

UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

FACULTAD DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y ECONÓMICAS

CARRERA DE DERECHO



TEMA:

“LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL
ECUADOR”

Trabajo de Grado previo a la obtención del título de Abogada de la República

AUTORA:

Katherine Alexandra Robles Rosales

DIRECTOR:

Mgs. Hugo Fabricio Navarro Villacís

Ibarra, 2022



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

AUTORIZACIÓN DE USO Y PUBLICACIÓN
A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

1. IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley de Educación Superior, hago la entrega del presente trabajo a la Universidad Técnica del Norte para que sea publicado en el Repositorio Digital Institucional, para lo cual pongo a disposición la siguiente información:

DATOS DE CONTACTO			
CÉDULA DE IDENTIDAD:	100381135-1		
APELLIDOS Y NOMBRES:	ROBLES ROSALES KATHERINE ALEXANDRA		
DIRECCIÓN:	PIMAMPIRO, IMBABURA, ECUADOR		
EMAIL:	karoblesr@utn.edu.ec		
TELÉFONO FIJO:	06 2937-407	TELÉFONO MÓVIL:	0987051122

DATOS DE LA OBRA	
TÍTULO:	"LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ECUADOR"
AUTORA:	ROBLES ROSALES KATHERINE ALEXANDRA
FECHA: DD/MM/AAAA	11/10/2022
SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO	
PROGRAMA:	<input checked="" type="checkbox"/> PREGRADO <input type="checkbox"/> POSGRADO
TITULO POR EL QUE OPTA:	ABOGADA DE LA REPÚBLICA
ASESOR /DIRECTOR:	Mgs. NAVARRO VILLACÍS HUGO FABRICIO

2. CONSTANCIA

La autora manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y se la desarrolló, sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es original y que es la titular de los derechos patrimoniales, por lo que asume la responsabilidad sobre el contenido de la misma y saldrá en defensa de la Universidad en caso de reclamación por parte de terceros.

Ibarra, a los 11 días del mes de octubre de 2022

LA AUTORA:

Katherine Alexandra Robles Rosales

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

En mi calidad de tutor de trabajo de titulación presentado por la estudiante ROBLES ROSALES KATHERINE ALEXANDRA, para optar por el título de ABOGADA DE LA REPÚBLICA, cuyo título es “LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ECUADOR”, doy fe de que, de acuerdo al análisis del sistema Urkund, dicho trabajo reúne los requisitos para ser sometidos a presentación y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

Ibarra, 2 de agosto del 2022



Hugo Navarro Villacís

TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

AGRADECIMIENTO

Con un profundo sentimiento de gratitud quiero agradecer a Jehová Dios por su infinito amor, por ser el dador de la vida, luz y guía de mi caminar quien mediante su bondad inmerecida me ha bendecido y ayudado a lograr esta meta planteada, seguramente servirá para tu honra.

A la Universidad Técnica del Norte, querida y noble institución, llena de saberes y experiencia, que a través de sus aulas imparte el conocimiento a muchas personas ayudando a crear grandes seres humanos, conscientes que el verdadero éxito es servir a los demás.

A mis estimados maestros, con su enseñanza se refuerza el anhelo de lograr obtener el título de abogada, han sido un ejemplo excepcional para mí, espero algún día ser tan sabia como cada uno de ustedes. Doctor Hugo Navarro, su apoyo a lo largo de la carrera y en el presente trabajo de investigación siempre serán agradecidos.

A mis amigas Fernanda, Alexandra, Selena y Estefanía, el compartir con ustedes todos estos años de estudio ha permitido formar una amistad indisoluble. Laurita, mi instructora y amiga gracias por ayudarme a lograr tantas cosas, por compartir conmigo grandes experiencias inolvidables y guiarme siempre de la mejor manera, tu amistad es un gran tesoro. Juan Francisco, gran amigo y ahora colega gracias por brindarme tu apoyo constante, a todos los estimo mucho.

DEDICATORIA

Con mucho cariño y respeto quiero dedicar este logro a mis padres Alfonso y Sonia, sin su ejemplo y amor nada hubiera sido posible, a mis queridas hermanas Estefanía y Romina quienes estuvieron presentes con su apoyo incondicional y oraciones siempre, a toda mi familia por ser la base de mi vida y ayudarme con mi crecimiento personal.

De manera muy especial a Braulio, compartir contigo este objetivo alcanzado es muy grato para mí, tu presencia en mi vida es una bendición, gracias por ayudarme a sobrellevar las adversidades y por estar conmigo en cada momento.

Los amo con todo el corazón.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
TABLA DE CONTENIDO	6
RESUMEN	8
INTRODUCCIÓN	10
ANTECEDENTES	10
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	14
1.1. Fundamentación Teórica	14
1.1.1. Principios Fundamentales	14
1.1.2. Principio de igualdad	15
1.1.4. La igualdad formal	17
1.1.5. La igualdad material	18
1.1.6. La igualdad entre hombres y mujeres	19
1.1.7. Principio de interés superior del niño	21
1.1.8. Custodia legal	23
1.1.9. Custodia monoparental	24
1.1.10. Custodia Compartida	25
1.1.11. La custodia compartida en la legislación comparada	29
1.1.13. Corresponsabilidad parental	31
1. 2. Fundamentación Empírica	32
1.3. Aspectos normativos	35
1.3.1 El principio a la igualdad formal, material y no discriminación	35
1.3.2 Principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes	36
1.3.3 Principio de la corresponsabilidad parental:	37
1.3.4. La Opinión del Niño	38
CAPITULO II: Metodología de la investigación	39
2.1. Tipo de investigación	39
2.2. Métodos de investigación	39
2.3. Instrumentos o Herramientas	40
2.4. Descripción de Datos	41
2.5. Resultados obtenidos en la entrevista	42
3.1. Análisis de Caso	73
CAPITULO III: Análisis de Resultados	78
3.2. Logro de los objetivos planteados	80

CAPITULO IV	81
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	81
Referencias	84

RESUMEN

El presente trabajo se realizó en torno a la figura de custodia compartida, considerando la problemática evidenciada ya que existe incompatibilidad entre la Constitución y el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia respecto al principio de igualdad en la preferencia de la custodia monoparental materna. En cuanto a la metodología, la modalidad cualitativa, los métodos inductivo, deductivo y dogmático jurídico, las herramientas e instrumentos, fueron la entrevista y guía de entrevista, realizada a jueces, profesionales del derecho en libre ejercicio, y funcionarios públicos relacionados a la materia. Finalmente, a través de un análisis de normativa vigente y del caso resuelto por la Corte Constitucional, se consolida la idea de la conveniencia de definir una custodia compartida en relación a los derechos e interés superior de niñas, niños, y adolescentes, y la igualdad entre padre y madre, así como se identifican los retos y necesidades que el fallo ha evidenciado, en torno a los cuales se concluye y recomienda.

Palabras claves: custodia, custodia compartida, principio de interés superior, igualdad, corresponsabilidad.

ABSTRACT

The present work was carried out around the figure of shared custody, considering the problem evidenced since there is incompatibility between the Constitution and the Organic Code of Childhood and Adolescence regarding the principle of equality in the preference of single-parent maternal custody. As for the methodology, the qualitative modality, the inductive, deductive and legal dogmatic methods, the tools and instruments, were the interview and interview guide, carried out on judges, freelance law professionals, and public officials related to the matter. Finally, through an analysis of current regulations and the case resolved by the Constitutional Court, the idea of the convenience of defining shared custody in relation to the rights and best interests of girls, boys, and adolescents, and equality is consolidated. between father and mother, as well as the challenges and needs that the ruling has revealed, around which it is concluded and recommended.

Keywords: custody, shared custody, principle of best interests, equality, co-responsibility.

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES

Las repercusiones que dejan el divorcio o la separación de una pareja en los hijos concebidos pueden generar impactos negativos o positivos, se conjetura que son impactos negativos las consecuencias emocionales como: depresión, sentimientos de enojo, culpa, tristeza, entre otros; y los impactos positivos, por ejemplo mejores relaciones sociales y la paz en el hogar, porque en algunos casos ha resultado que la separación puede mejorar significativamente la vida tanto de los hijos como la de los progenitores. (Haimi & Lerner, 2016, págs. 1-7).

Sin embargo, es derecho de los hijos disfrutar de su familia, conocer a sus padres, ser cuidados por ellos y mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, pues así lo establece el Art. 21 del (Código de la Niñez y Adolescencia). Aun así, las leyes ecuatorianas anteponen o priorizan la custodia a uno de los progenitores, en este caso es la madre, configurándola como la responsable de guiar a los hijos y ser la encargada de la residencia principal, esta decisión ha sido tomada por los legisladores sin analizar a fondo en qué lugar, o con quién los hijos crecerían y estarían mejor cuidados

Este tipo de custodia a los niños, niñas y adolescentes no les asegura una comunicación fluida y constante con el progenitor no residente, pero sí se les garantiza que ambos progenitores sigan participando de manera permanente y activa en su vida y se tengan que poner de acuerdo cuando haya que tomar decisiones sobre ellos (Bauserman, 2002).

Es resumen, la custodia legal compartida sugiere que ambos progenitores compartan los mismos derechos y responsabilidades legales para tomar decisiones importantes que afecten la vida de sus hijos. Lo principal, para asegurar el efectivo ejercicio del principio de interés superior del niño es preservar la familia, objetivo en el que deberían juntar esfuerzos todos los involucrados, no solo desde una perspectiva tradicional-conservadora, que entiende la pareja como indisoluble, sino desde una perspectiva que obligue a los padres a mantener una coparentalidad positiva, con independencia del estado de su relación sentimental, pues cabe indicar que los padres nunca se divorcian de sus hijos. (Fariña, Tortosa, & Arce, 2005).

PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

¿Existe incompatibilidad entre la Constitución y el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia respecto al principio de igualdad en la preferencia de la custodia monoparental materna?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Analizar la institución jurídica de la custodia compartida, a fin de determinar si existe una incompatibilidad entre la Constitución de la República y el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia que impida su aplicabilidad en el Ecuador y si dicha figura garantiza la igualdad.

Objetivos Específicos

- ❖ Contextualizar el principio de igualdad y estudiar el contenido teórico, empírico y normativo de la figura legal de la custodia compartida.

- ❖ Analizar los resultados obtenidos de la aplicación de la técnica de entrevista, y el estudio del caso sobre inconstitucionalidad de la preferencia materna resuelta por la Corte Constitucional Ecuatoriana.
- ❖ Realizar un análisis crítico-jurídico sobre la custodia compartida y su aplicabilidad en la normativa vigente ecuatoriana.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La propuesta de institucionalizar a la custodia compartida ha generado un debate en el ámbito social muy grande, las diferentes organizaciones involucradas han adecuado su manera de pensar en dos campos: declarar la inconstitucionalidad de la preferencia materna en los casos de custodia o conservarla, esto a su vez ha desplegado varios tipos de escenarios comparativos con países donde existe dicha figura legal, algunos de ellos muestran que efectivamente es una manera efectiva para la crianza de los hijos, ya que en algunos casos se mejora la relación entre padres e hijos cuando su familia se disuelve, y en otros casos se indica que con este tipo de custodia podría incrementarse la violencia de género y que los niños crecerían mejor al cuidado de la figura materna; Sin embargo, en la sociedad ecuatoriana siempre se ha optado por otorgarle la custodia de los hijos a la madre, y está estipulado en el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia que las niñas menores de 12 años y los niños menores de 14 de preferencia deben estar con las madres, sin tomar en cuenta al padre, aspecto que contraviene con el Principio de Igualdad consagrado en la Constitución, a quien se lo define como un principio de aplicación de derechos, y en donde se señala claramente que nadie puede ser discriminado “por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva,

temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos, la ley sancionará toda forma de discriminación”; Además la corresponsabilidad parental que es la base para poder comprender que implica una custodia compartida hace referencia a que ambos padres, viviendo juntos o no, tienen el derecho-deber de participar de forma activa, igual y permanente en la crianza y educación de los hijos, es decir, es una relación que se debe basar en principios de respeto, colaboración, constante cuidado y atención de los hijos.

Es así que, la custodia compartida viene a ser un acuerdo legal que ocurre después del divorcio o la separación, en donde se les otorga la custodia legal de los niños a los dos padres, garantizando una igualdad de condiciones y derechos de participación de ambos. No obstante, al día de hoy no se puede asegurar una igualdad completa en la normativa ecuatoriana en el tema de custodia compartida. Son por estas razones, que es imprescindible estudiar la Constitución y el Código de Niñez y Adolescencia para ver si en el Ecuador se cumple o no con respetar la igualdad, específicamente en el caso de la preferencia de la custodia monoparental materna y en el análisis de la demanda de inconstitucionalidad presentada en el año 2015 donde los accionantes solicitan que:

Se declare la inconstitucionalidad por razones de fondo los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la niñez y adolescencia (art. 106.- "2.- a falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiara a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o hija; 4.- si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o hija. (Campaña, Salazar, Muñoz, & Orellana, 2015)

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Fundamentación Teórica

1.1.1. Principios Fundamentales

Los principios son aquellas directrices vitales en el ordenamiento sociopolítico de un Estado, a veces no se encuentran explícitos en la legislación, pero han servido como pilar fundamental para la creación de las leyes, son aplicables y vigentes para todas las personas, tal como indica (Esquerra, 2016) quien menciona que los principios son “razonamientos que sirven de base y fundamento a las leyes”. Es por esta razón que toda norma estipulada debe contener principios, los cuales sirven como garantía para que se respeten los derechos; en el desarrollo de este trabajo de investigación se abordan principios claves e integrantes del derecho de Familia como son: principio de igualdad y principio de interés superior del niño.

Los principios son relevantes a la hora de marcar directrices para la aplicación adecuada de la normativa y, asimismo el pleno ejercicio de derechos y garantías conforme a las necesidades y atención de los intereses de las personas titulares de los mismos, más allá de lo cual constituyen también preceptos que tutelan por sí solos la interpretación y aplicación más favorable el beneficio colectivo.

En la presente investigación constituye un indicador predominante, puesto que los principios van a definir la necesidad y factibilidad de considerar la figura de la custodia compartida en beneficio de los derechos de los niños niñas y adolescentes, así como del principio y derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores.

1.1.2. Principio de igualdad

Dicho principio busca eliminar la desigualdad, significa que el trato que reciban las personas ante las situaciones que se presenten debe ser el mismo, este principio también obliga al Estado a dar el mismo trato a todas las personas sean hombres o mujeres, y que no exista diferenciación y se trate con dignidad a excepción de la relevancia y preferencia especial que pueda sustentarse lo que significa que no favorece a nadie. (Montoya Melgar, 2018). Este principio de igualdad otorga a las personas protección y sobre todo la garantía que serán tratados sin discriminación por parte del Estado y, que la igualdad al ser un derecho fundamental posee un carácter vigoroso. También, a la igualdad se la define como una expresión de justicia que recopila una equivalencia aritmética de normas sin consideración al valor relativo de los intereses personales y colectivos. (Llorens y Clariana, 2015, pág. 46).

La igualdad de oportunidades nació junto con el principio de igualdad planteado por la Revolución Francesa, convirtiéndose en uno de los elementos básicos del ordenamiento jurídico de las democracias burguesas. Todas las personas, independientemente de su género, religión, condición política, origen étnico, orientación sexual, son iguales ante la ley. El derecho a la igualdad se convirtió en uno de los derechos fundamentales consagrados en todos los documentos normativos publicados después de la Segunda Guerra Mundial. (Álvarez Noriega, 2015, pág. 28)

Del principio de igualdad se desprenden dos dimensiones que son: La igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, es decir, no puede existir ningún tipo de discriminación al crear una norma, ni tampoco al aplicarla. Norberto Bobbio quien fue uno de los más reconocidos sofistas del Derecho contemporáneo ha desarrollado el tema del principio de igualdad a fondo y plantea dos tipos de Igualdad: Formal y Material.

El tratadista Enrique Bonete Perales, expresa: “En pocas palabras, esto significa que las personas que están en la misma posición moralmente apropiada deben ser tratadas por igual; pero todo depende de qué similitud se considere relevante y qué constituye un trato de similitud. Una visión alternativa importante es que la igualdad no tiene valor en sí misma, sino que solo tiene sentido debido a sus efectos.” (Bonete, 2013, pág. 148)

El Doctor Miguel Carbonell, además manifiesta: “Para el pensamiento constitucional, el principio de igualdad ha existido en el pasado, en el presente y tiene un llamado capital importante en el futuro. Desde el nacimiento del Estado de derecho, la igualdad ha aparecido constantemente como uno de los principios básicos de este modelo de Estado.” (Carbonell, 2010, pág. 186)

El jurista Luigi Ferrajoli, en su obra *Derechos Fundamentales y Garantías*, expresa: “Por tanto, llego a la conexión entre los derechos fundamentales y la igualdad en el doble sentido de proteger las diferencias individuales y reducir la desigualdad material, como lo indica el segundo criterio de identificación axiomas de los derechos fundamentales.” (Ferrajoli, *Derechos Fundamentales y Garantías*, 2015)

Sí bien los seres humanos como tal son diferentes unos de los otros y es precisamente esa diferencia lo que convierte a cada persona en un ser único y define su personalidad, así como su desarrollo en la sociedad y qué, no se puede generalizar o unificar ideales convicciones preferencias pensamientos o sentimientos, si se exige a través de este derecho la tolerancia respeto pero sobre todo reconocimiento pleno del derecho que tienen las demás personas, así como el hecho de reconocer y no juzgar el actuar ser pensar o parecer del otro.

Cómo se indica la lucha recae sobre todo para el pleno ejercicio del principio y derecho a la igualdad, en los más vulnerables, en aquellas personas que por su condición

convicción o características han sido objeto de una relegación, o solo se ven y se creen distintos del resto y, del común de la sociedad esto ha llamado a la necesidad de defender y proteger aquellos que se encuentran en desventaja de otros y, que necesitan más allá de respeto de sus derechos de la inclusión en la sociedad para su desarrollo integral.

Cómo se aprecia la igualdad y no discriminación tiene varias consideraciones o denominaciones puede verse como un derecho, como un principio, como una obligación y una regla todo esto en virtud del mayor beneficio para los titulares de este derecho y garantía siempre procurando la interpretación más favorable no solo del mismo principio o derecho, sino que más allá se emplea la igualdad como una directriz para la interpretación y aplicación más adecuada e idónea de la normativa.

En el caso puntual de los derechos de niñas niños y adolescentes, así como en concordancia con el principio de interés superior lo que se pretende con la igualdad es el beneficio del menor en cuanto a la custodia compartida garantizando la equidad de género y la igualdad que debe existir no solo entre hombre y mujer sino entre padre y madre como corresponsables del cuidado y atención del menor como una obligación de los padres y un derecho de los hijos.

1.1.4. La igualdad formal

La igualdad formal supone un límite a la acción del poder público, porque exige una igualdad en la ley o en el contenido de la misma, excluye todo tipo de discriminación ya sea de raza, sexo, religión, condición social, entre otros.

Generalmente se identifica con exigencias político-jurídicas que se incorporan al principio de igualdad ante la ley. Este principio presupone el reconocimiento de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos, es decir, garantizar la igualdad de trato en la ley y en su aplicación. (LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz, pág. 16)

Refiriendo la igualdad formal como tal se creería satisfecha en el solo reconocimiento en el marco normativo vigente, al estar ya considerada cómo regla, principio, derecho, pero más allá de reconocerse como un atributo indispensable de las figuras jurídicas y de derechos y de garantías establecidos en la Constitución de la república, persiguiendo la inclusión y una verdadera justicia y equidad.

Si se refiere igualdad formal en el caso de los padres hombre y mujer, el derecho y obligación sobre los hijos se puede ver considerado tanto en la carta magna como en el código especial en la materia el reconocimiento de este deber que tienen los padres para con sus hijos mencionado de forma plural sin distinción para el padre o la madre.

1.1.5. La igualdad material

En esta dimensión, se exige una igualdad en la aplicación de la ley, es decir, se analiza la eficacia de la norma en su aplicación, la prohibición de discriminación, impide un trato diferenciador desfavorable ante supuestos de hecho similares; en ella, no cabe la arbitrariedad ni la desigualdad carente de justificación objetiva y razonable.

(LEIBHOLZ) Menciona que: La igualdad ante la ley se deriva del requisito de que todas las personas sean juzgadas por los mismos estándares y que la ley sea la misma para todos sin ninguna forma de preferencia o, en su caso, discriminación. El principio de igualdad se define con los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica; es decir, con la exigencia de formatear en términos impersonales y universales los presupuestos que deben fundamentar la imputación de determinadas consecuencias jurídicas (pág. 48).

Los dos niveles de igualdad, garantizan a todas las personas que viven dentro de un Estado a ser tratadas por igual, bajo la misma ley, contando con las mismas condiciones, oportunidades y con los mismos derechos.

(Ferrajoli, 2020) Menciona que: Dos derechos iguales están garantizados por su asociación con la universalidad de los derechos fundamentales: el derecho a la libertad, a defender la igual dignidad de las diferencias de identidad, y el derecho social a combatir la desigualdad de condiciones económicas y sociales. Además, la relación de racionalidad instrumental entre igualdad y dignidad humana es dual: si, por un lado, la igualdad implica la igual dignidad de la persona humana, por otro lado, la dignidad de las personas implica que se garantiza el mismo valor a sus diferencias. y se hace reduciendo su desigualdad. (pág. 20)

En el plano material la igualdad reclama mecanismos eficientes y eficaces para su plena garantía y aplicación más allá del solo texto de la norma, es necesario contar con los mecanismos, medios, recursos para garantizar su aplicación y sancionar su vulneración solo de esta manera será posible hablar de una verdadera garantía del derecho y principio la igualdad y no discriminación.

Sí referimos el caso de la custodia compartida entre hombre y mujer, padre y madre, existe un abismo de diferencia de acuerdo a los roles que se han establecido en la sociedad para cada uno, en cuanto a la crianza y cuidado de los hijos, para ello se requiere además de la adecuación de la norma, de mecanismos efectivos y de acercamiento social que reclamen su efectiva aplicación y, que en efecto tanto padre como madre se encarguen en conjunto de las necesidades del hijo.

1.1.6. La igualdad entre hombres y mujeres

Tanto la igualdad formal como la igualdad material configuran la igualdad de hombres y mujeres, porque se exige una participación de todos, tanto del gobierno, como de las personas y además del contenido de las leyes para eliminar la desigualdad de género. Tanto hombres como mujeres deben tener similares oportunidades para lograr

una similitud en los resultados. Existe una serie de políticas públicas que ayudan a garantizar la igualdad de género.

Las políticas transgénero tienen como objetivo poner a mujeres y hombres en el centro de la formulación de políticas comunes (conociendo sus intereses, necesidades y comportamientos para alinear y concretar estas políticas). Desde la planificación de estas políticas transversales, es necesario tener en cuenta las consecuencias de las medidas y acciones en situaciones relevantes por parte de hombres y mujeres para que las cuestiones de género e igualdad se manifiesten en las políticas generales.(Álvarez Noriega, 2015, pág. 28).

El principio de la igualdad de género, en lo que respecta a que tanto hombres como mujeres tengan el mismo trato sugiere una escasez de discriminación específicamente por razones de sexo, de la misma manera a la igualdad de oportunidades, como de ser responsables del cuidado y protección de hijos. Una de las manifestaciones más importantes del principio de igualdad de los padres, es que ambos progenitores cuentan con la facultad-deber para asumir la custodia de sus hijos, ya que ninguno de los progenitores cuenta con un derecho preferente. La forma en que se relaciona este principio con el interés superior del niño no es baladí.

Lamentablemente la diferencia entre hombres y mujeres data de tiempos remotos y se ha mantenido y consolidado con el pasar de los tiempos por costumbre, tradición, convicción y tendencias sociales que han marcado su necesidad y su justificación en todos los roles y ámbitos de la vida.

Esta diferencia incluso se ha traducido en violencia y es aún en la actualidad difícil de dispersar en algunos ámbitos como por ejemplo la política ámbito laboral y ejecución de trabajos forzados o carrera militar, estas distinciones no solo son superficiales sino que

se arraigan en el subconsciente de la persona y se transmiten de generación en generación creando no solo tendencias sino formando personalidades entorno al lugar que debe ocupar el hombre o la mujer en la sociedad y con referencia a sus padres.

De forma puntual en relación al objeto de investigación en el presente estudio, la desigualdad entre padre y madre no solo se marca con la asignación de roles en el hogar, puede ser así por ejemplo que el padre se encarga de proveer el ingreso económico a la familia mientras que la madre se queda al cuidado de los hijos y se encarga de los quehaceres, más allá de eso en relación a los hijos se marcan claramente las obligaciones y el compromiso que tiene mayormente un padre en diferencia del otro y esto no solo afecta al caso particular sino que se transmite a los mismos hijos que luego se convertirán en padres y mantendrán estas diferencias.

Sí más allá de considerar solo la costumbre tradición o historia en la asignación de roles y, la asignación del cuidado como tal a uno de los progenitores cómo se tienen cuenta un régimen que discriminan a uno de los progenitores y sitúa de forma preferencial al otro, creando confusión entre conveniencia y procedencia, pues se diría que conviene el cuidado de los hijos a la madre, pero se vería que procede conforme a derecho y a lo que es correctamente aplicable el cuidado tanto del padre como la madre en igualdad de condiciones.

1.1.7. Principio de interés superior del niño

Este principio es la base para el desarrollo y crecimiento de las niñas y los niños, ya que recoge una serie de acciones que garantizan el desarrollo integral y una vida plena, además de contar con un conjunto de condiciones tanto afectivas como económicas, aspectos importantes para tener una vida digna, es una garantía para asegurar el bienestar

mediante el efectivo ejercicio de los derechos de los niños antes de que se decida sobre un aspecto que los implique.

Es así que, los juzgadores deben tomar como prioridad los derechos del niño, cuando se encuentren en una contraposición de valores, asegurar el bienestar de los niños niñas y adolescentes claro está, de una manera justa.

El principio de interés superior más allá de solo definir qué derechos y garantías, así como intereses de niños niñas y adolescentes prevalecen por sobre el interés de los demás, así como también las normas que los amparan son de preferente aplicación versus los que no los reconocen, define la jerarquía que va a tener tanto la norma como la administración de justicia en relación a los niños, niñas y adolescentes que prevalezca a la hora de resolver y juzgar.

El interés del menor prevalece sobre cualquier otro interés anterior. Esta regla imperativa debe ser respetada en los ámbitos administrativo y judicial. Los órganos administrativos responsables de determinadas políticas relativas a la infancia y la juventud no pueden sustraerse a la premisa de que el interés dominante está al norte de sus actuaciones. Del mismo modo, los jueces en todas las resoluciones que dicten deberán velar siempre por que prevalezca el interés superior del menor. (Albán, 2003, págs. 24,25)

La prevalencia del interés del menor debe estar siempre presente tanto en todos los ámbitos de la convivencia social, como en cada uno de los funcionarios autoridades y administradores que tengan en sus funciones la resolución o las decisiones en torno a los intereses de niñas niños y adolescentes.

En efecto cómo se aprecia el principio de interés viene a relucir cuando se haya un conflicto, no solo normativo sino cuando se contraponen intereses en el cual está

involucrado el interés de un niño o adolescente y resolverlo de la forma más favorable al menor.

En torno a la custodia como derecho de los padres y los hijos el interés superior va a definir lo más adecuado al caso de cada niño o adolescente, de forma particular puesto que no generaliza la aplicación de una norma o de una circunstancia sino más bien, se enfoca en dirigir a quién la interpreta y aplica para que sea lo más beneficioso y favorable al bien del menor en cuestión, es así que no necesariamente podría tratarse de la preferencia por padre o madre o la definición de custodia compartida como tal, sino que va a tratar de ser imparcial en cuanto a los padres y ventajoso en cuanto a los hijos.

En el Ecuador el Consejo de la Judicatura para poder cumplir con este principio cuenta con un equipo técnico conformado por un médico, un psicólogo y un trabajador social, dicho equipo tiene gran relevancia pues a través del peritaje se puede dar a conocer al juez un informe desde el punto de vista profesional, para que él tenga pautas que le ayuden a tomar una buena decisión, además realizan un seguimiento con el objetivo de precautelar el bien de los niños, garantizando el desarrollo integral de los mismos.

1.1.8. Custodia legal

La custodia legal es una figura que se presenta cuando existe la disolución de un matrimonio, en este punto los hijos son la parte más sensible en relación a los resultados del divorcio, es más que una custodia física en la cual, un juez determina con quien van a vivir los hijos. La custodia legal consiste en otorgar la responsabilidad sobre la toma de decisiones en temas que afectan a los hijos, tales como el cuidado, educación, instrucción religiosa, entre otros.

En muchos países la ley no favorece ni al padre ni a la madre, se encuentran en la misma posición de ejercer derechos y se los considera como aptos para criar a los hijos,

es bien conocido que los niños necesitan de los dos padres para disfrutar de una vida estable emocionalmente, en este caso se otorga una custodia compartida. Cabe señalar que los juzgadores antes de otorgar una custodia compartida, estudian todos los criterios que se tienen para determinar cuál es el interés superior del niño, debido a que hay casos en los que se demuestra que la madre o el padre no están en condición ni tienen la capacidad de cuidar bien a los niños.

De esta forma se determina qué clase de custodia es la adecuada, si es la custodia compartida o la custodia exclusiva también conocida como custodia monoparental, realmente varía del caso, pero siempre se procura cumplir con el principio del interés superior del niño como se ha enfatizado.

1.1.9. Custodia monoparental

La custodia monoparental, consiste en otorgarle el cuidado y crianza de los hijos a uno de los padres porque se ha demostrado que es con ese progenitor que el niño está mejor cuidado, a éste se lo llama progenitor custodio y al otro padre el progenitor no custodio quien tiene derecho a visitar y pasar tiempo con el niño. Este tipo de custodia permite a los hijos disfrutar de sus padres y compartir con ellos un periodo de tiempo.

Los padres solos nos permiten visualizar aspectos “estructurales” claves comunes a ellos independientemente de la etnia, la clase social u otras variables, a pesar de su prevalencia o valores interpretación de diversos fenómenos sociales que afectan la composición. Están obligados a realzar como ninguna otra estructura familiar la íntima conexión entre el patriarcado, los sistemas sociales europeos y su unidad básica de consumo. Y, sobre todo, la inferioridad de las sociedades centrales organizadas para esta dualidad simétrica o asimétrica y del propio sistema capitalista, que no tiene una división

propia del trabajo productivo y reproductivo: género, internacional, generación y clase.(Picontó Novales, 2015, pág. 127)

Esta clase de custodia es quizás la más generalizada y como que se mantiene en el común de normativas y países en los cuales se prefiere por las características y atributos que como mujer le corresponden a la mujer, como madre y como progenitor más apto y adecuado al mejor trato y cuidado de los hijos.

Sí bien el término monoparental refiere que la custodia recae sobre uno de los progenitores, dejando al otro relegado a las condiciones y regulaciones que le marque la norma o el mismo titular de la custodia también refiere a la preferencia por uno de los padres que se ha generalizado en recaer sobre la madre y se ha marcado por un análisis simple que apunta por lo general aquí de viene esta situación de la separación legal de los padres y, por ende ha quedado el cuidado en manos del progenitor que se considere más apto.

1.1.10. Custodia Compartida

En este tipo de custodia se concede el cuidado y la crianza de los hijos a los dos padres; los hijos tienen la oportunidad de convivir habitualmente con ambos, manteniendo su comunicación en periodos similares de tiempo.

Para conferir la custodia compartida, el legislador pensó, desde el primer momento en que fue constitucional como medida, en una cierta homogeneidad de criterios, o, al menos, similitud, en relación con el modo de vida que debe tener un menor, tanto. desde el punto de vista individual, desde el punto de vista social, pero también afectivo y afectivo, y desde el punto de vista de la educación y la formación, así como de la acción concertada de los padres o adoptantes. En ese orden, debe entenderse que esta medida es del interés superior de los niños y jóvenes y se elige como la solución que respeta con el

mayor cuidado su salud, pues debe entenderse que un niño quiere estar con él. . la madre como el padre y no sólo eso, el niño debe estar tanto con el padre como con la madre, pues esto favorece el desarrollo personal y social, la madurez humana, favoreciendo así el libre desarrollo del carácter, la personalidad del niño y defendiendo un marco coherente con su dignidad. (Romero, 2011, pág. 17)

La autora española (Crespo, 2019) determina una serie de aspectos que valoran los juzgadores para fijar la custodia compartida, como el número de hijos, el respeto que existe entre la familia y las actitudes que demuestren los padres.

En resumen, cualquier otra forma de posibilitar que los niños, niñas y adolescentes lleven una vida plena, aunque en realidad puede ser más complicado que lo que se logra cuando los padres viven juntos. Es importante, en este aspecto, realizar una recopilación de conceptos de custodia compartida. Existe una gran variedad de autores expertos en el tema. Por ejemplo:

(Lehmann, 2019) Señala que: La custodia compartida es la expresión más adecuada del principio de corresponsabilidad y responde al interés superior del niño. Y a pesar de que esta no es la única forma de respetar el derecho fundamental de los padres a involucrarse en la crianza y educación de sus hijos, es una que debería ser reconocida por el ordenamiento jurídico, aun así, debe verse como una forma de privilegio de custodia. Esto, en muchas formas abstractas, es la mejor dieta para niños. Sin embargo, dado que no se puede compartir el argumento anterior por no considerarse un régimen general y flexible, al juez se le debe otorgar al menos la facultad de pronunciarse. La ley no puede impedir este régimen, en cuyo caso la custodia compartida es exactamente lo mejor para el niño. (págs. 14-15)

Se había explicado con anterioridad, no necesariamente la custodia compartida refiere el mejor interés para la niña niño o adolescente, puesto que cada caso es singular

y por ello refiere y requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias y necesidades que tiene el menor para así definir cuál es la situación más favorable para que el menor conviva y se desarrolle en virtud y garantía de sus derechos.

Esta custodia refiere más allá de la obligación que tienen ambos padres de encargarse del cuidado y protección de los hijos, a la corresponsabilidad y el hecho de hacer en efecto lo necesario para satisfacer las necesidades primordiales, así como la atención directa que se le da a los hijos.

La sentencia 96 del (Tribunal Supremo, 2015) de España manifiesta que: La custodia compartida significa la condición previa para la necesidad de una relación de respeto mutuo entre los padres que permita la adopción de actitudes y comportamientos favorables al menor, sin comprometer el desarrollo de los sentimientos de los hijos y esto, a pesar de las rupturas emocionales de los padres, una relación es un marco familiar. de referencia que apoye el desarrollo armónico de su personalidad.

Si bien es cierto que la custodia compartida es un mecanismo positivo por todas las razones expuestas, es inequívoco mencionar que es “la solución más sencilla, viable y contemporizada ante el cese de la convivencia de los titulares de la potestad parental” considerando que llevar este tipo de custodia a la práctica resulta complicado de gestionar, porque se necesita de un esquema de tiempo organizado en donde deben sincronizarse el tiempo libre, el trabajo y las disponibilidades de los padres. (Picontó Novales, 2015, pág. 127)

Sin lugar a dudas lo más adecuado sería el consenso y mutuo acuerdo que entre los padres se concrete para lograr el mayor beneficio para los hijos ponerse así de acuerdo para el cuidado y atención plenos de las necesidades que tenga el menor no solo aquellos materiales sino las emocionales y deformación que son básicas para la supervivencia y

desarrollo integral, así se tiene lo que refiere Barcia-Lehmann: Si bien la custodia compartida puede tener períodos de renovación variables, dependiendo del interés superior del niño, existe cierto consenso en que la prioridad debe mantenerse durante el mayor tiempo posible, teniendo en cuenta la edad y las circunstancias individuales del niño. Se entiende que las alternancias a corto plazo son perjudiciales para el desarrollo de su personalidad. (Barcia Lehmann, 2019)

Espinosa, Pucha y Ramón, agregan qué: El establecimiento de la custodia compartida de los hijos presenta grandes ventajas tanto para los hijos como para los padres, una de las ventajas es crear condiciones para que los hijos crezcan y se desarrollen bien, para que se adapten normalmente a la sociedad, para que el estudio sea más equilibrado para los hijos; Se pueden evitar los trastornos psicológicos y los cambios repentinos de comportamiento. (Espinosa, Pucha, & Ramón, 2020)

La estabilidad que la custodia compartida promete es sinónimo de bienestar para los hijos puesto que de forma sencilla se podría hablar de dos personas que le provean de atención, de amor, comprensión, educación, pero sobre todo un ambiente armónico que permita el desarrollo adecuado de quién luego de culminar su fase de niñita niño o adolescente se encaminará hacer un adulto que quizás replicar a lo enseñado y precisamente allí radica la necesidad de la mejor formación y el encargo de la persona más idónea para su cuidado.

Esta figura que se cree adoptada por el solo hecho del reconocimiento en la norma de la obligación que tiene tanto padre como madre de encargarse del cuidado y protección de los hijos, evidencia graves necesidades y falencias en torno a la seguridad jurídica y a la existencia de normas que en efecto permitan la garantía de la corresponsabilidad y de la obligación de ambos progenitores.

1.1.11. La custodia compartida en la legislación comparada

Abordar normativas de países donde se evidencie la aplicación de la custodia compartida es fundamental debido a que se pueden obtener pautas que nos sirvan como guía en casos similares o también puedan proporcionarnos nueva información conveniente para aplicarlas en el Ecuador. Tales como España, Colombia, Chile o Argentina:

España

En el año 2005 se aprobó la Ley 15/2005, donde su artículo 68 indica que ambos padres tienen la obligación de vivir juntos, demostrarse fidelidad y ayudarse mutuamente, además de juntos desarrollar trabajos domésticos y encargarse de cuidar y atender a hijos, padres o familia ampliada a su cargo. En este caso encontramos similitud con nuestro país debido a que la constitución remarca el deber de los padres de cuidar y dar protección a sus hijos.

No obstante, la misma ley menciona que existen términos o elementos que sirven como guía para resolver la custodia, como el deber que tienen los padres de cuidar a los hijos, tomar en cuenta la opinión del niño, y lo más importante se instaura la posibilidad de llegar a una custodia compartida o llegar a una custodia monoparental por medio de un acuerdo entre los padres.

Colombia

En la normativa de este país no se encuentra positivizada la custodia compartida, sin embargo, en el Código de Infancia y Adolescencia se refiere al término de “custodia” y los cuidados personales, donde se menciona que es un derecho de los hijos el que sus padres se arroguen la custodia para su desarrollo integral, se amplía para representantes legales y demás personas que convivan con los niños.

En este caso, se puede evidenciar una diferencia con lo establecido en nuestro país debido a que la posibilidad custodia se configura para ambos padres de forma general lo que refuerza la corresponsabilidad parental.

Chile

El artículo 225 de la Ley 20.680 de Chile, se establece la figura de “tuición compartida” que hace alusión al cuidado de los hijos por los progenitores por mutuo acuerdo o por resolución de autoridad competente, es decir en comparación con otras normativas se muestra una modalidad administrativa y notarial de resolverla y acordarla más directa.

En lo que respecta a esta cuestión se encuentran diferencias más notorias en relación a la legislación ecuatoriana debido a que no tenemos establecida la custodia compartida y no existe la interpretación de la misma, pese a que la carta suprema recoge el principio de interés superior del niño, como su desarrollo integral.

Argentina

El Código Civil de este país establece que la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres sobre sus hijos y los bienes de ellos, los cuales brindan protección y aportan en su formación integral, desde la concepción y hasta que no se hayan emancipado; es decir el fin de la patria potestad es que ambos progenitores tomen decisiones concernientes a la vida y al patrimonio de los hijos.

Por esa razón, cuando ocurre un divorcio o separación el ejercicio de la patria potestad será confiado al padre que tenga la tenencia, sin perjudicar al otro y permitirle una comunicación adecuada con el hijo y vigilar su educación y crecimiento.

Esta normativa se parece a la ecuatoriana en lo que refiere a la tenencia, pues hace referencia a la custodia de manera superficial, pues solo se reconoce el derecho que tienen los padres en lo que respecta en el cuidado y atención de los niños, niñas y adolescentes,

pero no se establecen los parámetros necesarios para asegurarles a los hijos una buena comunicación y relación parental.

1.1.13. Corresponsabilidad parental

Se refiere a la responsabilidad en conjunto o compartida que tienen los padres, es un principio que tiene como objetivo orientar a los hijos para que puedan desarrollar destrezas necesarias para vivir, ya sea que los padres estén juntos o no, tienen la obligación de ser protagonistas y participar en los escenarios cotidianos de la vida de los hijos, se puede traducir la corresponsabilidad parental o definirla como el ejercicio de la custodia compartida.

En palabras de (Acuña San Martín, 2013) la corresponsabilidad:

Consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica). Mirado desde la óptica de los padres, este principio orienta sobre la forma de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan judicialmente, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores, aunque estén separados. (págs. 5-6)

El principio de corresponsabilidad se complementa con el principio del interés superior del menor, está relacionado directamente con la igualdad de derechos de los progenitores, pero debe encaminarse más al bienestar de los hijos. Esto concuerda con lo que sugiere (Lehmann, 2018):

El cuidado unilateral debe concretizar el interés superior, conjuntamente con el principio de la igualdad de los padres, que se manifiesta en un sistema de corresponsabilidad. No es posible aplicar el interés superior del NNA, descontextualizado del interés de los padres, como se analizó. Y ello se debe fundamentalmente a que el principio de la igualdad de los padres permite un mejor desarrollo de los derechos de la infancia, al participar en la formación del NNA no sólo el padre más hábil, sino ambos; pero no toda forma de corresponsabilidad exige el cuidado personal compartido. (págs. 6-7)

A modo de análisis, define este principio como el deber de los padres con los hijos, pero en una igualdad de condiciones, que es la que sirve de base y fundamento para la aplicación de una custodia compartida, lo cual es muy acertado puesto que los derechos de los niños deben priorizarse.

1. 2. Fundamentación Empírica

La custodia compartida aparece con el Derecho anglosajón y cuenta con el fin de conseguir que los ambos padres ejerzan el cuidado y protección de los hijos, es decir los dos cuenten con igualdad de condiciones establecidos con la custodia legal. Algunos estudios demuestran que un divorcio genera un impacto negativo en los hijos, se investiga cuáles son los resultados y si este impacto es causado por una separación o es una consecuencia de este proceso, y surge un nuevo cuestionamiento planteando que en muchos casos esta disolución del matrimonio es lo contrario incluso pudiera ser una ocasión para mejorar la relación entre padres e hijos. (Fariña, Seijo, Arce, & Vázquez, 2017)

Los investigadores (O'Donohue, Beitz, & Tolle.L, 2009) afirman que, tras el divorcio optar por una custodia compartida resulta muy beneficioso para los hijos y por

ello realizan un estudio para contrastar las secuelas o resultados de los tipos de custodias en los hijos.

Para ello, (Bauserman, 2002) comparó los efectos de la custodia legal y física, además de la custodia monoparental materna, mediante un estudio donde los participantes fueron madres, padres, profesores, médicos e hijos, y llegó a concluir que las familias que tenía custodia compartida ya sea legal o física se encontraron mejor condicionados con su entorno, es decir presentaron más aspectos positivos, en cuanto a relaciones sociales, grado de autoestima y adaptación escolar.

(Bauserman, 2002) Sintetizó que “la investigación disponible es consistente con la hipótesis de que la custodia compartida puede ser beneficiosa para los niños y no presenta ninguna desventaja clara con respecto a la custodia exclusiva” (pág. 99).

Con posterioridad, (Nielsen, 2011) analizó los resultados de la custodia materna y la custodia compartida, estableciendo que para que exista una custodia compartida los hijos deberían pasar al menos un porcentaje del treinta y cinco por ciento con cada padre, el planteó varias interrogantes que hacían alusión a los recursos económicos, las ventajas de la custodia compartida, qué tipo de custodia garantizó su bienestar y la calidad de relación parental en comparación de estos dos tipos de custodias; de las cuestiones realizadas también se obtuvo que los efectos de la custodia compartida generan una mejor situación, específicamente a lo que se refiere a vínculos y las relaciones familiares. Además, lo que se destaca de esto es que para que los hijos puedan beneficiarse no es necesario que los padres tengan buenas condiciones económicas, o haber estudiado en las mejores academias o ser muy cooperativos, si no que deben tener un grado de responsabilidad consciente para que esto funcione.

En el 2015 (Fransson, Turunen, Hjern, Östberg, & Bergström) tomaron como muestra para su estudio a niños y adolescentes de entre diez a dieciocho años, los clasificaron en tres grupos, el primer grupo de 391 participantes con custodia compartida, el segundo de 654 tenían custodia monoparental y el tercero fue de 3.639 con familia completa, donde concluyeron que el trastorno emocional y psicológico se presentó en menor cantidad en aquellos con custodia compartida a diferencia de los que contaban con la custodia monoparental, y los llevaron a establecer que: “la custodia física conjunta podría contrarrestar los posibles efectos negativos de la separación de los padres” (pág. 183).

Por su parte (Kelly, 2007) menciona que los padres que contribuyen activamente en la vida de los niños y adolescentes, en lo que respecta a la situación social y educativa aporta grandes beneficios para los hijos, entre los que destacan los ajustes conductuales. (pág. 35)

2.1 La Justicia Terapéutica:

La justicia terapéutica entendida también como justicia restaurativa tiene como objetivo establecer procedimientos por medio de la búsqueda e iniciativas normativas, en cuanto a la superación de procesos que tienen como resultado las separaciones familiares, es decir es una manera de acompañamiento a familias que han pasado por esto y que puede llegar a tener como resultado la coparentalidad después de un divorcio, involucra a los elementos jurídicos con los que cuenta el Estado para poder lograr un bienestar emocional y psicológico en las personas involucradas. (Fariña, Seijo, Arce, & Vázquez, 2017)

Igualmente, requiere de todos los agentes jurídicos una intervención sensible al estado psicoemocional en el que se encuentran los progenitores, para que el

proceso sea lo más terapéutico posible para ellos y para sus hijos. En definitiva, facilita las separaciones colaborativas y amistosas que permiten proteger y potenciar el bienestar de todos y mantener relaciones de coparentalidad positiva. Así, promueve el derecho colaborativo, la mediación familiar, los programas de apoyo a las familias que viven la ruptura de pareja, como el de “ruptura de pareja no de familia” (Fariña, Seijo, Arce, & Vázquez, 2017)

1.3. Aspectos normativos

1.3.1 El principio a la igualdad formal, material y no discriminación

- Constitución de la República del Ecuador 2008.

En el artículo 66 numeral 4 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008) se reconocen: el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, además de esto en su art. 11 numeral 2 establece que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género (...)”

Así mismo, en el art. 11 numeral 4 se incluyen los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta. Se refiere a la discriminación directa cuando señala “que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” y se refiere a la discriminación indirecta cuando señala “que tenga por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. (Quezada Noboa, 2018)

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

En cuanto a la igualdad el art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se menciona que: “Los hombres y las mujeres (...) disfrutarán de iguales

derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

- Convención Americana sobre Derechos Humanos

En el primer artículo de este instrumento internacional encontramos el compromiso de los países por respetar derechos reconocidos en la Convención sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, entre otras.

Y su artículo 24 establece la igualdad de las personas ante la ley, y que todas tienen igual protección sin discriminación.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Este pacto recoge el precepto que todos los participantes deben tomar medidas apropiadas con el objetivo de asegurar la igualdad de derechos y deberes de los progenitores en lo que respecta al matrimonio y en caso de divorcio se deben adoptar disposiciones que garanticen protección a los hijos, establecido en el numeral 4 del art. 23.

1.3.2 Principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

- Constitución de la República del Ecuador 2008.

El art. 44 establece que tanto el Estado, sociedad y familia son los responsables de promover el desarrollo integral de los hijos de forma prioritaria, además se garantiza el principio del Interés Superior de niños, niñas y adolescentes y se establece que los derechos de aquellos van a prevalecer sobre los demás.

- Código de la Niñez y Adolescencia

“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”, art. 11 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

- El Comité de los Derechos del Niño (2013)

En la observación general número catorce se desarrolla el concepto triple del principio del interés superior del niño, donde se considera como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

De la misma manera el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, ha establecido siete parámetros que deben considerarse al analizar este principio como son: “La opinión del niño; La identidad del niño; La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.; Cuidado, protección y seguridad del niño; Situación de vulnerabilidad; El derecho del niño a la salud; El derecho del niño a la educación”. (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

1.3.3 Principio de la corresponsabilidad parental:

- Constitución de la República del Ecuador 2008.

El numeral 1 del art. 69 promueve la paternidad y maternidad responsable, donde ambos están obligados a cuidar, criar, educar, alimentar, velar por el desarrollo integral y proteger a sus hijos, “*en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo*”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Y el numeral 5 del referido artículo establece que el encargado de promover la corresponsabilidad materna y paterna, además de vigilar el cumplimiento de obligaciones y derechos recíprocos entre la familia es el Estado.

Así también, el art. 83 numeral 16 reconoce el deber de corresponsabilidad que tienen las madres y los padres en igual proporción.

- Código de la Niñez y Adolescencia

El art. 21 hace referencia que este principio tiene una formación dialéctica de deber-derecho, debido a que los hijos tienen el derecho a ser cuidados por sus padres y a mantener relaciones afectivas personales, regulares y permanentes con ambos progenitores.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El numeral 4 del art. 23 menciona que es deber de los estados adoptar medidas necesarias para garantizar la igualdad de derechos y deberes de los progenitores en lo referente al matrimonio y agrega que en caso de divorcios se debe brindar la protección suficiente a los hijos.

1.3.4. La Opinión del Niño

El Código de Niñez y Adolescencia manifiesta que es derecho de todo niño, niña y adolescente a ser consultados en todos los asuntos que les afecten.

- El Comité de los Derechos del Niño

La observación general 12 señala que la normativa sobre el divorcio de los estados partes debe tomar en cuenta el derecho del niño a ser escuchado por los jueces y los mediadores, además no establece una edad para que el niño sea considerado capaz para

manifestar su opinión si no que prevé una evaluación individualizada, es decir, sea analizado caso por caso.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la Opinión Consultiva OC-21/14 se reconoce el derecho de ser escuchados en función de su madurez y que su opinión sea considerada en procedimientos administrativos o judiciales en la que pueda adoptar la preferencia de quedarse con uno de sus padres.

CAPITULO II: Metodología de la investigación

2.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación en el presente trabajo es cualitativo porque se ha analizado la bibliografía desarrollada en el marco teórico proveniente de artículos científicos, libros físicos y virtuales, ensayos avalados; la Constitución de la República del Ecuador, Leyes Orgánicas e Instrumentos Internacionales de Derecho; por otra parte se pudo obtener información de manera empírica y trabajo de campo realizando entrevistas a funcionarios judiciales de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y a profesionales del Derecho expertos en familia para obtener información sobre la custodia compartida, su impacto, la corresponsabilidad paterna como medio para garantizar el desarrollo integral, apreciar opiniones acerca de que si el Código de Niñez y Adolescencia en lo referente de otorgar custodias y patria potestad está en contra del principio constitucional de igualdad, si debería hacerse una reforma y si es exitosa la figura de la custodia compartida en el Ecuador.

2.2. Métodos de investigación

El método de investigación del presente trabajo, es el método inductivo porque se ha analizado casos particulares, que en esta ocasión fueron artículos normativos

particulares los cuales permitieron llegar a conclusiones generales que sirvieron como ayuda para lograr el objeto de investigación, el cual fue determinar si existe una incompatibilidad entre dichos artículos, además de considerar si los progenitores están comprometidos y cumplen con lo dispuesto por la figura de la custodia compartida.

Método de investigación específico

Dogmático jurídico, se conoce como dogmático porque en el derecho la norma jurídica es considerada un dogma. Es una aproximación al objeto desde el estudio de la norma jurídica o desde el ordenamiento jurídico. Estudia a las estructuras del derecho objetivo, la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico por lo que se basa en fuentes formales del derecho objetivo. Investiga “lo que los humanos dicen que hacen con el derecho” Se conecta con el tema de la validez de las normas jurídicas (tal y como se labora en la construcción del fenómeno jurídico). Se encarga de demostrar si el ordenamiento jurídico es o no válido. En este tipo de investigación se estudian en detalle las normas jurídicas procedentes de estas fuentes formales, es decir, provenientes de la legislación y la doctrina.

2.3. Instrumentos o Herramientas

- En el presente trabajo de investigación los instrumentos de investigación serán el análisis de caso y la entrevista, esta última al ser un instrumento de recopilación de información se puede llegar a determinar lo que se pretende investigar de una manera más directa e interactiva, además es una técnica que nos permite recabar datos no cuantificables mediante un diálogo con el fin de descubrir información, no simplemente entablar una conversación, es decir, este tipo nos permite recabar opiniones e información detallada y así obtener respuestas descriptivas.

- Las entrevistas van dirigidas a Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con el objetivo de indagar acerca de su conocimiento y criterio en la efectividad de la propuesta de la custodia compartida.
- A los profesionales del Derecho expertos en familia, realizarles la entrevista para que de acuerdo a su experiencia puedan dar a conocer si se cumple con el principio de igualdad y se respeta el interés superior del niño en los casos de custodia compartida.

Entrevistas

Dentro de la metodología expuesta y como la principal fuente de validación del objeto de investigación, la entrevista compuesta por interrogantes estratégicas a obtener respuestas críticas que refieran y fundamenten el presente estudio, está dirigida a trabajadores y funcionarios relacionados con la problemática aquí identificada

Análisis de caso

Se analizan diligencias judiciales y el fallo de la Corte Constitucional en torno a la custodia compartida y la declaración de inconstitucionalidad de la preferencia materna.

2.4. Descripción de Datos

Población

La población objeto de la presente investigación y a quienes se aplica las técnicas e instrumentos señalados son profesionales del derecho, jueces y funcionarios, relacionados con la materia de niñez y adolescencia, y concedores del derecho y su práctica.

Muestreo

Para la entrevista fueron identificados dos jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ibarra, dos profesionales del derecho en libre ejercicio, un funcionario público afín y el equipo técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ibarra.

2.5. Resultados obtenidos en la entrevista

A continuación, se presentan los resultados obtenidos en cada una de las interrogantes planteadas a los entrevistados:

Entrevista 1

Entrevistado: Juez Santiago Vallejo

1. ¿Considera que en el Ecuador existe igualdad cuando se otorga la patria potestad de los hijos?

La Patria Potestad por norma está otorgada para ambos padres y estos tienen que cumplir con ella, que es más bien el cuidado de los niños, niñas y adolescentes, entonces por norma sí.

2. ¿Cree usted que el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA donde se mantiene un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño apoya o es contrario al principio de corresponsabilidad parental?

Por condición biológica los niños que no han cumplido seis años requieren la atención y cuidado de su madre, para que su desarrollo integral sea óptimo, en los artículos que se enuncian, debe observarse siempre la edad del menor, porque desde los doce años los niños ya tendrían la opción para que ellos puedan decidir con qué padre van

a vivir, entonces en este caso es contrapuesto, porque no se puede hablar de corresponsabilidad parental cuando ambas partes están separadas.

3. En su experiencia, ¿La Custodia Compartida garantizaría el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes?

Depende, pues es muy importante no solo el aspecto psicológico de los niños, porque su desarrollo va de acuerdo a sus diferentes etapas del crecimiento, la custodia compartida podría ser desde los doce años, en donde el menor empieza a tener otro tipo de necesidades, ahí si se podría hablar de la Custodia Compartida como una opción óptima para ese entonces.

4. ¿Considera usted que por medio de la figura de la Custodia Compartida se garantizaría el Principio de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes o por el contrario se vulnerarían derechos?

En este caso si se estaría garantizando el Interés Superior, pues el menor no solamente tiene el derecho a recibir la pensión alimenticia, si no también tiene derecho a ver a su padre y a compartir con él, en el caso que estuviera con la mamá, pues también hay casos contrarios, en ese caso el niño tendría derecho a compartir con su mamá y con la familia ampliada.

5. A su parecer ¿Cuál es el fin de la custodia compartida?

Interrelacionar a los padres e hijos para que puedan tener un desarrollo integral normal, que la separación de los padres no afecte a los niños, tanto para su crecimiento biológico como su desarrollo cognitivo y su desarrollo interpersonal con las demás personas.

6. ¿Cuáles son los criterios y preceptos legales que usted tomaría en cuenta para otorgar una custodia compartida?

Principalmente el artículo 44, 11, 106, además de la sana crítica que es la facultad exclusiva de los jueces, la experiencia que uno obtiene en el trabajo de todos estos años, para poder analizar a la persona junto a cada uno de los medios de prueba que vayan acreditar, que la persona en este caso puede cumplir con las responsabilidades de padre y así otorgarle la patria potestad. Por ejemplo, si hablamos de una persona que ha estado inmiscuida en delitos o haya pagado una pena, nosotros como jueces no le vamos a negar que comparta con el hijo, si no que él tendrá demostrar que ha cambiado, que ha variado la situación y que en este caso el señor sea rehabilitado y esté pendiente de su hijo, que es lo que se trata, que el hijo no aprenda de los errores del papá si no de las mejores que tiene.

7. ¿Conforme a su criterio, existe incompatibilidad entre el art. 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia donde se menciona que se prefiere a la madre en el caso de patria potestad de los hijos, con el principio de Igualdad consagrado en el art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008?

No es contrapuesto, porque la misma normativa ha sido pensada por el legislador de esa forma, en el desarrollo, la edad y las necesidades que va teniendo el menor para su crecimiento, entonces para un padre le resulta más difícil atender a los niños desde los cero hasta los seis años, aunque no es imposible es un poco más complicado, por esta razón le ayudaría más a la madre compartir con el hijo para su desarrollo. En este caso no creo que afecte el principio de igualdad.

8. Teniendo en cuenta que existe una demanda de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional ¿Cuál es su punto de vista, en relación a que se declare la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia antes mencionado?

En este caso, para que se declare inconstitucional debe estar contrario a la norma constitucional, entonces cuando nosotros analizamos el artículo 106, lo que tenemos es que el legislador nos brindó como herramienta, nosotros como jueces no podemos ir con una interpretación más extensiva de la misma norma si no aplicarla de una manera irrestricta como dice el 13 del Código Civil, entonces a criterio personal si habría la posibilidad de que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad condicionada de esta norma, sería la opción más óptima para que permita en este caso intercalar roles entre padre y madre, con esto estaríamos señalando que, en el caso de que existan niños, niñas o adolescentes cuya madre no pueda cumplir con ese rol, la custodia sea entregada al padre, para que él empiece con el desarrollo y cuidado de su hijo, por esa razón me parece muy importante que la Corte analice el tema desde una perspectiva más amplia, no solo desde los derechos humanos, si no desde el enfoque del Interés Superior, que es un estándar que se debe tener mucho cuidado y que es definitivamente aplicable para cada caso en concreto, pues no todos los casos son iguales.

9. ¿Cuál es su opinión respecto al desarrollo de la Justicia Terapéutica en la normativa ecuatoriana para los casos de divorcios y separaciones?

La Justicia Terapéutica no es muy común, nosotros como Jueces de familia, mientras no exista en este caso un problema que llegue a nuestro conocimiento, dentro de un procedimiento específico o causa específica, nosotros no podemos accionar al equipo técnico, por ejemplo en el caso de divorcio, es absolutamente impertinente designar al

equipo técnico que haga una valoración, sea psicológica, médica o de trabajo social, siempre y cuando no existan problemas adicionales en esa relación, que se acredite que en este caso necesitan imperiosamente que se determine por parte del juzgador a quien debe concederse la tenencia, en ese caso si se lo hace, pero llega hasta ahí, se toma la decisión, se notifica y no se continúa con ese tratamiento terapéutico, porque el equipo técnico de esta Unidad Judicial no se encuentra autorizado para otorgar un tratamiento posterior, puede hacer un seguimiento sí, pero no puede aplicarse un tratamiento, no se puede hablar de terapéutica cuando no se encuentra la posibilidad de que se puedan tomar recursos económicos del Estado para que se cubra esas necesidades de los hijos. Y si se podría implementar mediante una reforma para que se autorice al equipo técnico e informar al juez de la causa, señalando el avance que han tenido.

Entrevista 2

Entrevistado: Juez Alexis Simbaña

1. ¿Considera que en el Ecuador existe igualdad cuando se otorga la patria potestad de los hijos?

Efectivamente considero que en nuestro Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia donde se regula esta figura de la patria potestad es muy claro, y no existe confusión pues tanto el Código Sustantivo Civil Ecuatoriano, es decir el Código Civil como el Código de Niñez determinan que la Patria Potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen ambos padres para con sus hijos. Hay que tener en cuenta que el ejercicio de la Patria Potestad por lo general se lo encuentra regulado a quien se le da la tenencia, pero la Patria Potestad es un derecho en el cual los dos padres, padre y madre tienen esos mismos derechos, no podemos hablar de desigualdad, pues la ley nos explica que si existe igualdad.

2. ¿Cree usted que el artículo 106 numerales 2 y 4 del CNA donde se mantiene un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño apoya o es contrario al principio de corresponsabilidad parental?

Este artículo en mención que da las reglas para que un juzgador confíe la patria potestad ha tenido varias críticas por parte de la sociedad, y existen dos lineamientos sumamente contrapuestos, al punto que la Corte Constitucional ecuatoriana pretende aclarar este punto. En ese sentido a criterio muy personal, en mi calidad de Juzgador y garantizando también la facultad que me da el Estado de la imparcialidad y la independencia, yo considero personalmente que estos artículos podrían estar vulnerando derechos de igualdad en ciertos casos, más aún en los temas que la edad de los doce años, donde la norma ha establecido que menos de 12 años tenemos el status jurídico de niños y de doce años en adelante el status de adolescentes en donde como nos explica Corte Constitucional deben ser consultados, es decir deben ser escuchados por el juzgador. El artículo 106 numerales 2 y 4 al que se hace mención, habla específicamente en un tema de falta de acuerdo, ahora bien, si se tiene una opinión del adolescente ya empieza a cambiar la balanza y ya no puede el juez decir que el numeral 4 nos dice que los padres tienen las mismas condiciones porque ahí el juez tiene la obligación de aplicar el artículo 60 donde se le llama a una entrevista reservada al adolescente y empieza ya a escuchar al adolescente, entonces el juez va a tomar una decisión con los parámetros que indique el adolescente.

Ahora bien, el numeral dos donde establece el caso que exista controversia, donde se prefiere a la madre, considero que aquí sí podría estar vulnerando el principio de igualdad, porque existen niños de 10 o 11 años que incluso se dedican a trabajar, algo que es ilegal, tienen capacidad de emitir su opinión.

3. En su experiencia, ¿La Custodia Compartida garantizaría el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes?

Considero hasta cierto punto que bajo los parámetros a los que me referí del numeral dos, si se llegara a dar una justicia compartida, que es muy probable que por cuestión de derechos e igualdad los progenitores también tienen esa potestad de cuidar, y si vamos hacer un análisis, que no puede hacer el hombre o que no podría hacer la mujer respecto al cuidado de los niños, no existe casi nada que no podría hacer un hombre a excepción de la regla de los años tiernos, pero sí podría afectar al desarrollo integral en el caso de que se dé una justicia compartida, porque se está debatiendo ahora el Código Orgánico COPINA, que es ahora el nuevo código de niñez y adolescencia, se hace un análisis del fenómeno de los niños mochila, que los empiezan a llamar, que consiste en que si bien es cierto tienen una declaratoria de custodia compartida, los niños no van a saber cuál es su derecho de pertenencia, no van a saber cuál es su hogar exactamente, cuál es su cuarto, ese sentido de pertenencia que tienen los niños es muy importante para su identidad, para su desarrollo, no podríamos hablar de un niño de 6 o 7 años que 15 días pasa en Guayaquil y 15 días en Quito, en ese sentido, cuando le pregunten donde vives, como es tu cuarto, existe esa dualidad en la que se podría decir este niño a dónde pertenece, y eso es lo que la doctrina manifiesta como niños mochila, donde tomas a un niño y te cargas y te lo llevas, en un lado está bien y en el otro lado también está bien, entonces considero que el principio y la identidad de pertenencia debe ser muy importante para el normal desarrollo y desenvolvimiento de los niños, ese es mi criterio independiente y personal, pues podría existir vulneración y no garantizaría el derecho del desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes.

4. ¿Considera usted que por medio de la figura de la Custodia Compartida se garantizaría el Principio de Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes o por el contrario se vulnerarían derechos?

A mi criterio como lo he manifestado en esta entrevista, considero que la figura de la custodia compartida, considero que es una buena vía, pero a ciertas luces, no vulneraría derechos, pero en otros casos si lo haría, por eso las máximas autoridades tendrían que darnos lineamientos muy expresos, para que no exista confusión.

5. A su parecer ¿Cuál es el fin de la custodia compartida?

La igualdad de derechos, pero aquí se debe determinar algo, no debemos confundir la igualdad de derechos tanto del padre como de la madre, cuando se debe tutelar como norma y principio general es el derecho del menor, no es esto un trofeo para estar dando un merecimiento al padre que tiene la custodia y otro a la madre que tiene la custodia, los padres y nuestra sociedad, desde un aspecto ortodoxo no podemos entender que el tener la custodia sería tener un trofeo o una medalla, lo que debemos observar es en qué lugar el niño se encuentra de mejor manera.

6. ¿Cuáles son los criterios y preceptos legales que usted tomaría en cuenta para otorgar una custodia compartida?

La doctrina, jurisprudencia internacional nos enseña el principio de los años tiernos que se caracteriza por establecer que un hijo que se encuentre dentro de los 3, 4 o 5 años o menos, se enmarque en esta característica de los años tiernos y por norma, por humanidad, por el tema de protección del mismo menor, pues hay niños que son lactantes, sin que esto se entienda como un criterio machista o feminista, hay niños que necesitan la protección o que son más apegados a su madre, a su familia ampliada materna también,

por tal motivo considero que deba tener todavía la madre la protección por parte del Estado para que ella sea la primera llamada a la tutela o cuidado de sus hijos, cuando existan los años tiernos. Pero si tienen 7 u 8 años, es donde el juez ya puede empezar alejarse de esta regla, porque si revisamos el numeral 2 del 106 es una norma mandataria, no es una norma permisiva, pues dice a falta de acuerdo y determina de qué forma debería proceder. Es un tema muy debatible y esa es mi posición que en los años tiernos deben estar los niños con la madre.

7. ¿Conforme a su criterio, existe incompatibilidad entre el art. 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia donde se menciona que se prefiere a la madre en el caso de patria potestad de los hijos, con el principio de Igualdad consagrado en el art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008?

Si existe bajo esas luces, a una lectura taxativa o directa de la normativa como el numeral 4, donde se menciona que se preferirá a la madre, esa preferencia sin una motivación y sin una justificación expresa vulnera obviamente lo que es el principio de igualdad, por eso menciono que la norma no está clara, efectivamente considero que si puede estar vulnerando derechos, pero tampoco podemos tener algo tan ambiguo en el que cualquiera de los dos padres tendrían los mismos derechos porque ahí tendríamos que aplicar estos principios que menciono.

8. Teniendo en cuenta que existe una demanda de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional ¿Cuál es su punto de vista, en relación a que se declare la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia antes mencionado?

Con respecto a mi punto de vista, considero que los profesionales que están impulsando este tipo de causas tienen muchos elementos, mucha base fáctica, mucha razón, porque no es la primera vez que existe un conflicto de hecho así evoluciona el sistema de derechos ecuatoriano, pues así funciona la ley, por tal motivo considero que si ya está esto con admisibilidad de la tramitación en la acción constitucional como garantía, considero que es muy probable, por no decir la totalidad, un 80% de que sea admitida.

9. ¿Cuál es su opinión respecto al desarrollo de la Justicia Terapéutica en la normativa ecuatoriana para los casos de divorcios y separaciones?

Entendiendo que justicia terapéutica, se refiere a los efectos o la protección o tutela de las partes procesales, posterior a una decisión judicial, entiendo efectivamente que la administración de justicia no puede deslindarse de los aspectos emocionales de la sociedad, el juez o la administración de justicia una vez que decide concluir con una decisión judicial, no puede por ningún parámetro decir, hasta aquí llegué y ustedes verán cómo se solucionan, existe mucha doctrina también a lo que corresponde a la justicia restaurativa en materiales no penales, en materia penal esta justicia está más desarrollada, sin embargo en la no penal existen esos lineamientos, en la cual la finalidad es buscar una tutela de que las personas que se someten a la justicia ordinaria puedan tener esa protección, y no solamente de las partes procesales, sino también como queda la familia ampliada, como quedan los abuelitos en caso de una separación como quedan los niños, muchas veces los padres se dedican a trabajar y los niños pasan con sus abuelitos o sus tíos, y cuando empiezan hacer estos cambios de tenencias, de divorcios o separaciones, los que sufren son todos, incluso los niños sufren por las mascotas, por estas razones considero que esta justicia se va a instaurar.

Entrevista 3

Entrevistado: Ab. Oscar Montaña

1. ¿A su parecer, que figura legal se preocupa más por velar el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, la Custodia Monoparental o la Custodia Compartida?

Evidentemente la custodia compartida por los principios que la conforman y por las instituciones que vienen a ser parte de la custodia compartida, está primero la alternancia, la igualdad parental que básicamente lo que hace es distribuir de forma equitativa los roles, que son las actividades que debe desarrollar un padre en torno al cuidado de sus hijos, cuando no hablamos de custodia compartida los roles de cuidado recaen específicamente en la mujer, cuando la custodia es compartida con el principio de igualdad parental, evidentemente los roles contribuyen de forma equitativa. Después está el principio de corresponsabilidad parental y por medio de este principio se distribuyen los roles de manera igualitaria, porque actualmente los padres responden por los derechos patrimoniales del menor, pero el menor también tiene derechos fundamentales; el principio de coparentalidad es aquel que la da al niño un derecho de mantener la relación afectiva con los dos padres, eso en el sistema legal ecuatoriano no existe, incluso hay una especie de obstáculos al momento de ejercer vínculos sentimentales con los padres que no tienen la tenencia, por eso creo que los sistemas compartidos podrían adaptarse de mejor manera a la realidad del entorno del niño y adolescente ecuatoriano .

2. ¿En un caso de divorcio o separación, usted recomendaría a sus patrocinados optar por una custodia compartida?

Si es que en el Ecuador fuera legal la custodia compartida lo haría, pero para que una custodia compartida sea óptima y plena se requiere un mejoramiento institucional reformas legislativas notorias, por ejemplo en los Distritos Metropolitanos como

Barcelona o Estocolmo, es decir las ciudades de primer mundo donde funciona este sistema, se requiere que si existe una custodia compartida donde el niño pasa 'x' días con el padre y 'x' días con la madre, se requieren jornadas laborales adecuadas a esa distribución, en el Ecuador no hay ese reconocimiento y para que funcione una custodia compartida no va a bastar en ponerla en un papel, en el Código de la Niñez sino que se requerirá una reforma institucional y legislativa bastante amplia para que eso sea una realidad concreta.

3. ¿Considera necesario que se incluya esta figura dentro los procesos que se llevan a cabo mediante mediación?

No se podría realizar por cuanto al artículo 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece como requisito para la mediación la transigibilidad de la materia, y como la mediación no es una figura que nace en los estados anglosajones que son estados consuetudinarios, entonces como en Estados Unidos la costumbre está por encima de la Ley, y aunque la ley no establezca estos supuestos allá si es permitido, una mediación en ese sentido. En el Ecuador no somos un estado consuetudinario sino un estado legal. Y si ya se institucionaliza la custodia compartida podría ahí si realizarse por mediación caso contrario sería imposible.

4. ¿En su opinión, existirían más impactos positivos o negativos con la Custodia Compartida?

Es complicado ajustarlo a la realidad ecuatoriana, pues todo sería expectativas y posibilidades ya que nunca ha existido, yo en efecto creo a opinión personal que los aspectos positivos serían mayores, porque una custodia compartida permite que el niño tenga contacto con las dos familias, que el niño comparta su entorno con las dos familias, que el niño se sienta querido por dos familias, siempre es mejor. Ahora el aspecto negativo

sería el tema de la madurez, en el Ecuador los divorcios generan un grado de conflicto tan alto que lamentablemente la relación entre padres queda rota, se utiliza a los niños como herramienta de venganza y esa situación genera a la larga que quien se queda con la tenencia del niño que generalmente es la madre, ejerza como represión o venganza al padre, indisponiendo al niño con el padre, imposibilitando que se establezcan lazos de apego, inclusive en Ecuador se ha visto casos que no les permiten ver a los niños, entonces con esa inmadurez con la que se manejan los divorcios es lo complicado para manejar el tema de custodia compartida en el país. Sin embargo, me mantengo en que los impactos positivos serían mejores.

5. ¿Cuáles son los límites de la Custodia Compartida?

Los límites de toda actuación pública, Luigi Ferrajoli en sus obras, nos habla de los poderes de la democracia, y tiene relación con el Ecuador porque en el artículo primero de la Constitución establece que el Ecuador es un estado democrático. En ese sentido la democracia tiene dos dimensiones, una formal y una sustancial, la formal se refiere a la forma que tomamos decisiones, mecanismos y la sustancial básicamente es que estas actuaciones de la democracia formal, de cómo decidimos y en el aspecto material de por qué decidimos. En el sistema garantista de Ferrajoli se establecen los límites de los derechos fundamentales, pues los derechos fundamentales son reconocidos por el poder constituyente y protegidos por el Estado. Siendo los límites de la actuación tanto públicos como privados la dimensión sustancial de la democracia que Ferrajoli llama la esfera de lo no decidible. Los límites de lo que se plantea serían los mismos, pues la custodia compartida no puede abordarse, pactarse o implementarse si es que vulnera, violenta, restringe u obstaculiza un derecho fundamental, sea del padre, de la madre o del niño, esos son los límites de todas las actuaciones.

6. ¿Cree que por medio de la Custodia Compartida se garantiza el Principio de Interés Superior y el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes?

En mi opinión las escuelas de Derecho son positivistas, pues están convirtiendo a la profesión en una carrera técnica y esa no es la característica del derecho. El interés superior del niño es un modelo, la custodia compartida es otro modelo y la custodia monoparental otro. Entonces hay diferentes, el primer modelo que quiero hacer mención es el de los años iniciales, este modelo establece básicamente que la mujer tiene las condiciones naturales o está destinada por naturaleza a ser madre, y que, por ese destino y esa manifestación de la naturaleza, la mujer está obligada a cumplir con ese rol y los niños deben permanecer con ella. Después tenemos el modelo del Interés Superior del niño, en donde se debe verificar en que lugar el menor va a estar mejor, con la madre o el padre, es decir por conveniencia. Existe otro modelo de necesidades que dice que el niño debe quedarse donde haya desarrollado mayor vínculo sentimental, y después está el modelo de la aproximación, donde se dice que desde la práctica que lo que tiene que realizarse es el tema de la verificación, de cómo eran los roles familiares antes de la separación y verificar cual era el rol que le correspondía al padre en cuanto a la crianza del hijo, y ese rol es el que debe permanecer cuando ocurre el divorcio, porque eso causaría un menor efecto psicológico en el niño, conservando en lo más posible su vida antes del divorcio. Finalmente está el modelo de la corresponsabilidad, que dice que no importa lo que le convenga al niño, si no que el niño debe relacionarse con los dos padres, entonces bajo esa situación, existe una mezcla, pues en la Constitución está garantizado el principio del Interés Superior del niño, en cambio en el Código de la Niñez y Adolescencia está garantizado la teoría de los años iniciales. Por estas ligerezas normativas tenemos dos modelos y para resolver, que modelo es el definitivo, se requieren actuaciones jurisprudenciales, para que determinen que modelo es el conveniente; pero

por el principio de supremacía constitucional, evidentemente debería prevalecer por este principio el de Interés Superior del niño.

7. ¿Considera que en el Ecuador existe una igualdad completa al momento de otorgar la patria potestad de los hijos entre la madre y el padre?

La igualdad quizá es el principio más complicado de la ciencia jurídica, estudiar este principio es bastante complicado por el sistema legal que mantiene el Ecuador, porque el principio de igualdad es el único que es principio y norma a la vez. Además, tiene dos finalidades, pues es dual, la primera es remover las diferencias y la segunda es erradicar las desigualdades. Norberto Bobbio nos habla de los dos tipos de igualdades la formal y la material, al igual que su pupilo Ferrajoli, quienes mencionan que la igualdad existe por dos razones, porque somos diferentes y porque somos desiguales; este es el principal inconveniente, las diferencias se refieren a las particularidades de la formación de las personas y las características individuales. El principio de igualdad menciona que el deber primordial del Estado es erradicar las desigualdades por medio de la creación de políticas. Que decir de las cargas que se le asignan a la mujer, en efecto me parece que existe una vulneración al principio de igualdad, pero no desde el punto de vista del machismo, que dice solo la madre tenga la carga familiar menor a la del hombre, por el contrario yo creo que existe una vulneración al principio de igualdad en esta teoría de los años iniciales, pero no en contra del hombre si no en contra de la mujer, porque las cuestiones que surgen con el cuidado del hijo, requieren de varios elementos, primero el tiempo, una mujer que se encarga de criar un niño no puede ejercer otras funciones o derechos como el trabajo, hay estadísticas que muestran que la mujer gana menos que el hombre y que accede al trabajo menos que el hombre, pese a que en la Universidad hay más mujeres que hombres; también en el tema de la educación, si la mujer está a cargo de un niño es más difícil ir a una universidad o un colegio, y así podría nombrar un millar

de derechos. Entonces evidentemente si es que existe una desigualdad, sí, pero esta desigualdad nace atrás cuando la distribución de los medios de producción se hacían, a la mujer la obligaron a permanecer en casa, le quitaron a la mujer el derecho de participar en temas productivos, por eso es que la mujer no tiene patrimonio, bienes, economía ni tiene relaciones sociales, porque tuvo que renunciar a todo para dedicarse al cuidado específico del niño, y eso históricamente ha generado una vulnerabilidad al estado de mujer que no tiene total acceso a oportunidades, y el principio de lactancia natural como lo dije, la mujer perpetua el estado de vulnerabilidad, esto tiene que corregirse.

8. ¿Cree usted que existe una incompatibilidad entre el art. 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia donde se menciona que se prefiere a la madre en el caso de patria potestad de los hijos, con el principio de Igualdad consagrado en el art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008?

Por supuesto, porque introduce una desigualdad que como he mencionado obliga a la mujer a no acceder a los derechos que le garantiza la constitución, cuando el principio de igualdad le da al Estado el poder eliminar la desigualdad, por eso resulta evidente decir que hay una contradicción entre este sistema con el principio de igualdad, y no solamente eso, también está en contradicción con el artículo 48 que establece como sistema el modelo del principio del Interés Superior, entonces creo que debería declararse inconstitucional los artículos mencionados.

9. ¿Considera pertinente que se realice una reforma a los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia antes mencionado?

Por supuesto, debería declararse la inconstitucionalidad y evidentemente la reforma sería por vía legislativa.

10. ¿Cree usted necesario el desarrollo de la Justicia Terapéutica en la normativa ecuatoriana para los casos de divorcios y separaciones?

Bastante complicado, la justicia terapéutica consiste en la determinación de los afectos psíquicos y psicológicos que genera una norma sobre los destinatarios, cuando se configuró el Estado en los años 1515, después de la escritura del Leviatán de Hobbes, básicamente decía que los hombres somos animales salvajes que queremos hacernos daño unos a otros y que al ser hombre malo por naturaleza, se refería a una máquina monstruosa que tenga el derecho de usar la fuerza contra el hombre, para básicamente evitar que nos dañemos unos a otros, entonces el Estado moderno se construyó sobre la base de la violencia, que es la Ley, la ley es un precepto normativo que le dice al ciudadano te permito hacer esto, o te prohíbo hacer esto, y si haces esto o no haces esto, te castigo, eso se llama violencia institucionalizada, porque la norma es un precepto de comportamiento seguido de una amenaza, las amenazas siempre generan efectos psicológicos. Por esta razón para implementar la justicia terapéutica, se debe analizar si toda la norma se basa en una ley y una ley en amenazas, entonces efectivamente si tiene amenazas va a tener un efecto psicológico negativo en la psiquis de las personas, entonces el objetivo de estos modelos entiendo básicamente que si es que una ley genera estadísticamente efectos psicológicos adversos, es una ley que perdería eficacia, por esta razón hasta no pensar en un modelo diferente de Estado, donde este Estado se justifique de una forma distinta a usar la fuerza de forma legítima este modelo no tendría ningún sentido, habría que replantearle el concepto mismo del Estado con esa situación se podrá pensar en reformular el concepto de justicia terapéutica.

Entrevista 4

Entrevistado: Ab. Diego Cabrera

1. ¿A su parecer, que figura legal se preocupa más por velar el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, la Custodia Monoparental o la Custodia Compartida?

Yo creo que el mejor tema para el desarrollo integral del niño, entendiéndose hasta los 18 años del adolescente, es que sea una custodia compartida, tanto el padre como la madre deben tener plenas atribuciones respecto a las obligaciones y deberes para con sus hijos, debe ser de forma compartida, no debe ser de forma discriminatoria, respecto solo hacia la madre o solo hacia el padre, para que el niño desarrolle su vida de mejor manera.

2. ¿En un caso de divorcio o separación, usted recomendaría a sus patrocinados optar por una custodia compartida?

Sí, pero tomaría en cuenta aspectos como la edad del menor y la opinión del menor, pues hay muchas ocasiones en las que los niños se llevan mucho mejor con el padre que con la madre, por eso antes de recomendar, se debe analizar la situación particular de los niños, niñas y adolescentes, pero destacando que la custodia compartida y los lazos de consanguineidad deben ser reforzados, independientemente que el niño se quede con la madre o con el padre, pues se debe preservar la integridad psicológica, porque un proceso como es el divorcio es muy difícil para las personas adultas, aún más para los niños.

3. ¿Considera necesario que se incluya esta figura dentro los procesos que se llevan a cabo mediante mediación?

En los casos de los que he tenido conocimiento de divorcio por mutuo conocimiento, antes en las Unidades Judiciales, ahora en las Notarías, la mediación es super importante, tomándolo en cuenta que es una decisión propia de las partes y en los

procesos que se llevan a cabo mediante mediación, es importante que se pueda decidir respecto al tema de tenencia de los niños, ahí es donde más se respeta el acuerdo de los padres, sin embargo también tenemos que estar sujetos a lo que es más importante el interés superior del menor, eso debe resaltar entre todos los aspectos.

4. ¿En su opinión, existirían más impactos positivos o negativos con la Custodia Compartida?

Serían más acciones positivas, la relación parento filial entre padres e hijos se va reforzar, el desarrollo psicológico de los niños va a ser aún más adecuado, no va a existir este conflicto entre los padres respecto de los hijos, y no solo debe entenderse sobre el tema de alimentos, sino el tema integral que lleva consigo el tema familiar, entonces el tema de compartir y que tengan la custodia ambos progenitores es más adecuado para el menor, siempre se debe observar esa parte es decir a los niños.

5. ¿Cuáles son los límites de la Custodia Compartida?

El límite es cuando se afecta al menor, por eso la ley nos da parámetros para establecer o revisar para que el tema de los niños no se vea afectado, en muchos de los casos los padres quieren quedarse con la tenencia del menor, solo por el fin de evitarse un pago de pensión alimenticia, pero no ven más allá, no ven las afectaciones que pueden generarse de esta decisión. Por eso la custodia compartida no debe verse desde ese las obligaciones que deben tenerse hacia el menor, sino desde una responsabilidad en el desarrollo integral de los niños, esos serían los limitantes, si alguno de los padres no le puede brindar un soporte adecuado, debe renunciar a esa tenencia y darle al otro progenitor.

6. ¿Cree que por medio de la Custodia Compartida se garantiza el Principio de Interés Superior y el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes?

Sí, es mucho mejor la tenencia compartida, se trata de que se evite un trauma psicológico en los menores porque en el mayor de los casos los problemas a raíz de una separación es el cuidado de los niños y adolescentes, en donde no se pueden poner reglas claras porque en algunos casos la mamá es muy permisiva y el papá no, o al sentido contrario, con el afán de tener la aprobación del menor se lo puede dejar de lado, lo que genera circunstancias de inconvenientes. Por esta razón es muy importante el tema de la custodia compartida y que sea visto desde esa perspectiva.

7. ¿Considera que en el Ecuador existe una igualdad completa al momento de otorgar la patria potestad de los hijos entre la madre y el padre?

Yo creo que no pues nuestra legislación tiene inicios el Derecho Romano y hasta hoy tenemos bases de aquello, y considero que nos falta mucho camino para llegar a la igualdad, tanto igualdad en género como igualdad material, nuestra legislación recoge que los menores de 9 o 10 años deben quedarse obligatoriamente con la madre, sin embargo hay ocasiones en las que esto no es lo más adecuado para el menor, entonces debe revisarse el principio de igualdad y no discriminación, para implementarse de mejor manera y analizarse la realidad de la sociedad, pues ha venido desarrollándose y evolucionándose.

8. ¿Cree usted que existe una incompatibilidad entre el art. 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia donde se menciona que se prefiere a la madre en el caso de patria potestad de los hijos, con el principio de Igualdad consagrado en el art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008?

Tenemos que analizar qué derecho se está involucrando, en este caso es el desarrollo integral de los niños, y desde esa perspectiva se debe hacer un análisis que pretenda la no discriminación o desigualdad entre los progenitores, efectivamente si hay elementos adecuados para llegar a esa perspectiva, en muchas de las ocasiones este conocimiento previo de la investigación, hace tomar decisiones erróneas a las madres, porque toman a los hijos como un mecanismo de represión hacia el padre, de que ella tiene la obligación de quedarse con el menor y restringir el derecho de visitas o la relación parento filial, y eso causa efectos psicológicos negativos al menor porque ellos ven que los padres están peleando su tenencia, el no compartir y no más bien su bienestar. Por esa razón si existe un tema de discriminación que debe estar analizado el tema constitucional de Derechos y tema constitucional de derecho respecto de los niños y adolescentes.

9. ¿Considera pertinente que se realice una reforma a los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia antes mencionado?

Sí, pues es importante que este principio de no discriminación, principio de igualdad sea analizado por parte de nuestros legisladores, o por parte de la Corte Constitucional, en donde se analicen los derechos de los menores, hoy en la actualidad los roles han cambiado, pues hoy las madres son las que trabajan y los niños se quedan con los padres, por esta razón debemos acoplarnos a la realidad pero sobre la base del Interés Superior del niño, vuelvo a recalcar esto porque en ocasiones la madre no es la más adecuada para el desarrollo del menor sino el padre, en ese sentido tendría que hacerse un análisis más exhaustivo de la situación de vulnerabilidad que puedan tener en los niños en este tema.

10. ¿Cree usted necesario el desarrollo de la Justicia Terapéutica en la normativa ecuatoriana para los casos de divorcios y separaciones?

Sí, pero nuestro sistema de justicia tiene mucha carga laboral, si bien es cierto los equipos técnicos de las judicaturas de niñez y adolescencia existen, no es una justicia especializada, no es una justicia que les brindan la mayor asistencia, más bien solo es un seguimiento que se dan a los casos de forma superficial, lo que conlleva que se susciten este tipo de inconvenientes, también hay que analizar los recursos económicos que da el Estado para que se dé un acompañamiento psicológico a toda las partes involucradas en el proceso de tenencia de los menores.

Entrevista 5

Entrevistada: Ab. María Gabriela Guerrón Reascos, Secretaria del Concejo de Protección de Derechos Cantón Pimampiro.

1. ¿A su parecer, que figura legal se preocupa más por velar el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, la Custodia Monoparental o la Custodia Compartida?

Creo que es relativo el tema de cuál es la que se preocupa más, pues todo tiene sus pros y sus contras, lo que debe determinarse más que el hecho de determinarse una Custodia Compartida o la Custodia Monoparental, es la seguridad, la estabilidad, es decir garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2. ¿En un caso de divorcio o separación, usted recomendaría a sus patrocinados optar por una custodia compartida?

Depende de las condiciones en las cuales se desarrolló el matrimonio, la separación y cuáles serían las mejores garantías para el menor, mi opinión se centra en el punto de vista del menor, pero en el ejercicio profesional es deber del abogado sugerirle una posibilidad de que tanto el padre como la madre, compartan las decisiones en la

crianza y en todos los aspectos relativos al cuidado de los hijos, y desde el principio de humanidad el abogado debe recomendar algo que sea más beneficioso para los menores.

3. ¿Considera necesario que se incluya esta figura dentro los procesos que se llevan a cabo mediante mediación?

Si creo que es una buena alternativa que podría considerarse, pero siempre que se cumplan condiciones, donde se pase incluso por un análisis psicosocial, económico, en la medida en que se garantice el ejercicio de los derechos de los menores, hay que hablar en la cuestión de que es lo que al menor le conviene más y no el ejercicio de los derechos de los padres, que si es importante, pero que por el principio del Interés Superior del niño, debe verse si al fijar una custodia compartida ver que esto sería lo más conveniente para los menores, no para los padres.

4. ¿En su opinión, existirían más impactos positivos o negativos con la Custodia Compartida?

Serían más aspectos positivos, pues si los padres pueden compartir el cuidado de los hijos es muy positivo, el problema es la responsabilidad en entregar esa custodia compartida, por ejemplo, cómo realizar el seguimiento para que la custodia compartida funcione, porque si bien es cierto es bonito leer en la ley que ambos padres se encarguen del cuidado de sus hijos y lleven una relación cordial, la realidad no es así pues en muchos casos los divorcios no terminan de la mejor manera, y tenemos que ver como inicia la disolución del vínculo matrimonial, pues la realidad social está cambiando, antes el hombre no decidía y la mujer no trabajaba, ahora tanto hombres como mujeres tienen la posibilidad de sostener el matrimonio, de sostener el hogar, esto da pie a que funcione la custodia compartida.

5. ¿Cuáles son los límites de la Custodia Compartida?

El limitante se presentaría en el caso en el que los padres no puedan llegar a una opinión en común, a un equilibrio en las decisiones que incluso podrían causar desestabilidad en el menor, hasta en cosas pequeñas por ejemplo uno de los progenitores puede decirle al niño, que si le da permiso para salir hasta una cierta hora pero el otro progenitor le diga que no, es decir se presentan diferentes situaciones de desacuerdos normales y esto sería una limitación a un ejercicio pleno de la custodia compartida, para encontrar equilibrio en una familia, pues es complicado tener una opinión similar cuando el matrimonio funciona, resultando más difícil cuando los padres ya no están juntos encontrar una solución.

6. ¿Cree que por medio de la Custodia Compartida se garantizaría el Principio de Interés Superior y el Desarrollo Integral de Niños, Niñas y Adolescentes?

El Interés Superior del niño, es el principio que rige el tema de la parentalidad, pues tiene cuestiones positivas, pero no me parece que la custodia compartida sea una garantía, pero tampoco es una vulneración, porque el deber de garantizar dichos principios es de los padres, de la sociedad, del Estado e instituciones, todos ellos deben garantizar el derecho de los niños. La custodia compartida es un derecho que no van a adquirir los niños, si no los padres, de poder los dos tomar decisiones, para mi no es algo fundamental, ni positivo ni negativo, pero en el sentido si les va a ayudar a los niños puede ser importante.

7. ¿Considera que en el Ecuador existe una igualdad completa al momento de otorgar la patria potestad de los hijos entre la madre y el padre?

Me parece que no, en el sentido de la aplicación de la norma porque para tomar una decisión de acuerdo al Código de la Niñez existen reglas o condiciones para entregar la patria potestad a la madre, como opción uno, es decir es privilegiada, no se considera la posición que muchos padres han asumido en la responsabilidad y el cuidado, para el padre es mucho más difícil comprobar su capacidad, su idoneidad para quedarse con sus hijos que para la madre, pues para la madre por el mismo hecho de ser madre se asume muchas condiciones positivas ante el padre.

Ahora bien, en la ley se establece que cuando ambos padres están en las mismas condiciones se prefiere a la madre, esas mismas condiciones son las que no están siendo valoradas de la misma forma, porque puede ser que el hombre genere mayores condiciones, pero al momento de aplicarse, dice que ambos están en las mismas condiciones y se da a la madre, por eso se dice que la madre tiene un plus adicional.

8. ¿Cree usted que existe una incompatibilidad entre el art. 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia donde se menciona que se prefiere a la madre en el caso de patria potestad de los hijos, con el principio de Igualdad consagrado en el art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008?

Como he mencionado al momento de calificar las mismas condiciones es donde hay falta de equidad entre hombre y mujer, donde la mujer por ley tiene mejores condiciones ante el padre para otorgar los cuidados de los hijos, pues hay que probar que una madre es mala para que se entregue la custodia al padre, pues hay padres más responsables del cuidado de los hijos, entonces el padre desde un inicio entra en desigualdad en la competencia, entonces si existe una incompatibilidad a mi parecer pues a veces los padres tienen mejores condiciones porque aunque la mamá no sea mala el

padre puede ser mejor, aquí en la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón San Pedro de Pimampiro no se entrega Patria Potestad, ni custodias, pero si entrega cuidados temporales, entonces en muchos casos se puede comprobar que el padre le brinda mejores condiciones que la madre, pero la madre por su condición de serlo siempre legalmente tiene esa opción considerando el nexo filial, sobre todo cuando los niños son más pequeños. Entonces si en la aplicación hay una desigualdad porque los hombres no tienen las mismas condiciones.

9. ¿Considera pertinente que se realice una reforma a los numerales 2 y 4 del art. 106 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia antes mencionado?

Podría ser, a lo largo de esta entrevista me parecía que no pero ya realizando un análisis podría ser que la norma establezca que se deben verificar las mismas condiciones, sobre todo que los progenitores sean vistos como dos sujetos que pueden estar en la misma capacidad de dar el mismo tipo de cuidado, no en la manera de que si es la mamá por ser mujer o es el papá por ser hombre, sino cuál de ellos puede brindar el mejor cuidado y garantizar el Desarrollo Integral de los niños, niñas y adolescentes

10. ¿Cree usted necesario el desarrollo de la Justicia Terapéutica en la normativa ecuatoriana para los casos de divorcios y separaciones?

Sí, es muy importante pues yo creo que esa es la falencia que tiene el Estado y la Administración de Justicia, a nivel de todo el país, porque cuando los divorcios son por causales, o por mutuo acuerdo inclusive hay una rasgadura, aunque los padres intenten dejar por fuera a los hijos, el mismo hecho de la separación causa daño psicológico, los padres no estamos en la capacidad de afrontar el hecho del divorcio y que el hijo no vaya a vivir con uno de sus progenitores, entonces la ayuda profesional serviría mucho para poder aceptar, afrontar y poder continuar con una vida inclusive que los padres tengan

una relación de los hijos, no de que el matrimonio termine. En la Junta en muchas ocasiones escuchamos la opinión de los hijos, quienes dicen que ellos son los causantes del divorcio, o cuando escuchan que hay conflicto por el pago de alimentos causa mucho daño en los niños, niñas y adolescentes, eso a la larga provoca retraimiento en el menor o violencia, la violencia trae más violencia y los patrones se siguen repitiendo. Si existiera una intervención psicológica más efectiva se podría ayudar más en los hogares y no solamente eso sino en la formación como ciudadanos.

Entrevista 6

Entrevistada: Psicóloga Emilia Ulloa, Psicóloga Perito miembro del equipo técnico de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia del Cantón Ibarra.

1. ¿Cree usted que es importante que se socialice con los juzgadores la sentencia de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna?

Claro que sí y no solo a operadores de justicia y afines, si no al público en general pues es un tema que mucha gente ignora y que tiene muchísima relevancia en casos de divorcio y separación en donde lo más importante es el bienestar de los hijos.

2. ¿En su opinión existen más aspectos positivos o negativos con la custodia compartida?

Serían más aspectos positivos tomando en cuenta la salud mental y la relación que tengan entre los progenitores, es muy importante que tengan una buena relación, se lleven bien y puedan dar un ambiente armónico a sus hijos, pero es muy positivo que los dos padres sean partícipes de la crianza, esto permitirá que el niño se desarrolle de una manera saludable en todos sus aspectos y áreas.

3. ¿Cree que por medio de la custodia compartida se garantice el principio del Interés Superior del niño y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes?

Yo creo que sí, como menciono anteriormente, es importante que los niños crezcan con el vínculo materno y paterno, con esas referencias siempre y cuando este ambiente sea saludable y armónico.

4. ¿Cuál sería su apoyo o ayuda para aquellas familias a quienes el juez les ha confiado una custodia compartida?

Mi aporte desde el rol que cumplo como perito sería un seguimiento, pues es esencial que el juez envíe un seguimiento psicológico o de trabajo social para orientar a los padres, es decir tratar de que mantengan una buena comunicación, una buena relación y mediante esto poder llegar a acuerdos que sean beneficiosos para el desarrollo de sus hijos.

5. ¿Cuáles son los aspectos o parámetros que usted tomaría en cuenta para incluirlos en su informe y sugerir una custodia compartida?

En el área psicológica lo más importante es que ambos padres tengan una buena salud mental, además que tengan una relación de respeto, sean cuales fuesen las razones por las que se han separado y sepan diferenciar el rol que cumplen después de la separación, es decir el rol parental pues nunca van a dejar de ser padres.

6. ¿Cree usted necesario el desarrollo de la justicia restaurativa o terapéutica en la normativa ecuatoriana para casos de divorcios y separaciones?

Sí es muy importante, aunque en nuestro país aún no se ha desarrollado, tenemos el ejemplo del país hermano Colombia quienes cuentan con la justicia restaurativa yo pienso que en casos de familia sería esencial que exista este tipo de justicia.

Entrevista 6

Entrevistada: Doctora Edith Rodríguez, Médico Perito miembro del equipo técnico de la Unidad Judicial de Familia Niñez y Adolescencia del Cantón Ibarra.

1. ¿Cree usted que es importante que se socialice con los juzgadores la sentencia de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna?

Siempre es importante la actualización de normas, más aún esta resolución pues nos permite mejorar la actividad que se realiza en la actividad diaria como equipo técnico debido a que es algo nuevo en lo referente a las familias, específicamente a ver al padre involucrado en la crianza de los hijos.

2. ¿En su opinión existen más aspectos positivos o negativos con la custodia compartida?

Más aspectos positivos, he llegado a esta conclusión después de ver en la realidad tres casos en donde el juez ha dictado una tenencia compartida, pues se ha visto que los niños han evolucionado de una mejor manera, inicialmente estos niños estuvieron en una fase de sufrimiento, o baja de peso, aumento de peso, amedonia o apatía, ansiedad y no podían expresar lo que sentían, ahora con el fallo del juez a una tenencia compartida el panorama comenzó a cambiar, en la parte médica se observó un cambio bueno de actitud, los niños empezaron a mejorar aspectos de la piel, talla o peso.

3. ¿Cree que por medio de la custodia compartida se garantice el principio del Interés Superior del niño y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes?

Sí, pero debe sustentarse por esa razón en todos mis informes he sugerido que los dos padres tienen que comprometerse es decir mantener el compromiso de no evadir la responsabilidad de padres, sobre lo que significan las mismas normas, para no crear una contradicción cuando el niño pase tiempo en la casa del padre o de la madre, los dos no

importa donde se encuentren no van a dejar de ser padres y tienen la misma responsabilidad para poner las mismas normas y reglas en base a una buena comunicación.

4. ¿Cuál sería su apoyo o ayuda para aquellas familias a quienes el juez les ha confiado una custodia compartida?

Bueno a pesar de que la comunicación a la que me he referido, se encuentra rota tras los divorcios o separaciones, en mi caso en los informes que se emiten recomendando una psicoterapia.

5. ¿Cuáles son los aspectos o parámetros que usted tomaría en cuenta para incluirlos en su informe y sugerir una custodia compartida?

Un análisis neuropsicológico, que no es simplemente ir donde un psicólogo clínico si no que es la neuropsicología que interviene en casos de psiquiatría que intervienen en los comportamientos de los padres acompañados de este profesional.

6. ¿Cree usted necesario el desarrollo de la justicia restaurativa o terapéutica en la normativa ecuatoriana para casos de divorcios y separaciones?

Por supuesto, tenemos como referencia países como Argentina, España o Chile quienes han desarrollado la justicia de restauración, sin embargo, se debe controlar a los padres bajo una vigilancia desde una entidad muy aparte del Consejo de la Judicatura, quien ayude a vigilar que cumplan una custodia compartida, en Imbabura hay una entidad que está creciendo en eso, pero se nota que hace falta el conocimiento de los profesionales que trabajan ahí, pues no se trata de simplemente vigilar y revisar que el padre entregue al niño a la madre y viceversa, no es simplemente eso sino que debe ser acompañado en psicoterapia y que ambos padres lleguen a respetarse, lo ideal es que trabajen para que tengan una buena conversación que beneficie al hijo, pues él va a tener un criterio donde

diga mis padres están separados pero se llevan bien, o tengo las mismas normas en mis dos hogares, y mi estilo de vida es el mismo.

Entrevista 6

Entrevistada: Licenciada Sandra Chicaiza, Trabajadora Social miembro del equipo técnico de la Unidad Judicial de Familia Niñez y Adolescencia del Cantón Ibarra.

1. ¿Cree usted que es importante que se socialice con los juzgadores la sentencia de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna?

Claro que sí, debido a que esta sentencia cambia drásticamente la decisión que puede tomar el juez en cuanto a otorgar la custodia o tenencia de los hijos, como perito he experimentado que en algunos casos la preferencia materna no es la más beneficiosa para los hijos, agregando no solo es importante que dicha sentencia sea socializada con los jueces si no con todas las personas, pues da a conocer que los padres pueden acceder a este tipo de custodia en donde se involucra a la familia ampliada.

2. ¿En su opinión existen más aspectos positivos o negativos con la custodia compartida?

Pues más aspectos positivos, debido a que ambos padres son los llamados a la crianza de los hijos, y que los niños deben compartir con los dos. pero si quisiera mencionar que el juez debe considerar los informes del equipo técnico que sugieran o recomienden que la custodia compartida es más beneficiosa para los niños, es decir no se debería tampoco asignar directamente esto, si no analizar los antecedentes de cada familia en particular.

3. ¿Cree que por medio de la custodia compartida se garantice el principio del Interés Superior del niño y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes?

Como lo he mencionado en muchas ocasiones pienso que sí por todo lo que conlleva la coparentalidad, pero debería ser analizada individualmente cada situación que se presente.

4. ¿Cuál sería su apoyo o ayuda para aquellas familias a quienes el juez les ha confiado una custodia compartida?

Bueno, si ya se ha dictado una custodia compartida, como perito sería realizar el acompañamiento de familias para que mantengan una relación saludable entre padres e hijos, además de que el niño se sienta bien en su entorno.

5. ¿Cuáles son los aspectos o parámetros que usted tomaría en cuenta para incluirlos en su informe y sugerir una custodia compartida?

Para poder sugerir este tipo de custodia se debe realizar un análisis en donde se establezcan los antecedentes familiares, es decir, cómo era el ambiente o entorno de la familia cuando aún no se separaba y cómo fue la relación cuando los padres optaron por la separación, además los datos obtenidos del acompañamiento de los niños.

6. ¿Cree usted necesario el desarrollo de la justicia restaurativa o terapéutica en la normativa ecuatoriana para casos de divorcios y separaciones?

Sí, pues, en algunos casos, aunque los padres mantengan una buena comunicación después del divorcio, no va ser lo mismo para los niños como contar con una familia consolidada, en el aspecto social se debería implementar este tipo de justicia restaurativa pues se debe hacer hincapié en las necesidades de las familias separadas.

3.1. Análisis de Caso

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y, precisamente bajo esa premisa le corresponde aclarar o resolver

oscuridades de la norma, en cuanto a la interpretación y aplicación directa por las autoridades competentes, en el caso de existir duda sobre la constitucionalidad de la norma se sujeta a la resolución de la Corte la que determinará su compatibilidad y definirá su aplicación o no.

Considerando esa función, en la presente causa objeto de análisis se analiza la aplicación y legalidad de lo establecido en los números 2 y 4 del artículo 106 del CNA, en el sentido de otorgar la custodia de niñas, niños y adolescentes, teniendo en cuenta que los numerales 2 y 4 expresan literalmente: “2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, **la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre**, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, **se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija**”; precisamente lo resaltado en negrilla apunta al carácter restrictivo y contrario a derechos y el principio de interés superior objeto de la acción de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional identificó dos problemas jurídicos a resolver:

1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CNA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

Aunque la decisión no fue unánime, se considera que en efecto los numerales tal y como estaban considerados y establecidos en la normativa vigente, dentro del artículo 106, no se apegan a la interpretación más favorable para los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes, como derecho precisamente residente en la asignación de la custodia al o los padres conforme más le convenga al menor y a su desarrollo integral.

La sola consideración de contraposición de la normativa vigente con los derechos establecidos, más aún cuando estos le han sido asignados a niñas, niños y adolescentes, como miembros de un grupo de atención prioritaria, se traduce en limitación, menoscabo, condicionamiento y por ende en vulneración de derechos, principios y garantías, lo mismo que sucede con el derecho fundamental a la igualdad, al estar de forma expresa contemplado en la norma la exclusividad en la asignación a la madre de la custodia sin análisis o estudio previo que así lo mande.

Las reglas de la norma impugnada perpetúan el patriarcado, remarcando los roles de género, colocando en desventajas a ambos progenitores, pues se sigue considerando a la mujer como la encargada de cuidar a los niños y al padre como el mero proveedor, imposibilitando que las mujeres alcancen una autonomía personal, profesional y económica, y también que los hombres no se involucren con el cuidado de los hijos y solicitar su tenencia. Por esta razón la Corte señala:

“La norma impugnada no es adecuada para la consecución del objeto legítimo (...), ya que lo primordial para encargar la tenencia a los progenitores es la relación que mantienen los NNA con su cuidador primario –independientemente de su género, pudiendo ser la madre, el padre, o un tercero – y la evaluación de las condiciones de ambos progenitores o del tercero, para determinar cuál será el mejor espacio para su adecuado cuidado de conformidad con los estándares del principio de interés superior de NNA”. (Sentencia CASO No. 28-15-IN, 2021)

La igualdad que marca el curso del ejercicio y garantía del resto de derechos, es imprescindible a la hora de proveer una tutela judicial verdaderamente efectiva y garantizar con apego al principio de interés superior los derechos e interés de niñas, niños y adolescentes, pero sobre todo definir la equidad entre hombre y mujer, madre y padre, como corresponsables del cuidado y atención de los hijos.

2. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?

Considerando el criterio personal y el criterio analizado que han tenido los jueces de la Corte, además de vulnerar el derecho a la igualdad, sin duda se vulnera el principio de corresponsabilidad parental al predisponer y anticipar una decisión hacia la mujer por el hecho de serlo, lejos de considerar como corresponde la situación más ventajosa para el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, y no solo la beneficia, sino que le asigna una obligación que conforme a la norma constitucional les corresponde tanto a padre como madre en igualdad de condiciones.

Es acertada la Corte y el fallo al definir inconstitucional precisamente esta preferencia infundada, y degradante por demás, y que para nada beneficia ni a padres ni a hijos y ha quedado como normativa anticuada y obsoleta, que en primer lugar no se apega a la actual realidad nacional, ni a las necesidades de las partes involucradas, la generalidad y subjetividad marcan no solo una falta de aplicación, sino, además, una interpretación errónea.

La definición de quien o qué situación es más conveniente para el bienestar integral de los hijos, debe sujetarse a un análisis profundo y exhaustivo de caso particular de cada menor y de las necesidades generales y especiales que tenga, buscando no solo un bienestar y estabilidad económica, sino la integralidad del bienestar, apuntando a la mejor alternativa para el hijo, en todos los ámbitos de la vida.

Esta decisión de la Corte Constitucional sin duda marca un precedente y da un giro de treientos sesenta grados a la realidad de la figura de custodia en el Ecuador y por ende a los derechos y garantías relacionados, sin embargo, hasta que la decisión de la Corte se positivice a través del Órgano Legislativo, lo cual tomará un buen tiempo, se

dispuso dos elementos y trece parámetros provisionales que los jueces deberán aplicar al momento de decidir en procesos donde se traten la custodia de los hijos.

Se determina que, en la custodia de hijos no se considerará el género y la posición económica de los progenitores, y esto por sí solo desvanece la preferencia por la madre que existía anteriormente, y abre un espacio de equidad para padre y madre, así como apunta al análisis pormenorizado de la situación más favorable para los hijos, teniendo en cuenta el interés superior.

En cuanto a los parámetros a considerar que son: “se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible”, “se observará la aptitud e idoneidad de los padres” o “se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o la hija, sus padres y su familia ampliada”. Se puede evidenciar que se tratan de factores subjetivos, esto debido a problemática epistémica y a la interceptación discrecional que puede originar y desencadenar en una errónea aplicación.

Definir a un cuidador sensible y emocionalmente disponible, así como determinar el vínculo afectivo son las cuestiones más confusas, pues el definir estos preceptos no abunda quizá, pero oscurece el análisis de idoneidad, dificultando la verificación también, quizá la idea e intención era marcar el afecto y los vínculos como aristas relevantes para la estabilidad del menor, pero, más allá de resolver la necesidad que surge en tono a la custodia, se disipa y distorsiona confundiendo el panorama.

Y en cuanto a la práctica, una vez obtenida esta sentencia surgen necesidades y dudas, ya que se está a la espera de regular la custodia compartida, y buscar la vía más idónea, se tiende a confundir mucho a la custodia con la tenencia, pero sobre todos se prevé eludir responsabilidades como los son los alimentos, al ser ambos padres corresponsables del cuidado y atención de los hijos.

Los efectos de la sentencia son declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las frases impugnadas. En la sentencia, considerando el derecho a la igualdad y no discriminación, la corresponsabilidad parental, y, el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, se ratifica que en casos en los que se resuelvan derechos de niños, niñas y adolescentes primará el interés de niñas, niños y adolescentes por sobre los intereses de los padres, y en efecto la Corte concluyó que las disposiciones impugnadas eran discriminatorias, por lo que las dejó fuera del ordenamiento jurídico.

Precisamente en ese sentido la Corte determinó parámetros para que se evalué cada caso de forma singular, bajo la necesidad de combatir estereotipos de género y la desigualdad entre hombres y mujeres, entre padres y procurando además alcanzar una efectiva corresponsabilidad parental.

Los retos son muchos, pero el camino se ha marcado, no puede estancarse la norma, y conforme al principio de progresividad es necesario ir adecuando la normativa a las necesidades que van surgiendo con el adelanto y cambios en la sociedad, la custodia compartida anhela la estabilidad, compromiso y atención de calidad y eficaz de los hijos, es ese el eje que tuvo que observarse y definir la toma de decisiones y la adecuación de las normas, el solo hecho de que se encuentran inmersos, niñas, niños y adolescentes, y la necesidad gira en torno a derechos de supervivencia.

CAPITULO III: Análisis de Resultados

3.1. Análisis

De las entrevistas aplicadas y los resultados analizados se tiene que, la custodia como se encuentra actualmente establecida la normativa vigente ha tenido aceptación dentro de la concepción de lo que se refiere atención y cuidado a diferencia de lo que concibe la figura de la tenencia la cual tiene más aptitudes para hacer reconocida como

compartida ya que se contempla bajo un marco de resolución judicial en la que se define el encargado de este trecho sobre los hijos.

Partiendo de la confusión, de la falta de claridad entre lo que consiste la custodia la tenencia poco se ha hecho en torno al mejorar la aplicación de esta figura en el Ecuador en consideración de los derechos de niñas, niños y de adolescentes el principio de interés superior apegado a aquel la corresponsabilidad permita el tener la custodia compartida de los hijos, es entonces la realidad nacional y la tradición normativa lo que ha distraído la atención sobre esta figura y su reforma.

El primer punto crítico indicador a tener en cuenta de los resultados obtenidos de la entrevista realizada a profesionales del derecho tanto jueces, como profesionales en libre ejercicio, funcionarios públicos, es lo referente a la consideración que se tiene de la custodia como derecho tanto de padres e hijos puesto que la igualdad que sea reclama gira en torno al padre ya la madre con estrecha relación al mayor beneficio del hijo, se considera principalmente lo que se entiende por custodia y lo que ampara actualmente nuestro marco normativo centro de lo cual más allá de encontrarse falencias encuentra conformidad con el avance que sea tenido y lo clara que es la norma en cuanto otras figuras en beneficio de niñas niños y adolescentes.

Al cuestionarle sobre la conveniencia o desventajas que puede asistir en torno a la custodia compartida, se hizo general el criterio entre los profesionales del derecho entorno a manifestar que sería, por una parte, beneficioso, pero se encontraría muchos perjuicios por así llamarlos en cuanto a la realidad que enfrenta el país y a las carencias normativas que se tiene actualmente. Hacen hincapié los entrevistados en cuanto a las necesidades que existen en el Ecuador tanto institucionalmente como en el marco normativo para que sea posible la aplicación adecuada de la custodia compartida y en torno a ello refieren que

se debe articular la norma a políticas, planes y participación ciudadana que permitan un resultado ideal.

Los criterios son en efecto basados en la experiencia de los participantes y le da el relace además de la preparación y el conocimiento teórico, el dominio en la materia de niñez y adolescencia, y en la custodia de forma puntual, ya que son quienes han identificado y ratificado la necesidad en torno a la custodia compartida, y los beneficios por sobre las desventajas que esto acarrea. Se respalda y solidifica la idea objeto de la presente investigación, puesto que es casi unánime la aspiración de una reforma en torno a la custodia y el reconocimiento expreso de la corresponsabilidad, por lo que se ve factible y relevante el presente estudios, esto aportes además constituyen indicadores relevantes como puntos críticos a ser analizados y concluidos.

3.2. Logro de los objetivos planteados

En cuanto al objetivo directriz base de la presente investigación, se analiza y contextualiza la institución jurídica de la custodia compartida y el principio de igualdad, y sus elementos constitutivos, así como se analiza y en consenso con el caso práctico la existencia de incompatibilidad entre la Constitución de la República y el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, definiendo el campo y ámbito ideal que permita su aplicabilidad en el Ecuador, en el marco de la sentencia de la Corte Constitucional se provee de los indicadores considerados para el fallo y las necesidades y retos que quedan pendientes.

Aplicada que fue la entrevista a profesionales del derecho, jueves y funcionarios relacionados con la materia, se analizan los resultados obtenidos, contrastando ideas, unificando criterios y se logra así validar la idea de la problemática identificada y con el estudio del caso de inconstitucionalidad respecto a preferencia materna planteada y el fallo de la Corte Constitucional Ecuatoriana, se refuerza el objeto e idea bases.

A través de un análisis crítico-jurídico sobre la custodia compartida y su aplicabilidad en la normativa vigente ecuatoriana, con el contraste doctrinarios al describir sus elementos y con observancia al derecho comparado, así como de la sentencia de la Corte Constitucional se cristaliza la igualdad en cuanto a la custodia, pero a la vez se identifican necesidades, restos y se plantean conclusiones y recomendaciones afines.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como conclusiones de la investigación fue posible determinar que:

- La figura de la custodia involucra derechos fundamentales, tanto de padres como de hijos, pues de por medio se encuentran intereses e indicadores que van a definir la personalidad, desarrollo y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, quienes dependen de la atención y el cuidado de sus progenitores para cubrir necesidades y formarse, por lo que corresponde brindarles atención no solo oportuna sino de calidad.
- Teniendo en cuenta el principio de interés superior, la custodia reclama un análisis más profundo, no una consideración a breves rasgos o como un requisito, lo esencial es definir la vía que más convenga a los intereses del menor, para ello se considera como alternativa y la más valorada, la custodia compartida puesto que en este caso se haría efectiva la obligación que tienen los progenitores en conjunto de encargarse del cuidado y protección de los hijos.
- Analizada que ha sido en esta investigación la figura de custodia compartida se considera como pilar fundamental la sentencia de la Corte Constitucional acerca de la inconstitucionalidad del artículo 106 en sus numerales 2 y 4 del Código de

la Niñez y Adolescencia, esto es en cuanto a la preferencia que se le da a la madre casi exclusivamente.

- Es obligación del Estado velar por los intereses y derechos de las personas, principalmente de niñas niños y adolescentes, por lo que declarar la inconstitucionalidad de la preferencia materna no es suficiente, sino se debe definir de forma clara y puntual la normativa que ampare a este grupo, en su texto y también en su plena garantía.
- Respecto a la custodia compartida en base al análisis de la Sentencia de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional Ecuatoriana se pudo definir que es necesario garantizar el interés superior del niño, predominando siempre sus derechos, garantías e intereses, pero sobre todo se debe estudiar cada caso de forma particular, pues cada persona engloba un universo distinto, y como se ha podido evidenciar la preferencia materna deja vacíos en su interpretación y se sujeta al mejor criterio, por lo que es necesario que se reforme la norma.
- Sin lugar a duda, la igualdad y no discriminación vista como principio y derecho son los factores medulares resueltos, toda vez que los derechos entre hombres y mujeres se encuentran marcados por abismales diferencias y distancias desde tiempos remotos, se ve limitada la igualdad en esta sentencia donde se comparte la obligación de quienes son corresponsables al ser padres y progenitores es decir ambos padres dejando de lado los roles que les ha asignado la sociedad y la historia, trabajando en conjunto por el bienestar integral del hijo.

En atención a lo expuesto es pertinente recomendar:

- Los niños, niñas y adolescentes, deben ser atendidos en todo ámbito y sector conforme a su vulnerabilidad, la responsabilidad de su cuidado y protección debe ser prioritaria para el Estado y la sociedad, procurando su desarrollo integral,

siendo los principales ejes los de salud y educación, pero sobre todo garantizar el derecho a la familia y el derecho a ser cuidados por sus progenitores.

- El Estado es el encargado de tutelar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, por eso es posible recomendar la definición de políticas públicas y normativa adecuada que permita un ejercicio pleno de los derechos de niñas, niños y adolescentes como miembros de un grupo de atención prioritaria.
- De los criterios obtenidos de los profesionales del derecho, funcionarios y jueces entrevistados, es posible recomendar, además, de la expedición de normativa adecuada y actualizada, una socialización, capacitación y difusión para los operadores de justicia y la población en general sobre los derechos inmersos en la custodia y la necesidad en torno a adoptar la corresponsabilidad.
- A los padres, como responsables de la vida de los hijos, de proveer sus necesidades, atender su cuidado y protección, se puede recomendar ejercer sus obligaciones en base al derecho que tienen como padres, desde una óptica de apoyo y soporte, en virtud de lo concluido en torno a la custodia compartida, pensar en el común acuerdo y de forma voluntaria ejercer la paternidad y maternidad responsables.
- A los estudiantes y profesionales del derecho se puede recomendar la actualización de conocimientos y el estudio y preparación constantes, de tal manera que puedan aportar con ideas de atención y solución a las necesidades que surjan en la expedición y aplicación de la normativa vigente con atención a las necesidades, y adelantos de la sociedad.
- A la sociedad en general es posible recomendar desvanecer los prejuicios y roles preestablecidos de forma discriminatoria y atentatoria de derechos y garantías, la

desigualdad marcada entre hombres y mujeres, que genera no solo opresión y subordinación para las mujeres, sino también violencia y desestabiliza por ende el hogar y la familia transmitiendo conductas negativas a los hijos, la preparación, formación y capacitación al respecto es fundamental.

Referencias

- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Coquimbo*, 5-6. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>
- Albán, E. (2003). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Diagramación e impresión Augusto Zúñiga Yáñez Gemagrafic.
- Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Noriega, M. (2015). *Impulso de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Málaga: IC Editorial. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utnorte/59245?page=28>.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional.
- Barcia Lehmann, R. (2019). *Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (segunda parte)*. México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Bauserman, R. (2002). Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review. *Journal of Family Psychology*, 91-102.

- Bayata, A. (2013). Why not enforce? A critical analysis of the refusal to enforce foreign joint custody judgments in Turkish courts. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 310-331.
- Bonete, E. (2013). *De la Política y el Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Campana, F. S., Salazar, D., Muñoz, A., & Orellana, A. (2015). ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS NORMATIVOS.
- Carbonell, M. (2010). *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito: Cevallos.
- Código de la Niñez y Adolescencia*. (2003).
- Comisión de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: Comisión de Derechos Humanos.
- Crespo, E. (2019). Aspectos que valora el juez a la hora de otorgar la custodia compartida.
- Espinosa, M., Pucha, B., & Ramón, M. (2020). *La custodia compartida un paliativo al Síndrome de Alienación parental*. La Habana: Conrado.
- Esquerra, S. (2 de Mayo de 2016). Principios generales de Derecho.
- Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., & Vázquez, M. (2017). *Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma*. Anuario de Psicología Jurídica. doi:<https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>
- Fariña, F., Tortosa, F., & Arce, R. (2005). Psicología jurídica del menor y el contexto familiar: Una mirada al pasado, presente y futuro. 9-27.
- Ferrajoli, L. (2015). *Derechos Fundamentales y Garantías*. Quito: Cevallos.

- Ferrajoli, L. (2020). *Manifiesto por la igualdad*. Editorial Trotta. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utnorte/129349?page=20>.
- Fransson, E., Turunen, J., Hjern, A., Östberg, V., & Bergström, M. (2015). Psychological complaints among children in joint physical custody and other family types: Considering parental factors. *Scandinavian Journal of Public Health*, 178-182.
- Haimi, M., & Lerner, A. (2016). *The impact of parental separation and divorce on the health status of children, and the ways to improve it*. Obtenido de [10.4172/jcmg.1000137](https://doi.org/10.4172/jcmg.1000137)
- Kelly, J. (2007). Children's living arrangements following separation and divorce: insights from empirical and clinical research. *Family Process*.
- Lehmann, R. (2018). The evolution of unilateral custody according to the principles of the best interests of the child and the co-responsibility of the parents. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200469>
- Lehmann, R. (2019). LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA. *UNAM*, 14-15. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14136>
- LEIBHOLZ, G. (1959). *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. München: Berlín.
- LEIBHOLZ, G. (1966). *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*. Napoli: Jovene.
- Llorens y Clariana, E. L. (2015). *La igualdad ante la ley: el Estado y sus órganos*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utnorte/43843?page=46>.

- Montoya Melgar, A. (2018). *La igualdad como valor, principio y como derecho fundamental*. Pamplona: Aranzadi. doi: 978-84-470-2844-3 1
- Nielsen, L. (2011). Fathers and daughters: Contemporary research and issues.
- O'Donohue, W., Beitz, K., & Tolle, L. (2009). Controversies in child custody evaluations. *Psychological science in the courtroom: Consensus and controversy*, 284-308.
- Picontó Novales, T. (2015). *La custodia compartida a debate*. Madrid: Dykinson. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utnorte/58143?page=129>.
- Quezada Noboa, P. (2018). *Custodia compartida y el derecho de cuidado de los hijos*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utnorte/171987?page=22>.
- Romero, A. (2011). *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*. Madrid: Reus. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utnorte/46456?page=17>.
- Sentencia CASO No. 28-15-IN, CASO No. 28-15-IN (EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 10 de Diciembre de 2021). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC11YWJILTQwYWYtYmFkOS0zNjFhODlmMTRmNDEucGRmJ30=
- Sodermans, A., & Matthijs, K. (2014). Joint physical custody and adolescents' subjective well-being: A personality × environment interaction. *Journal of Family Psychology*, 346-356.
- Tribunal Supremo. (2015). *Sentencia STS 96/2015*. España.