



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

---

**“LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS”**

---

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

**AUTOR:**

Aníbal Eduardo Silva Gavilánes

**TUTORA:**

Dra. Mg. Gabriela Paredes

Ambato – Ecuador

2016

## **CERTIFICACIÓN DEL TUTOR**

En calidad de Tutora del Trabajo de Investigación sobre el tema “**LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS**” del Señor Aníbal Eduardo Silva Gavilanes, Egresado de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, considero que dicho Trabajo de Graduación reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometidos a Evaluación del Tribunal de Grado, que el H. Consejo Directivo de la Facultad designe, para su correspondiente estudio y calificación.

Ambato, 13 de noviembre del 2015



Dra. Mg. Gabriela Paredes  
Tutora

## AUTORÍA DEL TRABAJO

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

Ambato, 13 de noviembre del 2015

AUTOR



Aníbal Eduardo Silva Gavilanes

180365305-2

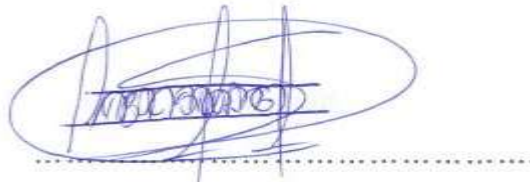
## **DERECHOS DEL AUTOR**

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

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

Ambato, 13 de noviembre del 2015

**AUTOR**



Aníbal Eduardo Silva Gavilanes

180365305-2

## **APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO**

Los miembros del Tribunal de Grado APRUEBAN el trabajo de investigación sobre el Tema: **“LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS”**, presentado por el Señor Aníbal Eduardo Silva Gavilanes de conformidad con el reglamento de Graduación para Obtener el Título Terminal de Tercer Nivel de la U.T.A.

Ambato,.....

Para constancia firman:

.....  
**Presidente**

.....  
**Miembro**

.....  
**Miembro**

## **DEDICATORIA**

Como prioridad en mi vida agradezco a mi madre Rosario Gavilánez, que por su infinita bondad, y por haber estado conmigo en los en todo momento y cuando más lo necesitaba, supo darme, fortaleza y sabiduría, por haberme apoyado y ayudarme a culminar un peldaño más de mis metas.

A mi hermano André Gavilánez que por su apoyo, su motivación, por sus consejos en mi caminar diario, pero más que nada, por su amor incondicional.

A mis tíos Teresa Gavilanes y Julio Gavilanes, por su cariño, comprensión y sobre todo por su apoyo en todo momento.

## **AGRADECIMIENTO**

Mi enorme agradecimiento a la Doctora. Gabriela Paredes por su tiempo, paciencia, dedicación y por compartir sus conocimientos en la realización del presente trabajo.

A los profesores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, y de manera especial a la Abogada María Cristina Espín, quien fue parte fundamental para que este proyecto sea plasmado en un documento, y a aquellos que de una u otra manera han aportado en mi formación académica y trabajo de graduación.

## ÍNDICE GENERAL

<b>CONTENIDO</b>	<b>Pág.</b>
Portada.....	i
Certificación del Tutor .....	ii
Autoría del Trabajo .....	iii
Derechos del Autor .....	iv
Aprobación del Tribunal de Grado .....	v
Dedicatoria .....	vi
Agradecimiento.....	vii
Índice General .....	viii
Índice de Gráficos .....	xiii
Índice de Cuadros.....	xiv
Resumen Ejecutivo.....	xv
Abstract .....	xvi
Introducción .....	1

### **CAPÍTULO I** **EL PROBLEMA**

Tema de Investigación: .....	3
Planteamiento del Problema.....	3
Contextualización.....	3
Macro .....	3
Meso.....	5
Micro.....	6
Árbol de Problemas.....	8
Análisis Crítico.....	9
Prognosis .....	9
Formulación del Problema .....	10
Interrogantes de la Investigación .....	10
Delimitación del Objeto de la Investigación.....	10
Delimitación del Contenido .....	10



Delimitación Espacial: .....	11
Delimitación Temporal de la Investigación .....	11
Unidades de Observación.....	11
Justificación.....	11
Objetivos .....	12
General .....	12
Específicos .....	12

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

Antecedentes de la Investigación .....	13
Fundamentación .....	14
Filosófica.....	14
Legal.....	15
Constitución de la República del Ecuador .....	15
Convención de los Derechos de los Niños.....	15
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia .....	15
De la Tenencia.....	16
Categorías Fundamentales .....	17
Elaboración: El Investigador Constelación de Ideas de la Variable Independiente... 17	
Constelación de Ideas de la Variable Dependiente .....	19
Desarrollo de la Variable Independiente.....	20
Responsabilidad del Estado.....	20
Custodia.....	20
Custodia Compartida.....	21
Historia.....	24
Patria Potestad.....	25
Derecho de Visitas .....	26
Modalidades de Custodia Compartida .....	26
Custodia Compartida Según el Lugar donde se Ejerce el Cambio .....	27
Custodia Compartida Según se Ejerce la Patria Potestad .....	28
Custodia Compartida Según el Reparto de Tiempo.....	29
Criterios Para Determinar la Custodia .....	29

Distribución de las Funciones entre Ambos Progenitores .....	29
Marco legal Mundial .....	30
Desarrollo de la Variable Dependiente .....	32
Constitucion de la Republica del Ecuador .....	32
Convención de los Derechos de los Niños .....	33
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia .....	34
El Interés Superior de los Niños y Niñas .....	34
Antecedentes .....	34
Participación del Menor en la Determinación de su Propio Interés .....	35
Niveles de Responsabilidad en el Interés Superior del Niño .....	36
Técnicas de Determinación del Interés del Menor .....	37
Posturas a Nivel Mundial .....	38
Hipótesis.....	45
Señalamiento de Variables.....	45
Variable Independiente .....	45
Variable Dependiente.....	45

### **CAPÍTULO III METODOLOGÍA**

Enfoque de la Investigación .....	46
Modalidad Básica de la Investigación.....	46
Bibliografica Documental .....	46
De Campo.....	46
Nivel o Tipo de la Investigación .....	47
Investigación Exploratoria .....	47
Investigación Descriptiva.....	47
Asociación de Variable .....	47
Población y Muestra.....	48
Población.....	48
Muestra.....	48
Técnicas e Instrumentos.....	49
Encuesta .....	50
Operacionalización de Variables.....	51

Variable Independiente: Custodia Compartida .....	51
Operacionalización de Variables.....	52
Variable Dependiente: Interés Superior de los Niños y Niñas.....	52
Plan de Recolección de la Información.....	53
Plan de Procesamiento de la Información.....	54
Procesamiento y Análisis Revisión Crítica.....	54
Clasificación de La Información.....	54
Tabulación de la Información .....	54

## **CAPÍTULO IV**

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

Estructura de la Encuesta y Entrevista .....	55
Tabulación, Análisis E Interpretación de Resultados .....	55
Encuesta .....	56
Comprobación de la Hipótesis .....	77

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Conclusiones .....	81
Recomendaciones.....	82

## **CAPÍTULO VI**

### **LA PROPUESTA**

Datos Informativos.....	83
Antecedentes de la Propuesta.....	83
Justificación.....	84
Objetivos .....	85
Objetivo General .....	85
Objetivos Específicos:.....	86
Análisis de Factibilidad.....	86
Político .....	86
Social.....	86
Económico.....	87

Legal.....	87
Fundamentación Legal .....	87
Desarrollo de la Propuesta .....	89
Modelo Operativo .....	92
Administración.....	93
Recursos Institucionales.....	93
Recursos Humanos.....	93
Recursos Materiales .....	93
Recursos Tecnológicos.....	94
Previsión de la Evaluación.....	94
Matriz del Plan de Evaluación .....	95
Cronograma.....	96
Bibliografía: .....	97
Anexos.....	103
Glosario .....	107

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

	<b>Pág.</b>
Gráfico No. 1 Categorías Fundamentales .....	17
Gráfico No. 2 Constelación de Ideas (Variable Independiente) .....	18
Gráfico No. 3 Constelación de ideas (Variable Dependiente) .....	19
Gráfico No. 4 Pregunta N° 1 .....	56
Gráfico No. 5 Pregunta N° 2 .....	58
Gráfico No. 6 Pregunta N° 3 .....	60
Gráfico No. 7 Pregunta N° 4 .....	62
Gráfico No. 8 Pregunta N° 5 .....	64
Gráfico No. 9 Pregunta N° 6 .....	66
Gráfico No. 10 Pregunta N° 7 .....	68
Gráfico No. 11 Pregunta N° 8 .....	70
Gráfico No. 12 Pregunta N° 9 .....	72
Gráfico No. 13 Pregunta N° 10 .....	74
Gráfico No. 14 Cronograma.....	96

## ÍNDICE DE CUADROS

	<b>Pág.</b>
Cuadro No. 1 Población .....	48
Cuadro No. 2 Muestra .....	49
Cuadro No. 3 Operacionalización de la Variable Independiente .....	51
Cuadro No. 4 Operacionalización de la Variable Independiente .....	52
Cuadro No. 5 Recolección Información.....	53
Cuadro No. 6 Pregunta N° 1 .....	56
Cuadro No. 7 Pregunta N° 3 .....	60
Cuadro No. 8 Pregunta N° 4 .....	62
Cuadro No. 9 Pregunta N° 5 .....	64
Cuadro No. 10 Pregunta N° 6 .....	66
Cuadro No. 11 Pregunta n° 7 .....	68
Cuadro No. 12 Pregunta N° 8 .....	70
Cuadro No. 13 Pregunta N° 9 .....	72
Cuadro No. 14 Pregunta N° 10 .....	74
Cuadro No. 15 Verificación de Hipótesis .....	79
Cuadro No. 16 Modelo Operativo.....	92
Cuadro No. 17 Plan de Evaluación .....	95

## RESUMEN EJECUTIVO

El trabajo de graduación: **“LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS”**, propone que la custodia compartida sea incorporada dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, de manera que la separación o divorcio de los progenitores no sigan vulnerando el interés superior del menor.

Luego del trabajo investigativo, se concluye que después del divorcio o separación de una pareja los más afectados son los niños, ya que la disolución del vínculo matrimonial o separación origina una lucha cruel e injusta entre progenitores, lo que afecta dramáticamente la estabilidad de los hijos; por lo que es necesario y de manera urgente la incorporación de la figura jurídica de la Custodia Compartida, a fin de precautelar el interés superior de los niños y niñas.

La incorporación de la custodia compartida dentro de nuestra legislación ayudara que se promueva un mejor bienestar para los hijos, padres, madres y permitirá concienciar sobre el verdadero respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, disminuyendo los efectos negativos del divorcio o separación en los hijos. Ejercer la custodia compartida será un proceso que permitirá a los padres divorciados o separados a llegar a un acuerdo en el cuidado y toma de decisiones de los hijos. Además que permitirá que los dos padres puedan compartir con sus hijos luego del divorcio, participando de igual manera y en las mismas condiciones en la formación, crianza y toma de decisiones.

Bajo estos parámetros, se puede decir que el presente trabajo de investigación es de vital importancia y trascendencia, ya que busca brindar una alternativa de solución al problema planteado, el cual es de vital importancia que sea puesto en nuestro ordenamiento jurídico para proteger y precautelar los intereses superiores de los niños y niñas de nuestro País.

La Custodia Compartida es tema innovador su incorporación en la normativa jurídica Ecuatoriana brindara una oportunidad para protección de los niños y niñas.

## ABSTRACT

The graduation work: "shared custody and the best interest of children" proposes that joint custody is incorporated within our Ecuadorian legal system, so that the separation or divorce of parents do not continue violating the best interests the child.

after the investigative work, it is concluded that after divorce or separation from a partner, children are the most affected, since the dissolution of marriage or separation creates a cruel and unfair fight between parents; dramatically altering the stability of the children; therefore, it is necessary and urgent to incorporate the legal concept of joint custody, in order to safeguard the interests of children.

The incorporation of joint custody within our legislation will help promote better welfare for children and parents, thus allowing true awareness of respect for the rights of children and adolescents, reducing the negative effects of divorce or separation in children. Practicing joint custody will be a process that will allow divorced or separated parents to reach an agreement on the care and decision-making regarding their children. In addition, it will allow both parents to share with their children after divorce, participating equally and under the same conditions in training, parenting and decision making.

Under these parameters, one can say that this research is of vital importance and significance, as it seeks to provide an alternative solution to the problem, which is of vital importance that is placed in our legal system for the protection and safeguarding of the best interests of the children of our country.

Joint custody to be joining an innovative topic in the Ecuadorian legal regulations provide an opportunity for protection and care of children.



## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación tiene como tema: La Custodia Compartida y el Interés Superior de los Niños y Niñas.

Su importancia radica en la necesidad de establecer la custodia compartida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, de manera que los niños y niñas tras el divorcio o separación de sus padres no se vean afectados.

Esta investigación se desarrolló en seis capítulos determinados y son:

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

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

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

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

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

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

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **TEMA DE INVESTIGACIÓN:**

“La custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas”.

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **CONTEXTUALIZACIÓN**

##### **MACRO**

La presente investigación se centrará en analizar la custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas, para lo cual se tendrá en cuenta las siguientes consideraciones:

Parafraseando a Pérez (2013), quien indica que a nivel mundial la custodia compartida es un tema que ha ido generando mucho interés por parte de las sociedades en general, ya que de esta manera los padres divorciados o separados pueden estar al tanto de los cuidados y necesidades que sus hijos requieran en igualdad de condiciones, sin necesidad de generar conflictos entre ellos. De esta manera el interés superior del menor es el punto clave dentro del cual sus derechos están siendo protegidos y precautelados.

Tomando como referencia lo escrito por Castells (2012), quien manifiesta que en la legislación extranjera la custodia compartida se ha convertido en un tema de vital importancia y de gran trascendencia en referencia al derecho de familia, ya que al ir adoptando estas normativas no solo garantizan la protección integral de los derechos de los menores, sino que fomentan a la participación y el cuidado de los progenitores. En ciertos condados de estados unidos el tema de familia es aún más

evolucionado un claro ejemplo es el estado de Washington, donde se ha erradicado completamente el término de custodia compartida o visitas compartidas, introduciendo un nuevo tipo establecido como un plan de crianza o plan parental y de educación de hijos, el cual consiste en que desde el momento de presentar el divorcio o la separación de los padres, deberá contener con quien y de qué manera van a estar organizados los niños, el desarrollo del ámbito educativo, salud, recreación, formas de gastos, y uno de los más importantes es de qué manera se va a solucionar los posibles conflictos que se presentaren en el futuro. En los instrumentos internacionales como lo es la convención sobre los derechos del niño, se establece de una manera asertiva que la protección y cuidado de los niños debe ser equitativo y equilibrado entre ambos progenitores, de tal manera que el padre y la madre tras un divorcio o separación mantendrán los mismos derechos y obligaciones hacia sus hijos.

En varios países de Europa se ha demostrado una gran efectividad sobre la custodia compartida, la cual se ha comprobado mediante estudios que el bienestar tanto psicológico como afectivo no ha sufrido modificaciones en aspectos negativos, al contrario ha permitido un mejoramiento en su autoestima, y un fortalecimiento en la relación con ambos progenitores.

Bauserman (2012), sostiene que en los Estados Unidos la tenencia compartida es ampliamente discutida y estudiada debido al aumento de casos en el que ambos progenitores desean mantener la custodia de sus hijos, por lo que la “American Bar Association”, creó un comité en el cual se realizó estudios sobre la custodia compartida de menores (Child Custody Commmittee), donde se realizó un estudio de 1.846 niños que se encontraban en el régimen de custodia exclusiva y 814 niños que se encontraban bajo custodia compartida. Los resultados de estos estudios arrojaron que los niños que se encontraban bajo la modalidad de custodia compartida demostraron un mejor nivel de adaptación emocional, relaciones familiares, y autoestima entre otros, a diferencia de los niños que se encontraban bajo la custodia exclusiva.

Hernández (2015), menciona que en América Latina la custodia compartida es un

tema que aún no se encuentra establecido en la mayoría los países miembros, y mucho menos es un tema que sea de gran trascendencia puesto que generalmente en casos de separación o divorcio de las parejas, la custodia se la entrega a la madre de una manera directa convirtiéndose así en una custodia monoparental, teniendo como resultado únicamente la regularización de vistas para los padres quienes pueden estar con sus hijos por el lapso de horas en la semana.

## **MESO**

Fuller (2012), menciona que en países como Chile se ha ido promoviendo a través de la ONG una campaña sobre la custodia compartida denominada “Caravana Internacional no más 24/6” cuyo objetivo fundamental es crear conciencia entre las sociedad y en los órganos legislativos que con la regularización de visitas éstos únicamente están con sus hijos horas al mes, el propósito de esta campaña es promover no solo en Chile sino en toda América Latina que los padres puedan compartir tiempo con sus hijos en igualdad de condiciones y por el bienestar de los menores.

Pauner (2013), indica que en México la custodia compartida ha sido motivos de varias conflictos sociales, la asociación mexicana de padres de familia separados, acuso directamente a las leyes mexicanas de ser totalmente discriminatorias, puesto que excluyen casi en su totalidad de la crianza de sus hijos y viéndolos más como la aportación económica que estos puedan dar, la lucha de grupos sociales ante las autoridades ha sido para que se derogue la tradicionalista custodia monoparental y que ambos padres sean quienes velen, cuiden y protejan en igualdad de derechos y condiciones a sus hijos.

Granizo (2013) expone que:

Los niños que viven bajo una custodia exclusiva de uno de los progenitores presenta ciertos problemas en diversas áreas como en su rendimiento escolar, son niños inquietos que están constantemente buscando la manera de llamar la atención, en muchos de los casos

generan cierta iras y desprecio hacia el progenitor que no ejerce la tenencia, además genera a futuro cierta inseguridad en mantener una relación sentimental duradera, también manifestó que son los niños quienes tienen mayor dificultad en asimilar la separación de sus padres a diferencia de las niñas. (p. 4).

## **MICRO**

En Ecuador no existe una norma jurídica que regule y proteja el interés superior de los menores con respecto a la custodia compartida, la única norma jurídica de protección que se puede establecer entre los padres e hijos es la regularización de visitas las cuales no son más allá de unas cuantas horas en el mes.

López (2012), sostiene que un importante factor de riesgo para la salud de las mujeres es tener que criar a dos o más hijos, puesto que al verse en la necesidad de cuidar y protegerlos, se ha demostrado que la salud de las mujeres ha ido decayendo de una manera paulatina por el arduo trabajo que esto representa. En los aspectos psicosociales de género, influyen diferencialmente en la salud de los padres que de las madres, dando como resultado un decaimiento de salud en las mujeres.

De igual manera al excluirse a uno de los progenitores se podría generar entre los menores síntomas de estrés postraumático, la parentalización de roles equívocos entre la familia, cambios inapropiados de comportamientos, problemas de integración social y afectivo, síntomas regresivos acordes a su edad entre otros.

Los cuales se podrían desencadenar en serios problemas en relaciones futuras de estos menores.

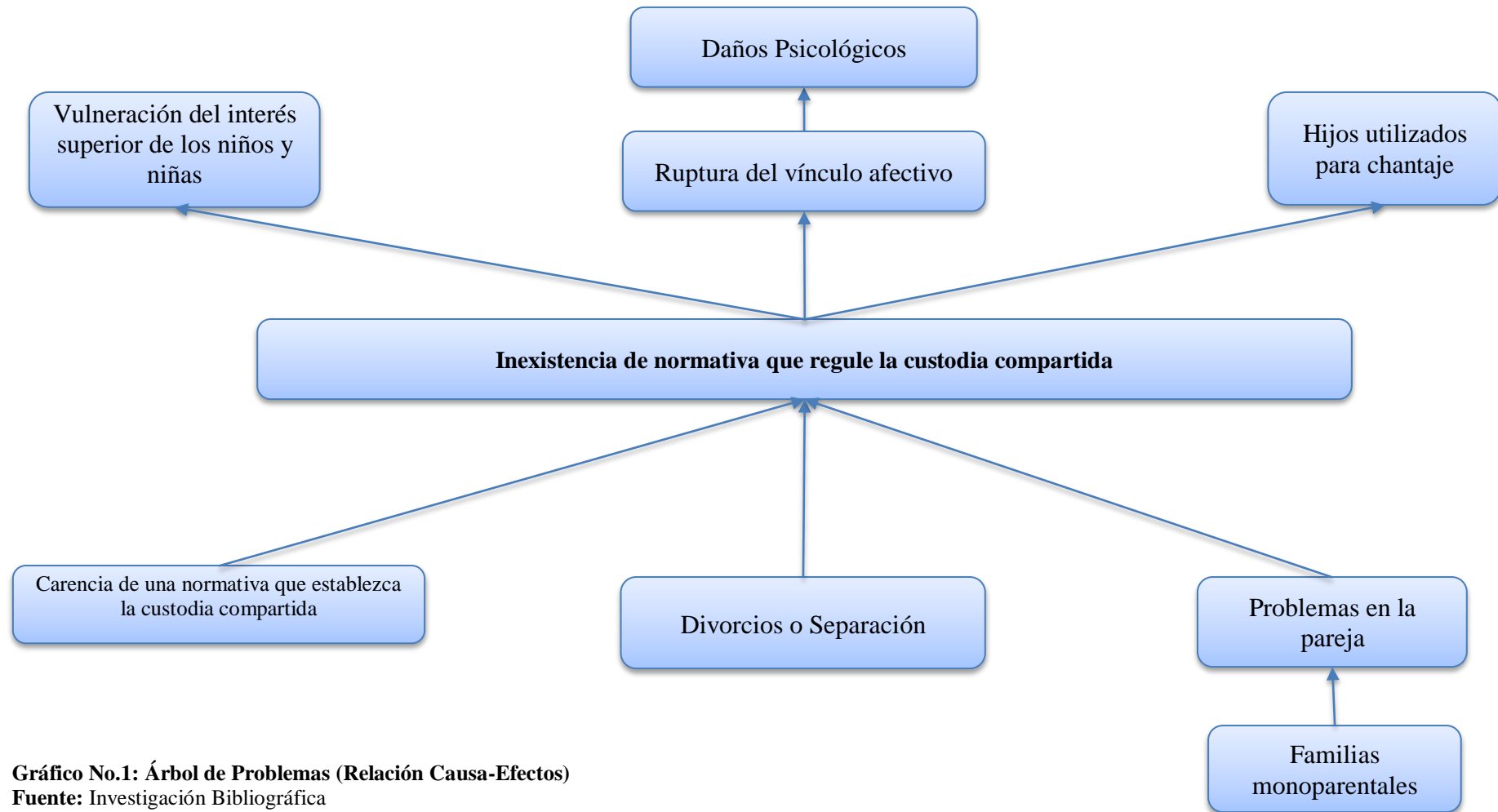
Suárez (2014), sostiene que uno de los factores de gran relevancia de la custodia compartida es una método como los padres pueden organizar de una mejor manera su tiempo en aspectos como relaciones personales, familiares, sociales y demás actividades complementarias, sin dejar de lado sus obligaciones con sus hijos, permitiendo además que las madres no descuiden ni dejen de un segundo plano

aquellas actividades laborales para que esto no llegue a perjudicar su situación económica.

En nuestro país hablar de una custodia compartida, es hablar de una normativa que no regula ni garantiza los derechos fundamentales de las personas en especial de los niños, fomentando de esta manera la desigualdad de condiciones, la vulneración de los derechos de los niños y de los padres, puesto no existe una norma legal que proteja y garantice la estabilidad emocional y afectiva del niño.

La custodia compartida es más que una normativa es una oportunidad para que los hijos puedan estar y convivir con sus padres y de esta manera mantener una relación de afecto y cariño con ambos progenitores, además que al incorporar la custodia compartida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se estaría velando por el interés superior de los niños y niñas.

## ÁRBOL DE PROBLEMAS



**Gráfico No.1: Árbol de Problemas (Relación Causa-Efectos)**

**Fuente:** Investigación Bibliográfica

**Elaboración:** El Investigador



## **ANÁLISIS CRÍTICO**

La ausencia de una normativa donde se regule la custodia compartida entre los dos progenitores de un niño o niña ha ocasionado que se vulnere el interés superior de los niños, siendo esto lo menos adecuado para la salud emocional de los menores pues está limitado a compartir de manera equitativa con sus dos progenitores, siendo esto un grave daño para el menor.

Cuando las parejas han tomado la decisión de divorciarse o separarse, son muchos los sentimientos que se genera entre ellas, siendo los niños y niñas quienes sufren las consecuencias negativas, pues esto ha ocasionado que ellos sientan la ausencia de uno de sus progenitores.

Los problemas que se producen entre la pareja, han hecho que tomen la decisión de formar hogares monoparentales, donde el niño crece solo con uno de sus progenitores, esto ha ocasionado que se quebranten los vínculos afectivos entre los niños y sus progenitores, además que esta falta de afecto ocasiona graves daños psicológicos para los niños.

En los casos que las parejas han tomado la decisión de divorciarse o separarse, muchas veces al momento de arreglar la situación de los menores, prima el interés que cada uno tiene, vulnerando así el interés superior de los niños por qué no se toma en cuenta que es lo mejor para ellos. El interés superior implica el satisfacer las necesidades físicas, psicológicas y emocionales de los niños, por lo que en la mayoría de casos de divorcios o separación no se llega precautelar estas necesidades.

## **PROGNOSIS**

En el caso de no dar una solución al problema de la custodia compartida, se provocará daños en las relaciones parentofiliales, pues los menores solo crean un vínculo afectivo con el padre o la madre que los tiene bajo su custodia, guardando cierta lejanía con su otro progenitor. Además que, al no establecer la custodia compartida quien toma las decisiones importante acerca del menor es el progenitor

que lo tiene bajo su guarda sin tomar en cuenta al otro progenitor quien también tiene derechos sobre los niños.

Es importante recalcar, que cuando surgen ciertos conflictos entre los padres es el menor, quien termina siendo el mayor afectado de estos conflictos, ya que uno de los progenitores no permite visitar a su hijo al otro progenitor, de igual manera surgen ciertos abusos respecto a las pensiones alimenticias, siendo estos los casos con más incidencia de reclamos por parte de los progenitores ante las autoridades judiciales.

Bajo estas premisas considero que se debe plantear en forma urgente una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el cual se establezca la custodia compartida como una normativa indispensable, para así evitar que sean los menores quienes sufran las consecuencias de los problemas existentes entre sus progenitores, además que esto beneficiara de una manera considerable a las relaciones parentofiliales y sobretodo evitará que se siga vulnerado el interés superior de los niños.

## **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿De qué manera incide la custodia compartida en el interés superior de las niñas y niños?

## **INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN**

¿En qué consiste la custodia compartida?

¿Cuáles son las dimensiones que involucran el interés superior?

¿Cuál es la mejor solución al problema planteado?

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

## **DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO**

**Campo:** Jurídico

**Área:** Niñez y Adolescencia

**Aspecto:** Custodia Compartida, Interés Superior de los Niños y las Niñas.

### **DELIMITACIÓN ESPACIAL:**

La presente investigación se llevará a cabo en la provincia de Tungurahua, cantón Ambato.

### **DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA INVESTIGACIÓN**

El presente proyecto de investigación se desarrollará durante el año 2015.

### **UNIDADES DE OBSERVACIÓN**

- Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato provincia de Tungurahua.
- Abogados en Libre Ejercicio

### **JUSTIFICACIÓN**

El presente proyecto investigativo es **importante**, por cuanto es menester demostrar el vacío legal que existe en nuestro país acerca de la custodia compartida y el dar una solución a este problema. Una buena regulación legal para la custodia compartida evitara que se siga vulnerando el interés superior de los niños y niñas.

Esta investigación es **viable**, se cuenta con suficiente material bibliográfico y doctrinario sobre la temática. Evaluada también la factibilidad económica, metodológica y técnica, de la misma manera esta investigación será respaldada por profesionales del derecho que tengan conocimiento en la materia y en vista de la evidente pertinencia, e importancia del tema.

Al establecer una reforma dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el que se establezca la custodia compartida y bajo que parámetros se debe aplicar,

se evitará que los niños sean inmiscuidos en los conflictos de sus progenitores, y esto **beneficiara** a los niños quienes podrán compartir de una manera equitativa con sus padres.

El presente proyecto es **original**, por cuanto al realizar una investigación profunda y a más de los conocimientos adquiridos en clases a través de mis maestros; he visto necesario buscar la solución a este problema que es evidente, por lo tanto este proyecto es de mi absoluta autoría.

El presente tema de investigación es de **interés**, ya que permitiré establecer una mejor convivencia entre padres e hijos además que se evitara que se siga violentando el interés superior de los niños.

## **OBJETIVOS**

### **GENERAL**

- Indagar la incidencia de la custodia compartida en el interés superior del niño.

### **ESPECÍFICOS**

- Analizar la custodia compartida como figura jurídica y sus diferentes elementos.
- Determinar que es el interés superior del niño.
- Proponer la mejor solución al problema planteado en esta investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

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

Ormaza (2013), “Necesidad de regular la custodia compartida en caso de divorcio en los artículos. 108 y 115 del código civil ecuatoriano” (Tesis de grado). Universidad Central del Ecuador.

#### **CONCLUSIONES:**

Que si bien la norma Constitucional reconoce la corresponsabilidad paterna y materna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, pero su aplicación no ha sido regulada en la ley.

Que la norma contenida en los artículos 108 y 115 del Código Civil resulta ineficaz para la aplicación de la corresponsabilidad paterna y materna, por la ambigüedad de la norma.

Que la norma contenida en el Código Civil, no abarca la custodia compartida de los hijos, solo reconoce la custodia monoparental en los casos de divorcio de los progenitores.

Arana (2013), “Necesidad de garantizar el desarrollo integral y el principio de interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, mediante reformas al régimen jurídico de la tenencia, previsto en el Código de la Niñez y la Adolescencia” (Tesis de grado). Universidad Nacional de Loja

### **Conclusiones.**

La tenencia de niñas, niños y adolescentes es una institución jurídica que tiene una frecuente aplicación en la sociedad ecuatoriana.

Debido principalmente a factores como la incidencia del divorcio, y la desorganización que afronta la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Existen dentro de la práctica procesal de la tenencia, casos en que por el interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y específicamente con la finalidad de garantizar su desarrollo integral, su cuidado y protección debe ser confiado a personas distintas de sus progenitores.

Las normas del Código de la Niñez y la Adolescencia, que tienen relación con el régimen jurídico de la tenencia, limitan expresamente la posibilidad de que el cuidado de las niñas, niños y adolescentes, pueda ser confiado a personas distintas de sus progenitores, pues señala que considerando el interés superior y el desarrollo integral del menor, su tenencia será confiada, a uno de ellos.

### **FUNDAMENTACIÓN**

#### **FILOSÓFICA**

El enfoque de esta investigación se ubica en el paradigma critico-propositivo, al tratarse de una realidad que se plasma durante la custodia compartida y el interés superior de los niños, por tal razón se lo considera como crítico al establecer la existencia de un problema sus causas y efectos; por otro lado al tratar de buscar una solución al problema planeado.

## **LEGAL**

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

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

El estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (Art. 44).

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

### **CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS**

Según la Constitución de la República del Ecuador (2008) “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Art.31).

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

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2009):

Finalidad.- Este código dispone sobre la protección integral que el estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos,

garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral. (Artículo 1).

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2009):

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. (Artículo 11)

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

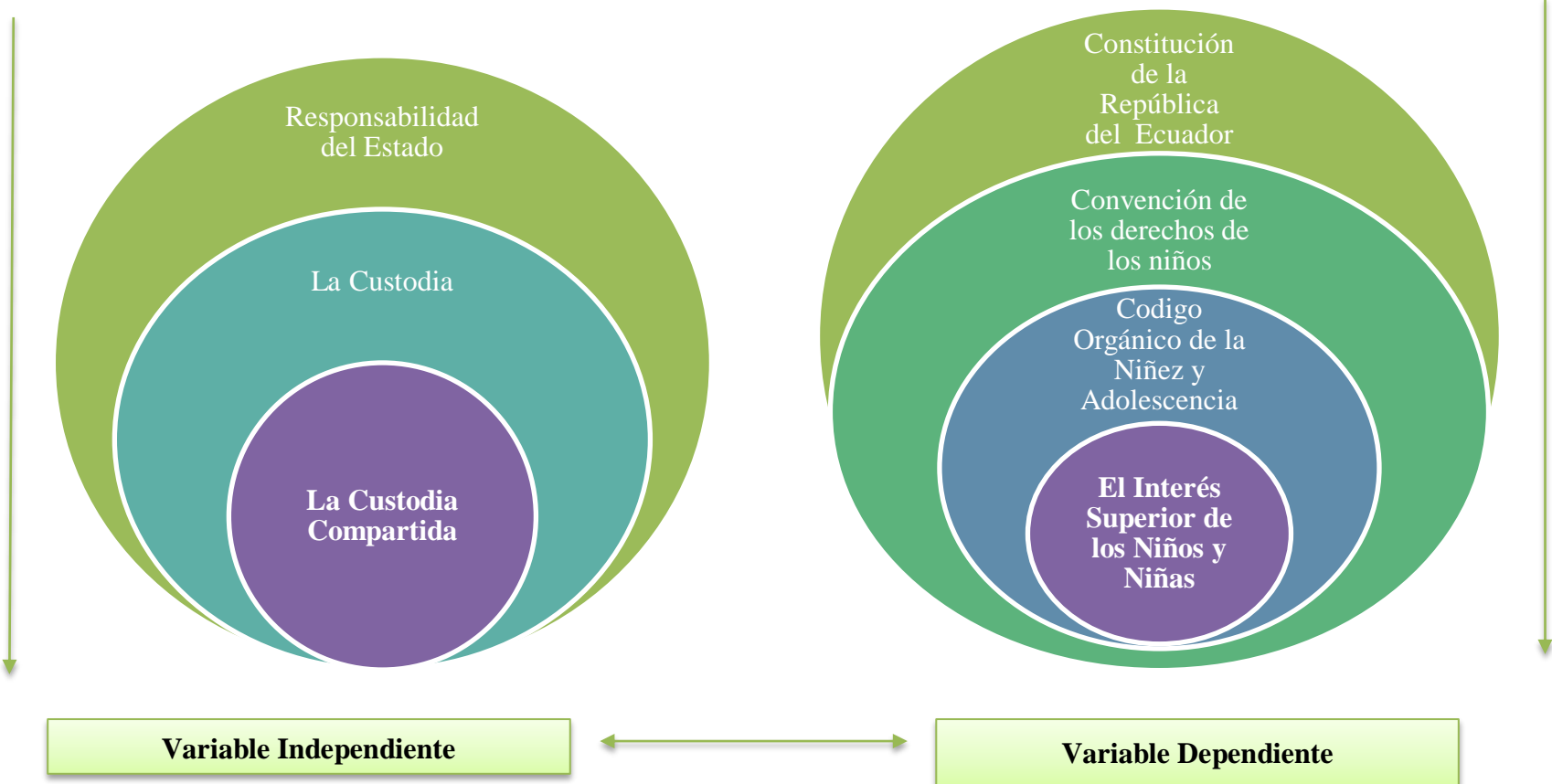
## **DE LA TENENCIA**

Según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2015): “Cuando el Juez o al Jueza estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad” (Art. 118).

Cuando existe una ruptura afectiva entre los progenitores de un niño, nuestro Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que la custodia o tenía la ejercerá uno de los progenitores, ósea esto se refiere a la convivencia habitual, mientras que la patria potestad la ejercerán los dos progenitores es decir tendrán derechos y obligaciones sobre el menor.

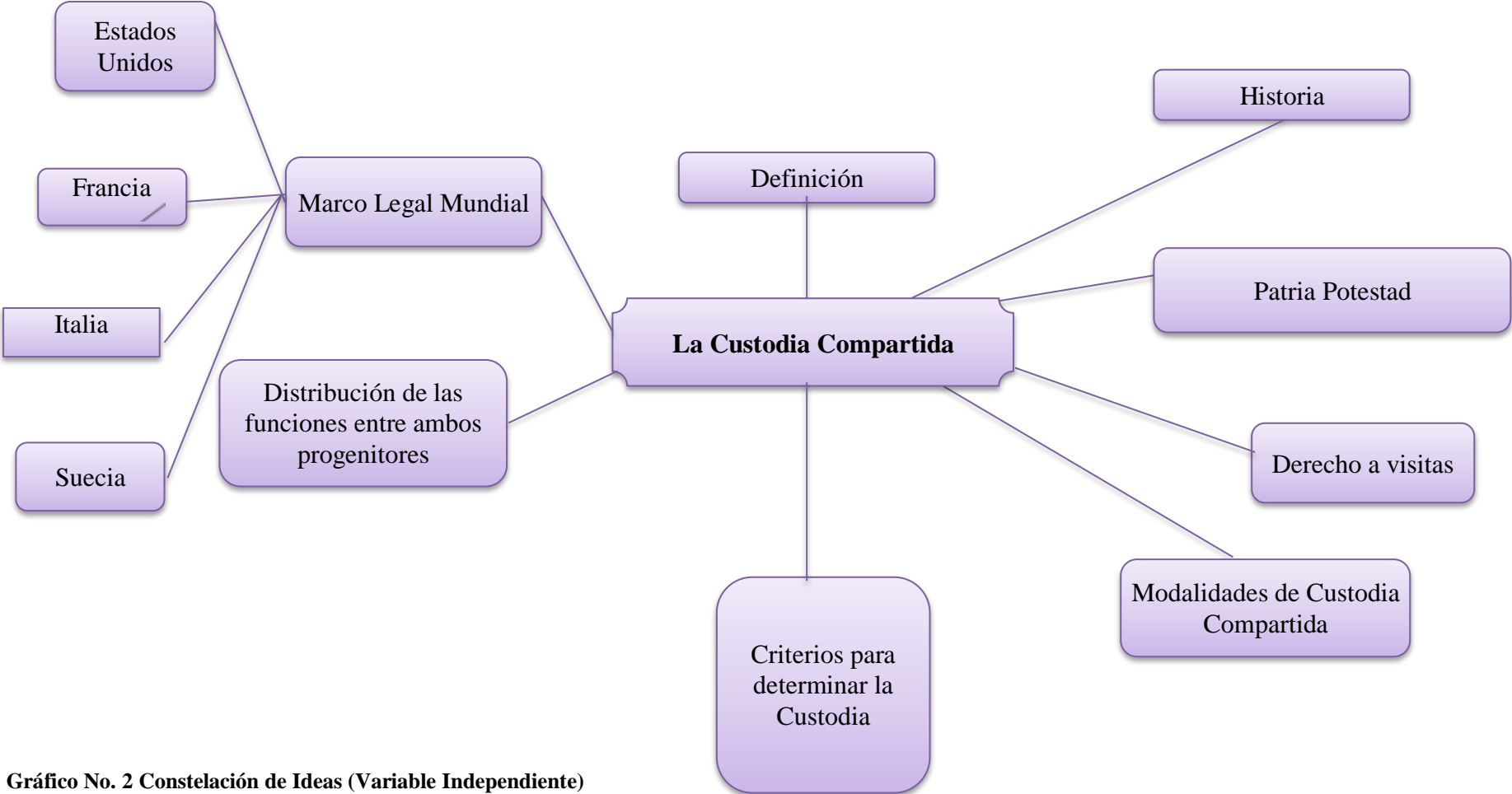


# CATEGORÍAS FUNDAMENTALES



**Gráfico No. 1 Categorías Fundamentales**  
**Fuentes:** Investigación Bibliográfica  
**Elaboración:** El Investigador

**CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE**

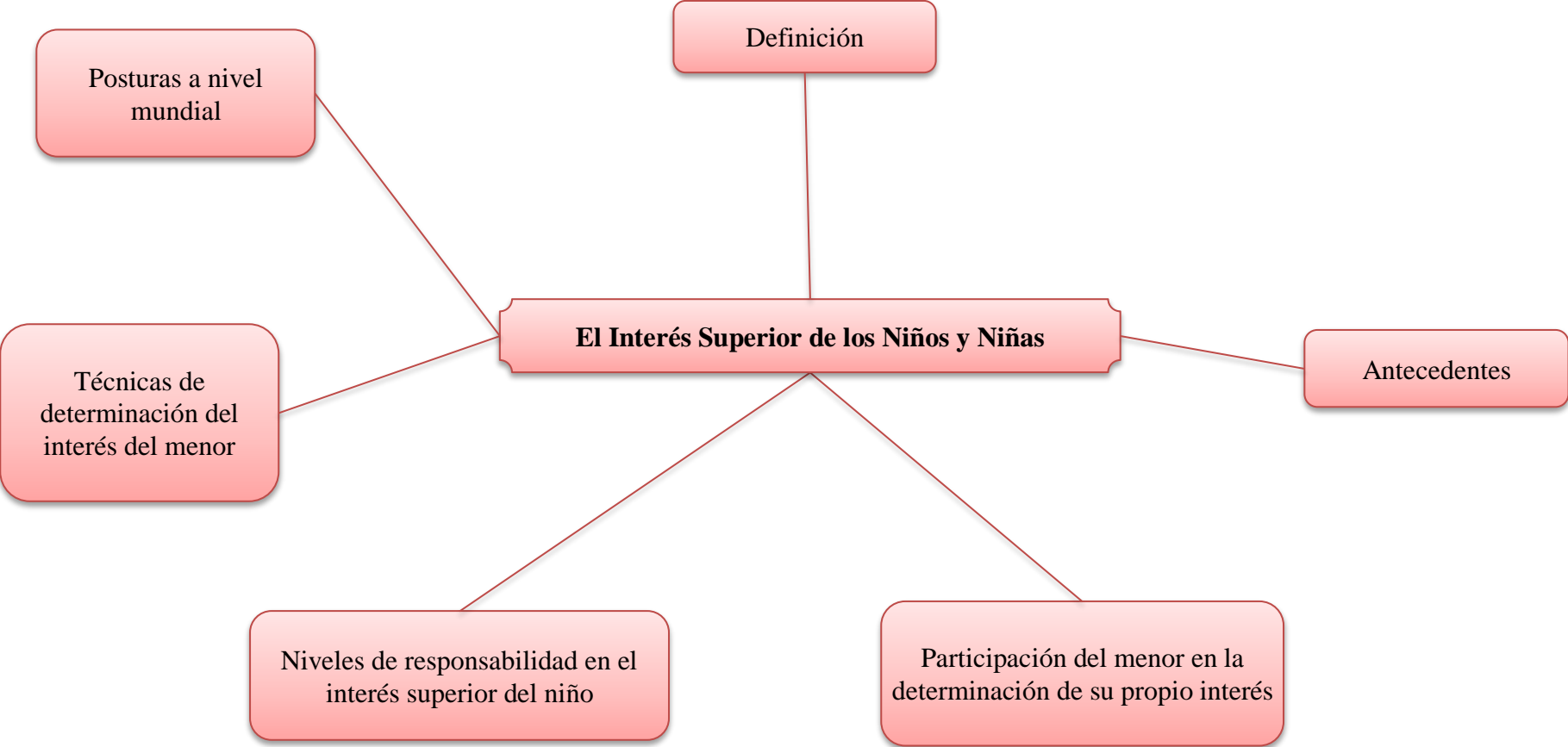


**Gráfico No. 2 Constelación de Ideas (Variable Independiente)**

**Fuente:** Investigación Bibliográfica

**Elaboración:** El Investigador

**CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE**



**Gráfico No. 3 Constelación de ideas (Variable Dependiente)**  
**Fuente:** Investigación Bibliográfica  
**Elaboración:** El Investigador

## **DESARROLLO DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE**

### **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

Es responsabilidad del estado, el crear normas que sean de beneficio para los ciudadanos de su territorio, sin embargo al hablar de temas relacionados con los grupos más vulnerables, en este caso en concreto los niños y niñas es indispensable que ante todo se busque plantear leyes que ayuden y aseguren el total ejercicio de sus derechos y que su interés superior prevalezca sobre cualquier otra cosa.

Establecer en nuestra legislación la custodia compartida cuando los progenitores han tomado la decisión de divorciarse o separarse, será beneficioso para el bienestar de los niños, pues garantiza que estos puedan ser más felices, que tengan un pleno desarrollo conjuntamente con sus dos progenitores sin que tenga que alejarse de uno de ellos.

El estado tiene que ser quien garantice las medidas necesarias para que los niños y niñas puedan crear relaciones sanas y permanentes con sus progenitores. Las familias separadas o divorciadas deben ser atendidas por parte del estado de igual manera que las demás familias que se encuentran constituidas en matrimonios. Además los niños que son producto de las parejas separadas o divorciadas merecen que el estado garantice el derecho a disfrutar cariño y afecto de manera equitativa por parte de sus progenitores.

Es importante que el estado a través de sus legisladores tome las medidas necesarias para contribuir a una mejor calidad de vida entre los progenitores y sus hijos, de manera que exista una participación equitativa por parte de los progenitores hacia sus hijos.

### **CUSTODIA**

Se puede definir como custodia como una tenencia o el control físico que tienen los padres sobre los hijos, se establece también a la custodia como el acto de cuidar y

guardar con vigilancia algo o a una persona, en este caso sería un niño. La palabra custodia tiene una estrecha relación con el termino guarda, aunque esta segunda tiene un significado más relevante pues es el cuidar con cuidado y diligencia.

Pérez (2013), manifiesta que la custodia compartida se puede también definir como un elemento importante de la patria potestad, además que es un derecho que tienen los padres para estar en compañía de sus hijos.

Respecto a esto podemos decir que tanto la guarda como la custodia no solamente se refiere al cuidado físico de los padres respecto a sus hijos, ya que esto lo podría hacer cualquier persona ajena, este concepto va más allá se refiere al cuidado integral del niño, esta función solo lo podrían ejercer los padres.

Romero (2012), sostiene que la custodia del niño es un tema importantísimo, al buscar una estabilidad emocional para el menor, es adecuado que sea ejercida por al menos por uno de sus progenitores y es aún más adecuado que sea ejercido por los dos progenitores, esto causa una gran ayuda en él y en la formación integral del menor. Claro está que en casos extremos en los que el menor se encuentre en peligro bajo la custodia de sus padres esta es entregada a una persona ajena.

Por otra parte es importante que se diferencie el término patria potestad y custodia, pues para muchos resulta confuso las diferencias en estos dos términos, la patria potestad son los derechos y las obligaciones que tienen los padres sobre los hijos, mientras que la custodia significa el cuidar, y tener bajo su cuidado a sus hijos. De tal modo que la custodia puede ser concedida a uno solo de los padres, y la patria potestad queda concedida a los dos, pues esta es irrenunciable. Quedando así como única opción para el progenitor el régimen de visitas.

## **CUSTODIA COMPARTIDA**

Muñoz (2012) expone que:

La custodia compartida es aquella modalidad de ejercicio de la

responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro. (p. 90)

Esta definición es muy clara acerca del fin de establecer una custodia compartida, pues nos habla de igualdad, la equidad entre los progenitores y sobretodo los beneficios que obtiene el niño tras aplicar la custodia compartida. Sin embargo en el concepto antes dicho establece que debe existir un acuerdo de las partes para aplicar la custodia compartida, no obstante esta se puede aplicar con el consentimiento de ambos padres o a petición de uno solo de los progenitores.

Según Ruiz (2008), “La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos” (p. 19).

Para Ramos (2009), “La custodia compartida es el compartir la autoridad, responsabilidades, derechos y obligaciones sobre los hijos los hijos en común de una pareja que se encuentra separada” (p. 73).

Mientras que para Martín (2009), indica que la custodia compartida es un sistema que consiste en una alternancia de los progenitores, en el régimen de visitas en la guardad, ocasionando esto un igualdad entre ambos padres y garantizando los derechos de los niños, pues estos son criados por los dos padres a pesar de su ruptura.

A mi criterio la custodia compartida es un régimen que se aplica tras la ruptura o divorcio de una relación de pareja, en este régimen los progenitores de un niño comparten el cuidado de su hijo en igualdad de condiciones, esto también les permite

que ambos progenitores puedan tomar decisiones acerca de sus hijos, como ejemplo el decidir a qué escuela enviar a sus hijos. Además que ejercen el cuidado directo de sus hijos.

Tras el cese de la convivencia de los padres, se debe establecer cuál es la mejor forma de relacionarse los padres con los hijos, en este caso la modalidad de custodia compartida puede ser muy variada según las circunstancias en las cuales se tomara en cuenta la capacidad, tiempo que disponen los dos progenitores, la edad de los hijos, y el lugar donde vayan a residir, así como otras circunstancias.

Esta figura es de gran beneficio especialmente para los padres que no se han podido poner de acuerdo respecto a la situación del hijo de los dos, pues mantienen las relaciones con sus hijos en igualdad de condiciones, además que permite coadyuvar la vida personal y laboral de los dos progenitores. La custodia compartida además de brindar beneficios a los padres brinda beneficios a los niños, satisfaciendo las principales necesidades como son necesidades afectivas, de seguridad y protección física.

Todo esto enmarca la formación integral de los menores para un buen desarrollo. Según estudios establecen que la aplicación de la custodia compartida trae grandes beneficios a los niños y sus progenitores a continuación detallare cada uno de ellos: Los niños presentan mejores niveles de autoestima. Los padres tienen menos conflictos existe mejor relación entre los padres y los hijos los menores no se sienten abandonados por uno de sus progenitores. No existe desigualdad en las atribuciones de cada uno de los progenitores.

Según Romero (2012) menciona que:

La custodia que es ejercida por uno solo de los progenitores, más conocida como custodia unilateral, es un régimen limitado, que supuestamente se establece igualdad entre los dos progenitores, pero en realidad desde el nombre dado a esta figura (régimen de visitas), genera una relación ajena y distante entre progenitor y su hijo. Existen

autores que establecen que la custodia siempre es compartida, aunque esta no sea al cincuenta por ciento por cada progenitor, pero que al menos al año comparten un treinta y cuatro por ciento con el otro progenitor que no tiene la custodia. Para cual considero un absurdo el establecer la custodia compartida en la legislación. (p. 37)

El establecer la custodia compartida, implica que el tiempo del menor sea distribuido de manera equitativa entre los dos progenitores, esto incluye los periodos de vacaciones, clases, fines de semana.

Uno de los objetivos principales de la custodia compartida, es que ambos progenitores puedan tomar decisiones equitativas respecto a la educación de sus hijos, a los gastos económicos, que el tiempo que compartan con los hijos ya no sea limitado. Finalmente de esta manera ambos progenitores velaran de manera conjunta por el cuidado, educación y atención de sus hijos.

## **HISTORIA**

La custodia compartida se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad, esta institución a lo largo de la historia ha tenido grandes cambios. En Roma la patria potestad era una manera de tener poder sobre sus hijos y se mantenía de manera perpetua y se mantenía de descendencia en descendencia.

El paterfamili quien era el jefe de familia tenía varias atribuciones como ejercer la patria potestad sobre sus hijos, además podía venderlos como esclavos si así lo creía conveniente, además eran dueños de los bienes de sus hijos.

Solo el padre podía ejercer la custodia de los hijos, la madre al ser mujer no tenía ni voz ni voto sobre sus hijos, solo en casos excepcionales cuando el padre era considerado incapaz se le entregaba la custodia a la madre.

Después del año 1900, surge un cambio y es ahí cuando se empieza a dar con mayor preferencia la custodia a las madres, de tal manera que la custodia seguía siendo



concedida solo a uno de los progenitores. Posteriormente a esto legislaciones de países como España, han sido los primeros en establecer la custodia compartida, ocasionando resultados beneficiosos para los niños y para los padres.

## **PATRIA POTESTAD**

Históricamente la patria potestad se la consideraba como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados y su patrimonio. El padre era quien administraba los bienes de su hijo, lo que también implicaba la descendencia patriarcal, ósea el apellido, pues la mujer pasaba a tener el apellido de su esposo y además quedaba bajo la patria potestad del abuelo o padre de su marido, este sistema impero en Alemania, Roma, Sicilia, Galia, Atenas, Tracia, Israel y otros países.

La patria potestad es un derecho subjetivo, que está constituida por derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos que no se encuentran aún emancipados, puesto que la emancipación extingue la patria potestad. Esta tiene como finalidad la protección de los niños, niñas y adolescentes en todos los ámbitos. También se puede decir que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que la asume uno solo de los progenitores o ambos en igualdad de condiciones.

Es importante para el investigador tomar como reseña lo expuesto por Ivars (2008) que:

La patria potestad establece entre los padres una igualdad en cuanto a los derechos que tienen sobre sus hijos, así como también sobre los deberes, pues esta busca ante todo que el niño, niña o adolescente no se vean desprotegidos, las características de la patria potestad son:

- Se ejerce siempre a favor de los hijos y no en favor del titular, siempre buscando el interés superior del menor.
- Tiene un alcance hacia todos los hijos, tanto biológicos como

adoptados, los concebidos dentro de matrimonio como los concebidos extramatrimonialmente.

- Es intransmisible, irrenunciable e imprescriptible. (p. 77).

## **DERECHO DE VISITAS**

Al existir una ruptura en la pareja, es el juez quien tiene regular de una manera adecuada la manera para que los hijos se puedan relacionar con sus hijos, de manera que la separación de sus progenitores no le afecte de ninguna manera al menor.

Lo expuesto por Romero (2012) manifiesta que:

Dentro de la jurisprudencia y la doctrina el derecho a visitas también es conocido con otros nombres como derecho de comunicación y estancia, derecho a relacionarse. El derecho a visitas limita al progenitor a que solo pueda visitar por ciertas horas a su hijo y en muchos de los casos de acuerdo al horario que la persona que tenga la custodia del niño lo disponga. (p. 58)

Para dar solución a lo anteriormente mencionado, se ha venido estableciendo el llamado, régimen de visitas en el cual el padre o la madre que no tiene la custodia o tenencia del menor solo pueden verlo por ciertas horas. Esta figura del régimen de visitas tiene por finalidad el crear un entorno adecuado para el desarrollo del menor.

## **MODALIDADES DE CUSTODIA COMPARTIDA**

En caso de que una pareja se encuentre separada o divorciada, y en caso de que se aplique la custodia compartida, se tiene que establecer la modalidad en la que esta se ejerza de una manera apropiada.

A continuación señalare las modalidades de la custodia compartida:

- Según el lugar donde se ejerza el cambio.

- Según se ejerza la patria potestad.
- Según el tiempo.

## **CUSTODIA COMPARTIDA SEGÚN EL LUGAR DONDE SE EJERZA EL CAMBIO**

Existen tres modalidades dentro de esta custodia compartida:

Según Ramos (2009), afirma que la “**Guarda y custodia compartida simultánea:** esta modalidad se la aplica cuando ambos progenitores después de la separación siguen viviendo en el mismo domicilio (p. 89).

Es una modalidad muy difícil de aplicar pues tras una ruptura de pareja es muy difícil poder convivir bajo el mismo techo, además que si uno de los progenitores ha decidió volver a rehacer su vida sería ilógico que viva en la misma casa de su ex cónyuge o pareja.

Según Ramos (2009), afirma que:

**Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los menores:** significa que los menores permanezcan en el domicilio que fuera conyugal de manera permanente, siendo así que los progenitores sean quienes se muden de manera alternada a la vivienda familiar. (p. 91)

Con esto se procura dar una solución a la supuesta inestabilidad que causa el cambio de domicilio en el menor, esto se puede aplicar siempre y cuando los progenitores del niño estén de acuerdo. Este tipo de custodia es muy difícil aplicar, por cuanto puede acarrear problemas económicos entre los progenitores.

Según Ramos (2009), indica que:

**Guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de**

**residencia para los menores:** en esta modalidad de custodia compartida es mucho más factible, pues el menor debe compartir con cada uno de sus progenitores de una manera equitativa y en el domicilio de cada uno de ellos, ósea es el niño quien cambia de domicilio.

No se trata de que la custodia compartida se la ejerza de una manera estrictamente equitativa, puede existir casos donde el menor comparta más tiempo con uno de los progenitores, en si la finalidad de esta es que el niño mantenga una relación permanente, habitual y estable con sus dos progenitores. (p. 93).

## **CUSTODIA COMPARTIDA SEGÚN SE EJERZA LA PATRIA POTESTAD**

Esta custodia está dividida en tres alternativas:

Según Ramos (2009), menciona que la “**Guarda alternada y ejercicio conjunto de la patria potestad:** esta alternativa establece que los dos progenitores convivan de manera alternada con sus hijos, manteniendo conjuntamente la patria potestad sin importar quien esté a cargo del hijo” (p. 96).

Según Ramos (2009), se refiere que la “**Guarda alternada y ejercicio alternado de la patria potestad:** es casi similar a la anterior alternativa, con la diferencia que los padres ejercen la patria potestad mientras el menor se encuentre bajo su cuidado” (p. 100).

Según Ramos (2009), relata que:

**La Guarda alternada y ejercicio de la patria potestad parcialmente distribuido entre progenitores:** en este caso la patria potestad es una alternativa entre el ejercicio conjunto o alternado de esta. Así cada uno de sus progenitores se puede distribuir la patria potestad de acuerdo a sus capacidades. (p. 103).

## **CUSTODIA COMPARTIDA SEGÚN EL REPARTO DE TIEMPO**

Lo expuesto por Romero (2012) manifiesta que:

El reparto de tiempo se puede determinar tomando en cuenta las circunstancias de acuerdo a los años escolares, semestres, meses, semanas, siempre buscando el bienestar del menor de manera que la aplicación de la custodia compartida no afecte en su desenvolvimiento escolar. (p. 107).

## **CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUSTODIA**

Al respecto a este tema, para la aplicación de la custodia compartida se debe tomar en cuenta las circunstancias de cada caso, debe analizarse de manera individual la situación y así de esta manera determinar cuál es la modalidad de custodia compartida que se debe aplicar.

A continuación detallare cada una de las consideraciones que se debe tomar en cuenta para la aplicación de la custodia compartida.

El interés del menor, la estabilidad del menor, el reparto del tiempo de los niños y niñas, lugar de residencia de los progenitores, proximidad de domicilios, ocupación de los progenitores, convivencia del progenitor o progenitora con una pareja sentimental, conducta de los progenitores, enfermedad de uno de los progenitores, enfermedad del menor, criterios económico y la vivienda de los progenitores.

## **DISTRIBUCIÓN DE LAS FUNCIONES ENTRE AMBOS PROGENITORES**

Lo expuesto por Cabrera (2008) manifiesta que:

La distribución de las funciones entre ambos progenitores en la patria potestad, significa que se lo realice de manera compartida, por lo que no se debe confundir con el ejercicio unilateral de la patria potestad. A

pesar de que es complicado una distribución total, es viable realizarla, claro está según sea el caso respecto a la crisis de la pareja. (p. 66)

Es preferible para el menor que sea distribuida de manera equitativa a que se ejerza de una manera unilateral. porque de este modo ambos progenitores están al tanto del desarrollo de su hijo, así mismo esto dará lugar a que los menores puedan compartir un tiempo considerable con sus padres, teniendo así la figura tanto materna como paterna, esto también evitara que los niños sean víctimas de los problemas existentes entre sus progenitores.

Para muchas personas la aplicación de este régimen es difícil aplicarlo, pero tomando en cuenta la aplicación de este régimen en otros países esto no es complicado, al contrario este sistema es viable, claro es importante que exista una buena relación entre los progenitores, y en caso de no ser así que sea el juez quien esté suficientemente capacitado para realizar una distribución equitativa de las funciones entre los progenitores.

## **MARCO LEGAL MUNDIAL**

A continuación detallare como se encuentra regulada la custodia compartida en diferentes países del mundo.

### **ALEMANIA**

Según Reimann (2008), manifiesta que en el año de 1983 ya existió un proyecto sobre custodia compartida, en este proyecto se trató puntos como que en casos comunes el juez debe ceder a ambos cónyuges el derecho de custodia común, y en caso de que sea otra la decisión debe ser justificada, además en casos de conflictos se tiene que demostrar la inviabilidad de la custodia común. Sin embargo si una de las partes no está de acuerdo en la aplicación de la custodia compartida podrá solicitar al tribunal de familia la cesión de la custodia compartida.

En la actualidad la legislación Alemana hace una distinción entre las parejas casadas,

y las que no lo están. La custodia compartida se declara siempre y cuando el hijo haya nacido dentro del matrimonio.

## **FRANCIA**

Según lo expuesto por Jospin (2005), manifiesta que en Francia de acuerdo a la ley de autoridad parental de francesa, se encuentra vigente desde el 5 de marzo del 2002, se elimina el concepto custodia y se lo reemplaza por coparentalidad, pues en este país se consideró se establecer la custodia monoparental es discriminatorio para las mujeres y los hombres. La coparentalidad consiste en que los progenitores, presenten un plan de mutuo acuerdo en lugar de que los tribunales decidan sobre el futuro de los hijos.

La legislación francesa determina una diferencia entre custodia compartida y el termino coparentalidad, aunque tienen el mismo objetivo, altera en el cuidado de los menores. De igual manera en las leyes de este país prevalece la voluntad de los progenitores, respecto al acuerdo que hayan llegado los padres del menor. Además que el juez en casos excepcionales podrá disponer la custodia unilateral.

## **ITALIA**

Según lo expuesto por Flaquer (2011) menciona que desde el 26 de enero del año 2006, se aplica de manera prioritaria la custodia compartida, esto buscando el interés superior del menor. En este país no es importante el acuerdo de los progenitores del menor, la custodia compartida se debe aplicar de manera obligatoria en los casos de divorcios o separación, es decir no existe opción entre elegir una custodia compartida y una monoparental.

## **SUECIA**

Según lo manifestado por Temorrocha (2006) sostiene que en este país se establece la custodia compartida cuando los padres se divorcian, en casos que esta custodia vaya en contra del interés superior del menor el tribunal disolverá esta figura

jurídica. En el año de 1998 se realizan ciertas modificaciones en la legislación, pues busca facilitar la aplicación de la custodia compartida; entre ellas tenemos las pensiones alimenticias deberán ser prorrateadas, dependiendo con quien se encuentre el menor, la custodia compartida se determina en situaciones de crisis en casos extremos. También en la aprobación de la custodia compartida interviene el municipio con una institución llamada comité de bienestar social, pues en este lugar debe determinar el lugar de residencia del menor.

## **ESTADOS UNIDOS**

Según lo manifestado por Castells (2012), sustenta que la custodia compartida tiene su origen en el derecho anglosajón, en Estados Unidos se conoce a la custodia compartida con el nombre de shared custody, este tipo de custodia es muy aplicada en las parejas que se divorcian. Existen estados que la aplican de una manera obligatoria, existen otros estados como Luisiana donde los padres antes de divorciarse deben asistir a seminarios para parejas que se encuentran en proceso de divorcio con el fin de que puedan llegar a una medición respecto al modo como van ejercer la custodia.

Existen otros estados en los cuales no establece la custodia compartida como una manera obligatoria, sino que esta la deja en libertad a sus progenitores, incluso hay estados que son tan cautelosos a la hora de establecer la custodia compartida, pues piden que los progenitores demuestren a través de los servicios sociales la capacidad de hacerse cargo del menor de una manera adecuada.

## **DESARROLLO DE LA VARIABLE DEPENDIENTE**

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

Lo expuesto por Zabala (2006) manifiesta que:

La Constitución es la norma máxima de un país, a través de la cual el gobierno regula las facultades del pueblo, es el conjunto de principios,



instituciones y normas que fijan la organización del estado ecuatoriano, es decir, señalan los lineamientos básicos de la organización de la población y del territorio, instituyen los órganos por medio de los cuales el estado ejerce sus funciones e intenta la realización de sus fines, señalan las materias de su competencia y les asignan atribuciones en tales materias (pág. 132)

Al ser la constitución una norma suprema, esta sobre cualquier otra norma jurídica. En ella constan derechos políticos, sociales, económicos en fin todos los derechos que puedan garantizar una vida digna de una persona.

La actual constitución del Ecuador fue aprobada por la Asamblea Constituyente de Montecristi en la provincia de Manabí el 24 de junio del 2008, fue publicada en el registro oficial el 20 de octubre de 2008. Esta constitución contiene 444 artículos y está dividido en capítulos y secciones.

Además la actual constitución, establece una división de cinco poderes del estado, que son la Función Ejecutiva, Función Judicial, Función Electora, Función de Transparencia y Control Social y finalmente la Función Legislativa.

## **CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS**

La convención sobre los derechos del niño es un instrumento internacional en la que se encuentra vinculado todas clases de derechos humanos como son: culturales, políticos, sociales, civiles y económicos.

En el año de 1989 se tomó se vio la necesidad de que los niños y niñas al ser parte integral de la sociedad deben tener una convención especial la cual solo este destinado a ellos. Además que se busca reconocer sus derechos humanos.

Esta convención de los derechos de los niños está constituida por 54 artículos y dos protocolos facultativos. En ella se establecen todos los derechos humanos que un niño debe disfrutar como son: al desarrollo pleno, a la protección frente a peligros, a

no ser víctimas de malos tratos y explotación de cualquier tipo, a participar de una manera plena en la vida familiar, social y cultural.

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

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia menciona sobre la protección que el estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños y adolescentes del Ecuador, esto con el fin de que ellos alcancen su desarrollo integral y puedan disfrutar plenamente de sus derechos.

Para el regular el efecto de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes se lo realizara conforme el principio del interés superior del niño y a la doctrina de la protección integral.

## **EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS**

### **ANTECEDENTES**

Según lo mencionado por Couso (2004), determina que:

Es conveniente determinar donde se comienza a utilizar el término “interés superior”, muchos afirman que hace veinte y cinco años más o menos este término era utilizado como principio jurídico en el derecho privado español y en el occidente. Por lo que viene a ser un término nuevo, en función a ello puede resultar un poco complejo. (p. 88)

Además a criterio de Verdugo (1996), manifiesta que el interés superior de los niños y niñas tiene sus antecedentes en la declaración de Ginebra sobre los derechos del niño en el año 1824 ,donde ya existe un indicio acerca del interés superior del menor en ella establece que la humanidad debe darle lo menor al niño. Posteriormente en el año de 1948 en la declaración de los derechos humanos hace una breve mención respecto al interés superior del menor.

Este término adquiere mayor relevancia en el siglo pasado en la convención de las naciones unidas de derechos del niño del año 1989 , este es el punto de partida para que el interés superior tome mayor fuerza, en esta convención también se regula temas que se encuentran estrechamente ligados al interés superior del menor como las relaciones parentofiliales, en el que se establece que los progenitores no deben considerar a sus hijos como objetos de su propiedad sino como seres humanos que tienen derechos .

### **PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DE SU PROPIO INTERÉS**

La participación del menor entorno al temas de la custodia compartida, se la aplica tomando en cuenta la edad, la madurez, pues el menor es considerado como un sujeto autónomo que puede ejercer sus derechos con el fin de que este contribuya en la toma de decisiones más acertadas para su vida.

En lo que respecta a la protección menor es un campo de estudio muy amplio, pues no se lo puede realizar de manera general ya que cada menor es diferente, cuando una pareja se separa no todos los menores lo toman de la misma manera hay quienes resultan siendo más vulnerables que otros. Por lo tanto la aplicación de la custodia compartida se realizara tomando en cuenta los factores jurídicos, axiológicos, sociales e intelectuales.

Además cada situación de separación o divorcio tienen su propia connotación, por lo que existe riesgos de que cada uno de los progenitores crean saber qué es lo mejor para el niño, por ello es necesario la participación activa de los menores, que ellos puedan emitir su comentario acerca de la aplicación de la custodia compartida, claro está que para esto el menor debe tener una edad considerable y esta decisión no debe ir en contra del interés superior del menor.

En caso de que los niños sea considerado por el juez como contrario al interés superior del menor deberá aplicar lo que este a su sana critica, siempre buscando lo mejor para ellos.

## **NIVELES DE RESPONSABILIDAD EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Existen dos tipos de responsabilidad al momento de la aplicación del interés superior del niño la primera es la privado, que es aquella que tiene que ver con las decisiones que los adultos toman, (papá, mamá, maestro o cualquier otra persona responsable), sobre los niños, niñas y adolescentes, debiendo buscar su bienestar absoluto. Esto quiere decir que el estado se ve involucrado como un último garante para que los adultos puedan hacer efectivo el interés superior, sobre los niños que se encuentran bajo su cuidado.

El interés superior del niño, además de ser una responsabilidad privado es una responsabilidad pública, ya que para la realización de leyes o modificación de las mismas, siempre deberán ser realizadas tomando en cuenta el interés superior del menor, es decir que cualquier decisión tanto legislativa como administrativa debe buscar que el niño, niña u adolescente alcance un nivel de vida óptimo. Por ejemplo las políticas públicas o leyes respecto a salud, educación debe velar por el bienestar del menor, y sobretodo establecer medios para que sus derechos no sean violentados.

Sin embargo en la realidad los dos ámbitos del interés superior del niño tanto público como privado no se cumplen a cabalidad, dependen de muchas circunstancias para que estos puedan hacerse efectivos. En el ámbito privado, para que un niño pueda gozar de una vida digna influyen factores como la situación económica, cultural, social y familiar. Por otro lado en el ámbito público la falta de creación de leyes que busquen velar por el interés superior del niño es un grave problema, por ejemplo el tema de la custodia compartida, debería ser tratado por nuestros legisladores, e incluso realizar un estudio con legislaciones de otros países y verificar si esta ayuda o no al bienestar del menor.

Respecto a todo lo mencionado el comité de los derechos del niño, establece que es necesario mejorar las relaciones de índole conyugal, para que de esta manera el niño no resulte afectado y menos que él se vea inmerso en los contratiempos de sus padres. Esto se debe tomar en cuenta a nivel privado en casos como divorcios.

Mientras que a nivel público se deberá crear leyes que vayan encaminadas al bienestar del menor. En definitiva, el interés superior del niño tanto en el ámbito público como privado debe buscar lo mejor para que este pueda tener una vida digna.

## **TÉCNICAS DE DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR**

Una de las principales maneras para determinar el interés superior de los niños se la fundamenta básicamente en el *bonusfilli*, al cual es una doctrina con más de cien años de antigüedad la cual consistía en entregar la custodia de los menores a uno de los progenitores en caso de la separación, la cual favorecía exclusivamente a la madre, a quien se la consideraba como un ente de vital importancia para el cuidado de los niños en sus primeros años.

Mediante el desarrollo histórico y evolutivo de las normas jurídicas aparece el *favor filli*, el cual se caracteriza como un elemento esencial dentro del proceso legal, en el cual el juez decidirá si el menor vivirá con su padre, con su madre o a la vez con ambos, manteniendo de esta manera la custodia compartida.

Para la determinación del interés superior de los niños o el *bonusfilli*, se debe aplicar básicamente dos tipos de técnicas como son: la técnica de la cláusula general y por medio de una recopilación de información que es entregado al juzgador, la cual se aplicara como una guía en el momento de la toma de decisiones.

La técnica de la cláusula general nos hace referencia a la particularidad en que cada caso de conflictos entre los progenitores en interés superior del menor será diferente y de esta manera los intereses de los menores no serían absolutos sino más bien relativos.

Para la adecuada aplicación de esta cláusula es necesario que aquellas personas quienes terminan el interés superior de los menores sean personas con amplio conocimiento, con formaciones especializadas y una adecuada trayectoria en la materia de aplicación. Es decir que la probidad de los administradores de justicia debe ser óptima y adecuada, manejando amplios conceptos jurídicos, basados con

una idea de igualdad y equidad social.

La recopilación de información que es entregado al juzgador, esta debe ser aplicada en base a la casuística, la cual permite el pronunciamiento del ámbito legal, siendo así un ente decisivo para determinar un concepto legal.

Para la aplicación adecuada del interés de los menores debe fundamentarse en el promover el completo desarrollo, precautelando mantener un espacio armónico lleno estabilidad emocional. En la solución ciertos casos donde se evidencia una problemática y difícil solución de conflictos, debería manejarse la casuística de una manera obligatoria para que las adversidades sean resueltas de una manera eficaz.

## **POSTURAS A NIVEL MUNDIAL**

Según lo manifestado por Travieso (2007), sostiene que en ciertos países de América Latina a excepción de Chile han incorporado en su ordenamiento jurídico, códigos de niñez y adolescencia o al menos leyes de protección integral. En estos códigos o leyes el interés superior del niño aparece como un eje rector. Por otro lado algunos países de esta región han decidido establecer dentro de su constitución al interés superior como alguno supremo en relación a la protección de los menores, reforzando de esta manera su relevancia jurídica para la toma de decisiones que afecten los intereses de las personas menores de edad. Por otro lado, la armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación jurídica interna puede darse por “remisión expresa”. Esto significa que la norma constitucional establece la obligación de aplicar la norma internacional en el ámbito interno con rango constitucional. Otro procedimiento orientado en el mismo sentido es la adopción del “bloque de constitucionalidad”.

El bloque de constitucionalidad constituye una unidad jurídica compuesta por “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia constitución. Son pues verdaderos

principios y reglas de valor constitucional, estas son normas situadas en el nivel constitucional. Otros países han otorgado rango supra-legal pero no constitucional en términos genéricos a todos los tratados internacionales.

Según lo mencionado por Travieso (2007), determina que:

Entre los países que, además de instituir el interés superior del niño como principio en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, lo han incorporado en sus textos constitucionales se encuentran Bolivia, Ecuador, México, República Dominicana y Venezuela. A continuación se explicara de qué manera cada uno de los países anteriormente mencionados ha incorporado en su legislación el interés superior del menor.

## **BOLIVIA**

Según el Artículo 60 La nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), establece que “Es deber del estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado” (inc. 1ro).

Mientras que el Artículo 6 del Código del Niño, Niña y Adolescente (2014), “establece que las normas deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las convenciones, tratados internacionales vigentes y las leyes de la República” (inc. 1ro).

## **ECUADOR**

Según el Artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador (2008),

menciona que “tanto el estado como la sociedad, y la familia, serán quienes deberán promover el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Además menciona que ante todo deberá primar el interés superior del menor” (inc. 1ro).

Mientras que el Artículo 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2009), “este código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad” (inc. 1ro).

## **MÉXICO**

Según el artículo 4 la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (2015), establece que “en todas las decisiones y actuaciones del estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Además menciona que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral” (inc. 4to).

Por otro lado, en el artículo 3 de la ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014), se menciona que “el interés superior del niño como primer principio rector de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes” (inc. 1ro).

## **REPÚBLICA DOMINICANA**

Según el artículo 56 de la Constitución de la República Dominicana (2010), menciona que “la familia, la sociedad y el estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; que estos tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales” (inc. 1ro).

Mientras que su código para el sistema de protección y los derechos fundamentales



de niños, niñas y adolescentes fija como quinto principio al interés superior del niño, niña o adolescente, en él dice que este debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación y aplicación del código anteriormente mencionado.

Este código busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.

Así mismo instituye la necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas.

## **VENEZUELA**

Según el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que “los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y que estos estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta constitución, la convención sobre los derechos del niño y demás tratados internacionales. También menciona que el estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan” (inc. 1ro).

Mientras que el artículo 8 de la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente define al interés superior del niño como “un principio de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Menciona también que este está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías” (inc. 1ro).

Entre los países que han basado sus leyes de protección integral o códigos de infancia en el interés superior del niño, sin hacer mención explícita al principio en sus cartas supremas pero otorgándoles rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, ya sea por remisión expresa o mediante bloque de constitucionalidad, se pueden mencionar a Argentina, Colombia y Guatemala.

## **ARGENTINA**

Según el artículo 22 de la Constitución de la Nación Argentina (1994), establece que “los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Entre estos se menciona explícitamente la convención sobre los derechos del niño” (inc. 2do).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005), dispone que “el interés superior de la niña, niño y adolescente es la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías.

Adicionalmente, este artículo impone la prevalencia de los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, cuando exista conflicto entre ellos” (inc. 1ro).

## **COLOMBIA**

Según el artículo 6 la Constitución Política de Colombia (1991), menciona que “aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconozcan los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (inc. 1ro).

Mientras que en el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia menciona que “todas las normas contenidas en la constitución política y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la convención sobre los derechos del niño servirán de guía para su interpretación y aplicación” (Inc. 2do).

## **GUATEMALA**

Según el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), se “establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia

sobre el derecho interno” (inc. 1ro).

Mientras que el artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2002) define al interés superior del niño, como “una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia. Que bajo ningún parámetro se podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la constitución política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala” (inc. 1ro).

Entre los países que han adoptado el interés superior del niño en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, otorgando entidad supra-legal a los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados, pero sin reconocerles rango constitucional, se encuentran Costa Rica, El Salvador.

## **COSTA RICA**

Según el Artículo 7 de la Constitución Política de la República de Costa Rica (1947), menciona que “los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la asamblea legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes” (inc. 1ro).

Por su parte, el Artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia (1999) establece que “toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal” (inc. 1ro).

## **EL SALVADOR**

Según el Artículo 144 de la Constitución Política de la República de El Salvador (1983), “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o

con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución” (inc. 1ro).

Mientras que el artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2009), consagra “El interés superior del niño como principio de interpretación, aplicación e integración de la norma” (inc. 1ro).

## **NICARAGUA**

Según el artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), fija que en “todas las medidas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades nacionales, municipales y de las regiones autónomas que afecten a las niñas, niños y adolescentes, se deberá tomar en cuenta como principio primordial, el interés superior de la niña, el niño y el adolescente” (inc. 1ro).

## **PANAMÁ**

Según el artículo 488 del Código de la Familia (1994) establece que “todas las disposiciones deben interpretarse fundamentalmente en base al interés superior del menor, de acuerdo con los principios generales establecidos y con los universalmente admitidos por el derecho de menores” (inc. 1ro).

## **PERÚ**

Según el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes (2004), contiene que “para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana.

En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos” (inc. 1ro).

## **URUGUAY**

Según el artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2004), menciona que “para la interpretación e integración del código antes mencionado se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana” (inc. 1ro).

## **HIPÓTESIS**

### **HIPÓTESIS ALTERNATIVA**

La custodia compartida incide en el interés superior de los niños y niñas.

### **HIPÓTESIS NULA**

La custodia compartida no incide en el interés superior de los niños y niñas.

## **SEÑALAMIENTO DE VARIABLES**

**Variable independiente:** la custodia compartida

**Variable dependiente:** interés superior del niño

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN**

La metodología que utilizare será la cualitativo–cuantitativo en virtud de que se analizaran las características cualitativas de la problemática de esta investigación, la misma que reflejara las condiciones reales en las que se desenvuelve la población, además estas se reflejara en los resultados estadísticos.

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

Para la presente investigación se utilizarán las siguientes modalidades de investigación: bibliográfica, documental y de campo.

#### **BLIBLIOGRAFICA DOCUMENTAL**

Para efectuar la presente investigación se ha tomado como referencias cuerpos legales que citamos a continuación: Constitución de la República del Ecuador 2008, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, libros, revistas, ensayos, así como varias páginas web, los mismos que me han ayudado a complementar el presente trabajo.

#### **DE CAMPO**

Para proceder a la recolección de información de la investigación acudí de forma directa a la Unidad de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Ambato y a los profesionales del derecho, quienes me brindaron la información necesaria.

## **NIVEL O TIPO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA**

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

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

### **INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA**

Porque el proceso de la descripción no es exclusivamente la obtención y la acumulación de datos y su tabulación correspondiente, sino que se relaciona con condiciones y conexiones existentes, prácticas que tienen validez, opiniones de las personas, puntos de vista, actitudes que se mantienen y procesos en marcha. Los estudios descriptivos se centran en medir los explicativos en descubrir.

El investigador debe definir que va a medir y a quienes va a involucrar en esta medición lo que nos permitirá un mejor desarrollo de la presente investigación.

### **ASOCIACIÓN DE VARIABLE**

Para poder observar las causas y los efectos de la custodia compartida y el interés superior del niño, es que se pretende asociar como una variable incide en la otra, y cuál sería la mejor alternativa para solucionar el problema que se ha planteado.

## POBLACIÓN Y MUESTRA

### POBLACIÓN

Para nuestra investigación hemos tomado como referencia la población de Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, información que se otorga a través del Consejo de la Judicatura de Ambato, así como los datos del número de profesionales del derecho en libre ejercicio que se encuentran en el Foro de Abogados, datos que presentamos a continuación:

Unidades de Observación	Población
Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia	1
Abogados en Libre Ejercicio Profesional	1800
<b>Total</b>	<b>1801</b>

#### Cuadro No. 1 Población

Fuentes: Instituto Nacional de Estadística y Censo

Elaboración: El Investigador

### MUESTRA

A la población de Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia que es 1, no se aplicará la muestra por ser menor de 100, en cambio a la población de los abogados en el libre ejercicio profesional sí, ya que supera el número de 100. A continuación se desarrollará la fórmula:

#### DATOS:

$$n = \frac{Z^2 PQN}{Z^2 PQ + Ne^2}$$

N= tamaño de la muestra

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



P= probabilidad de ocurrencia 0.5

Q= probabilidad de no ocurrencia 0.5

N= población 1801

E= error de muestreo 0.05 (5%)

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(1800)}{(1.96)^2(0.5)(0.5) + (1800)(0.05)^2}$$

$$n = 316.59 = 317$$

<b>Unidades de Observación</b>	<b>Población</b>	<b>Muestra</b>
<b>Jueces</b>	1	1
<b>Abogados</b>	1800	317
<b>Total</b>	1808	318

**Cuadro No. 2 Muestra**

**Fuente:** Investigador

**Elaboración:** El Investigador

## **TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

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

Para la construcción de la información se opera en dos fases:

Según Herrera (2008), “El plan de recolección de información contempla estrategias metodológicas requeridas por los objetivos e hipótesis de investigación, de acuerdo con el enfoque escogido” (p. 33).

## **ENCUESTA**

Según Herrera (2008), “La encuesta es una técnica de recolección de información, por la cual los informantes responden por escrito a preguntas entregadas por escrito” (p. 34).

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

## OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

### VARIABLE INDEPENDIENTE: CUSTODIA COMPARTIDA

Concepto	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Técnica instrumental
<p><b>La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos.</b></p>	<p>Situación legal</p> <p>Igualdad de condiciones</p>	<p>Inexistencia de una ley para regular el procedimiento</p> <p>Derecho a la igualdad</p>	<p>¿En qué consiste la custodia compartida?</p> <p>¿Existe alguna norma que regule en nuestro país la custodia compartida?</p> <p>¿Está de acuerdo con la aplicación de la custodia compartida?</p>	<p>Encuesta a la población</p>

**Cuadro No. 3** Operacionalización de la Variable Independiente

**Fuentes:** Capítulo II

**Elaboración:** El Investigador

## OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

### VARIABLE DEPENDIENTE: INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS

Conceptualización	Dimensiones	Indicadores	Ítems básicos	Técnicas e instrumentos
Es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.	<p>Conjunto de acciones y procesos</p> <p>Bienestar de los niños.</p>	<p>Código de la niñez y adolescencia</p> <p>Convención internacional sobre los derechos del niño</p>	<p>Que es el interés superior</p> <p>Cuáles son los fines del interés superior</p> <p>De qué manera influye la custodia compartida el interés superior del niño</p>	<p>Encuesta</p> <p>Cuestionario a la población</p>

**Cuadro No. 4 Operacionalización de la Variable Independiente**

**Fuentes:** Capítulo II

**Elaboración:** El Investigador

## PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Para una mejor recolección de la información se la realizará de la siguiente manera:

<b>Preguntas básicas</b>	<b>Explicación</b>
<b>1.- ¿Para qué?</b>	Cumplir con los objetivos de la investigación
<b>2.- ¿A qué personas o sujetos?</b>	Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, y Abogados en Libre Ejercicio.
<b>3.- ¿Sobre qué aspecto?</b>	Indicadores
<b>4.- ¿Quién?</b>	El investigador Aníbal Silva
<b>5.- ¿Cuándo?</b>	En el año 2015
<b>6.- ¿Dónde?</b>	Ciudad de Ambato
<b>7.- ¿Cuántas veces?</b>	Las que se considere necesario
<b>8.- ¿Qué técnicas de recolección utiliza?</b>	Encuesta
<b>9.- ¿Con qué instrumentos?</b>	Cuestionario y guía de entrevista
<b>10.- ¿En qué situación?</b>	En el ámbito jurídico-social

**Cuadro No. 5** Recolección Información

**Fuente:** Investigador

**Elaboración:** El Investigador

## **PLAN DE PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN**

Para lograr el cumplimiento de cada uno de los objetivos planteados en la presente investigación, nos concentramos en la recolección de suficiente información se aplicarán dos técnicas la encuesta y a su vez, los instrumentos correspondientes la guía de cuestionario respectivamente, para esto se les dará previamente la respectiva explicación a los ciudadanos Jueces y Abogados.

## **PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS REVISIÓN CRÍTICA**

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

## **CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

La información obtenida se clasificó conforme las dos variables planteadas, estas son: la custodia compartida y el interés superior del niño.

## **TABULACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

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

## **CAPÍTULO IV**

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

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

#### **ESTRUCTURA DE LA ENCUESTA Y ENTREVISTA**

Tomando en consideración el objeto de la presente investigación, se procedió con el desarrollo de la encuesta, la misma que ha sido dirigida a los Abogados en libre ejercicio del cantón Ambato, por cuanto son estas las personas idóneas para contestar todas nuestras dudas respecto al tema en estudio. De la misma manera se procedió a realizar la entrevista a la Doctora Ximena Herdoiza, Jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, provincia de Tungurahua.

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

Con dichas respuestas dadas por parte de los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua, obtuvimos los datos que señalamos a continuación:

## ENCUESTA

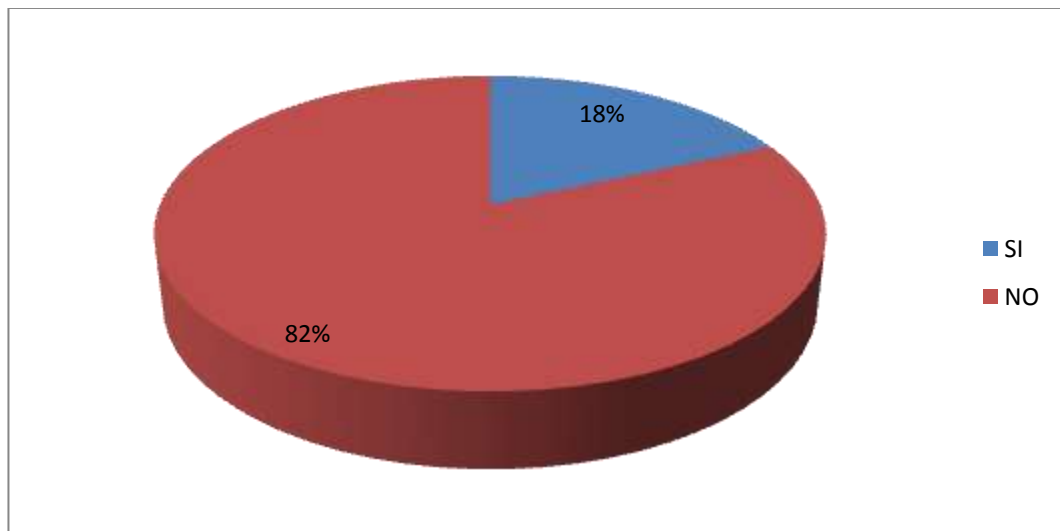
1. ¿Piensa usted que actualmente el padre y madre tienen las mismas condiciones, responsabilidades y derechos para criar a sus hijos y tomar decisiones respecto a ellos?

**Cuadro No. 6 Pregunta N° 1**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	58	18%
No	259	82%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 4 Pregunta N° 1**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número uno el 18% de los encuestados, es decir 58 personas piensan que los padres y madres se encuentran en igualdad de condiciones para la crianza de los hijos, mientras que por otro lado un 82% es decir 259 personas no están de acuerdo en que los padres y madres divorciados se encuentren en igualdad de condiciones con respecto a sus hijos.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los encuestados ha respondido que no existe una igualdad de condiciones entre uno y otro progenitor puesto que, quien tiene y toma las decisiones sobre los aspectos de los hijos es generalmente el madre quien ejerce la custodia y es ahí donde se puede constatar la dura y difícil realidad de los padres e hijos, quienes están sometidos a una total desigualdad de condiciones y ardua lucha que esto implica.

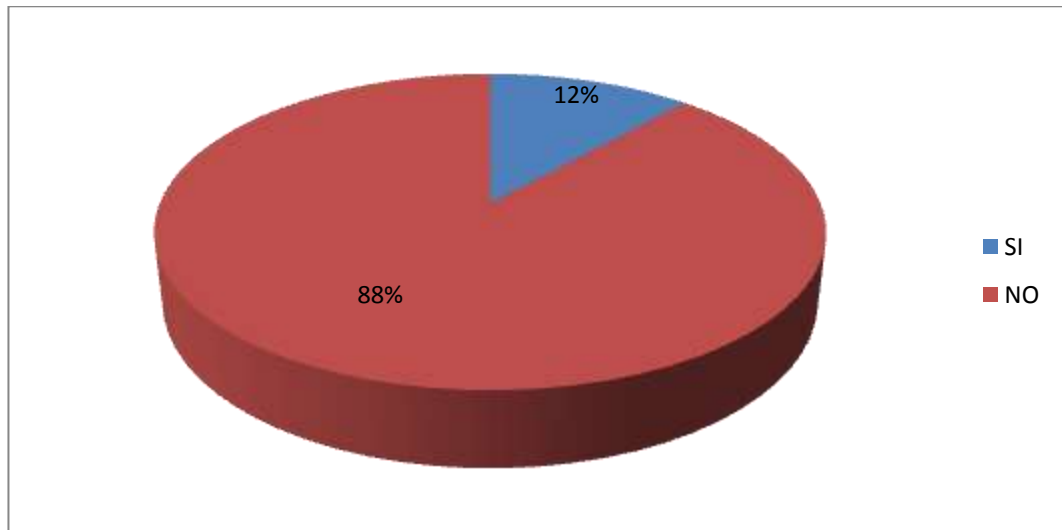
2. ¿Cree usted que la tenencia de los niños luego de que los padres se divorcian o separan, solo la debería tener la madre?

**Cuadro No. 7 pregunta N° 2**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	37	12%
No	280	88%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 5 Pregunta N° 2**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador

## **ANÁLISIS**

Respecto a la segunda pregunta el 88% de los encuestados, es decir 280 personas no están de acuerdo en que después de una separación o divorcio la madre debería ser la persona con quien los hijos deberían estar exclusivamente, por otro lado un 12% es decir 37 personas están de acuerdo en que la madre sea la única persona con quien los hijos deberían permanecer de manera continua.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los encuestados supieron manifestar que tanto el padre como la madre son quienes deberían estar con su hijos en el cuidado y protección de los mismos y que no debería ser un impedimento el género de cada uno de ellos, puesto que los dos tienen las mismas capacidades, aptitudes y facultades para velar por el bienestar de sus hijos, la toma de decisiones.

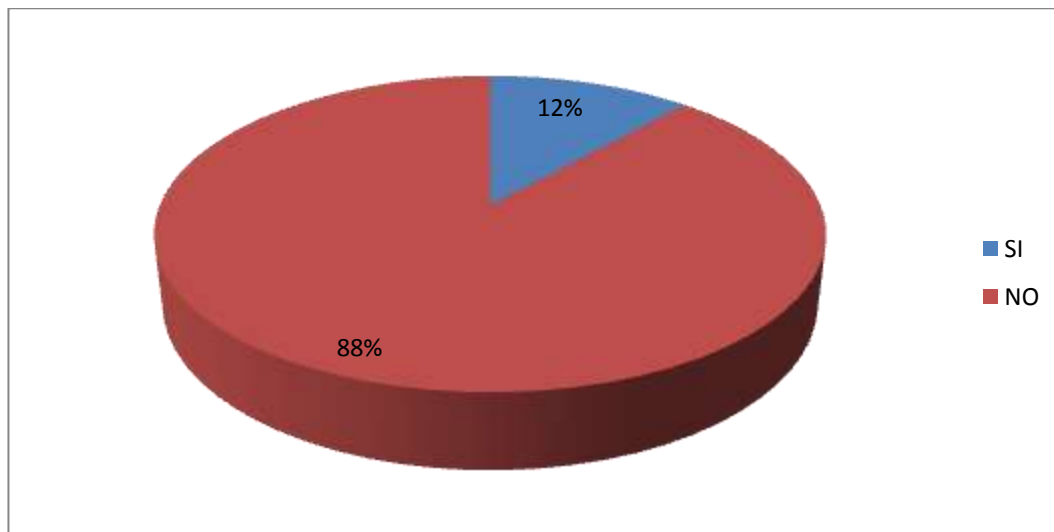
**3. ¿Está de acuerdo que luego de un divorcio o separación, el padre se rija a un horario de visitas para poder ver a sus hijos?**

**Cuadro No. 7 Pregunta N° 3**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	37	12%
No	280	88%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 6 Pregunta N° 3**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número tres el 12% de los encuestados, es decir 37 personas están de acuerdo en que los padres se rijan a un horario de visitas para que puedan estar y poder convivir con sus hijos, mientras que un 88% es decir 280 personas no están de acuerdo en que los padres y se manejen a un horario en la semana para que puedan visitar a sus hijos.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los encuestados manifestaron que no están de acuerdo en que después de una separación o divorcio, los padres o madres tengan que regirse a un horario de visitas, el cual es simplemente unas cuantas horas a la semana y al no ser tiempo suficiente para estar al pendiente y brindar los cuidados que sus hijos necesitan, ya que a regirse a un horario de visitas se está prácticamente limitando a que sean simplemente un aporte económico mas no emocional ni afectivo.

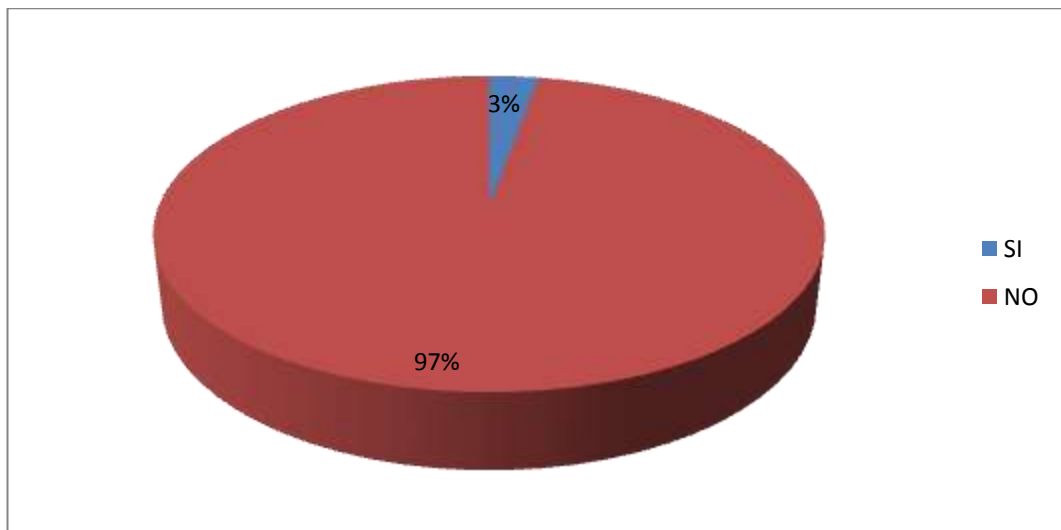
4. ¿Conoce usted si dentro del marco jurídico de nuestro país se encuentra regulada la custodia compartida?

**Cuadro No. 8 Pregunta N° 4**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	9	3%
No	308	97%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 7 Pregunta N° 4**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número cuatro el 3% de los encuestados, es decir 9 personas supieron manifestar que si conocen de alguna norma en nuestro país que regula la custodia compartida, mientras que un 93% es decir 308 manifestaron que en nuestra legislación ecuatoriana no hay ninguna ley que regule este precepto legal.

## **INTERPRETACIÓN**

La mayor parte de los profesionales del derecho manifestaron que en nuestro ordenamiento jurídico, no existe ningún tipo de normativa legal que regule a custodia compartida en el país, cabiendo resaltar que la única similitud que existiría sería la tenencia de los menores, la cual es reconocida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la cual es otorgada en la mayor parte de los casos a las madres, dejando a los padres con la única posibilidad de acogerse a un régimen de visitas para poder ver, estar y compartir con sus hijos.

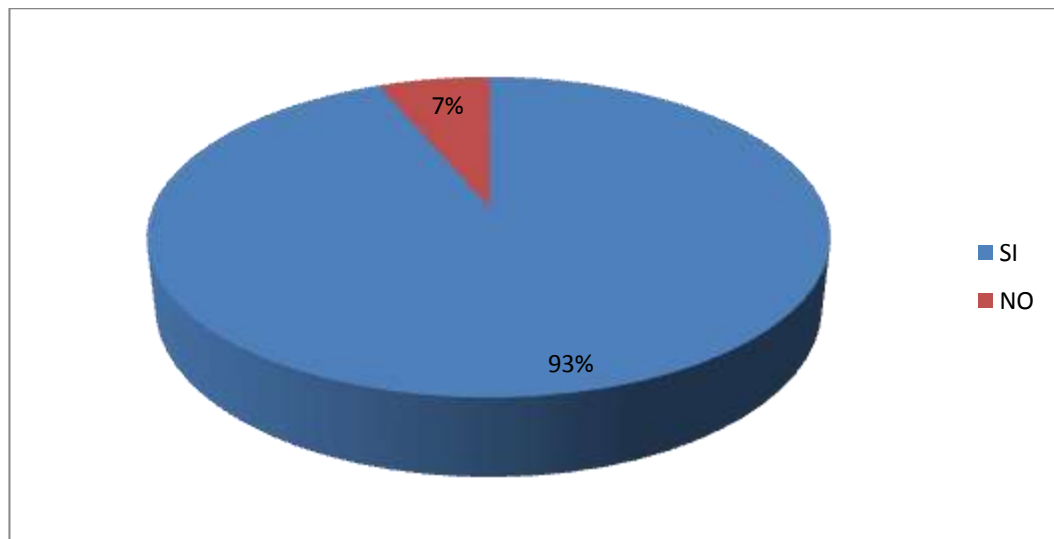
**5. ¿Considera usted necesario la regulación de la custodia compartida en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?**

**Cuadro No. 9 Pregunta N° 5**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	297	93%
No	20	7%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 8 Pregunta N° 5**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número cinco un 93% de los encuestados, es decir 297 personas piensan que es necesario que si se regule la custodia compartida en nuestro país, mientras que por otro lado un 7% es decir 20 personas no están de acuerdo en que sea regulada puesto que no la consideran necesaria.

## **INTERPRETACIÓN**

Los profesionales del derecho encuestados están completamente de acuerdo en que esta figura jurídica sea regulada e incorporada dentro de nuestras leyes para que de esta manera se vele y proteja a los niños, niñas y a sus padres para que estos puedan compartir como una familia y mediante esta regulación simplemente se cuide los intereses de las personas, así como los derechos de los menores.

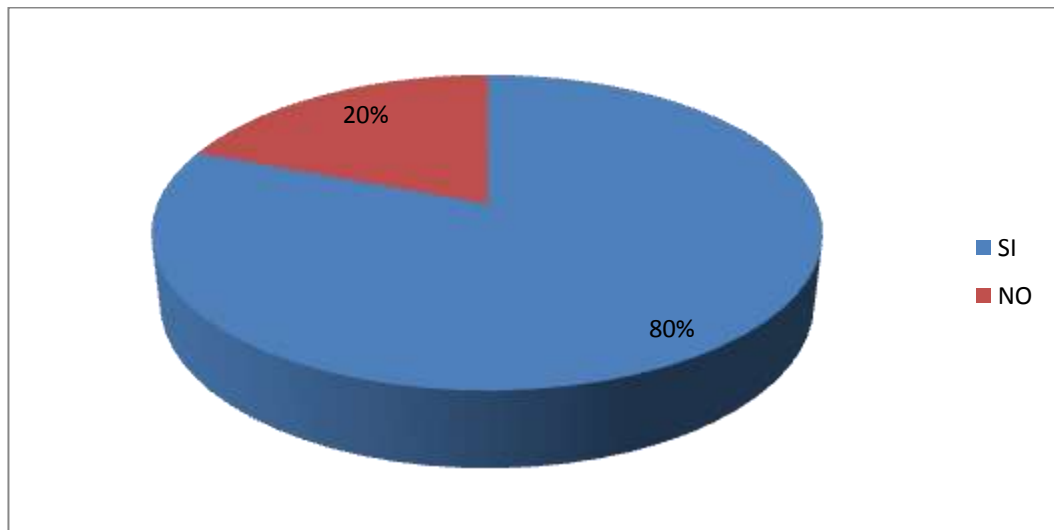
6. ¿Cree usted que es mejor para los niños, niñas y adolescentes de padres separados o divorciados, vivir bajo un sistema de custodia compartida antes que una custodia exclusiva de uno de sus progenitores?

**Cuadro No. 10 Pregunta N° 6**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
<b>Si</b>	256	80%
<b>No</b>	61	20%
<b>Total</b>	317	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 9 Pregunta N° 6**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número seis el 80% de las encuestadas, es decir 256 personas piensan que es mejor para los niños, niñas y adolescentes vivir bajo un régimen de custodia compartida, mientras que un 20% es decir 61 personas no están de acuerdo en que los niños vivan en este tipo de régimen.

## **INTERPRETACIÓN**

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada, es evidente que existe gran cantidad de abogados en libre ejercicio profesional que demuestran una favorable aceptación a que los niños, niñas y adolescentes se desarrollen bajo el régimen de la custodia compartida y puedan estar, vivir y compartir con sus progenitores en igualdad de condiciones, ya que de esta manera se protege y precautela sus derechos.

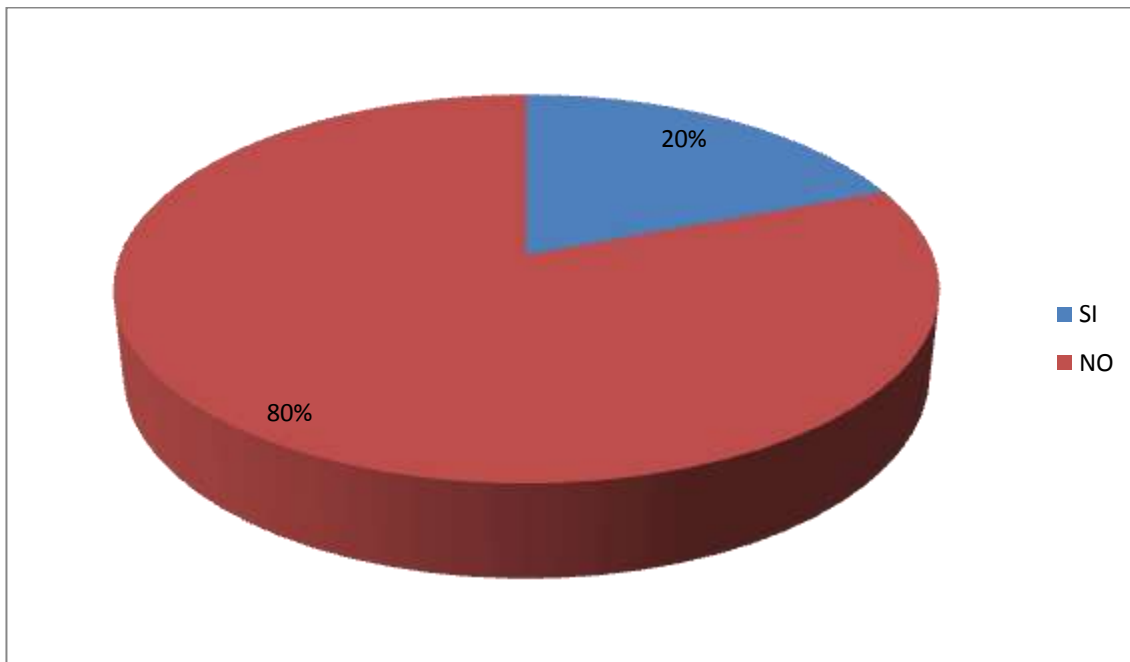
**7. ¿Cree usted que la custodia compartida causaría un daño emocional al niño, niña y adolescente?**

**Cuadro No. 11 Pregunta n° 7**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	61	20%
No	256	80%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 10 Pregunta N° 7**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número siete el 80% de las encuestadas, es decir 256 personas piensan que es mejor para los niños, niñas y adolescentes vivir bajo un régimen de custodia compartida, mientras que un 20% es decir 61 personas no están de acuerdo en que los niños vivan en este tipo de régimen.

## **INTERPRETACIÓN**

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada, es evidente que existe gran cantidad de abogados en libre ejercicio profesional que demuestran una favorable aceptación a que los niños, niñas y adolescentes, se desarrollen bajo el régimen de la custodia compartida y puedan estar, vivir y compartir con sus progenitores en igualdad de condiciones, ya que de esta manera se protege y precautela sus derechos.

8. ¿Considera que la custodia compartida sería un método eficaz en la protección del interés superior del niño?

Cuadro No. 12 Pregunta N° 8

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	287	90%
No	30	10%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

Fuente: Encuesta

Elaborado por: El Investigador

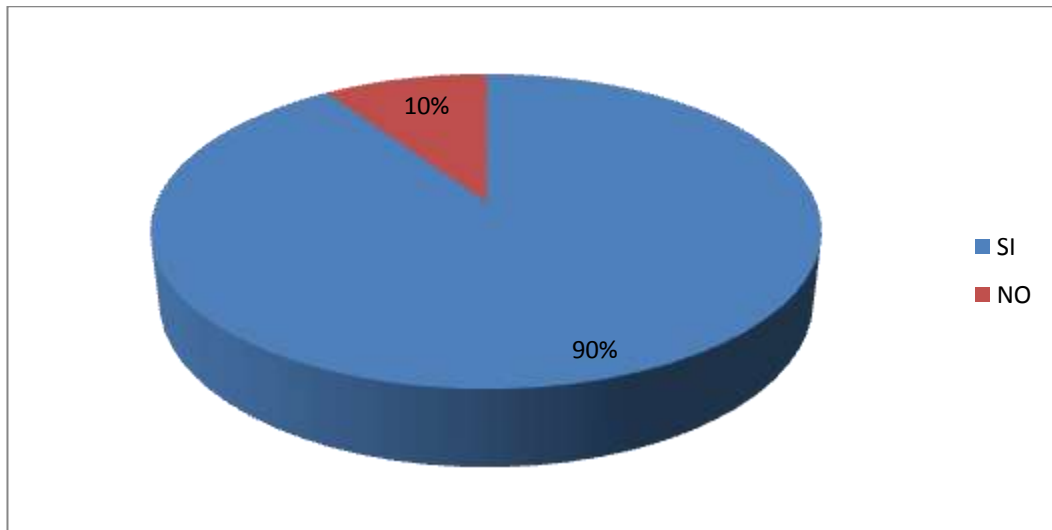


Gráfico No. 11 Pregunta N° 8

Fuente: Encuesta

Elaborado por: El Investigador

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número ocho el 90% de las encuestadas es decir 287 personas, piensan que la custodia compartida es un método eficaz para la protección de los niños, niñas y adolescentes, mientras que un 10% es decir 30 personas no están de acuerdo ya que consideran que no es un método que proteja sus derechos

## **INTERPRETACIÓN**

La mayoría de los abogados encuestados han respondido que la custodia compartida si sería un método eficaz en la protección de los menores tanto en sus derechos como en sus intereses, el cual se enfocaría principalmente en que ambos progenitores compartirían deberes y responsabilidades para y hacia los menores.

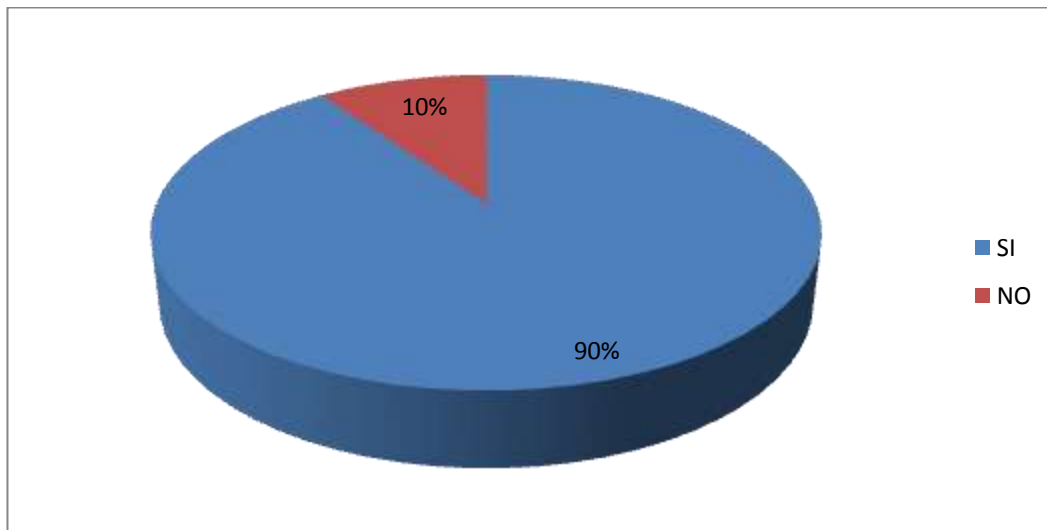
**9. ¿Considera usted que la aplicación de la custodia compartida en el Ecuador hará que los niños se desarrollen más felices?**

**Cuadro No. 13 Pregunta N° 9**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
<b>Si</b>	287	90%
<b>No</b>	30	10%
<b>Total</b>	317	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 12 Pregunta N° 9**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número nueve el 90% de las encuestadas es decir 287 personas, piensan que los niños, niñas y adolescentes crecerán de una manera adecuada, siendo más felices al poder compartir con sus progenitores de igual manera, mientras que un 10% es decir 30 personas no están de acuerdo y consideran que este método alternativo no será solución ara su felicidad.

## **INTERPRETACIÓN**

Partiendo de los resultados de la encuesta aplicada de la presente investigación, es evidente que existe gran cantidad de los cuales concuerdan que si bien la separación de los padres es una etapa difícil para los niños y niñas, quienes son los que más sufren las secuelas, y sería beneficioso para ellos el que puedan compartir con sus progenitores cada momento y etapas de su vida y de una u otra manera puedan ser felices y sentir la seguridad de una familia que cuida y velas por ellos.

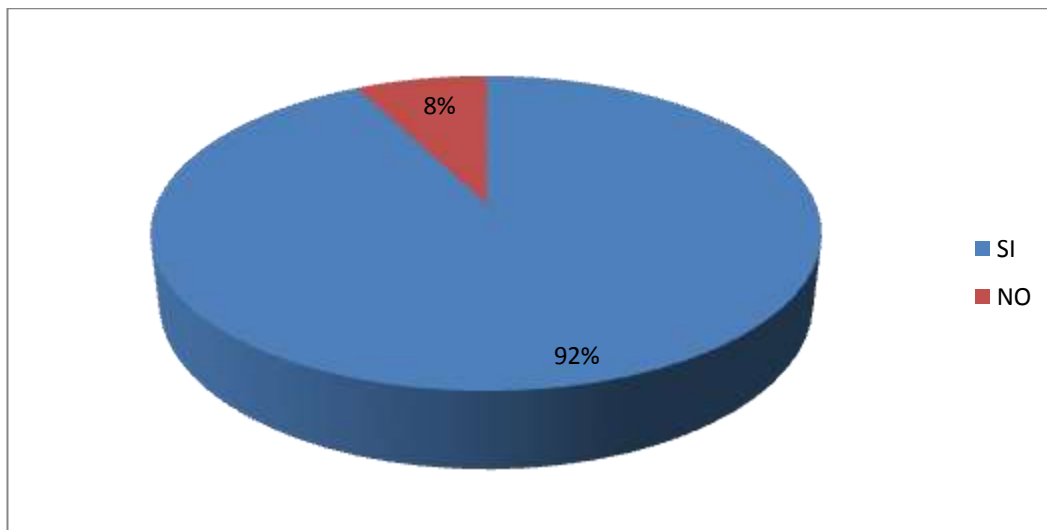
**10. ¿Sabe si la Constitución de la República del Ecuador posibilita la incorporación de la figura de la custodia compartida?**

**Cuadro No. 14 Pregunta N° 10**

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	293	92%
No	24	8%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador



**Gráfico No. 13 Pregunta N° 10**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** El Investigador

## **ANÁLISIS**

Respecto a la pregunta número diez el 92% de las encuestadas es decir 293 de los profesionales del derecho, manifiestan que la Constitución de la República del Ecuador si posibilita la incorporación de la figura jurídica de la custodia compartida puesto que al ser una norma garantista de derechos, su esencia fundamental es el cuidado y protección de las personas, mientras que un escaso 8% de los encuestados es decir 24 personas manifestaron que sería imposible la incorporación de esta figura jurídica ya que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya lo contempla como una norma.

## **INTERPRETACIÓN**

Como es evidente la gran mayoría de los abogados en libre ejercicio manifestaron que la incorporación de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico si es posible, puesto que la Constitución de la República del Ecuador si posibilita esa oportunidad de que sea incluida como una norma jurídica, la cual vele y garantice el interés superior de los niñas y niños, ya que a ser un grupo de atención prioritaria busca abrir nuevas oportunidades de bienestar tanto emocional como afectivo.

## **ENTREVISTA REALIZADA A LA JUEZA “D” DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN AMBATO**

Luego de haberse practicado de forma directa la entrevista a la jueza “D” de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, Dra. Ximena Herdoiza; se ha podido llegar a las siguientes conclusiones en torno a nuestro tema: “La custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas”.

**Objetivo:** conocer su criterio sobre “**LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y NIÑA**”.

**Nombre:** Dra. Elsy Ximena Herdoiza Molina

**Fecha:** 05/11/2015

### **Pregunta 1**

**¿Qué entiende usted, por custodia compartida?**

Yo entiendo la custodia compartida como aquella situación en la que debe darse un reparto equitativo entre los progenitores, en igualdad de condiciones en todo lo que se refiera a las relaciones con los hijos, sus cuidados y educación, tras la separación o el divorcio, y el derecho de los hijos a continuar relacionándose con ambos progenitores, sin la privación de ninguno de ellos.

### **Pregunta 2**

**¿Conoce usted de algún marco jurídico que regule la custodia compartida, en nuestro país?**

Esto es un tema, que sin ser extremadamente nuevo está siendo recién conocido y ventilándose aquí en el Ecuador, por ahora no tengo conocimiento que se encuentre regulada dentro de nuestra legislación.

### **Pregunta 3**

**¿Considera que sería beneficioso para el interés superior del niño, niña la regulación de la custodia compartida?**

Sería beneficioso para el menor ya que la custodia compartida fomentaría la continuidad en la vida familiar de los hijos y favorecería las relaciones entre los progenitores, pues debería existir necesariamente un entendimiento entre ambos progenitores. Además los menores son parte de la familia y nunca deben ser víctimas de la situación de sus padres o sus madres.

### **Pregunta 4**

**¿Qué parámetros se debería tomar en cuenta para la regulación de la custodia compartida?**

Para que pueda aplicarse el régimen de custodia compartida, necesariamente deberán exigirse ciertos requisitos como:

- Petición de ambos o de uno de los progenitores
- Que sea conveniente para el menor y no perjudicial
- El deseo del menor
- El cumplimiento de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos.
- Las relaciones entre los progenitores y el respeto mutuo
- La proximidad de las viviendas de ambos progenitores
- Hay que aclarar que la custodia compartida no va a darse de manera automática en todos los casos, sino que habrá que estudiar cada caso en concreto para poder determinar cuál es la opción más favorable y beneficiosa para el menor.

### **COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

En virtud de que el presente problema es social, considerando que muchos

investigadores en ciencias sociales prefieren asegurar la validez cualitativa; para la comprobación de la hipótesis se ha tomado como referencia lo siguiente:

Según lo expuesto por Sáenz (2012), quien afirma “la hipótesis de la investigación puede ser probada desde diversos enfoques, siendo el enfoque cualitativo el más cercano en la comprensión del objeto de estudio por que busca aproximaciones a la realidad de forma creativa y flexible” (p. 88).

De la misma manera Coolican (2015), menciona que: “es el empleo de datos cualitativos para comprobar hipótesis; en este método, la teoría orienta aún el análisis, pero se utilizan como sustento ejemplos de significado y no datos cuantitativos.” (p. 94).

Las preguntas que se han tomado como referencia para verificar la hipótesis se han resumido mediante el siguiente cuadro:

**Cuadro No. 15 Verificación de Hipótesis**

<b>Pregunta N° 1</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	58	18%
No	259	82%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°5</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	297	93%
No	20	7 %
<b>Total</b>	<b>97</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°6</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	256	80%
No	61	20%
<b>Total</b>	<b>97</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°8</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	287	90%
No	30	10%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>
<b>Pregunta N°10</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	293	92 %
No	24	8%
<b>Total</b>	<b>317</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas

**Elaborado por:** El Investigador

A través de los resultados obtenidos en las encuestas realizadas, la mayor está de acuerdo que se incorpore a la custodia compartida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que es necesario que el derecho ecuatoriano vaya evolucionando de acuerdo a las necesidades emergentes de la población, además que es necesario que se regule la custodia compartida para que se deje de vulnerar los derechos de los niños, niñas y padres los cuales se han visto afectados por estos vacíos legales existentes. También como lo supo mencionar la Doctora Ximena Herdoíza, Jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, es necesaria su regulación para evitar que se siga utilizando a los niños como un objeto sin que se reconozca ni garantice sus derechos.

De los resultados obtenidos en las encuestas se puede constatar que la mayoría de la población coincide que la custodia compartida si es una solución factible para que tanto la madre como el padre cuiden de igual condiciones a sus hijos y que estos a su vez puedan desarrollarse adecuadamente bajo el cuidado y protección que ellos necesitan, si bien es cierto la separación o divorcio de los pares es una situación muy difícil para todos, debemos tener en cuenta que por encima de todo conflicto siempre debe estar y prevalecer el interés los hijos.

Para que la custodia compartida pueda ser regulada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario que la doctrina internacional sea introducida en nuestro país, las investigaciones realizadas por expertos psicólogos, orientadores familiares, trabajadores sociales entre otros profesionales quienes se han dedicado al estudio en profundidad del tema, para que esta pueda ser aplicada conforme a las reglas de la sana crítica por los jueces y juezas, con el único fin de que no se siga vulnerando los intereses de los niños y niñas y precautelando su bienestar.

Los profesionales del derecho encuestados y con conocimiento de tema concuerdan en que la custodia compartida sería un método eficaz en la protección integral de los niños y niñas, puesto que no solo lo ven desde un punto de vista profesional sino también desde la posición de padres hermanos, hijos, los cuales en mucho de los casos han vivido o están viviendo este problema social el cual afecta a todas las partes involucradas.

Finalmente se puede decir que la custodia compartida es un elemento fundamental en la vida de los niños y niñas, ya que los seres humanos necesitan de una familia, un hogar de unos padres que cuiden y velen por sus hijos. Tomando en cuenta la esencia misma de la Constitución de la República del Ecuador, la cual es netamente garantista de derechos, podemos establecer que la incorporación de a custodia compartida sea un hecho trascendental en nuestra legislación.

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



## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

Cuando ocurre la ruptura o separación de una pareja, es allí donde se generan los conflictos sobre la tenencia de los niños, al no existir un acuerdo entre ambos padres, uno de ellos debe convertirse en un ajeno que solo debe visitar a sus hijos una vez al mes, un día a la semana, o simplemente regirse al tiempo que el juez otorga.

Si la separación en una relación ha terminado de una manera conflictiva, por lo general el progenitor que tiene la tenencia del menor busca poner a este en contra del progenitor que no posee la tenencia, siendo así donde se produce el síndrome de alienación parental, el cual provoca reacciones negativas por parte del menor hacia el progenitor que no viven con él o no posee su tenencia, esto como fruto de ciertas estrategias y manipulaciones hacia el menor por parte del progenitor con quien vive.

La separación o divorcio de una pareja debe solo ocurrir entre ambos y no deben estar involucrado de ninguna manera los hijos en este proceso, lamentablemente él mayoría de los casos que sean divorciado o separado, los hijos han sido quienes más han resultado afectados, por lo que para evitar que se sigan suscitando este tipo de situaciones nocivas, es necesario incorporar en nuestro ordenamiento jurídico la tenencia compartida de los hijos habidos dentro del matrimonio, aquellos que aún no han sido emancipados.

La tenencia compartida es una situación legal en la cual en caso de separación de una pareja, ambos puedan ejercer la tenencia sobre sus hijos menores de edad que no han sido emancipados, que puedan ejercerla de una manera equitativa. Es recalcar que la tenencia no puede ser confundida con la patria potestad, pues luego de la separación los dos progenitores siguen teniendo la patria potestad de sus hijos, más la tenencia solo puede ser ejercida por uno de los progenitores.

Al aplicar la custodia compartida no significa que debe existir una equidad cuantitativa en lo que se refiere a la convivencia de cada uno de los progenitores con sus hijos, la custodia compartida tiene como fin velar por el interés superior del menor de manera que ambos progenitores se encuentren involucrados en la vida de sus hijos, que no suceda que solo uno esté al tanto de lo que pasa con sus hijos y el otro se encuentre ajeno a todo. Como se puede dar cuenta la custodia compartida provoca grandes beneficios en los menores.

## **RECOMENDACIONES**

Siendo el interés superior del menor un principio importante en nuestra legislación, en concordancia con las disposiciones de la convención sobre los derechos del niño, es necesario la realización de una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, específicamente en el artículo 118 e incorporar en dicha norma la custodia compartida en dicha norma.

Es indudable que la aplicación del sistema de la custodia compartida ayudara a fomentar una mejor relación entre los padres de manera que se colaboren mutuamente en busca de beneficios para sus hijos, esto lograra un mejor desarrollo en los niños, niña y adolescentes, cumpliendo así con los principios del interés superior del niño.

Es necesario que se realice un estudio por parte de nuestros legisladores, acerca de la custodia compartida, que se realice un análisis de lo positivo y lo negativo que ha resultado su aplicación en otras legislaciones, para que de esta manera pueda incorporada en un futuro en nuestra legislación.

## **CAPÍTULO VI**

### **LA PROPUESTA**

#### **DATOS INFORMATIVOS**

**Título:** La Custodia Compartida y el Interés Superior de los Niños y Niñas.

**Equipo Técnico Responsable:** Investigador-Aníbal Eduardo Silva Gavilanes

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

**Tiempo de Ejecución:** Seis Meses

**Inicio:** abril – noviembre 2015.

**Beneficiarios:** Funcionarios de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Usuarios.

**Ubicación:** Ambato

**Financiamiento:** el financiamiento de esta investigación lo asume el estado, con un costo total de tres mil dólares (3,000.00) USD.

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

Muchos niños, niñas y adolescentes, después de la separación de sus progenitores tienen que vivir la ausencia de uno de ellos principalmente de aquel que no posee la tenencia del menor, siendo esto contrario a los principios establecidos en la constitución de nuestro país y en los tratados internacionales. Esta situación además provoca que se vulnere ciertos derechos de los niños por lo que afecta al interés superior del niño.

En muchos casos tras la separación o divorcio de una pareja, los hijos habidos en el matrimonio sufren situaciones desgarradoras, donde el progenitor que no posee la tenencia pierde esa relación paterna o materna con su hijo, y es que el padre o madre que no vive con el menor representa solo una persona lejana y extraña, es simplemente aquel que un día se fue de casa. El padre y madre después del divorcio o separación debe seguir teniendo su mismo rol, no puede convertirse, en aquel visitante esporádico como pasa en la actualidad.

Nuestros legisladores deben tomar conciencia del daño y la vulneración de derechos que se causa a los niños, niñas y adolescentes cuando no existe la presencia de uno de los progenitores, en los casos de separación y divorcio.

En mayoría de los casos es la madre quien posee la tenencia o custodia del menor, convirtiéndose de esta manera el padre en un cajero automático, que solo sirve para depositar dinero. Actualmente nuestra legislación ecuatoriana posee un gran vacío legal al darle muy poca importancia a la relación existente entre el padre que no posee la tenencia y el niño, más bien pone más énfasis en el aspecto económico.

El Ecuador al ser un estado de derechos tiene como finalidad garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y obligaciones determinados en la constitución e instrumentos internacionales. La convención sobre los derechos del niño, establece que todos los niños sin ningún tipo de discriminación deberán beneficiarse de las medidas de protección y asistencia de sus padres compartiendo, con ellos el tiempo necesario y adecuado para que puedan desarrollarse como personas, crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, por tal motivo es responsabilidad del estado ecuatoriano hacer que estos derechos se cumplan.

## **JUSTIFICACIÓN**

La propuesta planteada es de gran importancia, esta se ha realizado tomando en consideración la relación existente entre la custodia compartida y el interés superior del niño, niña y adolescente, es decir el vacío legal existente en nuestro país ha hecho que sean los niños quienes sufran experiencias traumáticas debido al poco contacto

que puede tener con el progenitor que no posee la custodia o tenencia.

Se justifica la propuesta ya que, en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo cuarenta y cuatro menciona que el estado y la familia deberán velar por el cumplimiento del interés superior del niño, además los padres deben brindar a sus hijos afecto, cariño, velar por su educación, salud. Por lo tanto los niños, niñas y adolescentes tras el divorcio de sus padres deben ser atendidos de manera equitativa por ambos progenitores, sin que la educación, la salud sea interés de uno solo de sus progenitores.

Además que en la misma constitución en su artículo cuarenta y seis menciona que el estado deberá proteger a los niños, niñas y adolescentes de cualquier tipo de violencia. Cuando el menor es separado del padre que se va de la casa sufre violencia psicológica, de una u otra manera se causa daño en el desarrollo integral del menor.

También en el artículo sesenta y nueve de la carta magna menciona que tanto la madre como el padre tienen la misma responsabilidad en el desarrollo del niño; además menciona que se deberá promover una maternidad y paternidad responsable.

Con todos los antecedentes expuestos, puedo manifestar que la propuesta si es factible, ya que esta no solo cuenta con la suficiente información, sino también con las ganas de impulsar y concretar la presente propuesta, para que de esta manera se pueda plantear la reforma de carácter legal del CAPÍTULO IV, TÍTULO III, LIBRO II del Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya que, si se logra llevar a cabo hasta su ejecución, se ayudará a los niños, niñas y adolescentes a que haga efectivos sus derechos.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

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

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

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

Elaborar el proyecto de reforma del CAPÍTULO IV, TÍTULO III, LIBRO II del Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

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

## **ANÁLISIS DE FACTIBILIDAD**

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

### **POLÍTICO**

Nuestra legislación ecuatoriana ofrece la oportunidad para que los ciudadanos, puedan realizar reformas legales, este procedimiento se encuentra establecido de una manera muy claro en nuestro ordenamiento jurídico, para esto se deberá acudir a los representantes provinciales de la asamblea, los mismos que en su gran mayoría son profesionales del derecho, por lo que pueden entender de manera más clara el problema que se quiere resolver, y a través de los representantes provinciales se llegará al pleno legislativo para su aprobación.

### **SOCIAL**

Existen los recursos sociales, se cuenta con los conocimientos de los Jueces, de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato,

además los abogados en libre ejercicio quienes aportarían con casos vivenciales.

## **ECONÓMICO**

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

## **LEGAL**

Existe la factibilidad legal para la ejecución, por cuanto la presente propuesta está debidamente fundamentada en los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

## **FUNDAMENTACIÓN LEGAL**

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

Para el desarrollo de la propuesta ha sido necesario ampararse en lo que establece el artículo 43 de nuestra la Constitución, en la que menciona que:

“El estado fomentará la participación ciudadana a través de sus instituciones en todos los niveles de gobierno mediante la asignación de fondos concursales, becas educativas, créditos y otros, a fin de que, las organizaciones sociales realicen proyectos tendientes a formar a la ciudadanía con temas relacionados con derechos y deberes, de conformidad con la Constitución y la ley”.

El Artículo 134 de la Constitución de la República del Ecuador dispone presentación de proyectos de ley. "la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: ...5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto

veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional"

El Artículo 102 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe: “Las ecuatorianas y ecuatorianos, incluidos aquellos domiciliados en el exterior, en forma individual o colectiva, podrán presentar sus propuestas y proyectos a todos los niveles de gobierno, a través de los mecanismos previstos en la constitución y la ley”.

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

La Constitución de la República del Ecuador brinda a la asamblea nacional, la potestad de crear y reformar leyes, las mismas que deben ser presentadas por un asambleísta o grupos social reuniendo las firmas de respaldo correspondiente, luego será analizado por la comisión respectiva, para llegar al debate en pleno y dar paso o no. Por ello se respetará toda la normativa vigente para la cristalización de la propuesta de reformar el CAPÍTULO IV, TÍTULO III, LIBRO II del Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en base a todo lo antes expuesto, compruebo que existe un sólido amparo constitucional y legal que a la autora le permite realizar la propuesta planteada.



## DESARROLLO DE LA PROPUESTA

### REPÚBLICA DEL ECUADOR

### ASAMBLEA NACIONAL



### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La custodia compartida incide en el interés superior de los niños, niñas ya adolescentes.

Es obligación fundamental del estado garantizar el efectivo cumplimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

#### CONSIDERANDO:

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

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

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

**Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su Artículo 84, señala.-**la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En ningún caso, la reforma de la constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la constitución.

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

**Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Artículo 69, numeral 1, señala.-** se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

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

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

Al final del Artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, agréguese los siguientes párrafos, luego del segundo:

Por acuerdo de los padres y en consideración del interés superior de los niños y niñas podrán acordar la tenencia compartida de los hijos, esto quiere decir que los niños, niñas y adolescentes convivirán el tiempo que sea acordado entre las partes y según sus condiciones, con cada uno de sus progenitores, siendo estos, responsables de todo lo concerniente a lo estipulado en la patria potestad.

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

## MODELO OPERATIVO

**Cuadro No. 16 Modelo Operativo**

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

**Elaborado por:** El Investigador

**Fuente:** Plan de Evaluación

## **ADMINISTRACIÓN**

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

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

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

## **RECURSOS INSTITUCIONALES**

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

## **RECURSOS HUMANOS**

- Tutora – Dra. Gabriela Paredes.
- Alumno Investigador- Aníbal Eduardo Silva Gavilánes.
- Jueces de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

## **RECURSOS MATERIALES**

- Transporte
- Otros

## **RECURSOS TECNOLÓGICOS**

- Computadora
- Internet
- Impresora
- Cámara
- Grabadora

## **RECURSO FINANCIERO**

- Asumido por el Estado.

## **PREVISIÓN DE LA EVALUACIÓN**

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

Dicha evaluación se la realizará conforme a la siguiente matriz:

## MATRIZ DEL PLAN DE EVALUACIÓN

**Cuadro No. 17 Plan de Evaluación**

¿Para quién evaluar?	<b>Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Y Progenitores</b>
¿Por qué evaluar?	Porque son los beneficiarios directos de la propuesta
¿Para qué evaluar?	Determinar el cumplimiento de los Objetivos planteados en la propuesta
¿Qué evaluar?	Nivel de aceptación por parte de los Jueces y Progenitores
¿Quién evalúa?	Investigador- Anibal Silva
¿Cuándo evalúa?	Seis meses posteriores a la ejecución de la propuesta
¿Cómo evalúa?	Encuestas Entrevistas
¿Con qué evalúa?	Cuestionario Guía de entrevistas

**Elaborado por:** El Investigador

**Fuente:** Plan de Evaluación

## CRONOGRAMA

MESES	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración del Proyecto	■	■	■	■																												
Aprobación del Proyecto					■	■	■	■																								
Recolección de Información									■	■	■	■																				
Tabulación													■	■	■	■	■	■														
Análisis de Resultados																	■	■	■	■	■	■										
Redacción de Informe Final																					■	■	■	■								
Presentación de Trabajo Final																													■	■		

**Gráfico No. 14 Cronograma**

**Fuente:** Investigadora

**Elaboración:** El Investigador



## **BIBLIOGRAFÍA:**

- Pérez, J. (2013). Prorroga y rehabilitación de la patria potestad. Madrid: Editorial la ley.
- Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada.
- Cabanellas, G. (2012). Diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de la Torre. (2012). Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Castells, P. (2012). Los padres no se divorcian. España: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Bauserman, R. (2012). The shared custody. NEW YORK: Editorial Publisher Global.
- Hernández, M. (2015). La monoparentalidad masculina en España. Madrid: Editorial Montecorvo.
- Fuller, E. (2012). La justicia terapéutica en procesos de separación de pareja. Viña del Mar: Editorial Conocimiento.
- Pauner, C. (2013). Diálogos Jurídicos. Monterrey Nuevo León: Editorial Planeta México.
- Granizo, T. (2013). Los factores externos de ser madre soltera. (Argentina). Revista ¡HOLA!, 30(1), 68.
- López, R. (2012). Experiencias jurídicas e identidades femeninas. Valencia:

Editorial Bosh S.A

- Suárez, T. (2014). La custodia compartida sobre los hijos. Buenos Aires: Editorial Croquis.
- Ormaza, R. (2013). Necesidad de regular la custodia compartida en caso de divorcio en los artículos. 108 y 115 del código civil ecuatoriano” (Tesis de grado). Universidad Central del Ecuador.
- Arana, C. (2013). Necesidad de garantizar el desarrollo integral y el principio de interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, mediante reformas al régimen jurídico de la tenencia, previsto en el código de la niñez y la adolescencia” (Tesis de grado). *Universidad Nacional de Loja*
- Romero, A. (2012). La guarda y custodia compartida. Madrid: Editorial Reus. S.A
- Muñoz, G. (2012). Del divorcio y la separación. Caracas: Editorial Global Ediciones S.A
- Ruiz, L. (2008). Guarda y custodia de hijos menores. Lima: Editorial Planeta Perú.
- Ramos, H. (2009). Las disputas judiciales entorno a los hijos. México: Editorial Ediciona.
- Martín, G. (2009). La modificación de medidas tras la separación. Murcia: Editorial Melibea.
- Cabrera, M. (2008). La custodia compartida en debate. Buenos Aires: Editorial Lozada.
- Reimann, K. (2008). Todo lo que debes saber sobre la custodia compartida.

Recuperado el 25 de octubre de <http://www.abc.es/familia-parejas/20150228/abci-cuatodia-compartida-matrimonio-201502271351.html>

- Jospin, C. (2005). Guarda y custodia compartida. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de <http://blog.sepin.es/2013/05/guarda-y-custodia-compartida-que-criterios-y-circunstancias-se-valoran/>
- Flaquer, W. (2011). Criterios que se valoran para a custodia compartida. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de <http://garciamontoliu.com/noticia-familia-custodia-compartida/>
- Temorrocha, U. (2006). Cómo conseguir la custodia compartida. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de <http://es.wikihow.com/conseguir-la-custodia-compartida>
- Castells, B. (2012). Conflictividad entre progenitores y custodia compartida. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de <http://hayderecho.com/2015/02/10/conflictividad-entre-progenitores-y-custodia-compartida-2/>
- Zabala, J. (2006). La custodia compartida empieza antes del divorcio. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de [http://www.eldiario.es/pikara/custodia-compartida-empieza-divorcio\\_6\\_407769238.html](http://www.eldiario.es/pikara/custodia-compartida-empieza-divorcio_6_407769238.html)
- Couso, L. (2004). La custodia compartida. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de [https://es.wikipedia.org/wiki/Custodia\\_compartida](https://es.wikipedia.org/wiki/Custodia_compartida)
- Verdugo, R. (1996). Dones para la igualdad de la custodia compartida. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de <http://donesigualtat.blogspot.com/2009/10/un-verdugo-no-tiene-sexo.html>
- Travieso, J. (2007). Por igualdad, en defensa de los derechos de los menores y las obligaciones de sus progenitores: Custodia compartida. Recuperado el 25 de

octubre del 2015 de [http://bejarnoticias.es/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1942:por-igualdad-en-defensa-de-los-derechos-de-los-menores-y-las-obligaciones-de-sus-progenitores-custodia-compartida&catid=39:miguel-rodero-el-pajaro&Itemid=66](http://bejarnoticias.es/index.php?option=com_content&view=article&id=1942:por-igualdad-en-defensa-de-los-derechos-de-los-menores-y-las-obligaciones-de-sus-progenitores-custodia-compartida&catid=39:miguel-rodero-el-pajaro&Itemid=66)

- Herrera, D. (2008). Custodia compartida Ya. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de <http://www.custodiacompartida.org/content/view/1441/1/>
- Sáenz, S. (2012). En el régimen se supera el concepto de visita, que se sustituye por un contacto cotidiano. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/13/actualidad/1339587119\\_538265.htm](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/13/actualidad/1339587119_538265.htm)
- Colican, H. (2015), Construcción social y cultural de la maternidad. Recuperado el 25 de octubre del 2015 de <http://es.scribd.com/doc/246625986/construccion-social-y-cultural-de-la-maternidad-pdf#scribd>
- Schneider, M. (2001). La guarda compartida. Recuperado el 25 de octubre del 2015, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr10.pdf>
- Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada.
- La nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). La Paz: El Original.
- Código del Niño, Niña y Adolescente. (2014). La Paz: SPC Impresores S.A.
- Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. (2015). México: Trillas.
- Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. (2014).

México. Trilas.

- Constitución de la República Dominicana. (2010). Santo Domingo. Océano.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Caracas. Océano
- La Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente. (2002). Caracas. Océano.
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). Buenos Aires. Biblioteca del Congreso.
- Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. (2005). Buenos Aires. Biblioteca del Congreso.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá. Castel L.
- Código de la Infancia y la Adolescencia. (2003). Bogotá. Castel L.
- Constitución Política de la República de Guatemala. (1985). Guatemala. Piedra Santa.
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (2002).Guatemala. Piedra Santa.
- Constitución Política de la República de Costa Rica. (1947). San José. Dalis.
- Código de la Niñez y la Adolescencia. (1999). San José. Dalis.
- Constitución Política de la República de el Salvado. (1983). San Salvador. S.B.G
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (2009). San Salvador.

S.B.G

- Código de la Niñez y la Adolescencia. (2003). Managua. UCA.
- Código de la Familia. (1994). Panamá. Civitas S.A
- Código de los Niños y Adolescentes. (2004). Lima. E.I.R.L
- Código de la Niñez y la Adolescencia. (2004). Montevideo. Trotta

# ANEXOS



## ANEXOS A

### UNIVERSIDAD TECNICA DE AMBATO

#### CARRERA DE DERECHO

**Encuesta dirigida a los profesionales del derecho en libre ejercicio**

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

**1. ¿Piensa usted que actualmente el padre y madre tienen las mismas condiciones, responsabilidades y derechos para criar a sus hijos y tomar decisiones respecto a ellos?**

Si ( )

No ( )

**2. ¿Cree usted que la tenencia de los niños luego de que los padres se divorcian o separan, solo debería tener la madre?**

Si ( )

No ( )

**3. ¿Está de acuerdo que luego de un divorcio o separación, el padre se rija a un horario de visitas para poder ver a sus hijos?**

Si ( )

No ( )

**4. ¿Conoce usted de algún si dentro del marco jurídico de nuestro país se encuentra regulada la custodia compartida?**

Si ( )

No ( )

**5. ¿Considera usted necesario la regulación de la custodia compartida en el código de la niñez y adolescencia?**

Si ( )

No ( )



**6. ¿Cree usted que es mejor para los niños, niñas y adolescentes de padres separados o divorciados, vivir bajo un sistema de custodia compartida antes que una custodia exclusiva de uno de sus progenitores?**

Si ( )

No ( )

**7. ¿Cree usted que la custodia compartida causaría un daño emocional al niño, niña y adolescente?**

Si ( )

No ( )

**8. ¿Considera que la custodia compartida sería un método eficaz en la protección del interés superior del niño?**

Si ( )

No ( )

**9. ¿Considera usted que la aplicación de la custodia compartida en el Ecuador hará que los niños crezcan más felices?**

Si ( )

No ( )

**10. ¿Sabe si la Constitución de la República del Ecuador posibilita la incorporación de la figura de la custodia compartida?**

Si ( )

No ( )

## ANEXOS B



### UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

#### CARRERA DE DERECHO

#### ENTREVISTA DIRIGIDA A:

**Nombre:** Dra. Ximena Herdoiza

**Cargo:** Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

**Dirección:** Complejo Judicial Ambato

**Tema:** “La custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas”.

**Objetivo:** Indagar la incidencia de la custodia compartida en el interés superior del niño.

#### Pregunta 1

**¿Qué entiende usted, por custodia compartida?**

#### Pregunta 2

**¿Conoce usted de algún marco jurídico que regule la custodia compartida, en nuestro país?**

#### Pregunta 3

**¿Considera que sería beneficioso para el interés superior del niño, niña la regulación de la custodia compartida?**

#### Pregunta 4

**¿Qué parámetros se debería tomar en cuenta para la regulación de la custodia compartida?**

## **GLOSARIO**

### **Custodia Compartida:**

Según Schneider (2001), manifiesta que:

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

### **Familia:**

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

### **Derechos:**

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

### **Interés Superior:**

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

**Divorcio:**

Según Cabanellas (2012), sostiene que:

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

**Patria Potestad:**

Según Cabanellas (2012), “Patria Potestad es el conjunto de derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos” (p.250).

**Derecho de Visitas:**

Según Cabanellas (2012), sostiene que:

Derecho de Visitas es el derecho que tiene todo progenitor que no cuenta con la tenencia de su o sus hijos a contar con visitas regulares, esta garantía la otorga el juez a favor de uno o ambos progenitores y se traduce en un lapso de tiempo determinado y exclusivo, para que los progenitores compartan sus hijos, a fin de coadyuvar a un mejor desarrollo del niño, niña y adolescente y además, para que asuma su rol de padre o madre según el caso (p.120).

**Guarda:**

Según Cabanellas (2012), “Guarda es el encargado de conservar o custodiar una cosa, defensa, conservación, cuidado o custodia, Tutela, curaduría, curatela, cumplimiento, observancia o acatamiento de leyes, órdenes y demás preceptos

obligatorios. Cuidador que no ha de apartarse de la vigilancia directa de una persona” (p.146).

**Principio:**

Según Cabanellas (2012), “Principio constituye una máxima norma, una guía para la aplicación de otros preceptos jurídicos” (p. 305).

**Progenitores:**

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