



Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Proyecto de Investigación Presentada para optar por el

Título de Abogado de los Tribunales

De la República del Ecuador

TEMA:

“Custodia compartida del Menor”

Una alternativa exigida por la nueva realidad social.

Autoras:

STEPHANIE LEONOR BONES CASTILLO

CARMEN ELENA MONCERRATE MACÍAS

TUTOR:

DRA. VIOLETA BARADACO, MCS.

Guayaquil - Ecuador

2014



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE
GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

“Custodia compartida del Menor”

Una alternativa exigida por la nueva realidad social.

PROYECTO DE INVESTIGACION PRESENTADA EN OPCIÓN PARA
OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR

AUTORAS:

STEPHANIE LEONOR BONES CASTILLO

CARMEN ELENA MONCERRATE MACÍAS

Guayaquil - Ecuador

2014

AGRADECIMIENTO

A Dios nuestro señor, por guiarnos y darnos la sabiduría para la culminación de esta anhelada meta y sobre todo por la vida que nos otorga llena de sus bendiciones, a Él muchas gracias.

Nuestro sincero agradecimiento también es para nuestra tutora abogada VIOLETA BARADACO. Quien compartió con nosotros sus conocimientos brindándonos también todo su apoyo para la realización de este proyecto de investigación.

Stephanie Leonor Bones Castillo

Carmen Elena Moncerrate Macías

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi amada familia, a mis padres quienes han sido mis guías y forjadores de lo que soy hoy en día.

A mi amado esposo e hijo quienes son la inspiración de mi vida, y por quienes luchó para ser cada día mejor como esposa, madre y profesional.

Dedico este triunfo que es el fruto de mi esfuerzo con mucho amor, a mi familia, Dios me los bendiga.

Stephanie Leonor Bones Castillo

Dedicada con mucho cariño a mis queridos padres quienes siempre han sido mi respaldo y orientadores al camino del bien, con la confianza de su amor y cuidados.

A mi amada familia que Dios me ha regalado, esposo e hijos quienes son el motor que me impulsa a seguir adelante y mi razón de ser.

A todos aquellos que son parte de mi vida y ocupan un lugar especial en mi corazón.

Carmen Elena Moncerrate Macías

CERTIFICACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Guayaquil, junio del 2014

*Las egresadas **STEPHANIE LEONOR BONES CASTILLO**, y **CARMEN ELENA MONCERRATE MACÍAS***, declaramos bajo juramento, que la autoría del presente trabajo, nos corresponde totalmente y nos responsabilizamos con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación que hemos realizado.

De la misma forma, cedemos nuestros derechos de autor a la universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, según lo establecido por la ley de propiedad intelectual, por su reglamento y normatividad institucional vigente.

Firmas:

STEPHANIE LEONOR BONES CASTILLO,

CARMEN ELENA MONCERRATE MACÍAS

**CERTIFICACIÓN DEL TUTOR / DIRECTOR DEL PROYECTO DE
INVESTIGACIÓN**

Guayaquil, junio del 2014.

Certifico que el proyecto de investigación titulado la *“Custodia compartida del Menor” Una alternativa exigida por la nueva realidad social.*

Ha sido elaborado por las egresadas STEPHANIE LEONOR BONES CASTILLO, y CARMEN ELENA MONCERRATE MACÍAS

FIRMA:

DRA. VIOLETA BARADACO, MCS.

RESUMEN EJECUTIVO

El presente Trabajo Investigativo “Custodia compartida del Menor”. Una alternativa exigida por la nueva realidad social., es un proyecto de amplia investigación, sobre todo se constituye en un aporte para la legislación actual en el campo de desarrollo de los derechos civiles de la familia, puesto que nuestra actual ley no profundiza más que en términos generales los temas relacionados con la custodia compartida.

En la actualidad muchos menores de edad de padres divorciados además de sufrir el detonante emocional de una ruptura familiar, los estragos de vivir bajo la tutela de uno de sus padres, que por lo general se hace de preferencia con la madre, teniendo como antecedente que vivirá más proclive a la carencia de la figura paterna, por lo tanto, la investigación en base a los casos expuestos y al estudio de campo, se determinó que los jueces de los Tribunales de la niñez y adolescencia entrevistados, abogados en libre ejercicio profesional y familiares que están en litigio de la custodia de los hijos a causa de antecedentes de divorcio en la pareja

ÍNDICE GENERAL

Contenido

<i>Capítulo I</i>	1
<i>1.- INTRODUCCIÓN</i>	1
<i>1.1. Tema</i>	1
<i>1.2. Diagnóstico: Ámbito/Contexto</i>	1
<i>1.3. Definición del problema de investigación</i>	2
<i>1.3.1. Formulación del problema</i>	3
<i>1.3.2. Delimitación del problema</i>	3
<i>1.4. Justificación</i>	4
<i>1.5. Objetivos: General y Específicos</i>	5
<i>1.5.1. Objetivo General</i>	5
<i>1.5.2. Objetivos Específicos</i>	5
<i>1.6. Intencionalidad de la investigación</i>	5
<i>CAPÍTULO II</i>	7
<i>MARCO TEÓRICO</i>	7
<i>2.1. Estado del conocimiento (de arte o de ciencia)</i>	7
<i>2.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA</i>	10
<i>Generalidades de la custodia compartida</i>	10
<i>Definición de la custodia compartida</i>	14
<i>Custodia Compartida tras la Crisis Matrimonial</i>	15
<i>Concepción Jurídica de Custodia compartida</i>	16
<i>Importancia de Custodia para Niños, Niñas y Adolescente de Padres separados...</i>	18
<i>Beneficios de Custodia en los Niños, Niñas y Adolescentes</i>	20
<i>Facilita a ambos progenitores el poder tener igualdad para prosperar laboralmente</i>	24
<i>Efectos de la falta de custodia compartida en los niños y adolescentes que sufren la ausencia de los padres</i>	24
<i>Marco Jurídico de la custodia compartida</i>	25
<i>Principios Jurídicos</i>	27
<i>Estudio comparado de la custodia compartida en otros países</i>	31

<i>República de Colombia</i>	31
<i>Custodia compartida de los hijos (ESPAÑA)</i>	35
<i>Diferencias entre comunidades</i>	37
<i>Datos en España</i>	38
<i>La Tenencia ó Custodia Compartida en Perú</i>	39
<i>La custodia compartida en el Ecuador</i>	41
<i>Principio del interés superior del menor de edad</i>	45
<i>Trastornos o daños</i>	46
<i>Posibles reacciones del niño</i>	47
<i>Como influye la edad y madurez del niño</i>	47
<i>Desventajas de la separación y el divorcio</i>	48
<i>Aspectos a considerar para adjudicar la custodia compartida</i>	48
<i>Modalidad de la Custodia Compartida</i>	55
<i>La custodia compartida, síndrome de alienación parental</i>	55
LOS RETOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA.	56
2.3. <i>HIPÓTESIS O ANTICIPACIONES HIPOTÉTICAS</i>	58
2.4. <i>VARIABLES O CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN</i>	59
2.5. <i>Indicadores</i>	59
CAPÍTULO III	61
3. <i>METODOLOGÍA</i>	61
3.1. <i>Metodología de la investigación</i>	61
3.2. <i>UNIVERSO INVESTIGADO</i>	62
3.3. <i>APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS</i>	63
3.4. <i>RECURSOS, INSTRUMENTOS CRONOGRAMAS Y PRESUPUESTO</i>	64
.....	
<i>PRESUPUESTO</i>	65
3.5. <i>ANÁLISIS DE RESULTADOS</i>	66
CAPITULO IV	82
4. <i>INFORME TÉCNICO FINAL</i>	82
4.1 <i>Conclusiones</i>	82
4.2. <i>RECOMENDACIONES</i>	85
4.3 <i>PROPUESTA</i>	86

<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	104
<i>REFERENCIAS ELECTRÓNICAS</i>	106
<i>ANEXOS</i>	107

Capítulo I

1.- INTRODUCCIÓN

1.1. Tema

Custodia compartida de Niño, Niña y Adolescente: Una alternativa exigida por la nueva realidad social.

1.2. Diagnóstico: Ámbito/Contexto

En el Ecuador según el Diario Hoy, (2010), los juzgados de la Adolescencia aumentaron, pero los casos siguen estancados, 28-02-2010, www.hoy.com.ec; pese a que a nivel nacional aumentaron las judicaturas en varias provincias, existe todavía lentitud en los trámites y casos represados desde el año 2000, ante la imposibilidad de atender el número de conflictos sometidos a decisión de los jueces por el cuidado de los niños, niñas y adolescentes. En un estudio realizado por Pro justicia, en el 2009, en el que se revela que los juzgados más congestionados a nivel nacional son los de niñez y adolescencia.

El 80%, de la población infantil, de la población adolescente sufre el gran mal de vivir con padres separados, sea esto por el divorcio o por la migración. Lo grave de todo esto es que el 70% de de las parejas se divorcian convirtiéndose esta cifra en la más alta de América Latina. Los juzgados de la niñez junto con sus departamentos técnicos son los principales promotores del machismo y la irresponsabilidad parental, obligando simplemente al padre a pagar una mensualidad que en muchos casos no alcanza y no promueven el contacto permanente y regular con su hijo vinculando al padre en la responsabilidad de la crianza y desarrollo integral del mismo.

A nivel nacional se han incrementado la incidencia de divorcios, considerando que, en los últimos 10 años el número de divorcios en el país se incrementó en un 95,3%. La cifra contrasta con el incremento de matrimonios que es un 11%. Los datos corresponden a los últimos Registros Administrativos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). Los divorcios han crecido constantemente: pasaron de 10 987 en el 2002 a 21 466 en el 2011. ¹

Considerando el alto índice de divorcios a nivel nacional, es fácil suponer que en la gran mayoría constituyen casos judicializados no solo por pensiones alimenticias, sino por la tenencia o custodia legal del menor, o los menores, a quien por lo general siempre son a beneficio de la madre. A consecuencia de la separación de los padres y la falta de acuerdo entre estos, provocando congestión judicial; lo cual a su vez conlleva a que los derechos de las niñas, niños y adolescentes a nivel provincial sean vulnerados debido a los efectos que la pugna entre los padres provoca.

1.3. Definición del problema de investigación

La presente investigación se realizará en el contexto nacional, dentro de las leyes que rigen la niñez y adolescencia en el Ecuador, debido que la custodia compartida es un problema que se vive a nivel nacional o provincial, por lo que en un primer acercamiento empírico al objeto de estudio se pudo detectar los siguientes nudos críticos, dentro de los juzgados de la Niñez y Adolescencia de la provincia del Guayas, en la ciudad de Guayaquil.

Entre los cuales se encontraron los siguientes problemas:

¹ Elcomercio.com Sección: Sociedad. En:
http://www.elcomercio.com.ec/sociedad/divorcios_en_Ecuador-INEC_0_815318598.html

- La falta de acuerdo entre los padres, luego del divorcio o la separación, ocasiona un incremento en los juicios por tenencia de niños, niñas y adolescentes.
- Incremento de los juicios por Tenencia ocasiona lentitud y congestión judicial.
- Falta de conocimiento de las partes en juicio de los métodos alternativos de solución de Conflictos.
- Juicios de tenencia sin la intervención de la Oficina Técnica del juzgado.
- La Tenencia confiada a uno solo de los progenitores de los niños, niñas y adolescentes desencadena la batalla legal entre los padres.
- Ruptura de las relaciones familiares de los padres en litigio.

1.3.1. Formulación del problema

¿De qué manera la falta de regulación de la ley de la Niñez y Adolescencia en el Ecuador, afecta en el ámbito social y psicológico de la población de niños, niñas y adolescentes de padres divorciados?

1.3.2. Delimitación del problema

Objeto de Estudio: Código de la Niñez y Adolescencia

Campo de Acción: Custodia o Tenencia de menores de edad.

Lugar: Ciudad de Guayaquil, Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia Norte 2.

Tema: Custodia compartida de Niño, Niña y Adolescente: Una alternativa exigida por la nueva realidad social.

Tiempo de investigación: 6 meses

1.4. Justificación

La presente investigación se constituye en un aporte importante y novedoso para poder analizar la realidad de las familias que atraviesan procesos de separación y divorcio; así como también de los efectos a corto y largo plazo que se produce ante la separación de los padres, ya que el nuevo estado de la familia no debe significar ningún cambio para los niños, niñas y adolescentes, puesto que se le considera un sujeto de derechos y que sus progenitores a pesar de su separación, siguen teniendo para con ellos derechos y obligaciones debiendo evitárseles cualquier tipo de angustias que ellos le causen con su separación; propiciando que su relación se mantenga en la mejor de las formas, pensando en su interés y su desarrollo psicológico, moral y físico, sin olvidar que este derecho es precisamente un derecho más de los hijos que de los padres.

Es necesario poder determinar las causas y consecuencias que producen los juicios de tenencia ya que muchas veces surgen como manifestación del dolor por la separación definitiva; el juicio implica una pelea que tiene como trofeo a los hijos en la que lamentablemente muchos profesionales del Derecho olvidándose del carácter social de su profesión, utilizan todo tipo de artimañas legales para lograr "ganar el juicio", pero como se conoce la familia se constituye en un sistema, en el que si uno pierde, pierden todos.

Los Principales beneficiarios de la presente investigación constituyen uno de los grupos de atención prioritaria y protección especial, como son los niños, niñas y adolescentes, padres de familia, funcionarios judiciales quienes tendrán la satisfacción de desempeñar de mejor manera su trabajo siendo garantistas de derechos, abogados en libre ejercicio quienes podrán cumplir con el carácter social que la profesión conlleva, y la sociedad ecuatoriana.

1.5. Objetivos: General y Específicos

1.5.1. Objetivo General

Institucionalizar la custodia o tenencia compartida en la legislación especial de niñez en el Ecuador.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Establecer solución ante la necesidad jurídica de resolver la pugna por la tenencia legal de los hijos a través de la custodia compartida dentro de la legislación ecuatoriana en el Código de la Niñez y Adolescencia.
- Determinar cuáles son las causas de la pugna por la tenencia legal de los hijos y los daños psicológicos en los niños, niñas y adolescentes.
- Proponer una normativa legal que prevea la tenencia compartida para evitar favorecer a los hijos, evitando de esta manera daños psicológicos y emocionales en los niños, niñas y adolescentes.

1.6. Intencionalidad de la investigación

La intencionalidad de la investigación, es la de establecer la custodia o tenencia de los niños, niñas y adolescentes, la cual en la actualidad se realiza como una situación que se fuerza a una elección entre el padre y la madre, opción que pueden realizar los propios interesados o en su defecto el Juez a base de ciertos principios rectores que han sido construidos, teniendo en cuenta el prevalente interés del hijo. En consecuencia, se aprecia que nuestro sistema ecuatoriano ha optado por la tenencia de carácter mono parental, es decir sólo uno de los progenitores podía gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro. Pero de qué manera se puede asegurar de que los medios probatorios evacuados por las partes, son lo suficientemente eficaces para que, el Juez pueda realmente

ser un garantista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de tal manera que pueda determinar si el demandante reúne las condiciones ya indicadas para amparar su petitorio estableciendo el régimen de visitas para el otro progenitor.

El número de causas por tenencia de menores cada vez es mayor en los juzgados de nuestro país por lo que implica que los padres cada vez menos pueden ponerse de acuerdo con respecto a la situación en la que sus hijos quedaran luego de la separación, esto permite comprender que la realidad social en nuestro país es distinta a la de años atrás por diversos factores tales como: la voluntad de ambos padres por hacerse cargo del cuidado de sus hijos, la integración cada vez más numerosa de las mujeres a la población económicamente activa, entre otros.

La intencionalidad de la investigación se considera el alcance que se pretende para contribuir al cambio de esta realidad social, caso contrario, los conflictos por tenencia de los niños, niñas y adolescentes seguirán en aumento congestionando aún más el sistema de justicia ecuatoriano, que en la actualidad debido a la tardanza vulnera derechos; se incrementará el número de familias desintegradas y afectadas psicológica y emocionalmente por la pelea que representa el juicio en el que solo uno de los padres podrá obtener el cuidado de sus hijos; los niños, niñas y adolescentes serán quienes sufrirán los efectos de los resentimientos de los padres entre sí por lo acontecido durante la tramitación de los juicios.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Estado del conocimiento (de arte o de ciencia)

En materia de Derecho a nivel nacional e internacional, la custodia compartida es la mejor solución para los menores en caso de separación o divorcio. Hasta ahora la custodia compartida solo se atribuía cuando así lo solicitaban ambas partes de mutuo acuerdo, pero a raíz de las sentencias realizadas y de la intención por parte del ejecutivo de eliminar el carácter excepcional de la custodia compartida se permitirá al juez decretarla aunque ninguno de los padres la haya solicitado siempre que este aprecie que así se beneficia al menor.

Dentro del contexto de las ciencias sociológicas y psicológicas, no se debe olvidar que en un proceso de separación o divorcio, en numerosas ocasiones la situación de tensión entre ambos progenitores es extremadamente alta y pedirles de repente que colaboren en bien de su hijo puede ser complicado.

Cada unidad familiar tiene su estructura compleja, que debe obligar a los jueces y tribunales a huir de generalidades, por este motivo la custodia compartida no es deseable o indeseable por sí misma.

Los presupuestos básicos para que una custodia compartida sea beneficiosa pasan siempre por la condición de que entre los padres exista la posibilidad de negociación y diálogo para resolver la multiplicidad de decisiones que han de tomar en la vida diaria respecto a sus hijos e hijas. El comportamiento precedente de los progenitores respecto a sus relaciones con el menor, las actitudes personales del padre y de la madre; el número de hijos; el cumplimiento por parte de cada

progenitor de sus deberes para con sus hijos y el respeto mutuo en las relaciones personales de ambos progenitores serán requisitos necesarios para un buen funcionamiento de la custodia compartida.

La custodia compartida, aceptada por ambos progenitores, facilita a nivel psicológico en los menores y en la familia:

- Mayor estabilidad emocional en los menores y en los cónyuges
- En los menores, afecta de manera positiva en sus relaciones sociales y en su rendimiento académico
- Evita utilizar a los menores como “moneda de cambio” en las relaciones entre los cónyuges
- Evita el chantaje por parte de los menores, para conseguir beneficios extras de sus progenitores
- Minimiza el efecto de la “mamá que pone límites y riñe” y el “papá de ocio”.

En el ámbito social, la falta de acuerdo de los padres de familia con respecto al cuidado de sus hijos, por la confusión de las relaciones como pareja y de padres, debido principalmente a la falta de orientación de las leyes como la de la Niñez y Adolescencia, que son de competencia social, aparte de la necesidad del apoyo terapéutico ocasiona que los conflictos familiares se judicialicen entrando de esta manera a la pelea, litis o contienda que en tema de familia es desastrosa en cuyo caso el Estado a través del sistema de justicia debe garantizar el respeto al interés superior de los niños y adolescentes.

El asesoramiento inadecuado por parte de los profesionales del Derecho, al tratar el tema de familia de la misma forma que los otros temas legales, sin un enfoque de derechos, género y sobre todo en el que no se promueve un acuerdo entre las partes, fomentando el deterioro de las relaciones familiares a través de la pelea legal en la que lo único que interesa no es el bienestar de los niños, niñas y adolescentes sino el de ganar el juicio a toda costa.

Juicios de tenencia sin la intervención de la Oficina Técnica, producen la inobservancia e inaplicabilidad en la práctica del principio del interés superior del niño, debido a la falta de intervención de profesionales especializados, que puedan elaborar informes para que los jueces puedan contar con suficientes elementos de convicción para emitir una sentencia.

La tenencia confiada a uno solo de los progenitores de los niños, niñas y adolescentes desencadena la batalla legal entre los padres que tiene como trofeo a los hijos, lo que imposibilita que se establezca la tenencia compartida que reduzca los daños psicológicos y coadyuve a la estabilidad social en los niños y adolescentes.

En cuanto a los antecedentes la evolución de la sociedad ha generado que la tarea del cuidado de los hijos vaya cambiando y no se inclinen solo a la figura materna, así como se encontró el presente estudio de la legislación del Código Civil en España:

Para GARCÍA RUBIO (2009)

A pesar de que no podemos establecer taxativamente fases perfectamente definidas por toda la doctrina, si podemos atisbar de un modo orientativo estas tres etapas antes diferenciadas en lo que a la evolución de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores se refiere. En la primera etapa que comprende los años 1981-1990 existe clara preferencia materna, los pilares de esta tendencia se asientan, de un lado, en la corriente psicológica imperante que consideraba la figura materna como la idónea para el cuidado del menor, y de otro, en la redacción del art. 156 Cc, que actuaba como respaldo legal, de tal suerte que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales proveyere de otro modo”. La segunda etapa antes enunciada que comprende los años 1990-2000 en la que existe un progresivo reconocimiento de la aptitud paterna, debido a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, da una nueva redacción al artículo 156 del Cc, pues desaparece el umbral de los siete años, y con ello el automaticismo legal anterior. Por último, una tercera etapa iniciada en el año 2000 hasta

actualidad hacia la custodia compartida, produciéndose un aumento progresivo en el reconocimiento de un, cada vez más amplio, derecho de visitas a favor del progenitor no custodio.(1448.) 2

2.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Generalidades de la custodia compartida

Cuando se hace referencia a las relaciones paterno-filiales dentro de lo que es la estructura familiar, se coincidirá en que los encargados de velar por la funcionalidad de la familia son los progenitores como titulares de la patria potestad, y que ejercen dicha titularidad como función dual en igualdad de condiciones sobre los hijos habidos en el matrimonio o en la relación de pareja.

Pero, ¿Qué ocurre cuando la estructura familiar se vuelve disfuncional, o mejor dicho cuando los progenitores deciden mutua o unilateralmente dejar de convivir bajo el mismo lecho? lo que es cierto y no merece controversia alguna es el tema de la titularidad de la patria potestad, independientemente de la relación que exista entre los cónyuges o en la pareja son progenitores, y como tal no pueden renunciar a esa condición.

El problema se presenta en el momento de dilucidar el ejercicio de la patria potestad. En ese marco, nos encontramos con el siguiente dilema

¿Debe existir una atribución unilateral, o tiene que mantenerse a favor de ambos progenitores? En el caso de optar por la última variante surge otra interrogante ¿Cómo se puede preservar el ejercicio dual, cuando padre y madre ya no viven juntos?

Ésto nos muestra que la patria potestad como función dual en situaciones de crisis matrimonial o de la pareja parece sufrir un resquebrajamiento al atribuir la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores.

2 MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, (2009). “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. Diario La Ley. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, ref^a D-29, p. 1448.

Al parecer, la formación de familias monoparentales en todas las situaciones de crisis familiares, no contribuye al fortalecimiento o mantenimiento de las relaciones paterno-filiales, sino que progresivamente propicia que los vínculos afectivos desaparezcan, factor que muchas veces se encuentra acompañado de una insatisfacción en el plano material.

Sobre la familia monoparental ZACARÉS, A., (2009). *La violencia de género explicada a mi hijo*, Edit. Carena, Valencia, define a ésta como:

“...una forma familiar en la que el núcleo fundamental lo componen la madre y los hijos, conviviendo todos en el hogar materno. A diferencia del modelo nuclear biparental en el que los dos cónyuges, padre y madre, conviven con los dos hijos, en la monoparentalidad sólo uno de los progenitores vive con ellos. Como es una realidad social que se ciñe sobre todo a madres divorciadas, separadas y solteras, se ha difundido el término más preciso de familia monoparental o familia monomaterna o bien el de monoparentalidad femenina. Se conocen también como familias post patriarcales porque el liderazgo familiar lo asume la mujer. Desde una perspectiva de género se destaca siempre ese desequilibrio porque se sabe que el 86,74% de las familias monoparentales son monomaternales (madre con sus hijos) y el resto monopaternales (padre con sus hijos)”. p. 553

De manera acertada, PLANIOL, M. y RIPERT, J., (2008) señalan que: *“En la ruptura de la familia, la suerte de los hijos es una de las cuestiones más graves que se plantean. Es necesario que sufran lo menos posible por la desaparición de su hogar”*.⁴

Las causas que provocan conflictos durante la convivencia de la pareja y que dan lugar a la ruptura del matrimonio, no deben repercutir en los deberes que tienen los progenitores para con sus hijos, puesto que éstos no son parte en términos contractuales de dicha relación. Así, el problema que crearon los padres tiene que

3ZACARÉS, A., (2009). *La violencia de género explicada a mi hijo*, Edit. Carena, Valencia, p. 552

4PLANIOL, M. y RIPERT, J., (2008) *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, tomo segundo, la familia, matrimonio, divorcio, filiación*, traducción de DÍAZ CRUZ, M., Edit. Juan Buxo, Habana, pp. 510-511.

ser resuelto por ellos, sin inmiscuir de por medio a los hijos, o al menos no utilizarlos como instrumento de defensa o comodín para resolver sus diferencias personales.

Por este motivo, creemos que los progenitores deben ser conscientes de ello y dejar de lado sus intereses que no sólo afectan a la otra parte, sino principalmente a sus descendientes directos que se convierten, en ocasiones, en víctimas de la situación.

Nuestro código civil usa el término custodia o tenencia para significar a aquél que sin ser propietario detenta, conserva, sostiene, retiene, sujeta materialmente una cosa.

También se aplica igual término custodia o tenencia, en nuestro ámbito jurídico de niñez y adolescencia, al referirnos al padre o madre que conserva la custodia de su hijo o hijos o sea que sigue conviviendo con él o ellos.

El uso de este término no es una cuestión menor ya que aun cuando sea en forma inconsciente, se está cosificando al niño/a o adolescente en una cosa que se retiene; tan es así, que se encuentra incorporado al lenguaje de todos los días, que el común de las personas lo usa poniendo el énfasis en ese “tener” como una malentendida “posesión”.

El hijo es una persona y hay que subrayar los beneficios que trae el comprender que ambos, padre y madre, son importantes en su vida, por ello hay que hacer hincapié en la sustitución de la palabra “custodia o tenencia”, al referirse a personas menores de edad, por otro término más adecuado como convivencia, guarda, custodia o cuidado del niño/a o adolescente.

Hay dos consecuencias indeseables en la mayoría absoluta de los casos de separación o divorcio, que el niño también “se divorcia” del padre no conviviente y que el desenlace más usual es que las visitas acotadas de una o dos veces por

semana, producen a lo largo del tiempo, una erosión en la relación, es decir, además del sufrimiento de ambos, (padre/hijo), se llega a un cierto desapego o distanciamiento, como un desprendimiento.

Cuando comienzan los problemas familiares, principalmente entre la pareja y se origina una crisis matrimonial, entre ellos comienzan las fuertes decisiones sobre el divorcio, y en concreto de la elección de con quien se quedara la custodia de los hijos, en donde ellos se enfrentaran a una nueva realidad familia, al tener a su padre o madre viviendo separados del hogar.

Los menores son los que mayormente sufren en la mayoría de los casos la consecuencia de la ruptura matrimonial y la esfera de seguridad con la que contaban al tener juntos a sus padres.

En principio son los progenitores quienes deben consensuar respecto del tema del cuidado de sus hijos menores de edad, decidiendo entre una custodia unilateral o exclusiva, o bien de una custodia compartida ejercida de forma alternada. La elección entre estas diferentes modalidades debe realizarse superponiendo los intereses de los hijos, sobre los propios padre o madre. No obstante, además de ser este aspecto el más importante en considerar deben además atenderse los factores económicos, sociales, psicológicos, que se verán afectados con la nueva situación familiar.

Cuando existe discrepancia sobre el tema del cuidado y custodia de los hijos, será el juez que debe dictaminar al respecto del sistema de custodia, sobreponiendo los propios intereses del niño, quien lo valorará de acuerdo a las pruebas que inician el proceso.

Dentro del matrimonio, los padres y los hijos tienen una convivencia común que refleja unidad familiar. No obstante, una vez que los cónyuges se divorcian, esa convivencia se rompe acarreado la inconmensurable necesidad de determinar cuál de ellos continuará la convivencia con sus hijos con todas las implicaciones

que esta conlleva. Los hijos, por tanto, convivirán con uno u otro cónyuge o, también, podrían convivir de manera “compartida” (en alternancia) con ambos.

Según SARAVIDA G. (2007), el cual indica que:

La atribución de la guarda y custodia de los hijos constituye una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver en procedimientos de separación y divorcio. Para su determinación, bien sea mediante acuerdo de los progenitores, bien por decisión judicial, han de tomarse en cuenta factores y circunstancias diversas dirigidas a adoptar la resolución menos perjudicial para los hijos afectados en este proceso de crisis de ruptura familiar. (p. 56) 5

Además la fijación de la custodia conlleva a la determinación de aquel que los progenitores van a compartir con el hijo las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio tiene lugar mediante un quehacer cotidiano y doméstico que permitirá al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el niño.

Definición de la custodia compartida

El término "Custodia Compartida" -también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta- parece atentar contra las leyes físicas del espacio y el tiempo, bien es sabido que no se puede estar en dos lugares a la vez; sin embargo ese sería el razonamiento de los neófitos en este artificio virtual que es el Derecho.

Una apropiada definición, para los que gustan de no dejar escapar ningún elemento, puede ser, la que expresa SALBERG B. (2008)

"La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y

5 SARAVIDA GONZALEZ, Ana María (2007), Guarda y custodia compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones sustantivas), en “jurisdicción de familia”, especialización. Ejecución de relaciones y custodia compartida. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España.

realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales"(p. 16). 6

De cualquier modo todas las definiciones redundan en reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales.

Custodia Compartida tras la Crisis Matrimonial

Producida la crisis, si esta es de ruptura, en el caso de haber hijos del matrimonio, debe suponer una información detallada a los cónyuges de las consecuencias específicas previsibles para cada uno de sus hijos, en función de la edad y características de cada uno de ellos.

El convenio regulador debe ser, un documento pericialmente informado en función del interés de cada uno de los hijos, especialmente los menores, y aprobado judicialmente de modo que los objetivos y los riesgos recogidos en dicho informe se cumplan y garanticen respectivamente, con la adopción de las medidas que el juez estime adecuadas para tal finalidad. Ello aunque suponga un sobre costo para los que se separan o divorcian.

Cuanto más se parezca la situación afectiva de los hijos después del divorcio a la que disfrutaban antes del mismo, especialmente en términos de estabilidad afectiva, menor y más asumible será el daño para ellos. Por este motivo será, en principio, mejor la custodia compartida que la monoparental.

De darse una nueva pareja, el proceso de presentación y aceptación por los hijos será variable en función de la edad y características de los mismos. El padre o madre que afronte esta nueva situación deberá informarse e informar a su nueva pareja de todo lo concerniente a este proceso.

6 SALBERG Beatriz. (2008). "Los niños no se divorcian". New York. Ed. American Journal of Orthopsychiatry

Este tipo de custodia quedará establecida tras la decisión de un Juez, siendo normalmente aquel que haya actuado en el divorcio o separación de los progenitores en cuestión.

La contrapartida de este tipo de custodia es lo que se conoce como custodia mono parental, una de las más comunes en los países que presentan una raíz latina y la cual le confiere, cualesquiera hayan sido las causales de divorcio, a uno de los dos progenitores la custodia de los hijos de la pareja, teniendo el otro que no la haya recibido la responsabilidad y obligación de acceder a un régimen de visitas y pagar por los alimentos de los menores.

Entonces, como consecuencia de la mencionada situación y de alguna manera buscando solucionar la problemática es que surgió la situación legal de la custodia compartida, a través de la cual se propone que sean ambos padres en iguales condiciones y no uno solo el que siga sosteniendo y criando a los hijos del matrimonio a pesar del divorcio.

El principal beneficio de esta medida es que ambos padres puedan influir en el desarrollo y en la evolución tanto física como psicológica de sus hijos y mantener un contacto casi permanente con los mismos. Según los especialistas, en los casos en los que no existe la custodia compartida el desarrollo del menor es notablemente inferior y los conflictos emocionales suelen ser recurrentes a lo largo de la vida de los que padecieron este tipo de situación en sus experiencias personales.

Concepción Jurídica de Custodia compartida

En la práctica y la doctrina se ha hablado y se ha distinguido que la custodia no es una figura estática, sino que existe diversidad en su concepción y en su construcción a partir de los casos concretos, lo que ha permitido hacer una clasificación de las formas en que la guarda y la custodia pueden ser determinadas y comprendidas.

Así de la forma en que se puede señalar que la custodia es regulada y determinada por la autoridad judicial competente en cualquiera de las formas en que aparece en las diferentes legislaciones del orbe mundial.

Hace referencia a la combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, por autoridad judicial competente, normalmente a cualquiera de los padres, para el cuidado y desarrollo integral de otro, en este caso, niño, niña y adolescente.

La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y que: "Comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad".

Hay que considerar que la custodia compartida crea derechos y obligaciones no solamente para los niños niñas y adolescentes sino también para aquellos hijos mayores de edad que por su estado de discapacidad necesitan el apoyo de los padres.

La "Tenencia Compartida" o "custodia compartida" o "coparentalidad" puede ser definida como el ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos.

Habitualmente se suele entender que la tenencia compartida no es una figura jurídica con un efecto válido y positivo respecto de la relación de los progenitores con los hijos, debido a que la principal característica de un divorcio o separación es la ausencia física de uno de ellos en la habitualidad familiar del hijo, con lo cual la tenencia compartida se convierte en una aspiración casi imposible de alcanzar.

Sin embargo, la idea parte de una premisa errónea, que es la consideración de que el proceso de separación convierte a los progenitores en personas desvinculadas físicamente de sus hijos, extendiendo esta condición a toda la vida del hijo, desconociendo que en algún momento, ambos progenitores estuvieron en una

etapa de convivencia óptima respecto de sus propios intereses y deseos personales.

Entonces: ¿Por qué después de la separación, la equiparidad de posiciones, derechos y obligaciones son diferentes para los progenitores?

SALBERG B. (2008), expresa que:

Ya sea producto de procesos de violencia familiar (física o psicológica) como por el deterioro en la misma relación familiar por la cotidianidad convivencial, los progenitores se reconocen como excluyentes entre sí respecto del vínculo con sus hijos, negándose entre ellos la posibilidad de ejercer una sociedad parental, como lo podría describir. (p. 24) 7

De este modo, la tenencia compartida se convierte en la cúspide de la evolución de la figura de la custodia, al fundamentarse constitucionalmente y racionalmente como una mejor opción frente a la custodia dividida (excluyente entre progenitores), alternada (temporalmente excluyente a un progenitor) y la única (generalmente a favor de la mujer).

Importancia de Custodia para Niños, Niñas y Adolescente de Padres separados.

Se garantiza la posibilidad a los hijos de disfrutar la presencia de ambos progenitores.

Se evitan sentimientos negativos en los menores como el miedo al abandono, sentimiento de culpa, de lealtad y de suplantación.

Se fomenta una actitud más abierta de los hijos a la separación de los padres que permite una mayor aceptación del contexto y evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente de los padres hacia los hijos.

7 SALBERG Beatriz. (2008). "Los niños no se divorcian". New York. Ed. American Journal of Orthopsychiatry

Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el crecimiento de sus hijos evitando el sentimiento de pérdida del progenitor al que se atribuya la guarda y custodia y la desmotivación de éste de abonar una pensión consiguiendo una mayor concienciación de ambos en la aportación económica en los gastos de los hijos

No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

Hay una equiparación de los progenitores en cuanto al tiempo libre para su vida profesional y personal, con lo que se evitan dinámicas de dependencia respecto a los hijos. Los padres han de llegar a acuerdos, lo que se convierte en un modelo educativo de conducta para el menor.

Considerando el primer aspecto que hay que tomar en cuenta es que para un niño, niña y adolescente la separación de sus padres supone un fuerte impacto psicológico y que es frecuente que presente ciertos desajustes a nivel emocional y/o conductual, de ahí parte la importancia de la implementación de un sistema de custodia compartida. También para los progenitores la ruptura de pareja supone un estrés de primer orden con unos costos emocionales importantes, incluso en separaciones de mutuo acuerdo y sin conflictos evidentes. Justo en ese momento de desequilibrio tienen que tomar decisiones trascendentales para el futuro de sus hijos y estos necesitan una atención especial que en esos momentos sus padres tienen dificultades para ofrecerla.

Los posibles problemas de adaptación que pueden presentar los niños se encuentran mediatizados por dos aspectos fundamentales:

1. Por una parte sus propias características individuales, como la personalidad, la edad, el género, que explican las diferencias de vulnerabilidad frente a la misma situación de un niño a otro. (Por qué unos niños reaccionan de una forma y otros de otra muy diferente)

2. Por otra parte el ajuste psicológico de los niños va a depender fundamentalmente de factores relacionados directamente con sus progenitores como son: capacidad para reorganizar la estructura familiar, la comunicación y la ausencia de conflictos, las estrategias de disciplina y las prácticas de crianza, la actitud de los padres ante la nueva situación. También están relacionados al contexto cultural y social, aspectos económicos el apoyo y relación con la familia.

Dentro del matrimonio, los padres y los hijos tienen una convivencia común que refleja unidad familiar. No obstante, una vez que los cónyuges se divorcian, esa convivencia se rompe acarreado la inconmensurable necesidad de determinar cuál de ellos continuará la convivencia con sus hijos con todas las implicaciones que esta conlleva. Los hijos, por tanto, convivirán con uno u otro cónyuge o, también, podrían convivir de manera compartida (alternativamente).

Además, la fijación de la custodia es importante porque conlleva la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el hijo las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio tiene lugar mediante un quehacer cotidiano y doméstico que permitirá al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el niño.

Beneficios de Custodia en los Niños, Niñas y Adolescentes.

“Las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al niño, niña y adolescentes que se encuentra en situación de riesgo, y las medidas que tiendan a la superación de dicha situación (...o el establecimiento de) servicios, modelos y alternativas de protección al menor que se encuentra en situación de riesgo, sin perjuicio de las normas orgánicas y de funcionamiento que se dicten asumían a la niñez como un problema, no como personas en estricto sentido sino como seres que valía la pena proteger por su aptitud de llegar a ser adultos.

Actualmente nos encontramos en un momento de cambio en el Derecho de familia, momento que viene precisamente determinado por la introducción en nuestro Derecho del principio del interés superior del menor.

Se utilizarán indistintamente los conceptos “interés del menor”, “interés superior del menor” o “bien del niño”.

Se trata de garantizarle un entorno adecuado para que pueda desarrollar las capacidades y cualidades necesarias para su progresivo crecimiento personal, para salvaguardar la protección de su dignidad, garantizarle una existencia libre de injusticia o discriminación, dar trato prioritario a sus intereses sobre los de sus familiares y allegados, porque el Derecho debe proteger a quien a priori es parte débil y necesitada en la sociedad.

Normalmente este principio se aplicará haciendo prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro interés concurrente, por muy digno de protección que sea este último. En otras ocasiones en las que no medie un conflicto de intereses se tratará de determinar cuál de las distintas alternativas posibles es más adecuada al interés del menor. Por tanto, puede afirmarse que se ha cerrado un proceso evolutivo en el que se ha producido un giro copernicano en la forma de entender el Derecho de familia. Se partía de una estructura patriarcal, en la que los hijos debían tributar reverencia al padre, en la que era el padre el que decidía lo que era o no bueno para sus hijos o su mujer, en el que el Derecho de familia encontraba su justificación en “el deber ser de las cosas” y en el derecho natural. Posteriormente para exigir que la patria potestad se ejerciera siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, y ya finalmente se introdujo el principio del interés del menor.

Por tanto hoy para justificar a la familia no procede recurrir al “deber ser de las cosas” sino que ésta solo quedará justificada cuando sea cauce adecuado para el desarrollo pleno de sus miembros (y muy especialmente de sus derechos personalísimos). Por ello se considera que cuando se produzca un conflicto entre el interés familiar y el individual prevalece éste último, especialmente cuando

comprenda un derecho fundamental. Sin embargo, el esquema tradicional basado en el deber ser de las cosas anteponía el interés familiar sobre el individual. El Derecho procuraba no intervenir en la esfera interna de la familia y exigía resignación a una mujer sometida al indiscutido derecho de corrección del marido en aras del bien supremo de “la unidad familiar por el bien de los niños”. Es decir, todo un despropósito que no solo machacaba la dignidad de la mujer, sino que además condenaba a los menores a vivir en una familia desestructurada e infeliz.

Por tanto, desde la perspectiva constitucional es hoy indiscutible que el interés del individuo y sus derechos fundamentales queda por encima del interés familiar. Igualmente cuando se produzca un conflicto entre intereses individuales prevalecerá el interés del menor debido a su supremacía sancionada legalmente, ya que el Derecho interviene en la familia para reequilibrar las relaciones entre sus miembros y otorgar una especial protección al menor por ser el que a priori presenta una posición más débil.

Se concluye entonces que uno de los beneficios de la custodia compartida es que trata de garantizar en cada caso concreto el bienestar del niño con todo lo que ello comprende: su desarrollo personal, un entorno socio familiar adecuado, el respeto a sus derechos fundamentales... No debe caerse en el común error de identificar “interés del menor” con “tiranía del menor” o sometimiento de la familia a los caprichos del menor; pues se trata justamente de lo contrario, de procurarle una educación idónea para su desarrollo personal lo cual conlleva tanto aporte de cariño como pautas de autoridad, no de malcriar al menor.

En segundo lugar al incluirse este principio en una cláusula general en cierta forma se está reformulando el Derecho de familia haciendo uso de una técnica que permite su desarrollo. Dicha posibilidad si bien no es siempre observada por los jueces, en un futuro mediato determinará una nueva concepción de las relaciones familiares y de la aplicación del Derecho.

Si bien es cierto, que la custodia compartida solo puede concretarse en cada caso determinado, ello no impide que se puedan establecer pautas generales que

recojan las circunstancias propicias para favorecer el bienestar del menor. Y es claro que una de estas pautas sería procurar que el menor tras la custodia pudiera seguir teniendo el máximo contacto con sus dos padres, desde esta perspectiva lo ideal sería partir de un sistema en el que la custodia compartida fuese la regla general y la custodia unilateral la excepción cuando las circunstancias del caso así lo exigieran, sin embargo nuestros tribunales, al día de hoy, suelen olvidar esta realidad.

Entre los múltiples beneficios se pueden mencionar que afectan el interés superior del niño, porque “causan verdaderas parentectomías, porque muchas veces los progenitores son injustamente excluidos del hogar conyugal, produciendo en los niños destres, angustia, depresión, síndrome de alienación parental y la creencia errónea de que no los quieren.

Cuando una pareja que tiene hijos menores está compartida, pensando en establecer una custodia.

Primero deben saber que ésta se ampara en dos derechos fundamentales:

Derecho del hijo/s a preservar su relación con sus dos progenitores, de acuerdo con la Carta de los Derechos del Niño.

El derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus vástagos, recogidos en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, (según del código civil).

La convención de la ONU sobre los derechos del niño dice que al decidir cuestiones sobre los

Niños siempre debe primar el interés superior del niño.

Los beneficios de la custodia compartida son los siguientes:

Se preserva la continuidad familiar. Se ha demostrado que se reduce el fracaso escolar y posibles carencias afectivas.

La presencia de las dos figuras, la paterna y materna en la educación facilita la distribución de las tareas de crianza, la participación en toma de decisiones.

Los niños desarrollan una mentalidad y actitud distinta ante la ruptura de sus padres al no culpabilizarse por ella y seguir manteniendo la relación con los dos. Los expertos aseguran que la custodia compartida exige que el niño tenga que adaptarse a dos maneras de ver la vida y hay una disposición más positiva a las posibles relaciones futuras de pareja como adultos.

La relación de los ex cónyuges resultará menos conflictiva, porque tendrán que llegar a acuerdos y se dejará de utilizar a los hijos como arma antojadiza en el reparto de tiempo

No hay un ganador y un perdedor. Los niños no culparán a ninguno de los progenitores.

A los progenitores se implicarán e integrarán en la educación y desarrollo de sus hijos al permitirle mantener sus lazos de afectividad y una relación constante.

Facilita a ambos progenitores el poder tener igualdad para prosperar laboralmente.

Efectos de la falta de custodia compartida en los niños y adolescentes que sufren la ausencia de los padres

En la actualidad han varios países adoptado en su legislación la custodia compartida, para repartir la carga de la crianza entre ambos padres e igualar su situación legal respecto del cuidado de los hijos. Datos de cómo ha funcionado en Holanda, Francia y España, dan cuenta de un aumento de la custodia compartida sin y con residencia alternada. Esta última, si bien se trata de un porcentaje pequeño, va en progresivo aumento (10% a 16% en los últimos 5 años).

Respecto a los estudios de cómo podría afectar la custodia compartida a los niños, niñas y adolescentes resulta fundamental analizar el tema del conflicto

interparental (el predictor más fuerte de inadaptación infantil). Estudios dan cuenta de que en caso de alto conflicto interparental, la custodia compartida no sería recomendada. Sin embargo, la investigación no es concluyente respecto a si el menor estaría mejor disminuyéndole las visitas del padre no residente o si por el contrario, un aumento en el contacto con este (incluida la tuición compartida) podrían neutralizar el efecto negativo del conflicto de los padres en los niños. Se sugiere una amplia evaluación, desde una perspectiva “caso a caso”, para tomar una decisión sobre la custodia en beneficio de los menores implicados.

Para el caso de conflicto medio a leve, la custodia compartida podría reducir el nivel de conflicto entre los padres en el tiempo. De todas formas, los estudios demuestran que pasados tres años del divorcio, es previsible una mayor cooperación interparental en beneficio de sus hijos.

Respecto del bienestar, el lazo afectivo y el ajuste de los niños después del divorcio, independientemente de la estructura de los arreglos de custodia que se lleven a cabo, lo importante es la existencia de un buen lazo afectivo entre padres e hijos.

Marco Jurídico de la custodia compartida

DE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, CIVIL TUTELAR, SOCIO POLÍTICOS, ECONÓMICOS Y PERSONALES.

a) Del fundamento constitucional.

Basados en los principios de:

- Dignidad, para así respetar materialmente los derechos de todo progenitor respecto de su vínculo con su hijo.
- Igualdad, para así asignar los mismos derechos y obligaciones respecto de su relación con sus hijos.

- De la protección de la institución “familia”, tanto en su esencia (vínculo) como en su estructura institucional.
- De la protección de grupos vulnerables, como lo son los niños.

b) Del fundamento socio político.

El grueso de la carga procesal del Poder Judicial lo constituyen los procesos vinculados a derechos y obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos.

Este problema jurisdiccional no es exclusividad del Ecuador sino que es una constante universal y ha provocado en una serie de países el diseño de políticas de desarrollo inclusivo de derechos de los varones alejados de sus hijos, no sólo para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones económicas, sino también para disminuir el impacto negativo de los conflictos interpersonales tanto en la vía judicial como en la vía personal (violencia familiar).

Aún no existen estudios completos sobre el costo social, económico y político de una mala administración de justicia en el contexto de la tutela de derechos de los niños que pudiere explicar el inmenso daño que se puede provocar con sólo participar en un proceso judicial (doble victimización).

Quien ha participado en un proceso judicial puede dar fe y su percepción sobre un eventual resultado es incierto y aún tuviere todas las garantías de acceder a un fallo positivo, finalmente no se sentirá satisfecho porque los elementos temporales (dilación procesal), los factores psicológicos (violencia familiar), los generados por las partes (temeridad procesal) y los económicos (costas y costas) terminan generando un conjunto de factores imposibles de manejar.

De esta manera, la tenencia compartida surge en el contexto comparado como una alternativa, a nivel de opción judicial (Perú, Brasil, México) como a nivel de exigencia judicial (Francia, Canadá, Noruega) para así regular (primariamente) el vínculo existente entre los progenitores con sus hijos y el costo social del manejo

de los conflictos interpersonales (en forma secundaria, pero complementariamente).

- En las legislaciones que imponen la tenencia compartida desde el inicio, optan por evitar la decisión de los progenitores, porque le asigna una responsabilidad superior, que es la de llevar una relación adulta y responsable entre sí y que en caso de la violación de este principio recién podría operar una variación de las condiciones, regulándose derechos de tenencia y régimen de visitas a los padres que no pudieron superar sus problemas personales.

La decisión política basada en generar una obligación moral y personal adulta a los progenitores se plantea para así aminorar los costos económicos (políticas de asistencia social), los costos judiciales (demandas y denuncias) como los costos sociales (violencia familiar). De esta manera se actúa preventivamente y el temor a una reacción jurisdiccional que podría disminuir derechos es un factor inhibitorio de conductas beligerantes entre los padres.

Principios Jurídicos

Los principios que se señalan en el marco internacional de derechos humanos se aplican tanto para los niños como para los adultos. La infancia está mencionada concretamente en muchos de los instrumentos de derechos humanos; las normas se modifican o se adaptan específicamente cuando las necesidades y preocupaciones en torno a un derecho se aplican concretamente a la niñez. La Convención sobre los Derechos del Niño niña y adolescente reúne los derechos humanos de la infancia que estaban articulados en otros instrumentos internacionales. Esta Convención articula los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores que conforman el concepto fundamental que tenemos de la infancia.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos. Todos los derechos están mutuamente relacionados y tienen la misma importancia. La Convención hace hincapié en estos principios y se refiere la responsabilidad de los niños, niñas y adolescentes de respetar los derechos de los demás, especialmente sus progenitores. Por el mismo motivo, la comprensión que tienen los niños, niñas y adolescentes de los temas que se suscitan en la Convención depende de su edad. Ayudar a la niñez a comprender sus derechos no significa que los progenitores deben obligarles a tomar decisiones cuyas consecuencias no puede asumir aún debido a su edad.

El estado Ecuatoriano firmó la Convención de los Derechos sobre el niño el 26 de Enero de 1990 y entró en vigor el 2 de Septiembre del mismo año.

Entre los logros más importantes en la esfera de los derechos de la infancia se encuentran los siguientes:

- En todos los lugares del mundo han surgido instituciones, estructuras, programas y medidas especiales destinadas a promover los derechos de la infancia. Las organizaciones no gubernamentales y otros organismos de la sociedad civil han aparecido en la escena con opiniones innovadoras y muy firmes sobre la defensa de los derechos de la infancia.
- La realización de una reforma legislativa en favor de los derechos de la infancia ha sido con frecuencia el resultado del examen exhaustivo y obligatorio de la legislación nacional que se lleva a cabo en el marco del proceso de presentación de informes sobre la Convención. También como resultado de este proceso, los Estados han adquirido un nuevo impulso para alcanzar las metas de supervivencia y desarrollo infantil.

- Los Estados han comenzado a reaccionar ante la violencia y la explotación extremas, así como el maltrato y el abandono, que forman parte de la realidad de millones de niños. Los principios que exigen que los niños y niñas sean protegidos contra "toda forma de violencia física y mental" han creado la esperanza de que muy pronto se puedan reducir muchas formas de violencia de los adultos contra los niños y niñas.
- Debido al principio de no discriminación que propugna la Convención, los Estados han logrado grandes avances en el cumplimiento y protección de los derechos de los niños y niñas olvidados e invisibles, es decir, los refugiados, los que se encuentran en instituciones, los que trabajan o son explotados por otros medios, los que viven o trabajan en las calles y los que han sido comprados y vendidos a través de las fronteras.
- Los Estados han adquirido la obligación de asegurar que sus definiciones del concepto de infancia cumplan con las normas establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Los Estados han organizado sistemas especializados de justicia juvenil que se concentran en la reintegración en la sociedad y evitan siempre que sea posible criminalizar a los niños y privarlos de la libertad.
- También se han alcanzado grandes progresos en la tarea de asegurar que las opiniones de los niños y niñas se escuchan, se respetan y se toman en cuenta en el marco de las familias, las comunidades y los Estados, cuando se llevan a cabo actividades, se definen las políticas y se evalúan los resultados.

Sin embargo, todavía queda mucho por hacer para convertir en realidad todos los derechos de todos los niños y niñas. Muchos niños en los países en desarrollo no reciben enseñanza primaria, y la mayoría de ellos son niñas. Millones de niños y

niñas padecen de desnutrición grave o moderada o mueren en todo el mundo por causas que pueden prevenirse fácilmente. Más de 1.000 millones de personas no tienen acceso al agua potable. Los sistemas de justicia juvenil, cada vez más punitivos, perjudican a muchos niños y niñas. Otros, languidecen en orfanatos y otras instituciones, sin recibir una enseñanza y una atención de la salud adecuadas. Cientos de millones de niños realizan alguna forma de trabajo. Los conflictos armados en todo mundo siguen acortando y arruinando las vidas de millones de niños. Cientos de miles de niños y niñas siguen sirviendo como soldados de los ejércitos nacionales.

Las vidas de millones de niños y niñas seguirán sufriendo si no se cumplen las obligaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Una de las principales preocupaciones de las Naciones Unidas, desde su creación en 1945, la han constituido los niños, niñas y adolescentes, su bienestar y sus derechos, por lo que uno de los primeros actos de la Asamblea General fue establecer el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que hoy es el pilar principal de la asistencia internacional a los niños.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en 1948, reconoce que los niños deben ser objeto de cuidado y atención especiales. Desde entonces, las Naciones Unidas han protegido los derechos del niño en tratados internacionales de carácter general, tales como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y en un instrumento dedicado específicamente a los derechos del niño, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Desde entonces, la Declaración ha sido una guía para la actuación privada o pública en favor de los niños, niñas y adolescentes. Al afirmar que "la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle" la Declaración constituye hoy un marco moral para los

La Convención sobre los Derechos del Niño va más allá de la Declaración en cuanto que hace jurídicamente responsables de sus acciones respecto de los niños a los Estados que aceptan la Convención.

La Convención es un nuevo punto de convergencia para todos en particular legisladores, educadores, dirigentes espirituales, medios de información, organizaciones privadas, los que abogan por que se dé la más elevada prioridad a las actividades destinadas a promover y proteger los derechos del niño.

No deben subestimarse las consecuencias que la Convención puede entrañar para la calidad de vida de los niños de todo el mundo en los próximos decenios.

Como declaración sobre el alcance universal de los derechos básicos del niño, la Convención será un poderoso instrumento para modificar actitudes; por su carácter de instrumento internacional provocará cambios en la legislación y la práctica nacionales; y como centro de diálogo entre todas las partes interesadas, ayudará a identificar problemas, señalar posibles soluciones y prestar asistencia para allegar recursos con el fin de poner en práctica las soluciones necesarias.

Estudio comparado de la custodia compartida en otros países.

República de Colombia

Cámara de Representantes

Por medio de la Cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Custodia y Cuidado personal de los Hijos. La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente.

Artículo 2°. Custodia en Caso de Separación, divorcio o nulidad del matrimonio. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores.

Artículo 3°. Reparto de la Custodia y Cuidado Personal de los Hijos. El menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año. Durante la estancia con uno de los progenitores, el juez de familia fijará un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los periodos durante los que no ostente la custodia y un régimen especial para los periodos vacacionales.

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

Parágrafo. Al establecer el reparto de los periodos a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta, entre otros, el interés de los menores de cero (0) a siete (7) años de edad, pero permitiendo hasta donde sea posible, contactos cortos pero más frecuentes con cada uno de los progenitores.

Artículo 4°. Aplicación a procesos Anteriores. Al momento de entrar a regir ésta ley, en los casos en que hubiera sentencia en firme y ejecutoriada, a petición de parte, se buscará el acuerdo de los padres para conocer quién de los dos comienza con el período de Custodia Alternada. A falta de acuerdo se fijará según

lo que estime el Juez de Familia de conformidad con lo establecido en el artículo anterior.

Artículo 5°. Igualdad de derechos y obligaciones. Los derechos y obligaciones que emanan del régimen de custodia alternada serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre no custodio y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

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

Artículo 6°. Perdida de la Custodia y Cuidado Personal. La Custodia y el Cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. A Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacía los menores por parte de quien la tiene.
3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.
5. Incumplimiento de la ley de custodia compartida, cualquiera sea la forma de entorpecer el derecho que le corresponde al otro progenitor.
6. Fallecimiento del progenitor Tutor.
7. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor.
8. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
9. Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
10. Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.

11. Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre o tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.
12. Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

Artículo 7°. Acuerdo de Cesión Temporal de la Custodia. El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor.

Artículo 8°. Pérdida temporal de la Custodia. El progenitor que provoque maltrato cualquiera que éste sea, legalmente comprobado, obligue o induzca a la prostitución o incite a la delincuencia perderá por dos (2) años la custodia de sus hijos, sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes.

No obstante el Juez de Familia atendiendo al interés superior del menor podrá otorgar condiciones especiales para que éste, periódicamente se relacione con el progenitor en aras de no perder el lazo filial y afectivo.

Artículo 9°. Incumplimiento del Régimen de custodia compartida. El progenitor que incumpla el régimen de custodia compartida perderá la Tuición de sus hijos, según la evaluación que para el caso efectúe el Juez de Familia e incurrirá en el delito de “Ejercicio Arbitrario de la Custodia”.

Artículo 10°. El artículo 230 A del Código Penal, quedará así:

ARTÍCULO 230-A. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo

hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma se aplicaran las penas previstas en este artículo al progenitor que valiéndose de la custodia, utilice o manipule a sus hijos menores para obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

Artículo 11°. Vigencia. Esta Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Custodia compartida de los hijos (ESPAÑA)

La ley de divorcio de 2005 introdujo una importante novedad con la posibilidad de la custodia compartida, aunque esta queda supeditada a un acuerdo mutuo de ambos progenitores, caso que se da en escasísimas ocasiones. Por eso, en la práctica, la mayoría de divorcios lleva aparejada la custodia en exclusiva (normalmente, a la madre)

La custodia compartida pretende dar cumplimiento a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que obliga a los estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

En España, la custodia de los hijos tras una separación se rige por el art. 92 del Código Civil, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio. Este artículo contempla el régimen de custodia compartida, si bien distingue la posibilidad de acordar la custodia compartida por acuerdo de los progenitores (art 92.5) cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o por determinación judicial (art 92.8). Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos anteriores, el Juez, a instancia de una de las partes,

con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En ningún caso procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, ni tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Por lo tanto, pese a la reforma, salvo el que la custodia compartida se adopte de mutuo acuerdo de los padres, la custodia compartida no pactada es una medida excepcional, que requiere el informe favorable del Ministerio Fiscal y que se fundamente en que únicamente con esta modalidad se protege el interés del menor, lo que hace que en la práctica la aplicación de esta norma sea muy restrictiva.

No obstante, en los últimos meses la situación parece estar dando un cambio en muchos juzgados. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, con fecha de 7 de julio de 2011, recuerda que el punto de partida a la hora de decidir sobre el futuro de los menores tras la ruptura del vínculo matrimonial está en velar por sus intereses. Entre ellos, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, sus aptitudes personales y los deseos manifestados por los menores.

Por lo que debe entenderse que la redacción del artículo 92 "no permite concluir" que la custodia compartida "se trate de una medida excepcional", sino que, "al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible".

Diferencias entre comunidades

Algunas comunidades, como Aragón, Cataluña, Navarra o Valencia, tienen una legislación específica respecto a la custodia compartida. La diferencia fundamental es que en las legislaciones autonómicas se fomenta la opción de la custodia compartida como opción general o preferente. A diferencia del Código Civil, no es necesario el acuerdo de los cónyuges, ni el informe del Ministerio Fiscal, de esta manera se eluden dos vetos que hacían en muchas ocasiones imposible aplicar en la práctica la opción de la custodia compartida.

La ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares -una regulación en la que Aragón fue pionera- favorece desde el primer momento que tras un proceso de separación o divorcio, se regule como preferente la custodia compartida de ambos progenitores frente a la exclusiva, siempre estudiando el caso y buscando el bien del menor.

La Ley Catalana, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, contempla el carácter preferente de la custodia compartida, pero no se otorgará por defecto, y si no hay un acuerdo entre los progenitores, será el juez quien decida cuál de los dos asume la "guarda" de los hijos menores. Cuando las parejas con hijos se divorcien o separen estarán obligadas a presentar ante el juez un "plan de parentalidad" en el que figuren las propuestas de cada progenitor sobre la custodia de los hijos y su participación en la crianza y educación.

En Valencia, la ley 5/2011, se aprobó en las Cortes Valencianas el 23 de marzo y empezó aplicarse el 5 de mayo de este año. Contempla la convivencia compartida como regla general a falta de acuerdo entre los cónyuges, sin que sea obstáculo la oposición de un progenitor o las malas relaciones entre ambos, dictándose las primeras sentencias sobre la materia. Sin embargo, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad de la ley ante el Tribunal Constitucional, y esta norma se encuentra suspendida por un periodo de 5 meses, lo cual ha creado una grave situación de inseguridad jurídica en una materia tan sensible

como esta, esperándose que en breve sea alzada la suspensión y la ley sea aplicada con normalidad.

La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que entró en vigor el 28/06/2011, recoge que: “La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal. La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores”.

Datos en España

Teniendo en cuenta que en general más del 90% de las custodias de los hijos son otorgadas por los jueces a las madres tras un proceso de ruptura de convivencia conyugal, las custodias compartidas pactadas entre los progenitores o acordadas por la autoridad judicial son mínimas; aunque no existen datos oficiales, podríamos estar en torno al 5% de todos los casos en el territorio nacional.

Estos porcentajes han variado sensiblemente en las comunidades con nueva ley sobre la materia como Aragón, Cataluña, etc., consiguiéndose ya porcentajes en torno al 50% en las sentencias dictadas que acogen la fórmula de la custodia compartida.

Se hace necesario, atendiendo a la realidad social de los tiempos en los que vivimos, cambiar esta situación, sobre todo porque un niño debe seguir estando con sus padres en condiciones de igualdad.

Los sin voz, son los hijos que están medio del conflicto humano y social generado por sus padres, porque a ellos no se les escucha en forma directa sino por medio de terceros, y quiénes son esos terceros, los generadores de la bronca. Nadie sabe

lo de nadie, sonrío la abuela de la casa, frente a esas decisiones judiciales amparadas en la ley que al parecer no resulta ser justa frente a los derechos de quienes están de por medio frente a la disputa generada por la disolución del vínculo de pareja.

Se dice que existen ventajas como aquellas de prevenir el “Síndrome de Alienación Parental”, que es un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. Equiparación de los padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional. No queda sólo uno de ellos con toda la carga de la crianza y sin tiempo para otras cosas. Compartir lo atinente a gastos de manutención del hijo. Ningún progenitor que practica este sistema se ha desentendido de los hijos. Los hijos sienten que no han perdido a ninguno de los dos y se beneficia su autoestima al observar los esfuerzos de sus progenitores para estar cerca de ellos.

La Tenencia ó Custodia Compartida en Perú

En el ámbito jurisdiccional peruano por ejemplo el adulterio de una madre no es causal para variar la tenencia a favor del padre, porque existe un sesgo personal, social e inclusive legal, de tutelar los derechos de la mujer, así esta no garantice el cumplimiento de los artículos 3° (vivir en un ambiente sano), 4° (integridad personal) y 8° (a vivir en una familia) del Código del Niño y del adolescente.

Bajo esos parámetros ¿qué moral se podría presentar una madre a su hijo que vive bajo la custodia de una persona que socialmente ha cometido un acto repudiable? ¿Por qué las consideraciones personales de un acto descrito como causal de separación sólo surten efectos limitativos de derechos para los varones.

La tenencia y su aplicación en el campo judicial

Al iniciarse el trámite judicial de tenencia ya sea peticionada por el padre o la madre del niño o adolescente, se observan contextos familiares diferentes según

sea el caso:

- a.- Así que hay progenitores que peticionan la tenencia de sus hijos, solicitando un régimen de visitas para el otro padre;
- b.-hay otros, que si bien es cierto peticionan la tenencia de sus hijos, solicitan además que el otro padre tenga un régimen de visitas limitado, esto es ya sea dentro del hogar donde el hijo habita o sea supervisado por un familiar directo;
- c.-hay otro grupo de padres que peticiona la tenencia de sus hijos incluso solicitando que el otro padre no tenga oportunidad de interrelacionarse con su hijo, en otras palabras que no se le fije un régimen de visitas.

Sin embargo, cabe precisar que **en principio la tenencia más recomendable para el bienestar y desarrollo físico, psicológico, y emocional de todo menor, es la ejercida conjuntamente por ambos padres;** en todo caso ante la separación de éstos corresponderá al Juzgador determinar si el demandante cuenta con las condiciones apropiadas para ejercer la tenencia de su menor hijo atendiendo para ello el interés superior del niño.

En consecuencia se aprecia que nuestro sistema peruano había optado por la tenencia de carácter monoparental, es decir sólo uno de los progenitores podía gozar de la misma, fijándose un régimen de visitas para el otro.

Así luego de evaluar los medios probatorios, ofrecidos por las partes, las evaluaciones psicológicas ordenadas en la persona de los progenitores e hijos y las visitas sociales en el domicilio de los padres, el Juez determinará si el demandante reúne las condiciones ya indicadas para amparar su petitorio estableciendo el régimen de visitas para el otro progenitor.

La custodia compartida en el Ecuador

Derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en Ecuador

En términos generales derechos son aquellos que corresponden en forma esencial o que son indispensables para asegurar a todo individuo una vida digna con libertad y justicia dentro de una sociedad jurídicamente organizada. Tradicionalmente a los niños, niñas y adolescentes se les ha inculcado una cultura de responder a las obligaciones.

Y no se les ha visto como seres humanos sujetos de derecho. En la actualidad se consideran derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física y moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, gozarán también de los derechos consagrados en la constitución, en las leyes, y tratados internacionales.

En general la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En cuanto al interés superior del niño: los legisladores de algunos países también establecen que, en caso de conflicto, los derechos de las niñas, niños y adolescentes prevalecerán por sobre los demás. Adicionalmente estipulan que las medidas para hacer efectivos los derechos de niños y adolescentes tienen máxima prioridad entre los asuntos de interés público.

En el Diccionario Jurídico Educativo de la Niñez y Adolescencia (pag.289), se habla de: *“Que se ha desarrollado a nivel mundial una nueva teoría fundamental*

del derecho que determina un nuevo orden jurídico sobre los intereses de la minoría de edad y la familia, dentro de un marco jurídico”.

En el Ecuador, el caso de la custodia compartida tiene fundamento legal la Convención Internacional Sobre los Derechos de los niños, niñas y Adolescentes en el **Artículo 18.-** manifiesta:

“Incumbirá a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño para los efectos de garantizar y promover los derechos anunciados en la presente convención los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño “En la Constitución del Ecuador, **Art. 44.** Nos dice:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás personas.

Y en el **Art. 45.-** inc. 2do.dice:

“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.”

El **Código de la Niñez y Adolescencia** con respecto a la tenencia nos dice:

Art. 118.- "Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

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.

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

Art. 120.- Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto.

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

Del derecho a visitas

Art. 122.- Obligatoriedad.- En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija.

Cuando se hubiere decretado alguna medida de protección a favor del hijo o la hija por causa de violencia física, psicológica o sexual, el Juez podrá negar el régimen de visitas respecto del progenitor agresor, o regular las visitas en forma dirigida, según la gravedad de la violencia. El Juez considerará esta limitación cuando exista violencia intra-familiar. Las medidas tomadas buscarán superar las causas que determinaron la suspensión.

Art. 123.- Forma de regular el régimen de visitas.- Para la fijación y modificaciones del régimen de visitas, el Juez aplicará lo dispuesto en la regla No. 1 del artículo 106 y en el inciso final de dicho artículo.

Si no existiere acuerdo entre los progenitores o entre los parientes que solicitan la fijación, o si el acuerdo al que han llegado fuere inconveniente para los derechos del hijo o la hija, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta:

1. Si se trata de un progenitor, la forma en que éste ha cumplido con sus obligaciones parentales; y,
2. Los informes técnicos que estimen necesarios.

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

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

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el

allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación.

La Justicia ampara a la madre en una demanda por la custodia. En las diferentes Defensorías Públicas del país, las madres se asesoran sobre el proceso legal en el caso de custodias.

Principio del interés superior del menor de edad.-

Este principio anima a toda decisión que el Estado tome respecto de los menores de edad en su conjunto: y, a cada acto que los órganos y funcionarios públicos realicen frente a casos particulares en el que se encuentre inmersa una persona que aún no ha llegado a la mayoría de edad.

Según como lo expresa DE TORRES PEREA J. (2009): *“El interés del menor implica que el divorcio no puede ni debe alterar la relación paterno filial, pues es un derecho del menor el poder relacionarse de forma plena con sus dos progenitores.”* (p. 232)⁸

Por lo tanto, la esencia de la custodia compartida, busca que se tomen en cuenta, para su efectivización, los derechos colectivos de la niñez, y los individuales de cada niño, niña, adolescente como los que priman y deben ser protegidos por sobre los derechos colectivos e individuales de los demás, en caso de conflicto se debe atender lo que resulta beneficioso para el menor aun dejándose de lado instituciones y normas jurídicas que pudieran invocarse contra tal consideración.

No se trata de una consideración personal, subjetiva, del funcionamiento que debe resolver un caso, se trata de un conjunto de reglas que deben estar predeterminadas como normas de actuación, al referirse a este principio le da el siguiente contenido para su efectivizarían:

⁸ DE TORRES PEREA José Manuel. (2009). “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar, Madrid, 2009, 1.ª edición, p.232.

- 1.- Es un principio para la satisfacción completa en el ejercicio del conjunto de derechos de los menores de edad.
- 2.- Es un principio que impone a todas las autoridades administrativas y judiciales; así como a las instituciones públicas y privadas, la obligación de actuar y decidir buscando el ejercicio cabal de los derechos de los menores de edad.
- 3.-Es un principio de mejor calidad que el Diversidad Étnica y Cultural, pues prevalece sobre él.
- 4.-Es una regla para la implementación de Código de la Niñez y Adolescencia.
- 5.-No puede ser invocado contra norma expresa y sin escuchar previamente al niño, niña o adolescente involucrado en la situación a resolver, si está en condición de expresarse al respecto.

Trastornos o daños.-

El divorcio o separación de los padres es un proceso complejo que engloba cambios en las relaciones familiares. Las tensiones, el alto nivel de estrés familiar y el conflicto están presentes en las relaciones familiares desde el momento en el que aparecen las diferencias en la pareja. Estas condiciones de amargura y desdicha de los padres afectan el desarrollo y la estabilidad de los hijos y pueden ocurrir durante un largo período.

Entre otras cosas, los hijos le temen a la pérdida de los padres, piensan que si uno se ausenta, en cualquier momento el otro también lo hará. Antes de tomar la decisión el ambiente intrafamiliar puede estar muy tenso y para los hijos llegar a ser más productiva la separación o el divorcio que continuar en una relación familiar de tensión y de conflicto, luego de lo cual los hijos suelen desear continuar la relación con ambos padres.

Los hermanos mayores pueden adoptar el papel del progenitor ausente y es probable que asuman una actitud de sobreprotección con los hermanos y quieran ocupar el espacio que el padre deja en la cama de la madre.

La ausencia total del padre, quien es el que generalmente sale del hogar, puede ocasionar en los hijos la pérdida del modelo de orientación. Al suspenderse el apoyo directo que él ofrece a la madre en la crianza, se descuida o se pierde la función socializadora que él ejerce.

En una separación o divorcio la familia puede descender en su posición económica si la madre sola es quien se encarga de la manutención. Puede disminuirse también la disciplina porque la madre no logra asumir sola el poder parental.

Posibles reacciones del niño.-

Reacción de ansiedad, e incluso angustia, durante el conflicto y tras la separación de los padres. Suelen sentir miedo.

Lloran a menudo y esto les tranquiliza. Hay que acompañarles en ese momento, y favorecer esa expresión del dolor que sienten.

Insisten una y otra vez en el deseo de que los padres vuelvan a estar juntos. Hasta que no aceptan que esto no es posible, se muestran muy tristes e infelices. Acabarán aceptando que esto no es más que una fantasía.

Algunos se acuerdan del otro progenitor, cuando el que está con ellos les regaña; y desean tanto estar con el otro, que incluso pueden llegar a pensar en escaparse de casa. Llegan a idealizar más al otro progenitor, al ausente, pues sólo recuerda los buenos ratos pasados con éste.

Probablemente, aparezcan trastornos en el sueño y en la alimentación.

Como influye la edad y madurez del niño.-

Cuanto más pequeño es el niño, dispone de menos mecanismos para elaborar lo que está pasando. En consecuencia, suelen aparecer manifestaciones de ello a través del cuerpo: molestias abdominales, vómitos, dolores de cabeza.

Cuando el niño es algo mayor puede sentirse la causa de dicha separación y, por tanto, sentir gran culpabilidad. Suelen aparecer depresiones con fases más agresivas, repercusiones en el rendimiento escolar, regresiones a edades anteriores (vuelven a surgir comportamientos anteriores, de más pequeños).

En niños ya más mayores, suele desarrollarse una hipermadurez en parte positiva, pero a la vez peligrosa que pretende sustituir al progenitor ausente.

Desventajas de la separación y el divorcio.-

Son numerosas las desventajas que se pueden desprender de la separación o el divorcio. Se mencionarán a continuación algunas:

- La ausencia total del padre, quien es el que generalmente deja el hogar, lo desliga del acompañamiento educativo y formador, así como de la afectividad; además, le disminuye el poder y el deber ante los hijos.
- Los hijos suelen conservar el deseo y la esperanza de reconstruir la relación lo cual no siempre se resulta.
- Los hijos tienden a conservar como modelo de conducta para su vida adulta las pautas observadas durante el proceso de separación de sus padres. Es probable que en sus relaciones como pareja reproduzcan las conductas que percibieron en ellos. Si el nivel de conflicto entre los padres es muy alto los hijos se levantarán inseguros y desconfiados en sus relaciones posteriores.

Aspectos a considerar para adjudicar la custodia compartida

La custodia compartida Implica el arreglo mediante el cual los (las) niños(as) pasan parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro. Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sólo tener contacto con el otro equivalente a las visitas, hasta dividir el tiempo entre los padres ya sea por semanas o por meses.

Los tribunales pueden adjudicar y distribuir la patria potestad y custodia entre los ex cónyuges independientemente del superado concepto de culpa en el divorcio, el criterio rector será el mejor bienestar del menor.

El ordenamiento jurídico permite la patria potestad y custodia compartida de hijos menores tras el divorcio de sus padres se impone igual norma a divorcios por consentimiento mutuo formulados al amparo del derecho constitucional a la intimidad.

Cuando en petición de divorcio por mutuo consentimiento los cónyuges convengan en la patria potestad compartida por ambos, esta decisión inicial debe ser judicialmente mirada con simpatía y favorecida, pues de ordinario promueve el mejor bienestar del menor: sin embargo, el tribunal deberá verificar que tal convenio no sea producto de la irreflexión y por ende, cause mayor perjuicio al menor de que se trata de evitar.

1. Antes de disponer la patria potestad y la custodia compartida de los (las) hijos(as) menores de edad, de padres que en procedimientos de divorcio concuerden en compartirla, el tribunal investigará:

a. Si los padres poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de tal responsabilidad compartida, lo que implica: superar desavenencias personales;

b. sostener adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés del menor.

2. Si entre los padres existe un grado manifiesto de hostilidad y tensiones, no pasajeras sino sustanciales.

3. Si existe una probabilidad real de conflictos futuros que hagan inoperable el acuerdo.

4. Cuál es el parecer de los menores, cuando la edad así lo permita.

5. Cuáles son los verdaderos motivos y objetivos por los cuales la pareja ha solicitado la patria potestad y custodia compartida.
6. Si la profesión, ocupación u oficio de los padres impedirá que efectivamente funcione el acuerdo.
7. Si el ingreso económico de ambos permite cualquier costo adicional que engendre la custodia compartida.
8. Si la ubicación y distancia entre ambos hogares afecta perjudicialmente la educación de los menores.
9. La ponderación de todos los factores enumerados y aquellos otros pertinentes, proveerá la solución. Atribuir a cada cual su justo valor, según las circunstancias peculiares del caso, será la clave para su disposición final. Salvadas estas cuestiones y evaluadas satisfactoria y positivamente las cualificaciones de los padres, si efectivamente los niños se beneficiarán de la custodia compartida vista la custodia de uno solo, el tribunal deberá así decretarlo. Si determina que las necesidades psicológicas o emocionales del niño y su desarrollo se verán afectados negativamente, rechazará la solicitud y adjudicará la patria potestad y custodia conforme a la doctrina prevaleciente del mejor interés y bienestar. El decreto expondrá las razones en que se fundamente. (7 JTS 19).

Para solicitar este trámite debes contratar un Abogado de Custodia compartida, para que solicite ante los tribunales la custodia compartida

La custodia compartida es un derecho, al que no se puede ni debe renunciar. Un derecho que nace de la familia y que hay que respetar ante, durante y después del matrimonio.

Cualquier convenio del que se sigue la privación no voluntaria de la custodia para uno de los progenitores, aunque sea de mutuo acuerdo, es un acto injusto, que atenta contra el derecho de los hijos a seguir teniendo padre y madre en igualdad de condiciones después del matrimonio. Los jueces no pueden privar a los hijos de tal derecho. Los derechos de la familia trascienden el matrimonio.

La patria potestad es un concepto vacío si no está asociado a la custodia de los hijos y así lo reconocen las principales ramas jurídicas de los países más avanzados. La CUSTODIA COMPARTIDA es básicamente un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterna filial y materna filial igualitaria y justa, sobre la que seguir desarrollando la afectividad y el cariño, al margen de las relaciones contractuales entre sus padres que acaban con el matrimonio. Resulta realmente nefasto que los juristas españoles traten de conseguir este tipo de “convenios “chantajeando a sus clientes con la pérdida de todo derecho a estar con sus hijos y engañando con la promesa de que no pierden la patria potestad.

La custodia compartida, como cualquier derecho, sólo puede ser limitada (que no sustraída) en caso de delito probado. Pero quien limita este derecho sin que exista delito alguno comete un profundo acto de injusticia y es responsable de la violencia que pueda seguir a una pérdida injusta del derecho.

Sobre la base del derecho a la custodia compartida se puede llegar a cualquier tipo de acuerdo mutuo que tenga en cuenta las necesidades de los hijos y de cada uno de los progenitores sobre el tiempo de convivencia con uno u otro ex cónyuge, la distancia de las viviendas, la colaboración económica, la educación de los hijos, las nuevas posibilidades laborales de alguno de los progenitores, las nuevas relaciones de pareja o matrimoniales, etc., etc. Eliminada la custodia compartida, nada de esto es posible dentro del sentido común sino por el contrario se aboca a una lucha cruel e injusta entre progenitores, que padecen los hijos de forma dramática.

La manera procesal que se sigue en la actualidad en los casos de separación y divorcio produce un enorme temor en ambos progenitores de perder a los hijos y posteriormente una frustración difícilmente asimilable al sentenciar la ruptura de la familia (no sólo del matrimonio) al dar la custodia a uno de los progenitores en detrimento de los hijos y del otro progenitor. Se aboca a los progenitores a una lucha por el derecho a convivir con los hijos que degenera en muchos casos en una guerra y crea el caldo de cultivo para gran parte de la llamada violencia doméstica (El Ministerio de Justicia cifra en un 79% el porcentaje de la violencia doméstica que tiene lugar iniciados los procesos de separación y divorcio)

La violencia doméstica es, desde este enfoque, la consecuencia de un proceder injusto por parte de la sociedad a través de sus máximos representantes.

La guarda y custodia compartida cuando ambos progenitores así lo soliciten, si bien como señalan ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA (2010)

Será siempre necesario un control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, ya que éstos pueden hacer un uso nada ortodoxo de su libertad de decisión. La custodia compartida es la única vía para que el menor se vea integrado en el entorno de su padre y de su madre, pues desde la psicología se nos informa que es muy importante que el menor desarrolle sus vínculos afectivos estables con sus progenitores.(p. 13) 9

En todo caso los padres deben sacrificar sus intereses en bien de su hijo común. Los padres son responsables ante su hijo y deben procurar que las diferencias y disputas existentes entre ellos no le afecten. En última instancia es obligación de los padres no trascender sus desavenencias y dejar a su hijo al margen. Por ello, las más de las veces no servirá de excusa a los padres para negarse a la custodia compartida el hecho de que sus relaciones no sean ni fluidas ni armoniosas, si ello fuera así prácticamente nunca podría acordarse una custodia compartida tras un divorcio o separación.

9 ALASCIO CARRASCO Laura, MARÍN GARCÍA Ignacio. (2010) "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 Cc". InDret Revista para el análisis del Derecho, número 8, febrero2010, pp.13-15.

Es cierto que aún hoy en día en muchas parejas no se produce un reparto equitativo de las tareas domésticas, pero ello no significa que esta discriminación estructural de la mujer deba perpetuarse, precisamente el legislador debería ser el primer obligado a establecer el marco legal adecuado para que estas anomalías se recondujeran, y desde luego el hecho de que aún se mantengan en muchas familias españolas mentalidades machistas respecto al reparto de roles no justifica el rechazo absoluto de muchos operadores jurídicos a esta figura, negándola para todo supuesto en que no medie previo acuerdo.

Más aún afirma siguiendo a KELLY y LAMB que el concepto de estabilidad contextual se ha sobre-enfatizado (es decir, que el menor tenga una sola cama, una sola residencia) en niños menores de tres años, en detrimento del mayor significado que tiene para dicho niño los efectos emocionales, sociales y cognitivos de sus relaciones con ambos progenitores. Concluyendo que residir en un solo hogar solo garantiza la estabilidad geográfica, si bien hay otras formas de crear una estabilidad adecuada para el menor, esto es mediante idas y venidas predecibles de ambos padres, con programaciones regulares de sueño y alimentación, con cuidados consistentes y apropiados, con afecto y aceptación de los hogares de ambos progenitores, pues, termina, una relación de calidad supone regularidad, tiempo suficiente e implicación en la vida cotidiana.

Es decir, desde la psicología evolutiva se nos informa de que el criterio del “cuidador principal “debería tener un papel secundario en la determinación de la custodia en aras a los beneficios de un contacto extenso con ambos padres que fomente unas relaciones significativas con ambos.

Igualmente se nos indica que la preferencia por la madre suele haber desaparecido a los dieciocho meses.

No debemos olvidar que es responsabilidad de ambos padres procurar el bien de sus hijos, por tanto deben ser ambos conscientes de que su deber es conseguir una custodia responsable en la que el interés de su hijo merece prioridad a sus propios intereses, no se trata de una custodia para contentar a uno u otro progenitor, sino

para alcanzar el bien del menor; y por otro que la custodia compartida es mejor para la adaptación con independencia de los niveles previos de conflictividad entre los padres.

Los críticos de la custodia compartida opinan que ésta solo es viable en supuestos ideales de plena colaboración entre progenitores. Olvidan que un divorcio existirá siempre tensiones, por lo que dicha situación idílica simplemente no se dará. Sin embargo las investigaciones han demostrado que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los padres y que en todo caso los estudios realizados demuestran que en muchas ocasiones el nivel de conflictividad entre padres que habitan dos viviendas separadas no difiere del de padres que habitan en una única vivienda. E igualmente se demuestra que los niveles de conflictividad no difieren entre supuestos en los que se opta por una custodia compartida o una unilateral con régimen de visita. Por otro lado, los estudios informan que la custodia compartida puede ser viable aunque los padres no cooperen, siempre que cada uno de los padres procure el mejor y más sano ajuste del menor a la situación y tenga en cuenta las necesidades del menor, puesto que cuando cada uno de los padres es capaz de aceptar y apreciar las necesidad de su hijo de contactar con su otro progenitor, la cooperación no es tan importante.

Finalmente, una vez que se concluye que lo mejor para el menor será mantener los más estrechos lazos afectivos con sus dos progenitores y una vez que el movimiento a favor de la custodia compartida ha alcanzado una gran repercusión en los EEUU, encontramos que, no obstante, en casos extremos de alto nivel de conflictividad existente entre los progenitores resulta o bien imposible compartir la custodia o bien puede que adoptar dicha medida perjudique al menor.

Podemos concluir con PRUETT y BARKER que la custodia compartida (física y legal) beneficia al menor por encima de la relación entre sus padres y determinados conflictos entre ellos, que la custodia compartida aporta una satisfacción a los padres tras el divorcio que redundará en el menor, que la custodia

compartida funciona mejor en las familias estructuradas, si bien en los casos de conflicto extremo la custodia compartida más que beneficiar puede perjudicar al menor.

Modalidad de la Custodia Compartida

La legislación que reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida, aunque establece la obligación del juez de orientar y recomendar la alternativa Compartida (Francia Art. 373-2-12, Suecia). Hoy son incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial.

La custodia compartida, síndrome de alienación parental

A raíz de una separación, los hijos pueden sufrir el síndrome de alienación parental. Todo ello comporta serias alteraciones emocionales que afectan en el correcto desarrollo del niño.

A veces el que está más resentido por la ruptura es el que intenta meter al niño para que decida quién es el padre bueno o el malo, y quien tiene la culpa. El niño está en medio y la confusión para él es enorme.

Normalmente la señal de alarma la suele dar la escuela porque el niño empieza a mostrar falta de atención, empiezan a bajar las notas, no juegan con los otros niños y hay un cambio en su conducta importante, es entonces cuando el colegio advierte a los padres, y normalmente el padre que está más preocupado por el niño es el que decide tomar cartas en el asunto.

Tenencia compartida ¿todo es al 50-50?

Uno de los principales errores provocados por la interpretación de la ley que regula la tenencia compartida está vinculado al hecho de la interpretación de la igualdad absoluta de derechos y obligaciones.

En realidad la tenencia compartida no procura que los progenitores tengan una relación paritaria en cuanto a sus derechos y obligaciones respecto de sus hijos, y muy por el contrario sólo garantiza la equivalencia subjetiva de derechos y obligaciones, esto es la garantía de la proporcionalidad de derechos y obligaciones.

En términos económicos mantendrá la mayor carga de obligaciones al progenitor que pueda afrontarlos, exigiéndole a quien tenga menores ingresos a cumplir con parte del mantenimiento del hijo, con lo cual se descarta la tradicional limitación del padre a un rol de proveedor económico de la familia (“tu sueldo es nuestro y el mío es sólo mío”).

Sí las condiciones son excluyentes para uno de los progenitores respecto de sus obligaciones económicas (en este caso generalmente para las mujeres), bien podría el juez variar el domicilio principal del menor y asignarle mayores obligaciones y derechos al padre, porque sólo de esta manera se garantiza una mejor tutela de derechos del menor. ¿Qué sentido tiene mantener el domicilio del menor en la residencia de la madre si esta no puede garantizar su propia subsistencia?, ¿necesariamente el sistema judicial debe proteger el abuso de derechos de quien no puede garantizar su propia subsistencia?

En términos de la frecuencia del vínculo, tal como se pudiera expresar en el cuadro líneas arriba, el objetivo no está en garantizar primariamente los derechos del progenitor, sino de vincular estos derechos sobre las condiciones materiales del menor y por ello la proporcionalidad en el contacto es una característica básica de la tenencia compartida.

LOS RETOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA.

a) Procesales.

El elevado número de expedientes materia de tenencia, variación de tenencia, régimen de visitas, alimentos, violencia familiar, bien pudieron

ser atendidos con un artículo a nivel de Disposición Complementaria en la próxima ley de tenencia compartida, con la cual se hubiera podido conferir la posibilidad a las partes en conflicto de acceder a un mecanismo de conciliación más tuitivo de derechos que termine generando nuevas fórmulas de relación interpersonal, que hubiere podido finalizar un elevado conjunto de procesos judiciales, garantizando así no sólo la satisfacción de derechos de los progenitores, sino también una paz social (como política pública).

b) Personales en el ámbito afectivo.

La posibilidad de una nueva relación familiar o de la procreación de más hijos constituye un elemento que pudiera ser el detonador de nuevos conflictos.

Ante estas situaciones, bien hubiera hecho el legislador en imponer en una Disposición Complementaria, la obligación al juzgador de que los progenitores asistan a terapias de familia para así prevenir estos conflictos futuros.

c) Personales en el ámbito económico.

La regulación de derechos en el ámbito procesal tutelar familiar resulta sumamente complejo y contradictorio con los fines de la defensa del menor, debido principalmente a la existencia de procesos principales tramitados en vías separadas (alimentos en la vía de juzgados de paz) y tenencia (juzgados especializados).

Frente a esta realidad y considerando que las circunstancias personales no siempre son estáticas en el contexto económico, el legislador debe modificar el actual procedimiento para permitir que el mismo juez que atendió el requerimiento de alimentos también vea su incremento, disminución o la suspensión en la obligación alimentaria.

d) La movilidad y traslado de la residencia de un progenitor.

El mayor problema no sólo para la tenencia compartida sino para toda relación paterna filial es el traslado de la residencia de un progenitor a una ciudad o país diferente.

Los problemas vinculados a la migración o emigración son elementos poco estudiados y por tanto resultan poco tutelados no sólo respecto del menor. En las cortes estatales norteamericanas inclusive se ha regulado un régimen de visitas a través de las plataformas virtuales, para así suplir los problemas de la desvinculación física.

Desde la perspectiva de quien se ve forzado a tomar la difícil decisión de mudarse, constituye una situación sumamente compleja que no sólo se vincula con la pérdida del vínculo con su hijo, porque también los padres de este progenitor perciben que sus propios derechos serán difíciles de materializar al limitarse paulatinamente el contacto con sus nietos.

2.3. HIPÓTESIS O ANTICIPACIONES HIPOTÉTICAS

Al establecer la reforma del Código de la Niñez y Adolescencia a través de la regulación de la pugna entre los padres por la tenencia y custodia compartida de los hijos se reducirían los daños psicológicos y emocionales en los niños, niñas y adolescentes, causados por la ruptura familiar.

De esta manera al establecer solución ante la necesidad jurídica de resolver la pugna por la tenencia legal de los hijos se regularía la aplicación de la custodia compartida dentro de la legislación ecuatoriana en el Código de la Niñez y Adolescencia.

El divorcio no altera las relaciones paterno-filiales, por ello los menores no deben ver alterada su relación con sus padres por el hecho de que éstos se divorcien.

2.4. VARIABLES O CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN

Variable Dependiente:

Custodia Compartida

Variable Independiente

Regulación de la pugna entre los padres por la tenencia y custodia compartida de los hijos

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

2.5. Indicadores

- Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia
- Daños psicológicos y emocionales en los niños, niñas y adolescentes por la ruptura familiar.
- Aplicación de la custodia compartida dentro de la legislación ecuatoriana

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
<p>Variable Independiente:</p> <p>Regulación de la pugna entre los padres por la tenencia y custodia compartida de los hijos</p> <p>Variable Dependiente:</p> <p>Custodia Compartida</p>	<p>Compartimiento de la guarda de los hijos de manera igualitaria.</p> <p>Aplicación del derecho de los niños, niñas y adolescentes, de vivir con sus padres divorciados de manera conjunta.</p> <p>Asignación de responsabilidad de los padres de hacerse cargo de sus hijos de manera conjunta e igualitaria en condiciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Observancia de los factores que afectan la relación entre padres e hijos. • Observancia de las condiciones socio-económicas del padre y la madre de manera individual. • Evaluación de las condiciones psico-socio-afectivas del hijo de padres divorciados en pugna. • Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia • Aplicación de la custodia compartida dentro de la legislación ecuatoriana •

Fuente: Estudio de Campo

Elaborado por: Estefanny Intriago

CAPÍTULO III

3. METODOLOGÍA

3.1. Metodología de la investigación

Dentro de la metodología de la investigación ha sido necesario el uso de un conjunto de métodos y procedimientos que se siguen en una investigación científica o en una manifestación sistemática, aplicando técnicas, alternativas y procesos de indagación.

YÉPEZ Edison (2007)

Metodología es el orden que se sigue en las ciencias para investigar y enseñar la verdad, proporcionando principios, métodos y técnicas para el trabajo de investigación. Toda investigación científica debe partir de una metodología establecida previamente, para alcanzar los objetivos planteados en cada una de las investigaciones. (p.38) 10

Establecer la modalidad y tipo de investigación cuantitativa y cualitativa que se desarrollará conlleva a determinar la selección adecuada de los instrumentos de recolección de datos.

El diseño de la investigación se refiere al plan o estrategia concebida para responder a las preguntas de investigación de forma secuencial y ordenada tratando de buscar una solución al utilizar instrumentos de validez y confiabilidad.

La investigación es participativa, se seccionarán sus partes durante la aplicación del estudio a través de la participación de la población seleccionada en

10 YÉPEZ E. (2007), Metodología de la investigación de proyectos factibles. En: Trabajos de Grado en Maestría y tesis Doctoral. México. Ed. Trillas.

el presente estudio, de las cuales se recabó información para conocer sus criterios y aportes en el tema de la custodia compartida y su adjudicación en el país.

Para la relación de este proyecto hemos realizado varias investigaciones usando las distintas metodologías de investigación que han estado a nuestro alcance para desarrollarlo de la mejor manera posible que sea entendible y con lenguaje comprensible a todo aquel que esté dispuesto a conocer de que es lo más conveniente hacer para los hijos de los padres separados

3.2.UNIVERSO INVESTIGADO

NEIRA, (2008) afirma: “Población es el conjunto de individuos que responden a una definición determinada. En demografía, se define como conjunto de individuos constituidos de forma estable, ligados por vínculos de reproducción e identificados por características territoriales, políticas, jurídicas, étnicas o religiosas”. (P. 46).¹¹

Este concepto indica entonces que la población es aquel conjunto de personas de la misma especie que habitan en un lugar determinado o que integran una entidad, ocupan una misma área geográfica, individuos o cosas sometido a una evaluación estadística mediante muestreo.

En el presente estudio, para lograr hacer un análisis general e inclusivo de cada aspecto relacionado con el tema que nos ocupa como es la CUSTODIA COMPARTIDA, se ha recabado información tanto la bibliografía que se detalla en el capítulo IV tanto como de diversas ideas y opiniones recogidas a los protagonistas mismos del tema JUECES, Abogados y padres protagonistas de diversas historias pero que ellos anhelan conseguir de las autoridades competentes un mismo fin COMPARTIR LA CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD FRUTO DE LA SEPARACION O DIVORCIO DE SUS PADRES.

¹¹Neira, (2008), Diseño y desarrollo de unidades didácticas en la escuela primaria. Madrid. Ed. Morata.

Es decir que la población objeto de estudio la conforman: JUECES, ABOGADOS PADRES DE FAMILIA, NIÑOS Y ADOLESCENTES, de los Tribunales de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Guayaquil, Provincia del Guayas, durante el periodo del año 2013.

Cuadro del Universo muestral

Estrato	Cantidad
Jueces	3
Abogados en ejercicio	7
Padres de familia en pugna	5
Niños (as) y adolescentes	2
Total de la muestra	17

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

3.3.APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS

Para el desarrollo de este tema ha sido necesaria la aplicación de métodos de investigación social, personal y colectiva con entrevistas, encuestas y análisis general del entorno social en el que se desenvuelven aquellos protagonistas de la custodia compartida en la ciudad de Guayaquil.

Entrevistas: Previa encuestas al grupo de investigación entre ellos a los Jueces, Abogados y demás para dar una apertura sobre el tema y de la importancia de la adjudicación de la custodia compartida dentro del Código de la Niñez y Adolescencia.

Encuestas: Instrumento de recolección de datos en donde se plantean preguntas de modalidad cerrada.

Observación: Análisis de contenidos y selección de casos reales sobre los juicios de custodia compartida.

El cuestionario es un instrumento de observación elaborado por el investigador, se trata de un formulario que consta de preguntas para buscar información sobre un tema específico y en veces las instrucciones para contestarlas. (Yépez Edison 2007).

Como instrumento se utiliza la guía de encuesta que se encontrará estructurada por preguntas interrelacionadas para cada uno de los sujetos a investigarse, es decir para jueces, abogados en ejercicio, padres y madres, niños (as) y adolescentes, considerados como el universo objeto de estudio.

Dentro de este marco de ideas es importante destacar que para la realización del cuestionario se utilizó la escala de Likert, la cual Hernández (2008) la define como *“un conjunto de ítems presentados en forma de afirmación”*, por el cual se le pide al entrevistado que elija un punto con el cual el este de acuerdo. (P. 39) 12 En base a lo anterior, se diseñó un guión de cuestionario de ítems, tomando en cuenta los indicadores obtenidos de las variables de la investigación.

Esta se elabora en función de una serie de ítems la cual refleja actitudes positivas y negativas.

3.4.RECURSOS, INSTRUMENTOS CRONOGRAMAS Y PRESUPUESTO

Para la realización de este trabajo se han utilizado todos los recursos posibles y necesarios para alcanzar nuestra meta que es **“PAPA Y MAMA COMPARTIENDO LA CUSTODIA DE SUS HIJOS”**,

12 Hernández (2008). Metodología de la Investigación científica. México. Ed. Mac Graw Hill.

PRESUPUESTO

CONCEPTOS DE RUBROS DE GASTOS	VALOR
1. Transporte	\$125.00
2. Material de Escritorio	\$ 30.00
3. Internet 6 meses)	\$225.00
4. Copias	\$ 20.00
5. Refrigerios	\$ 30.00
6. Empastados	\$ 30.00
8. Impresiones b/n y color + anillados	\$ 120.00
Total	\$ 580.00

3.5. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Encuesta realizada a Jueces de la Niñez y Adolescencia y Abogados en ejercicio

1.- ¿Considera Ud. que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, contempla la custodia compartida al establecer en el artículo 69, numeral 5 la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos?

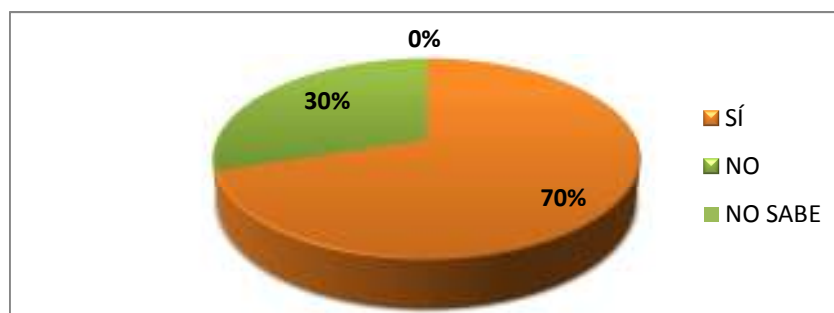
Cuadro N° 1. Normas sobre corresponsabilidad paterna y materna

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	7	70%
2	NO	3	30%
3	NO SABE	0	0%
	TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 1. Normas sobre corresponsabilidad paterna y materna



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis:

Del universo encuestado, observamos que siete profesionales consideran que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, SÍ contempla la custodia compartida al establecer en el artículo 69, numeral 5 la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos; mientras que tres profesionales manifiestan que NO, que la norma establece la obligación que tienen los progenitores en el cuidado y alimentación de los hijos, las cual también se encuentra regulada en la Ley.

2.- ¿Cree Usted que la custodia monoparental de los hijos que reconoce la norma contenida en nuestro Código Civil y en el Código de la Niñez y la Familia, en los casos de divorcio, permite el desarrollo pleno de los hijos al estar separado de uno de sus padres?

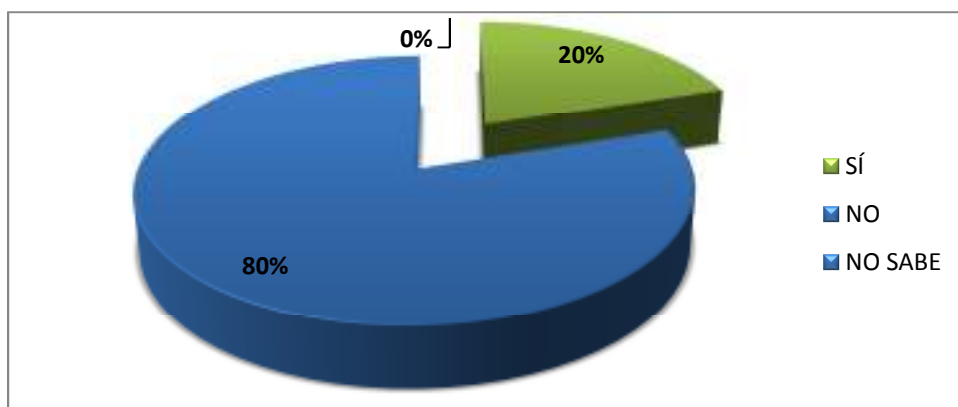
Cuadro N° 2. Custodia monoparental permite desarrollo pleno de los hijos

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	2	20%
2	NO	8	80%
3	NO SABE	0	0%
	TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Estefanny Intriago

Gráfico N° 2. Custodia monoparental permite desarrollo pleno de los hijos



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis:

Respecto a ésta interrogante las profesionales encuestados respondieron, que la custodia monoparental de los hijos que reconoce la norma contenida en nuestro Código Civil en los casos de divorcio, en un 80% que NO permite el desarrollo pleno de los hijos al estar separado de uno de sus padres; mientras que otros profesionales manifiestan en un 20% que SÍ permite el desarrollo pleno de los hijos la custodia monoparental, por cuanto el Juez regula el horario de visitas y la pensión alimenticia a pasar por parte del otro progenitor que no tiene la custodia de los menores.

3.- ¿A su criterio cree usted que la custodia monoparental o única permite la integración de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores?

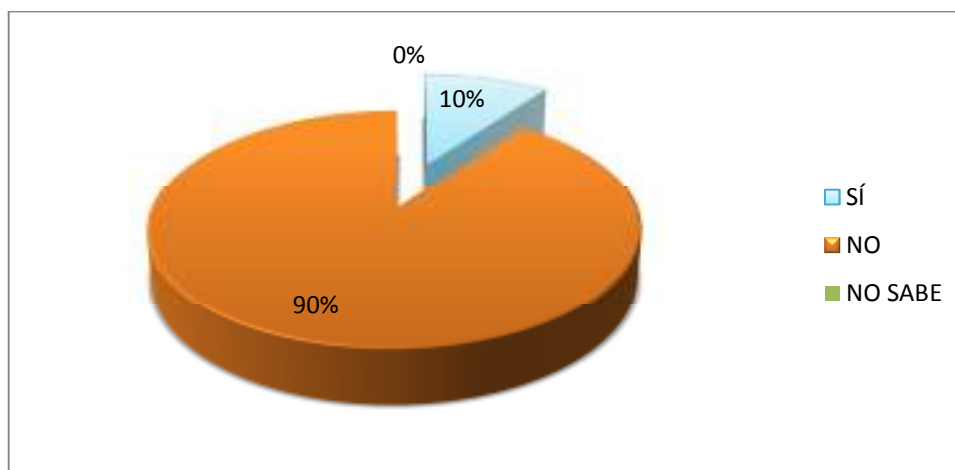
Cuadro N° 3. Integración de los niños a la familia

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	1	10%
2	NO	9	90%
3	NO SABE	0	0%
	TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 3. Integración de los niños a la familia



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis:

Respecto a esta pregunta los profesionales encuestados opinan en un 90% que la custodia monoparental o única no permite la integración de los hijos menores de edad, dentro del núcleo familiar, en los casos de divorcio de sus progenitores; mientras que el 10% manifiestan que si, por cuanto en la **sentencia** ya se regula el horario de visita lo que permite el contacto de los hijos con los dos progenitores.

4.- ¿Cree usted que existe un incremento de los juicios por la tenencia legal de los niños, niñas y adolescentes?

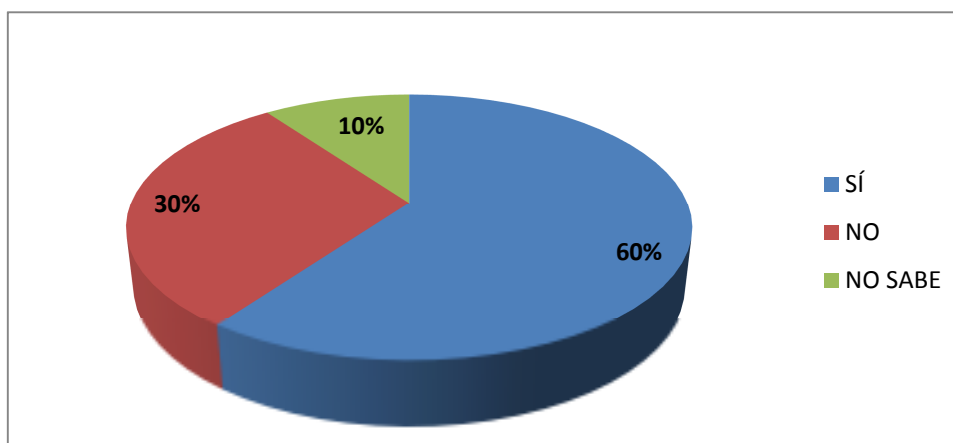
Cuadro N° 4. Incremento de juicios por tenencia legal

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	6	60%
2	NO	3	30%
3	NO SABE	1	10%
	TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 4. Incremento de juicios por tenencia legal



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis:

En la presente interrogante, los profesionales encuestados respondieron en un 60% que sí, 30% no y 10% no sabe, al considerar el incremento de los juicios por la tenencia legal de los niños, niñas y adolescentes.

5.- ¿Considera que la tenencia compartida es una alternativa legal justa para el pleno desarrollo del niño, niña y adolescente con padres divorciados?

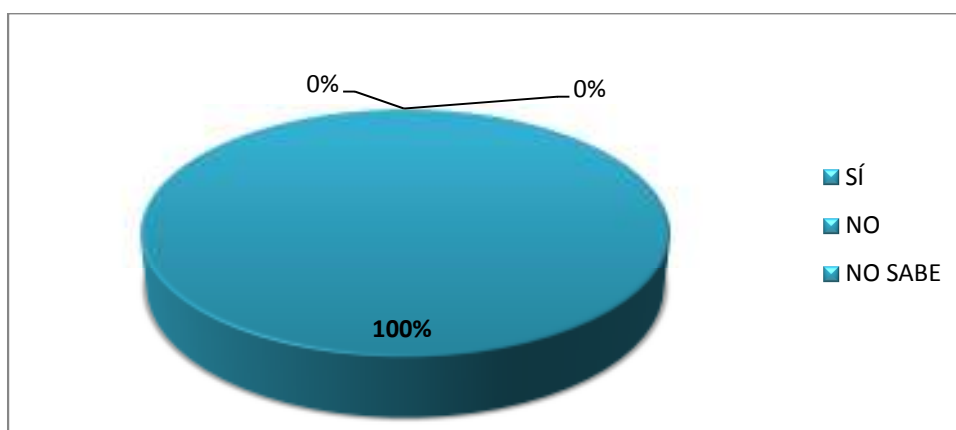
Cuadro N° 5. Tenencia compartida como alternativa legal

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	10	100%
2	NO	0	0%
3	NO SABE	0	0%
	TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 5. Tenencia compartida como alternativa legal



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

De acuerdo a los resultados de la investigación de campo, el 100% de los encuestados contestó que sí al considerar que la tenencia compartida es una alternativa legal justa para el pleno desarrollo del niño, niña y adolescente con padres divorciados.

6.- ¿Existe deterioro de las sanas relaciones familiares entre padres e hijos por la falta de tenencia compartida de los hijos?

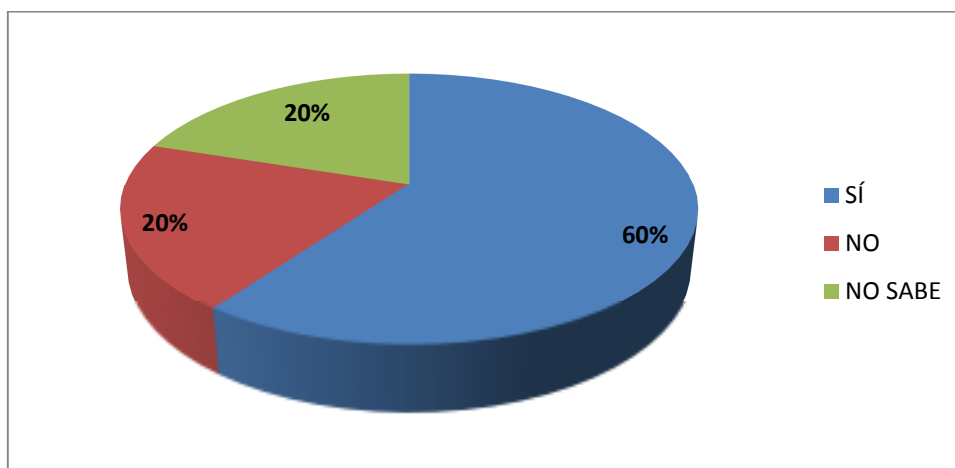
Cuadro N° 6. Deterioro de las relaciones familiares

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	6	60%
2	NO	2	20%
3	NO SABE	2	20%
	TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 6. Deterioro de las relaciones familiares



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

De acuerdo a los resultados de la investigación el 60% de los encuestados contestó que sí, 20% que no y 20% no sabe, al considerar exista el deterioro de las sanas relaciones familiares entre padres e hijos por la falta de tenencia compartida de los hijos.

7.- ¿La pugna por la tenencia de los hijos en general ocasiona daños psicológicos y emocionales en el menor?

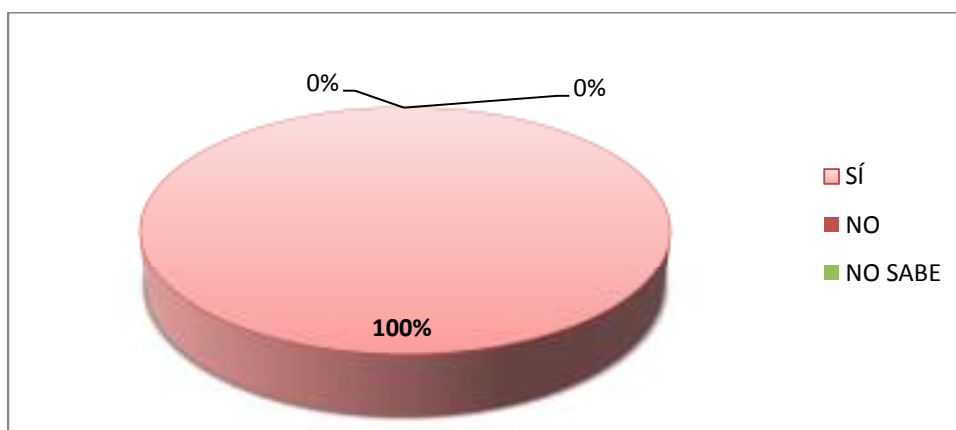
Cuadro N° 7. Pugna por tenencia ocasiona daños psicológicos y emocionales

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	10	100%
2	NO	0	0%
3	NO SABE	0	0%
	TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 7. Pugna por tenencia ocasiona daños psicológicos y emocionales



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

De acuerdo a los resultados de la investigación de campo, el 100% de los encuestados contestó que sí al considerar que la pugna por la tenencia de los hijos en general ocasiona daños psicológicos y emocionales en el menor.

ENCUESTA DIRIGIDA A PADRES DE FAMILIA

1. Usted conoce lo que dice el Código de la Niñez y Adolescencia en referencia la tenencia de sus hijos menores de edad.

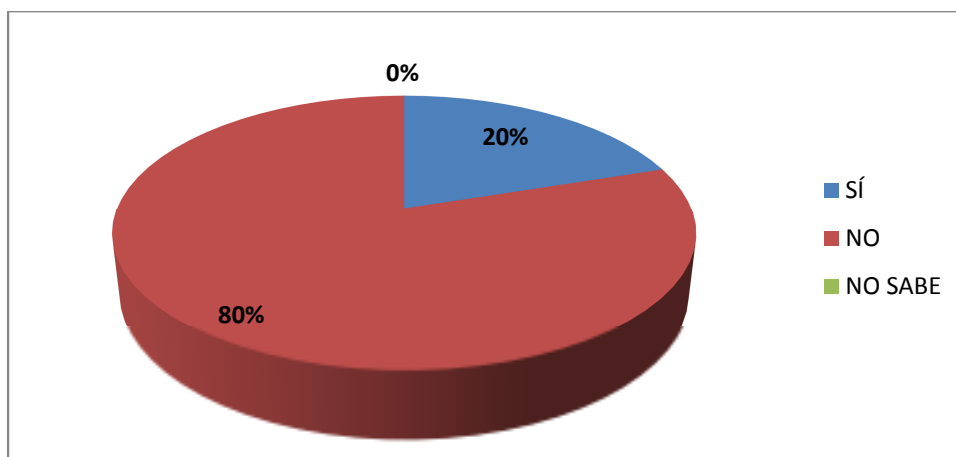
Cuadro N° 8. Conocimiento sobre la tenencia de los hijos

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	1	20%
2	NO	4	80%
3	NO SABE	0	0%
	TOTAL	5	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 8. Conocimiento sobre la tenencia de los hijos



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

Según el resultado de las encuestas refleja que el 80% de los padres de familia encuestados respondieron que NO, conocer lo que dice el Código de la Niñez y Adolescencia en referencia la tenencia de sus hijos menores de edad, el 20% afirmó que si sabe sobre este alcance de la Ley.

2. ¿Cómo cree usted que debe ser la custodia compartida

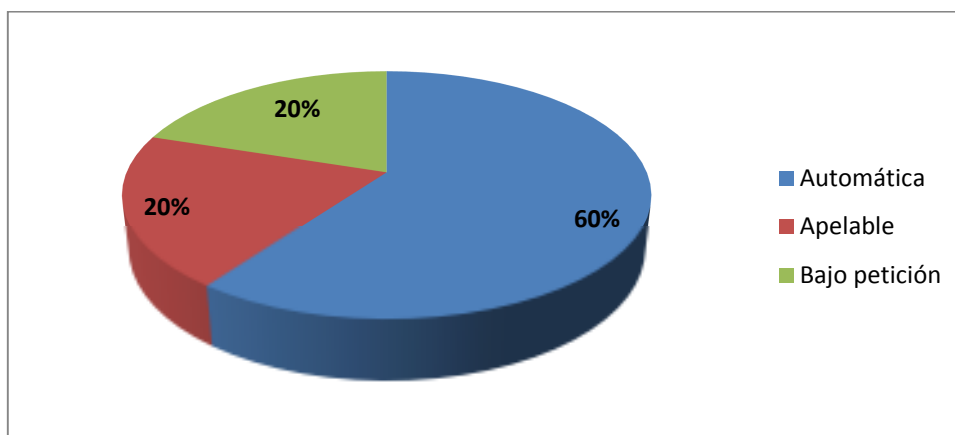
Cuadro N° 9. Como debe ser la custodia

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	Automática	3	60%
2	Apelable	1	20%
3	Bajo petición	1	20%
	TOTAL	5	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 9. Como debe ser la custodia



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

Como se observa en el resultado de las encuestas realizadas a los padres, el 60% de ellos contestó que cree que la custodia compartida debe ser automática, 20% de modalidad apelable y 20% solo bajo petición de los litigantes.

3. ¿Está usted de acuerdo en compartir la custodia de sus hijos menores de edad?

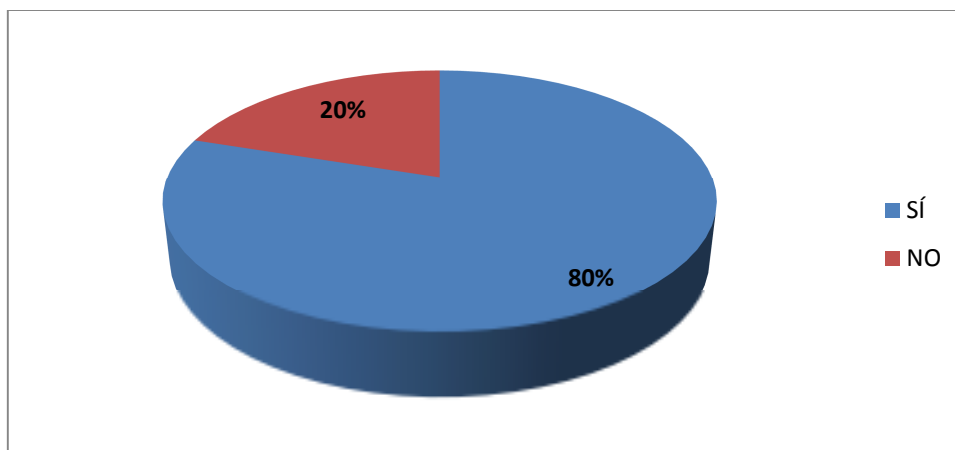
Cuadro N° 10. Custodia compartida

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	4	80%
2	NO	1	20%
	TOTAL	5	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 10. Custodia compartida



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

Como se observa en el resultado de las encuestas realizadas a los padres, el 80% contestó que SÍ, está de acuerdo en compartir la custodia de sus hijos menores de edad, el 20% no estuvo de acuerdo con esto.

4. **¿Considera usted que los conflictos legales por la tenencia legal de sus hijos les repercuten en su estado emocional y psicológico?**

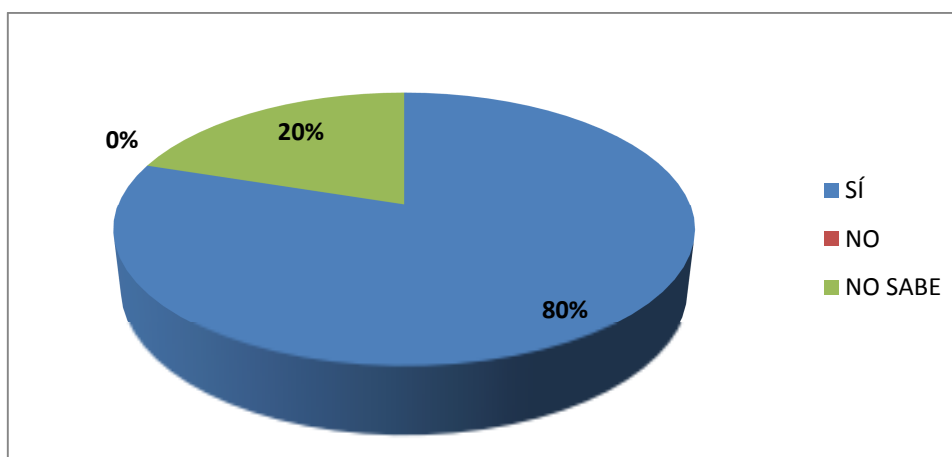
Cuadro N° 11. Repercusión emocional y psicológica

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	4	80%
2	NO	0	0%
3	NO SABE	1	20%
	TOTAL	5	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 11. Repercusión emocional y psicológica



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

Según el resultado de las encuestas dirigidas a los padres de familia, el 80% consideró que SÍ, al pensar que los conflictos legales por la tenencia legal de sus hijos les repercuten en su estado emocional y psicológico, el 20% contestó que NO SABE si este tipo de problema ejercen influencia psicológica sobre sus hijos.

5. ¿Considera que sea positivo si el caso lo amerita, que la ley establezca la tenencia compartida de los hijos entre los dos progenitores?

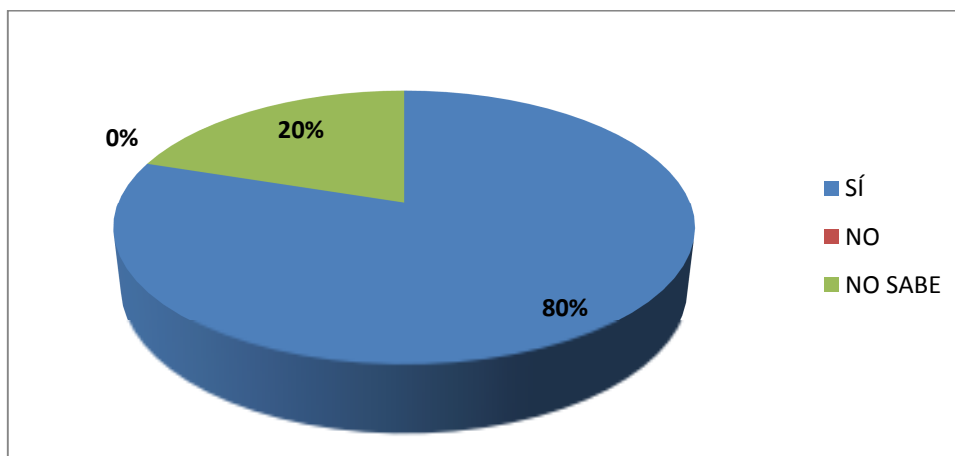
Cuadro N° 12. Establecimiento de la ley

Ítem	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
1	SÍ	4	80%
2	NO	0	0%
3	NO SABE	1	20%
	TOTAL	5	100%

Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Gráfico N° 12. Establecimiento de la ley



Fuente: Encuesta, trabajo de campo

Elaborado por: Stephanie Bones y Carmen Moncerrate

Análisis

Como se observa en la representación gráfica, el 80% de los padres de familia encuestados contestó que SÍ, el 20% que NO SABE que sea positivo si el caso lo amerita, que la ley establezca la tenencia compartida de los hijos entre los dos progenitores.

ENTREVISTAS

DIRIGIDO A JUECES DE FAMILIA NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTE DEL A CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS

NOMBRE DEL ENCUESTADO: DRA. DAYSI AVEIGA JUZGADO NOVENO DE LA NIÑEZ

1.- SEÑORA JUEZA DIGA USTED EN EL CODIGO VIGENTE DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA HABLA SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA

En la actualidad, el Código de la Niñez y Adolescencia, no establece lo referente a la custodia o tenencia compartida, pero se requiere que sea incluido, en la próxima reforma por existir casos reales que los padres compartan el mayor tiempo con sus hijos, aunque la relación de padre y madre no sean buenas, y es necesario que existan normas claras para una mejor convivencia con los hijos.

DRA. MARTHA CONTRERAS, JUZGADO DECIMO TERCERA DE LA NIÑEZ.

No existe tenencia o custodia compartida en el país. En este código orgánico de niñez, adolescencia se le han reconocido solo obligaciones a la madre para el cuidado y protección de sus hijos tal como señala en el art. 106. Numeral 2. “La patria potestad de lo que no han cumplido 12 años se confiara a la madre.- El termino custodia no existe en la norma en vigencia, es primer término que se utiliza en la legislación española.- Aquí se utiliza en las medidas de protección como custodia familiar, acogimiento testimonial. Art. 79.2 que se puede acudir cuando el menor está en riesgo viviente y es temporal, no definitivo

2.- EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES HA ENCONTRADO ALGUN CASO QUE MEDIANTE DEMANDA EXPRESA SOLICITE ALGUNOS DE LOS PADRES LA TENENCIA COMPARTIDA

Dra. DAYSI AVEIGA JUZGADO NOVENO DE LA NIÑEZ

En la práctica no se la solicita, las partes siempre van a los extremos y desean que primen sus intereses, pero los jueces en ciertos casos se consideran necesario la tenencia compartida por ser lo más favorable para los hijos en conflicto los padres

DRA. MARTHA CONTRERAS, JUZGADO DECIMO TERCERA DE LA NIÑEZ.

Si una vez en una audiencia, no recuerdo la causa, lo que fue aclarado por esta juzgadora por la jurisprudencia. La tenencia compartida la utilizaban mucho en el antiguo código de menores en perjuicio de los derechos de la madre.

DIRIGIDO A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE PADRES SEPARADOS.

1.-QUE PIENSAS DE QUE TU TENENCIA O CUSTODIA SEA SOLO DE TU MAMÁ.

Sergio (nombre protegido) R.- No estamos de acuerdo en que la responsabilidad de los menores de doce años sea exclusiva de la madre, ya que el afecto del padre y la representación son necesarias para el mejor desarrollo de los niños.

Luciana (nombre protegido). R.-No estoy de acuerdo porque los padres deben tener las mismas responsabilidades.

2.- TE GUSTARÍA QUE LA COMPARTA CON TU PAPA

Sergio (nombre protegido) R.- Si

Luciana (nombre protegido) R.- Si

3.- QUE LE DIRIAS A LOS ASAMBLEISTAS PARA QUE CAMBIEN LA LEY Y HAGAN LAS REFORMAS QUE CORRESPONDEN.

Sergio (nombre protegido). R.- Que deben hacer reformas necesarias para que la obligación y responsabilidad sea de los dos, ya que la custodia compartida existe en otros países.

Luciana (nombre protegido). R.- El último debate acerca de los niños y adolescentes infractores, establecen penas más fuertes, de la misma manera se debió haber incluido la custodia compartida como núcleo principal del desarrollo integral nuestro.

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

De las respuestas vertidas en las interrogantes aplicadas en las encuestas, por parte de la mayoría de los profesionales encuestados, se llega a determinar la custodia monoparental o única no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores, por cuanto en este tipo de custodia se establece una batalla por ganar la tenencia de los hijos lo que crea un ambiente de hostilidad entre los progenitores que involucra a la prole.

La mayoría de los encuestados manifiestan, que la Constitución de la República del Ecuador, cuando determina la corresponsabilidad compartida de los progenitores en el artículo 69, numeral 5 nos habla de la custodia compartida como mecanismo para el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.

La mayoría de los encuestados se pronuncian en el sentido de que la custodia monoparental reconocida dentro del Código Civil en los casos de divorcio, no permite el desarrollo pleno de los hijos menores de edad, por cuanto se establece una dispuesta entre los progenitores por ganar la custodia lo que lleva a que los hijos vivan en un ámbito hostil que perjudica su desarrollo normal.

CAPITULO IV

4. INFORME TÉCNICO FINAL

4.1 Conclusiones

Conclusiones Generales

La guarda, custodia o tenencia compartida no es en esencia ni buena ni mala, es una opción más. Tiene determinadas ventajas sobre la guarda y custodia unilateral o única, pero dependerá de la voluntad de los progenitores de llegar a acuerdos en interés del menor o dichas ventajas podrían tornarse en inconvenientes donde el menor sufriría las consecuencias.

El hecho de escuchar a los menores es un acierto de planteamiento de la Ley, que, en ningún caso debe suponer que recaiga sobre éste la responsabilidad de decidir, ni en sentido de acción positiva dominando la decisión, por cuanto puede perjudicarlo, ni en sentido negativo, obstaculizando las visitas o la custodia compartida del progenitor por el que no ha tomado partido.

La potenciación de la mediación es muy favorable, pero no olvidemos que la mediación se produce desde los abogados, incluso los propios, que intentan quitar ideas poco prácticas o vindicativas de sus propios clientes e intentan llegar a acuerdos; y el propio Juez que puede y debe advertir las consecuencias de no llegar a un acuerdo. No en vano, en cuestiones tan delicadas como las de familia, ambos progenitores deberían dejar a un lado, las cuestiones que hayan abocado al fracaso la relación y ponerse a trabajar en beneficio de los hijos comunes.

Existiría la posibilidad de establecer un sistema de guarda y custodia compartida progresiva para los progenitores que no se hubieran hecho cargo nunca o poco

frecuentemente de los menores, que haría más factible la pérdida de miedos por parte de las madres a la hora de establecer la guarda y custodia compartida.

La guarda, custodia o tenencia compartida no deja de ser una situación variable, dependiendo de las circunstancias de los progenitores. Lo obvio es que las personas finalizan su relación porque esta no funciona. Así que dependerá de la relación que ambos tengan la que hará la custodia o tenencia compartida fácil o difícil. Discrepo de autores que dicen que sólo puede funcionar bien en casos verdaderamente excepcionales, los menores son muy lábiles, somos los adultos a los que nos cuestan los cambios.

Muchas custodias o tenencias compartidas no tienen por qué ser distintas de un régimen amplio de visitas:

Aunque se tenga en cuenta el interés superior del menor, éste no promueve la corresponsabilidad parental, no promueve la igualdad entre los padres, sino **el conflicto "crónico"** de los padres, y ha provocado numerosas disparidades desde todo punto de vista.

La imposición o preferencia de la custodia o tenencia para la madre en nuestro sistema judicial ha llevado a una crisis respecto de nuestros hijos ya que estas(madres) por las constantes peleas con los padres, restringen e incluso suspenden contacto con ellos, causándoles serios problemas emocionales a los niños, niñas o adolescentes, de allí que surge como alternativa favorable a las partes, principalmente a los hijos, es la custodia compartida como fórmula preferente en los procesos de divorcio o separación de los padres.

"Cuando hay acuerdo entre los cónyuges o padres", los beneficiados serán siempre las partes, en especial los menores, pero **"en caso de imposición, los principales perjudicados son siempre los propios hijos"**.

"Los niños necesitan estabilidad", y si hay problemas entre los padres, si andan cambiando de normas, de reglas y hasta de vivienda", esto es "justo lo contrario"

de lo que les conviene, por lo que la **custodia o tenencia compartida** sugiero como alternativa para cambiar este monopolio de tenencia de los hijos respecto de la madre, de esta manera podrán crecer más seguros emocional y psicológicamente.

Conclusiones Personales

Esta investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Que si bien la norma Constitucional reconoce la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, pero su aplicación no ha sido regulada en la ley.
- Que la norma contenida en los artículos 108 y 115 del Código Civil resulta ineficaz para la aplicación de la corresponsabilidad paterna y materna, por la ambigüedad de la norma.
- Que la norma contenida en el Código Civil, no abarca la custodia o tenencia compartida de los hijos, solo reconoce la custodia monoparental en los casos de divorcio de los progenitores.
- Que se hace necesario establecer en la ley nuevos mecanismos legales en relación a la custodia o tenencia de los hijos, que causen menor impacto psicológico en los mismos en caso de divorcio o separación de sus padres.
- Que los avances del mundo globalizado determinan la necesidad de establecer nuevos mecanismos de custodia o tenencia legal de los hijos en caso de divorcio o separación de los progenitores al tenor de lo que dispone la norma contenida en el artículo 69 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.

4.2. RECOMENDACIONES

Como producto de la investigación se pueden establecer las siguientes:

- Que la Asamblea Nacional proceda a regular en la ley la custodia compartida, como mecanismo de protección de los menores en caso de divorcio de sus progenitores en cumplimiento de lo que determina la norma constitucional en el artículo 69, numeral 5.
- Que es necesario que nuestro ordenamiento jurídico tenga relación con las disposiciones constitucionales, a efecto de que no exista contraposición de la norma.
- Que los jueces ordenen a los padres a asistir a un seminario para padres divorciados, para que aprendan a ser padres divorciados, y buscar mejores soluciones a sus conflictos en especial en las relaciones parento-filial.
- Que se obligue a los progenitores a formular una declaración de los derechos de sus hijos frente al divorcio, para que sea admitida la demanda, comprometiéndose a no utilizar a los niños en estos casos, y declarando conocer las consecuencias legales (pérdida de la custodia) en caso de hacerlo.
- Que uno de los mayores avances en la legislación de divorcios con hijos en los últimos años, es el requisito del plan parental o plan de crianza de los hijos, por lo tanto se recomienda su regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Se recomienda finalmente a los jueces deben tener en cuenta, de cara al establecimiento de una custodia o tenencia compartida que la supuesta igualdad, no es tal, y muchas madres pueden “acceder a lo que sea” para no perder a sus hijos. La mujer tiene, por lo general, trabajos más precarios y peor pagados, cuya jornada reduce para poder cuidar mejor a su familia. Por tanto, el juez debería, a la hora de conceder la guarda y custodia compartida y las cuestiones, proteger al cónyuge más débil, evitando chantajes y siempre velando por el interés del menor.

Se recomienda evitar automatismos en la concesión de la custodia compartida. El juez habrá de analizar todas las circunstancias concurrentes y determinar si es o no

el mejor sistema para regular las relaciones de los padres con los hijos y, muy importante, motivar adecuadamente la decisión.

4.3 PROPUESTA

Aplicación de la Custodia o Tenencia compartida en el Ecuador

La actual igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida es una constante en las democracias más desarrolladas y un objetivo primordial en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

La Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los Estados a respetar el Derecho del Niño y a mantener relaciones personales, contacto directo con ambos padres de forma regular, salvo que esto fuera contrario al interés superior del niño.

Tras los divorcios o separación de los padres, no se ha solucionado el conflicto en esta materia sino que la ha incrementado y ocasiona situaciones de clara injusticia y desigualdad entre hombres y mujeres.

Presento la siguiente propuesta:

- 1.-Que la Asamblea Nacional considere la figura de la Custodia Compartida como modelo preponderante en las situaciones de separación o divorcio de los padres ya que es la figura más adecuada para los intereses del menor, salvo casos puntuales.
- 2.- Facultar a nuevas Unidades Familiares Judiciales que ventilen exclusivamente el tema en los procesos de separación/divorcio para que se dé prioridad a la custodia compartida.

3.- Crear y desarrollar junto a las Unidades Familiares, mediación familiar y la consejería de igualdad de talleres para orientación a los padres en cuanto a la custodia compartida.

4.- Avanzar hacia la igualdad de derechos y deberes en la crianza, cuidado y educación entre los progenitores con los hijos/as.

5.- Reducir la polémica en las separaciones y divorcios.

6.- Promover y Defender el derecho del niño, niña, adolescente a relacionarse en igualdad de condiciones con ambos progenitores y sus familias (paterna y materna).

7.- Impulsar la extensión de los permisos parentales tendiendo a equiparar los de maternidad y paternidad para beneficiar la igualdad de oportunidades y el derecho de ambos progenitores a participar por igual en la crianza de los hijos.

Derecho a visitas

En el **art. 122 del Código de la Niñez** se contempla el régimen de visitas para el progenitor que no tiene la custodia del hijo o hija.

El juez podrá negar el régimen de visitas del progenitor o regular las visitas si fuera necesario, también puede extenderlas a los ascendientes y demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, además podrá hacerlo respecto de otras personas ligadas afectivamente al niño, niña o adolescentes.

Según el **art. 123**, para el régimen de visitas el juez primero respetará el acuerdo de los padres. Si no existiere acuerdo, el Juez regulará las visitas teniendo en cuenta si el progenitor cumple con sus obligaciones, basado en informes técnicos. El progenitor que obstaculice las visitas podrá ser citado por el juez para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y será obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida (art. 125).

Custodia emergente.-Según el **art. 218 del Código de la Niñez**, las juntas son competentes para determinar la custodia emergente del niño, niña o adolescente afectado hasta por 72 horas, “tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección”.

Luego, el proceso debe ser tramitado en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia.

El 3 %,de demandas por tenencia de hijos se otorga al padre en los juzgados de la Niñez, cuando lo viable seria que ambos padres busquen la mejor manera de compartir el tiempo con sus hijos.

Si no hay acuerdo, el juez convoca a una audiencia de pruebas, en la cual se evalúan a las 2 partes, con evidencias testimoniales, documentales y materiales, tomando en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, según lo establece la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia y los Tratados Internacionales.

Según el **inciso 2 del art. 106 del Código de la Niñez y Adolescencia**, “a falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés del hijo o hija, la patria potestad de los que no han cumplido 12 años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo-a”.

En el **art. 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño**, se señala que: **“los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello afecta al interés superior del niño”**.

Según el **art. 105**, la **patria potestad** no solamente es el conjunto de derechos, sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos/as, pero a más de la figura de patria potestad debe haber **custodia compartida**, si bien la primera es

un derecho personal de cada padre, la segunda viene a ser la parte más importante, ya que se refiere a los derechos o el interés superior del niño, niña o adolescente.

En ese sentido, tanto el padre como la madre divorciados, deben responder por sus hijos, aún si uno de ellos no tiene la custodia, tratando de compartir la custodia de sus hijos por el bienestar de ellos.

La ley siempre le da prioridad a la madre en cuanto a la tenencia, este sistema debe cambiar por el bienestar de los hijos-hijas, compartiendo la custodia del padre y madre.

Existen circunstancias especiales por las cuales la madre puede perder la tenencia de sus hijos: cuando es alcohólica, jugadora, cuando existe maltrato hacia los hijos, cuando es declarada loca por un médico psiquiatra”.

Pero los juzgados de la Niñez no tienen personal para buscar esas pruebas de forma técnica por su cuenta. Las evidencias son llevadas al juez por las partes.

“Es frecuente que la ley ampare a la madre sin tomar en cuenta lo que en el futuro pasará con la relación entre el hijo y su padre”, es decir sin considerar realmente el bienestar superior del niño, niña o adolescente.

Según el punto de vista del Doctor en psicología familiar Napoleón Vásquez, se debe tomar en cuenta a los hijos, sobre cualquier interés del padre o madre, tratando de compartir la custodia.

En varios estudios psicológicos se afirman que el hijo varón requiere 3 veces más afecto de su madre y la hija 3 veces más de su padre.

Es una cuestión de complemento entre las partes, padre y madre, esto no contempla la Ley.

En nuestro medio el rol del padre -ya sea que esté separado de la madre o no- es el de sustentación, seguridad y apoyo emocional, cosa que en la práctica no se cumple a cabalidad, ya que el padre generalmente no está predispuesto o listo

para competir, prácticamente se ha convertido en un proveedor económico, debiendo hacer el esfuerzo por compartir la custodia con la madre para el crecimiento integral de sus hijos.

Implementación de Custodia y Tenencia Compartida

Paternalidad responsable: estrategias, programas y marcos legales para su implementación.

Estrategias y programas

La reflexión general y la crítica acerca de la masculinidad patriarcal se perfilan hacia la toma de acciones concretas de cambio que requieren tiempo, esfuerzo y espacio. Pues el salto de la reflexión a la acción pone en jaque a la masculinidad patriarcal, ya que la sola reflexión podría resultar en un ejercicio de reforzamiento de la racionalidad masculina.

La toma de acciones concretas no debe estar guiada únicamente por actitudes de cambio del tipo “dejar de ser violentos”, “gritar menos en la casa” o “ayudarle a mi mujer a barrer y cocinar”. El problema de ubicar como meta única estas acciones, radica en el carácter de contramandato en el que éstas se pueden convertir. Un contramandato no elimina el mandato, sino que sólo crea una actitud contestataria, donde el riesgo es crear una guerra de respuestas y consolidar las posiciones que las emiten. Si bien es deseable dejar de ser violentos, gritar menos en casa y asumir quehaceres domésticos, el centrarse en las conductas es “no coger la sartén por el mango”, estas situaciones son consecuencias de una fuente emisora de valores patriarcales. Entonces, la idea de la paternidad responsable es poner la atención en esas fuentes de valores, no sólo en sus consecuencias.

Centrar la atención en las expresiones de la masculinidad reforzaría una construcción social que se define por lo que no es o por lo que no debe ser (siempre por negación).

Esto estaría de acuerdo con concepciones erróneas que definen el enfoque de género como “hacerle un favor a las mujeres”, de tal manera que “los hombres, como son tan hombres, les van a demostrar que pueden no hacer lo que les piden que no hagan”. Esto sería seguirle el juego a la masculinidad patriarcal que divide las categorías en bueno y malo.

Los hombres (y las personas en general) no son una especie de objeto al cual por virtud de una operación mecánica se le pueda quitar “la parte mala”, para dejarle “la parte buena”. El asunto no funciona tan fácilmente. Los mandatos y valores patriarcales son muchos: unos son valorados positivamente (por ejemplo, la caballerosidad), otros en forma negativa (como el ejercicio de la violencia); pero todos son parte del mismo orden.

Por ello la propuesta de la responsabilidad se define como proyecto hacia una humanidad equitativa y justa que descubra el juego de valores en los que se basa la inequidad de género. Como aspecto central, plantea, conversar, expresar, compartir y reflexionar con la mira puesta en liberarse de los mandatos de la sociedad patriarcal.

Las propuestas han sido escasas hasta el momento, pero debe visualizarse tanto lo nuevo de este proceso como lo dificultoso que resulta. Más que significar motivo de angustia, lo anterior puede servir para valorar los “pequeños cambios” que se puedan dar. Por supuesto, sin perder de vista el proceso general de la equidad de género. Un primer paso (y primer motivo de celebración), es permitir que se hable de género en las organizaciones sociales y en las instituciones e instancias públicas.

Ahora bien, una propuesta plausible no se puede reducir a un primer eslabón, que vea “quién va a reaccionar, y con qué vamos a responder”. En primer lugar, es necesario tener claro qué se quiere lograr con el proceso de reflexión acerca de la masculinidad, para lo cual se retoma el principio de “lo que bien comienza, bien acaba”. Es decir, si se quiere “hacer ver a los hombres lo machistas que son”, se logrará un impacto orientado en ese sentido, muy probablemente diferente a un

proceso pensado en términos de “generar un espacio periódico de conversación e intercambio acerca de la experiencia de vida masculina” o “poder conversar libremente sobre las diversas percepciones que se tienen sobre la cotidianidad masculina, sin sentirse amenazados”.

Es necesario reiterar que, desde la perspectiva de la equidad de género, el trabajo acerca de la masculinidad es una estrategia para:

- Hacer visible la perspectiva de equidad en proyectos e iniciativas de desarrollo.
- Erradicar las brechas de género existentes; es decir, las diferencias entre hombres y mujeres respecto a las relaciones desiguales de poder.
- Trabajar en torno a la calidad de vida de las personas, en el sentido individual y colectivo.

Lo importante es visualizar los objetivos que se persiguen y ubicarlos en un principio de realidad. Es importante identificar qué es lo que se quiere cambiar en los hombres, para qué y qué beneficios, amenazas y posibles reacciones (positivas y negativas) puede tener ese posible cambio. Lo que interesa es hacer evidentes las acciones concretas que nos acercarán a la equidad.

Forma de Implementar la Custodia o Tenencia compartida

(De acuerdo a la Ley). –

La custodia o tenencia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen la **custodia legal** de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos, debiendo en todo caso implementar realmente la custodia o tenencia compartida, que en su caso,

debería el juez, en la sentencia que dicte las medidas aplicables a la separación o divorcio para dicha custodia.

La figura de la custodia monoparental, es la usual en países de régimen latino, en caso de divorcio, cualquiera fuera la causa del mismo, suele darse la custodia a uno de los padres, confiriéndose al otro el derecho de visitas y el pago de los alimentos.

En algunos casos esta solución del conflicto pos conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre. Pero hay muchos otros casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el alejamiento del padre visitante, un síndrome de alienación parental en el menor y el dolor de éste por no contar con uno de sus progenitores, debiendo implementarse claramente la custodia compartida.

Es por ello que la opción superadora de la custodia compartida, concepto que implica que ambos padres siguen sosteniendo y criando a sus hijos pese al divorcio. El concepto, inspirado en las leyes anglosajonas aún no está legislado en muchos casos, aunque cada vez son más los países que lo van adoptando

La custodia o tenencia compartida es posible incluso sin acuerdo

La posición que mantenemos desde el feminismo sobre la custodia o tenencia compartida se defiende muy fácilmente. Para entender la mayoría de los argumentos que he barajado no es necesario contar con un gran conocimiento jurídico, basta con aplicar el más puro sentido común y ponerse en el lugar de las personas que deben organizar un nuevo modelo de relación después de una ruptura matrimonial, pensando siempre en el interés superior de los hijos.

Los objetivos de nuestra reivindicación han sido, desde el inicio, abogar por un régimen de guarda y custodia que no perjudique los intereses de ninguna de las partes relacionada con el proceso, especialmente de las que parten de una peor posición que son, por este orden, los menores. También pienso que es importante no incrementar el dolor y el nivel de conflicto de quienes se divorcian y de sus

hijas e hijos. La experiencia de una ruptura familiar es, sin duda, una de las más difíciles en la vida de muchas personas.

En ningún caso se debería imponer la custodia exclusiva para las mujeres. Esto debería ser por voluntad y mutuo acuerdo de las partes. Solamente si ambos progenitores negocian y acuerdan las condiciones sobre la custodia compartida en la que esta nueva forma de convivencia va a producirse, podrá garantizarse entonces la estabilidad necesaria para las partes, especialmente de los hijos.

Las reglas para establecer la custodia compartida de los progenitores deberían ser claras. El nivel de petición de la custodia por los padres es muy bajo tanto en separaciones de mutuo acuerdo como en procedimientos contenciosos. Por tanto, no es cierto que se esté denegando sistemáticamente la custodia a los hombres, simplemente no se concede lo que no se pide; en resumen, la petición de custodia por parte de varones es muy baja.

Estamos frente a un grave problema social, la falta de implicación de los hombres en la atención y cuidado de personas dependientes, incluyendo menores, que no es exclusivo de las parejas divorciadas. Este problema requiere de medidas sociales que rompan este desigual reparto de tareas y responsabilidades entre mujeres y hombres. Pretender una solución impuesta judicialmente, en el momento de máximo conflicto de la pareja, no parece la medida más razonable ni la más eficaz. Pensamos que la imposición judicial de la custodia, sin el acuerdo de las partes, sólo contribuirá a elevar el nivel de conflicto y a poner en peligro el bienestar y la estabilidad emocional de los menores.

No tener la custodia no significa perder la posibilidad de contacto y relación cotidiana con los menores. El derecho civil español, con la distinción que ofrece entre patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas, facilita que la relación entre los menores y los progenitores pueda mantenerse aún en los casos en los que uno de ellos mantenga la guarda y custodia en exclusiva.

Actualmente la mayor parte de los regímenes de visitas, que, recordemos, es un derecho de los menores y una obligación de los progenitores, consisten en fines de

semana alternos y la mitad de los periodos vacacionales. El número de peticiones para ampliar estos periodos por parte de los padres, que son quienes mayoritariamente tienen atribuido este derecho-obligación, es muy bajo. Además, sólo en el 63% de los casos se hace un uso correcto de este régimen ordinario, existiendo niveles altos de incumplimiento que, difícilmente, pueden ser sancionados por el Poder Judicial. A tenor de los datos disponibles, parece que, en general, no hay una gran necesidad por parte de los varones divorciados de aumentar la convivencia con sus hijos e hijas.

Seguramente, como consecuencia de este debate social, se van a elevar el número de peticiones y el número de ocasiones en las que podrán ser decretadas por los juzgados sin el acuerdo de las partes, incluso con la valoración de la excepcionalidad para poder decretar custodia compartida sin acuerdo de las partes, queda, básicamente, a criterio de cada juzgado, con informe favorable del Departamento Técnico de la Niñez, que recordemos actúa como peritos en el proceso cuando hay menores.

La custodia compartida por imposición judicial sin acuerdo de las partes, no es un modelo habitual en ningún ordenamiento jurídico de nuestro entorno. Incluso, en el caso de Francia, opera como norma general el acuerdo de los progenitores. Además, la regulación francesa y la española son diferentes respecto de la distinción entre patria potestad y la guarda y custodia. Los ejemplos de Francia o Suecia, país donde existe una medida similar a la francesa, deben ser considerados en un contexto legal y social diferente al nuestro. En Francia, la custodia compartida se aprobó en el marco de un paquete de medidas para favorecer el reparto de responsabilidades domésticas y familiares entre las que se encontraba, el permiso de paternidad exclusivo e irrenunciable de los varones.

Existe un problema económico de fondo relacionado con el divorcio que afecta tanto al uso de la vivienda familiar como a la fiscalidad tras la ruptura matrimonial. Quienes proponen la custodia compartida por imposición judicial, en cierta medida, aunque desde luego no abiertamente, abogan por la utilización del

cuidado cotidiano de los menores como una solución para la situación económica de los progenitores. Se puede llegar a pensar que estas posiciones están más relacionadas con la posibilidad de poder ahorrarse gastos de vivienda habitual, disminuir la cuantía de las pensiones de alimento y poder beneficiarse de las deducciones fiscales relacionadas con las responsabilidades familiares, que con el bienestar de los menores.

Se ha llegado a insinuar que las mujeres piden la custodia por motivos económicos. Nada más lejos de la verdad. Estudios realizados en este sentido demuestran que, inmediatamente después de una separación, ambos cónyuges pierden poder adquisitivo. Sin embargo, en el largo plazo, quienes más empobrecidas se quedan son las mujeres. Probablemente no podemos atribuir esta consecuencia al hecho de tener la custodia en exclusiva, sino a un complejo entramado de factores que determinan la discriminación laboral y económica que sufrimos las mujeres. Lo que es absolutamente falso es que el desempeño de la custodia le sirva a nadie para enriquecerse.

¿Cómo podrá el Estado garantizar el cumplimiento de las custodias compartidas impuestas, si no cuenta con la complicidad de las partes? La experiencia de los incumplimientos en relación con el pago de las pensiones de alimentos y compensatorias y del régimen de visitas en nuestro país, que nos muestra como la vida de muchas mujeres y muchas ex-parejas se convierte en un auténtico calvario judicial, es suficientemente significativa. Aún hoy no hemos conseguido atajar todos estos incumplimientos siendo elementos mucho más objetivos que el desempeño del cuidado cotidiano de los niños y las niñas ¿cómo piensa el Poder Judicial vigilar y hacer seguimiento de las resoluciones impuestas sin el acuerdo de las partes? La intervención judicial tiene que ir encaminada a disminuir el nivel de conflicto entre las partes y nunca a incrementarlo.

La custodia compartida por imposición judicial, en ningún caso es una medida que vaya a contribuir a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. La igualdad de oportunidades nunca se conseguirá a través del método de tabla rasa

para todo el mundo. Sólo a partir de un riguroso análisis de las necesidades y expectativas de mujeres y hombres, pueden promoverse medidas a favor de la igualdad. No hay nada más injusto que tratar de igual manera dos situaciones que tienen profundas diferencias de partida, como es el caso de las relaciones de mujeres y hombres tanto con la atención y cuidado a los menores, como con la posición social y económica de ambos tras la ruptura matrimonial.

El reparto equilibrado

No se puede sospechar, por tanto, que nuestra posición sea una treta para mantener el derecho exclusivo de las mujeres respecto de la atención y cuidado cotidiano de los menores. No resulta creíble tampoco que estemos oponiéndonos a la custodia compartida para defender los derechos económicos de las mujeres, que siempre son los más perjudicados en estos casos. Es más lógico pensar que la postura de las personas que abogan por un ejercicio de la custodia de forma responsable se basa en el convencimiento de que los cambios en este ámbito sólo son posibles con la complicidad de toda la sociedad, de hombres y de mujeres. Hay que desconfiar, por el contrario, de aquellos que prefieren la imposición judicial antes que sentarse a negociar con quienes deberán compartir la atención, el cuidado y la educación de sus hijas e hijos.

Seguimos creyendo que una reflexión serena sobre el significado del respeto a la voluntad de las personas en un proceso de divorcio, debe inspirar una mejora definitiva del texto legal, poniendo como condición imprescindible para el divorcio o separación de los padres, la custodia compartida.

PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Nuestra propuesta va encaminada a una reforma parcial al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el artículo pertinente el mismo que quedaría de la siguiente manera:

Art.118.-Procedencia.-Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará la tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 y cuando sea necesario y así lo solicitan los padres confiará la custodia o tenencia compartida a ambos progenitores.

En el Ecuador el 80% de la población infantil y adolescente sufre el gran mal de vivir con padres separados, sea esto por el divorcio o por la migración. Lo grave de todo esto es que el 70% de las parejas se divorcian convirtiéndose esta cifra en el más alto porcentaje de América Latina.

En Ecuador son miles los niños que crecen sin la presencia del Padre. Considerándose el único culpable de todos los males en la ruptura familiar, se ha vendido la idea de que el Padre por ser hombre no está en capacidad de amar y cuidar a sus hijos, Como resultado, miles de niños crecen lejos de su padre, en una situación de orfandad artificial.

El divorcio debe de dejar de ser para los niños un "**ADIOS, PAPÁ**".

El Padre debe de seguir siendo Padre, después del divorcio o la separación, y no debe de convertirse, como lo es en la actualidad, en el visitante esporádico de sus hijos, que solo los puede ver los días y horas que autoriza un juez.

Los hijos de Padres separados tienen el mismo derecho que los demás niños a la relación con su Padre.

NO hay pensamiento más machista que el de que la madre se queda con los niños porque solo ella los puede cuidar y el padre solo es el proveedor del dinero

¿Por qué se castiga al niño alejándolo de su padre cuando estos se divorcian?

Los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, junto con sus Departamentos Técnicos, en la actualidad son los principales promotores del **MACHISMO** y la **IRRESPONSABILIDAD PARENTAL** obligando simplemente al padre a pagar una mensualidad que en muchos de los casos no alcanza ni a cubrir la décima parte de las necesidades de los hijos y no promueven el contacto permanente y regular con su hijo vinculando al padre en la responsabilidad de la crianza y desarrollo integral del mismo.

Es una barbarie lo que sucede en Ecuador en donde existen Padres, que tienen que suplicarle a un Juez de la Niñez para que permita ver a los hijos unas cuantas horas a la semana, cuando un altísimo porcentaje de madres exigen en las afueras de sus despachos que les obliguen a padres a cumplir sus responsabilidades.

La sociedad debe de tomar conciencia de la violación sistemática de los derechos que tiene el niño producto de la **IRRESPONSABILIDAD MATERNAL Y PATERNAL**, luego del divorcio o la separación de los padres.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS - ONU

Artículo 9. Literal 2 Separación de los padres .

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

Artículo 45.

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre, y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación, a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y A RECIBIR INFORMACION DE SUS FAMILIARES AUSENTES, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Artículo 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 hijos e hijas, **en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.**

3.- El estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.

4.- El estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes y jefas de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y **PRESTARA ESPECIAL ATENCION A LAS FAMILIAS DISGREGADAS POR CUALQUIER CAUSA.**

5.- El estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijos e hijas.

Art. 83. Numeral 16.-

Son deberes de los ecuatorianos y ecuatorianas, el asistir, alimentar, educar, y cuidar de sus hijos e hijas. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción.

CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art. 9.- Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Art. 10.- Deber del Estado frente a la familia.- El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior.

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

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

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Art. 12.- Prioridad absoluta.- En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.

Art. 21.- Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.-Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

Es necesario trabajar en los siguientes puntos:

- 1.- Promocionar en las nuevas Unidades Familiares Judiciales que ventilen exclusivamente el tema en los procesos de separación/divorcio para que en la audiencia socio-económica se resuelva si así lo deciden los padres la custodia o tenencia compartida.
- 2.- Fomentar en las Unidades Familiares, y en los centros de mediación a fin de que se orienten a los padres en cuanto a la custodia compartida.
- 3.- Propiciar la igualdad de derechos y deberes en la crianza, cuidado y educación entre los progenitores con los hijos/as.

Los mismos que se tratarán con campañas de difusión.

BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO Laura, MARÍN GARCÍA Ignacio. (2010) “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 Cc”. InDret Revista para el análisis del Derecho, número 8, febrero2010, pp.13-15.

ARAMBURU MUÑOZ/CHATO FRANCO/MARTIN MARIA/PEREZ-VILLAR APARICIO (coord.), Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida, Themis.

Código Civil de Ecuador

Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador 2003

Constitución de la República del Ecuador 2008

Convención sobre los Derechos del Niño –Unicef

DE TORRES PEREA José Manuel. (2009). “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar, Madrid, 2009, 1.ª edición, p.232.

HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ Y BATIPSTA (2008), Metodología de la Investigación. Ed. Mac Graw. México.

KALTER, Neil. (2007) " Efectos a largo plazo del divorcio en los niños: un modelo de vulnerabilidad del desarrollo), American Journal of Orthopsychiatry, P. 57

MACCBY, E.E. y MNOOKIN, R.H. (2008). La familia tras el divorcio: comparación de medidas de custodia), American Association of Science, Philadelphia.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, (2009). “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. DIARIO La Ley. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, refª D-29, p. 1448.

NEIRA, (2008), Diseño y desarrollo de unidades didácticas en la escuela primaria. Madrid. Ed. Morata.

PLANIOL, M. y RIPERT, J., (2008) Tratado práctico de Derecho Civil Francés, tomo segundo, la familia, matrimonio, divorcio, filiación, traducción de DÍAZ CRUZ, M., Edit. Juan Buxo, Habana, pp. 510-511.

SALBERG Beatriz. (2008). "Los niños no se divorcian". New York. Ed. American Journal of Orthopsychiatry

SARAVIA GONZALEZ, Ana María (2007), Guarda y custodia compartida. Principales Novedades de la Ley 15/05 (Cuestiones sustantivas), en "jurisdicción de familia", especialización. Ejecución de relaciones y custodia compartida. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España.

SARAVIA GONZÁLEZ. Los Inconvenientes de la Custodia Compartida. Ejecución de relaciones y custodia compartida. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España.

YÉPEZ E. (2007), Metodología de la investigación de proyectos factibles. En: Trabajos de Grado en Maestría y tesis Doctoral. México. Ed. Trillas.

ZACARÉS, A., (2009). La violencia de género explicada a mi hijo, Edit. Carena, Valencia, p. 552

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. Inconvenientes de la Custodia Compartida, Ejecución de relaciones y custodia compartida. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

DIARIO El comercio.com Sección: Sociedad. En:
[http://www.elcomercio.com.ec/sociedad/divorcios_en_Ecuador-
INEC_0_815318598.html](http://www.elcomercio.com.ec/sociedad/divorcios_en_Ecuador-INEC_0_815318598.html)

LA RAMA JUDICIAL (2013). Custodia. En:
<http://www.ramajudicial.pr/orientacion/custodia.htm>

CUSTODIA COMPARTIDA EN ECUADOR (2010). Padres Divorciados. En:
[http://padresdivorciados.blogspot.com/2010/04/custodia-compartida-en-
ecuador.html](http://padresdivorciados.blogspot.com/2010/04/custodia-compartida-en-ecuador.html)

MEDIACIÓN Y CUSTODIA COMPARTIDA (2012).
En:<http://mediacionbarcelona.es/?p=217>

ANEXOS

**Encuesta realizada a Jueces de la Niñez y Adolescencia y Abogados en
ejercicio**

1.- ¿Considera Ud. que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, contempla la custodia compartida al establecer en el artículo 69, numeral 5 la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

2.- ¿Cree Usted que la custodia monoparental de los hijos que reconoce la norma contenida en nuestro Código Civil y en el Código de la Niñez y la Familia, en los casos de divorcio, permite el desarrollo pleno de los hijos al estar separado de uno de sus padres?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

3.- ¿A su criterio cree usted que la custodia monoparental o única permite la integración de los hijos menores de edad, en los casos de divorcio de sus progenitores?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

4.- ¿Cree usted que existe un incremento de los juicios por la tenencia legal de los niños, niñas y adolescentes?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

5.- ¿Considera que la tenencia compartida es una alternativa legal justa para el pleno desarrollo del niño, niña y adolescente con padres divorciados?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

6.- ¿Existe deterioro de las sanas relaciones familiares entre padres e hijos por la falta de tenencia compartida de los hijos?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

7.- ¿La pugna por la tenencia de los hijos en general ocasiona daños psicológicos y emocionales en el menor?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

ENCUESTA DIRIGIDA A PADRES DE FAMILIA

1. Usted conoce lo que dice el Código de la Niñez y Adolescencia en referencia la tenencia de sus hijos menores de edad.

SI _____

NO _____

NO SABE _____

2. ¿Cómo cree usted que debe ser la custodia compartida

Automática _____

Apelable _____

Bajo petición _____

3. ¿Está usted de acuerdo en compartir la custodia de sus hijos menores de edad?

SI _____

NO _____

4. ¿Considera usted que los conflictos legales por la tenencia legal de sus hijos les repercuten en su estado emocional y psicológico?

SI _____

NO _____

NO SABE _____

5. ¿Considera que sea positivo si el caso lo amerita, que la ley establezca la tenencia compartida de los hijos entre los dos progenitores?

SI _____

NO _____

NO SABE _____