



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS  
SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

---

**“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA”**

---

Trabajo de titulación previo a la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

**AUTOR:**

Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

**TUTOR:**

Dr. Edwin Wilfrido Cortés Naranjo

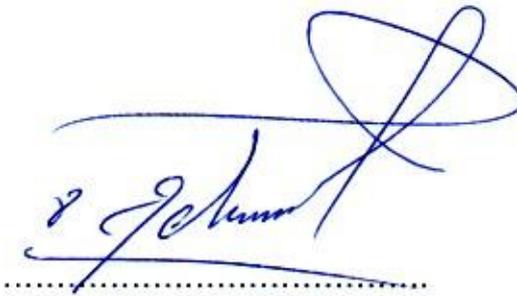
**Ambato – Ecuador**

**2017**

## **CERTIFICACIÓN DEL TUTOR**

En calidad de Tutora del Trabajo de Investigación sobre el tema “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA” del Señor Edison Lenin Acosta Luzuriaga , Egresado de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, considero que dicho Trabajo de Graduación reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometidos a Evaluación del Tribunal de Grado, que el H. Consejo Directivo de la Facultad designe, para su correspondiente estudio y calificación.

Ambato, 09 de septiembre del 2016



**Dr. Edwin Wilfrido Cortés Naranjo**

**Tutor**

## **AUTORÍA DEL TRABAJO**

Los criterios emitidos en el trabajo de investigación “**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA**”, como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuesta son de responsabilidad del autor.

Ambato, 09 de septiembre del 2016

Autor



**Edisson Lenin Acosta**

## **DERECHOS DEL AUTOR**

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que haga de ésta tesis o parte de ella un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la institución.

Cedo los derechos en línea patrimoniales de mi tesis, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de esta tesis, dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica y se realice respetando mis derechos de Autor.

Ambato, 09 de septiembre del 2016



**Edisson Lenin Acosta**

## APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Los miembros del Tribunal de Grado APRUEBAN el trabajo de investigación sobre el Tema: “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA”, presentado por el Señor Edison Lenin Acosta, de conformidad con el reglamento de Graduación para Obtener el Título Terminal de Tercer Nivel de la U.T.A.

Ambato,.....

Para constancia firman:

f) .....

Presidente

f) .....

Miembro

f) .....

Miembro

## **DEDICATORIA**

A Dios, por brindarme la oportunidad de hacer mi sueño realidad, por permitir que esto que empezó con gran ilusión llegué a la cúspide, pero sobre todo por ayudar a que el ayer no se estanque, dando paso al presente para por fin llegar a ese futuro tan anhelado y lleno de esperanzas.

A Margolí y Luciano, mis padres, quienes sembraron en mi la semillita de la superación, quienes apostaron todo por mí, brindándome su apoyo incondicional, ellos el motor de mi vida.

A mis hermanos, de quienes siempre recibí la confianza y han estado presentes en cada acto de mi vida y con quienes comparto no solo lazos de hermandad, también de amistad.

A mis pequeños sobrinos, quienes con su inocencia me ayudaron a no mirar atrás y a seguir con paso firme, convirtiéndome en modelo y ejemplo a seguir.

A toda mi familia, en especial a aquellos que han pasado por mi vida y han dejado huellas.

Edisson Lenin Acosta Luzuriag

## **AGRADECIMIENTO**

A través del presente trabajo investigativo, quiero extender un agradecimiento a Dios, por guiar mi camino y hacer posible mis ideales.

A mi familia, quienes han sido el ejemplo a seguir y me han enseñado a perseverar, a seguir adelante y a luchar por mis sueños.

A la Universidad Técnica de Ambato, la cual me abrió las puertas y proveyó de docentes idóneos y capacitados, instruyéndome con métodos y estrategias actuales de enseñanza.

A la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho por su sacrificada labor en beneficio de las juventudes y futuros profesionales del país, por contribuir a mi formación y sembrar las bases para las futuras edificaciones.

A Todos ustedes, mi agradecimiento imperecedero por ser el aporte al éxito y al logro de mis ideales.

Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

## ÍNDICE GENERAL

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR .....	ii
AUTORÍA DEL TRABAJO .....	iii
DERECHOS DEL AUTOR .....	iv
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO .....	v
DEDICATORIA .....	vi
AGRADECIMIENTO.....	vii
ÍNDICE GENERAL.....	viii
ÍNDICE DE TABLAS .....	xiii
ÍNDICE DE CUADROS.....	xiv
ÍNDICE DE GRÁFICOS .....	xv
RESUMEN EJECUTIVO .....	xvi
ABSTRACT.....	xvii
INTRODUCCIÓN .....	1

## CAPÍTULO I EL PROBLEMA

TEMA DE INVESTIGACIÓN .....	2
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	2
CONTEXTUALIZACIÓN .....	2
MACRO .....	2
MESO.....	4
MICRO.....	5
ÁRBOL DE PROBLEMAS .....	7
ANÁLISIS CRÍTICO.....	8
PROGNOSIS.....	9
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
PREGUNTAS DIRECTRICES .....	9
DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN .....	9
DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO.....	9

DELIMITACIÓN ESPACIAL: .....	9
DELIMITACIÓN TEMPORAL: .....	10
UNIDADES DE OBSERVACIÓN.....	10
JUSTIFICACIÓN .....	10
OBJETIVOS .....	11
OBJETIVO GENERAL.....	11
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	11

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEORICO**

ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....	12
FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA.....	13
FUNDAMENTACION LEGAL.....	14
CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR .....	14
CÓDIGO ÓRGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....	15
CÓDIGO CIVIL.....	15
CATEGORÍAS FUNDAMENTALES .....	17
CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE.....	18
CONSTELACION DE IDEAS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE.....	19
DESARROLLO DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE.....	20
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR .....	20
CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....	22
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .....	24
PERSPECTIVA DOCTRINAL .....	24
ÓPTICA INTERNACIONAL.....	25
ANTECEDENTES DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO .....	29
AMÉRICA LATINA .....	29
CONVENCIÓN DE LA NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS NIÑOS.....	31
LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MENOR .....	33
DERECHOS HUMANOS .....	34
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR .....	35

ORIGEN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .....	36
HISTORIA .....	36
DESARROLLO DE LA VARIABLE DEPENDIENTE .....	40
DERECHO COMPARADO .....	40
CÓDIGO CIVIL.....	43
CUSTODIA.....	43
CUSTODIA COMPARTIDA .....	44
RELACIONES PARENTO FILIALES .....	47
TIPOS DE CUSTODIA: .....	48
CUSTODIA EXCLUSIVA O INDIVIDUAL .....	48
CUSTODIA COMPARTIDA .....	48
LA CUSTODIA COMPARTIDA EN SENTIDO AMPLIO .....	48
LA CUSTODIA COMPARTIDA EN SENTIDO ESTRICTO O LEGAL .....	49
BENEFICIOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA .....	49
SINDROME DE ALIENACION PARENTAL.....	50
TIPOS DE SÍNDROME DE ALIENACION PARENTAL.....	50
ORIGEN DE LA TENENCIA COMPARTIDA.....	51
HIPÓTESIS ALTERNATIVA.....	52
HIPOTESIS NULA.....	52
SEÑALAMIENTO DE VARIABLES.....	52

### **CAPÍTULO III METODOLOGÍA**

ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN .....	53
MODALIDAD BÁSICA DE LA INVESTIGACIÓN.....	53
INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA O DOCUMENTAL.....	53
INVESTIGACIÓN DE CAMPO .....	54
NIVEL O TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	54
INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA .....	54
INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA.....	54
ASOCIACIÓN DE VARIABLE.....	55
POBLACIÓN Y MUESTRA.....	55

POBLACIÓN .....	55
MUESTRA.....	56
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS .....	57
ENCUESTA.....	57
OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES DEPENDIENTE .....	58
PLAN DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN .....	60
PLAN DE PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....	60
CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN .....	61
TABULACIÓN DE LA INFORMACIÓN .....	61

#### **CAPÍTULO IV**

##### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

ESTRUCTURA DE LA ENCUESTA.....	62
TABULACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	62
ENCUESTA.....	63

#### **CAPÍTULO IV**

##### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

CONCLUSIONES .....	86
RECOMENDACIÓN.....	87

#### **CAPÍTULO VI**

##### **LA PROPUESTA**

DATOS INFORMATIVOS .....	88
ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA .....	88
JUSTIFICACIÓN .....	89
OBJETIVOS .....	90
OBJETIVO GENERAL.....	90
OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	90
ANÁLISIS DE FACTIBILIDAD .....	90
POLÍTICO.....	90

SOCIAL .....	91
ECONÓMICO.....	91
LEGAL.....	91
FUNDAMENTACIÓN LEGAL.....	91
DESARROLLO DE LA PROPUESTA.....	93
MODELO OPERATIVO .....	96
ADMINISTRACIÓN .....	96
RECURSOS INSTITUCIONALES.....	97
RECURSOS HUMANOS .....	97
RECURSOS MATERIALES.....	97
RECURSOS TECNOLÓGICOS .....	97
RECURSO FINANCIERO .....	98
PREVISIÓN DE LA EVALUACIÓN.....	98
MATRIZ DEL PLAN DE EVALUACIÓN.....	98
BIBLIOGRAFÍA.....	99
LEYES .....	100
ANEXOS	
PAPER	

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla No.1:</b> Muestra .....	58
<b>Tabla No. 2:</b> Operacionalización de la Variable Independiente .....	59
<b>Tabla No. 3</b> Recolección Información .....	60
<b>Tabla No. 4</b> Verificación de Hipótesis .....	83
<b>Tabla No. 5</b> Modelo Operativo .....	96
<b>Tabla No. 6</b> Plan de Evaluación .....	98

## ÍNDICE DE CUADROS

<b>Cuadro No. 1</b> Pregunta N° 1 .....	63
<b>Cuadro No. 2</b> Pregunta N° 2 .....	65
<b>Cuadro No. 3</b> Pregunta N° 3 .....	67
<b>Cuadro No. 4</b> Pregunta N° 4 .....	69
<b>Cuadro No. 5</b> Pregunta N° 5 .....	71
<b>Cuadro No. 6</b> Pregunta N° 6 .....	73
<b>Cuadro No. 7</b> Pregunta N° 7 .....	75
<b>Cuadro No. 8</b> Pregunta N° 8 .....	77
<b>Cuadro No. 9</b> Pregunta N° 9 .....	79
<b>Cuadro No. 10</b> Pregunta N° 10 .....	81

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

<b>Gráfico No. 1:</b> Árbol de Problemas .....	7
<b>Gráfico No. 2:</b> Categorías Fundamentales .....	17
<b>Gráfico No. 3:</b> Categorías Fundamentales .....	18
<b>Gráfico No. 4:</b> Constelación de Ideas (Variable Independiente) .....	19
<b>Gráfico No. 5:</b> pregunta N° 1 .....	63
<b>Gráfico No. 6:</b> pregunta N° 2 .....	65
<b>Gráfico No. 7:</b> pregunta N° 3 .....	67
<b>Gráfico No. 8:</b> pregunta N° 4 .....	69
<b>Gráfico No. 9:</b> pregunta N° 5 .....	71
<b>Gráfico No. 10:</b> pregunta N° 6 .....	73
<b>Gráfico No. 11:</b> pregunta N° 7 .....	75
<b>Gráfico No. 12:</b> pregunta N° 8 .....	77
<b>Gráfico No. 13:</b> pregunta N° 9 .....	79
<b>Gráfico No. 14:</b> pregunta N° 10 .....	81

## RESUMEN EJECUTIVO

El trabajo de graduación con el tema: “**EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA**”, tiene como propuesta regular dentro de la Legislación Ecuatoriana la custodia compartida, esto con el fin que el interés superior del niño no sea vulnerado.

En nuestro país tras el divorcio o separación de una pareja, es la madre quien en la mayoría de los casos se queda con la tenencia de los hijos, sin que exista de por medio una evaluación de lo que realmente sea beneficioso para el hijo. De este modo el niño o niña se encuentra privado de compartir en igualdad de condiciones con el padre y la madre, es decir esto vulnera el interés superior del niño.

La custodia monoparental, la única aplicada en nuestro país de acuerdo a nuestra legislación, en todas las situaciones de crisis familiar, no aporta al fortalecimiento de las relaciones parento filiales, al contrario ocasiona que las relaciones afectivas entre el hijo y el padre que no posee la custodia desaparezcan.

Por lo que de acuerdo a lo anteriormente mencionado, a fin de velar por el efectivo cumplimiento de los derechos de los niños y niñas hemos visto la necesidad de incorporar dentro de la Legislación Ecuatoriana la custodia compartida de los hijos menores de edad luego de un divorcio o separación de sus padres.

La custodia compartida de acuerdo al Derecho Comparado, es aplicada en situaciones de crisis familiares, es decir en un divorcio o separación, y tiene como característica el hecho de que los padres alteran el cuidado y convivencia de sus hijos, en igualdad de derechos y deberes, con la finalidad de satisfacer sus necesidades tanto materiales como espirituales.

La aplicación de la custodia compartida en países como España, Chile y otros, ha resultado muy beneficioso, puesto que esto evita que los niños crezcan con problemas psicológicos y además permite que los menores conserven los lazos con ambos progenitores.

**Palabras Claves:** Constitución, Código de la Niñez, Código Civil

## ABSTRACT

The graduation work on "SHARED CUSTODY AND CHILD'S BEST INTERESTS", is to propose the institution within Ecuadorian law of joint custody, this in order to avoid the principle the best interests of the child to be violated.

In our country after divorce or separation from a partner, the mother is whom in most cases is left with the custody of children, without an assessment of what really is beneficial to the child. Thus the child is deprived of sharing on equal terms with the father and mother; that is, it violates the best interest of the child.

Sole custody, currently, the only one applied in our country according to our legislation. In all situations of family crisis it does not contribute to strengthening parental relations subsidiaries; in the contrary, it causes emotional relationships between the child and the parent who does not have custody to disappear.

So according to the above, in order to ensure the effective implementation of the rights of children we have seen the need to incorporate into Ecuadorian law joint custody of minor children after a divorce or separation of their parents.

Joint custody, according to comparative law, is applied in situations of family crisis, for instance, in a divorce or separation, and is eminent by the fact that parents alter care and coexistence of their children, equal rights and duties, in order to meet their needs both material and spiritual.

The application of joint custody in countries like Spain, Chile and others, has been very beneficial, since this prevents children growing up with psychological problems; besides, it also allows children to hold affective bonds with both parents.

**Keywords:** Constitution, Children's Code, Civil Code

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación tiene como tema: El Interés Superior del niño y la Custodia Compartida.

Esta investigación se desarrolló en seis capítulos determinados y son:

EL CAPÍTULO I, EL PROBLEMA de la investigación; “El Interés Superior del niño y la Custodia Compartida”, lo que ha permitido poder contextualizar, analizar de forma crítica, enfocarse en que sucedería si no se da una pronta solución, formular, determinar la delimitación en tiempo y espacio, justificarlo en torno al porqué de su investigación y sus objetivos, los que serán general y específicos.

EL CAPÍTULO II, MARCO TEÓRICO, contiene: los antecedentes investigativos del estudio recopilados de varias fuentes, las fundamentaciones: filosófica y legal; así como las categorías fundamentales, la hipótesis y el señalamiento de las variables.

EL CAPÍTULO III, METODOLOGÍA, tiene el enfoque de la investigación, la modalidad básica de la investigación, tipo o nivel de investigación, técnicas e instrumentos a aplicarse, la población y muestra a ser investigados, las operacionalizaciones de las variables.

EL CAPÍTULO IV, es el análisis e interpretación de datos, está diseñado para la realización de un adecuado análisis e interpretación de resultados que se han recogido mediante las encuestas realizadas a los abogados en libre ejercicio y los jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, por medio de tabulaciones, gráficos y cuadros estadísticos, lo que nos permitirá tener una conclusión más clara de la presente investigación.

EL CAPÍTULO V, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, las mismas que se establecen luego de haber realizado la investigación correspondiente.

EL CAPÍTULO VI, PROPUESTA, la misma que se ha enfocado a resolver el problema.

**Línea de Investigación:** Código Civil y Código de la Niñez

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **Tema de Investigación**

“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA”

#### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **CONTEXTUALIZACIÓN**

##### **MACRO**

A nivel **mundial** el interés superior del niño y la custodia compartida, es llevado a cabo de la siguiente manera:

El concepto de custodia compartida tiene una trayectoria relativamente larga en el contexto de derecho de familia internacional. Desde sus primeras formulaciones en los primeros años setenta, hasta su introducción, con diferentes acepciones, en la práctica total de las diferentes legislaciones.

Ibañez, Andrés. (2011), menciona:

“La primera versión del concepto Custodia Compartida fue desarrollada alrededor de 1970. El primer estatuto de custodia conjunta fue aprobado en el Estado Norteamericano de Indiana en 1973, y desde entonces se ha extendido a los cincuenta estados de la unión. En la actualidad, al menos en treinta de los estados además del Distrito de Columbia, la presunción legal o la preferencia de custodia compartida” (P.3).

De acuerdo a lo citado anteriormente, podemos manifestar que la custodia compartida es una figura que ha sido aplicada desde los años setenta, siendo el

Estado de Norteamérica el primero en hacerlo. En la actualidad muchos países han legislado a la custodia compartida, lamentablemente en nuestro país no se encuentra normada ya que muchos legisladores desconocen del tema y de las ventajas que su aplicación traería para el niño o niña que vive bajo un régimen de custodia monoparental.

La custodia compartida aparece recogida de modo expreso en las legislaciones más avanzadas del continente europeo, y el movimiento a favor de su generalización parece haber alcanzado un punto de no retorno.

Pérez , Miguel.(2013), manifiesta que en países como Estados Unidos de Norte América, ya se implantó la tenencia compartida de los menores de edad, luego del divorcio o separación de sus progenitores, aun cuando en realidad la sociedad lo ve como algo inconcebible e inadmisibles por las creencias sociológicas, filosóficas e ideológicas que han heredado de sus ancestros.

Por otro lado, para Ibáñez, Víctor. (2004), definida a la custodia legal o física como un medio a través del cual ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación.

A nuestro criterio, la custodia compartida es una figura jurídica, que permite que ambos progenitores puedan compartir de manera equitativa con sus hijos, además que esta beneficia a los menores, puesto que tras un divorcio o separación casi en la mayoría de los casos se origina una lucha cruel e injusta entre progenitores, lo que afecta dramáticamente la estabilidad emocional de los menores.

Hasta aquí hemos venido citando, fundamentalmente, la situación en los Estados Unidos de América del Norte, por ser el país con más tradición en materia de evolución social y legal en la dirección de la promoción de la coparentalidad, concepto casi inseparable, y a menudo indistinguible, la custodia compartida, aunque a menudo las definiciones asumidas en la práctica se hayan reducido a una

distribución más o menos amplia de los tiempos de estancia de los hijos con el progenitor con el que no viven habitualmente.

Por otro lado en el continente Europeo, la custodia compartida ha tenido gran aceptación, ya que mediante estudios realizados por psicólogos la aplicación de la custodia compartida ha beneficiado al comportamiento de los menores, su autoestima, además que ha logrado que se fortalezcan sus relaciones con sus progenitores.

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, mientras las leyes basadas en la coparentalidad mantienen a los progenitores en contacto con sus hijos.

## **MESO**

En **América Latina**, en enero de 1995, Julio Francisco Trucco fundó la Asociación de Nuevos Padres en la República Argentina y desde entonces se ha encargado de difundir esta opción en el país.

Jiménez, Silvia. (2014), menciona que en países como México el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil, le concedió la guarda y custodia a la madre, por ser mujer. El tribunal alegó que la madre es más apta para cuidar a la niña porque comparten el mismo género. Al revisar el amparo, la Primera Sala de la Suprema Corte revocó la sentencia del tribunal. Los ministros concluyeron que el padre o la madre están igualmente capacitados para atender y cuidar a los hijos. Señalaron que en los juicios de guarda y custodia es obligación de los jueces y magistrados analizar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

Para el investigador, la custodia compartida no es otra que cosa que, físicamente compartir los hijos comunes de un matrimonio; esto significa que una vez que los padres se han divorciado, y como consecuencia de ello se debe decidir sobre la situación de los hijos, la custodia compartida brinda a ambos cónyuges el derecho de

decidir sobre los diferentes aspectos que tienen relación con la crianza y formación de los menores; este tipo de custodia permite a los padres controlar el acuerdo al que han llegado con respecto de sus hijos comunes, pero deben tener muy en cuenta que aunque legalmente no puedan modificar aspectos críticos en la vida de sus hijos, ambos deben llegar a un acuerdo mutuo sobre cosas como la educación y cuidados de salud, entre otras características que contribuirán en la formación de los hijos.

La sentencia dada por la Primera Sala de la Suprema Corte antes mencionada destaca que es obligación de los jueces buscar que los menores vivan en el ambiente más propicio para el desarrollo integral de su personalidad, protegiendo así el interés superior del niño.

Fuller, Margaret. (2012), establece que en países como Chile ha promovido a través de una campaña masiva la aplicación de la custodia compartida, cuyo objetivo principal es concientizar a los gobernantes la igualdad de derechos que tienen los padres sobre los hijos.

Adicionalmente, el investigador del presente estudio considera que la custodia compartida es llegar a la igualdad de género en cuanto al derecho que los padres tienen sobre los hijos, una vez que han decidido divorciarse.

En América Latina no existe un avance sobre esta figura, por lo tanto podemos notar un enorme retraso en la legislación Latina, ya que solo se habla y se menciona de intentos de introducir estos proyectos más no de haberlo logrado.

## **MICRO**

En el **Ecuador** la presente investigación se desarrolla en las leyes del Ecuador en las que se investiga todo lo referente a la protección del interés superior del niño, su alcance y su impacto en nuestra sociedad.

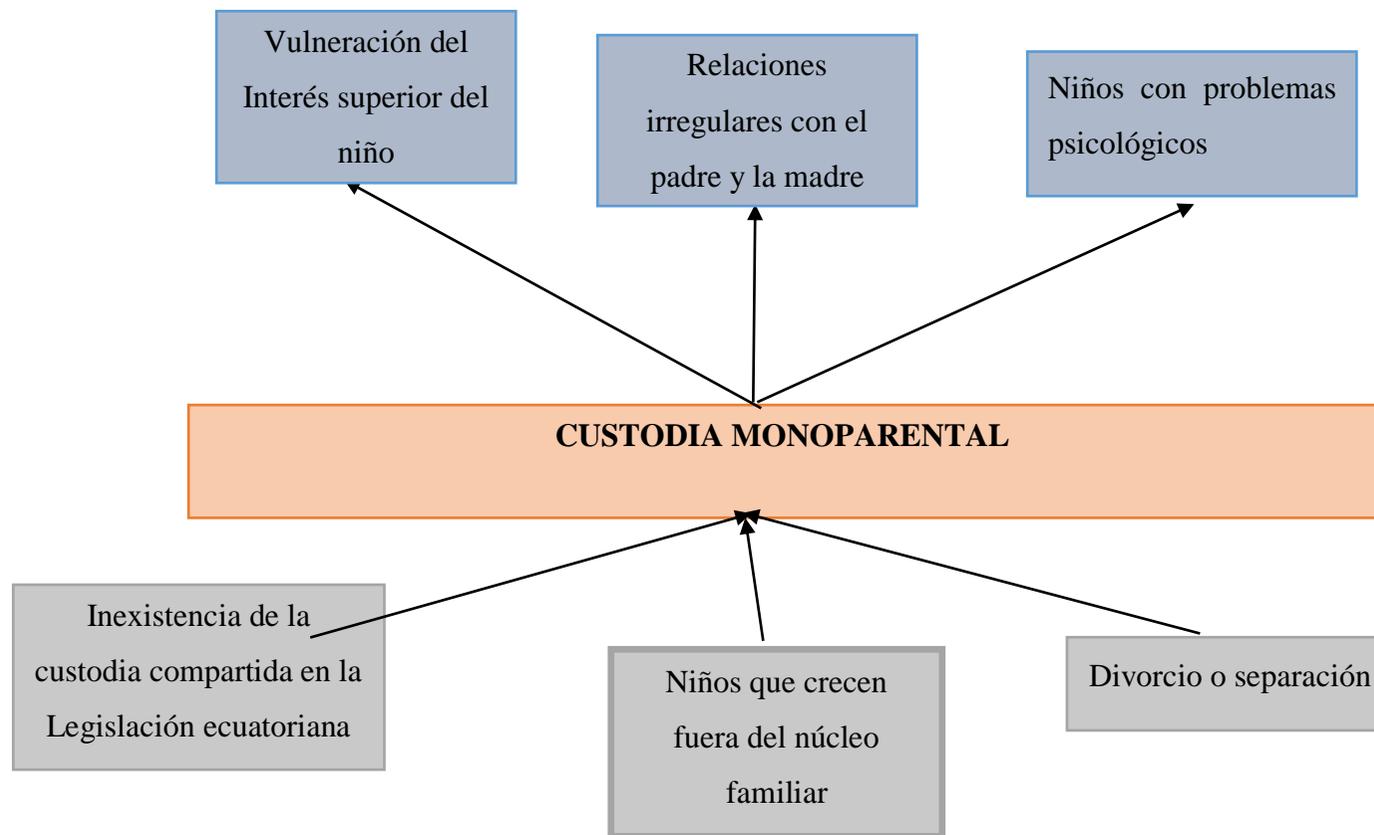
En nuestro país, es muy poco lo que se conoce acerca de la custodia compartida, por lo tanto no existe una normativa vigente y tampoco existe un proyecto de ley en este sentido, lo cual significa un gran retraso en nuestra legislación.

En el caso ecuatoriano, se habla del interés superior del niño que se encuentra reconocido constitucionalmente, pero aún no se menciona la custodia compartida como alternativa al momento de un divorcio. La Constitución también reconoce el derecho a una familia, pero no regula esta situación.

Para los Tratadistas argentinos Gil Domínguez, María Fama y Marisa Herrera, en su obra *Derecho Constitucional de la Familia* señalan que ; “ La Tenencia Compartida es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de desavenencias conyugales”. (Domínguez, Fama, & Herrera, 2006).

De acuerdo a todo lo manifestado en el párrafo anterior, la custodia compartida permite que los progenitores pueden tomar de una manera conjunta y equitativa todas las decisiones relacionadas con sus hijos, de modo que los menores no se ven afectados psicológicamente, ya que comparten de manera permanente con sus padres y no sienten la ausencia de estos.

## ÁRBOL DE PROBLEMAS



**Gráfico N° 1:** Árbol de Problemas

**Elaborado:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## ANÁLISIS CRÍTICO

La inexistencia de la figura de la custodia compartida en la Legislación Ecuatoriana, ha provocado que los niños sean privados en la mayoría de los casos de la figura paterna, ya que tras un divorcio o separación es la madre quien tiene el noventa por ciento de la custodia y por lo tanto es ella quien toma todas las decisiones en relación a su hijo y quien comparte más tiempo con los menores, siendo esto injusto tanto para el menor como para su progenitor, por lo que esto vulnera el interés superior de los niños que viven en un régimen de custodia monoparental.

La custodia monoparental; es decir, el hecho de que solo uno de los progenitores tenga bajo su cuidado y protección a los hijos habidos en el matrimonio, es el único tipo de custodia que se encuentra legislada en el país; por lo tanto, ésta es aplicada a todos los casos en los cuales se disputa la custodia de un menor, dando como resultado relaciones irregulares entre el hijo y el progenitor que no posee la tenencia, puesto que el niño o niña por la poca convivencia que tiene con su padre o madre con el cual no vive, mira a éste como un desconocido.

Cuando una pareja se divorcia o se separa, por lo general los hijos habidos dentro de esa relación son los más afectados, son niños que tiene que crecer fuera del núcleo familiar, puesto que su tenencia es dada a uno solo de los padres, provocando de este modo ciertos problemas psicológicos, como la retención, aprendizaje y otros problemas.

Tras el divorcio de una pareja, cuando han existido hijos dentro del matrimonio empieza la disputa como quien se va quedar con los menores, por regla general es siempre la madre quien obtiene la tenencia de los hijos, generando esto un problema grave en ellos, pues los niños sienten la ausencia del progenitor que no vive con él, además que se ve afectado emocionalmente; por lo que de este modo se está vulnerando el interés superior del niño, ya que el menor se encuentra limitado a compartir de la misma manera con sus progenitores.

Adicionalmente, se considera que al no existir la custodia compartida dentro del sistema jurídico interno, no sólo se vulnera el derecho que cada padre o madre tiene a compartir plenamente con su hijo, quien lamentablemente, debido a la ruptura del matrimonio de sus

padres, también es privado del privilegio de compartir con ambos y de que su formación como ser humano, lleve consigo secuelas que podrían marcar su vida futura. Esto en un enfoque general, pero es importante recordar, que quienes administran justicia, al menos hasta hoy, no han considerado la posibilidad de conceder la custodia de los hijos comunes a un matrimonio que ha terminado con el divorcio, de manera igualitaria a ambos progenitores.

## **PROGNOSIS**

De no dar una solución al problema planteado se seguirá permitiendo que los menores sean privados de una manera abrupta de la presencia del padre o madre que no posee la tenencia, por ende esto ocasionará daños emocionales en los menores y a la vez provocará una ruptura en las relaciones parentofiliales entre padres e hijos.

## **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿El interés superior de los niños incide en la aplicación de la custodia compartida?

## **PREGUNTAS DIRECTRICES**

- ❖ ¿Qué es el interés superior del niño?
- ❖ ¿En qué consiste la custodia compartida?
- ❖ ¿Cuál es la mejor solución al problema planteado?

## **DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO**

**Campo:** Jurídico-Social

**Área:** Niñez y Adolescencia

**Aspecto:** Interés Superior de los Niños, Custodia Compartida

### **DELIMITACIÓN ESPACIAL:**

Se investigará en la ciudad de Ambato.

## DELIMITACIÓN TEMPORAL:

El trabajo de investigación se desarrolló durante el año 2016.

## UNIDADES DE OBSERVACIÓN

Jueces de las Unidades de Familia, Mujer, Niñez y adolescencia.

Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato

## JUSTIFICACIÓN

El problema planteado es de vital **importancia**, ya que de no darse una solución a la inexistencia de la Custodia Compartida en la Legislación Ecuatoriana, serán los menores los más afectados, puesto que tras un divorcio o separación quienes llegan a desestabilizarse mentalmente al ver que deja de existir la unión familiar, y empiezan a perder el respeto a uno de ellos o a ambos, perdiendo el horizonte de la vida y para tratar nosotros como sociedad de reparar en algo adoptamos otras vías para seguir manteniendo las relaciones familiares luego de un divorcio, estableciendo figuras normativas ya en el Código Civil o Código de la Niñez y Adolescencia, para aplicar el principio de corresponsabilidad parental, asegurándonos en su crianza, cuidado y educación, para que no tengamos que ver en las calles vidas desperdiciadas formando parte de la delincuencia las drogas o el alcohol.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas es **factible** realizar la investigación socio-jurídica de la problemática, propuesta, en tanto existe las fuentes de investigación bibliográfica, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico de: el Interés Superior del Niño y la Custodia Compartida, un medio para conservar las relaciones familiares entre padres e hijos luego de producido un divorcio, y sus efectos jurídicos que esto conlleva.

Los **beneficiarios** de la investigación serán lógicamente y principalmente los niños y niñas y adolescentes así como los padres que están pasando por una situación de divorcio.

El presente proyecto es **original**, ya que se ha investigaciones basado en el Derecho Comparado, así como los conocimientos aportados por mis maestros; por lo que he visto necesario buscar la solución a este problema que es evidente, por lo tanto este proyecto es de mi absoluta autoría.

El presente tema de investigación es de **interés**, ya que permite dar una solución al problema planteado para esta investigación, como es la inexistencia de la custodia compartida en nuestro país.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

- ❖ Investigar de qué manera incide el interés superior del niño en la custodia compartida.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- ❖ Analizar que es el interés superior de los niños
- ❖ Determinar que es la custodia compartida.
- ❖ Reformar el artículo 108 del Código Civil y 118 del Código de la Niñez y adolescencia, a fin de que se establezca la custodia compartida dentro de la Legislación ecuatoriana.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEORICO**

#### **ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS**

De la información que he podido recabar a través de una intensa investigación en las bibliotecas de la Universidades de mayor trascendencia en el centro del país, acerca de El Interés Superior de los Niños y la custodia compartida, se ha podido observar que no existen proyectos iguales al problema planteado, ni mayor información por lo que ha sido necesario obtener la misma por variables, es decir de manera separada para lo cual he recurrido a los repositorios de varias universidades del país, obteniendo como resultado los siguientes datos y al mismo tiempo la originalidad en el presente trabajo investigativo.

Zabala, Mikel. (2014), “Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres” (Tesis de grado). Universidad Particular de Loja.

#### **Conclusión:**

Cuando los matrimonios y uniones de hecho fracasan, se llega al divorcio o separación, que según su tasa se incrementa cada día, es aquí en este proceso de separación de los cónyuges donde se crea el conflicto de la tenencia de los hijos menores, al no estar de acuerdo uno de sus progenitores con su separación, y convertirse en un visitante de conformidad a nuestras leyes, determinando un Juez el tiempo de visitas que por lo general es un día a la semana.

Martínez, Jackson. (2013), “Propuesta de incorporación de la figura de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana” (Tesis de grado). Universidad Central del Ecuador.

### **Conclusiones:**

Nuestro país, aún presente rezagos muy acentuados de machismo, reforzando el estereotipo social de un padre proveedor y una madre cuidadora, hecho que ahonda profundamente la desigualdad de género y hace necesario resituar la forma en la cual se ejerce los roles y distribuyen las responsabilidades dentro de la familia en pro de una sociedad más justa. La regulación que actualmente rige el tema de tenencia en nuestro país la forma en la cual se otorga , recarga las responsabilidades de crianza, cuidado y educación de los niños sobre uno de los progenitores provocando que el otro progenitor se limite a cumplir determinadas obligaciones monetarias establecidas por la ley, sin conocer las verdaderas necesidades económicas establecidas por la ley, sin conocer las verdaderas necesidades de su hijo y en ciertas ocasiones observar impotente como los derechos de su hijo y sus derechos están siendo injustificadamente vulnerados.

La normativa que determina la forma de otorgar, tanto la patria potestad como la tenencia en el Ecuador, constituye una violación al principio constitucional de igualdad y no discriminación, establecido no sólo en nuestra carta fundamental, sino también en la Convención de los Derechos del Niño y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre todo cuando ambos progenitores han demostrado idoneidad para criar y cuidar a su hijo.

### **FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA**

El presente tema de investigación está basado en la investigación documental, para ello se ha realizado un análisis de los aspectos principales del tema en cuestión, se ha observado la legislación vigente en el país y se ha analizado el derecho comparado, basándonos en el cambio de esquemas sociales y culturales referentes al interés superior del niño.

En el Derecho Comparado la custodia compartida ya se encuentra incorporada en los distintos ordenamientos jurídicos de los países más importantes del mundo. El primero en incorporar esta acción a su ordenamiento fue Estados Unidos, y a lo largo de los años esta herramienta se ha ido incorporando en Europa, Canadá y Suecia,

últimamente aparece en México, obteniendo como resultado el desarrollo de distintos modelos en lo relativo a custodia compartida. Se pretende desarrollar la temática de la custodia compartida y demostrar que es necesario incorporar en nuestro ordenamiento jurídico la herramienta procesal tendiente a la protección del interés superior del niño.

## **FUNDAMENTACION LEGAL**

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplica el principio del interés superior de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás (Art.48).

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

Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, de los específicos de su edad. El Estado les asegura y garantiza el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten (Art.49).

Por su parte, el artículo N°49 de la CRE, destaca la responsabilidad que el Estado tiene para con los niños y adolescentes, al garantizar los derechos a partir de la

concepción misma del niño; y continúa recalcando los diferentes aspectos en los que se materializa el goce de sus derechos.

## **CÓDIGO ÓRGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

El interés superior del niño.-

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

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías (Art.11)

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

## **CÓDIGO CIVIL**

En nuestro Código Civil establece que el procedimiento para plantear una demanda de divorcio por mutuo consentimiento es el siguiente: Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial. En la misma audiencia, los cónyuges o sus

procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos. Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes: 1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad; (Art. 108).

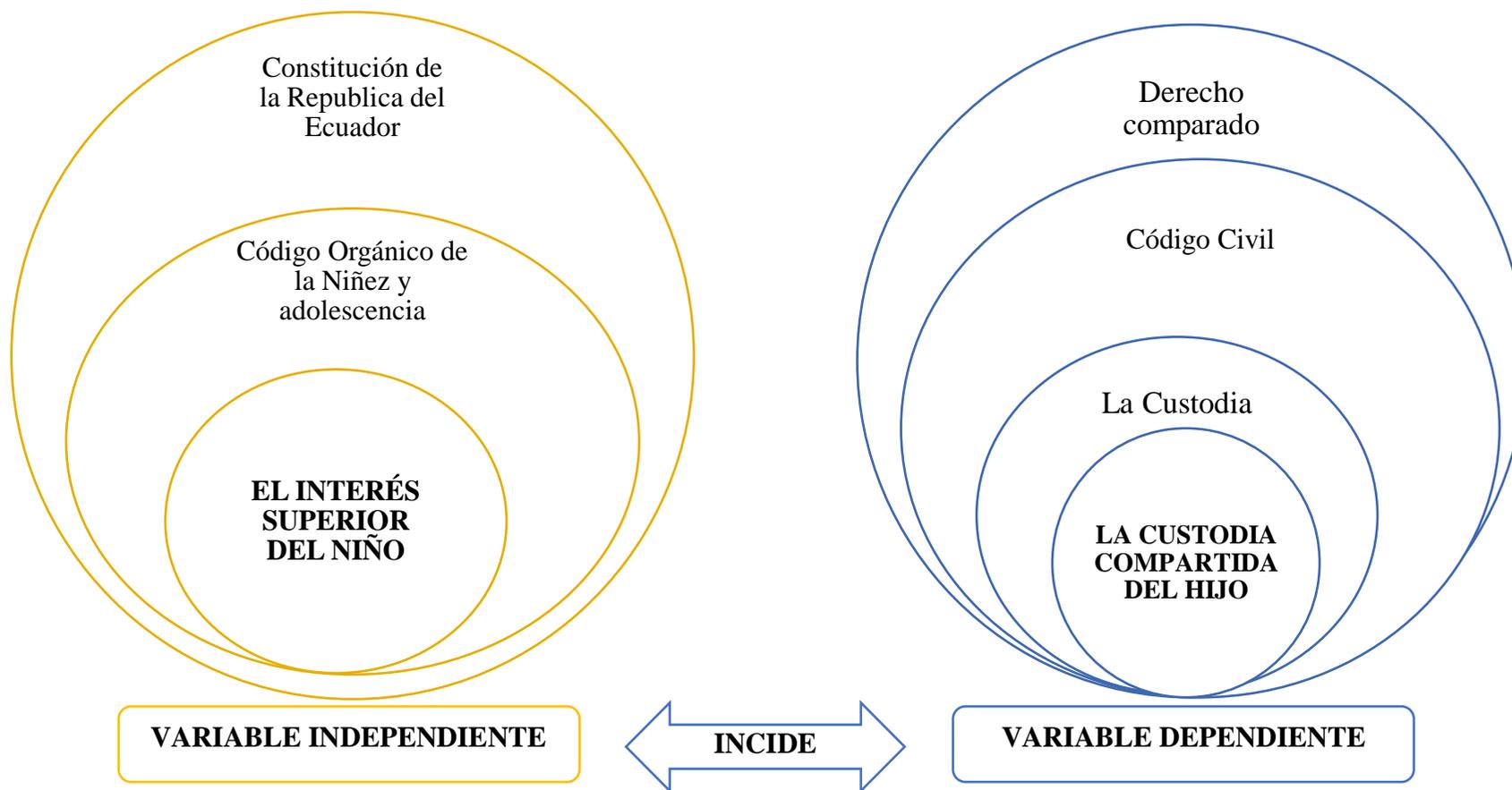
La disposición del artículo 108 del Código Civil Ecuatoriano, pone de manifiesto que la situación de los niños comunes a un matrimonio que está siendo disuelto por el juzgador, será resuelta dentro de la misma audiencia, en lo económico, la educación y el sostenimiento de éstos. Más, de no haber un acuerdo entre los ex cónyuges, la ley expresa imperativamente que el cuidado de los niños corresponderá solamente a la mujer. Esta práctica es precisamente la que inspira al investigador del presente trabajo a proponer que la custodia monoparental, no sea la única dentro del sistema jurídico interno en materia de familia y niñez, brindando la posibilidad de contar con una custodia compartida que sea más justa y equitativa tanto para los padres como para los hijos comunes al matrimonio ya disuelto.

El Código Orgánico General de Procesos, con relación al divorcio establece dos clases de procedimientos, el voluntario que se aplica en los casos que exista mutuo consentimiento entre los conyugues y el sumario que se da en los casos donde el divorcio sea contenciosos.

En el divorcio contencioso una vez planteada y calificada la demanda, se sustanciará en Procedimiento Sumario es decir se gestiona en el menor tiempo posible siempre y cuando previamente se haya resuelto los alimentos, la tenencia y el régimen de visitas, para las o los hijos menores de edad o incapaces.

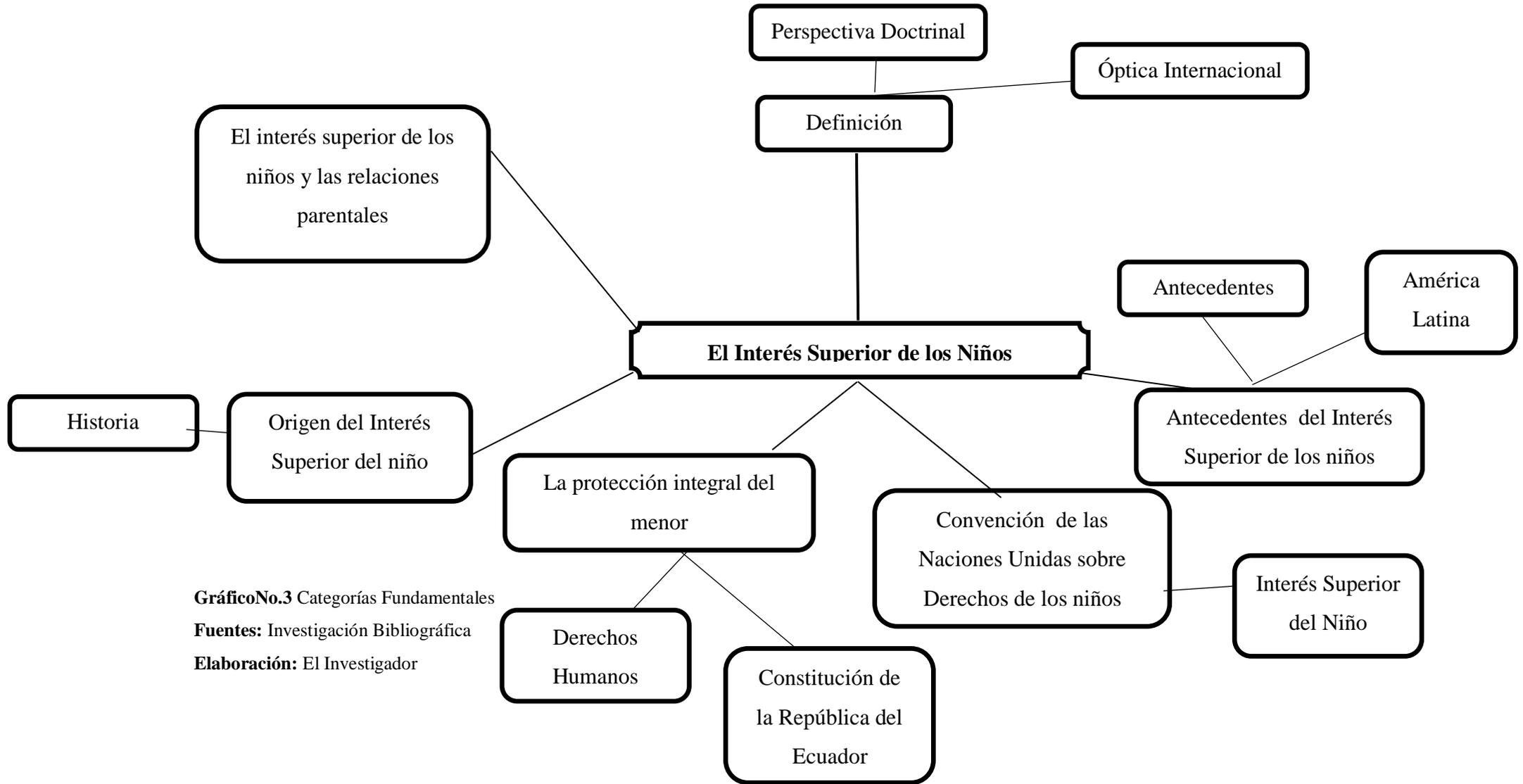
Tanto en el procedimiento sumario como en el Voluntario de acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos no será necesario que se nombre un curador Ad Litem, como se lo hacía en el procedimiento anterior.

## CATEGORÍAS FUNDAMENTALES



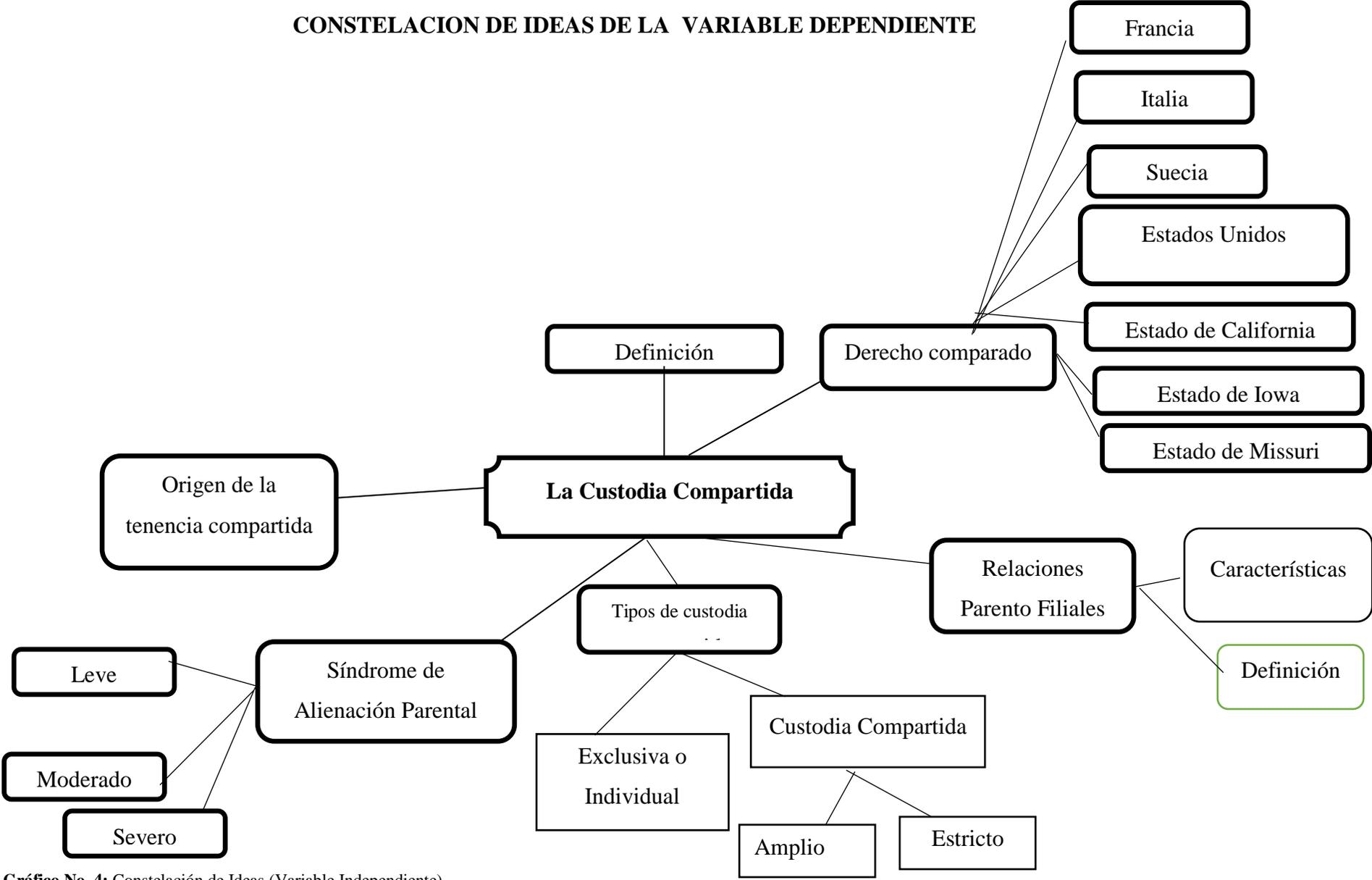
**Gráfico N° 2:** Categorías Fundamentales  
**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

### CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE



**GráficoNo.3** Categorías Fundamentales  
**Fuentes:** Investigación Bibliográfica  
**Elaboración:** El Investigador

**CONSTELACION DE IDEAS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE**



**Gráfico No. 4:** Constelación de Ideas (Variable Independiente)  
**Fuente:** Investigación Bibliográfica  
**Elaboración:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

## **DESARROLLO DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE**

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

Desde una perspectiva muy amplia, Constitución se concibe como: Ley fundamental de un Estado, que comprende esencialmente los derechos y deberes de los ciudadanos y establece la forma de organización del mismo. (Diccionario Enciclopédico Vol.1, 2009)

La definición de Constitución que se encuentra en el diccionario enciclopédico, brinda la idea general de lo que ésta significa, un compendio de reglas fundamentales que rigen un Estado y su relación con sus ciudadanos.

También The free Dictionary conceptualiza Constitución como: sistema de gobierno de un Estado. Conjunto de leyes fundamentales que fija la organización política de un Estado y establece los derechos y obligaciones básicas de los ciudadanos y gobernantes. (Farlex, Renzulli 2007).

The Free Dictionary, mantiene que Constitución es un conjunto de leyes fundamentales, que además de regir las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, también se ocupa de la organización política interna.

Mientras que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 es la carta magna vigente en la República del Ecuador desde el año 2008. Es el fundamento y la fuente de la autoridad jurídica que sustenta la existencia del Ecuador y de su gobierno. La supremacía de esta constitución la convierte en el texto principal dentro de la política ecuatoriana, y para la relación entre el gobierno con la ciudadanía.

La Constitución de Montecristi declara en su artículo primero “El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos”. La nueva definición coloca directamente lo “constitucional” como centro del acuerdo jurídico político de la sociedad y única inmediatamente “de derechos”, en plural que supone que el Estado es garante de ellos.

Los titulares que gozarán de los derechos garantizados y reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, son las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y la naturaleza. En los principios de aplicación de los derechos se consagran el de ejercicio y exigibilidad, de igualdad en la diversidad y no discriminación, de aplicabilidad directa, de no restricción de derechos, pro ser humano, de integralidad, de cláusula abierta, de progresividad, de responsabilidad del Estado.

Constitución de la República del Ecuador (2008), manifiesta que:

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Art. 44 inc. 2)

De esta manera la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo arriba expuesto, manifiesta que el Estado garantizará mediante la creación de políticas pertinentes, el goce progresivo de los derechos de los niños de acuerdo a su desarrollo integral.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), “Proteger los derechos de las personas integrantes de la familia. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (Art. 69 Numeral 5).

Mediante políticas específicas, el Estado estará a la vigilia del cumplimiento de los derechos y deberes de los padres e hijos, fomentado la responsabilidad recíproca de éstos.

De igual forma, la Constitución de la República en su Art. 46 numeral 4, dispone que “el Estado adoptará, medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes, la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones”. Esto significa que será responsabilidad del Estado garantizar un ambiente libre de violencia en todas sus formas, inclusive de la explotación sexual de los niños, mediante la creación de medidas que aseguren el cumplimiento de este objetivo, por ende, garantizará a este grupo prioritario su derecho a vivir libre de cualquier hostilidad que afecte su desarrollo como ser humano.

El artículo 66 literal b) de la Constitución reconoce y garantizará a las personas “Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual”.

Tomando como punto de partida lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, queda en claro que, el Estado garantiza el pleno goce de derechos a sus ciudadanos, con especial preferencia a los niños, niñas y adolescentes sobre los derechos de las demás personas; de tal modo que, el Estado velará siempre por el interés superior del niño. Para cumplir con este objetivo, se han creado políticas públicas mediante las cuales se hace efectiva la prevalencia que los niños tienen frente al resto de ciudadanos en lo referente al goce de sus derechos; dentro del sistema jurídico, los asuntos relacionados con la niñez y adolescencia, tienen un organismo especializado, una ley especial para la materia y administradores de justicia con competencia exclusiva en niñez y adolescencia.

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

El Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional afirma que el Ecuador se comprometió adecuar su sistema jurídico a los requerimientos de la Convención y a la Constitución de la República, tras haber ratificado la Convención Internacional de

los Derechos del Niño en 1990; tomando el primer lugar entre los países latinoamericanos.

El planteamiento inicial de contar con una normativa para la niñez y la adolescencia estuvo asociado desde su nacimiento, a la persuasión de que debía ser el producto de un extenso y minucioso proceso de participación ciudadana, contrario a la costumbre de dictar leyes preparadas por pequeños grupos de técnicos o profesionales del derecho, dejando de lado la consulta ciudadana. Mientras que, en el proceso de estructuración y aprobación del presente Código, según el organismo de Defensa de Niños Internacional (DNI), la consulta operó en 29 ciudades del país y en varios sectores rurales por parte de una vasta red de organizaciones que han venido trabajando desde más de una década, por los derechos de los niños y adolescentes como es DNI.

El Art. 1 de este cuerpo legal, tiene como finalidad disponer sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para cumplir con este objetivo, el Código, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

En pos de evaluar el interés superior se tomará en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio objetivo entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia, establece en el artículo 11 que “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”.

En concordancia, el artículo 50 del mismo código establece que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual”.

Un cúmulo de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, en todos sus ámbitos, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños, de esta manera se asimila interés superior del niño como un principio fundamental.

El artículo 67 del Código de la Niñez y Adolescencia conceptualiza el maltrato al señalar que se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualquiera sea el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.

Por su parte, el Código Civil Ecuatoriano, no contempla el interés superior del niño, en ninguno de sus artículos.

## **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **PERSPECTIVA DOCTRINAL**

Desde la perspectiva doctrinal, son diversas las opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés del niño; como variadas son también las perspectivas psicosociales y jurídicas desde las que ha sido contemplado. Roca Trias (1994 y 1999), tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal y autonómica en materia de

protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad. Por último, Roca Trias, afirma que el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad.

En concordancia con este primer punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con el propósito de hacer posible el libre desarrollo de su personalidad.

## **ÓPTICA INTERNACIONAL**

Desde la óptica internacional, Borrás, Andrés (1994) piensa que el interés superior del menor sobrelleva comprender dentro de esta cualidad general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, sin importar cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

En este orden de ideas, los derechos del menor se han convertido en un concepto de naturaleza eminentemente familiar desde el preciso instante en que fueron especializados como tales por la Declaración de Ginebra de 1924.

El hecho de que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se haya erigido en el eje vertebrador de todo el sistema contemporáneo de atención y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, no se debe olvidar que han existido, incluso con anterioridad al propio texto convencional, y que continúan desarrollándose, diversos mecanismos internacionales de protección sectorial de los derechos y libertades de las personas menores de edad, tanto en el campo laboral, administración de justicia, relaciones paterno-filiales, sustracción internacional de

menores y adopción internacional, entre otros, en los que el principio del interés superior del niño ha ocupado un papel en igual medida relevante.

Si bien los instrumentos internacionales que propugnan el interés superior del niño son numerosos, la Convención quiebra la lógica bajo la cual los sistemas nacionales de protección estaban establecidos hasta ese momento. Esto, a partir de la introducción de tres elementos fundamentales:

En primer lugar, el interés superior del niño se define como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

El segundo aspecto que cabe considerar es su amplitud, el principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. En este sentido, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior.

En tercer lugar, el interés superior del niño es también una norma de interpretación o de resolución de conflictos. Este principio es, sin lugar a dudas, una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la Convención, que actúa además como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos.

La supremacía del interés superior del niño como criterio de interpretación debe ser entendida de manera sistemática; sólo el reconocimiento de los derechos en su conjunto, aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño.

En tanto, siguiendo la tendencia iniciada por Borrás (1994), podemos apuntar cómo esa evolución queda patente en diversos Convenios de La Haya que, cronológicamente, abarcan desde 1902 hasta 1996, año en que la Conferencia de La Haya adoptó el Convenio ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes.

Se considera que entre la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y el Convenio de La Haya de 1980, pese que se suscribieron con casi 10 años de diferencia, hay una relación de indudable complementariedad, en la cual la CDN cumple el rol entre otros de ser un catálogo de derechos de los niños, entre ellos están la condena a todo traslado o retención ilícitos, la obligación de los Estados Partes de luchar, contra los mismos, prohibición de que el niño sea separado de sus padres y el derecho, a un trato fluido y regular con el padre no conviviente aunque éste viva en un Estado diferente al que vive el niño.

El Convenio de 1980 tiene como finalidad según su Art. 1: a) garantizar la restitución inmediata b) velar porque los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los demás estados contratantes. Consagra la garantía del debido proceso legal, Art. 8 y siguientes y el derecho del niño a ser oído, y a oponerse a la restitución (Art. 13 inc. 3). Regula el derecho de visita (Art. 21).

Para otros autores el interés superior del niño se define como una conjunción entre sus necesidades y sus derechos, por cuanto esta noción debe considerarse, en referencia a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley.

Sánchez, Esteban (1999) tiene una opinión un tanto parcializada, la cual deduce que ante una percepción jurídica indeterminada que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el discernimiento, la práctica y la comprensión, que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando. En consecuencia, el interés superior del niño es una noción abstracta, que lleva al juez a la toma de decisiones, con base en todas las pruebas que se le ofrecen en el proceso.

No obstante, no es posible en modo alguno compartir esta última opinión, pues la aplicación de dicha cláusula no sólo le corresponde a la autoridad judicial. Hay que recordar que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño cita, además del juez, a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las

autoridades administrativas y los órganos legislativos; y, posteriormente, en su artículo 18.1, cita a los padres o representantes legales.

Los órganos citados en el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, están llamados a considerar en sus decisiones el interés superior del niño; es decir que un juez, por ejemplo, previo a dictar sentencia, además de las reglas de la sana crítica, el juzgador deberá pensar cómo su veredicto podría afectar positiva o negativamente al interés superior del niño, su decisión se inclinará ineludiblemente a velar por el menor. Del mismo modo, las instituciones públicas o privadas tomarán en consideración el interés superior del niño al momento de crear políticas que podrían afectar el ejercicio de sus derechos.

Por lo expuesto y una vez que se valora en su justa medida las diferentes opiniones que la doctrina ha ido aportando desde sus distintas disciplinas hacia el tema objeto del presente estudio, si hay una definición de las enumeradas que suponga o debiera suponer un punto de concurrencia, o, dicho de otro modo, un punto de partida del cual empezar a construir un concepto común de interés superior del niño.

En consecuencia, el concepto de interés superior del niño, no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general.

Partiendo del origen de que el niño es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento, de acuerdo con el art. 60 Código Civil Ecuatoriano; el principio del interés superior del niño se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales a las personas; consecuentemente, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.

Ahora bien, si desde el punto de vista jurídico; es decir de un modo subjetivo, se puede en un momento relacionar el interés superior del niño con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad; desde un punto de vista más humanista u objetivo, y aún más cuando se trate de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese individuo, al equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir a la formación y desarrollo de su personalidad: porque ni el interés ni la personalidad son algo abstracto u objetivo, sino que se refieren a una realidad humana concreta.

### **ANTECEDENTES DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**

Un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX, culmina con la aprobación, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), en 1989. El análisis histórico-jurídico, muestra la existencia de una íntima vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución del pensamiento jurídico permite aseverar que, tras el conocimiento de derechos humanos, late la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

### **AMÉRICA LATINA**

El surgimiento de un nuevo derecho de la infancia y adolescencia en América Latina pretende ser el sedimento de los mecanismos de exigibilidad y amparo efectivo de

los derechos contenidos en la Convención. La vasta normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se basa en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; de tal manera, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios, mas no sustitutivos de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas, tal como lo prescribe el Art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los niños gozan de una supra protección de sus derechos que no es independiente, sino instituida en la protección jurídica general.

En este orden de ideas, cualquier exigencia de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que favorecían un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño regula el principio de protección y promoción de la autonomía, pues el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos; es decir, que el niño como sujeto pleno de derechos, adquiere la autonomía, y el Estado y la Familia, apoyan y protegen el desarrollo del niño, de forma que progresivamente ejerza sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades, y de esta forma se aplica la Doctrina de la Protección Integral.

El enfoque de protección integral considera a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho y como personas en desarrollo, que gozan de todos los derechos como ciudadanos, lo que en términos concretos significa que se reconoce en las necesidades de los niños, niñas y adolescentes derechos exigibles que forman parte de sus derechos humanos, lo que obliga al mundo adulto no sólo a satisfacer estas necesidades en forma urgente, sino a intervenir en todas las circunstancias en las que estos derechos estén siendo avasallados o vulnerados o en riesgo de serlo. Todos los niños, niñas y adolescentes, y en particular aquellos que pertenecen a los sectores en condiciones de mayor exclusión social, requieren de una decidida acción del gobierno como administrador del Estado en la creación y activación de mecanismos

legislativos, educativos, culturales, sociales e institucionales que transformen la realidad de vulneración que sufren y combata las diferentes formas de exclusión y discriminación en relación con el ejercicio de sus derechos.

Esta aproximación permite ubicar las claras diferencias que existen entre las Políticas Públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos fundamentales de todos los niños, niñas y adolescentes, con las Políticas Especiales destinadas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos determinados de niñas, niños y adolescentes. Las primeras promueven y generan disfrute Universal de Derechos, las segundas protegen frente a violaciones de éstos.

## **CONVENCIÓN DE LA NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS NIÑOS**

La Convención sobre los Derechos del Niño, es un Tratado Internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1989, a través del cual se enfatiza que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, y se destacan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial.

A nivel internacional es un tratado de obligado cumplimiento que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El texto de la Convención sobre los Derechos del Niño al que suscriben los Estados está compuesto por un cúmulo de normas para la protección de la infancia y los derechos del niño. Esto significa que los Estados que se ratifican a la Convención se comprometen a cumplirla. Por lo tanto, se obligan a adecuar su normativa interna a los principios de la CDN (Convención sobre los Derechos del Niño) y a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos. La Convención en su total contenido consagra el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno que debe ser garantizado por el Estado, y su obligación para con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Convención tiene un carácter muy significativo en cuanto a que obliga a los Estados firmantes a garantizar su cumplimiento; su importancia también radica en el sentido de que ésta, a diferencia de otras en el pasado, reconoce a los niños como sujetos de derechos y a las personas adultas como sujetos de responsabilidades.

La Convención se fundamenta en tres grandes principios como lo son; la universalidad, indivisibilidad e interdependencia, pues los derechos que en ella se consagran conciernen a todos los niños, niñas y adolescentes; su indivisibilidad se evidencia porque la Convención no jerarquiza los derechos; del mismo modo, éstos no tienen primacía entre uno y otro ya que el cumplimiento de cada uno depende de la garantía efectiva del resto.

Los principios generales que conforman los cimientos de un enfoque integral y multidimensional de la Convención sobre los Derechos del Niño son:

El interés superior del niños en todos los asuntos que le conciernan; el principio de no discriminación, respeto y garantía de los derechos sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, contemplado a través de un amplio espectro; y, la libertad de expresión y derecho a ser escuchado.

La Convención de los Derechos del Niño, forma parte de los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes que garantizan y protegen los Derechos Humanos. El objetivo de la Convención, adoptada en 1989, es proteger los derechos de todos los niños del mundo; establece cuatro principios que deben regir la implementación de todos los derechos que defiende como son: la no discriminación, el mejor interés del niño; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, así como también, el respeto de la opinión del niño.

La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y tuvo como origen la Declaración de Ginebra sobre los

Derechos del Niño de 1924. La Organización de las Naciones Unidas aprobó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, tácitamente, incluía los derechos de la infancia. No obstante, años más tarde se comprendió que las particulares necesidades de los niños y niñas debían estar especialmente enunciadas y protegidas.

En 1990 Ecuador ratifica la Convención Internacional de los derechos de la niñez, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. Esto pone de manifiesto la necesidad de adaptar las leyes del país para cumplir los compromisos adquiridos con la Convención. Desde entonces, se inicia un proceso promovido por diferentes sectores de la sociedad civil que buscan garantizar la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Los resultados de este movimiento se muestran en la Constitución de 1998, cuando se les reconoce como ciudadanos desde su nacimiento, por tanto, sujeto de todos los derechos, más los específicos de su edad.

## **LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MENOR**

García E. (1994), "La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia."

El sistema de protección integral es el conjunto de políticas que consideran al niño, niña y el adolescente como un sujeto activo de derechos, en un sentido vinculante de los mismos y a lo largo de todo su crecimiento. Define las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado en relación a los derechos universales y especiales por su condición de personas en desarrollo.

En la base de este Sistema se encuentran el conjunto de Políticas Públicas Básicas y Universales, que definen la concepción del niño /a o adolescente como sujeto de

derechos; las políticas necesarias para su pleno desarrollo: educación, salud, desarrollo social, cultura, recreación, juego, participación ciudadana; y la garantía estatal para el pleno acceso a las mismas, la prioridad en la atención y la permanencia en ellas a lo largo de todo su crecimiento.

El Estado garantiza a todos los niños, las niñas y adolescentes el pleno acceso, la gratuidad y prioridad en la atención. Además reconoce la calidad de sujetos activos de derecho habilitando el ejercicio de la ciudadanía.

## **DERECHOS HUMANOS**

La Protección Integral, se basa en los principios universales de los Derechos Humanos, la dignidad, la equidad y la justicia social; encuentra su definición en los principios particulares de igualdad y no discriminación, efectividad y prioridad absoluta, interés superior del niño y participación solidaria del Estado, la sociedad y la familia para el pleno ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes. Y se resume en una variedad de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se definen y ejecutan desde el Estado, con la intervención solidaria de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos que les corresponden, incluyendo la protección para aquellos cuyos derechos han sido vulnerados.

El enfoque de protección integral considera a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho y como personas en desarrollo, que gozan de todos los derechos como ciudadanos, lo que en términos concretos significa que se reconoce en las necesidades de los niños, niñas y adolescentes derechos exigibles que forman parte de sus derechos humanos, lo que obliga al mundo adulto no sólo a satisfacer estas necesidades en forma urgente, sino a intervenir en todas las circunstancias en las que estos derechos estén siendo avasallados o vulnerados o en riesgo de serlo. Todos los niños, niñas y adolescentes, y en particular aquellos que pertenecen a los sectores en condiciones de mayor exclusión social, requieren de una decidida acción del gobierno como administrador del Estado en la creación y activación de mecanismos

legislativos, educativos, culturales, sociales e institucionales que transformen la realidad de vulneración que sufren y combata las diferentes formas de exclusión y discriminación en relación con el ejercicio de sus derechos.

La doctrina de Protección Integral es un cambio cultural que obliga a todos por igual a asumir la responsabilidad de transformar los viejos paradigmas conceptuales equívocos respecto de la capacidad e integridad de los niños, niñas y adolescentes.

La CIDN; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) son los instrumentos jurídicos que constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia.

Estos instrumentos rompieron con el paradigma dominante a lo largo del siglo XX, dejando de considerar al menor como objeto de compasión, tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Sus lineamientos constituyen un marco renovado, que obliga a repensar y modificar el derecho de menores a la luz de estas nuevas fuentes normativas.

Esta valorización del mundo adulto obligó a niños y niñas a alcanzar, cuanto antes, comportamientos similares a los de sus padres, estigmatizándose a la realidad infantil como un defecto propio de seres inmaduros, en proceso de evolución y del cual se debía salir cuanto antes por medio de la educación.

## **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

Dentro del marco normativo nacional, tanto la Constitución de la República del Ecuador, como el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, están orientados a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los niños.

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores. (Art. 175)

El artículo que antecede, expresa claramente que en el sistema jurídico interno, existe una legislación especializada en materia de niñez, tal es el caso del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; así como también la existencia de jueces especializados en esta materia, tanto para el goce de los derechos de los niños, como para el ejercicio de sus deberes y obligaciones frente a la responsabilidad de una infracción cometida por ellos.

## **ORIGEN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **HISTORIA**

Este principio de tal importancia, tiene sus raíces tanto en el derecho anglosajón, como en el derecho codificado; su aparición en el Derecho Internacional se debe a su amplio uso en el sistema jurídico inglés.

En Latinoamérica, el acogimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) como marco regulador de la relación entre el Estado y la infancia se convirtió en una progresiva incorporación al ordenamiento jurídico de cada país de sus compendios. Las leyes de protección integral o Códigos de la infancia regulan en cada país al conjunto de normativas que afectan a los titulares de derechos que establece la CIDN (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). Al tenor de lo anteriormente expresado, la gran mayoría de estas normas jurídicas adoptaron el principio de Interés Superior del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño sirve de origen a este significativísimo principio; por tanto, los convenios internacionales referentes a los Derechos

Humanos como origen de la norma y su correspondiente incorporación en la Constitución de la República de Ecuador, y consecuentemente la aplicación en el Derecho de Familia a través del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

Históricamente, el niño siempre estuvo estimado dentro del derecho de familia, y es solamente a principios de siglo cuando al niño se le menciona de forma específica dentro del plano jurídico. Dentro del Derecho Internacional Público quien primero se refiere sobre la materia, es la "Declaración de Ginebra" aprobada en 1924 por la Sociedad de las Naciones; en 1959, la "Declaración de los Derechos del Niño" de las Naciones Unidas; no obstante, no fue sino hasta 1979 cuando se celebró el Año Internacional del Niño que la Comisión de Derecho Internacional inició el proceso de redacción de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño; dicho proceso tardó una década, y finalmente en 1989, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el texto con el cual contamos en la actualidad; para los Estados que se ratifican en ella, la aplicación de la Convención es imperativa; esto significa la obligatoriedad de aplicar normas en el territorio de los Estados que se han ratificado, tal es el caso de nuestro país, incurriendo en responsabilidad internacional ante su violación, tomando en consideración el trato que se dé a los niños, cabe recalcar que el término "niño" comprende a todo "ser humano" menor de 18 años de edad.

La niñez, desde siempre ha sido motivo de preocupación de la sociedad. Primeramente como inquietud por el seguridad de la persona y los derechos del niño, y luego por la realidad de desamparo en que muchas veces se encontraba, adoptando medidas legislativas y ejecutivas orientadas a concretar la materia e efectuar vías de protección eficaz. El Derecho Romano dejó para siempre sus huellas sobre el particular, ya sea con la incapacidad de hecho en el infante y el menor impúber, o por la institución de la patria potestad y la tutela, también a través de la creación de los albergues para desamparados creados por Trajano.

Como se insinúa, un interés público en la niñez el cual más tarde se iría fortaleciendo en el tiempo ante una mayor conciencia sobre sus antagonismos, interés que culminaba con el reconocimiento jurídico, como potestad natural de los padres, y como potestad secundaria del tutor a falta de éstos.

Por siglos ese interés se resumió en una legislación que establecía el estado civil de minoridad, con incapacidad de hecho y sujeción a la patria potestad o a la tutela. Del mismo modo, y para los casos en que se comprobaba el desamparo, en la intervención de la autoridad pública y la adopción de medidas de reparación.

La llegada de la era industrial, provocó que la problemática creciera, en calidad y cantidad, perturbando a toda la sociedad. El interés público se extendió, y la potestad del Estado alcanzó una dimensión omnipresente en la misma. En este escenario, agravado por las grandes guerras del siglo XX, se empezó a hablar del interés prevalente del menor, lo que significaba que el menor de edad debía ser protegido en cualquier situación desfavorable, surgieron entonces las Declaraciones de Derechos del Niño de 1924 y 1959.

La Convención sobre los Derechos del Niño trajo consigo un aliento definitivo en el orden de las naciones. Desde ese pacto, no puede haber Estado en que no se reconozca la niñez como interés público.

## EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LAS RELACIONES PARENTALES

La relación parental o paterno-filial es el vínculo directo e inmediato (en primer grado) que une a padres e hijos y que se conoce también con el nombre técnico de filiación. En términos generales, la necesaria concurrencia de padre y madre en la concepción y gestación de los hijos determina que pueda diferenciarse entre filiación paterna y materna.

Uno de los principales objetivos de Convención es precisamente la regulación de aquella relación existente entre la familia y el niño; particularmente la relación entre los padres y el niño. Muchas son las disposiciones que regulan la crianza y la educación; como son también aquellas que reglamentan el derecho que tiene cada niño a ejercer por sí mismo sus derechos en forma progresiva y de acuerdo a la evolución de sus facultades.

Uno de los aportes de la Convención ha sido prolongar la eficacia del principio garantista del interés superior del niño, por sobre los límites de los ámbitos

legislativos, como es el caso de la Declaración de 1959, o judicial, tal como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia; muy por el contrario, el objetivo es trascender estas barreras e incluir en la aplicación de este principio, no solamente a los administradores de justicia, sino también a quienes a través de instituciones de carácter privado, velan por el interés superior del niño, sin olvidarse, desde luego, que los padres igualmente están llamados a cumplir con su noble deber, el interés superior del niño el cual se resume en un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente.

De esta manera, el artículo 18, tras de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la formación y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, indica que los padres cumplirán con sus funciones en concordancia a una orientación fundamental: el interés superior del niño tal como lo prescribe el Art. 18.1 de la Convención. Esta disposición debe entenderse de manera integral con el artículo quinto el mismo que manifiesta que el objetivo padres deberían de llegar, hacer que los niños ejerzan sus derechos, los cuales se encuentran reconocidos en la Convención. Querer lograr una interpretación sistemática de las disposiciones sobre el ejercicio progresivo de sus derechos, es evidente que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de los niños, tienen la finalidad de cumplir con la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus potestades se encuentran limitadas, precisamente, por esta función u objetivo. En consecuencia, se ratifica la simetría entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior del mismo.

El Estado, por su parte, tiene la obligación de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su formación y educación se dirija a lograr la autonomía. No son derechos absolutos, ni meramente poderes y deberes, éstos son derechos condicionados por los derechos de los propios niños, en otras palabras, por su interés superior.

Por lo expuesto, se deduce que a partir de la ratificación de la Convención existe una paridad total entre el contenido del interés superior del niño y los derechos

fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, precisamente, la satisfacción integral de sus derechos. Por su parte, la enunciación del principio en el artículo tercero de la Convención denota que éste es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar fundamentalmente sus derechos; es de una gran universalidad, puesto que no sólo obliga al legislador, sino también a la sociedad misma y a los padres; además es una norma de interpretación o de solución de conflictos jurídicos; en conclusión vale afirmar que este principio es una orientación para la enunciación de políticas públicas orientadas hacia el desarrollo holístico de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin duda alguna, al perfeccionamiento de la vida democrática.

## **DESARROLLO DE LA VARIABLE DEPENDIENTE**

### **DERECHO COMPARADO**

Fuchslocher, Petersen. (1983), ha considerado que ciertos países que ya cuentan con leyes aprobadas sobre tenencia compartida, a continuación haremos una breve explicación.

#### **FRANCIA**

En Francia existe una ley que se encuentra vigente desde el 5 de Marzo de 2002, donde establece que los padres del menor deben presentar un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, es decir que ellos se pongan de acuerdo en cuanto al tiempo que cada uno debe compartir con sus hijos, sin necesidad de que exista un litigio en los juzgados. En la legislación francesa no se habla de custodia o tenencia compartida la define con el termino coparentalidad.

El Gobierno francesas ha decidido incorporar la coparentalidad, en virtud que la custodia monoparental resulta un poco discriminatorio hacia el padre o la madre que no posea la tenencia. Además que tanto el padre como la madre tienes los mismos derechos sobre sus hijos.

De acuerdo a lo mencionado en el párrafo anterior, se puede establecer que la aplicación del plan de coparentabilidad beneficia a los padres que desean compartir la custodia de sus hijos, pues este evita que se realice litigios, además permite que los progenitores puedan ponerse de acuerdo en todo lo relacionado a sus hijos.

## **ITALIA**

En Italia desde el 26 de enero del año 2006, se modificó la Ley Civil en su artículo 155, donde se estableció que la custodia compartida será aplicada de manera prioritaria, y como no podía ser de otra manera, esta decisión fue tomada buscando satisfacer el interés superior del niño.

En Italia existe una particularidad respecto a la aplicación de la custodia compartida, en este país no es necesario que exista un acuerdo entre los padres para su aplicación, sino que esta modalidad debe darse en a todos los casos de una manera.

La reforma realizada en la Ley Civil de Italia es beneficiosa para los menores, ya que permite que tras el divorcio de sus progenitores puedan compartir de manera equitativa con ambos, puesto que la aplicación de la Custodia Compartida no es un opción sino una obligación para todos los casos.

## **SUECIA**

En este país las leyes establecen que en caso de que los padres se encuentren divorciados podrán de mutuo acuerdo elegir el régimen de custodia compartida, sin embargo si los jueces no lo creen pertinente podrán dejar sin efecto dicho acuerdo. También existen ciertas particularidades como el hecho de que los gastos sean compartidos.

A nuestro criterio, lo establecido en la Legislación de Suecia, es pertinente debido a que no es beneficioso que en todos los casos se aplique custodia compartida, y quien mejor que el Juez para tomar dicha decisión.

## **ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA**

En Estados Unidos de Norte América, la custodia compartida se la denomina como shared custody, en este país la custodia compartida se la puede ejercer de dos maneras, como custodia legal conjunta, en la cual los padres tienen que decidir sobre asuntos relacionados a sus hijos de manera conjunta, de igual manera las responsabilidades son equitativas. Por otro lado también se puede ejercer la física, en este tipo de custodia los padres comparten en igualdad de tiempo a sus hijos.

Sin embargo en Estados Unidos de Norte América la situación de la custodia compartida varía de un Estado a otro, por lo que a continuación haremos una breve explicación:

### **ESTADO DE CALIFORNIA**

En este Estado es una obligación que se aplique la custodia biparental, la misma que consiste en que tanto el padre como la madre compartan en igualdad de tiempo a sus hijos, así como también que ejerzan las mismas responsabilidades. En conclusión la custodia bilateral es un sinónimo de custodia compartida.

### **ESTADO DE IOWA**

En el Estado de Iowa, de igual manera es una obligación el aplicar la custodia conjunta, claro está que en caso de que exista antecedentes de violencia intrafamiliar el juez negará la aplicación de este tipo de custodias, por cuanto se estaría poniendo en peligro el interés superior del niño.

### **ESTADO DE MISSOURI**

En este Estado si bien es cierto no se aplica la custodia compartida de una manera obligatoria, esta prevalece a la custodia monoparental, la mayoría de los jueces emite fallos a favor de la aplicación de la custodia compartida, ya que consideran que esto ayudara a un mejor desarrollo del menor.

De acuerdo a todo lo mencionado en Estados Unidos existe dos tipos de custodia la custodia conjunta en la cual los padres deben compartir todas las decisiones de sus hijos de manera conjunta y también existe la custodia física en la cual los niños deben vivir un tiempo con el padre y otro con la madre. Por otro lado dentro de Este país la aplicación de la custodia compartida varía de un Estado a otro, como en California e Iowa donde la aplicación de la custodia compartida se lo realiza de manera obligatoria.

## **CÓDIGO CIVIL**

Por su parte el Código Civil del Ecuador en lo referente a la problemática planteada, establece en su artículo 108 que en los casos donde las parejas hayan propuesto un juicio de divorcio en la misma audiencia de dicho juicio además de disolver el vínculo matrimonial, se definirá la situación económica. También se dispondrá que en caso de no existir un acuerdo entre la pareja respecto al cuidado de los hijos será la madre a quien le corresponda hacerlo.

Por lo tanto de acuerdo a lo establecido en el Código Civil el investigador ha visto la necesidad de plantear una investigación referente a la aplicación de la custodia compartida en el Ecuador, ya que como se lo menciono anteriormente actualmente en nuestro país la custodia monoparental es la única aplicada tras un divorcio o separación de la pareja, lo cual vulnera el interés superior del niño, ya que priva al menor el derecho a compartir en igualdad de condiciones con sus dos progenitores, además que esto genera problemas psicológicos tanto al padre que no posee la custodia como al menor.

## **CUSTODIA**

Pacheco, Salamanca. 2014, establece que la custodia es el acto a través del cual uno de los progenitores de un menor ejerce su cuidado y convive de manera habitual con él. Es decir que el progenitor que tenga la custodia del menor va cuidarlos y asistirlo. . De acuerdo al derecho de familia, custodia es una situación legal que es emitida mediante resolución por un Juez y tienen como fin el atribuir al padre o la madre de

un menor su cuidado. Mientras que el progenitor que no posee la tenencia tiene el derecho de visitas.

También es importante recalcar que no se debe confundir la tenencia con la patria potestad, puesto que la primera consiste en el cuidado y protección que uno de los progenitores ejerce sobre su hijo, mientras que la segunda siempre la van ejercer ambos progenitores y consiste en el conjunto de derecho y obligaciones que tiene los padres sobre sus hijos.

Fuchslocher, Petersen, (1983), señala, que la custodia es

“Tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad” (pág. 245).

Lamentablemente en nuestro país tras el divorcio de una pareja es la madre quien se queda con la custodia de los hijos y el padre se ve limitado a un régimen de visitas, el mismo que en muchos de los casos no se puede llevar a cabo. Por lo que es necesario que en nuestro país se implemente la custodia compartida, de este modo se evitara que se vulneren varios derechos de los padres y de los niños.

### **CUSTODIA COMPARTIDA**

Escudero, Juan. (2003), manifiesta que la custodia compartida es una situación legal a través de la cual tanto el padre como la madre ejercen la custodia de sus hijos de manera equitativa. Es decir que a través de la custodia compartida ambos progenitores podrán ejercer el cuidado y protección de sus hijos en igualdad de condiciones, de este modo permitiendo que los progenitores ejerzan a cabalidad la corresponsabilidad parental.

Compartir la custodia significa formular un acuerdo a partir de las circunstancias particulares de cada familia, para que hijos e hijas tengan los espacios necesarios en

términos de calidad y cantidad que les permitan construir una relación sólida, íntima y equitativa con ambos.

En algunas legislaciones se define a la custodia compartida como custodia alternada o sucesiva, pero en fin tiene el mismo objetivo que los padres tras un divorcio compartan el mismo tiempo con sus hijos.

Zarraluquil, Andrea. (2002), manifiesta que el término compartir, quiere decir

Tener, usar o consumir una cosa entre varios. Es decir, tiene un componente de simultaneidad y de ejercicio al mismo tiempo, por lo que se comparte la custodia cuando se convive con los dos progenitores, lo que no ocurre en una situación de crisis familiar (pp.7).

De acuerdo a lo anteriormente citado, el término compartir quiere decir que tanto el padre como la madre tengan los mismos derechos sobre sus hijos, lo cual resulta un poco difícil cumplir en situaciones donde los progenitores no guardan una buena relación.

Huaita, Marcela. (2005), las características fundamentales de la custodia compartida residen en:

- La madre y padre son igualmente importantes en la vida física y psicológica del niño;
- Ambos comparten la autoridad para la toma de decisiones acerca de los niños;
- Ambos cooperan en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de los niños;
- Los niños pasan una notable cantidad de tiempo viviendo con sus madres y padres (pp.4).

De acuerdo a las características mencionadas por el autor Huaita, la custodia compartida permite que ambos progenitores tengan la misma importancia en la vida

de sus hijos, por otro lado este tipo de custodia permite que los padres puedan tomar de manera equitativa las decisiones sobre sus hijos, en fin son varios los beneficios que otorga la aplicación de la custodia compartida.

Según Orduño, Miguel. (2008), define a la custodia compartida como:

Aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro (pp.5).

Esta definición nos menciona que es necesario que la pareja se encuentre de acuerdo para la aplicación de la custodia compartida, sin embargo consideramos que no es necesario que los padres tomen dicha decisión, sino que la autoridad Judicial es quien decida sobre la implementación de la custodia compartida, sobretodo en casos donde exista conflictos familiares.

La custodia compartida tienen como fin el precautelar el interés superior de los niños, es decir que se satisfagan sus necesidades básicas como son las relaciones afectivas con sus padre, la necesidad de seguridad y otras más.

En nuestro país lamentablemente no existe el régimen de custodia compartida, puesto que tras un divorcio o separación es la madre quien en la mayoría de los casos se queda con la custodia de los hijos, estableciendo así un régimen de visitas para el padre, lo cual resulta que la madre comparte más tiempo con el hijo.

A nuestro criterio consideramos que no es necesario que se aplique de manera rígida el cincuenta por ciento de tiempo con el padre y el otro cincuenta por ciento con la madre, en definitiva la custodia compartida va más allá de ello, su finalidad es que tanto el padre como la madre se vean involucrados en la crianza de sus hijos.

En conclusión a nuestro criterio la custodia compartida tiene como fin precautelar el interés superior del niño, que este tras el divorcio de sus padres no se vea afectado, además que la aplicación de este tipo de custodias beneficiará a los padres, puesto que ambos pueden compartir con su hijos en igualdad de condiciones, evitando así cualquier conflicto.

## **RELACIONES PARENTO FILIALES**

Para Beloff, Max. (2000), las relaciones paterno filiales son una serie de obligaciones, derechos que rigen la vida entre los padres y sus hijos. Las relaciones paternas filiales más relevantes son la patria potestad, tenencia, maternidad, alimentos y régimen de visitas.

Por otro lado las relaciones paterno filiales, tiene como objetivo el brindar la asistencia adecuada a sus hijos, durante la minoría de edad y en los casos que dicho hijo tenga alguna incapacidad. Es decir que las relaciones paternas filiales crean obligaciones de los padres hacia los hijos.

Según la Real Academia Española (2015), la filiación está definida como:

La procedencia de los hijos respecto a los padres. Jurídicamente la filiación es la relación paterno-filial existente entre el progenitor (ya sea el padre o la madre) y su hijo(a). Ese vínculo o relación familiar puede provenir de una realidad natural (biológica) o puede provenir de un acto jurídico como la adopción (pp.1).

En conclusión, las relaciones paterno filiales son una serie de obligaciones que tienen los padres hacia los hijos, esta institución jurídica se aplica especialmente cuando una pareja se encuentra divorciada o separada y tiene hijos en común. Pues tras el divorcio se generan una serie de obligaciones como el derecho alimentos, el derecho y visitas y otros.

## **TIPOS DE CUSTODIA:**

Izquierdo Paul (2012), manifiesta que de acuerdo a la doctrina existen dos tipos de custodia, que a continuación explicaremos cada una de ellas.

### **CUSTODIA EXCLUSIVA O INDIVIDUAL**

Este tipo de custodia se caracteriza por ser uno solo de los progenitores quien la ejerza, estableciendo para el otro progenitor un régimen de visitas y a la vez fijándole la obligación de contribuir con el pago de una pensión alimenticia.

### **CUSTODIA COMPARTIDA**

Catalan, Max. (2004), menciona que este tipo de custodia se caracteriza por ser ambos progenitores quienes ejercen la custodia de sus hijos en un tiempo determinado. Dentro de la custodia compartida existen diversas formas de custodia, ya sea en razón de la vivienda de los progenitores o en razón del tiempo. Estas han sido tratadas por distintos autores para lo cual daremos una breve explicación a cada una de ellas:

El problema es que hay distintas formas de custodia compartida en función de la atribución del uso de la vivienda familiar y del reparto del tiempo. Formas que además han sido divididas y nombradas por diversos autores de maneras muy diversas, no obstante, distinguiremos entre:

#### **LA CUSTODIA COMPARTIDA EN SENTIDO AMPLIO**

Este tipo de custodia consiste en la repartición de la custodia física de sus hijos de manera alternada por un tiempo largo. La custodia compartida en sentido amplio, permite que los dos progenitores puedan tomar decisiones sobre sus hijos en igualdad de condiciones. Dentro de esta custodia existen dos tipos de custodias:

1. La Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar, es decir que los hijos siempre permanecen en la misma residencia y son los padres quien deben acudir de manera alternada a su cuidado.

2. Custodia compartida en la cual los hijos deben trasladarse hasta el lugar de residencia de los padres, para ello es necesario que los progenitores vivan cerca.

### **LA CUSTODIA COMPARTIDA EN SENTIDO ESTRICTO O LEGAL**

En este tipo de custodia se concede la custodia a uno de los progenitores, es decir como el cuidador principal del menor, mientras que para el otro progenitor se establece una relación más amplia y activa con sus hijos.

### **BENEFICIOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

Monje, K. (2007), señalan que los beneficios de la custodia compartida es permitir que los hijos puedan disfrutar de la presencia de ambos progenitores, por lo que la ruptura de la relación de sus progenitores resulta menos traumática.

También resulta beneficiosa la aplicación de custodia compartida, ya que esta evitara que exista un resentimiento de los hijos hacia los padres, pues en muchos de los casos que los menores viven bajo una custodia monoparental los niños generan sentimientos de culpa, rechazo, negación y otros. Además, permite que los padres sigan ejerciendo sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones.

Frías, José. (2011), señala

“Los niños que disfrutan de este tipo de custodia están mejor adaptados, presentan mejores niveles de autoestima, autoevaluación y confianza en sí mismos y tienen una mejor relación con sus progenitores”.

Existen varias investigaciones realizadas por psicólogos acerca de la custodia compartida, a continuación explicaremos algunas de ellas.

Según la psicóloga Raquel Peña Gutiérrez, autora del estudio Familia Post-Divorcio. Funciones Parentales, los niños que viven bajo el régimen de custodia compartida, tienen un alto autoestima, no presentan en su vida sentimientos de abandono.

Por otro lado, Bauserman, Joe. (2002), menciona que la custodia compartida es beneficiosa para los niños en varias áreas como la psicológica, emocional y académica. Otra investigación realizada por la psicóloga Joan (2000), establece que este modo de custodia ayuda a desarrollar a los menores de mejor manera, los niños sienten mayor satisfacción al compartir con ambos progenitores.

En conclusión podemos decir tras la separación de una pareja, el aplicar el régimen de la custodia compartida para los hijos habidos que tienen en común resulta beneficioso, ya que estos crecen con mayor estabilidad emocional, además que no se ven afectados por la separación de sus progenitores.

### **SINDROME DE ALIENACION PARENTAL**

Según Aguilar, Romel. (2005), el Síndrome de Alienación Parental (SAP) “Es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición” (p. 21).

Según Gardner, Wil (2010), el Síndrome de Alienación Parental, apareció hace casi dos décadas y consiste en un trastorno que se da cuando una pareja se encuentra disputando la tenencia de sus hijos. Su primera expresión es el rechazo injustificado de los hijos hacia uno de sus padres.

De acuerdo a lo mencionado por los autores antes citados debemos manifestar que el hecho de que el padre o la madre influyan negativamente a un menor en contra del otro progenitor es un maltrato psicológico que a lo largo va acarrar graves consecuencias graves como la desvalorización del progenitor, problemas en la personalidad del menor y otros.

### **TIPOS DE SÍNDROME DE ALIENACION PARENTAL**

Según Aguilar, Fernando (2005), establece que existen tres tipos de síndrome de Alienación Parental, a continuación explicaremos cada uno de ellos.

## **TIPO LEVE**

En este nivel el progenitor que no tiene la tenencia visita su hijo de manera continua por lo que los niveles de rechazo del hijo hacia su padre son menos frecuentes y las relaciones afectivas son positivas.

## **TIPO MODERADO**

Cuando en el momento de la entrega del niño o niña surgen conflictos constantes entre los padres o cuando el padre no entrega a tiempo a su hijo y eso genera un conflicto en las relaciones entre el padre y el hijo pues estas se deterioran.

## **TIPO SEVERO**

Surge cuando los progenitores tienen problemas extremos, es decir la madre no le permite al padre ver a sus hijos, esto va generando cierto rechazo del hijo hacia su padre, pues considera que la razón del sufrimiento de su madre es el conflicto generado por su padre.

El progenitor que tiene la tenencia utiliza a sus hijos con el fin de obtener información del otro progenitor y posteriormente utilizarla en contra de este. Por otro lado las visitas hacia los otros familiares quedan excluidas, puesto que el odio se extiende hacia todos los familiares.

## **ORIGEN DE LA TENENCIA COMPARTIDA**

La tenencia comparada nace como una solución al alto índice de problemas existentes respecto a los derechos parentales, puesto que los padres buscan sus intereses dejando a un lado el de los menores. El hecho de que la madre sea elegida como opción preferencial para ejercer la tenencia de sus hijos ha hecho que se cometan actos abusivos en contra del padre y del niño, puesto que en muchos de los casos el niño se ve limitado a compartir el tiempo con su padre.

Por otro lado en la década de los sesenta en Inglaterra se emitió el primero fallo acerca de custodia compartida, posteriormente esta modalidad de tenencia fue

adoptada en los países de Francia, Canadá y América del Norte. En Estados Unidos también fue uno de los primeros países en aplicar la custodia compartida, sin embargo hasta la actualidad sigue realizando estudio en cuanto a su aplicación, es así que creo la American Bar Association<sup>38</sup>, ABA, institución que tiene como finalidad el realizar estudios sobre los beneficios y desventajas que ocasionan la custodia compartida.

### **HIPÓTESIS ALTERNATIVA**

El interés superior del niño incide en la custodia compartida

### **HIPOTESIS NULA**

El interés superior del niño no incide en la custodia compartida

### **SEÑALAMIENTO DE VARIABLES**

#### **Variable Independiente**

El interés superior del niño

#### **Variable Dependiente**

La custodia compartida

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN**

El presente proyecto de investigación se realizó basándose en un enfoque cuantitativo y cualitativo, con la finalidad de investigar si es necesaria la implementación en nuestra legislación de la custodia compartida.

**Investigación Cuantitativa** suelen plantear la cuestión de un modo limitado, pero muy bien perfilado. Con ellas se examinan aquellos supuestos en este caso la hipótesis que se han formulado ya antes de comenzar la obtención de datos. Los datos obtenidos permiten no sólo el tratamiento y la descripción numéricos de los hechos investigados, sino también en el caso ideal la explicación de las conexiones de causa-efecto entre ellos o sea el análisis causal.

**Investigación Cualitativa** se utilizan sobre todo para estudios exploratorios en campos que son poco conocidos. Se los emplea además en investigaciones con las cuales se quiere conocer las interpretaciones subjetivas de las personas. Este enfoque es específicamente cualitativo porque se va a trabajar con la investigación en el habitat natural con enfoque contextualizado que busca la comprensión de los hechos, estudiar

#### **MODALIDAD BÁSICA DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA O DOCUMENTAL**

La presente investigación se realiza utilizando libros, revistas, internet, resoluciones judiciales, tesis, que serán analizados a cabalidad por profesionales en Derecho de Familia y Derecho Comparado colaborando al investigador a aclarar y despejar cualquier tipo de duda existente respecto a la relación de la investigación con las personas del medio.

## **INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

Porque en la presente investigación se asiste de forma personal a recabar información en el lugar donde se producen los hechos como es la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de ésta la ciudad de Ambato, para poder recolectar información real, sobre la necesidad de implementar en nuestra legislación la Custodia Compartida, permitiendo obtener un conocimiento más a fondo de este fenómeno social, y así manejar los datos con más seguridad para poder actuar en el contexto y transformación de la realidad de este problema.

## **NIVEL O TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA**

Debido a que por medio de estas investigaciones se pretende dar una visión general, de tipo aproximativo, respecto a una determinada realidad. Este tipo de investigación se realiza especialmente cuando el tema seleccionado ha sido poco explorado y reconocido, basándome en la investigación documental que he realizado en los diversos repositorios digitales de las Universidades del Ecuador, su finalidad es ayudar al planteamiento del problema de investigación, formular hipótesis de trabajo y seleccionar la metodología a utilizar en una investigación.

Los estudios exploratorios nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa sobre un contexto particular de la vida real, investigar problemas del comportamiento humano.

### **INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA**

Este trabajo pretende analizar el concepto de “Custodia Compartida” en materia de Separación y Divorcio”. Se revisan, en primer lugar, los diferentes tipos de custodia de los hijos e hijas que se suelen otorgar en los casos de separación o divorcio entre los progenitores; así como los distintos significados que se atribuyen al término

común “Custodia Compartida” en diferentes contextos. A continuación se presenta la situación existente en diversos países de nuestro entorno y, finalmente, se discuten los diferentes puntos de vista planteados respecto de las posibles ventajas o inconvenientes de la aplicación de este supuesto.

## **ASOCIACIÓN DE VARIABLE**

Para poder observar las causas y los efectos de El interés superior del niño y la custodia

## **POBLACIÓN Y MUESTRA**

### **POBLACIÓN**

Para nuestra investigación hemos tomado como referencia la población de Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, información que se ha otorgo a través del Consejo de la Judicatura de Ambato, así como los datos del número de profesionales del derecho en libre ejercicio que se encuentran en el Foro de Abogados, y finalmente a los Progenitores afectados por el incumplimiento del régimen de visitas en el juzgado de la Doctora Ximena Herdoiza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el año 2016, datos que mostramos a continuación.

<b>NÚMERO</b>	<b>UNIDADES DE OBSERVACIÓN</b>	<b>POBLACIÓN</b>	<b>MUESTRA</b>
1	Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.	13	13
2	Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Ambato de la Provincia de Tungurahua. (Inscritos hasta Enero del 2016).	2209	327
3	Progenitores afectados por el incumplimiento del régimen de visitas	81	81

	en el juzgado de la Doctora Ximena Herdoiza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el año 2016		
	<b>TOTAL</b>	2303	421

## MUESTRA

A la población de Jueces de Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer y la Familia que es 13 y al de los Progenitores afectados por el incumplimiento del régimen de visitas del juzgado de la Doctora Ximena Herdoiza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el año 2016, no se aplicará la muestra por ser menor de 100, en cambio a la población de los abogados en el libre ejercicio profesional sí, ya que supera el número de 100. A continuación se desarrollará la fórmula:

## DATOS:

$$n = \frac{Z^2 P Q N}{Z^2 P Q + N e^2}$$

N= tamaño de la muestra

Z= nivel de confiabilidad 95% =>  $0.95/2 = 0.4750$  =>  $z = 1.96$

P= probabilidad de ocurrencia 0.5

Q= probabilidad de no ocurrencia 0.5

N= población 1801

E= error de muestreo 0.05 (5%)

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(2209)}{(1.96)^2(0.5)(0.5) + (2209)(0.05)^2}$$

n = 327

<b>Unidades de Observación</b>	<b>Población</b>	<b>Muestra</b>
Jueces	13	13
Abogados	2209	327
Progenitores afectados por el incumplimiento del régimen de visitas en el juzgado de la Doctora Ximena Herdoiza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el año 2016	81	81
<b>Total</b>	<b>2303</b>	<b>421</b>

## **TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

La presente investigación tiene por objeto fortalecer las técnicas y métodos requeridos por los objetivos e hipótesis presentados junto con el punto de vista alcanzado por el investigador.

### **ENCUESTA**

Es un estudio observacional en el cual el investigador pretende recolectar datos por medio de un cuestionario previamente diseñado, sin modificar el entorno.

La encuesta se puede aplicar a un grupo grande de personas o a la vez a uno minoritario, depende del número de población requerido para la investigación, los cuales la contestarán por escrito.

## OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES DEPENDIENTE

Conceptualización	Dimensión	Indicadores	Ítems	Técnicas de Instrumento
Principio constitucional que estipula " En todos los casos se aplicara el principio del interés superior de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás".	<p>Definición</p> <p>Antecedentes del Interés Superior de los niños</p> <p>Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de los niños</p> <p>La protección Integral del menor</p>	<p>Perspectiva Doctrinal</p> <p>América Latina</p> <p>Derechos Humanos</p>	<p>¿Conoce usted que es la custodia compartida?</p> <p>¿Considera usted que es beneficioso para los niños vivir bajo un régimen de custodia compartida?</p> <p>¿Ha escuchado sobre los beneficios de la aplicación de la custodia compartida en otros países?</p> <p>¿Piensa usted que los padres que se encuentran separados tiene los mismo derechos sobre sus hijos?</p> <p>¿Cree que es conveniente para un niño ser visitado por su padre bajo un horario de visitas restringido?</p>	<p><b>Instrumento</b> Cuestionario</p>

**Tabla No.1:** Muestra

**Elaboración:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## OPERACIONALIZACION DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE

Conceptualización	Dimensión	Indicadores	Ítems	Técnicas de Instrumento
<p>Modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos.</p>	<p>Derecho Comparado</p> <p>Relaciones Parento Filiales</p> <p>Tipos de custodia</p>	<p>Francia</p> <p>Características</p> <p>Exclusiva</p>	<p>¿Cree usted que es importante para el desarrollo emocional del niño o niña la presencia constante de sus progenitores?</p> <p>¿Considera usted que la aplicación de la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños?</p> <p>¿Cree usted que la Constitución de la República del Ecuador posibilita la incorporación de la figura de la custodia compartida?</p> <p>¿Considera usted necesario hacer una reforma al Código Civil donde se incorpore la figura de la custodia compartida?</p>	<p><b>Técnica</b></p> <p>Encuestas</p> <p><b>Instrumento</b></p> <p>Cuestionario</p>

**Tabla No. 2:** Operacionalización de la Variable Independiente

**Fuentes:** Capítulo II

**Elaboración:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## PLAN DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Preguntas Básicas	Explicación
1.- ¿Para qué?	Para alcanzar los objetivos de la investigación.
2.- ¿De qué persona y objetos?	Jueces la Unidad de la Familia, y Abogados en libre ejercicio.
3.- ¿Sobre qué aspecto?	Implementación
4.- ¿Quién?	Investigador
5.- ¿Cuándo?	.Año 2016
6.- ¿Dónde?	Ambato
7.- ¿Cuántas veces?	Las veces que sea necesario
8.- ¿Qué técnicas de recolección?	Encuesta – Entrevista
9.- ¿Con que?	Cuestionario – Guía de Entrevista
10¿En qué situación?	En el ámbito jurídico-social

**Tabla N° 3** Recolección Información  
**Fuente:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga  
**Elaboración:** El Investigador

## PLAN DE PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Para lograr el cumplimiento de cada uno de los objetivos planteados en la presente investigación, nos concentramos en la recolección de suficiente información se aplicarán, los instrumentos correspondientes la guía de cuestionario respectivamente, para esto se les dará previamente la respectiva explicación a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Abogados en libre ejercicio del cantón Ambato y Progenitores afectados por el incumplimiento del régimen de visitas en el juzgado de la Doctora Ximena Herdoiza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el año 2016.

## **PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS REVISIÓN CRÍTICA**

Una vez que se hayan realizado las encuestas se procederá a realizar la respectiva tabulación y consecuentemente el análisis e interpretación de datos lo que nos llevará a comprobar la hipótesis y llegar a las conclusiones correspondientes del presente trabajo de investigación.

## **CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

La información obtenida se clasificó conforme las dos variables planteadas.

## **TABULACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

La tabulación permite organizar los datos obtenidos, para una visión clara acerca de cómo se ha venido dando y los cambios que ha tenido el problema que es objeto de la investigación, además de su concordancia con las variables planteadas.

## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

Resulta menester para proceder con el desarrollo de esa investigación, justificar la información que ha sido recolectada hasta el momento en cuanto al tema “**EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y LA CUSTODIA COMPARTIDA**”, por cuanto toda esta información corroborará a la comprobación de las hipótesis que se ha planteado validar el modelo teórico propuesto en el capítulo anterior.

#### **ESTRUCTURA DE LA ENCUESTA**

Tomando en consideración el objeto de la presente investigación, se procedió con el desarrollo de la encuesta, la misma que ha sido dirigida a los Abogados en libre ejercicio del cantón Ambato, los señores Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y los Progenitores afectados por el incumplimiento del régimen de visitas en el juzgado de la Doctora Ximena Herdoiza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el año 2016, por cuanto son estas las personas idóneas para contestar todas nuestras dudas respecto al tema en estudio.

#### **TABULACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

Con dichas respuestas dadas por parte de los abogados en libre ejercicio, los jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y los Progenitores afectados por el incumplimiento del régimen de visitas en el juzgado de la Doctora Ximena Herdoiza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en el año 2016 de la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua, obtuvimos los datos que señalamos a continuación:

## ENCUESTA

### 1. ¿Conoce usted que es la custodia compartida?

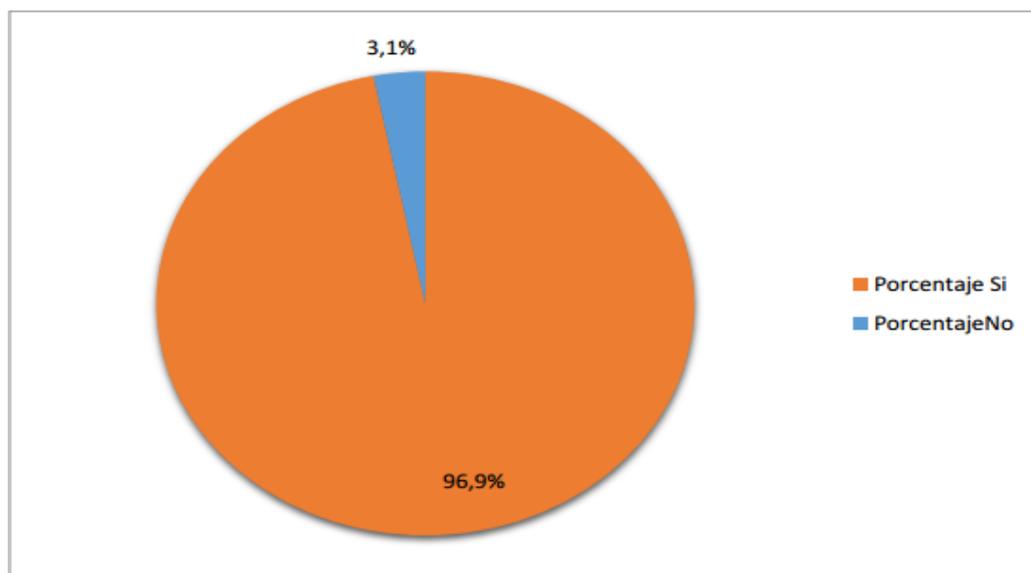
**Cuadro No. 1 pregunta N° 1**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	418	96.9%
No	3	3.1%
Total	317	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 5 pregunta N° 1**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número uno el 3.1% de los encuestados, es decir 3 no conocen sobre la custodia compartida; mientras que por otro lado el 96.9%; es decir 418 personas dicen conocer de lo que se trata la custodia compartida.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los encuestados ha respondido que conoce sobre la custodia compartida y las responsabilidades que ésta conlleva para cada uno de los padres, ya que al compartir la custodia de los hijos, esta tarea no recaerá únicamente en la madre, quien generalmente la tiene cuando no se comparte esta responsabilidad con el padre; por otro lado, el niño tendrá un desarrollo integral compartiendo con sus dos progenitores aun cuando éstos no vivan juntos.

**2. ¿Considera usted que es beneficioso para los niños vivir bajo un régimen de custodia compartida?**

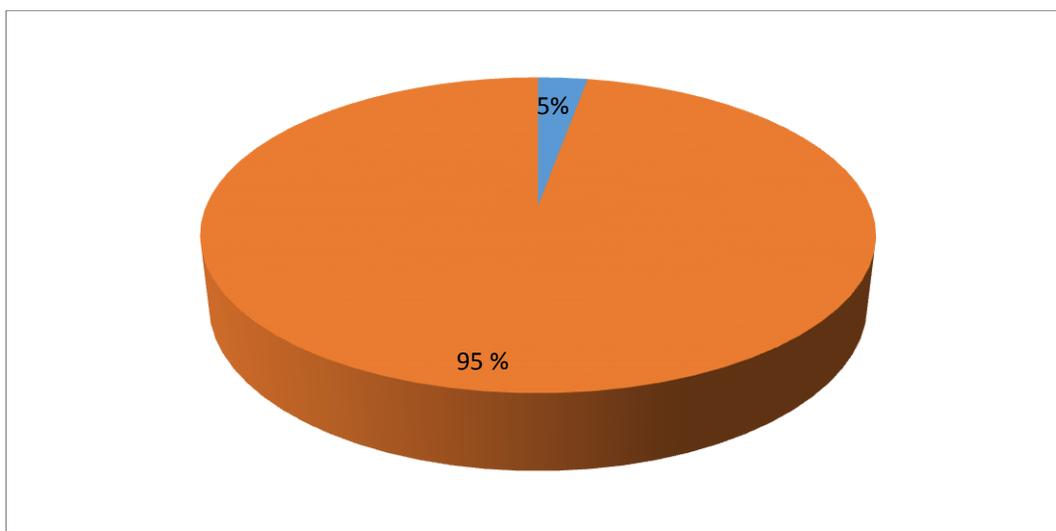
**Cuadro No. 2 pregunta N° 2**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	400	95.0%
No	21	5 %
Total	421	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 6 pregunta N° 2**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la segunda pregunta el 95% de los encuestados; es decir, 400 personas consideran que es beneficioso que los niños vivan en un régimen de custodia compartida, pues de este modo ellos disfrutarán el hecho de compartir con sus padres actividades que sin este régimen serían limitadas a solo uno de sus padres. Por otro lado, es tan sólo un 5% el que considera que no sería beneficioso para los niños vivir bajo un régimen de custodia compartida.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los encuestados supieron manifestar que tanto el padre como la madre tendrían la misma responsabilidad en la formación y educación de sus hijos, si éstos viviesen bajo un régimen de custodia compartida, más allá de la responsabilidad, también está el hecho de disfrutar de la oportunidad de ver a sus hijos crecer, verlos con mayor frecuencia que cuando los hijos solo estuvieren bajo un régimen de visitas, el padre o la madre que tiene la custodia compartida valorará esta disposición legal.

**3. ¿Ha escuchado sobre los beneficios de la aplicación de la custodia compartida en otros países?**

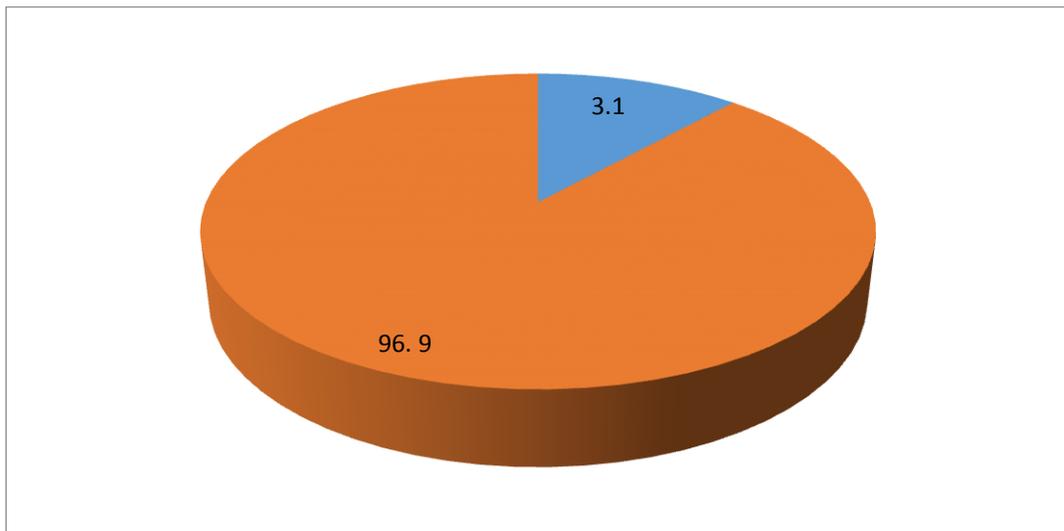
**Cuadro No. 3 pregunta N° 3**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	418	96.9%
No	3	3.1 %
Total	321	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 7 pregunta N° 3**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número tres, el 96.9 de los encuestados; es decir, que 418 han respondido haber escuchado sobre los beneficios que tiene la custodia compartida en otros países; mientras que, apenas el 3.1% de la población encuestada ha respondido que desconoce sobre los beneficios de la custodia compartida en otros países; lo que significa que sólo 3 personas han respondido que no a la pregunta planteada.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los encuestados manifestaron que ha escuchado sobre los beneficios que en otros países la custodia compartida trae consigo, beneficios que no sólo son para los hijos que viven bajo este régimen, pero también para los padres que comparte la custodia de sus niños tras la ruptura de su relación conyugal. Este alto porcentaje de personas que conoce sobre la custodia compartida en otros países, son un indicador de que sería importante que en Ecuador, se implementase este régimen y no se limite, tanto a los niños como a los padres al sordido régimen de visitas.

4. ¿Piensa usted que los padres que se encuentran separados tienen los mismo derechos sobre sus hijos?

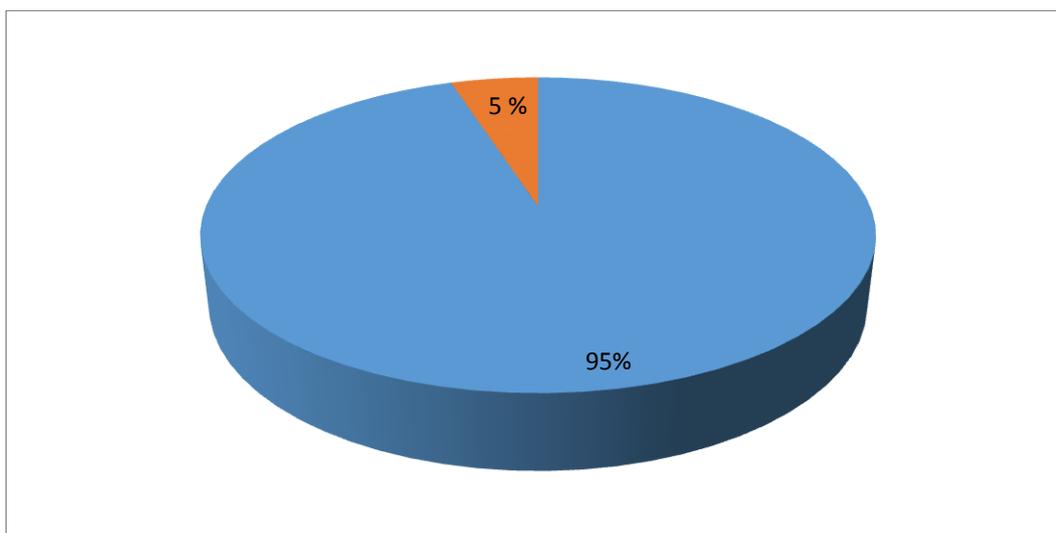
**Cuadro No 4 Pregunta N° 4**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	21	5%
No	400	95%
Total	421	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 8 pregunta N° 4**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número cuatro el 5% de los encuestados, es decir 21 personas supieron manifestar que consideran que los padres que se encuentran separados tienen el mismo derecho sobre sus hijos; mientras que 400 personas que representan el 95% de encuestados, manifestaron que no, que los padres separados no tienen el mismo derecho sobre sus hijos.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los encuestados manifestaron que los padres separados no tienen el mismo derecho sobre sus hijos, lo que significa que aún sigue latente, un sentimiento de egoísmo que esconde tras su rabia, la amargura y dolor de haber terminado con su pareja. Estas 400 personas que respondieron negativamente a la pregunta planteada, parece estar conforme con el régimen de visitas en cuando a los hijos de los padres separados.

5. ¿Cree que es conveniente para un niño ser visitado por su padre bajo un horario de visitas restringido?

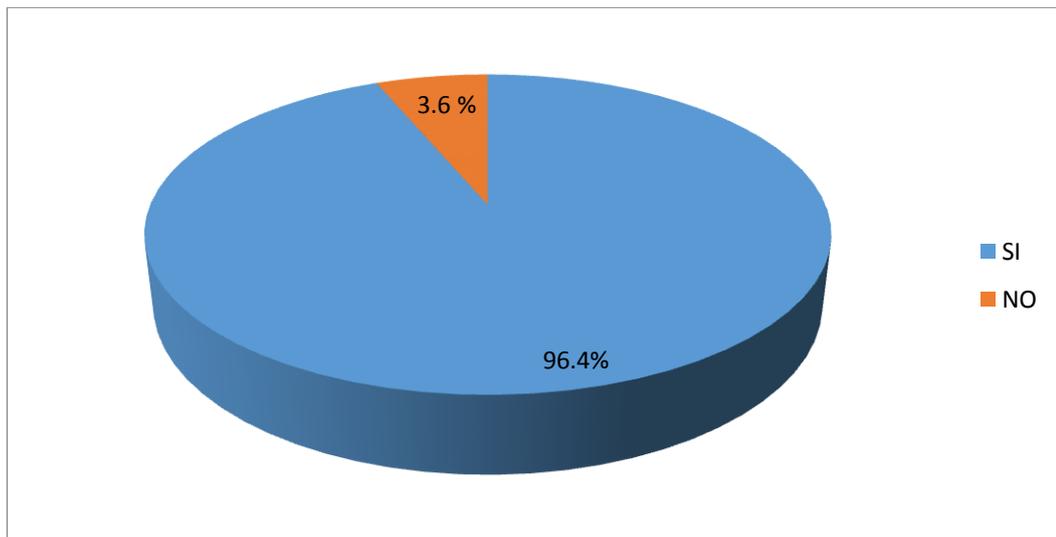
**Cuadro No. 5 pregunta N° 5**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	15	3.6 %
No	406	96.4%
Total	421	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 9 pregunta N° 5**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número cinco un 93% de los encuestados, es decir 406 personas piensan que no es conveniente para un niño ser visitado por su padre en un horario restringido de visitas; mientras que 15 personas que representan el 7% de la población encuestada, manifestó que si es conveniente para los niños ser visitados por su padre bajo un horario restringido de visitas.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayoría de encuestados está en desacuerdo con el hecho de que sea conveniente para un niño ser visitado por su padre bajo un régimen de horario restringido; lo que implica que este porcentaje de la población consideraría que la custodia compartida sería de mayor beneficio para un niño en cuando al acercamiento con sus padres, en contradicción al régimen de visitas que actualmente dispone la ley.

6. ¿Considera usted que es discriminatorio el hecho de que solo a la madre se le otorgue la tenencia de los hijos?

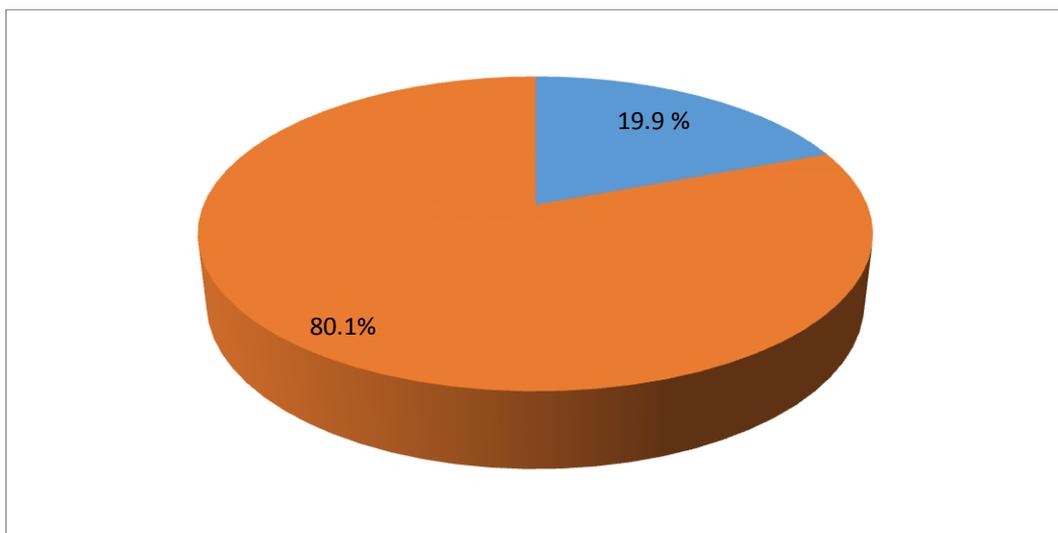
**Cuadro No. 6 pregunta N° 6**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	337	80.1%
No	84	19.9%
Total	421	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 10 pregunta N° 6**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número seis el 80.1% de encuestado, es decir 337 personas piensan que es un acto discriminatorio el hecho de que se generalmente la custodia se le conceda a la madre solamente; mientras que para el 19.9% de encuestados, esto no se considera como discriminatorio.

## **INTERPRETACIÓN**

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada, es evidente que existe un criterio muy generalizado de que la custodia concedida solamente a la madre, constituye un acto de discriminación para con el padre; lo que significa que la mayor parte de la población estaría de acuerdo con una disposición legal que permita la custodia compartida de los hijos de los cónyuges que han decidido separarse, en lugar de un régimen de visitas que realmente limita, por lo general, al padre a compartir el proceso de formación y educación de sus hijos.

**7. ¿Cree usted que es importante para el desarrollo emocional del niño o niña la presencia constante de sus progenitores?**

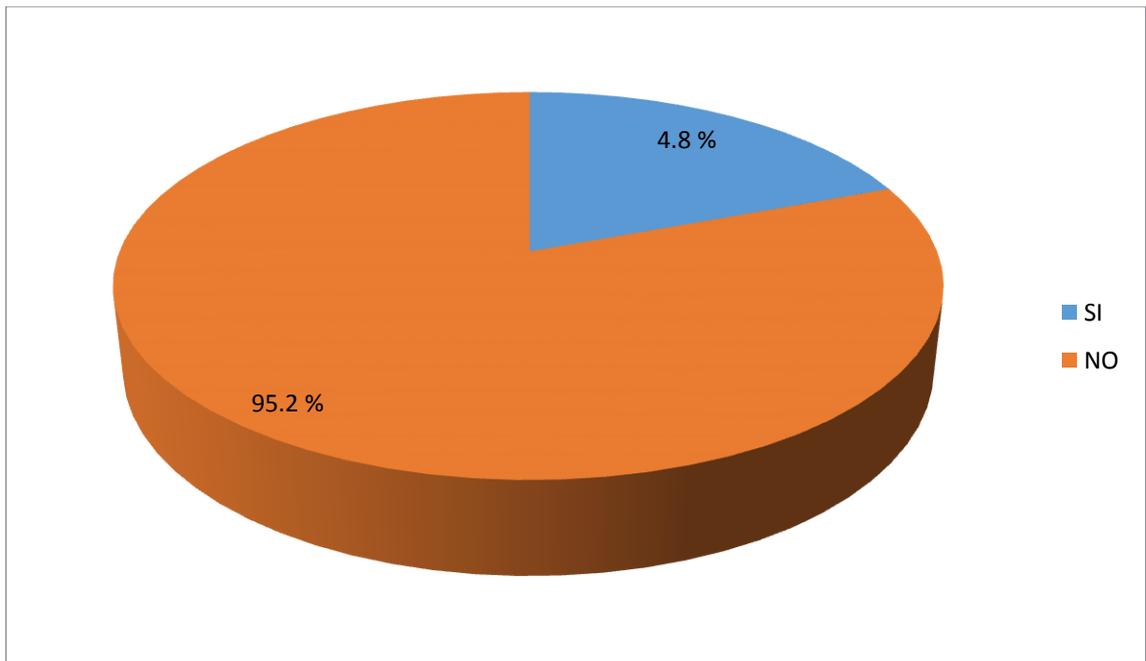
**Cuadro No. 7 pregunta N° 7**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	401	95,2%
No	20	4,8%
Total	421	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 11 pregunta N° 7**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número siete el 95.2% de las personas encuestadas, es decir 401 de ellas piensan que es importante para el desarrollo emocional de los niños la presencia constante de los padres; mientras que un 4.8%, 20 personas encuestadas piensan que no tiene importancia en el desarrollo emocional del niño la presencia constante de sus padres una vez de que éstos se hayan separado.

## **INTERPRETACIÓN**

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada, es evidente que existe gran cantidad de personas que consideran que es de mucha importancia para el desarrollo emocional del niño el hecho de que sus padres compartan la custodia, esta favorable aceptación de un alto porcentaje de la población, indica que el régimen de custodia compartida, sería mucho más beneficioso para los niños que el actual régimen de visitas.

8. ¿Considera usted que la aplicación de la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños?

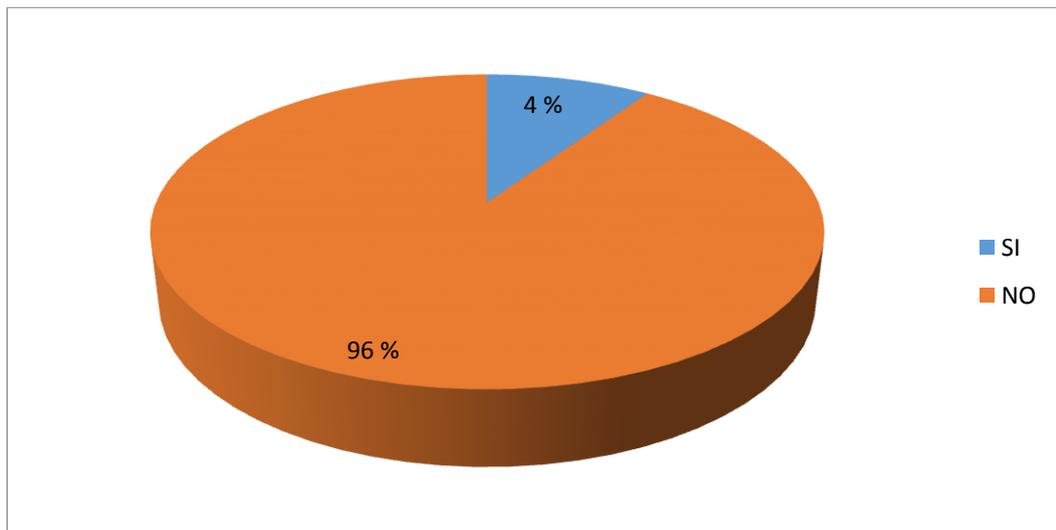
**Cuadro No. 8 pregunta N° 8**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	404	96%
No	17	4%
Total	324	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 12 pregunta N° 8**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número ocho el 96% de las encuestadas; es decir 404 personas, piensan que la custodia monoparental de los hijos, vulnera el interés superior del niño; por otra parte, 17 personas que representan un 4% de la población encuestada, manifestó que la custodia de los hijos dada a uno sólo de los padres, no vulnera el principio del interés superior del niño.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayoría de la población piensa que la custodia monoparental de los hijos de cónyuges separados, vulnera el principio del interés superior del niño; es evidente por tanto que existen parejas que a pesar de ya no compartir una relación conyugal, están dispuestos a compartir la custodia de sus hijos, velando de este modo por su interés superior, lo cual indudablemente brindará a los niños la oportunidad de un desarrollo integral dentro de los parámetros de su derecho al buen vivir y a una infancia plena.

9. ¿Cree usted que la Constitución de la República del Ecuador posibilita la incorporación de la figura de la custodia compartida?

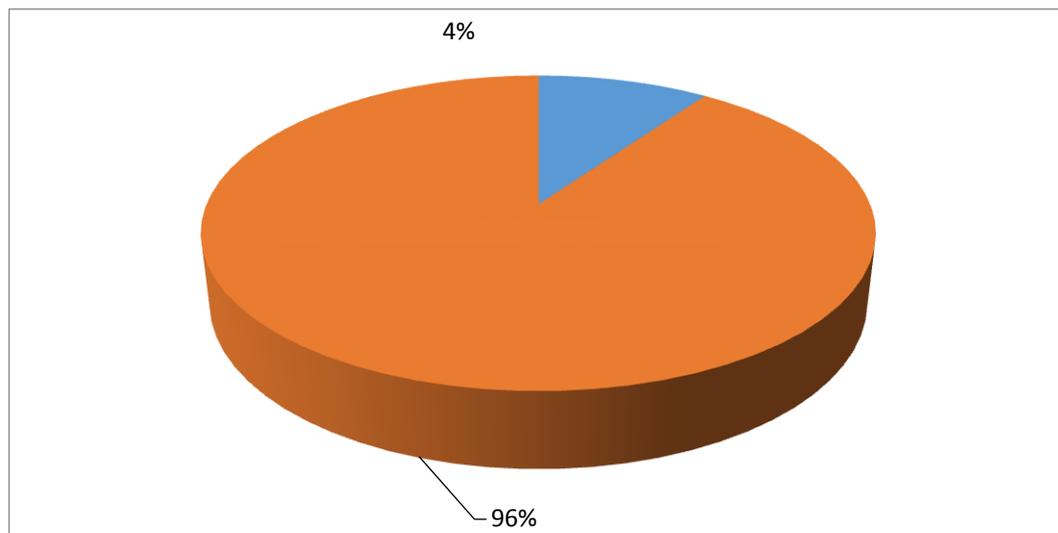
**Cuadro No. 9 pregunta N° 9**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	404	96%
No	17	4%
Total	421	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 13 pregunta N° 9**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número nueve el 96% de las personas encuestadas; es decir 404 de ellas, piensan que la Constitución de la República del Ecuador posibilita la institución de la custodia compartida; en tanto que un 4% representado por 17 de los encuestados, manifiesta que la Constitución de la República del Ecuador no posibilita la incorporación de la figura de la custodia compartida.

## **INTERPRETACIÓN**

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada en la presente investigación, es evidente que la mayor parte de la población concuerda que la Constitución de la República del Ecuador siendo un cuerpo legal garantista de derechos posibilita la incorporación de la figura jurídica de la custodia compartida dentro de su normativa, la cual vele y garantice el interés superior de este grupo de atención prioritaria; si bien es cierto que un 4% piensa que la custodia monoparental y el régimen de visitas es suficiente, un porcentaje muchísimo más alto, considera que la custodia compartida será un régimen de mayor beneficio tanto para los hijos, como para los padres separados.

**10. ¿Considera usted necesario hacer una reforma al Código Civil donde se incorpore la figura de la custodia compartida?**

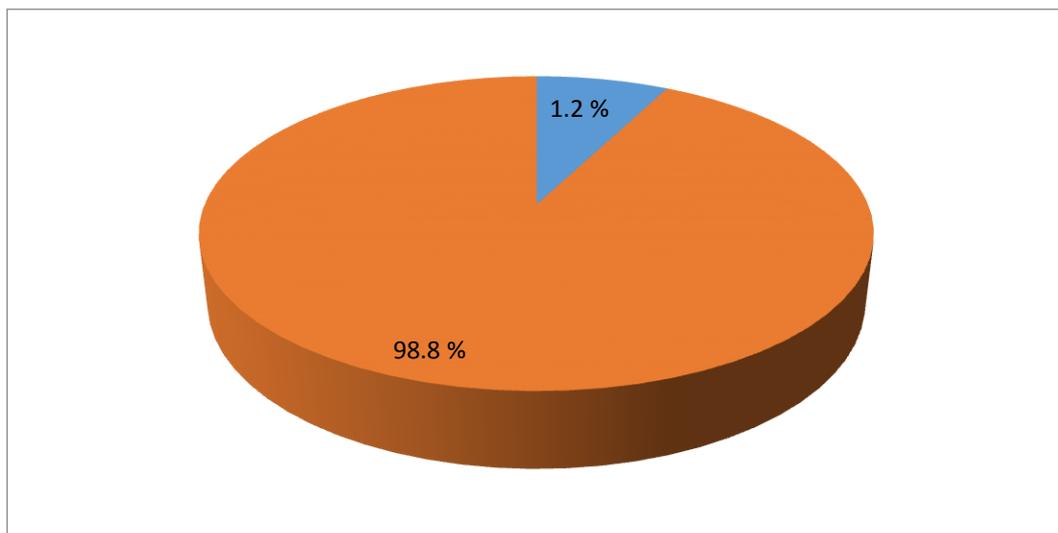
**Cuadro No. 10 pregunta N° 10**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	416	98.8%
No	5	1.2%
Total	421	100%

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Gráfico No. 14 pregunta N° 10**



**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número diez el 98.8% de encuestados; es decir 416 personas, manifiestan que sería necesaria la reforma al Código Civil Ecuatoriano, incorporándose a él la figura jurídica de la custodia compartida; a este exuberante porcentaje se contraponen tan sólo el 1.2% quienes consideran que no sería necesaria la incorporación de la custodia compartida a través de una reforma al Código Civil Ecuatoriano.

## **INTERPRETACIÓN**

Como es evidente, y tras la encuesta aplicada, la gran mayoría de la población manifiesta que una reforma al Código Civil Ecuatoriano incorporando la figura jurídica de la custodia compartida, es necesaria. A través de esta figura, se estará velando por el interés superior del niño, en un sentido que favorece a su desarrollo y a su derecho a crecer en un entorno de afectividad que indiscutiblemente trascenderá en su aspecto emocional.

**Tabla No. 4 Verificación de Hipótesis**

<b>Pregunta N° 2</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	400	96.9%
No	21	3.1%
<b>Total</b>	<b>421</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°5</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	15	3.6%
No	406	96.4%
<b>Total</b>	<b>421</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°7</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	401	95.2%
No	20	4.8%
<b>Total</b>	<b>421</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°8</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	404	96%
No	17	4%
<b>Total</b>	<b>421</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°9</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	404	96%
No	17	4%
<b>Total</b>	<b>421</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas

**Elaborado por:** Edisson Lenin Acosta Luzuriaga

Mediante la encuesta aplicada, se puede concluir que la mayor parte de la población encuesta, considera que es importante que se instituya la figura jurídica a de la custodia compartida a la normativa vigente; un gran porcentaje supo manifestar que tanto el padre como la madre tendrían la misma responsabilidad en la formación y educación de sus hijos, si éstos viviesen bajo un régimen de custodia compartida, más allá de la responsabilidad, también está el hecho de disfrutar de la oportunidad de ver a sus hijos crecer, verlos con mayor frecuencia que cuando los hijos solo

estuvieren bajo un régimen de visitas, el padre o la madre que tiene la custodia compartida valorará la oportunidad que esta disposición legal brinde.

Lo anteriormente expuesto se reafirma con los resultados de la encuesta, pues hay un gran número de personas que está en desacuerdo con el hecho de que sea conveniente para un niño ser visitado por su padre bajo un régimen de horario restringido; lo que implica que este porcentaje de la población consideraría que la custodia compartida sería de mayor beneficio para un niño en cuando al acercamiento con sus padres, en contradicción al régimen de visitas que actualmente dispone la ley.

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada, es evidente que existe gran cantidad de personas que consideran que es de mucha importancia para el desarrollo emocional del niño el hecho de que sus padres compartan la custodia, esta favorable aceptación de un alto porcentaje de la población, indica que el régimen de custodia compartida, sería mucho más beneficioso para los niños que el actual régimen de visitas.

La mayoría de la población piensa que la custodia monoparental de los hijos de cónyuges separados, vulnera el principio del interés superior del niño; es evidente por tanto que existen parejas que a pesar de ya no compartir una relación conyugal, están dispuestos a compartir la custodia de sus hijos, velando de este modo por su interés superior, lo cual indudablemente brindará a los niños la oportunidad de un desarrollo integral dentro de los parámetros de su derecho al buen vivir y a una infancia plena.

Adicionalmente, cabe indicar que por los resultados en la presente investigación, es absolutamente notorio que la mayoría concuerda que la Constitución de la República del Ecuador siendo un cuerpo legal garantista de derechos posibilita la incorporación de la figura jurídica de la custodia compartida dentro de su normativa la cual vele y garantice el interés superior del niño.

Finalmente, cabe recalcar la importancia que tiene el derecho ecuatoriano en ir evolucionando al compás de las necesidades de la sociedad, reformando los textos

normativos que sean necesarios para introducir en el sistema legal de país la custodia compartida, frenando de este manera la vulneración de los derechos de los niños y evitando que sigan siendo utilizados dentro de un litigio conyugal como un objeto sin que se reconozca ni garantice sus derechos.

Tras el análisis realizado en los párrafos que anteceden, se rechaza la hipótesis nula ( $h_0$ ) y se acepta la hipótesis alterna ( $h_1$ ), con lo que se comprueba la hipótesis alterna de la investigación que dice: El interés superior de los niños incide en custodia compartida.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

Generalmente en Ecuador, cuando una pareja se divorcia o separa, la tenencia de los hijos, en la mayoría de veces, le corresponde a la madre; sin tomar en consideración el interés superior del niño, que podría llegar a determinarse a través de una evaluación que proteja a los niños o niñas, quienes se encuentran privados de compartir en igualdad de condiciones con su padre o su madre. Los abogados en libre ejercicio y jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia encuestados de acuerdo a los datos y resultados obtenidos de la pregunta número diez del cuestionario aplicado a los mismos, el 98.8% de los encuestados considera que es necesario que la incorporación de la custodia compartida dentro de la legislación Ecuatoriana; a fin de que se garantice el interés superior de los niños.

Cuando la custodia monoparental es la única aplicada en el país, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, en todas las situaciones de crisis familiar, no aporta al fortalecimiento de las relaciones de filiación parental; opuestamente, ocasiona que las relaciones afectivas entre el hijo y el padre que no posee la custodia desaparezcan. Concordante con lo expuesto los abogados en libre ejercicio y Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia encuestados de acuerdo a los datos y resultados obtenidos de la pregunta número ocho del cuestionario aplicado, el 96 % consideran que la aplicación de la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños.

## **RECOMENDACIÓN**

Es necesario que la tenencia compartida sea aplicada en nuestro país, a fin de que tanto el padre como la madre puedan compartir de manera equitativa con sus hijos, además que es importante que los progenitores que poseen la tenencia de sus hijos eviten cualquier tipo de manipulación hacia ellos, es decir que no se dé lugar al síndrome de alienación parental.

Es importante que la Asamblea Nacional reforme el Código Civil y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a fin de que en estas legislaciones se incluya la custodia compartida, además de este modo se evitará que se siga vulnerando el interés superior del niño, pues en la actualidad cuando los padres de un menor se encuentran separados los niños no pueden mantener relaciones personales y directas en igualdad de condiciones con ambos progenitores.

## **CAPÍTULO VI**

### **LA PROPUESTA**

#### **DATOS INFORMATIVOS**

**Tema:** El Interés Superior y la Custodia Compartida de los niños.

**Equipo Técnico Responsable:** Investigador

**Institución Ejecutora:** Universidad Técnica de Ambato y Asamblea Nacional.

**Tiempo de Ejecución:** Seis Meses

**Inicio:** Año 2016

**Beneficiarios:** Progenitores que no posean la tenencia de sus hijos

**Ubicación:** Ambato

**Financiamiento:** el financiamiento de esta investigación lo asume el Estado, con un costo total de tres mil dólares (3000) USD.

#### **ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA**

En nuestro país, los niños y niñas son quienes se ven más afectados tras el divorcio o separación de sus padres, ya que de manera abrupta son separados de uno de sus progenitores, es decir de aquel que no posee la tenencia, de este modo se están vulnerando el interés superior del niño y actuando de manera contraria a los preceptos legales establecidos en nuestra Constitución.

Nuestros legisladores deben tomar conciencia del grave problema que está generando en los niños y niñas el aplicar la custodia monoparental, puesto que los menores solo

comparten con uno de sus progenitores y al otro lo mira como un desconocido con el cual comparte cierto tiempo de manera esporádico, por lo que esto resulta una grave vulneración a sus derechos.

De acuerdo a lo antes mencionado y tomando en consideración lo positivo que ha resultado la aplicación de la custodia compartida en otros países consideramos, que es necesario realizar una reforma en la Legislación ecuatoriana, específicamente en el Código Civil, donde establezca que luego del divorcio de una pareja se aplique la custodia compartida, es decir que los progenitores puedan compartir en igual de tiempo a sus hijos y sobretodo que tomen de manera conjunta cualquier decisión que esté relacionada con ellos.

## **JUSTIFICACIÓN**

La propuesta planteada es de gran importancia, puesto que se ha realizado tomando en consideración el problema existente en el tema de estudio, el interés superior de los niños y la custodia compartida, es decir la no existencia de la custodia compartida dentro de nuestra legislación.

La presente propuesta se justifica ya que, en la norma máxima de nuestro país, La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo cuarenta y cuatro establece que tanto la familia como el Estado deberán velar por el efectivo cumplimiento del interés superior de los niños y niñas. De acuerdo a lo expuesto podemos manifestar que el aplicar una custodia monoparental, es una grave vulneración de su interés superior, ya que el menos es alejado de uno de sus padres.

Por otro lado en el artículo sesenta y nueve de la carta magna establece que los dos progenitores tienen los mismos derechos y responsabilidades sobre sus hijos, lo cual en nuestro país no se aplica.

Con todos los antecedentes expuestos, puedo manifestar que la propuesta es factible, puesto que cuenta con suficiente información doctrinaria y sobretodo con las ganas de impulsar y concretar la presente propuesta, para que de esta manera se pueda plantear la reforma de carácter legal del TÍTULO III, PARRAGRAFO II del Artículo 108 del Código Civil.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

Reformar el TÍTULO III, PARRAGRAFO II del Artículo 108 del Código Civil y CAPÍTULO IV, TÍTULO III, LIBRO II del Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

Conocer los aspectos necesarios para la realización de la reforma legal.

Elaborar el proyecto de reforma del TÍTULO III, PARRAGRAFO II del Artículo 108 del Código Civil y del CAPÍTULO IV, TÍTULO III, LIBRO II del Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en base a todo lo antes expuesto, compruebo que existe un sólido amparo constitucional y legal que a la autora le permite realizar la propuesta planteada.

Presentar el proyecto de reforma del TÍTULO III, PARRAGRAFO II del Artículo 108 del Código Civil, y del CAPÍTULO IV, TÍTULO III, LIBRO II del Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para su estudio y debate.

### **ANÁLISIS DE FACTIBILIDAD**

La propuesta es factible ya que existe el compromiso de parte del investigador, quien cuenta con la asesoría de los docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, y de los funcionarios de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Ambato, además de tener en cuenta aspectos de gran relevancia como son:

### **POLÍTICO**

Nuestra legislación ecuatoriana establece que los ciudadanos, pueden realizar reformas legales, para lo cual se deberá acudir a los representantes provinciales de

la asamblea, para que lleven ante el pleno la propuesta planteada en este tema de estudio y finalmente sea aprobada.

## **SOCIAL**

Existen los recursos sociales, se contó con los aportes de los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato y de los abogados en libre ejercicio de Ambato, quienes aportarían con casos vivenciales.

## **ECONÓMICO**

Esta propuesta tiene factibilidad económico- financiero, ya que será la parte interesada (investigador) quien correrá con los gastos, mientras que su aprobación será únicamente competencia de los legisladores (Asambleístas).

## **LEGAL**

Existe la factibilidad legal para la ejecución, por cuanto la presente propuesta está debidamente fundamentada en los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y otros cuerpos legales existentes en nuestro país.

## **FUNDAMENTACIÓN LEGAL**

La Constitución de la República del Ecuador, permite que se realicen iniciativas y por medio de estas a la participación ciudadana, teniendo en cuenta este aspecto se ha procedido a desarrollar la presente investigación y presentar esta propuesta.

La presente propuesta se fundamente en el artículo 43 de nuestra la Constitución, en la que menciona que el Estado tiene la obligación de fomentar a través de diversas instituciones a la ciudadanía a realizar proyectos investigativos, relacionados con los deberes y derechos.

El Artículo 134 de la Constitución de la República del Ecuador dispone presentación

de proyectos de ley. "la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: ...5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional"

Por otro lado el Artículo 350 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta.- “El sistema de educación superior tiene como finalidad la formación académica y profesional con visión científica y humanista; la investigación científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas; la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del régimen de desarrollo.”

La Constitución de la República del Ecuador da la potestad a la asamblea nacional, de crear y reformar leyes, las cuales deben ser presentadas por un asambleísta o grupos social reuniendo las firmas de respaldo correspondiente, luego será analizado por la comisión respectiva, para llegar al debate en pleno y dar paso o no. Por ello se respetará toda la normativa vigente para la cristalización de la propuesta de reformar el TÍTULO III, PARRAGRAFO II del Artículo 108 del Código Civil, en base a todo lo antes expuesto, compruebo que existe un sólido amparo constitucional y legal que a la autora le permite realizar la propuesta planteada.

## DESARROLLO DE LA PROPUESTA

### REPÚBLICA DEL ECUADOR

#### ASAMBLEA NACIONAL



#### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El interés superior de los niños y la custodia compartida.

De acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, es obligación del Estado garantizar el interés superior de los niños.

#### CONSIDERANDO:

**Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Artículo 1 forma de estado y gobierno,** establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la constitución.

**Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Artículo 10 titulares de derecho,** dispone que las personas, pueblos, nacionalidades, y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la constitución y en los instrumentos internacionales.

**Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su Artículo 120 deberes y atribuciones de la asamblea nacional en el numeral 6,** se le faculta a la asamblea nacional como atribuciones, expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio y demás deberes que determine la ley de la Constitución de la República.

**Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Artículo 46, inciso cuarto, señala.-** Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

**Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Artículo 45, inciso segundo, señala.-** Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

**Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Artículo 69, inciso primero , señala.-**el estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

**Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 69, numeral 5 señala.-** el estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

#### **Proyecto de reforma al Artículo 108 del Código Civil**

Sustitúyase el numeral primero por el siguiente párrafo:

De oficio o por acuerdo de los padres divorciados, el juez podrá otorgar la tenencia compartida de los hijos a ambos progenitores, teniendo siempre en consideración al interés superior del niño y el mantenimiento de una relación regular y equilibrada con ambos padres.

**Proyecto de reforma al Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.**

Sustitúyase el Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por el siguiente texto segundo:

Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiara su cuidado y crianza a través de un régimen de custodia compartida, es decir a los dos progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.

## MODELO OPERATIVO

**Tabla No. 5 Modelo Operativo**

<b>Fases</b>	<b>Metas</b>	<b>Actividades</b>	<b>Recursos</b>	<b>Responsables</b>	<b>Tiempo</b>
<b>Elaboración y revisión de la ley reformatoria</b>	Reformar el Art.108 del Código Civil  Reformar el Art.118 del Código de la Niñez y Adolescencia	Investigación bibliográfica -Documental -Redacción del proyecto -Revisión del proyecto -Impresión proyecto final	-Cuerpos legales -Laptop -Internet,- Testimonias (Jueces)	Investigador	1 mes
<b>Socialización del proyecto</b>	Dar a conocer el presente proyecto a las personas e instituciones interesadas	-Foro de discusión con especialistas de la materia -Elaboración de hojas balance para socialización de ley -Apreciar nuevos criterios	Lugar para la reunión Profesionales especialistas Papel, pizarra, Bolígrafos, carpetas Cuerpos legales laptop	Investigador	2 mes
<b>Obtención de firmas</b>	Planificar cronograma de trabajo para reunir el 25% de firmas de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral	-Elaboración de fichas para recolección de firmas -Control y verificación de firmas	Fichas Bolígrafos Carpetas Papel Tinta	Investigador	2 mes
<b>Entrega del proyecto de ley reformatoria a la Asamblea Nacional</b>	Distribución del proyecto a los Asambleístas	Remitir proyecto de ley a una comisión especializada.	Impresiones Oficios Solicitudes anillados	Asambleísta patrocinador del proyecto	1 mes

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Fuente:** Plan de Evaluación

La administración de la propuesta la efectuará el investigador conjuntamente con los interesados y por supuesto con la asamblea nacional.

Con el objetivo primordial de puntualizar y concretar la propuesta que se ha planteado, por cuanto esta idea innovadora no se puede quedar en el limbo, ya que se ha podido comprobar con datos reales y verídicos la existencia de un problema, el mismo que necesita una pronta solución, además los jóvenes en la actualidad están comprometidos a crear proyectos, propuestas e ideas innovadoras a los problemas que detectamos mediante la investigación.

Para una correcta administración para la consecución de los objetivos de la propuesta se utilizarán los siguientes recursos:

### **RECURSOS INSTITUCIONALES**

- Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
- Universidad Técnica de Ambato
- Asamblea Nacional del Ecuador

### **RECURSOS HUMANOS**

- Tutor – Dr. Edwin Cortez
- Alumno Investigador-
- Jueces de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
- Abogados en libre ejercicio de Ambato

### **RECURSOS MATERIALES**

- Transporte
- Otros

### **RECURSOS TECNOLÓGICOS**

- Computadora
- Internet

- Impresora
- Cámara
- Grabadora

## **RECURSO FINANCIERO**

- Asumido por el Estado.

## **PREVISIÓN DE LA EVALUACIÓN**

Con el objeto de confirmar el impacto y eficacia de la propuesta que se presenta, se plantea realizar la correspondiente evaluación, para así poder estructurar de manera ordenada y analizar de una manera sistematizada la información de los resultados, y obtener los juicios de valor correspondientes a la propuesta planteada.

Dicha evaluación se la realizará conforme a la siguiente matriz:

## **MATRIZ DEL PLAN DE EVALUACIÓN**

**Tabla No. 6 Plan de Evaluación**

<b>¿Para quién evaluar?</b>	Progenitores que no poseen la tenencia de sus hijos
<b>¿Por qué evaluar?</b>	Porque son los beneficiarios directos de la propuesta
<b>¿Para qué evaluar?</b>	Determinar el cumplimiento de los Objetivos planteados en la propuesta
<b>¿Qué evaluar?</b>	Nivel de aceptación por parte de los Jueces y Progenitores
<b>¿Quién evalúa?</b>	Investigador
<b>¿Cuándo evalúa?</b>	Seis meses posteriores a la ejecución de la propuesta
<b>¿Cómo evalúa?</b>	Encuestas
<b>¿Con qué evalúa?</b>	Cuestionario

**Elaborado por:** Edison Lenin Acosta Luzuriaga

**Fuente:** Plan de Evaluación

## BIBLIOGRAFÍA

1. Armijos, M. (2011, p. 135). *Necesidad de implementar legalmente la custodia compartida como medio para conservar las relaciones familiares entre padres e hijos luego de producido un divorcio*. Obtenido de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/2571/1/ARMIJOS%20ALDONADO%20MARCIA%20MARIL%C3%9A.pdf>
2. Bauserman, R. (26 de 05 de 2012). *Algunos estudios sobre la custodia compartida*. Obtenido de [http://www.cronicas.org/estudios\\_sobre\\_la\\_custodia\\_compartida.pdf](http://www.cronicas.org/estudios_sobre_la_custodia_compartida.pdf)
3. Coolican, H. (2005). *Metodos de investigacion y Estadistica*. Mexico: Manual moderno.
4. Granizo, T. (30 de 05 de 2013). Relaciones Familiares. *La Prensa* , págs. 2-3.
5. Ibáñez, V. (13 de Febrero de 2011, p. 3). *El laberinto de la custodia compartida*. Obtenido de <http://ayudaafamiliasseparadas.es/art/1295510931229/el-laberinto-de-la-custodia-compartida>
6. Jiménez, F. (14 de Julio de 2014). *RE-EVOLUCIÓN SCJN Padres y madres: Derechos*. Obtenido de <http://www.informarte.mx/opinion/re-evolucion-scn-padres-y-madres-derechos/>
7. Lopez, S. M. (25 de junio de 2012). *MUJERES PARA LA SALUD*. Obtenido de <http://www.mujeeresparalasalud.org/spip.php?article259>
8. Martínez, E. (2013, p.119). *Propuesta de incorporación de la figura de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana*. Obtenido de <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/153/1/UDLA-EC-TAB-2013-13.pdf>
9. Ramos, H. (2014. p. 131). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4143/1/T-UCE-0013-Ab-275.pdf>
10. Saenz, A. (2012). *Metodos para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales y juridicas* . Mexico: Dykinson.

## **LEYES**

1. Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada.
2. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada.
3. Código Civil, (2008), Ecuador, Corporación de Estudios, Legislación Codificada.
4. Declaratorio de los Derechos Humanos. (1948). Francia. Unesco.
5. Convención de los Derechos del niño (1989). Unesco.

# **ANEXOS**



**ANEXOS A**  
**UNIVERSIDAD TECNICA DE AMBATO**  
**CARRERA DE DERECHO**

**Indicaciones: marque con una (x) la respuesta que considere correcta**

**1. ¿Conoce usted que es la custodia compartida?**

Si ( )            No ( )

**2. ¿Considera usted que es beneficioso para los niños vivir bajo un régimen de custodia compartida?**

Si ( )            No ( )

**3. ¿Ha escuchado sobre los beneficios de la aplicación de la custodia compartida en otros países?**

Si ( )            No ( )

**4. ¿Piensa usted que los padres que se encuentran separados tiene los mismo derechos sobre sus hijos?**

Si ( )            No ( )

**5. ¿Cree que es conveniente para un niño ser visitado por su padre bajo un horario de visitas restringido?**

Si ( )            No ( )

**6. ¿Considera usted que es discriminatorio el hecho de que solo a la madre se le otorguen la tenencia de los hijos?**

Si ( )            No ( )

**7. ¿Cree usted que es importante para el desarrollo emocional del niño o niña la presencia constante de sus progenitores?**

Si ( )            No ( )

**8. ¿Considera usted que la aplicación de la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños?**

Si ( )          No ( )

**9. ¿Cree usted que la Constitución de la República del Ecuador posibilita la incorporación de la figura de la custodia compartida?**

Si ( )          No ( )

**10. ¿Considera usted necesario hacer una reforma al Código Civil donde se incorpore la figura de la custodia compartida?**

Si ( )          No ( )

## **GLOSARIO**

### **Interés Superior:**

Según Cabanellas (2012), “Interés Superior es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (p.175).

### **Familia:**

Según Cabanellas (2012), “Familia por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados” (p. 162).

### **Derechos:**

Según Cabanellas (2012), “Derechos en derecho constitucional, el conjunto de declaraciones solemnes para garantizar la seguridad y fomentar la tranquilidad ciudadana frente a la acción arbitraria de la autoridad” (p.123).

### **Divorcio:**

Según Cabanellas (2012), sostiene que:

Divorcio proviene del latín *divortium*, del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables (p.108).

### **Custodia Compartida:**

Según Schneider (2001), manifiesta que:

Se denomina custodia compartida a la situación legal que establece

que en caso de separación matrimonial de hecho o de divorcio, ambos progenitores, padre y madre, tienen la custodia legal de sus hijos menores de edad con las mismas condiciones y derechos, es decir, ni uno ni otro cuenta con una ventaja sobre las decisiones que atañen al menor o menores de edad bajo su tutela, sino todo lo contrario, porque la justicia decidió que compartan en igualdad de condiciones las decisiones que corresponden al bienestar y futuro de sus hijos (p. 1446).

**Progenitores:**

Según Cabanellas (2012), “Progenitores es el padre o la madre. Por extensión, cualquier otro ascendiente en línea recta” (p.257).

## **PAPER**

### **EL INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y LA CUSTODIA COMPARTIDA**

Universidad Técnica de Ambato

#### **Resumen**

El trabajo de graduación con el tema: **“EL INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y LA CUSTODIA COMPARTIDA”**, tiene como propuesta regular dentro de la Legislación Ecuatoriana la custodia compartida, esto con el fin que el interés superior del niño no se vulnerado.

En nuestro país tras el divorcio o separación de una pareja, es la madre quien en la mayoría de los casos se queda con la tenencia de los hijos, sin que exista de por medio una evaluación de lo que realmente sea beneficioso para el hijo. De este modo el niño o niña se encuentra privado de compartir en igualdad de condiciones con el padre y la madre, es decir esto vulnera el interés superior del niño.

La custodia monoparental, la única aplicada en nuestro país de acuerdo a nuestra legislación, en todas las situaciones de crisis familiar, no aporta al fortalecimiento de las relaciones parento filiales, al contrario ocasiona que las relaciones afectivas entre el hijo y el padre que no posee la custodia desaparezcan.

Por lo que de acuerdo a lo anteriormente mencionado, a fin de velar por el efectivo cumplimiento de los derechos de los niños y niñas hemos visto la necesidad de incorporar dentro de la Legislación Ecuatoriana la custodia compartida de los hijos menores de edad luego de un divorcio o separación de sus padres.

La custodia compartida de acuerdo al Derecho Comparado, es aplicada en situaciones de crisis familiares, es decir en un divorcio o separación, y tiene como característica el hecho de que los padres alteran el cuidado y convivencia de sus hijos, en igualdad de derechos y deberes, con la finalidad de satisfacer sus necesidades tanto materiales como espirituales.

La aplicación de la custodia compartida en países como España, Chile y otros, ha resultado muy beneficioso, puesto que esto evita que los niños crezcan con problemas psicológicos y además permite que los menores conserven los lazos con ambos progenitores.

### **Descriptores**

Custodia Compartida, Interés Superior, divorcio, Tenencia, Menores, Niño, Adolescente.

### **Abstract**

The graduation work on "SHARED CUSTODY AND CHILD'S BEST INTERESTS", is to propose the institution within Ecuadorian law of joint custody, this in order to avoid the principle the best interests of the child to be violated.

In our country after divorce or separation from a partner, the mother is whom in most cases is left with the custody of children, without an assessment of what really is beneficial to the child. Thus the child is deprived of sharing on equal terms with the father and mother; that is, it violates the best interest of the child.

Sole custody, currently, the only one applied in our country according to our legislation. In all situations of family crisis it does not contribute to strengthening parental relations subsidiaries; in the contrary, it causes emotional relationships between the child and the parent who does not have custody to disappear.

So according to the above, in order to ensure the effective implementation of the rights of children we have seen the need to incorporate into Ecuadorian law joint custody of minor children after a divorce or separation of their parents.

Joint custody, according to comparative law, is applied in situations of family crisis, for instance, in a divorce or separation, and is eminent by the fact that parents alter care and coexistence of their children, equal rights and duties, in order to meet their needs both material and spiritual.

The application of joint custody in countries like Spain, Chile and others, has been very beneficial, since this prevents children growing up with psychological problems; besides, it also allows children to hold affective bonds with both parents.

### **Keyword**

Shared custody, Best Interest, divorce, Possession, Custody, Rights.

### **Introducción**

La presente investigación tiene como fin investigar la inexistencia de la figura de la custodia compartida en la Legislación Ecuatoriana, ya que tras un divorcio o separación es la madre quien tiene el noventa por ciento de la custodia y por lo tanto es ella quien toma todas las decisiones en relación a su hijo y quien comparte más tiempo con los menores, siendo esto injusto tanto para el menor como para su progenitor, por lo que esto vulnera el interés superior de los niños que viven en un régimen de custodia monoparental.

La custodia monoparental; es decir, el hecho de que solo uno de los progenitores tenga bajo su cuidado y protección a los hijos habidos en el matrimonio, es el único tipo de custodia que se encuentra legislada en el país; por lo tanto, ésta es aplicada a todos los casos en los cuales se disputa la custodia de un menor, dando como resultado relaciones irregulares entre el hijo y el progenitor que no posee la tenencia, puesto que el niño o niña por la poca convivencia que tiene con su padre o madre con el cual no vive, mira a éste como un desconocido.

Cuando una pareja se divorcia o se separa, por lo general los hijos habidos dentro de esa relación son los más afectados, son niños que tiene que crecer fuera del núcleo familiar, puesto que su tenencia es dada a uno solo de los padres, provocando de este modo ciertos problemas psicológicos, como la retención, aprendizaje y otros problemas.

Tras el divorcio de una pareja, cuando han existido hijos dentro del matrimonio empieza la disputa como quien se va quedar con los menores, por regla general es

siempre la madre quien obtiene la tenencia de los hijos, generando esto un problema grave en ellos, pues los niños sienten la ausencia del progenitor que no vive con él, además que se ve afectado emocionalmente; por lo que de este modo se está vulnerando el interés superior del niño, ya que el menor se encuentra limitado a compartir de la misma manera con sus progenitores.

Adicionalmente, se considera que al no existir la custodia compartida dentro del sistema jurídico interno, no sólo se vulnera el derecho que cada padre o madre tiene a compartir plenamente con su hijo, quien lamentablemente, debido a la ruptura del matrimonio de sus padres, también es privado del privilegio de compartir con ambos y de que su formación como ser humano, lleve consigo secuelas que podrían marcar su vida futura. Esto en un enfoque general, pero es importante recordar, que quienes administran justicia, al menos hasta hoy, no han considerado la posibilidad de conceder la custodia de los hijos comunes a un matrimonio que ha terminado con el divorcio, de manera igualitaria a ambos progenitores.

## **Metodología**

### **Sujetos:**

Dentro de la investigación se determinó que la población debía estar conformada por los principales afectados, en base a ello se acudió a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia en la Ciudad de Ambato, donde los señores Jueces compartieron sus conocimientos respecto al tema investigativo que se está realizando. De igual manera logre obtener información a través del Consejo de la Judicatura del número de abogados existentes en la ciudad de Ambato, y posteriormente estos abogados fueron quienes nos ayudaron con la información necesaria para este tema de investigación.

### **Técnicas e Instrumentos:**

La técnica e instrumentos que se utilizó para esta investigación fue la encuesta, en primer lugar se procedió con el desarrollo de las encuestas las mismas que han sido

dirigidas a los señores Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Ambato y a los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato.

### **Procedimiento:**

Para lograr el cumplimiento de cada uno de los objetivos planteados en el trabajo de investigación, nos concentramos en la recolección de suficiente información, se aplicó la encuesta y a su vez los instrumentos correspondientes, el cuestionario respectivamente, para esto se les dio previamente la respectiva explicación a los señores Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato, Provincia de Tungurahua y los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato.

Una vez hechas la entrevista se procedió con la realización de la tabulación la misma que nos permitió organizar los datos obtenidos, para una visión clara acerca de cómo se ha venido dando y los cambios que ha tenido el problema que es objeto de la investigación, además de su concordancia con las variables planteadas, consecuentemente se realizó el análisis e interpretación de datos lo que nos llevó a comprobar la hipótesis planteada, esto también nos permitió llegar a las conclusiones correspondientes del presente trabajo de investigación. La información obtenida se clasificó conforme las dos variables planteadas, estas son: El interés superior del niño incide en la custodia compartida.

Finalmente tras haber comprobado que si se cumple la hipótesis planteada se procedió hacer la propuesta, en la que se establece que se realice una reforma a los artículos 108 del Código Civil y 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a fin de que la Custodia Compartida sea regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

### **Resultados**

Los resultados que se alcanzaron en la presente investigación fueron los siguientes:

Generalmente en Ecuador, cuando una pareja se divorcia o separa, la tenencia de los hijos, en la mayoría de veces, le corresponde a la madre; sin tomar en consideración el interés superior del niño, que podría llegar a determinarse a través de una evaluación que proteja a los niños o niñas, quienes se encuentran privados de compartir en igualdad de condiciones con su padre o su madre. Los abogados en libre ejercicio y jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia encuestados de acuerdo a los datos y resultados obtenidos de la pregunta número diez del cuestionario aplicado a los mismos, el 98.8% de los encuestados considera que es necesario que la incorporación de la custodia compartida dentro de la legislación Ecuatoriana; a fin de que se garantice el interés superior de los niños.

Cuando la custodia monoparental es la única aplicada en el país, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, en todas las situaciones de crisis familiar, no aporta al fortalecimiento de las relaciones de filiación parental; opuestamente, ocasiona que las relaciones afectivas entre el hijo y el padre que no posee la custodia desaparezcan. Concordante con lo expuesto los abogados en libre ejercicio y Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia encuestados de acuerdo a los datos y resultados obtenidos de la pregunta número ocho del cuestionario aplicado, el 96 % consideran que la aplicación de la custodia monoparental vulnera el interés superior de los niños.

### **Discusión o reflexión crítica**

Mediante la encuesta aplicada, se puede concluir que la mayor parte de la población encuesta, considera que es importante que se instituya la figura jurídica a de la custodia compartida a la normativa vigente; un gran porcentaje supo manifestar que tanto el padre como la madre tendrían la misma responsabilidad en la formación y educación de sus hijos, si éstos viviesen bajo un régimen de custodia compartida, más allá de la responsabilidad, también está el hecho de disfrutar de la oportunidad de ver a sus hijos crecer, verlos con mayor frecuencia que cuando los hijos solo estuvieren bajo un régimen de visitas, el padre o la madre que tiene la custodia compartida valorará la oportunidad que esta disposición legal brinde.

Lo anteriormente expuesto se reafirma con los resultados de la encuesta, pues hay un gran número de personas que está en desacuerdo con el hecho de que sea conveniente para un niño ser visitado por su padre bajo un régimen de horario restringido; lo que implica que este porcentaje de la población consideraría que la custodia compartida sería de mayor beneficio para un niño en cuando al acercamiento con sus padres, en contradicción al régimen de visitas que actualmente dispone la ley.

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada, es evidente que existe gran cantidad de personas que consideran que es de mucha importancia para el desarrollo emocional del niño el hecho de que sus padres compartan la custodia, esta favorable aceptación de un alto porcentaje de la población, indica que el régimen de custodia compartida, sería mucho más beneficioso para los niños que el actual régimen de visitas.

La mayoría de la población piensa que la custodia monoparental de los hijos de cónyuges separados, vulnera el principio del interés superior del niño; es evidente por tanto que existen parejas que a pesar de ya no compartir una relación conyugal, están dispuestos a compartir la custodia de sus hijos, velando de este modo por su interés superior, lo cual indudablemente brindará a los niños la oportunidad de un desarrollo integral dentro de los parámetros de su derecho al buen vivir y a una infancia plena.

Adicionalmente, cabe indicar que por los resultados en la presente investigación, es absolutamente notorio que la mayoría concuerda que la Constitución de la República del Ecuador siendo un cuerpo legal garantista de derechos posibilita la incorporación de la figura jurídica de la custodia compartida dentro de su normativa la cual vele y garantice el interés superior del niño.

Finalmente, cabe recalcar la importancia que tiene el derecho ecuatoriano en ir evolucionando al compás de las necesidades de la sociedad, reformando los textos normativos que sean necesarios para introducir en el sistema legal de país la custodia compartida, frenando de este manera la vulneración de los derechos de los niños y

evitando que sigan siendo utilizados dentro de un litigio conyugal como un objeto sin que se reconozca ni garantice sus derechos.

Tras el análisis realizado en los párrafos que anteceden, se rechaza la hipótesis nula ( $h_0$ ) y se acepta la hipótesis alterna ( $h_1$ ), con lo que se comprueba la hipótesis alterna de la investigación que dice: El interés superior de los niños incide en la custodia compartida.

### Referencias Bibliográficas

- Cabanellas, Guillermo, (2012). *Diccionario jurídico elemental*. heliasta. argentina
- Armijos, M. (2011, p. 105). *Necesidad de implementar legalmente la custodia compartida como medio para conservar las relaciones familiares entre padres e hijos luego de producido un divorcio*. Obtenido de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/2571/1/ARMIJOS%20ALDONADO%20MARCIA%20MARIL%C3%9A.pdf>
- Armijos, M. (2011, p. 135). *Necesidad de implementar legalmente la custodia compartida como medio para conservar las relaciones familiares entre padres e hijos luego de producido un divorcio*. Obtenido de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/2571/1/ARMIJOS%20ALDONADO%20MARCIA%20MARIL%C3%9A.pdf>
- Bauserman, R. (26 de 05 de 2012). *Algunos estudios sobre la custodia compartida*. Obtenido de [http://www.cronicas.org/estudios\\_sobre\\_la\\_custodia\\_compartida.pdf](http://www.cronicas.org/estudios_sobre_la_custodia_compartida.pdf)
- Coolican, H. (2005). *Metodos de investigacion y Estadistica*. Mexico: Manual moderno.
- Granizo, T. (30 de 05 de 2013). Relaciones Familiares. *La Prensa*, págs. 2-3.
- Ibáñez, V. (13 de Febrero de 2011, p. 3). *El laberinto de la custodia compartida*. Obtenido de <http://ayudaafamiliasseparadas.es/art/1295510931229/el+laberinto+de+la+custodia+compartida>

- Jiménez, F. (14 de Julio de 2014). *RE-EVOLUCIÓN SCJN Padres y madres: Derechos*. Obtenido de <http://www.informarte.mx/opinion/re-evolucion-scnj-padres-y-madres-derechos/>
- Lopez, S. M. (25 de junio de 2012). *MUJERES PARA LA SALUD*. Obtenido de <http://www.mujeresparalasalud.org/spip.php?article259>
- Martínez, E. (2013, p.119). *Propuesta de incorporación de la figura de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana*. Obtenido de <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/153/1/UDLA-EC-TAB-2013-13.pdf>
- Ramos, H. (2014. p. 131). *Tenencia de los hijos menores de edad luego del divorcio o separación encaminada a la tenencia compartida de los padres*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/4143/1/T-UCE-0013-Ab-275.pdf>
- Saenz, A. (2012). *Metodos para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales y juridicas* . Mexico: Dykinson.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, (2009) Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada. Quito –Ecuador.
  - Constitución de la República del Ecuador. (2008). derecho de las personas y grupos de atención prioritaria. Quito-Ecuador.
  - Ley reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, (2014) Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada. Quito Ecuador
  - Peña, Carlos "El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en C.Medina y J. Mera, op.cit.
  - Peces-Barba G. "Derecho Positivo de los Derechos Humanos". Ed.Debate, Madrid 1987.