



# **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

## **UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

### **CARRERA DE DERECHO**

**La Custodia Compartida respecto al Interés Superior del niño  
en la Legislación Ecuatoriana.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**AUTOR: KAROL ANDREA CABRERA CALLE**

**DIRECTOR: FRANCISCO XAVIER ÁVILA CÁRDENAS**

**AZOGUES - ECUADOR**

**2020**

*Yo me gradué en los  
50 años de La Cato!*



# **UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

## **UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

### **CARRERA DE DERECHO**

#### **TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**AUTOR: KAROL ANDREA CABRERA CALLE**

**DIRECTOR: DR. FRANCISCO XAVIER ÁVILA CÁRDENAS**

AZOGUES - ECUADOR

2020

*Yo me gradúe en los  
50 años de La Cato!*

## Índice

Dedicatoria .....	IV
Agradecimiento .....	V
Le agradezco a Dios por haberme guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza y por brindarme una vida llena de aprendizaje, experiencias y sobre todo felicidad. ....	V
Certificado Tutor .....	VI
Título en español y en inglés.....	VII
Resumen en español.....	1
Palabras claves: .....	1
ABSTRACT .....	2
Key words:.....	2
Introducción.....	3
DESARROLLO .....	6
1. Interés Superior del Niño .....	6
1.1. Antecedentes .....	6
1.2 El interés superior del niño en la legislación internacional .....	8
1.3. El Interés Superior del Niño en la Legislación Ecuatoriana .....	10
2. El niño como sujeto de derechos.....	12
2.1. El Desarrollo Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes .....	14
3. La custodia o tenencia de los hijos .....	15
3.1. La custodia o tenencia compartida.....	17
3.2. La custodia compartida respecto a los derechos del menor.....	18
4. Derechos de los niños vulnerados por la alienación parental.....	21
5. La Custodia Compartida en la legislación internacional.....	22
5.1 España.....	22
5.2. Colombia .....	25
6. La tenencia en la Legislación Ecuatoriana.....	26
9. CONCLUSIONES .....	31
Bibliografía .....	33

## **Dedicatoria**

Dedico este trabajo a mi hijo Matías y a mi esposo Ismael que ha sido un pilar fundamental durante este maravilloso proceso que me han inspirado, me han apoyado y me han brindado su amor para lograr cumplir este sueño tan anhelado. A ellos mi eterno amor y gratitud.

## **Agradecimiento**

Le agradezco a Dios por haberme guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza y por brindarme una vida llena de aprendizaje, experiencias y sobre todo felicidad.

De igual manera a toda mi familia y amigos que me han apoyado durante este camino que ha hecho que este trabajo se realice con éxito, en especial a aquellos que me abrieron las puertas y compartieron sus conocimientos.

De manera especial a mi tutor, Dr. Xavier Ávila Cárdenas que con su paciencia, conocimiento y enseñanza me ha permitido culminar mi trabajo con éxito.

# Certificado Tutor



## DERECHO - AZOGUES

Azogues, 23 de septiembre de 2020

Dr.  
Xavier Ávila Cárdenas  
**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA SEDE AZOGUES**

### Informa:

Como docente tutor del trabajo de titulación de la estudiante **KAROL ANDREA CABRERA CALLE**, con el título "La Custodia Compartida respecto al Interés Superior del niño en la Legislación Ecuatoriana", ha sido desarrollado con toda probidad que se requiere en este caso, en tal virtud se consigna la calificación de **40/40** puntos.

Por la atención que sabrá dar a la presente le anticipo mis agradecimientos.

Atentamente;

  
  
Dr. Xavier Ávila Cárdenas  
Docente Tutor

[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

Quedan de: de la Administración y Gestión. ☎ 061 2000711, 2021900, 2020000. Azogues: Campus Universitario Tapa Cuatros de Cuenca, ☎ 061 2000711, 2021900, 2020000. Cuenca: Sede Azogues, Azogues, ☎ 061 2000711, 2021900, 2020000. Sede Azogues, Azogues, ☎ 061 2000711, 2021900, 2020000. Sede Azogues, Azogues, ☎ 061 2000711, 2021900, 2020000. Sede Azogues, Azogues, ☎ 061 2000711, 2021900, 2020000.

## **Título en español y en inglés**

La custodia compartida respecto al Interés Superior del Niño en la legislación ecuatoriana.

The Shared Custody with respect to the Best Interests of the Child in the Ecuadorian Legislation.

## **Resumen en español**

En la actualidad, la legislación ecuatoriana reconoce la custodia monoparental para los hijos menores de edad, en caso que exista separación de sus padres; situación que restringe el goce de los derechos del niño y su desarrollo integral. Esta situación se solventaría con el reconocimiento legal de la custodia compartida, que tiene como finalidad materializar la corresponsabilidad parental y hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En la presente investigación se realiza un estudio legal y doctrinal de la Custodia Compartida en relación al Principio Jurídico del Interés Superior del Niño, utilizando el método inductivo-deductivo y analítico-sintético, tomando en cuenta su conceptualización, alcance e incidencia en el respeto y cumplimiento de los derechos del niño, niña o adolescente, con base en Instrumentos Jurídicos Internacionales y ordenamiento jurídico del Ecuador.

**Palabras claves:** interés superior del niño, custodia compartida, derechos humanos.

## **ABSTRACT**

Currently, in the Ecuadorian legislation, single-parent custody is recognized for underage children in the case of separation from their parents; this fact restricts the enjoyment of the rights of the boy or girl in their integral development. This situation would be solved with the legal recognition of shared custody, which aims to materialize the joint parental co-responsibility of the father and mother, and allows the fulfillment of the rights of children and adolescents. In this investigation, a legal and doctrinal study of shared custody is conducted concerning the Legal Principle of the Best Interest of the Child, using the inductive-deductive and analytic-synthetic method, taking into account its conceptualization, scope, and incidence in the respect and fulfillment of the rights of children or adolescents, based on International Legal Instruments and the Ecuadorian legal system.

**Key words:** best interest of the child, shared custody, human rights.

## Introducción

Diversos cuerpos legales a nivel nacional e internacional reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que constituyen elemento fundamental para garantizar su adecuado desarrollo psicológico y físico. Es importante reconocer que por la situación propia de los menores, ellos se encuentran en una situación de vulnerabilidad y que por tanto requieren de ciertas condiciones necesarias para que puedan conseguir un adecuado desarrollo y una vida digna. La legislación ecuatoriana, a través de la Constitución de la República y demás cuerpos legales, establecen principios que permitan garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos que les ampara, entre los que se encuentra como un aspecto primordial tener una relación de afectividad con los miembros de la familia y de manera particular con los padres.

La convivencia diaria del ser humano dentro del ámbito social y familiar hace que en ciertas circunstancias se presenten situaciones que de una u otra manera vulneran los derechos reconocidos para los niños, niñas y adolescentes; sobre todo, cuando directamente repercuten en la relación afectiva que mantiene un niño o niña con sus padres. En el sistema de justicia ecuatoriano los conflictos que más se presentan en relación a esto, son aquellos que tiene que ver con el cuidado y protección de los hijos de familia y que está presente comúnmente cuando existe separación de sus progenitores, donde surge la necesidad de regular y determinar con quién de los padres se queda el hijo.

Actualmente, en estos casos, la legislación ecuatoriana regula la custodia monoparental en relación a uno de los padres a quien se le concede la custodia de los hijos. Generalmente esta facultad posee la madre; a la vez, se impone al padre una pensión alimenticia de forma obligatoria y se establece un régimen de visitas para que mantenga contacto con su hijo. Esta situación ha afectado de manera particular a los niños, en donde se ve restringido del vínculo afectivo que mantiene con el padre; y, que como consecuencia afecta su sano desarrollo.

En este contexto el principio de Interés Superior del Niño, constituye aquello en virtud del cual los menores s como sujetos de derechos, gozan de una especial protección y cuidado por parte del Estado, la familia y la sociedad, en los aspectos materiales psicológicos afectivos y jurídicos, de manera que se garantice su desarrollo y bienestar armónico e integral así como el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás. (Vilma Lucía Riaño González, 2019, pág. 147)

Al respecto, la custodia compartida constituye una opción para garantizar la presencia del vínculo afectivo entre padres e hijos, a través de establecer una relación directa y continua.

El Código de Niñez y Adolescencia y el Código Civil, no contemplan normas en relación a la tenencia compartida, que por tanto no garantiza el efectivo cumplimiento de los derechos de los menores con relación al principio constitucional del Interés Superior del Niño.

Este contexto, constituye de singular importancia analizar la custodia compartida como una opción que permita generar una relación de respeto y armonía entre los padres para beneficio de sus hijos menores de edad, y contribuya a conseguir un adecuado desarrollo psicológico y emocional y una vida digna, en concordancia al principio de Interés Superior del Niño. Es por esta razón, que se plantea el problema: ¿Cómo afecta la no regulación de la custodia compartida en el Ecuador, respecto del desarrollo integral del menor con relación al principio de Interés Superior del Niño?

En el desarrollo del presente trabajo se plantea el siguiente objetivo general “Determinar a través de doctrina jurídica como la regulación de la custodia compartida en el Ecuador, contribuye al desarrollo integral del menor en concordancia con el principio de Interés Superior del Niño”, por medio de los objetivos específicos tales como: 1. Conceptualizar el alcance del principio de interés superior del niño en relación a garantizar una vida digna y un desarrollo integral, a través del estudio jurídico, doctrinario y legal de los derechos que son reconocidos a los niños, niñas y adolescentes. 2. Analizar la custodia compartida como elemento fundamental en la consecución del desarrollo integral en relación principio constitucional del interés superior del niño, a través de estudios doctrinarios y de legislación comparada para determinar la importancia de su aplicación en beneficio de

los niños, niñas y adolescentes. 3. Examinar las consecuencias que se producen en los niños, niñas y adolescentes durante su desarrollo que devienen por la falta de regulación en la custodia compartida a través del estudio comparativo de nuestra legislación; y, el análisis de doctrina jurídica para plantear soluciones que permita garantizar el respeto y cumplimiento de sus derechos.

El trabajo investigativo se guía en la hipótesis: “El Ecuador no regula la custodia compartida conocido como un derecho de corresponsabilidad parental vulnerando el derecho de los progenitores, así como el interés superior del niño”. En la fundamentación teórica de la presente investigación se utilizó el método inductivo-deductivo ya que, es necesario llegar a un razonamiento lógico por medio de un análisis jurídico y doctrinario para determinar como la falta de regulación de la custodia compartida viola el principio de interés superior del niño, también se utilizó el método analítico-sintético ya que nos permitió analizar todo el contexto del problema y a la vez sintetizar. En el diagnóstico situacional se utilizó el método de revisión documental por medio de criterio de expertos, para poder analizar el estado actual del problema. En la conceptualización del alcance del principio del interés superior del niño, se utilizó el método inductivo partiendo de hipótesis en particular para llegar a una conclusión general. En el análisis de la custodia compartida como elemento fundamental en la consecución del desarrollo integral en relación principio constitucional del interés superior del niño, se utilizó el método deductivo partiendo de varias premisas para llegar a obtener conclusiones lógicas, partiendo de lo general a lo particular es decir, partiendo de varias premisas para llegar a conclusiones lógicas. Y al examinar las consecuencias que se producen durante el desarrollo de los menores que devienen por la falta de regulación en la custodia compartida a través del estudio comparativo de nuestra legislación se utilizó el método demostrativo a través de premisas certeras para lograr asegurar la realidad de la conclusión.

# DESARROLLO

## 1. Interés Superior del Niño

### 1.1. Antecedentes

Antes del siglo XX, los niños eran considerados como “adultos pequeños”, ya que no existían normas de protección para ellos. Los niños trabajaban con frecuencia en igualdad de condiciones que los adultos.

El desarrollo progresivo sobre los derechos de los niños se fue dando en Francia a mediados del siglo XIX, allí surgió una importante idea de brindar una protección exclusiva a los niños. A partir de 1841, comenzaron a existir leyes que protegían a los menores en sus lugares de trabajo; luego en 1881, existieron leyes que comenzaron a garantizar los derechos de los niños.

A inicios del siglo XX, el progreso que empezó en Francia se desarrolló por toda Europa, con la implementación de normas para la protección de los niños en la área sanitaria, incluso en la social y jurídica.

A lo largo del siglo XX, se fue dando un proceso de internacionalización de los derechos de los niños, así como de acontecimientos importantes, como la celebración de congresos Internacionales en el cual, dieron lugar a políticas de protección y a un intercambio de experiencias comunes entre algunos países de América y Europa, además se fueron incrementando políticas protectoras a nivel nacional.

Luego de la promulgación de tres tratados internacionales en 1924, 1959 y 1989, las políticas se expandieron, fueron utilizadas como modelo por parte de algunos países y se fueron implementando poco a poco.

Los derechos de los niños durante años han sido objeto de vulneraciones, situación que fue cambiando cuando se aprobó la

Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, que comenzaron a proteger los derechos de los niños ya que tenían como finalidad evitar las vulneraciones de sus derechos.

La finalidad de los derechos humanos nace de la premisa de que todos los seres humanos poseen derechos sin importar su edad, sexo o condición y que por ninguna razón o circunstancia sus derechos no deben ser afectados.

La Convención sobre los Derechos de los Niños define a los niños y al Interés Superior del Niño de la siguiente manera: Niño: “Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad.(UNICEF, 1989, pág. 10)

El Interés superior del niño:

Todas las medidas con relación al niño deben estar conformes al interés superior del mismo. Es deber del Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los progenitores, u otras personas que estén a cargo del cuidado, no se encuentren en la capacidad para hacerlo. (UNICEF, 1989, pág. 10).

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, reconoció a los niños como sujetos de derechos, lo cual ocasionó un cambio radical en la forma considerar al niño.

En los instrumentos internacionales, en la legislación ecuatoriana y en la doctrina el Interés Superior del Niño es reconocido y considerado como un mecanismo importante para el cuidado y la protección de los derechos de los menores. De igual manera, la Convención establece cuatro principios fundamentales constantes en los artículos 2, 3, 6 y 12:

“Art. 2: El derecho a la no discriminación, Art. 3: El interés superior del niño, Art. 6: El derecho a la supervivencia y el desarrollo, Art.12: El derecho a expresar libremente su opinión y esta debe ser tomada en cuenta.” (UNICEF, 1989)

Estos principios, tomando en cuenta la finalidad de un “principio” significan que ellos imponen a las autoridades la guía de actuación o

aplicación de derechos, quiere decir que, son de carácter obligatorio y de forma especial para todas las autoridades públicas y judiciales.

El Interés Superior del Niño según lo establece la autora Baeza (2001), “es el conjunto de bienes necesarios para la protección del menor y para su desarrollo integral”.

El Principio del Interés Superior del Niño, es un principio de interpretación, por tal razón deberá ser aplicado e interpretado en cada normativa, política pública o actividades en las que los derechos de los niños se vean afectados o vulnerados.

Contreras López, define al Interés Superior del Niño como “un principio esencial y de aplicación obligatoria en materia de Niñez y adolescencia”. (Contreras López R, 2015, págs. 54-55)

Este principio tiene como finalidad hacer cumplir de manera efectiva los derechos de los niños, de igual manera imponer a las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas el deber de ajustar sus acciones y decisiones para su efectivo cumplimiento.

El autor Juan Cabrera Vélez (2010), establece que el Interés Superior del Niño es aplicable en cualquier tema de minoridad, que obliga al administrador público y persona particular, a tomar decisiones en beneficio de los derechos de este grupo, aun cuando existan otros intereses en el mismo entorno; promoviendo un efectivo resguardo a la integridad física y emocional del niño.

## **1.2 El interés superior del niño en la legislación internacional**

El Principio del Interés Superior del Niño se encuentra reconocido internacionalmente por medio de tratados y convenios de los cuales el Estado Ecuatoriano forma parte. Los Estados suscriptores, se encuentran en la obligación de reconocer y garantizar su adecuada aplicación a través de normas internas en los procesos de Niñez y Adolescencia.

El Interés Superior del Niño se trata de un principio fundamental que tiene como finalidad garantizar el respeto de los derechos reconocidos en los diferentes cuerpos legales, como en los procesos en materia de Niñez y Adolescencia, con el carácter de aplicación obligatoria. En el artículo 3 de la Convención de los Derechos de los Niños, se encuentra establecido cual es el carácter fundamental de este principio, siendo de obligatorio cumplimiento tanto para el Estado por medio de sus instituciones, autoridades administrativas y judiciales; además también debe ser considerado por el entorno familiar que son responsables de su educación y desarrollo integral.

Dentro de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos de los Niños (2013), la Convención sobre los Derechos del Niño establece que son documentos que tienen como finalidad ayudar a la correcta interpretación y aplicación de los derechos del menor. En la Observación N. 14 sobre el derecho del niño se puede observar ciertos elementos que se hay que deberán tomarse en cuenta al momento de valorar el Interés Superior del Niño tales como:

1. La opinión del niño, 2. La identidad del niño, 3. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, 4. Cuidado, protección y seguridad del niño, 5. Situación de vulnerabilidad, 6. El derecho del niño a la educación, 7. El derecho del niño a la salud. (Comité de los Derechos de los Niños, 2013, pág. 13)

Estos elementos son de carácter fundamental, ya que ayudan a que este principio como lo es el Interés Superior del Niño se materialice correctamente, permitiendo el respeto a sus derechos, garantizando un adecuado desarrollo físico, psíquico y emocional.

Existen otras normativas internacionales que están encaminadas hacia la protección y garantía de los derechos de los niños, de las cuales el Ecuador forma parte, como por ejemplo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, la Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.

### **1.3. El Interés Superior del Niño en la Legislación Ecuatoriana**

Para empezar el análisis del Interés Superior del Niño en la legislación ecuatoriana, partimos desde la norma suprema, la Constitución del Ecuador en la que se encuentran plasmados derechos y principios sobre los cuales deben basarse todo ordenamiento jurídico interno y el actuar del Estado.

En la sección quinta de la Carta Magna, se encuentra regulado lo referente a niñas, niños y adolescentes. El artículo 44, establece las garantías para el efectivo cumplimiento de sus derechos respecto al Principio de Interés Superior del Niño:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Asamblea Nacional, 2008, pág. 21)

Esta disposición legal constitucional obliga al Estado al igual que a la familia y a la sociedad a que se garantice el cumplimiento de los derechos de los niños a través del interés superior del niño, para promover su desarrollo integral.

Así mismo la Carta Magna en su art. 45 establece que:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de 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. (Asamblea Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 21)

En el artículo citado, la Constitución de la República del Ecuador reconoce ciertos derechos de los niños relacionados con el tema de estudio, de manera particular el derecho de tener una familia y disfrutar de ella. Este derecho resulta muy importante en la presente investigación, ya que muchas veces es vulnerando después de la separación o divorcio de sus padres y a la vez restringe la adecuada atención, cuidado, afecto y amor de ambos progenitores hacia sus hijos en diferentes etapas de su vida.

La Constitución en el art. 69, numeral 1 y 5 constituye:

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

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.
  
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (Asamblea Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El artículo mencionado, expresa que es deber del Estado garantizar la unión familiar y de promover la maternidad y paternidad responsable; es decir, reconoce la corresponsabilidad que tienen los progenitores en igualdad de condiciones, de cooperar con la crianza, cuidado y desarrollo integral de sus hijos; así mismo, busca evitar que los derechos de los niños no sean vulnerados como consecuencia de la separación de sus padres.

El Código de la Niñez y Adolescencia, ocupa un lugar importante dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de Niñez y Adolescencia, definiendo en su Art. 1, que su finalidad se fundamenta en la protección que el Estado debe garantizar a la familia, a la sociedad y a los niños, niñas y adolescentes, asegurando su desarrollo y bienestar.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 11 define 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. (Asamblea Nacional, 2003, pág. 1)

Toda resolución en los procesos de niñez y adolescencia deberá estar conforme al Interés Superior del Niño, ya que este principio es fundamental, debido que su finalidad es satisfacer el cumplimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es deber de las autoridades tanto administrativas como judiciales emitir una resolución tomando en cuenta este principio.

Aguilar (2008), citada por Paola Acuña (2015) señala que, al hablar del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que es conveniente o no para el niño, de lo que el juez cree que le conviene al niño, sino que cuando hablamos del interés superior del niño como un interés primordial, significa claramente decidir sobre los derechos humanos de los niños. (pág. 39)

Este principio es predominante, de aplicación directa e inmediata. Su inaplicabilidad no se puede justificar por la falta u omisión de la misma. Es un principio jurídico de obligatoria aplicación, por tal motivo que cuando los derechos de niños se vean amenazados, estos deben ser privilegiados por encima de derechos de los demás, incluso de sus padres.

Al momento que los jueces emitan resoluciones en las que decidan sobre derechos de la niñez, deben considerar este principio para que se establezcan condiciones apropiadas que garanticen el cumplimiento efectivo de sus derechos y deberes.

## **2. El niño como sujeto de derechos**

Históricamente los niños eran privados de sus derechos, eran invisibles ante la sociedad, ellos formaban parte de la familia y eran propiedad de sus padres, por lo que ellos podían hacer con sus hijos lo que querían, tratándoles de forma cruel e inhumana e inclusive los llegaban a desaparecerlos, teniendo una infancia fue muy difícil.

La Convención sobre los Derechos de los Niños en el Ecuador tiene una gran importancia, ya que permite avanzar en generar normas legales para la garantía y protección de los derechos de los menores. De igual manera, permite impulsar la creación de un sistema especializado en los derechos de los menores a través de la Constitución del Ecuador del 2008 así como el Código de la Niñez y Adolescencia.

¿Qué significa ser sujeto de derechos?

En el Derecho Romano existía un concepto de lo que significa ser sujeto de derecho y estos eran considerados a quienes los tenían y podían ejercerlos por sí mismos; quiere decir capacidad jurídica, goce de derechos y ejercicio de derechos, el resto eran considerados personas con excepción de los esclavos que les consideraban cosas, pero no eran sujetos de derechos, por lo que, para ser sujetos de derechos debían cumplir con ciertos requisitos como: ser ciudadanos romanos, ser libres, y ser pater familias, los hijos (niños) eran considerados “alieni uris” y estaban sometidos al pater familias.

Comúnmente, sujeto de derecho se le considera a toda persona que tenga la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce a los niños como sujetos de derechos. Tanto en el ámbito internacional como nacional los niños gozan de una protección especial. Es así que en el Art. 45 establece que, “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.” (Asamblea Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es deber del Estado, de la sociedad y de la familia, asegurar el desarrollo integral de los menores de forma prioritaria, de igual manera, fomentar el ejercicio pleno de sus derechos, a través de garantizar el acceso a la salud, educación, deporte, recreación, etc., en un ambiente seguro, cálido y familiar.

## **2.1. El Desarrollo Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes**

El autor Duque (2010) expresa que, se entiende por desarrollo las distintas acciones, posturas, pasos, juegos, actividades didácticas, expresiones, gestos, dinámicas que se realizan con el niño en las distintas etapas de la vida, para permitir su normal integración y desenvolvimiento en la sociedad.

Sobre el desarrollo integral del menor la Constitución de la Republica en su art. 44, inciso segundo establece 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. ( Asamblea Nacional, 2008)

El artículo mencionado expresa que el Estado, a través de la creación de políticas pertinentes garantizará el cumplimiento efectivo de los derechos del menor respecto a su desarrollo integral, conocido como una etapa de crecimiento, de maduración y de desarrollo de su capacidad, intelecto, aspiraciones y potencialidades, en un ambiente social, escolar, familiar, de seguridad y afectividad.

Asimismo, el Código de la Niñez y adolescencia establece en su artículo 1, la finalidad del cuerpo legal:

Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Para cumplir con la finalidad expresada en la Constitución, el Código de la Niñez y Adolescencia regula el goce y ejercicio de los deberes y derechos de los menores, garantizando mecanismos adecuados para protegerlos, con base al principio del Interés Superior del Niño.

Existen varias acciones y procesos tendientes a garantizar una vida digna y un adecuado desarrollo integral en los menores en todos los ámbitos que le permitan alcanzar el máximo de bienestar y vivir plenamente, tomando en cuenta el Interés Superior del Niño como un principio fundamental.

### **3. La custodia o tenencia de los hijos**

La familia es considerada como el núcleo esencial de la sociedad en el cual sus miembros se desarrollan, se educan, aprenden los principios y valores que ayudarán a lo largo de su vida, para ser personas responsable y comprometida con la sociedad.

En nuestro país, la familia es reconocida como la célula fundamental de la sociedad, así lo establece la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 67: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.” (Asamblea Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La norma constitucional reconoce a la familia y a sus diferentes tipos, busca la igualdad y la no discriminación. Para ello establece ciertas garantías que permitan el efectivo respeto de sus derechos, que permita la adecuada consecución de sus fines para un adecuado desarrollo físico y psicológico de sus miembros.

La familia permite que el individuo se forme desde su niñez, ya que ellos están a cargo de su desarrollo físico, psicológico e intelectual, formando personas productivas para la sociedad.

De acuerdo a lo que dispone la ley, los padres tienen varios derechos y obligaciones con sus hijos, los cuales se encuentran enmarcados dentro de la patria potestad, así como lo establece el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Entre los deberes y derechos de los padres con sus hijos, encontramos el cuidado, la alimentación, vestido, habitación, asistencia médica, fomentar los valores y principios del ser humano para un mejor desarrollo en su crecimiento. El cumplimiento de sus derechos y obligaciones no constituye solamente la “tenencia”, sino también la convivencia armónica, guarda, custodia y cuidado.

Es necesario que exista una relación directa entre ellos, es decir, una convivencia entre padres e hijos, que permita velar por la salud física y emocional de sus hijos.

Esta situación se ve afectada cuando por varias circunstancias se da la separación de los padres. Al presentarse este hecho, es necesario establecer quién de ellos queda a cargo de los hijos. Jurídicamente se establece la solución a través de la llamada tenencia de los hijos, en la que el juez establece a través de resolución, quién es el progenitor con quién convivirán los hijos.

La tenencia es una institución jurídica que es aplicada por el juez y tiene como finalidad determinar con quien se queda el menor cuando los padres están separados.

Según Ramos (2014) la tenencia de los hijos comunes durante el matrimonio es compartida, donde ambos progenitores ejercen la protección, guarda o custodia de los mismos, pero después del divorcio el problema grave a resolver suele ser la tenencia de los hijos. Se entiende tenencia, custodia o guarda como los cuidados y protección directa que los padres poseen con sus hijos. (Dra. Violeta Badaraco Delgado, 2018)

La tenencia o custodia de los hijos consiste en la convivencia mantenida entre un niño, niña y adolescente y sus progenitores o progenitor, para la crianza, cuidado y educación. Puede ser ejercida por uno de los progenitores o por ambos, en otros casos por los abuelos o tíos cuando los padres están incapacitados o ya no existen, como es en el caso de muerte o también en el caso que los padres sean privados de la libertad, incapacitados mentales, estos últimos casos se dan a través de una resolución judicial privando a los padres de la patria potestad así como de la custodia de sus hijos.

### 3.1. La custodia o tenencia compartida

Las modalidades de custodia más frecuentes para el cuidado y protección de los hijos son las siguientes:

#### **Custodia Exclusiva**

Este tipo de custodia es una de las más frecuentes, es concedida por el juez concediéndole al otro progenitor el derecho de visitas, quien deberá contribuir con una pensión alimenticia para el cuidado y crianza de sus hijos.

#### **Custodia Partida**

La característica principal de este tipo de custodia es que se concede un progenitor la custodia de uno o más de los hijos y el resto al otro.

#### **Custodia Repartida**

Este tipo de custodia le permite solamente a uno de los progenitores tener a sus hijos durante una parte del año o en años alternos. Cada padre tiene derechos de visita equitativos, mientras el niño permanece bajo su custodia.

#### **Custodia Compartida**

El elemento principal que le distingue a la custodia compartida es que los padres tienen la responsabilidad legal y la autoridad, respecto al cuidado y protección del menor, como si fueran una familia normal. El padre que reside con su hijo debe tomar las decisiones sobre su vida diaria ya sea en el cuidado, alimentación, disciplina, limpieza y otras actividades. (Catalán et al., 2007)

La custodia compartida es la situación legal por medio de la cual en caso de divorcio o separación ambos padres ejercen simultáneamente la custodia legal de sus hijos menores de edad de acuerdo a las mismas condiciones y derechos sobre ellos. (Dra. Violeta Badaraco Delgado, 2018)

La custodia de los hijos, la tienen por derecho los padres. Poseen el derecho a la tenencia legal y física de sus hijos. Ambos comparten las responsabilidades del cuidado y crianza que debe ser considerado como consecuencia de una separación o divorcio y es atribuida por una decisión judicial.

Monje, K (2007), expresa que los beneficios de la custodia compartida permiten 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.

La aplicación de la custodia compartida evita que existan resentimientos de los hijos con sus padres, ya que existen muchos casos en los que los hijos se encuentran bajo la custodia monoparental y estos tienen sentimientos de rechazo, culpa y negación hacia el otro progenitor. Asimismo, la custodia compartida permite que los padres ejerzan en igualdad de condiciones sus derechos y obligaciones.

Según Romero (2011), la custodia compartida figura se contrapone a la custodia monoparental, en la que se ejerce la custodia de los hijos por parte de un solo progenitor, pero con la custodia compartida, pueden decidir ambas partes sobre las decisiones importantes de la vida del menor tales como: el lugar en donde vivirá, a que escuela irá, a que médico irá etc.

Los progenitores deben compartir los gastos que tenga su hijo; así mismo, encargarse de él, de sus costumbres, de su salud, de su educación, de su colegio, de sus amistades, etc.

La custodia compartida tiene como elemento fundamental la corresponsabilidad, ya que ambos progenitores tienen responsabilidades en igualdad de condiciones con sus hijos independientemente de la condición en la que ellos se encuentren, es decir, ya sea separados o unidos.

### **3.2. La custodia compartida respecto a los derechos del menor**

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, su deber principal es garantizar de manera efectiva el cumplimiento de los derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, así lo establece en sus artículos 16 y 17:

Art. 16.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución. ( Asamblea Nacional, 2008)

Art. 17.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos. ( Asamblea Nacional, 2008)

Es deber del Estado ecuatoriano respetar y hacer respetar los derechos y garantías de los ciudadanos, a través de políticas institucionales, de planes, programas permanentes y medidas para el cumplimiento efectivo de los derechos. ( Asamblea Nacional, 2008)

Dentro de los principios y derechos que se encuentran consagrados en la Constitución respecto a los niños se encuentran el Principio de Corresponsabilidad Parental y el Principio del Interés Superior del Niño:

**Art.69.-** Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. ( Asamblea Nacional, 2008)

**Art. 83.-** Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. ( Asamblea Nacional, 2008)

El Estado garantizará el efectivo cumplimiento de derechos y obligaciones tanto de los niños como el de sus padres, tomando en cuenta que la responsabilidad es de ambos progenitores, ya sea viviendo juntos o distanciados participen de manera equitativa, permanente y activa del cuidado de sus hijos, de igual manera los derechos que tiene el menor de conocer a sus padres y a ser cuidado por ambos, manteniendo una buena relación de forma constante, asimismo el deber que tienen los padres de precautelarse un desarrollo integral para sus hijos de manera equitativa.

Así mismo, la Constitución en su art. 44 expresa que:

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. ( Asamblea Nacional, 2008)

El Interés Superior del Niño es un principio garantista y obligatorio, por tal razón que cuando se vean afectados los derechos de los menores, estos deben prevalecer y ser privilegiados por encima de los derechos de los demás, inclusive hasta de sus padres. Este principio consiste en satisfacer los derechos de los niños como por ejemplo: el derecho a la alimentación,

vivienda, educación, salud, vestido, el derecho a compartir con sus progenitores cuando estos se hayan separado es decir, en este caso debería aplicar la custodia compartida de los hijos para ambos progenitores en igualdad de derechos y condiciones, no solamente hacia uno de los progenitores como es el caso de nuestro país que se aplica solamente la custodia monoparental, vulnerando los derechos de los progenitores y de los niños.

Por lo tanto la falta de regulación de la custodia compartida en el Ecuador, limita los derechos del menor ya que, no le permite estar en contacto permanente con el progenitor no custodio y con la familia del mismo, por lo tanto tal decisión ocasiona el síndrome de alienación parental o SAP, síndrome que es reconocido por la OMS, “se trata de un conjunto de síntomas, que se produce en los hijos, cuando un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de los niños con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.” (Marisol Nuevo, 2016)

Richard Gardner (1985) establece que el síndrome de alienación parental (SAP) se trata un desorden que principalmente nace de las peleas constantes de la guarda y custodia de los niños. La primera revelación es una campaña de calumnia del hijo en contra de uno de sus padres, campaña que no se puede justificar. Este fenómeno nace de la combinación del constante adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la difamación del padre rechazado.

En el rechazo del síndrome de alienación parental existen diferentes niveles de intensidad en que muestran los niños:

**El rechazo leve:** se caracteriza por la expresión de algunos signos de desagrado en la relación con el padre o la madre. No hay evitación y la relación no se interrumpe.

**El rechazo moderado:** se caracteriza por la expresión de un deseo de no ver al padre o la madre acompañada de una búsqueda de aspectos negativos del progenitor rechazado que justifique su deseo. Niega todo afecto hacia él y evita su presencia. El rechazo se generaliza a su entorno familiar y social. La relación se mantiene por obligación o se interrumpe.

**El rechazo intenso:** supone un afianzamiento cognitivo de los argumentos que lo sustentan. El niño se los cree y muestra ansiedad intensa en

presencia del progenitor rechazado. (Ma. Angeles Sepúlveda García de la Torre, 2006)

El síndrome de alienación parental (SAP) es un modo de maltrato infantil que provoca un daño grave en el desarrollo integral y en el bienestar emocional del menor, por el solo hecho de no poder disfrutar en las mismas condiciones de ambos progenitores.

#### **4. Derechos de los niños vulnerados por la alienación parental**

En el Código de la Niñez y Adolescencia conforme a lo que establece la Convención de los Derechos del Niño se encuentran clasificados los derechos de los niños en cuatro grupos tales como:

-Derechos de Supervivencia

-Derechos de Desarrollo

-Derechos de Protección

-Derechos de Participación (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Cuando el niño es víctima de la alienación parental puede llegarse a vulnerar varios derechos dependiendo el caso, derechos que se encuentran reconocidos en la legislación ecuatoriana y que están contenidos en los grupos antes mencionados.

Los derechos que se vulneran principalmente son:

**El derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.** La familia es considerada por la Constitución como el núcleo fundamental de la sociedad, el niño tiene derecho a convivir con ambos progenitores para el desarrollo integral. Este derecho se encuentra establecido en la Constitución en su art. 67. ( Asamblea Nacional, 2008)

**El derecho a conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ellos.** El niño tiene derecho a tener una comunicación efectiva y contacto con sus progenitores para un desarrollo integral. Este derecho se encuentra regulado en el art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia. (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

**Derecho a la identidad.** Toda persona tiene derecho a tener una identidad desde el momento de su nacimiento esto incluye: un nombre, apellido, fecha de

nacimiento, sexo y nacionalidad. Este derecho se encuentra establecido en el art. 45 de la Constitución y en el art.33 del Código de la Niñez y Adolescencia. (Asamblea Nacional, 2008)

**Derecho a ser consultado.** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos en los que sus derechos se encuentren afectados. Este derecho se encuentra establecido en el art. 60 del Código de la Niñez y Adolescencia. (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

**Derecho a la integridad.** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida libre de violencia de todo tipo, y a que se proteja su integridad personal. Este derecho se encuentra regulado en el art. 50 del Código de la Niñez y adolescencia. (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

## 5. La Custodia Compartida en la legislación internacional

En la actualidad varios países han adoptado en sus legislaciones esta figura jurídica, para regular la situación legal del cuidado de sus hijos y del mismo modo para repartir la carga del cuidado y crianza de ellos, por lo que, como referencia se analiza la custodia compartida en países como España y Colombia.

### 5.1 España

España ha sido uno de los países que ha tratado la custodia compartida con relevancia en el ámbito doctrinal. En el año 2005 entraron en vigencia nuevas modificaciones del Código Civil respecto de la custodia compartida.

Desde el año 2005, se incorpora en el país la custodia compartida en el Código Civil, con la finalidad de fomentar la responsabilidad para ambos progenitores de manera equitativa de sus obligaciones parentales con sus hijos, como consecuencia de una separación o ruptura.

Partimos del concepto de custodia compartida de Guillarte Martín Calero (2008), puede definirse como “aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la

vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”.

Antes de que la Ley 15/2005 entrara en vigor, tras la crisis matrimonial de los progenitores para la guarda y custodia de los hijos, los cónyuges podían llegar a un acuerdo y en caso de que no lo llegaran esta custodia se decidía judicialmente.

A partir de la Ley 15/2005, fue modificado el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La custodia compartida en el Código Civil Español en su artículo 92.5, I, fue introducida de la siguiente manera:

Se acordara el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptara las 21 cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda estableciendo, procurando no separar a los hermanos. (Código Civil Español, 1889)

El mencionado artículo, establece que ambos progenitores podrán solicitar la custodia compartida, ya sea por acuerdo de ambas partes o solamente por uno de ellos con el consentimiento del otro, asimismo los progenitores podrán llegar a un acuerdo durante el procedimiento de separación eligiendo este tipo de custodia.

El juez deberá fundamentar su resolución en el caso que otorgue la custodia compartida a ambos progenitores, siempre y cuando ambas partes lo soliciten por mutuo acuerdo, pero siempre tomando deberá tomarse en cuenta el Interés Superior del Niño. De igual manera el juez deberá procurar no separar a los hermanos.

El convenio regulador en la custodia compartida hace referencia a que, una vez que los progenitores hayan acabado con su relación sentimental, ambos deberán establecer por escrito ciertas condiciones relativas que tienen en común, formalizando el régimen económico en el

que se queda el ex matrimonio y estableciendo quien va a ejercer la custodia de los hijos.

En el art. 90 del Código Civil Español, menciona los elementos necesarios al momento de elaborar el convenio regulador:

- Ejercicio de la patria potestad de los hijos, y el régimen de comunicación y estancia de los progenitores con el menor. En el caso de la custodia compartida, aquí deberán detallarse las condiciones de cómo se va a llevar a cabo.
- Régimen de visitas de los abuelos y otros familiares, siempre atendiendo al interés del menor.
- La facultad del uso de la vivienda conyugal y el ajuar familiar.
- La aportación a las cargas del matrimonio y alimentos
- Si la pareja había contraído matrimonio: La forma de liquidación del régimen económico.
- La pensión que corresponda para uno de los cónyuges si fuera necesario. (Maria Bueno, 2020)

La custodia compartida es acordada judicialmente una vez que se haya valorado todos los elementos y factores personales y materiales concurrentes, haciendo siempre efectivo el interés superior del menor de la mejor manera posible, por lo tanto el juez valorará los elementos fácticos concurrentes en el proceso, para así llegar a la conclusión de aplicar o no la custodia compartida en cada caso concreto.

Esta figura legal como lo es la custodia compartida es beneficiosa para los padres e hijos, en el caso de los padres que no pueden llegar a un acuerdo respecto a la situación de sus hijos. Al momento de obtener la custodia compartida, ellos tienen derechos y obligaciones sobre sus hijos en igualdad de condiciones y esto ayuda a que los padres tengan una mejor vida personal, y en el caso de los niños ayuda a satisfacer sus necesidades principales como los son: necesidades afectivas, de protección física, seguridad, etc.

## 5.2. Colombia

En la República de Colombia, con la entrada en vigencia de la Ley No. 249 (2008), se reconoce el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores de edad y en su artículo 1, expresa que, la custodia compartida y el cuidado de menores les corresponde a ambos progenitores.

En la misma ley en su artículo 2, establece que en el caso que los padres no convivan iguales, ya sea por motivo de separación o divorcio, por causas de desavenencias, se aplicara el régimen de la custodia de forma alternada, por periodos de tiempo iguales. El régimen de custodia compartida se establecerá por mutuo acuerdo, a través de mecanismos de conciliación prejudicial y mediante la aprobación del juez de Familia, en caso de existir diferencias al respecto, el Juez deberá tomar en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño para disponer el régimen de la custodia compartida.

Sobre el artículo 3, la misma norma deja claro con respecto al Reparto de la Custodia compartida y Cuidado Personal de los de los Hijos, estableciendo que los niños vivirán en meses alternos con cada uno de sus progenitores y esta disposición se cambiara cada año, el Juez de Familia establecerá un régimen de visita al otro progenitor, durante los periodos que el menor este a cargo de la custodia de uno de los progenitores.

Esta ley reconoce los derechos y obligaciones en igualdad de ambos progenitores ante el régimen de custodia compartida, estableciendo que la comunicación entre la madre o padre no custodio y sus hijos, será inalienable e irrenunciable, en caso de restringirse, suspenderse o disminuirse.

Para la Corte Constitucional, el ejercicio de la custodia compartida y cuidado personales de los hijos, se relaciona directamente con el interés superior del menor y el derecho fundamental a tener una familia y a no separarlos de la misma, así como al amor y el cuidado, salvo si contraría sus intereses. Desde esta perspectiva, las medidas deben orientarse a conservar espacios de comprensión y armonía que la familia le brinda al niño, manteniendo lazos con ambos progenitores. Ambos padres, sin importar su género, están llamados en igualdad de condiciones a ejercer la orientación y el amparo de los hijos menores. (Torrado, 2018)

Esta situación es favorable para los niños, niñas y adolescentes, ya que ellos tienen una mejor formación integral para un correcto desarrollo, favoreciendo la autoestima. Asimismo, resulta favorable para los padres ya

que no existe desigualdad en el ejercicio de derechos y obligaciones con sus hijos.

## **6. La tenencia en la Legislación Ecuatoriana**

Pacheco Salamanca (2014), señala 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 tenencia va a encargarse del cuidado y asistencia.

Lastimosamente en nuestro país tras la separación de los padres por diferentes circunstancias, generalmente la madre es quien ejerce la custodia de los hijos, otorgándole al padre un régimen de vistas que muchas de las veces no se cumple.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su art. 118 establece la procedencia de la tenencia:

Quando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso anterior. (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

El mencionado artículo establece que la tenencia debe aplicarse siguiendo las reglas del artículo 106 del mismo cuerpo legal, que expresa lo siguiente:

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

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

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Asamblea Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

La finalidad de la tenencia es que el niño, niña y adolescente tenga una relación directa bajo el cuidado y protección de sus padres, ya que, es deber primordial de los progenitores velar por el bienestar de los hijos, y que es necesario considerar cuando ellos no pueden estar juntos por diferentes circunstancias.

La tenencia compartida para el autor Latrhop Gómez (2009), es un sistema familiar que se da como consecuencia de la separación de la pareja o ruptura matrimonial que, fundamentado en el principio de corresponsabilidad parental, permite que ambos progenitores puedan participar de manera activa y equitativa en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo vivir con cada uno de los progenitores durante lapsos sucesivos más o menos predeterminado.

La tenencia compartida es una situación legal, que les corresponde a ambos progenitores de forma equitativa para el cuidado y crianza de los hijos menores de edad como consecuencia de una separación o divorcio.

El Código de la Niñez y Adolescencia en los artículos 118 y 106 establecen que, cuando el Juez considere más beneficioso confiar a uno de los progenitores el cuidado y desarrollo integral del menor de edad, sin perjudicar el conjunto de la patria potestad, concederá la tenencia, tomando en cuenta las reglas del artículo 106, en el cual en sus numerales 2 y 4 establece que, de los hijos que no han cumplido doce años la patria potestad se concederá a la madre, o en el caso de que los padres demuestren que se encuentran en igualdad de situaciones, se elegirá a la madre, sin afectar el interés superior del niño.

El numeral 2 establece que en el caso de que los progenitores no hayan llegado a un acuerdo o si lo llegan y no es conveniente para el menor, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se otorgara a la madre, caso contrario que se compruebe que con ello afecta los

derechos del menor. Así mismo el numeral 4 expresa que si ambos progenitores demuestran que se encuentran en igualdad de situaciones, se preferirá a la madre, sin afectar el interés superior del niño.

Nos encontramos frente a una situación discriminatoria, ya que claramente se contempla la figura de la custodia monoparental a favor de uno de ellos basados en el acuerdo de los padres y a favor de la madre a falta de acuerdo, en el cual se establece una pensión alimenticia y un régimen de visitas para el progenitor no custodio. Por otra parte, es importante aclarar la finalidad de la custodia compartida que busca garantizar los derechos de los menores, en la que ambos progenitores participan de manera conjunta en la crianza, educación y desarrollo integral de sus hijos.

Según el autor Stein (2011), expresa que, la falta de la custodia compartida constituye actualmente una problemática para el sistema de justicia ecuatoriano al receptarse numerosas denuncias en las que se evidencia que uno de los progenitores o ambos no cumplen con una maternidad y paternidad responsable, llegándose incluso a penas privativas de libertad con el objetivo de crear una conciencia en los progenitores en la necesidad de dar cumplimiento a sus deberes pero sin embargo tomándose en cuenta las estadísticas de incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias, por lo que se evidencia que tales medidas se revelan como insuficientes.

El juez al momento de tomar una decisión debe considerar que el deber de los progenitores no se limita únicamente a un valor económico como es el caso de la pensión alimenticia, sino también debe tomar en cuenta las responsabilidades de ambos progenitores las cuales deben garantizar el bienestar de su hijo.

El 13 de febrero del 2019 la asambleísta Verónica Arias Fernández presentó una propuesta de proyecto de ley a la Asamblea Nacional “Proyecto de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia” estableciendo lo siguiente: “El artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la tenencia y el artículo 106, del mismo Código, respecto a las reglas de asignación de la patria potestad aplicables a la tenencia desarrollan la corresponsabilidad parental, el interés superior del niño y el desarrollo integral, por lo que en aplicación de las medidas de acción afirmativa a favor de los grupos de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes y las mujeres

víctimas de violencia, así como de la especial atención a favor de las madres jefas de familia, se entiende que la tenencia compartida únicamente procede previo acuerdo expreso de los progenitores, aprobado por la jueza o juez, y siempre escuchando la opinión de los hijos e hijas según su grado de desarrollo y madurez; sin que la autoridad judicial pueda atribuirse facultades jurisdiccionales para la imposición unilateral de la tenencia compartida.” (Asamblea Nacional, 2019)

La asambleísta Verónica Arias (2019), expresa que la finalidad del proyecto no es reformar ni modificar la norma, sino al contrario lo que pretende es aclarar dudas sobre el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, ya que lo que establece el cuerpo legal en sus artículos 106 y 118 respecto a la tenencia, en ejercicio de la corresponsabilidad parental, busca el desarrollo integral fundamentado el interés superior del niño, entendiéndose que la tenencia compartida únicamente procedería previo acuerdo expreso de los progenitores y escuchando la opinión de los hijos.

Dicha propuesta de ley se encuentra aún en debate por parte de la Asamblea, por lo que no ha sido considerada aún dentro de la legislación ecuatoriana y por tanto, no es aplicable en el marco legal ecuatoriano al momento de determinar la tenencia por parte de los administradores de justicia.

Como se puede observar, la tenencia compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia no se encuentra regulada expresamente, más bien quizá solo se encuentra establecida de forma interpretativa en los artículos 118 y 106. Esta situación vulnera y afecta los derechos de los menores respecto al Principio de Interés Superior del Niño en concordancia con el ejercicio de la corresponsabilidad parental, ya que impide que los padres puedan participar equitativamente de los deberes y derechos que les corresponden y de igual manera lograr un desarrollo integral de sus hijos.

En relación al tema de la custodia compartida en nuestro país, se han dado importantes resoluciones jurisprudenciales por parte de la Corte Constitucional, que permiten comprender la situación legal al respecto.

Esta sentencia de la corte constitucional señala que el acuerdo de los padres entre una de las posibilidades para tenencia es la compartida.

## **7. Sentencia 288-16-SEP-CC**

María José Castillo Figueroa interpuso la acción de protección con la finalidad de recuperar la tenencia de su hijo mayor, en cual se encontraba bajo la custodia de su padre, así mismo solicito que se declare en sentencia que ella posee la tenencia de su hijo menor.

La señora María José Castillo Figueroa, presentó una acción extraordinaria de protección en contra del auto dictado el 25 de enero de 2010, por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y el 16 de septiembre de 2009, por el Juez Tercero de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Guayaquil, dictado dentro del juicio por tenencia de menor de edad. La acción extraordinaria de protección fue negada y la decisión de la Corte Constitucional fue declarar que no existe vulneración de derechos constitucionales y negar la acción extraordinaria de protección planeada por la señora María José Castillo Figueroa. (Corte Constitucional del Ecuador, 2016)

## **8. Sentencia 064-15-SEP-CC**

Mark Evan Hester interpuso una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del 12/0172012 dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, entro del juicio N.- 756-2011, a través de la cual se rechazó el recurso de hecho, dentro del juicio especial por tenencia de menor, que se siguió en contra de la señora Angélica Patricia López Valero, madre del menor de edad. La acción extraordinaria de protección fue negada y decisión de la Corte Constitucional declaro que no existe vulneración de derechos constitucionales y negó la acción extraordinaria de protección planeada por el señor Mark Evan Hester. (Corte Constitucional del Ecuador, 2015)

Mark Hester interpuso la acción extraordinaria de protección con la finalidad de recuperar la tenencia legal de su hija menor de edad la cual está bajo la custodia de la madre.

Las acciones antes citadas, presentadas ante la Corte constitucional indica qué es necesario establecer una regulación en cuanto a la tenencia compartida, debido a que actualmente los jueces fundamentan su resolución en lo que establece la normativa legal, estableciendo la tenencia a favor de uno de los progenitores. La Corte Constitucional manifiesta qué sería aplicable la tenencia compartida siempre y cuando exista el acuerdo entre las partes.

Es obligación de los jueces establecer medidas adecuadas que permitan el efectivo cumplimiento de los derechos de los menores. Cuando se trate de determinar la tenencia, deberá buscar se garantice la estabilidad física, mental y psicológica deberá priorizar ciertas situaciones en beneficio del derecho que les asiste a contar con una familia y no a separarse de ella, pero no puede imponer un acuerdo a los progenitores sino que debe atenerse a lo que dispone la normativa legal en cada caso. De esta manera primero debe observar si hiciste acuerdo entre los padres y de no existir se regirá directamente a lo que establece las disposiciones legales en el artículo 118 con relación al artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Considerando además deberá ser escuchada la opinión del niño o niña y más aún de manera obligatoria cuando se trate de un adolescente.

Por tanto existe confusión en cuanto a la normativa establecida en relación a la tenencia en el Código de la Niñez y Adolescencia que de manera expresa dispone que se establezca la tenencia a favor de uno de los progenitores. Es decir la figura de la tenencia compartida no se encuentra regulada expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico.

## **9. CONCLUSIONES**

El Principio del Interés Superior del Niño tiene un alcance nacional e internacional se trata de un principio garantista ya que, en los casos que se vean afectados los derechos del menor, toda decisión debe tener una visión garantista que conlleve a satisfacer os derechos de los niños. Además, se trata de un principio de interpretación debido que se debe interpretar

conforme a la Convención de los Derechos del Niño además, tiene como finalidad solucionar conflictos que favorezcan y protejan sus derechos.

La tenencia es una institución familiar que surge posterior a la separación o divorcio de los progenitores y que tiene como finalidad disponer con quien de los progenitores se queda el menor de edad en el caso de que los progenitores no lleguen a un acuerdo, la tenencia será asignada por un juez, a favor de uno de los progenitores y de preferencia a favor de la madre; así lo establece el Código de la Niñez y Adolescencia en sus artículos 118 y 116.

La tenencia compartida es una figura legal, se trata de un derecho de corresponsabilidad parental, en el que ambos progenitores deben convivir con sus hijos, deben compartir los derechos y deberes que les corresponde como la crianza, cuidado y educación de sus hijos menores de edad para una vida digna y un desarrollo integral respecto al Principio del Interés Superior del Niño. Este principio es afectado después de la separación de los padres ya que, solo uno de ellos posee la tenencia de sus hijos, lo que conlleva a la vulneración de los sus derechos, como el derecho a tener una familia, derecho a la integridad, etc., afectando su desarrollo físico, psíquico y emocional.

La custodia compartida a nivel nacional e internacional ha generado diversas normas que permiten garantizar los derechos que poseen los menores por medio de la aplicación de principios adecuados como lo son el Principio del Interés Superior del Niño y de Corresponsabilidad Parental, principios que se encuentran plasmados en la Constitución de la República del Ecuador y que tienen como finalidad garantizar un desarrollo integral al menor, debido que es un proceso de crecimiento y desarrollo muy importante, puesto que le permite satisfacer las necesidades afectivas, emocionales y sociales del menor.

En el Ecuador se han dado varios cambios con la finalidad de garantizar los principios constitucionales como los principios mencionados anteriormente. La Corte Constitucional, a través de las sentencias 288-16-

SEP-CC y 064-15-SEP-CC fundamenta garantizar el Principio del Interés Superior del Niño con respecto a las resoluciones de la tenencia.

El Ecuador en la actualidad no regula expresamente la custodia compartida. En el artículo 118 regula la tenencia, mencionando que el juez otorgara la custodia a uno de los progenitores en los casos que el estime más beneficioso para el desarrollo integral del menor de edad. En la mayoría de los casos se termina prefiriendo y otorgando la custodia a las madres y no a los padres, inobservando los principios tan importantes como el Interés Superior del Niño y Corresponsabilidad Parental, vulnerando los derechos de los niños como: el derecho a tener una familia, el derecho de convivir con su familia, el derecho a la seguridad del niño y entre otros derechos.

Por las razones antes expuestas considero que es necesario que el Ecuador regule la custodia compartida como mecanismo de protección hacia menores en los casos de separación de sus progenitores.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Bibliografía**

Asamblea Nacional. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Alfaro, Montecristi, Manabí, Ecuador.

Código Civil Español. (25 de julio de 1889). *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Madrid, España.

Alejandro Morlachetti. (s.f.). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. Recuperado el 20 de 07 de 2020, de La Convención sobre los Derechos del Niño y La Protección de la Infancia en la normativa internacional de derechos humanos: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.21-42.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.21-42.pdf)

Asamblea Nacional. (03 de enero de 2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Ecuador.

Asamblea Nacional. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Alfaro, Montecristi, Manabí, Ecuador.

Asamblea Nacional. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Alfaro, Montecristi, Manabí, Ecuador.

- Asamblea Nacional. (13 de febrero de 2019). Proyecto de Ley Orgánica Interpretativa al artículo 118 en concordancia con el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia. Quito, Ecuador.
- Catalán et al. (2007). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su pesta en escena. Debate entre Psicología y Derecho. *Anuario de Psicología Jurídica*, 131-151.
- Comité de los Derechos de los Niños. (29 de mayo de 2013). *Convención sobre los Derechos de los Niños*. Recuperado el 02 de 07 de 2020, de Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial: [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990\\_d\\_CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf)
- Contreras López R. (2015). Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud.*, 54-55.
- Corte Constitucional del Ecuador. (11 de marzo de 2015). Sentencia No. 064-15-SEP-CC. Quito, Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (7 de septiembre de 2016). Sentencia No. 288-16-SEP-CC. Quito, Ecuador.
- Dra. Violeta Badaraco Delgado. (2018). La tenencia compartida en el Ecuador ¿una necesidad? *Espirales*, 39.
- Helí Abel Torrado. (07 de noviembre de 2018). *La custodia compartida de los hijos menores*. Recuperado el 27 de 07 de 2020, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-custodia-compartida-de-los-hijos-menores>
- Ma. Angeles Sepúlveda García de la Torre. (2006). El síndrome de alineación parental: una forma de maltrato infantil. *Cuadernos de medicina forense*.
- Maria Bueno. (17 de 06 de 2020). *La custodia compartida en España*. Recuperado el 27 de 07 de 2020, de <https://www.arriagaasociados.com/2020/06/custodia-compartida/>
- Marisol Nuevo. (25 de abril de 2016). *Guía Infantil*. Recuperado el 29 de julio de 2020, de Síndrome de Alineación Parental en niños: diagnóstico: <https://www.guiainfantil.com/1502/sindrome-de-alienacion-parental-en-ninos-diagnostico.html>
- Miguel Cillero Bruñol. (s.f). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el

2020 de 05 de 07, de [http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/el_interes_superior.pdf)

Paola Alejandra Acuña Viteri. (noviembre de 2015). *El Principio del Interés Superior del Niño frente a una nueva imputabilidad del Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 09 de julio de 2020, de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1529/1/76066.pdf>

Sheyla Guerrero Cedeño. (s.f.). La acción extraordinaria de protección procede respecto de desiciones judiciales. 52.

UNICEF. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los derechos de los niños*. Recuperado el 20 de 07 de 2020, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Vilma Lucía Riaño González. (2019). *El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional*. Recuperado el 12 de 05 de 2020, de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17688/Tesis%20doctoral%20Vilma%20Ria%c3%b1o..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

# ANEXOS

**TURNITIN**

Azogues, 23 de septiembre de 2020

Doctor.

Xavier Ávila Cárdenas.

**DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIDAD ACADÉMICA  
DE CIENCIAS SOCIALES.**

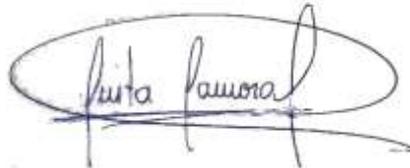
Presente. -

Señor Director:

Por medio del presente se informa que el trabajo de estudiante **KAROL ANDREA CABRERA CALLE** se ha revisado la similitud en el sistema TURNITIN, existiendo el 10 % de coincidencia.

Sin otro particular y dando cumplimiento a lo solicitado, me suscribo.

Atentamente



Abg. Ana Zamora Vázquez  
**Docente responsable de investigación**

Adjunto documento

## TENENCIA COMPARTIDA

### INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>10%</b> INDICE DE SIMILITUD	<b>10%</b> FUENTES DE INTERNET	<b>5%</b> PUBLICACIONES	<b>6%</b> TRABAJOS DEL ESTUDIANTE
-----------------------------------	-----------------------------------	----------------------------	--------------------------------------

### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>www.dspace.uce.edu.ec</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>2</b>	<b>www.arriagaasociados.com</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>3</b>	<b>repository.unilibre.edu.co</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>4</b>	<b>creativecommons.org</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>www.revistaespirales.com</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>6</b>	<b>dspace.uazuay.edu.ec</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>7</b>	<b>repositorio.unsa.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>8</b>	<b>repositorio.uasb.edu.ec</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>9</b>	<b>www.tesisenred.net</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>

# **RESUMEN**

# **ABSTRACT**

## CENTRO DE IDIOMAS

### ABSTRACT

**Author: Karol Cabrera Calle**

Currently, in the Ecuadorian legislation, single-parent custody is recognized for underage children in the case of separation from their parents; this fact restricts the enjoyment of the rights of the boy or girl in their integral development. This situation would be solved with the legal recognition of shared custody, which aims to materialize the joint parental co-responsibility of the father and mother, and allows the fulfillment of the rights of children and adolescents.

In this investigation, a legal and doctrinal study of shared custody is conducted concerning the Legal Principle of the Best Interest of the Child, taking into account its conceptualization, scope, and incidence in the respect and fulfillment of the rights of children or adolescents, based on International Legal Instruments and the Ecuadorian legal system.

**Keywords: best interest of the child, shared custody, human rights.**

Azogues, 01 de agosto del 2020

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO.



DR. LILIANA URGILÉS AMOROSO  
Documento verificado  
Digitalizado por  
Emergencia Sanitaria en  
Ecuador por COVID-19  
Ecuador Ecuador  
2020-08-02 16:41:03-03

**Abg. Liliana Urgilés Amoroso, Mgs.**  
**COORDINADORA CENTRO DE IDIOMAS AZOGUES**

# **CERTIFICADO DE LA BIBLIOTECA**

## El Bibliotecario de la Sede Azogues

### CERTIFICA:

Que, **CAROL ANDREA CABRERA CALLE**. Con cédula de ciudadanía  
Nro. **0301672143** de la carrera de **DERECHO**.

No adeuda libros, a esta fecha.

Azogues, 10 de noviembre de 2020



Eco. Fabián Rodríguez Herrera  
**BIBLIOTECARIO**

Biblioteca Universitaria  
MONS. FROILAN POZO QUEVEDO

[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

Campus Az de las Américas y Toros: ☎ 068 2527151, 2527152, 2527153 Azogues Campus Universitario "San Carlos El Grande" (Barrío el Toronado) Toros: ☎ 068 2527151, 2527152, 2527153, 2527154, 2527155, 2527156, 2527157 Cajas de la Universidad de Cuenca: ☎ 068 252261295, 0722296773 San Pablo de la Virgen: Cajas, Universidad: ☎ 068 2719355, 2719356

# **CALIFICACIÓN DEL TUTOR**

## DERECHO - AZOGUES

Azogues, 23 de septiembre de 2020

Dr.  
Xavier Ávila Cárdenas  
**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA SEDE AZOGUES**

### Informa:

Como docente tutor del trabajo de titulación de la estudiante **KAROL ANDREA CABRERA CALLE**, con el título "La Custodia Compartida respecto al Interés Superior del niño en la Legislación Ecuatoriana", ha sido desarrollado con toda probidad que se requiere en este caso, en tal virtud se consigna la calificación de **40/40** puntos.

Por la atención que sabrá dar a la presente le anticipo mis agradecimientos.

Atentamente;

  
  
Dr. Xavier Ávila Cárdenas  
Docente Tutor

[www.ucacue.edu.ec](http://www.ucacue.edu.ec)

# **PERFIL DE TESIS**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN O PROYECTO DE INTEGRACIÓN  
CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**AUTOR: KAROL ANDREA CABRERA CALLE**

**DIRECTOR: FRANCISCO XAVIER ÁVILA CÁRDENAS**

AZOGUES - ECUADOR

2020

*Yo me gradúe en los  
50 años de La Cato!*

## **Trabajo de Investigación**

### **1.2. El Tema:**

La custodia compartida en el Ecuador.

### **1.3. El Título del Proyecto de Investigación:**

La Custodia Compartida respecto al Interés Superior del niño en la Legislación Ecuatoriana.

### **1.4. Marco contextual**

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de varios derechos reconocidos en diversos cuerpos legales a nivel nacional e internacional y que constituyen elemento fundamental para garantizar el adecuado desarrollo psicológico y físico. Es importante reconocer que la situación propia de los niños, niñas y adolescentes les ubica en una situación de vulnerabilidad y que por tanto requieren de ciertas condiciones necesarias para que puedan conseguir un adecuado desarrollo y una vida digna. La legislación ecuatoriana, a través de la Constitución de la República y demás cuerpos legales, establecen principios que permitan garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos que les ampara, entre los que se encuentra como un aspecto primordial mantener las relaciones afectivas con los miembros de la familia y de manera particular con los padres.

La convivencia diaria del ser humano dentro del ámbito social y familiar hace que en ciertas circunstancias se presenten situaciones que de una u otra manera afectan a los derechos reconocidos para los niños niñas y adolescentes; más aún, cuando de manera directa repercuten en la relación afectiva que mantiene un niño o niña con sus padres. En el sistema de justicia ecuatoriano los conflictos que más se

presentan; en relación a esto, son aquellos que tiene que ver con el cuidado y protección de los hijos de familia y que está presente comúnmente cuando existe separación de sus progenitores, donde surge la necesidad de regular y determinar con quién de los padres se queda el hijo.

Actualmente, en estos casos, la legislación ecuatoriana regula la custodia monoparental en relación a uno de los padres a quien se le otorga la tenencia de los hijos. Generalmente esta facultad posee la madre. Por otra parte, se impone al padre la obligación del pago de una pensión alimenticia y se establece un régimen de visitas para que mantenga contacto con su hijo. Esta situación ha afectado de manera particular a los niños, en donde se ve restringido del vínculo afectivo que mantiene entre padre e hijo y que como consecuencia afecta su sano desarrollo.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior. (Miguel Cillero Bruñol, s.f, pág. 13)

En este contexto el principio de Interés Superior del Niño, constituye aquello en virtud del cual los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, gozan de una especial protección y cuidado por parte del Estado, la familia y la sociedad, en los aspectos materiales psicológicos afectivos y jurídicos, de manera que se garantice su desarrollo y bienestar armónico e integral así como el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás. (Vilma Lucía Riaño González, 2019, pág. 147)

Al respecto, la custodia compartida constituye una opción para garantizar la presencia del vínculo afectivo entre padres e hijos, a través de establecer una relación directa y continua; a la vez, coadyuva a la consecución del principio de Interés Superior del Niño.

Los cuerpos legales como el Código de Niñez y Adolescencia y el Código Civil, no contemplan normas en relación a la tenencia compartida, que por tanto no

garantiza el efectivo cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación al principio constitucional del Interés Superior del Niño.

En este contexto, constituye de singular importancia analizar la custodia compartida como una opción que permita generar una relación de respeto y armonía entre los padres para beneficio del menor, y contribuya a conseguir una vida digna y un adecuado desarrollo psicológico y emocional, en concordancia y aplicación del principio de Interés Superior del Niño.

### **1.5. La Formulación del Problema:**

¿Cómo afecta la falta de regulación de la custodia compartida en el Ecuador, respecto del desarrollo integral del niño, niña y adolescente en concordancia con el principio de Interés Superior del Niño?

### **1.6. Objeto de estudio:**

Derecho Civil.

### **1.7. El campo de acción:**

La custodia compartida en el Ecuador.

### **1.8. Líneas de investigación de la carrera:**

Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.

### **1.9. El Objetivo General:**

Determinar a través de doctrina jurídica como la regulación de la custodia compartida en el Ecuador, contribuye al desarrollo integral del niño, niña y adolescente en concordancia con el principio de Interés Superior del Niño.

### **1.10. Los Objetivos Específicos:**

1. Conceptualizar el alcance del principio de interés superior del niño en relación a garantizar su desarrollo integral y vida digna, a través del estudio jurídico, doctrinario y legal de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes.

2. Analizar la custodia compartida como elemento fundamental en la consecución del desarrollo integral en relación principio constitucional del interés superior del niño, a través de estudios doctrinarios y de legislación comparada para determinar la importancia de su aplicación en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

3. Examinar las consecuencias en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes que devienen por la falta de regulación en la custodia compartida a través del estudio comparativo de nuestra legislación; y, el análisis de doctrina jurídica para plantear soluciones que permita garantizar el respeto y cumplimiento de sus derechos.

### **1.11. Tipo de investigación**

Investigación cualitativa: plantea e interpreta información de la custodia compartida y el interés superior del niño, que es conseguida a través de documentación bibliografía, con la finalidad de buscar un significado a profundidad.

Investigación descriptiva: su finalidad es comprender la realidad de cómo se vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes por la falta de regulación de la custodia compartida y estudiar de forma más exacta, por medio de la descripción de características.

Investigación explicativa: en esta investigación se establece una relación de causa y efecto entre la custodia compartida y el interés superior del niño para examinar el porqué de los hechos.

### **1.12. El marco teórico y conceptual**

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, es el lugar en donde nos enseñan los deberes, derechos y obligaciones para el desarrollo de una sociedad digna, es por esta razón que, es deber del estado ecuatoriano velar, proteger y garantizar los derechos de cada uno de los integrantes de la familia.

En el Ecuador la Constitución de la República en su art. 67 establece que:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. 31)

Los progenitores desde el momento de la concepción, adquieren derechos y obligaciones con sus hijos, tomando en cuenta los derechos que más conflictos se presentan en el día a día en el sistema de justicia ecuatoriano son los que tienen relación con su cuidado y protección, muchas de las veces cuando existe la separación de sus progenitores, derechos que se encuentran regulados en la Constitución e Instrumentos Internacionales con el propósito de proteger y garantizar los derechos que poseen los menores.

La Carta Magna en su art.69, núm., establece lo siguiente:

El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. El Estado promoverá la

corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. 35)

El cuidado personal de los hijos recae en ambos progenitores por el principio de corresponsabilidad debido a que, a pesar de que sus padres vivan separados tienen igualdad de condiciones respecto a la educación, protección y crianza de sus hijos.

Jorge Parra Benítez (2008) señala el cuidado personal es sinónimo de custodia, la que implica vínculos de derecho y, de hecho, derechos y facultades y situaciones puramente materiales, que deben considerarse en cada caso. Es la tenencia física del niño la que exige el contacto físico con él, comunicación afectiva y espiritual íntegra: compartir, orientarlo, y decidir por él. (María Mónica Mercado Salazar, 2018, pág. 10)

La custodia compartida es corresponsabilidad parental, que permite a los hijos que convivan con ambos progenitores, asegurando su bienestar físico y psicológico, garantizando el principio constitucional del interés superior del niño.

El interés superior del niño se puede establecer, sin lugar a dudas, que los padres y madres son los principales garantes del interés de sus hijos e hijas, de donde se desprende que estos se encuentran bajo la patria potestad de aquellos, en beneficio de los niños y niñas, con respecto a su integridad física y psicológica y a todo aquello que les beneficie. (Rony Eulalio López-Contreras, 2015, pág. 55)

El Principio del interés superior del niño, es un conjunto de mecanismos que buscan garantizar un desarrollo integral del menor, permitiéndole llevar una vida digna y tratando de alcanzar el bienestar emocional del menor.

La custodia compartida, permite la consecución del principio del interés superior del niño, que garantiza el derecho de convivir con ambos progenitores, para que el menor pueda tener una calidad de vida y así evitar que se vulneren los derechos como el derecho a una familia, la educación, la integridad física y psicológica, etc., considerando que estos son derechos fundamentales.

En el art. 45 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, establece los derechos fundamentales de los niños de la siguiente manera:

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; [...] (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, págs. 21,22)

Los derechos que menciona la Constitución, son fundamentales para el desarrollo de los niños y para su bienestar en la sociedad y que constituyen el pilar para otras normas directamente relacionadas como lo son: el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil, y que por tanto deben contemplar disposiciones que encaminen el efectivo cumplimiento de los principios constitucionales, de manera particular en relación a la tenencia, ya que actualmente solo cuentan con normas respecto a la tenencia monoparental que es aquella que la posee solo uno de los progenitores respecto de la crianza de sus hijos, siendo esta una medida desproporcional debido que, los niños tienen derecho a ser criados por ambos progenitores en igualdad de condiciones y así evitar que se sigan vulnerando los derechos fundamentales y consecuentemente los daños psicológicos y emocionales que causan ellos.

### **1.13. La Hipótesis o Ideas a defender:**

El Ecuador no regula la custodia compartida conocido como un derecho de corresponsabilidad parental vulnerando el derecho de los progenitores, así como el interés superior del niño.

### **1.14. Métodos**

En la fundamentación teórica de la presente investigación se utilizara el método inductivo-deductivo ya que, es necesario llegar a un razonamiento lógico por medio de un análisis jurídico y doctrinario para determinar como la falta de regulación de la custodia compartida vulnera el principio de interés superior del niño, también se utilizara el método analítico- sintético ya que nos permite analizar todo el contexto del problema y a la vez sintetizar. En el diagnostico situacional se utilizara el método de revisión documental por medio de criterio de expertos, para poder analizar el estado actual del problema. En la conceptualización del alcance del principio del interés superior del niño, se utilizara el método inductivo partiendo de hipótesis en particular para llegar a una conclusión general. En el análisis de la custodia compartida como elemento fundamental en la consecución del desarrollo integral en relación principio constitucional del interés superior del niño, se utilizara el método deductivo partiendo de varias premisas para llegar a obtener conclusiones lógicas, partiendo de lo general a lo particular es decir, partiendo de varias premisas para llegar a conclusiones lógicas. Y al examinar las consecuencias en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes que devienen por la falta de regulación en la custodia compartida a través del estudio comparativo de nuestra legislación se utilizara el método demostrativo a través de premisas certeras para lograr asegurar la realidad de la conclusión.

### **1.15. La Población y Muestra en caso de ser necesario:**

Por la naturaleza del estudio no necesita cálculo de población y muestra.

### **1.16. El Cronograma de Tareas:**

<b>Actividades</b>	<b>Mes 1</b>	<b>Mes 2</b>	<b>Mes 3</b>	<b>Mes 4</b>	<b>Mes 5</b>	<b>Mes 6</b>
--------------------	--------------	--------------	--------------	--------------	--------------	--------------

Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y concepto	X					
Elaboración de la fundamentación teórica	X					
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información		x				
Validación de los instrumentos para la recolección de información				x		
Aplicación de los instrumentos y recolección de la información					x	
Procesamiento y análisis de la información						x

### 1.17. La Bibliografía:

Aníbal Eduardo Silva Gavilánes. (2016). *La custodia y el interés superior de los niños y niñas*. Recuperado el 2020 de 05 de 07, de <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/18027/1/FJCS-DE-899.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. 136. Alfaro, Montecristi, Manabí, Ecuador: Cooperación de estudios y publicaciones.

María Mónica Mercado Salazar. (2018). *La guarda y custodia compartida*. Recuperado el 8 de 05 de 2020, de

[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12472/MariaMonica\\_MercadoSalazar\\_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12472/MariaMonica_MercadoSalazar_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

Miguel Cillero Bruñol. (s.f). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 2020 de 05 de 07, de [http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/el_interes_superior.pdf)

Rony Eulalio López-Contreras. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.

Vilma Lucía Riaño González. (2019). *El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional*. Recuperado el 12 de 05 de 2020, de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17688/Tesis%20doctoral%20Wilma%20Ria%c3%b1o..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

#### **1.18. Firmas del autor y del responsable de investigación que aprueba el diseño.**

Azogues, de.....de 2020

---

**Karol Andrea Cabrera Calle**

**Investigador**

---

**Dr. Xavier Ávila**

**Tutor**

---

**Responsable de Investigación**

**Carrera de Derecho**

**Fecha:**

**Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha:**

---

**Asesor Jurídico**

**Unidad Académica de Derecho**