesto anteriormente por Nieri, puesto que hoy en día se traduce en igualdad de derechos y deberes, no establece ninguna diferenciación entre género, lo importante es que ambos progenitores tengan la posibilidad de disfrutar de toda actividad con sus hijos, pero tal parece que este concepto se encuentra desenfocado al fijar a la madre como la persona apta para permanecer en casa y cumplir con labores inherentes de un rol exclusivamente feminista, situación que mientras es aplaudida por muchos, existen quienes también rechazan, motivo por el cual luchan día a día por la igualdad. Es evidente que aplicar

el principio de corresponsabilidad influiría positivamente en el desarrollo de los niños y niñas, a medida que el número de divorcios y separaciones aumenta, el modelo tradicional de familia ha variado considerablemente durante los últimos tiempos, hombres y mujeres con hijos adquieren nuevos compromisos y hasta se casan, dando como resultado estructuras familiares diversas y esto sería imposible cambiarlo.

Cabe añadir que el marco jurídico juega un papel decisivo cuando de reconocer derechos se trata, debe ser equitativo, no podría favorecer a unas familias y a otras no, todas no podrían tener idéntico tratamiento legal, es cuestión que merece un análisis muy profundo, ante todo en beneficio de los niños y de las niñas. Así que el Código de la Niñez y la Adolescencia, al beneficiar con la norma a la madre en cuanto a la custodia de los hijos se refiere, vulnerando de algún modo el principio de corresponsabilidad parental, a modo personal la conciliación podría servir como mecanismo en la ordenación de la distribución de responsabilidades, procurando la igualdad entre el padre y la madre.

Por supuesto que la corresponsabilidad como tal no podrá ponerse en práctica mientras exista discriminación en diversos ámbitos, mientras que la mujer no tenga posibilidad de trabajar fuera de casa y deba quedarse allí a cuidar de sus hijos o también no tenga la oportunidad de prepararse académicamente para salir adelante o también sea maltratada o ridiculizada por su pareja, toda la vida la mujer es quien ha cuidado de todos los miembros del hogar, inclusive se le ha concebido como de utilidad única dentro de la reproducción. A continuación, se presentan los resultados positivos, obtenidos de un estudio llevado a cabo por la Universidad de Queensland (Alemania) y citado por Félix Loizaga (2011), experto en terapia familiar y docente de la Universidad Deusto:

6. Garantiza ambiente seguro en el cual se permita experimentar, explorar y desarrollar habilidades;
7. Origina ambiente positivo de aprendizaje, ante la disponibilidad de uno de los progenitores, cuando los niños necesitan de su atención, ayuda y cuidado;
8. Establecimiento de reglas claras, de manera asertiva en el caso de que el niño presente comportamientos inadecuados;
9. Conocer directamente a los hijos y a su vez estos a su padre o madre;

10. Satisfacción personal de los progenitores al satisfacer personalmente las necesidades de los hijos. (p.70)

3.3. El interés superior del niño y de la niña

Teniendo en cuenta a Rony Eulalio López (2013), docente en la Universidad San Carlos de Guatemala, el principio del interés superior del niño se origina en el “sistema anglosajón el cual se consideraba como mecanismo de solución de conflictos familiares” (p. 55), así que va incursionando progresivamente hasta el presente, el mismo autor destaca la importancia del interés superior del niño (ISN, en sus siglas en español) dentro de la jurisprudencia y la doctrina, considerando tres elementos muy importantes, sí de tener en cuenta derechos de menores se trata, estos son: “la manifestación del sujeto, su predictibilidad y entorno”. (p.50). Es decir, la protección de los derechos de los niños y niñas siempre estará vinculada con este principio, por lo tanto, las decisiones judiciales ha de estar basadas en su significado, aunque también puede considerarse como equivocada en el caso de que sus derechos se vulneren y más bien se tomen en cuenta los intereses personales de los adultos involucrado en una causa.

Dado que el ISN es considerado el eje principal para garantizar los derechos de niños y niñas, Rony López afirma que “este principio tuvo su reconocimiento a partir de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños (1924), la cual fue promulgada por la Sociedad de Naciones” (p. 55), pero es partir de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas (1989), con un amplio grado de aceptación por varios Estados en favor de la población de menores en el mundo que empieza a incluirse dentro de los respectivos marcos legales locales.

Queriendo decir, que antes de que se promulgara la Convención antes mencionada (1989), la población infantil prácticamente gozaba de unos derechos muy reducidos, por lo cual algunos niños eran ignorados, las decisiones judiciales de alguna manera beneficiaban a uno de los progenitores y es como al poner en práctica el principio del ISN se ha logrado subsanar favorablemente errores del pasado, aunque todavía falta mucho por hacerlo, podría decirse que va por buen camino, por lo menos ya casos de abuso, maltrato e irresponsabilidad se ventilan dentro de las causas judiciales, pesando sobre sobre los operadores jurídicos la responsabilidad de prevenir

y sancionar las inconductas en contra de los niños y niñas.

Por lo tanto, el ISN corresponde a un principio de carácter jurídico reconocido en instrumentos internacionales, su principal objetivo es el de tutelar los derechos de los niños y de las niñas de los Estados parte, esto con el fin de proporcionar una vida digna, de bienestar en todas las áreas de desarrollo del menor. Se encuentra señalado en la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) para posteriormente integrarse en los marcos jurídicos nacionales, en materia de niñez y adolescencia de cada uno de los países miembros. Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en su Artículo 3.1 establece el interés superior del niño de la siguiente manera:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (p. 10)

Dicho de otra manera, el ISN puede considerarse como principio integral en beneficio del menor, es decir abarca todas las áreas tales como: Mental, física, moral y social y espiritual. De igual manera la Convención es clara, por lo que en su Artículo 18.1 menciona a la responsabilidad de ambos padres como una forma de mediar que permite resolver discordia entre distintos derechos, lo cual deberá ser tomado en cuenta al momento de regir una decisión judicial inherente a tales circunstancias. El ab. Diego Zambrano Álvarez, articulista del sitio web derechoecuador.com, se refiere al interés superior del niño de la siguiente manera:

El principio pragmático de doctrina para protegerlo integralmente y ha sido adoptado y desarrollado por el Código de la Niñez y Adolescencia. El mismo principio se encontraba en contraposición al contenido irregular que estuvo vigente en el Ecuador antes de la promulgación de la nueva norma inherente a la regulación de los derechos del menor, se trataba del Código de menores. (Zambrano D. , 2008)

El interés superior del niño ha sido adoptado jurídicamente por el Ecuador mediante Constitución de la República (2008), estableciéndolo en el Artículo 44, para lo cual destaca la importancia de la participación por parte del Estado, la sociedad y la

familia en el desarrollo integral de los niños y niñas. De la misma manera, relaciona este principio con el Artículo 11 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (2009) en el que señala que son de estricto cumplimiento todos aquellos derechos a niños y niñas, indicando que toda autoridad administrativa o judicial relacionada en asocio con las instituciones se encuentran obligadas a diseñar y desarrollar las políticas necesarias que impidan el detrimento de estos derechos, para lo cual deberá evitarse cualquier tipo de conflicto que pudiere llegar a afectar al menor. Con respecto al interés superior del niño han originado varias doctrinas de acuerdo a cada concepción por parte de los autores y entre ellas se encuentran:

3.3.1. Doctrina de los años tiernos.

Las doctrinas que se mencionan a continuación son ampliamente expuestas por la jurista alemana Agurtzane Goiriena Lekue (2007), cada una de ellas podría interpretarse de diferente manera, de acuerdo a la época en que fue planteada. Con relación a la de los años tiernos, el mencionado autor considera que “toda madre ha de ser considerada con mayor capacidad” (p. 53), es decir la posiciona en condición superior a la del padre, por cuanto podría cuidar y criar a los hijos e hijas durante los primeros años de vida. Por lo cual, para estos casos, la custodia favorece a la madre a no ser que ésta sea declarada como incapaz. Por lo tanto, para esta doctrina el interés superior del niño podría como considerarse sesgado en el sentido de género, puesto que favorece a la madre, indicando que el niño deberá permanecer con ella, excepto que sea declarada como incapaz, situación que permanece vigente en el país.

3.3.2. Doctrina custodia compartida.

Considerada por Agurtzane (2007) como la doctrina de mayor beneficio para el menor, según la investigadora Marcela Huaita (1999), la custodia compartida se origina a partir de “una determinación judicial ocurrida en Inglaterra, motivo por el cual se origina la posibilidad de un nuevo tipo de custodia, la compartida” (p.545), asimismo en el Estado de Indiana, en el año 1973 se promulga una ley en favor de custodia compartida cuando las parejas se divorciaban. Por lo tanto, la implementación de esta figura jurídica hace parte fundamental de la propuesta que se plantea en este trabajo de investigación, cuyas características residirán en: Padre y

madre en igualdad de importancia para contribuir con el desarrollo físico y psicológico del menor; ambos participan en igualdad de condiciones frente a todas aquellas decisiones relacionadas con los hijos; la cooperación debe estar presente en cuanto a la autoridad y responsabilidad en la crianza; el tiempo de convivencia de los hijos con su madre y padre ha de ser equitativo.

El rasgo más importante de este tipo de custodia es el de promover una relación estrecha entre los progenitores con sus hijos. Entonces la custodia compartida es la mejor opción para que los niños y niñas accedan a una mejor calidad de vida. Los autores Laura Alascio e Ignacio Marín (2007) definen a la custodia compartida como la “modalidad de custodia que implica el ejercicio de las funciones parentales por parte de ambos progenitores de manera alterna deberá diseñarse un sistema que permita la parentalidad desde el punto de vista jurídico” (p.1382). En todo caso, la custodia compartida podrá aplicarse en beneficio exclusivo de los niños y niñas de aquellos padres que por alguna razón no convivan, pero que de ninguna manera renunciarán al cumplimiento de sus responsabilidades, sin tener en cuenta intereses personales.

3.3.3. Doctrina presunción del (la) dador (a).

Continuando con Agurtzane (2007), esta doctrina propone atribuir la custodia al progenitor que ha desarrollado de manera permanente el cuidado, situación que ha originado lazos muy fuertes, bien sea con la madre o el padre. En el caso de los más pequeños favorecería a quien haya convivido mayor tiempo hasta antes de la separación o el divorcio, a esto se le denomina el principio de continuidad, se menciona con frecuencia dentro del campo psicológico familiar, lo relaciona con “la estabilidad emocional, dado que, en caso de rupturas de pareja, el menor se ve envuelto en una serie de circunstancias inexplicables para él” (p.53). De llegar a inclinarse por este tipo de custodia, serán las pruebas las que demostrarán quien ha procurado mayor afectividad durante el periodo de convivencia.

3.3.4. Otro tipo de doctrinas.

Para Agurtzane (2007), también existe otro tipo de doctrina relacionada con la

custodia de los hijos y es la denominada “dualidad paterna, la custodia no se le entrega a nadie, pues ambos progenitores la comparten de común acuerdo y de manera proporcional” (p.54), de tal manera de que se comprometen a cumplir con su responsabilidad mientras convivan con el menor. Sea cual fuere la doctrina adoptada por la legislación, es importante ante todo el bienestar del niño o niña, es complejo y deberá analizarse a profundidad, por lo que también se deberán tener en cuenta casos excepcionales en los que el menor podrá correr algún riesgo al permanecer con uno de sus progenitores, indistintamente que sea la madre.

3.4. La preferencia de la madre en la custodia de los hijos

A partir de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), los menores de edad obtienen derechos propios de manera personal e independiente a los ya establecidos para los progenitores, dando especial prioridad a la madre en la crianza de los hijos, por considerarse mejor cuidadora, concepto que todavía permanece intacto en muchas culturas, ocasionando que niños y niñas permanecieran conviviendo únicamente con la madre por tiempo indefinido (p. 2). Está claro que a pesar de la transformación continua que se producen en la estructura familiar, todavía operadores de justicia, profesionales en materia de derecho y hasta la misma sociedad señalan a la madre como primera persona en la asignación de la custodia de los hijos. Esto pese a la incorporación laboral de la mujer y de algunos varones en las labores domésticas, incluyendo el cuidado de los hijos, para lo cual se traduce en una asimetría de género, la cual podría tardar aún en desaparecer.

Particularmente en lo que corresponde al Ecuador, el Consejo de la Judicatura no dispone de datos estadísticos relacionados con el número de padres que hayan interpuesto reclamación de tenencia de sus hijos, de la misma manera ocurre con la Defensoría Pública, motivo por el cual se decide acudir a las bases de datos dispuestas en el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), obteniéndose lo siguiente:

De una muestra de 25.692 padres divorciados, 1.344 manifestaron encontrarse a cargo de sus hijos e hijas, por lo que podría considerarse un índice demasiado bajo, pues equivale tan solo al 5% de esa población. (INEC, 2010)

Definitivamente eso deberá cambiar, si lo que se persigue es proteger los derechos del menor, aunque los Jueces insisten en manejar cierta presunción en favor de madre, que finalmente por lo general se convierte en regla, claro que gran parte de varones no les agrada la idea de hacerse cargo de los hijos, pero a muchos si les agrada. En otras circunstancias, existen madres que por diversas condiciones no pueden hacerse cargo de los hijos, trabajan largas jornadas, empeorando las condiciones de seguridad de los niños y niñas pues estos quedan al cuidado inclusive de personas desconocidas.

3.4.1. La justicia terapéutica en el derecho de familia.

En todo proceso relacionado con separación o ruptura de pareja se debe prever la protección de la familia, en especial, los derechos que asisten a los niños y niñas que pudieran quedar en estado de indefensión. Los menores pueden exponerse a efectos negativos tanto en el presente como a futuro, lo mejor es viabilizar relaciones familiares en armonía de todos aquellos que forman parte del proceso, por otro lado, la intervención por parte de organismos estatales profesionalizados es de gran importancia, para evitar consecuencias negativas dañosas.

Aunque hablar de separaciones amistosas podría considerarse imposible, pero lo que se puede buscar es consensos en bienestar de todos los integrantes de la familia, manteniendo relaciones aceptables, de tal manera que conlleven a promocionar un clima de cooperación, esto a través de la mediación y de programas de ayuda que podrían ser diseñados y puestos en práctica por instituciones señaladas por el Estado. En países del continente europeo y Estados Unidos ya se viene aplicando este tipo de prácticas, inclusive la custodia es evaluada de manera constante, la Dra. Muriel Newman (1999), responsable del área de bienestar social de Nueva Zelanda dice que: “se observan grandes logros, puesto que se ha reducido considerablemente los efectos negativos que produce la separación y el divorcio entre parejas”. (p. 6). Para Newman (1999), la participación de ambos padres en la crianza de los hijos es necesaria y afirma:

La carencia del padre ha sido descrita como la patología más grande del siglo XXI. Uno de cada cuatro niños en Nueva Zelanda vive en la actualidad en hogares sin padre. Muchos han

perdido toda conexión con su papá. Cientos de miles de madres están esforzándose para sacar adelante a los niños ellas solas, y cientos de miles de padres han sido marginados. Países de todo el mundo están reconociendo en la actualidad que el derecho de familia basado en la custodia exclusiva promueve el conflicto y la alienación. (p. 6)

Diversos estudios, como el Joan B Kelly (2000), que tras una década de investigación ha demostrado que, tras la separación de los progenitores, la custodia compartida evita trastornos psicológicos emocionales y psicológicos en los hijos e inclusive también en los progenitores. Autores como Buchanam, Dornbusch y Maccoby (Buchanam, Maccoby, & Dornbusch, 1991) manifiestan que el rendimiento escolar disminuye y los menores pueden enfermar inesperadamente (p. 62), entonces es importante que niños y niñas no pierdan contacto con el progenitor no custodio. Por otra parte, la custodia compartida proporciona satisfacción a todos los integrantes del grupo familiar, se presenta menor conflicto intraparental, el conflicto legal se aminora, se reduce el estrés y la sobrecarga en la labor de crianza.

Los beneficios de la custodia pueden darse ampliamente si ésta es concebida entre progenitores de mutuo acuerdo, donde no existan enfrentamientos o discordias frente a la tenencia o el cumplimiento de responsabilidades para con los hijos. También es importante analizar cada uno de los casos, porque podría presentarse algunos inconvenientes cuando el niño o niña vive en partes diferentes, lo importante es no poner en riesgo el interés superior del niño.

Para concluir con el principio del ISN, se puede afirmar que corresponde a un gran avance jurídico, pues en él se involucra a toda la familia, en especial se toma en cuenta a todos los intereses del niño o de la niña a través de una novedosa valoración, fundamentándose de acuerdo con las necesidades del hijo o de la hija como ser humano, analizando la capacidad tanto de la madre como del padre, con el fin de cubrir todas las necesidades de atención y de cuidado. Por otra parte, para determinar la custodia compartida se tendrá en cuenta muchísimos factores y Ecuador todavía no asume jurídicamente esta doctrina, puesto que son los jueces quienes deberán determinarla teniendo en cuenta elementos que se encuentran legitimados en el Código de la Niñez y de la Adolescencia.

Actualmente, en la práctica aún prevalece el favoritismo hacia la madre, pero sí el padre quiere obtener la custodia “debe demandar a la madre del menor, argumentando que el derecho del niño corre riesgo”. De igual manera la ley es clara al establecer el derecho que tienen los niños de relacionarse con sus progenitores, para lo cual es necesario tener en cuenta que “cuando los padres estén separados, el derecho del niño prevalece..., a excepción que la relación sea perjudicial para el menor”. (El tiempo.com).

3.5. Organizaciones sociales del Distrito Metropolitano de Quito en favor de la corresponsabilidad parental.

Diversos colectivos han venido presentando sus propuestas para que el principio de corresponsabilidad parental se ponga en práctica, para lo cual sería necesario reformar el actual Código de la Niñez y de la Adolescencia (2009). En esencia, lo que buscan estos colectivos es fortalecer los lazos afectivos parentales en el marco de responsabilidad y derechos. Ellos aseguran, que generalmente los padres son víctimas de chantaje por parte de las madres, por lo que buscan cualquier excusa para impedir que se cumpla con el régimen de vistas dispuesto por la autoridad competente (Arts. 122 al 125 del CNA):

Art. 122. Obligatoriedad. En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija. Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Art. 123. Forma de regular el régimen de visitas. Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo. Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta: 1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y, 2. Los informes técnicos que estimen

necesarios.

Art. 124. Extensión. El Juez extenderá el régimen de visitas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, en las condiciones contempladas en el presente título. También podrá hacerlo respecto de otras personas, parientes o no ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

Art. 125. Retención indebida del hijo o la hija. El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. (p. 40)

3.5.1. Primero somos padres – Coparentalidad Ecuador.

Es una organización sin ánimo de lucro, opera desde el 2012, su propósito es el de promover la importancia de la participación de ambos padres en la crianza y cuidado de los hijos de padres separados, divorciados o solteros, esto con el fin de precautelar el interés superior del niño. Ellos resaltan que la corresponsabilidad parental debe normarse dentro del Código de la Niñez y de la Adolescencia a fin de que el niño o niña comparta con ambos progenitores de una manera sana y edificadora, para lo cual se deberá demostrar las buenas intenciones para con los hijos e hijas. Además, del colectivo de padres que promueve la inclusión de la tenencia compartida de los hijos en el Ecuador, como opuesto se encuentra un movimiento integrado por madres denominado “Plataforma de Derechos por un Amor Responsable, ellas no apoyan a este tipo de tenencia, por lo que afirman que deberá ser consensuada, donde los niños puedan opinar al respecto.

3.6. Derecho comparado

La custodia compartida poco a poco se ha ido estableciendo jurídicamente en países como: Australia; países bajos, Noruega, Francia y Estados Unidos, pero su incidencia de aplicación es baja. Algo similar ocurre en Suecia, donde se han podido instaurar políticas encaminadas a la igualdad, sin embargo, el índice no es tan alentador como se espera, para Giancarlo Tamanza y Sonia Ranieri (2013), entre 30% y 40%, contrariamente a lo ocurrido en Italia, donde se aprobó la Ley de la Custodia Compartida en el año 2006, con resultados muy alentadores, equivalentes a favor de

esta en un 72.1% durante el año 2007. (p. 557). Algo parecido ha resuelto el Consejo de Europa (2015) por intermedio de una Resolución de igualdad y de corresponsabilidad, para lo cual posiciona a la custodia compartida como elemento que debe introducirse dentro de la legislación, a manera de alternancia en el convivir con los hijos después de la separación de sus progenitores.

Se ha venido diciendo desde el inicio de la investigación que la custodia de niños y niñas, especialmente para aquellos menores de cinco años constituye un problema de interés que merece de un análisis comparativo profundo para resolverse, pues estas personitas se convierten en vulnerables cuando sus padres deciden romper la relación de pareja, por lo pronto se deben revisar legislaciones de otros países que permitan hacer un comparativo edificante, con el propósito de que en el Ecuador puedan adoptarse algunos de estos principios que de alguna manera han logrado paliar la situación en donde se los está aplicando, pues esto conllevaría a la armonización del derecho familiar.

Para el desarrollo del tema se han tenido en cuenta a tres legislaciones, de países como España, Italia y Brasil, aunque cabe mencionar que la “custodia compartida ya viene aplicándose en varios países desde tiempo atrás” (p.233), así lo sostiene Virginia Zambrano (2008), por lo que no podría desconocerse este hecho, esto en países escandinavos y en la mayor parte de países europeos, a pesar de estar legislada en un principio no se aplicaba con frecuencia. Zambrano (2008) resalta el momento en que se introdujo la denominada guarda compartida, como se le denomina en Europa, manifiesta que:

En Francia en 1987, consolidándose en el 2002; en Alemania en 1989, para entrar en vigencia a partir de 1991, la legislación de este país no considera el término custodia ni guarda, allí se considera la responsabilidad parental; en Holanda se da partir del año 1998, contrariamente consideran a la guardia exclusiva como una regla de excepción. (p. 234).

Como puede notarse, en el contenido del párrafo anterior, el tema de la custodia compartida ya se ha venido aplicando en otros Estados, el hacerlo en Ecuador significaría realizar modificaciones en la ley vigente del menor, como lo es el Código de la Niñez y Adolescencia (2009), con el propósito de que sus preceptos coincidan

con la realidad social actual, esto teniendo en cuenta que el rol de la madre, como mujer ha variado, frente a nuevas pautas que ha venido incorporando, el lograr salir de casa para profesionalizarse, laborar, colaborar en la manutención de la familia, viene dándose en la gran mayoría de los hogares. Entonces esto quiere decir que el cuidado de los hijos es una gran responsabilidad y ambos padres deben hacerlo de manera igualitaria, debe tenerse en cuenta que a pesar de las dificultades, los derechos al menor no podrán ser alterados bajo ninguna circunstancia, para lo cual así lo ratifica el Art. 8.1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos (1950): "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia" (p. 301).

Toda solución que se promueva para proteger los derechos del niño o niña deberá estar justificada a la norma internacional de la Convención Internacional sobre los derechos del niño (1959). Según Francesco Ruscello (2007) hace hincapié en la importancia que da la Corte Europea de Derechos Humanos a la Convención Europea y el autor manifiesta que "El régimen de visitas podría suspenderse al manifestarse intolerancia grave por parte del hijo, aunque la ley establezca que se debe mantener vínculo con los progenitores, él menor tiene el derecho de crecer en un ambiente armonioso y estable". (p. 94).

Con respecto a las legislaciones española e italiana ambas regulan la custodia o guarda compartida, en un inicio a esta figura jurídica se le consideró como una norma en blanco, pues la contemplaba la ley, pero en ninguno de sus apartados se indicaba como aplicarla, mientras tanto, Bruno Filippis (2006) considera que "a lo mejor los legisladores tenían la esperanza de que los vacíos se llenaran por sí solos, a medida que fuera apareciendo la jurisprudencia". (p. 9). Como consecuencia de tanto inconveniente fue necesario regular a la custodia con detalle, con el fin de evitar responsabilizar a los operadores de justicia por errores jurídicos.

3.6.1. La custodia o guarda compartida en España.

Incorporada en el marco legal español por intermedio de la Ley 15 (2005), la cual modifica al "Código Civil junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil en el ámbito de separación y divorcio" (2014, p. 239). Por su parte el Art. 39.2 de la Constitución

española (1978) establece: “asegurar la protección integral de los hijos” (p. 17), precepto valioso para elaborar leyes en beneficio del menor que garanticen el cumplimiento de sus derechos fundamentales tal como lo evidencia la reforma a su Código Civil (1889) en el Art. 92 que señala la manera de resolver la guardia de los hijos a partir del divorcio:

- 1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.**
- 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.**
- 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.**
- 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.**
- 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos (...).**
(p. 35)

Además de lo estipulado en la Ley Española en relación con la guarda de los hijos, progresivamente se ha ido teniendo en cuenta la jurisprudencia relacionada con el tema y cada uno de los tribunales designados en los diversos casos resueltos maneja su óptica al respecto, tratando de resolver la crisis de parejas con sus hijos, evitando que estos queden desatendidos, lo importante es que la resolución sea ágil y pueda conseguirse un acuerdo, donde ambas partes resulten beneficiadas, siempre en atención de cumplimiento del principio del interés superior del niño o niña.

Por otra parte, la jurisprudencia española tiene en cuenta determinados elementos antes de concluir con una resolución en cuanto a la tenencia de los hijos, la cual podría ser variable, el recurso 44 (2006), mencionado por Aida De Carlucci, indica: “la actitud adecuada por parte de los progenitores en la guarda de los hijos, independientemente de quien haya sido responsable de la ruptura” (p. 13) Esto es considerado como beneficioso para los hijos, puesto que les aparta de posibles tensiones que pudieren presentarse dentro del hogar, propias del conflicto entre los

adultos.

Es importante tener en cuenta los antecedentes previos, si anteriormente existía algún tipo de cuidado compartido por parte de los padres y si existió un cese de convivencia a uno de los padres, siendo así se niega la convivencia con el padre o madre con quien no pudo ser posible, debido a que podría estar en riesgo el bienestar del menor. En otras situaciones algunos padres no han intentado convivir con los hijos durante los primeros años de vida, entonces porqué intentarían hacerlo después, esta reclamación de ninguna manera podría considerársele como bien vista por parte de la autoridad competente, pues el niño o niña no estarían adaptados a la forma de vida en un nuevo hogar.

Otro elemento importante de analizar trata de la situación patrimonial y económica de la familia, en palabras de Joaquín Ivars (2007): La precariedad de uno de los progenitores claramente dificulta la custodia compartida, ambos padres deberán responder materialmente” (p. 123). Por lo tanto, la sentencia que emita el juez deberá contemplar este aspecto, tanto la situación laboral como también la emocional de los padres. Habrá que mencionar también la disponibilidad de la vivienda digna y adecuada, para que los hijos permanezcan en sitios adecuados de convivencia, sin tener lugar a un impacto perjudicial, con condiciones ambientales adecuadas. En España, si ambos padres viven relativamente cerca, el juez considera la posibilidad de aprobar la alternancia de convivencia por periodos prolongados, “teniendo en cuenta que esto no se torne psicológicamente perjudicial para los hijos” (SAP, 2005, p. 15).

Habría que tomar en cuenta también, la edad, la escolaridad, el estado de salud, la relación familiar, por lo que recomiendan la convivencia con la madre en el caso de los niños menores de seis años, pero al padre se le daría la oportunidad de asignarle un régimen amplio de visitas. De igual manera es importante unificar otros aspectos como establecer horarios similares de sueño, descanso, alimentación, recreación, entre otros, que de ninguna manera se vean alterados por el desempeño laboral. El Art. 92 del Código Civil Español (1889) establece tres tipos de guarda: consensuada, contenciosa y de oficio, la primera consiste en un acuerdo por ambos progenitores; la segunda, dada a petición por parte de uno de los progenitores y la tercera, originada por decisión del juez. (p. 35). Lo anterior no quiere decir que no se tenga en cuenta la opinión del menor o el interés superior de este.

3.6.2. Custodia compartida en Italia.

Aprobada en este país a partir de la reforma a la Ley 54 donde elimina el Art. 155 por e incorpora cinco Artículos más. Aida Kemelmajer de Carlucci (2014) menciona este contenido en su trabajo de investigación, el cual puede considerarse de gran importancia para su análisis correspondiente. El Art. 155 bis se refiere a que: “El juez podrá disponer la guarda de los hijos a uno de los padres, cuando considere que la guardia al otro es contraria al interés del menor” (p. 33). Es decir, los derechos del menor tienen que estar a salvo. Con relación al Art. 155ter, trata acerca de la revisión de la disposición a la guarda de los hijos y establece: “Los padres tienen el derecho de peticionar, en cualquier tiempo, la disposición concerniente a la guarda de los hijos, la atribución del ejercicio de la potestad sobre ellos (...)”. (p. 33). En tanto, el Art. 155 se refiere a la asignación de la vivienda y expresa: “Para la asignación, el juez tiene en cuenta la regulación de las relaciones económicas entre los padres, considerando el eventual título de propiedad (...)”. (p. 33). En este artículo, se hace énfasis en cuanto al cambio de residencia, la parte contraria puede peticionar el cambio del acuerdo o el juez emitir una nueva resolución. El referido Art. 155 por corresponder a los hijos mayores, no es competencia de esta investigación.

Por su parte, esta Ley ordena que las disposiciones mencionadas anteriormente serán aplicables ante la cesación, nulidad o disolución del matrimonio y a su vez a todos aquellos procesos relacionados a los hijos de parejas no casadas. Es importante mencionar el aporte de Aida Kemelmajer de Carlucci (2014) cuando se refiere a la guarda compartida o conjunta que dice: la ley italiana no la define, siendo absolutamente necesario llegar al concepto a través del Art. 155 que establece el “mantener una relación equilibrada y continua con cada progenitor; recibir cuidado, educación e instrucción por parte de ambos, y, conservar relaciones significativas con los ascendientes (...)” (p.36). Esto conlleva a decir que la norma italiana respecto a la custodia es bastante amplia, pues toma en cuenta a la parte material y también a la moral, en beneficio del menor.

3.6.3. La Custodia compartida en la legislación del Brasil.

Situación similar se presenta en Brasil, donde sus legisladores van por el mismo camino, al evitar la vulneración de los derechos de los menores a causa de la separación de sus padres. En este país se han promulgado normas eficientes y muy claras para los dos tipos de custodia que existen al momento: La compartida y la unilateral, las cuales se encuentran establecidas en el Art. 1.583, numerales 1º y 2do del Código Civil Brasileiro (2002) respectivamente. De acuerdo a lo expresado por Aida Kemelmajer de Carlucci (2014), existe diferencia con respecto a las dos legislaciones expuestas anteriormente, puesto que la brasileña si proporciona los conceptos, tal como se expone a continuación, de acuerdo a la reforma del cuerpo legal, mediante ley 11.698, publicada en el año 2008:

1583.1 Entiéndase por guardia unilateral la atribuida a uno solo de los progenitores o a alguien que los sustituye y por guarda compartida la responsabilización conjunta del ejercicio de los derechos y deberes del padre y de la madre que no viven bajo el mismo techo concerniente al poder familiar de los hijos comunes.

1583.2 La guarda unilateral será atribuida al progenitor que releve mejores condiciones para ejercerla (...) (p. 189)

Otro rasgo que no se debe pasar por alto de esta Ley es que el Art. 1.584 destaca que la guarda natural o compartida, se podrá considerar como petitionada, decretada a cargo del juez que lleva la causa o también en la audiencia de conciliación. En caso de no existir ningún acuerdo entre las partes, ésta será decretada como compartida, pero será un equipo multidisciplinario quien a petición del Ministerio Público guiará a los padres para que los periodos de convivencia se den de la mejor manera, en beneficio del niño o niña. Además, de llegar a demostrarse que los padres no son aptos para asignarles la guarda, se lo hará a quien se encuentre en condiciones requeridas, caso contrario se lo hará a otro miembro considerado de preferencia o por grado de parentesco, teniendo en cuenta relaciones de afecto y afinidad. (p. 280).

Para concluir, presentadas las legislaciones española, italiana y brasilera se puede manifestar que en ellas se observa un verdadero cambio significativo, siendo la custodia o guarda de mayor beneficio para el menor la compartida, siempre y cuando

ambos padres se encuentren aptos para hacerlo en cuanto a garantizar los derechos al menor, cumpliendo con sus responsabilidades de manera justa, claro que no sobra manifestar que lo mejor sería que ambos padres opten por un acuerdo con el fin de evitar arbitrariedades, pero de no ser así será el juez quien tendrá que emitir su sentencia basado en la ley y sobre todo en el interés superior del niño.

CAPÍTULO IV: DESARROLLO DE LA PROPUESTA

4.1. Justificación

Los derechos que se encuentran establecidos en la Constitución de la República deben estar estrictamente protegidos mediante la emanación de leyes secundarias que procurarán su cumplimiento, caso contrario se procederá con las sanciones correspondientes, en cada uno de los casos. La presente propuesta de modificación al Código de la Niñez y Adolescencia se ha convertido en una necesidad con el fin de evitar que se continúe vulnerando el principio del interés superior del niño, por cuanto los hijos, necesitan convivir con ambos progenitores, quienes tienen a su cargo la responsabilidad de criarlos en un ambiente apto y saludable.

4.2. Antecedentes

Teniendo en cuenta estadísticas proporcionadas por el INEC (2016) los índices de divorcio se han incrementado últimamente, año a año, lo preocupante es que niños y niñas se han convertido en hijos de la discordia, debido a los conflictos que produce una separación de pareja, ellos no pueden continuar siendo víctimas de las decisiones de los adultos y los jueces no tienen otro camino que aplicar la ley, tal cual como se encuentra establecida en la Ley, la cual puede considerarse como beneficiosa para la madre en el tema de la custodia de los hijos. Además, de lo expuesto hay que erradicar algunas prácticas culturales basadas en una madre cuidadora y un padre proveedor, es decir la estructura familiar varía permanentemente y lo que se busca a través de una reforma es que la tenencia sea compartida, adoptando cualidades de equidad y cumplimiento de los derechos.

4.3. Objetivos

4.3.1. General

Garantizar el cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. Específicos

- a) Establecer soluciones legales con el fin de disminuir la problemática que surge cuando la pareja en proceso de divorcio tiene hijos, por lo cual definir su custodia o tenencia se convierte en conflicto.
- b) Establecer nuevos mecanismos jurídicos que permitan proteger el cumplimiento del principio del interés superior del niño, al momento de resolver asuntos legales frente al distanciamiento entre los progenitores.
- c) Identificar posibles errores que se encuentran insertos en el actual Código de la Niñez y Adolescencia con el fin de promulgar una nueva ley que establezca la tenencia compartida parental.

4.4. Mapa de Quito



Imagen 1. Mapa de Quito
Fuente: (mapsofworld.com, 2017)

4.5. Beneficiarios

4.5.1. Beneficiarios directos.

Niños y niñas hijos de padres separados o en proceso de divorcio, progenitores y familias ampliadas.

4.5.2. Beneficiarios indirectos.

Estado ecuatoriano, jueces, operadores y funcionarios de justicia, terapéuticos, mediadores, conciliadores y profesionales en derecho que practican el libre ejercicio.

4.6. Análisis de Resultados

Se realizaron tres (3) entrevistas a los siguientes profesionales.

1. Dr. Santiago Villarreal
2. Dr. Rómulo Andrés Salvador Suarez
3. Dra. Martha Margoth Chiriboga Insausti

De las opiniones vertidas del cuestionario realizado se puede enfatizar lo siguiente: Dentro de lo expuesto por el entrevistado Santiago Villarreal se destacan los siguientes comentarios:

- a) El marco legal actual que regula los derechos de la niñez y la adolescencia favorece significativamente a la madre en cuanto a la tenencia de los hijos, vulnerando el principio de corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República.
- b) El Colectivo que se encuentra bajo su dirección ha realizado una propuesta de reforma de Ley al Código de la Niñez y Adolescencia, donde plantea la necesidad de introducir la figura de la custodia compartida, además de la mediación entre los padres con el fin de abordar la responsabilidad compartida en la crianza de los hijos e hijas.
- c) Culturalmente al padre se le ha considerado como responsable al momento de ser un buen proveedor, mientras que a la madre se le ha asignado el rol exclusivo de cuidadora y protectora de los hijos, situación que debe cambiar, dada las condiciones en que ha variado la estructura familiar durante los últimos años.

Por su parte, Rómulo Andrés Salvador Suárez, realza la temática del régimen de visitas, de lo cual puede señalarse:

- a) Es importante que los hijos dispongan del tiempo necesario con ambos padres, sin presiones o chantajes de ningún tipo de parte del progenitor no custodio.
- b) En muchos de los casos el régimen de visitas no es respetado, especialmente cuando las madres no permiten que los padres vean a sus hijos anteponiendo determinadas excusas, haciendo caso omiso a la resolución emitida por el juez.
- c) Es demasiado compleja la reclamación, ante la autoridad competente, el cumplimiento del régimen de visitas. Además, es inaudito que se le denomine como visitante al progenitor no custodio, sabiendo que él debe cumplir con sus obligaciones en igual proporción, es decir sin favoritismos.

Para terminar con el aporte de los profesionales entrevistados, a continuación, se mencionan algunos comentarios muy interesantes propuestos por la Dra. Martha Margot Chiriboga Insuasti:

- a) El cumplimiento del interés superior del niño es lo más importante en cuanto a la convivencia de niños, niñas y adolescentes de progenitores que por algún motivo se han separado, divorciado o se encuentran en proceso de distanciamiento.
- b) La actuación de un equipo multidisciplinario podría considerarse de gran valor en la toma de decisiones por parte de los progenitores, esto antes de judicializarse o la emisión de una sentencia por parte del juez o jueza que tenga a cargo la causa.
- c) Mientras menos traumática sea la separación, los efectos negativos sobre el menor podría disminuir considerablemente, evitaría bajo rendimiento académico, agresividad, resentimientos, abandono, entre otros. Por lo tanto, se considera necesario que se tenga en cuenta la aplicación de la justicia terapéutica dentro de los casos de tenencia de los hijos, con el fin de llegar a acuerdos saludables que beneficiarían no sólo a los hijos, sino también a progenitores y familias ampliadas.

4.7. Desarrollo de la propuesta

A través de un proyecto de Ley Orgánica sustituir específicamente el contenido

que establece la tenencia de los hijos expuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia, es decir reemplazar el numeral 2do del Art. 106 por el siguiente contenido:

“A falta de un acuerdo entre los progenitores o de considerarse el existente perjudicial para el menor, la tenencia deberá resolverla el juez o jueza, después de analizar los resultados obtenidos del estudio llevado a cabo por un equipo multidisciplinario, pudiendo determinar la tenencia compartida. Además, en la sentencia se incorporarán todas las medidas necesarias de cumplimiento”. ((Congreso Nacional, 2003, p. 35)

Si se trata de adoptar en la nueva ley una nueva tenencia compartida donde no existan ciertos sesgos de favorabilidad, por ende, sería necesario derogar los numerales 3 y 4 del Art. 106.

Puede observarse en el texto anterior que el favoritismo hacia la madre desaparece, por lo cual se establece la tenencia compartida como figura jurídica que se encarga de dar la oportunidad tanto al padre como a la madre para participar de manera conjunta y equitativa en la crianza y formación de los hijos sin que intervenga la acción destructiva en contra de quien parte del hogar, esto con el fin de salvaguardar el mayor interés del niño, niña o adolescente.

4.8. Fases de presentación del proyecto de ley

La aprobación de leyes y reformas a las ya existentes en el Ecuador es función de la Asamblea Nacional, esto con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías contenidos en la Constitución de la República. Cabe preguntar quién o quiénes tienen la potestad de presentar proyectos de ley, se encuentran habilitados para ello: a) Asambleístas que tengan el apoyo de su bancada o también por lo menos el 5% de los miembros; b) El presidente de la República; c) Dependencias del Estado que se encuentren relacionadas con la temática expuesta; d) La Corte Constitucional, Procuraduría, Fiscalía, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública, siempre y cuando sean de su competencia y, e) organizaciones y ciudadanos que dispongan por lo menos del 0.25% del padrón electoral.

Tabla 1
Fases de presentación del proyecto de Ley

ACTIVIDADES	TÉRMINO/días
Presentación del proyecto	30
Calificación	
Presentación del 1er.informe	65
Primer debate	3
Presentación 2do. Informe	45
Segundo debate	8
Votación	3
Envío al ejecutivo	30
Veto o aprobación	30
Publicación (*)	T. indeterminado
Socialización (*)	T. determinado

Fuente: Elaboración propia

En la tabla 1 se relacionan las diversas fases que se deben cumplir para publicar una Ley en el Registro Oficial, las cuales se indican a continuación: Presentación del Proyecto, la Presidencia de la Asamblea lo recepta para posteriormente enviarlo al Consejo de Administración Legislativa (CAL); seguidamente pasa a calificación, con treinta días para emitir cualquier pronunciamiento; durante esta etapa se revisará que corresponda a determinada materia; el contenido de la exposición de motivos, el articulado y demás requisitos que correspondan a la iniciativa. La presentación del primer informe, colocándose un período máximo de 65 días para hacerlo, por lo que no podrá ejecutarse en menos de quince días ni después de los cuarenta y cinco, pero se podrá prorrogar veinte días. Continúa el proceso con el primer debate, llevado a cabo por la Asamblea que sesionará hasta por tres días con el objetivo de resolver. Luego de esto, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, la comisión asignada realizará el segundo informe, para de esta manera dar paso al segundo debate, realizándose en una sesión y pudiéndose plantear modificaciones también podrá pedirse su archivo, de ser aprobado se lo enviará al Presidente de la República para que a su vez lo apruebe o sancione de manera parcial o total.

Un proyecto de ley de ser objetado parcialmente, la Asamblea podría tomar la decisión de allanarse, de igual manera está en la capacidad de aprobarlo en treinta días, pero de no ratificarse en su contenido o no considerar la objeción, se dará por sentado su allanamiento al mismo. En el caso de existir objeción total, la Asamblea lo podría considerar nuevamente después de transcurrido un año, ratificándolo únicamente en un debate y con el voto favorable de 2/3 partes de sus integrantes. Siendo el proyecto sancionado y no habiéndose objetado durante un periodo hasta de treinta días, entonces podrá ser promulgado y posteriormente publicado en el Registro Oficial. Es importante agregar que si dicha objeción contempla de alguna manera inconstitucionalidad, se hará necesaria la intervención por parte de la Corte Constitucional a través de la emisión de un dictamen en un plazo hasta de treinta días.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

Al terminar el trabajo de investigación se consideran las siguientes conclusiones:

1. Se demuestra que el derecho constitucional de corresponsabilidad parental no se cumple en el Ecuador, de tal manera que se vulnera de manera permanente, ya que la determinación por parte de los jueces podría considerarse como sesgada, al momento que beneficia a la madre.
2. Un acuerdo saludable entre los padres impide que el niño o niña quiebre el vínculo con el padre que ya no convive, evitando una supuesta competencia entre los progenitores.
3. Es importante reconocer que todos los casos son distintos, por su parte existen padres que no desean compartir con sus hijos, por lo tanto, no aplicaría la tenencia compartida de estar esta situación presente.
4. El niño o niña necesita tener el nexo o vínculo con su progenitor no custodio, de lo contrario se vulneraría el derecho del niño a compartir con su padre y madre, esto interviene favorablemente en el desarrollo integral del menor.
5. Generalmente quien tiene la tenencia del niño o niña no cumple con el régimen de visita acordado o resuelto por el juez, aduciendo diversas excusas para de alguna manera impedirlo.
6. La tenencia compartida de ninguna manera arreglará el conflicto que existe entre los progenitores, pero puede mermar la tensión que impacta en los hijos.

5.2. Recomendaciones

1. Antes de llegar a la judicialización es necesario que se haga uso de la mediación efectiva, esta ha de ser obligatoria entre los progenitores, para lo cual el involucramiento del equipo multidisciplinario especializado será de gran importancia para llegar a un acuerdo.
2. El incorporar a la tenencia compartida en la reforma de ley al Código de la Niñez y Adolescencia permite que los niños y niñas puedan disfrutar de

manera equitativa del padre y de la madre, de tal manera que se dé cumplimiento efectivo al principio de corresponsabilidad parental.

3. El Estado debe participar activamente a través de la instauración procedimientos para llevar a cabo el análisis profundo de cada uno de los casos por parte de un equipo multidisciplinario para facilitar acuerdos o proporcionar al juez o jueza las herramientas necesarias para dictar sentencia.
4. Debe dejarse de lado considerar a los padres como periféricos o visitantes de sus hijos, esto priva a los niños y niñas del derecho de corresponsabilidad compartida de manera equitativa con ambos padres. Definitivamente el concepto de régimen de visitas para los padres no custodios debe desaparecer de la Ley.
5. La instauración de la tenencia compartida evitaría que generen determinados problemas conductuales en el menor, que en muchos de los casos son difíciles de detectar durante los primeros años de vida, pero podrían manifestarse a partir de la adolescencia.
6. Es el momento en el Ecuador de dejar de lado la tenencia monoparental, es decir favorece a una de las partes y se instaure el modelo de la tenencia coparental.
7. Debe mencionarse que paralelamente a toda reforma de ley se debe establecer su correspondiente regulación legal, sobre la base real de las partes que conformen el proceso, el contexto familiar de cada caso es diferente, a pesar de la similitud que pueda presentar con otros, y es el equipo multidisciplinario quien deberá presentar los resultados del estudio, pronunciando si al niño o niña le podría favorecer la tenencia compartida, teniendo en cuenta el principio del interés superior.
8. Coparentalidad Ecuador enfatiza la necesidad de incluir la tenencia compartida dentro de la legislación con el fin de dar cumplimiento al principio de corresponsabilidad, es decir igualdad de condiciones en el cumplimiento de las responsabilidades para con los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, M. (26 de diciembre de 2016). *Alcances de la corresponsabilidad parental en la educación formal de los hijos*. Obtenido de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/12/26/Alcances-de-la-corresponsabilidad-parental-en-la-educacion-formal-de-los-hijos.aspx>
- Agurtzane, G. L. (2007). *La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género*. Alemania.
- Alascio, L., & Marín, I. (2007). *Juntos pero no revueltos: La custodia compartida*. Madrid: Revista para el análisis del derecho.
- Asamblea Nacional Constituyente . (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- BOE. Legislación Consolidada . (1889). *Código Civil Español*. Madrid: Ministerio de Graciua y Justicia.
- Buchanam, Maccoby, & Dornbusch. (1991). *Atrapado entre los padres. La experiencia de los hijos frente al divorcio* . Ed. Casas.
- Castillo, I. (13 de octubre de 2016). *El incumplimiento del régimen de visitas*. Obtenido de <http://www.mundojuridico.info/incumplimiento-regimen-visitas/>
- Código Civil Brasileiro. (2002). *Ley No. 10.406*. Brasilia.
- Coltrane, S. (2008). *Gender and Families*. Pine Fore Prss.
- Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Congreso Nacional. (2009). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Consejo de Europa. (2015). *Resolución 2079, sobre igualdad y corresponsabilidad*.
- Constitución Española. (1978). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Convención Europea de Derechos Humanos. (1950).
- De Carlucci, A. K. (2014). *La guardia comparida. Una visión comparativa*. México D.F.: Unam.
- Declaración de los Derechos del Niño. (1959).
- Filippis, B. (2006). *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*. Cedam.

- <http://www.eltiempo.com>. (02 de mayo de 2017). *¿custodia compartida?* Obtenido de <http://www.eltiempo.com.ec/noticias/editorial/1/412202/custodia-compartida>
- Huaita, M. (1999). *Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño a niña*. Santiago de Chile: Lorn.
- INEC. (2010). *Intituto Nacional de Estadísticas y Censos*. Quito.
- Ivars, J. (2007). *La guardia y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustnativo. Doctrina y Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kelly, & Joan. (2000). *El ajuste de los niños en el matrimonio y el divorcio en conflicto*. Nueva York: American Academy of Child and Adolescent Psychiatry.
- Loizaiga, F. (2011). *Parentalidad positiva. Las bases de la construcción de la persona*. Brisbane: Universidad de Queensland.
- López -Contreras, R. E. (2013). *Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido*. Guatemala: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales Niñez y Juventud.
- mapsofworld.com. (20 de agosto de 2017). *Mapa de Quito*. Obtenido de <https://espanol.mapsofworld.com/wp-content/uploads/2013/12/mapa-de-quito.jpg>
- Newman, M. (1999). *Importancia de la familia*. Nueva Zelanda.
- Nieri, L. (2012). *Paternidad y maternidad. Aproximaciones psicológicas y socioculturales*. Buenos Aires: Poiésis.
- Nieri, L. (2015). *Sensibilidad Paterna. Relación entre estrés, ansiedad y depresión*. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales.
- Novoa, J. (24 de mayo de 2017). *¿Cómo funciona la custodia de menores compartida?* Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/civil-y-familia/como-funciona-la-custodia-de-menores-compartida>
- ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño* .
- Rusello, F. (2007). *Crisi della famiglia e affidamenti familiari*. Ipsosa.
- SAP. (2005). *Informe de equipo psicossocial incorporado en un expediente de un caso*. Valencia.
- Tamanza, S., & Ranieri, M. (2013). *Separation and divorce in Italy: Parenthood,*

children's custody, and family mediation. Family Court Review.

Zambrano, D. (02 de septiembre de 2008). *Interés superior del niño y de la niña.*

Obtenido de

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodelaninezylaadolescencia/2008/09/02/interes-superior-del-niNo-y-de-la-nina>

Zambrano, V. (2008). *Revista Derecho de Familia.* San José de Costa Rica: Cedam.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **HEREDIA CEPEDA JOSÉ LUIS**, con C.C: # 0502278534 autor/a del trabajo de titulación: **La preferencia de la madre en la custodia los hijos, vulnera el Principio de Corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador** previo a la obtención del título de **ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPUBLICA** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 25 de agosto del 2017

f. _____

Heredia Cepeda José Luis

C.C: 0502278534



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA		
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN		
TEMA Y SUBTEMA:	La preferencia de la madre en la custodia los hijos, vulnera el Principio de Corresponsabilidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador	
AUTOR(ES)	Heredia Cepeda José Luis	
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab, Segura Ronquillo Erika Alexandra, Mgs.	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas	
CARRERA:	Carrera de Derecho	
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Juzgados y Tribunales de la Republica	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	25 de agosto del 2017	No. DE PÁGINAS: 58
ÁREAS TEMÁTICAS:	Penal, Constitucional	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Niñez y adolescencia, custodia de los hijos, principio de corresponsabilidad, coparentalidad, custodia compartida	
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>Al presentarse la ruptura de relación de pareja con ello sobreviene crisis que de alguna manera afectan la armonía familiar, una de ellas es la de decidir coherentemente cuál de los progenitores se va a encargar del cuidado de los hijos, es decir quién asumirá la custodia, tratándose del Ecuador, por lo general preferentemente es otorgada en favor de la madre, tal como lo establece la normativa legal vigente. En este sentido, es necesario tener especial cuidado, pues en la mayoría de los casos son los menores quienes resultan mayormente afectados a consecuencia de la separación o divorcio de sus padres, ellos se convierten en víctimas silenciosas y son quienes tendrán que adaptarse a nuevos círculos familiares, inclusive totalmente inciertos. Lo más conveniente para todos es que ambos progenitores a través de consenso acuerden respecto a la custodia, pero siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, bien podría ser compartida o alternada, sin embargo, esto no se logra, pues se superponen otros intereses que son propios de los adultos y ninguno quiere ceder y entonces será el juez quien tendrá que tomar la decisión. Considerando lo expresado anteriormente, se hace necesario que en el Ecuador se introduzca jurídicamente la figura de custodia compartida, con el ánimo de lograr la participación continua de ambos progenitores en la formación y crianza de los niños y niñas menores de cinco años.</p>	
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-9-0982314938	E-mail: jose.heredia.jlhc@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Ab. Paola Toscanini Sequeria, Mgs.	
	Teléfono: +593-4-3704160	
	E-mail: paolats77@hotmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		